

Capitolo XIII

LA SOSPENSIONE DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO

Sezione I

Le sospensioni del lavoro come eventi connaturati con la causa del contratto

Sommario: 363. Irrilevanza della distinzione tradizionale fra interruzioni «fisiologiche» dell'attività lavorativa e interruzioni «patologiche» o «modificative del rapporto», ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile. — 364. Non riconducibilità della maggior parte dei casi di sospensione della prestazione alla categoria dogmatica dell'impossibilità sopravvenuta. — 365. Riconducibilità di quasi tutti i casi di sospensione della prestazione nell'interesse del lavoratore alla nozione di inesigibilità, in ossequio al principio costituzionale di tutela della persona. Il contenuto assicurativo del contratto come ragion d'essere della sospensione. — 366. Classificazione delle fattispecie di sospensione della prestazione lavorativa. Irrilevanza e infondatezza della distinzione tradizionale fra casi di sospensione della (sola) prestazione e casi di sospensione del rapporto. La sospensione consensuale. — 367. La questione della disciplina applicabile nel caso di cumulo di cause diverse di sospensione della prestazione lavorativa. Infondatezza del cosiddetto «criterio della prevenzione». — 368. Sospensioni della prestazione lavorativa e maturazione dell'anzianità di servizio.

363. *Irrilevanza della distinzione tradizionale fra interruzioni «fisiologiche» dell'attività lavorativa e interruzioni «patologiche» o «modificative del rapporto», ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile.* — L'ordinamento determina non soltanto i confini oltre i quali il tempo di lavoro non può estendersi, ma anche i criteri di composizione dei conflitti che di volta in volta possono sorgere al riguardo in costanza di rapporto tra esigenze produttive del creditore ed esigenze personali del prestatore: la disciplina della materia si caratterizza per una notevolissima elasticità, proteggendo per un verso le sopravvenienti esigenze aziendali di estensione o contrazione temporale della prestazione, per altro verso le sopravvenienti esigenze personali del prestatore che comportano un'astensione dal lavoro. La dottrina prevalente ha individuato, a questo proposito, due categorie di interruzioni o riduzioni dell'attività lavorativa: quella delle «pause» e dei «riposi», che assumerebbero il carattere di eventi «fisiologici» del rapporto di lavoro, e quella delle «sospensioni» vere e proprie della prestazione, che assumerebbero il carattere di eventi «patologici», ovvero di vizi funzionali del rapporto rispetto alla causa del contratto (1). Ma i confini tra le due categorie non sono mai stati individuati in modo preciso o comunque definitivo da parte della dottrina: le stesse cause di sospensione o riduzione dell'attività lavorativa (ad esempio: le riduzioni di orario per allattamento, le «ferie» per i lavoratori impegnati negli uffici elettorali, i permessi e le aspettative per motivi politici o sindacali e persino le sospensioni con intervento della Cassa integrazione guadagni) vengono da alcuni Autori collocate fra gli eventi «fisiologici», da altri fra gli eventi «patologici» o comunque «modificativi del rapporto» (2), senza che alla diversa collocazione venga fatta corrispondere un'apprezzabile diversità della disciplina applicabile, né una convincente definizione della differenza essenziale tra le fattispecie diversamente classificate.

Questa suddivisione, a mio avviso, oltre ad essere priva di un apprezzabile valore descrittivo, difetta anche di un fondamento logico-giuridico positivo; viceversa, una trattazione unitaria e un diverso criterio di classificazione delle fattispecie di sospensione o riduzione dell'orario dell'attività lavorativa possono mettere meglio in luce principi e regole a cui è ispirata la disciplina della materia e i modi differenti in cui si atteggia di volta in volta la tutela che l'ordinamento accorda agli interessi in gioco.

Quella distinzione non giova per l'individuazione della disciplina applicabile alle diverse fattispecie. Quanto al trattamento economico del lavoratore, esso matura — anche se in misura non necessariamente sempre uguale — sia in alcuni casi di interruzione del lavoro tradizionalmente considerata come «fisiologica» — ferie annuali (§ 343), festività infrasettimanali (§ 340), congedo matrimoniale (§ 408), periodi riservati all'«insegnamento complementare nel rapporto di apprendistato (§ 34), assemblea durante l'orario di lavoro (§ 58) — sia in alcuni casi di interruzione tradizionalmente considerata come «modificativa del rapporto», quale la malattia o l'infortunio (§§ 381 e 399), la maternità (§ 402), i permessi per allattamento (§ 405), sia infine in alcuni casi di interruzione di incerta classificazione, quali i permessi sindacali brevi (§ 59), i permessi giornalieri per i lavoratori studenti (§ 411). Viceversa, vi sono interruzioni dell'attività lavorativa durante le quali non matura alcun trattamento economico in favore del lavoratore sia tra quelle tradizionalmente considerate come «pause fisiologiche» — quali il riposo quotidiano e settimanale per i lavoratori salariati (§§ 244, 335 e 341) — sia tra le altre, quali la malattia oltre il periodo di comporto (§ 392), il servizio militare di leva (§ 415), i permessi giornalieri non retribuiti per gravi motivi familiari (§ 409), la chiamata a funzioni pubbliche elettive o a cariche sindacali (§ 413).

Il discorso non cambia in riferimento all'anzianità di servizio del lavoratore: mentre, per un verso, questa matura di

regola durante il periodo di sospensione «patologica» per eccellenza, quale è quello della malattia, nonché durante i periodi di assenza obbligatoria o facoltativa per maternità e durante il servizio militare, per altro verso l'anzianità può non maturare in alcuni casi di malattia di lunga durata (tubercolosi); e non è pacifico che, in assenza di una esplicita previsione contrattuale, essa maturi nei periodi di aspettativa per motivi politici o sindacali.

Ne' il discorso cambia in riferimento agli obblighi od oneri accessori inerenti alla comunicazione e/o certificazione del giustificato motivo di astensione dal lavoro: questi non gravano sul lavoratore in tutti i casi in cui tale motivo è già noto al datore di lavoro, indipendentemente dalla collocazione o no dell'evento tra le pause «fisiologiche». Così, ad esempio, il lavoratore è libero fino all'ultimo momento di decidere se avvalersi della facoltà di astenersi dal lavoro, e questa non è, di regola, assoggettata a oneri specifici di motivazione o certificazione, nel caso dell'astensione facoltativa dal lavoro entro il primo anno di vita del figlio, dello sciopero, o dell'assemblea durante l'orario di lavoro. Viceversa, numerosi contratti collettivi prevedono che il lavoratore possa godere di periodi di astensione dal lavoro definiti come riposi compensativi delle festività infrasettimanali soppresse, o imputabili alle ferie annuali — tradizionalmente considerate, sia le prime sia le seconde, come pause «fisiologiche» — condizionando tale facoltà all'adempimento di un onere di preventiva comunicazione o addirittura al preventivo accordo con il datore di lavoro. Quanto, infine, al diritto del lavoratore alla conservazione del posto, indicato da una parte della dottrina come nota individuatrice della «sospensione» vera e propria in contrapposizione alle altre ipotesi di interruzione dell'attività lavorativa (3), tale diritto, sancito espressamente ma genericamente da diverse norme legislative (4), per lo più non corrisponde a un divieto assoluto di recesso del datore di lavoro: si tratta soltanto di un rafforzamento della tutela del lavoratore contro il rischio del licenziamento, che ha perso gran parte della sua rilevanza concreta in seguito all'entrata in vigore della legge sul licenziamento n. 604/1966 e dello Statuto dei lavoratori (§ 513). Il rafforzamento della stabilità in alcune situazioni di sospensione della prestazione è comunque analogo nella sua *ratio* e nei suoi effetti pratici — ancorché attuato con una tecnica normativa diversa — al rafforzamento della stabilità del posto di lavoro derivante da altre norme, che poco o nulla hanno a che vedere con la sospensione della prestazione lavorativa, quali il divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio (§ 529) o nel primo anno di vita del figlio (§ 403), il divieto di licenziamento discriminatorio (§ 514) e la tutela speciale contro i licenziamenti per i membri delle commissioni interne (accordo interconfederale 18 aprile 1966, art. 14). Per altro verso, il lavoratore gode sicuramente della protezione generale contro il licenziamento anche nei casi di interruzione della prestazione in relazione ai quali la legge non dispone esplicitamente il «diritto alla conservazione del posto». Non è dato quindi vedere perché questa particolare tutela offerta al lavoratore debba oggi essere considerata come nota individuatrice della categoria della «sospensione del rapporto» in contrapposizione ad altre fattispecie nelle quali la prestazione lavorativa viene temporaneamente meno.

364. Non riconducibilità della maggior parte dei casi di sospensione della prestazione alla categoria dogmatica dell'impossibilità sopravvenuta. — Non può neppure affermarsi che la distinzione tradizionale fra interruzioni «fisiologiche» e interruzioni «patologiche» o «modificative del rapporto di lavoro», nei termini in cui è stata proposta dalla dottrina, corrisponda a una netta differenza tra le cause di interruzione quanto alla rispettiva natura giuridica. La dottrina fa tradizionalmente ricorso, per spiegare la maggior parte dei casi di legittima sospensione dell'attività lavorativa in costanza di rapporto, al concetto di «impossibilità temporanea (o parziale) sopravvenuta» (5), a cui viene assimilato quello di «adempimento di un dovere collidente con l'obbligazione di lavoro» (6). Ma questa costruzione teorica, proposta all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione per dar conto dell'allora nuova tendenza costituzionale dell'ordinamento verso una più intensa tutela dei diritti della personalità del prestatore nel rapporto di lavoro (7), appare oggi inadeguata a spiegare l'imponente insieme di norme che a quel principio hanno dato attuazione prevedendo la legittima astensione dal lavoro in funzione di esigenze familiari, culturali, sindacali, politiche e di altro genere, proprie della persona del lavoratore.

È facile convincersi subito che numerosi e importanti casi di legittima sospensione dell'attività lavorativa, diversi dai riposi periodici, non sono in alcun modo riconducibili ne' al concetto di impossibilità sopravvenuta — per quanto se ne voglia dilatare la portata — (8) ne' a quello di adempimento di un dovere collidente con l'obbligazione di lavoro: basti pensare al caso dell'assemblea durante l'orario di lavoro e dei permessi sindacali (§§ 58 e 59), a quello del congedo matrimoniale (§ 408), a quello dei permessi retribuiti per i donatori di sangue (§ 414), o a quello dei permessi per i lavoratori studenti (§ 411). Neppure l'astensione dal lavoro conseguente all'assunzione di una carica pubblica elettiva o di una carica sindacale (c.d. aspettativa), del resto, è riconducibile all'«adempimento di un dovere», poiché non sussiste alcun obbligo di accettazione di tali cariche, ne' tanto meno di candidarsi ad esse: è l'interesse al libero svolgimento di attività politica o sindacale che viene qui tutelato, non la possibilità di adempimento di un dovere (9). Di adempimento di un dovere collidente con l'obbligazione di lavoro può parlarsi soltanto in riferimento alla chiamata del lavoratore alle armi (10), o a funzioni pubbliche presso uffici elettorali.

Come vedremo meglio nel § 381, non sono casi di impossibilità della prestazione neanche tutti quelli di malattia o maternità previsti dall'art. 2110 c.c.: se si escludono le ipotesi di impedimento totale, in questi casi l'attività lavorativa è ancora *possibile* sia materialmente sia giuridicamente; essa non urta necessariamente ne' contro un ostacolo materiale insormontabile (basti pensare al gran numero di infermità di modesta gravità che possono giustificare l'astensione dal

lavoro), ne' contro un dovere giuridico (non sussiste un rigido «obbligo di curarsi» che vincoli il lavoratore a stare a casa se affetto da un'infermità lieve, che pure potrebbe giustificare l'astensione dal lavoro). In questi casi, in realtà, il normale svolgimento dell'attività lavorativa urta soltanto contro un interesse — quello del lavoratore alla propria salute, o alla cura del figlio neonato o adottivo — cui l'ordinamento nel (e attraverso il) contratto di lavoro accorda tutela prevalente rispetto all'interesse del creditore (11).

Mi sembra dunque ragionevole escludere che la distinzione fra interruzioni «patologiche» e interruzioni «fisiologiche», nei termini in cui essa è stata tradizionalmente proposta dalla dottrina, corrisponda alla distinzione tra vere e proprie situazioni di impossibilità sopravvenuta della prestazione (o situazioni assimilabili a queste) e altre cause di sospensione dell'attività lavorativa. Questa conclusione non è priva di conseguenze sul piano teorico e su quello pratico: se ne deve dedurre, infatti, che la regola contenuta nell'art. 1464 c.c. in materia di recesso del creditore per carenza di interesse al residuo adempimento in caso di impossibilità parziale (*ratione temporis*) della prestazione (12), non è applicabile non solo al caso della malattia del lavoratore (per il quale una diversa disciplina del recesso del datore è espressamente dettata dal 2° comma dell'art. 2110 c.c.: v. § 390), ma neppure ad alcuna delle altre fattispecie di sospensione dell'attività lavorativa che abbiamo qui esaminato: si dovrebbe altrimenti ritenere che nei casi in cui non sia espressamente previsto dalla legge o dal contratto il diritto del lavoratore alla «conservazione del posto» il datore possa recedere a norma dell'art. 1464 allegando la carenza di «interesse apprezzabile» a una prestazione residua eccessivamente dilazionata nel tempo (si pensi al caso dell'aspettativa a tempo indeterminato per assunzione di carica direttiva sindacale o di carica pubblica elettiva, che, nel caso del mandato parlamentare, ha di norma durata quinquennale, reiterabile più volte). Il recesso a norma dell'art. 1464 è invece ammissibile — come vedremo meglio a suo luogo (§ 516, lett. h) — soltanto nei casi di vera e propria impossibilità sopravvenuta della prestazione (ad es.: arresto del lavoratore), quando lo giustifichi la durata, effettiva o ragionevolmente prevedibile, dell'impedimento.

365. *Riconducibilità di quasi tutti i casi di sospensione della prestazione nell'interesse del lavoratore alla nozione di inesigibilità, in ossequio al principio costituzionale di tutela della persona. Il contenuto assicurativo del contratto come ragion d'essere della sospensione.* — Escluso che la distinzione tradizionale fra interruzioni «fisiologiche» e «patologiche» corrisponda a una netta differenza fra le cause interruttrive quanto alla loro natura giuridica e ai rispettivi effetti, non può neppure sostenersi che tale distinzione corrisponda a una diversa *ratio* delle norme che disciplinano rispettivamente i due gruppi di fattispecie: al contrario, proprio la tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore costituisce la *ratio* dominante sia delle norme che disciplinano il riposo periodico, sia di quelle che disciplinano l'astensione (eventuale) dal lavoro per malattia o per cura; e la tutela delle esigenze di libero svolgimento della personalità del lavoratore in tutte le sue espressioni costituisce essa pure una ragion d'essere sia delle norme sul riposo periodico (in particolare di quello settimanale e annuale), sia delle norme in materia di astensione dal lavoro per ragioni di studio, sindacali e politiche.

Non resta dunque che un'unica differenza apprezzabile tra le «pause fisiologiche» e le altre cause di sospensione: il carattere di periodicità e prevedibilità delle prime e il carattere di eventualità e occasionalità delle seconde (13). Ma se così è, deve convenirsi che la qualificazione delle seconde come eventi «patologici» rispetto allo svolgimento del rapporto è arbitraria e fuorviante: essa infatti evoca il concetto di vizio funzionale della causa del contratto, che si attaglia soltanto ai casi di inadempimento colpevole e ad alcuni casi (non legislativamente tipizzati) di sospensione della prestazione per impossibilità sopravvenuta. Le fattispecie più comuni di sospensione occasionale del lavoro, invece, lungi dal costituire vizio funzionale della causa del contratto, ne costituiscono invece una espressione del tutto «fisiologica».

Il puro e semplice carattere di eventualità od occasionalità di una modifica dell'estensione temporale della prestazione lavorativa non comporta necessariamente l'estraneità o contraddittorietà di tale modifica rispetto alla causa del contratto: così come il tempo della prestazione può modificarsi talvolta in funzione di esigenze dell'impresa (si pensi ad es. al lavoro straordinario, oppure alla sospensione breve del lavoro con recupero in altra giornata), allo stesso modo esso può subire modificazioni in funzione di un interesse del lavoratore, la cui soddisfazione è «assicurata» dal contratto di lavoro. Così come, con il contratto, il lavoratore si obbliga a una certa flessibilità ed elasticità della prestazione in funzione delle esigenze dell'impresa, con il contratto stesso il datore si obbliga a sopportare il rischio di sopravvenienti esigenze della persona del lavoratore, inerenti alla cura della sua salute, all'adempimento di suoi obblighi o all'esercizio di suoi diritti civili, sindacali o politici: il contratto di lavoro svolge per questo aspetto la funzione economico-sociale — aggiuntiva ma non meno importante di quella dello scambio fra lavoro e retribuzione — di un vero e proprio contratto di assicurazione in favore del prestatore (§§ 238-239) (14).

La prestazione lavorativa oggetto del contratto non consiste dunque nello svolgimento di un'attività rigidamente predeterminata nei suoi tempi e nelle sue pause, bensì nello svolgimento di un'attività generalmente soggetta a dilatazioni, contrazioni o interruzioni occasionali, non prevedibili se non come eventualità connaturate con la causa stessa del contratto e variamente disciplinate dal contratto stesso a seconda della loro durata e della sopravvenienza che le determina. Il verificarsi di tali modifiche occasionali del tempo della prestazione non può dunque considerarsi come una «vicenda modificativa» (in senso tecnico) del rapporto; e in particolare le sospensioni dell'attività lavorativa giustificate (per contratto) da esigenze o doveri personali del prestatore, pur non potendo ricondursi alla categoria

dell'impossibilità sopravvenuta (§ 364), non possono considerarsi neppure come inadempimento, ancorché incolpevole.

In conclusione, è lo stesso contratto di lavoro subordinato, nella sua configurazione legislativamente tipizzata, a delineare una serie di ipotesi nelle quali l'interesse del lavoratore all'astensione dal lavoro o l'interesse pubblico all'adempimento da parte del lavoratore di un dovere collidente con l'obbligazione lavorativa, possono prevalere sull'interesse del creditore al normale svolgimento dell'attività lavorativa, determinandone la temporanea *inesigibilità* (15): concetto, quest'ultimo, del cui diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento non può dubitarsi, ove esso venga inteso nel senso qui proposto, cioè come sinonimo di delimitazione contrattuale dell'estensione dell'obbligazione in riferimento a determinate possibili sopravvenienze.

Vedremo a suo luogo come un discorso analogo possa proporsi in riferimento alla sospensione della prestazione lavorativa nell'interesse dell'impresa, con ricorso alla Cassa integrazione guadagni (§ 369).

366. *Classificazione delle fattispecie di sospensione della prestazione lavorativa. Irrilevanza e infondatezza della distinzione tradizionale fra casi di sospensione della (sola) prestazione e casi di sospensione del rapporto. La sospensione consensuale.* — Quanto si è osservato fin qui consente di proporre un criterio di classificazione delle fattispecie di sospensione della prestazione lavorativa in larga parte diverso da quello tradizionale e a mio avviso più aderente al dato giuridico positivo. In base a questo criterio possono distinguersi:

— le fattispecie sospensive a carattere periodico, predeterminate nell'*an* e nel *quando*, quali il riposo settimanale coincidente con la domenica (§ 338), il riposo festivo (§ 340), il riposo quotidiano nei casi in cui l'orario giornaliero è predeterminato rigidamente dal contratto (§ 311), la frequenza ai corsi di insegnamento complementare per gli apprendisti (§ 34);

— le fattispecie sospensive a carattere periodico, predeterminate nell'*an* ma non rigidamente nel *quando*, quali il riposo quotidiano e il riposo settimanale non coincidente con la domenica nei casi in cui l'orario non è predeterminato rigidamente dal contratto (§§ 335 e 338), il riposo annuale (§ 343), «permessi» giornalieri sostitutivi delle festività soppresse (§ 340);

— le fattispecie sospensive determinate da cause di *inesigibilità* della prestazione incerte sia nell'*an* sia nel *quando*, quali la malattia o l'infortunio (§§ 380 ss. e 399), le astensioni dal lavoro per maternità o paternità (§§ 402-407), le aspettative o permessi per chiamata a cariche pubbliche elettive o svolgimento di funzioni sindacali (§ 413), l'assemblea in orario di lavoro (§ 58), il congedo matrimoniale (§ 408); i permessi orari o giornalieri per i lavoratori studenti (§ 411), per i donatori di sangue (§ 414), o per gravi motivi familiari (§ 409); la chiamata a funzioni pubbliche presso seggi elettorali (§ 414) o alla funzione di giudice popolare; lo sciopero (§§ 417-426); il servizio militare obbligatorio (§ 415);

— le fattispecie di sospensione della prestazione nell'interesse del datore di lavoro, quali la sospensione o riduzione dell'orario di lavoro con successivo «recupero» o con intervento della Cassa integrazione guadagni (§§ 369-377), la sospensione cautelare (§ 487) e la sospensione disciplinare (§ 480);

— i casi di impedimento temporaneo sopravvenuto della prestazione lavorativa, quale l'impossibilità oggettiva di recarsi in azienda a causa di una interruzione delle linee di comunicazione, oppure l'arresto, o il rapimento del lavoratore da parte di malviventi (§ 516, lett. *h*);

— i casi di sospensione della prestazione pattuita fra datore e prestatore di lavoro nel corso del rapporto (16).

Va subito osservato come questa classificazione rispecchi soltanto ciò che normalmente accade nei rapporti di lavoro subordinato; e come la volontà contrattuale delle parti — individuali e collettive — abbia il potere di far assumere a un evento sospensivo, di regola classificabile in uno dei gruppi indicati, i caratteri propri di un gruppo diverso. Così, ad esempio, se in un contratto individuale viene convenuto che le ferie annuali, di regola collocabili in periodi diversi di anno in anno, si collocano invece sempre in un determinato periodo dell'anno, queste assumono il carattere delle pause esattamente predeterminate nell'*an* e nel *quando*. La classificazione proposta, tuttavia, sottolinea un dato giuridico di notevole rilievo: cioè che le ipotesi più frequenti di sospensione dell'attività lavorativa non rientrano nella categoria dell'«impossibilità sopravvenuta»; dal che deriva che la disciplina speciale del rapporto dettata dalla legge in riferimento ad alcuni casi di sospensione, come la malattia o la chiamata a funzioni pubbliche elettive, non può considerarsi come deroga eccezionale alla disciplina vigente in materia di *impossibilità sopravvenuta* della prestazione (17).

Se quanto sostenuto fin qui ha fondamento, dei diversi insiemi di fattispecie sospensive indicati soltanto gli ultimi due — *impossibilità sopravvenuta* e *sospensione consensuale* — possono essere senz'altro ascritti alla categoria delle vicende modificative del rapporto di lavoro. Le altre fattispecie di sospensione dell'attività lavorativa di cui si è detto rientrano invece nella normalità di un assetto contrattuale caratterizzato da una reciproca concessione tra le parti di flessibilità ed elasticità della prestazione in relazione alle diverse rispettive esigenze che via via possono manifestarsi. In nessuno di questi casi, neppure quando sia esclusa la maturazione in favore del lavoratore della retribuzione e dell'anzianità di servizio durante il periodo di sospensione, può parlarsi di «quiescenza del rapporto»: la sospensione stessa della prestazione lavorativa e l'eventuale sospensione del contrapposto debito retributivo devono considerarsi come momenti particolari dell'attuazione del rapporto nei modi e termini originariamente previsti dal contratto (18).

Anche durante i periodi di sospensione del lavoro, del debito retributivo e della maturazione dell'anzianità di servizio, peraltro, il rapporto continua a produrre effetti rilevanti tra le parti: basti pensare agli obblighi di segreto e di non concorrenza che gravano sul lavoratore (§§ 462-470) e alla tutela rafforzata della sua riservatezza prevista dagli artt. 5 e 8 dello Statuto dei lavoratori (§§ 442-447).

367. *La questione della disciplina applicabile nel caso di cumulo di cause diverse di sospensione della prestazione lavorativa. Infondatezza del cosiddetto «criterio della prevenzione».* — Quanto si è detto nelle pagine che precedono consente di affrontare la questione della disciplina applicabile nei casi di concorrenza di cause diverse di sospensione, sgombrando il campo dalla distinzione infelice tra casi di sospensione della prestazione e casi di sospensione del rapporto: occorre invece risolvere la questione facendo riferimento esclusivo all'interesse in funzione del quale la sospensione è prevista dall'ordinamento (e dal contratto) nei singoli casi.

È stato talvolta ritenuto applicabile in questa materia il c.d. «criterio della prevenzione», in base al quale, quando la prestazione è già sospesa per una causa determinata, il sopravvenire di una ulteriore causa di sospensione sarebbe, di regola, irrilevante (19). Questa tesi appare a prima vista fondata su di una logica ineccepibile: se la prestazione è già sospesa per una determinata causa, nessuna altra causa può avere lo stesso effetto sospensivo (20); donde l'irrilevanza della causa di sospensione sopravveniente. Ma il ragionamento è viziato da un salto logico: se è vero, infatti, che la nuova sopravvenienza è irrilevante ai fini della sospensione dell'obbligo gravante sul lavoratore (che è già temporaneamente sospeso), è però arbitrario dedurre che la nuova sopravvenienza sia irrilevante anche in riferimento ad altri aspetti del rapporto di lavoro, come l'obbligo retributivo, la disciplina della facoltà di recesso del datore, la maturazione dell'anzianità di servizio: questo, al contrario, è proprio quanto andrebbe dimostrato. In altre parole, il quesito a cui occorre rispondere non riguarda tanto il motivo per cui è sospesa la prestazione lavorativa (finché il lavoratore ne è esonerato a causa di un determinato impedimento, non ha gran rilievo il fatto che egli ne sia esonerato anche a causa di un altro impedimento), quanto piuttosto l'individuazione del trattamento che al prestatore è dovuto durante il periodo di sospensione: ai fini della determinazione del trattamento, infatti, la concorrenza di diverse cause di sospensione può assumere rilevanza, così come può non assumerne (21).

Possiamo osservare subito, a questo proposito, che almeno in due casi è la legge stessa ad attribuire esplicitamente rilievo, ai fini della determinazione del trattamento cui il lavoratore ha diritto, alla causa ulteriore di sospensione: uno è il caso delle ricorrenze festive infrasettimanali, nelle quali l'art. 2 della legge 31 marzo 1954 n. 90 attribuisce al lavoratore il diritto alla retribuzione anche quando la festività cada in un periodo in cui il rapporto è già sospeso per altra causa (§ 341); l'altro è il caso della «grave e documentata infermità» sopravvenuta durante una aspettativa non retribuita per la frequenza a corsi di istruzione (§ 411), per il quale il terzo comma dell'art. 5 della legge 8 marzo 2000 n. 53 prevede la sospensione dell'aspettativa stessa e l'attivazione del regime della malattia. Ma anche al di fuori di questi casi non è difficile convincersi dell'impossibilità di risolvere la questione della disciplina applicabile attraverso un meccanico ricorso al criterio della prevenzione. Si pensi al caso della lavoratrice che compie il settimo mese di gravidanza in un periodo nel quale è assente dal lavoro per malattia: in questo caso è certo che il trattamento di malattia venga sostituito dal trattamento di maternità. Si pensi, inoltre, al caso in cui un lavoratore già sospeso dal lavoro nell'interesse dell'impresa con intervento della Cassa integrazione guadagni venga eletto al Parlamento, o venga chiamato alle armi per il servizio di leva; non può certo sostenersi, in base al c.d. criterio della prevenzione, che in questo caso il titolo della sospensione resti immutato fino alla scadenza dell'intervento della Cassa: viene meno, infatti, in questo caso quel particolare assetto reciproco degli interessi delle parti del rapporto, in funzione del quale l'ordinamento prevede la sospensione della prestazione lavorativa con intervento della Cassa integrazione. Oppure ancora si pensi al caso del lavoratore sospeso cautelatamente in conseguenza della sua sottoposizione a procedimento penale (§ 487), con diritto a un assegno alimentare, il quale venga in seguito sottoposto anche a custodia cautelare, con conseguente impossibilità oggettiva della prestazione e cessazione del trattamento alimentare (22).

Occorre dunque sempre attribuire rilievo determinante alla ragion d'essere della norma che prevede la sospensione della prestazione e ne disciplina gli effetti caso per caso; e quindi all'assetto reciproco degli interessi delle parti che di volta in volta l'ordinamento intende tutelare.

Sulla base di questa impostazione possono e devono essere risolte in modo diverso la questione della sovrapposizione dello sciopero con una festività infrasettimanale, o altro giorno di riposo normalmente retribuito, e quella dell'insorgenza della malattia del prestatore durante un periodo di sua astensione dal lavoro per sciopero. Nel primo caso, l'interruzione dello scambio lavoro/retribuzione, conseguenza caratteristica dello sciopero (§ 426), produce l'effetto della perdita del diritto alla retribuzione anche per il giorno di riposo (23); nel secondo caso, invece, il prestatore può — secondo l'orientamento dottrinale (24) e giurisprudenziale (25) che mi sembra preferibile — godere del trattamento retributivo e previdenziale di malattia, non in quanto egli compia formalisticamente il gesto di rimettersi a disposizione del datore di lavoro (atto comunque di per sé sempre legittimo), ma perché la partecipazione a un'azione di autotutela collettiva non costituisce certamente circostanza idonea a privare il lavoratore di quella particolare tutela e assistenza che l'ordinamento gli assicura in caso di malattia. In altri termini, mi sembra logico ritenere che il «contenuto assicurativo» del rapporto di lavoro riguardo alla malattia non sia paralizzato dallo sciopero; va detto però che sul punto appare prevalente l'orientamento giurisprudenziale contrario (26).

Lo stesso procedimento logico deve essere seguito per la soluzione della questione se la malattia del prestatore insorta durante la sospensione del lavoro per ferie abbia o no l'effetto di interrompere il decorso del periodo di riposo annuale: abbiamo visto a suo luogo (27) come la Corte costituzionale l'abbia risolta affermativamente in riferimento agli impedimenti personali di entità e durata tali da compromettere sostanzialmente e gravemente lo scopo in funzione del quale il diritto al riposo annuale è attribuito al lavoratore (28); tra questi possono essere annoverati la malattia o l'infortunio di qualche gravità, ma non certamente la lieve indisposizione, la giornata perduta in aeroporto in conseguenza di uno sciopero, o altri impedimenti simili. Questa soluzione trova ora ulteriore fondamento nell'applicazione analogica della disposizione di cui si è detto sopra, contenuta nella l. n. 53/2000, art. 5, 3° c., in riferimento alla sospensione dell'aspettativa per motivi di istruzione in caso di «grave e documentata infermità».

L'infondatezza del c.d. criterio della prevenzione per la soluzione del problema del cumulo tra cause diverse di sospensione del lavoro risulta anche dall'esame della disciplina vigente in materia di concorrenza di una infermità del lavoratore con la sua sospensione dal lavoro e collocazione in Cassa integrazione: nel caso dell'intervento straordinario della Cassa (§ 372), infatti, il trattamento previdenziale e retributivo di malattia è sostituito dal trattamento di integrazione salariale sia quando lo stato di infermità preesista, sia quando esso sopravvenga successivamente all'inizio dell'intervento della Cassa (legge 8 agosto 1972 n. 464, art. 3, 2° c.; legge 20 maggio 1975 n. 164, art. 4, 3° c.).

Soluzione, questa, che corrisponde sostanzialmente al criterio sopra proposto: se l'interesse in funzione del quale l'ordinamento (e il contratto) prevede la sospensione del lavoro con intervento della Cassa è l'interesse dell'imprenditore a liberarsi dall'obbligo retributivo in un momento di grave difficoltà aziendale in cui viene meno l'utilità economica della prestazione lavorativa, si comprende che tale beneficio venga accordato dall'ordinamento all'imprenditore non soltanto in relazione ai dipendenti sani, ma anche in relazione a quelli malati, addossandosi all'istituto previdenziale l'onere del trattamento sostitutivo sia per gli uni che per gli altri.

Per il caso dell'intervento ordinario della Cassa (§ 371), invece, il legislatore ha implicitamente disposto che l'integrazione salariale non sostituisca l'indennità di malattia, ritenendo evidentemente che in questo caso la minor gravità delle difficoltà aziendali giustifichi il permanere del rischio della malattia dei dipendenti a carico dell'imprenditore; anche in questo caso, comunque, il criterio desumibile dalla disciplina vigente non è quello della prevenzione, poiché il trattamento economico di malattia prevale su quello di integrazione salariale (ordinaria) sia quando la malattia abbia inizio prima dell'intervento della Cassa, sia quando essa sopravvenga successivamente (29).

Si è lungamente discusso se per la festività infrasettimanale cadente in periodo di sospensione del lavoro con intervento della Cassa integrazione il lavoratore abbia diritto all'intera retribuzione a carico del datore di lavoro, oppure invece alla sola integrazione salariale erogata dalla Cassa, giungendosi a una soluzione differente a seconda che si tratti di intervento ordinario o straordinario: la giurisprudenza è orientata nel senso del diritto del lavoratore alla sola integrazione salariale quando si tratti di intervento straordinario, in senso inverso nel caso dell'intervento ordinario (30).

E anche questa divergenza della soluzione nei due casi conferma l'inutilizzabilità del criterio della prevenzione.

Si osservi, infine, che la disciplina dell'assistenza sanitaria dovuta al lavoratore malato prescinde in alcuni casi totalmente dalla concorrenza di altre cause di sospensione della prestazione e dalla circostanza che queste siano intervenute prima o dopo l'inizio della malattia: mi riferisco, in particolare, all'art. 31, 4° c., St. lav., in materia di aspettativa per chiamata a funzioni pubbliche elettive o a cariche direttive sindacali (§ 413), dove è previsto addirittura che il lavoratore goda in questi casi anche dell'indennità di malattia a carico dell'istituto assicuratore quando non siano previsti in suo favore, in relazione alla nuova carica, diversi interventi previdenziali; mi riferisco inoltre all'art. 4, 1° e 2° c., della l. 20 maggio 1975 n. 164, che estende il diritto del lavoratore all'assistenza sanitaria a tutti i casi di intervento della Cassa integrazione. Possono così configurarsi numerosi casi in cui la concorrenza di cause diverse di sospensione della prestazione determina l'applicabilità di una disciplina mista — corrispondente, cioè, in parte a una causa e in parte all'altra — del trattamento a cui il lavoratore ha diritto nei confronti del datore di lavoro o dell'istituto assicuratore.

368. Sospensioni della prestazione lavorativa e maturazione dell'anzianità di servizio. — La questione della computabilità o no del periodo di sospensione della prestazione nell'anzianità di servizio del lavoratore ha perso gran parte della sua rilevanza teorica e pratica in seguito alla riforma del trattamento di fine rapporto del 1982 (§ 261), che ha tolto all'anzianità aziendale il rilievo dominante attribuitole dalla disciplina previgente per il calcolo della vecchia indennità (31). Ora il trattamento di fine rapporto è strutturato in modo tale da rendere irrilevante per il lavoratore, a parità di retribuzione mensile, la maturazione ininterrotta dell'anzianità aziendale piuttosto che il suo frazionamento, coerentemente con le esigenze di un sistema produttivo in cui al vecchio valore della fedeltà o attaccamento del lavoratore all'azienda si contrappone il valore della mobilità della forza-lavoro. E in relazione ai periodi di sospensione della prestazione non si pone più — ai fini del t.f.r. — il problema se maturi o no l'anzianità aziendale, bensì soltanto un problema di calcolo della relativa quota annuale di accantonamento, essendo pacifico che negli anni successivi la rivalutazione della quota stessa sarà poi dovuta indipendentemente dall'effettiva prestazione di lavoro ed esclusivamente in funzione del decorso del tempo (v. ancora § 261).

Ormai irrilevante ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, l'«anzianità di servizio» aziendale del lavoratore conserva oggi un rilievo circoscritto nel nostro ordinamento: se si escludono i decreti delegati emanati in forza della

legge n. 741/1959 (§ 67), le norme di qualche importanza che fanno ancora riferimento all'anzianità di servizio sono l'art. 6, 4° c., del r.d.l. 13 novembre 1924 n. 1825 (c.d. «legge sull'impiego privato»), in materia di periodo di comporto in caso di malattia per gli impiegati, l'ultimo comma dell'art. 2110 c.c. sulla maturazione dell'anzianità nel periodo di astensione dal lavoro per malattia, alcune norme legislative in materia di estensione del periodo di ferie annuali per particolari categorie di lavoratori, in larga parte modificate per effetto della conv. O.I.L. n. 132/1970 e della direttiva comunitaria n. 104/1993 (§ 343), il sesto comma dell'art. 2120 c.c. in materia di anticipazioni del t.f.r. (§ 263) e l'art. 5 della legge 23 luglio 1991 n. 223, in materia di criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi. Scarso rilievo è attribuito all'anzianità di servizio del lavoratore dall'ordinamento internazionale (32), mentre qualche rilievo le è invece attribuito dai contratti collettivi, per lo più in materia di aumenti retributivi periodici, di determinazione del preavviso di licenziamento, di determinazione del periodo di comporto in caso di malattia e delle ferie annuali, in alcuni casi in materia di promozione automatica del lavoratore a categoria professionale superiore.

Sulla base di quanto esposto nelle pagine precedenti, appare corretto considerare l'ultimo comma dell'art. 2110 c.c. testé menzionato come espressione particolare di una regola generale di computabilità nell'anzianità aziendale del lavoratore di tutti i periodi di sospensione per i quali la legge o il contratto collettivo prevedano un trattamento retributivo o indennitario, salve le eccezioni previste dalla stessa legge (servizio militare (33), tubercolosi) o contratto collettivo (34). Allo stesso modo, viceversa, possono essere considerate come espressione della medesima regola generale le disposizioni contenute nella l. n. 53/2000, art. 4, 2° c., e art. 5, che escludono dal computo dell'anzianità di servizio i periodi di aspettativa non retribuita per gravi motivi familiari (§ 409) e per motivi di studio (§ 411). Per il caso particolare dell'aspettativa facoltativa di maternità o paternità, che si colloca al confine tra le due grandi categorie così individuate di cause di sospensione della prestazione, è la legge stessa a dettare la regola, prevedendone la computabilità nell'anzianità di servizio (§ 404).

Problema diverso da quello della computabilità dei periodi di sospensione nell'anzianità di servizio del lavoratore è se durante tali periodi maturi il suo diritto alle ferie annuali: rinvio in proposito al § 343.

Sezione II

La sospensione nell'interesse dell'impresa e la Cassa integrazione guadagni

Sommario: 369. La sospensione nell'interesse dell'impresa con intervento della Cassa integrazione guadagni come evento previsto dal contratto e coerente con la sua causa. — 370. Origini ed evoluzione della disciplina della Cassa integrazione guadagni. — 371. L'intervento ordinario. — 372. L'intervento straordinario. — 373. La procedura sindacale preventiva per l'attivazione dell'intervento della Cassa e gli accordi che possono conseguire. — 374. Incompatibilità fra integrazione salariale e percezione di altri redditi di lavoro. Obbligo per il lavoratore di tenersi a disposizione per la ripresa del lavoro. — 375. I contratti di solidarietà. — 376. *Segue*. La questione della temporaneità o no della riduzione d'orario pattuita. — 377. Questioni in tema di sovrapposizione tra intervento della Cassa integrazione e altre cause di sospensione della prestazione (rinvio). — 378. Altri casi di sospensione della prestazione lavorativa nell'interesse del datore di lavoro. — 379. Il rifiuto delle prestazioni lavorative come forma di autotutela del datore di lavoro (rinvio).

369. *La sospensione nell'interesse dell'impresa con intervento della Cassa integrazione guadagni come evento previsto dal contratto e coerente con la sua causa.* — Si è già fatto cenno di alcuni casi — come quello del lavoro straordinario, o della sospensione breve del lavoro con recupero in altra giornata — nei quali il tempo della prestazione subisce delle modifiche occasionali in funzione di esigenze dell'impresa, per sottolineare come tali variazioni non costituiscano un vizio funzionale della causa del contratto, ma siano connaturate con la causa stessa, costituendo vicende previste e come tali riconducibili al programma contrattuale originario (§ 363). Allo stesso modo è ancora il contratto di lavoro, nella sua configurazione particolare determinata dalle diverse discipline legislative e collettive applicabili nei vari settori — e soprattutto in quello industriale —, a delineare alcune ipotesi ulteriori in cui l'interesse del datore di lavoro a una sospensione o riduzione dell'orario di lavoro più o meno estesa nel tempo, per crisi di mercato o per esigenze organizzative aziendali, può prevalere sull'interesse del prestatore al normale svolgimento dell'attività stessa, con ricorso alla Cassa integrazione guadagni gestita dall'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale.

La dottrina giuslavoristica italiana si è lungamente affaticata nel tentativo di dare una sistemazione dogmatica accettabile al complesso fenomeno della sospensione del lavoro con intervento della Cassa e di spiegare, in particolare, l'«anomalia» della liberazione del datore di lavoro dall'obbligo retributivo che su di lui incomberebbe in tale ipotesi secondo i principi generali, in particolare secondo l'ultimo comma dell'art. 6 del r.d.l. n. 1825/1924 sul rapporto di impiego privato (poiché è da tempo del tutto pacifico (35) che non si tratta, normalmente, di una ipotesi di impossibilità sopravvenuta né della prestazione lavorativa, né della collaborazione creditoria; e che il datore di lavoro

non può ridurre a suo arbitrio l'estensione temporale della prestazione lavorativa dei propri dipendenti: non soltanto degli impiegati, ma neppure degli operai). Basti qui ricordare come tale fenomeno sia stato di volta in volta spiegato da alcuni Autori in termini di «deroga dettata da motivi di equità politica, che eccezionalmente ... attribuisce alla grave difficoltà di gestione, cioè alla mera *difficultas*, gli effetti proporzionalmente liberatori della impossibilità parziale» (36); oppure in termini di accordo modificativo del rapporto tra datore e prestatore di lavoro (37) o associazione sindacale (38), avente per oggetto appunto la sospensione della prestazione; oppure in termini di «giustificato motivo» di rifiuto della collaborazione creditoria *ex art.* 1206 c.c. (39); oppure ancora in termini di «modifica delle regole dell'esecuzione del contratto» conseguente a provvedimento di un'autorità amministrativa cui la legge conferisce tale potere (40); e come quell'«anomalia» sia stata invece addirittura negata (e sia stato quindi teorizzato il permanere dell'obbligo retributivo a carico dell'imprenditore anche durante i periodi di sospensione) dagli Autori che hanno proposto l'inquadramento dell'istituto della Cassa integrazione come strumento volto essenzialmente ed esclusivamente ad assistere l'impresa in difficoltà, quindi come strumento equiparabile ad altri interventi di politica industriale il cui funzionamento non incide direttamente sul rapporto di lavoro (contributi alla produzione, incentivi, credito agevolato, ecc.) (41).

Nessuna di queste costruzioni attribuisce il rilievo dovuto a un dato che invece può, a mio avviso, costituire il punto di partenza dell'intero discorso: l'ipotesi della sospensione o riduzione d'orario con ricorso alla Cassa integrazione, essendo esplicitamente prevista e disciplinata dalla legge e dai contratti collettivi applicabili in tutti i settori dell'industria e dell'agricoltura, ben può e deve considerarsi come oggetto di una clausola che costituisce parte integrante della regolamentazione negoziale originaria di ciascun rapporto di lavoro in questi settori, sostituendo a una copertura assicurativa posta a carico del datore di lavoro una copertura assicurativa posta a carico dell'istituto previdenziale, a condizione che venga emanato il relativo provvedimento dall'autorità amministrativa competente. La sospensione del lavoro nei casi previsti e alle condizioni stabilite dalla disciplina legislativa non costituisce dunque una vicenda modificativa del rapporto di lavoro né sotto forma di sopravvenienza eccezionalmente equiparata all'impossibilità sopravvenuta (42), né sotto forma di accordo modificativo sopravvenuto (sospensione consensuale) (43), né sotto forma di modificazione determinata da provvedimento amministrativo, ma costituisce semplicemente, al pari della sospensione del lavoro per malattia, maternità, permessi sindacali, ecc., una possibilità coerente con la causa tipica del contratto e come tale prevista nell'assetto contrattuale dei rapporti tra le parti (la qual cosa, ovviamente, non significa affatto che il contratto attribuisca al datore di lavoro una facoltà di ricorso arbitrario alla sospensione o alla riduzione dell'orario di lavoro: sul punto torneremo nei §§ 371 e 372). È, d'altra parte, immediatamente evidente la legittimità di tale clausola contrattuale, poiché essa non fa che rispecchiare il contenuto — ragionevolissimo e quindi costituzionalmente ineccepibile (44) — di esplicite disposizioni legislative.

L'emanazione del provvedimento amministrativo di concessione dell'intervento della Cassa è — beninteso — di regola indispensabile affinché l'imprenditore sia liberato dall'obbligo retributivo (45); ma questo evento rientra appieno nell'assetto dei reciproci interessi stabilito dal programma contrattuale originario, al pari dell'impedimento sopravvenuto del lavoratore. Per effetto di quel provvedimento, alla precedente posizione di interesse legittimo — positivo o negativo — dei prestatori di lavoro si sostituisce una posizione di diritto soggettivo riguardo all'erogazione dell'integrazione, mentre cessa il diritto degli stessi nei confronti del datore alla retribuzione per il periodo corrispondente (46). Quanto all'imprenditore, mentre anch'egli è in una posizione di interesse legittimo riguardo alla concessione dell'intervento, ottenuto il provvedimento egli è, da quel momento, liberato dall'obbligazione retributiva nei confronti dei lavoratori legittimamente sospesi. Il provvedimento amministrativo di concessione non pregiudica comunque la contestazione della sospensione del lavoro da parte del prestatore sul piano del rapporto contrattuale nei confronti del datore, sotto il profilo della sussistenza del giustificato motivo, del criterio di scelta dei lavoratori, nonché in generale del rispetto del principio di correttezza e buona fede (47).

Diverso problema è quello della pattuizione collettiva della possibilità di sospensione della prestazione nell'interesse dell'impresa al di fuori dei casi di intervento della Cassa integrazione: la giurisprudenza è orientata nel senso della legittimità di tali pattuizioni, a condizione che esse non attribuiscono all'imprenditore un potere arbitrario, bensì una facoltà il cui esercizio sia vincolato al ricorrere di determinate circostanze obiettive; fermo restando, comunque, il limite dell'efficacia soggettiva dell'accordo collettivo, di cui si è detto a suo luogo (§§ 69-70; v. anche § 373) (48). In ogni caso — secondo la stessa giurisprudenza — il lavoratore che intenda far valere il proprio diritto alla retribuzione per il periodo di sospensione del lavoro disposto illegittimamente dal datore ha l'onere di offrire espressamente la propria attività costituendo in mora il creditore (49).

370. Origini ed evoluzione della disciplina della Cassa integrazione guadagni. — Prevista inizialmente dalla contrattazione collettiva nel 1941 per ovviare alle frequenti riduzioni degli orari di lavoro causate dagli eventi bellici e dalle relative esigenze di ristrutturazione del tessuto produttivo, la Cassa integrazione guadagni viene compiutamente disciplinata sul piano legislativo con il d.lgt. 9 novembre 1945 n. 788 e il d.lgs.C.P.S. 12 agosto 1947 n. 869, che ne affidano la gestione all'Inps, limitandone l'intervento alla sola categoria degli operai dell'industria e prevedendo una integrazione salariale limitata a due terzi della retribuzione perduta entro il massimo di sedici ore settimanali, collocate tra la venticinquesima e la quarantesima (50).

Successivamente, con la legge 5 novembre 1968 n. 1115 (poi integrata dalla legge 8 agosto 1972 n. 464), viene previsto l'«intervento straordinario» della Cassa, amministrato dal Governo centrale, riservato alle imprese industriali in situazione di crisi occupazionale. L'integrazione salariale è qui aumentata all'80% della retribuzione e può avere durata assai maggiore rispetto all'intervento ordinario, potendo il Governo disporre discrezionalmente la proroga, senza limiti precostituiti. La stessa legge istituisce anche il trattamento speciale di disoccupazione, di entità pari all'integrazione salariale straordinaria (51) ma di durata inizialmente limitata a un anno, riservato agli operai e impiegati del settore industriale che abbiano perso il posto in conseguenza di licenziamento collettivo. Poco dopo, la legge 8 agosto 1972 n. 457 (art. 1, c. 4°) estende l'intervento straordinario della Cassa alla categoria impiegatizia, che fino a quel momento ha goduto della garanzia della retribuzione integrale stabilita dall'ultimo comma dell'art. 6 del r.d.l. n. 1825/1924 anche in caso di sospensione dal lavoro per difficoltà aziendali (52). In seguito, la parificazione della neocostituita categoria dei quadri a quella impiegatizia (l. 13 maggio 1985 n. 190, art. 2, c. 3°) conferma l'estensione del campo di intervento straordinario della Cassa alla nuova categoria.

L'intera disciplina della materia viene poi parzialmente riformata con la legge 20 maggio 1975 n. 164, che recepisce il contenuto dell'accordo interconfederale del 21 gennaio precedente e che costituisce ancora oggi il più importante riferimento normativo in questo campo. Con questa legge viene aumentata all'80% della retribuzione (entro i limiti delle prime 40 ore settimanali) l'integrazione salariale anche nel caso dell'intervento ordinario della Cassa. Viene inoltre istituita una procedura di consultazione preventiva tra impresa e organizzazioni sindacali, obbligatoria in tutti i casi di intervento, ordinario o straordinario, salvi i casi di forza maggiore (§ 373).

Nel quarto di secolo successivo si registrano numerosi interventi legislativi, aventi ad oggetto quasi esclusivamente la disciplina dell'intervento straordinario della Cassa. Tra i più rilevanti si segnala la legge 12 agosto 1977 n. 675 (oggi quasi interamente abrogata), il cui intendimento originario è quello di sostituire i licenziamenti collettivi con una procedura di «mobilità da posto a posto di lavoro», governata interamente mediante graduatorie gestite dagli uffici pubblici, attivata nei settori dichiarati «in crisi» mediante un provvedimento governativo (53). Sarà un fallimento clamoroso (54) e l'idea dovrà essere ben presto abbandonata; si dovrà però attendere fino al 1991 perché la materia dei licenziamenti collettivi venga compiutamente — e assai più realisticamente — disciplinata, in coerenza con il diritto comunitario, dalla legge 23 luglio 1991 n. 223, contenente anche una incisiva riforma dell'intervento straordinario della Cassa integrazione, volto a impedirne gli abusi, e alcune norme di importanza non secondaria sull'intervento ordinario (§ 536).

Nel frattempo il campo dell'intervento straordinario viene esteso anche al settore dell'editoria e quindi in particolare anche alla categoria dei giornalisti (l. 5 agosto 1981 n. 416, art. 35, che ne affida la gestione all'Inpgi), alla categoria delle imprese che gestiscono servizi — quali quello di mensa o quello di pulizia — all'interno di grandi imprese industriali (l. 23 aprile 1981 n. 155, art. 23), alle compagnie portuali (d.l. 17 dicembre 1986 n. 873, convertito nella l. 13 febbraio 1987 n. 26, art. 8; d.l. 22 gennaio 1990 n. 6, convertito nella l. 25 marzo 1990 n. 58, art. 3, c. 6°, che estende ai lavoratori portuali la disciplina generale della c.i.g.), alle imprese di distribuzione commerciale con più di duecento dipendenti e alle imprese artigiane con più di quindici dipendenti la cui crisi occupazionale dipenda dalla crisi accertata dell'impresa industriale principale committente (l. n. 223/1991, art. 12), nonché ad alcuni altri settori minori (55).

371. L'intervento ordinario. — L'integrazione salariale ordinaria, amministrata da una commissione paritetica costituita presso la sede provinciale dell'Inps, viene concessa per «situazioni aziendali dovute ad eventi transitori e non imputabili all'imprenditore o agli operai», oppure «determinate da situazioni temporanee di mercato» (l. n. 164/1975, art. 1) (56), ed è dovuta nella misura dei quattro quinti della retribuzione globale lorda «che agli operai sarebbe spettata per le ore di lavoro non prestate, comprese fra le ore 0 e il limite dell'orario contrattuale, ma comunque non oltre le 40 ore settimanali» (art. 2).

Destinatari dell'intervento ordinario della Cassa sono da sempre gli operai, dal 1991 anche gli impiegati e i quadri di imprese industriali (l. n. 223/1991, art. 14, c. 2°), ai quali l'intervento straordinario era stato esteso fin dal 1972 (§ 370) (57).

I periodi di integrazione salariale sono equiparati a quelli di effettiva prestazione lavorativa sia ai fini previdenziali sia ai fini dell'assistenza sanitaria alla quale il lavoratore ha diritto (artt. 3 e 4).

Quando ne ricorrano i presupposti indicati dalla legge, il provvedimento di concessione dell'intervento ordinario deve — a mio avviso — essere concesso indipendentemente da qualsiasi valutazione circa l'equilibrio economico della Cassa: valutazione che, del resto, la commissione paritetica provinciale competente non sarebbe in alcun modo capace di compiere. Il provvedimento conserva tuttavia natura discrezionale per la valutazione, su cui esso si basa, circa la sussistenza della situazione di difficoltà temporanea di mercato o di altre «situazioni aziendali dovute ad eventi transitori e non imputabili», cui l'intervento è condizionato: donde la posizione di interesse legittimo del datore e dei prestatori di lavoro nei confronti dell'amministrazione competente e la giurisdizione amministrativa sulle controversie in proposito (58). Concesso l'intervento, però, l'amministrazione stessa non ha alcuna discrezionalità nella determinazione della sua estensione soggettiva (individuazione degli operai, impiegati e quadri che ne beneficiano) o della sua entità: donde la giurisdizione ordinaria sulle controversie concernenti questi profili (59).

L'intervento ordinario della Cassa può essere concesso inizialmente per un periodo massimo di tre mesi, prorogabili

trimestralmente, su richiesta motivata dell'imprenditore, fino a un massimo complessivo di 52 settimane nell'arco di 104 consecutive.

A norma dell'art. 12 della legge n. 164/1975, il trattamento di integrazione salariale ordinaria è finanziato con un contributo pagato da tutte le imprese rientranti nel suo campo di applicazione, nonché da un cospicuo contributo addizionale (pari all'8 per cento dell'integrazione erogata, ridotto al 4 per cento per le imprese con meno di 51 dipendenti) a carico dell'impresa che fruisce dell'intervento. L'esazione del contributo addizionale è esclusa soltanto quando l'intervento sia motivato da eventi oggettivamente non evitabili (60).

Il datore di lavoro è responsabile verso i lavoratori per il mancato intervento della Cassa dovuto a sua negligenza, che può consistere nell'omessa o tardiva presentazione della domanda (art. 7): in tal caso, quando debba ritenersi che il comportamento diligente avrebbe consentito il godimento dell'integrazione salariale, sussistendone i requisiti sostanziali, il datore «è tenuto a corrispondere ai lavoratori stessi una somma d'importo equivalente all'integrazione salariale non percepita» (c. 3°).

Per il settore agricolo è stata istituita dalla legge n. 457/1972 una apposita Cassa integrazione guadagni, anche questa gestita dall'Inps (61). Nel settore edilizio la materia è disciplinata — con marginali differenze rispetto alla disciplina generale — dalla legge 6 agosto 1975 n. 427 (62).

372. L'intervento straordinario. — Secondo gli intendimenti originari, come si è detto, l'intervento straordinario della Cassa avrebbe dovuto costituire uno strumento di politica del lavoro a disposizione del Governo centrale, per far fronte alle crisi occupazionali di settore (nel comparto industriale e negli altri a cui il campo di intervento è stato progressivamente esteso: v. § 370) con un intervento di sostegno del reddito dei lavoratori più consistente e temporalmente esteso rispetto all'intervento ordinario, ancorché sempre a carattere temporaneo. Di fatto, negli anni '70 e '80 l'intervento straordinario della Cassa è stato largamente utilizzato anche in situazioni nelle quali vi era fin dall'inizio piena consapevolezza da parte delle imprese richiedenti e da parte delle organizzazioni sindacali dell'inesistenza di prospettive di ripresa del lavoro per i lavoratori sospesi: l'intervento della Cassa ha preso, così, a svolgere impropriamente una funzione sostanziale di trattamento di disoccupazione, mascherato dalla finzione della sopravvivenza di un posto di lavoro. Lo snaturamento dell'intervento straordinario della Cassa si è spinto al punto della creazione di società a partecipazione statale prive di una organizzazione aziendale, destinate al solo ruolo di figurare come titolari dei rapporti di lavoro ceduti dalle imprese decotte, al fine della prosecuzione dell'integrazione salariale (63). E il lassismo governativo nell'amministrazione delle proroghe ha consentito che si creassero situazioni nelle quali l'intervento della Cassa per certe imprese si è protratto per periodi lunghissimi, talora addirittura superiori al decennio. A questa prassi di abuso sistematico dell'intervento straordinario della Cassa pone argine in un primo tempo l'art. 8 del d.l. 21 marzo 1988 n. 86, convertito nella l. 20 maggio 1988 n. 160, che reistituisce a carico delle imprese che ne fruiscono, in aggiunta al contributo ordinario pagato da tutte le imprese potenziali fruitrici, un contributo addizionale, peraltro di entità minore rispetto a quello previsto per l'intervento ordinario (qui il contributo è pari al 4,5 per cento dell'integrazione salariale, ridotto di un terzo per le imprese con meno di 51 dipendenti); la stessa norma inoltre subordina l'erogazione dell'integrazione a un requisito minimo di anzianità di servizio del singolo lavoratore, di cui si dirà oltre in questo paragrafo. Tre anni dopo la legge 23 luglio 1991 n. 223 interviene allo stesso fine dettando una riforma più incisiva della materia (64), i cui contenuti essenziali sono i seguenti.

L'intervento può essere disposto — secondo la disciplina risultante dall'art. 1, c. 2°, della l. n. 164/1975, dagli artt. 2 e 21 della legge n. 675/1977 e dalle successive numerose modifiche e integrazioni — per fronteggiare le situazioni di eccedenza di personale dovute temporaneamente a processi di ristrutturazione, riorganizzazione o riconversione aziendale, nonché a crisi aziendale, in particolare alla crisi conseguente a sottoposizione dell'impresa ad amministrazione straordinaria, ammissione al concordato preventivo con cessione dei beni, provvedimento di liquidazione coatta amministrativa o dichiarazione di fallimento (quando non sia stata disposta la continuazione dell'attività aziendale o questa sia cessata nel corso della procedura) (65).

A norma dell'art. 1, c. 1°, della legge n. 223/1991, l'intervento straordinario nel settore industriale e in quello artigianale è limitato alle imprese che abbiano occupato mediamente più di 15 dipendenti nel semestre precedente. Esso può essere disposto soltanto per i lavoratori che abbiano maturato una anzianità di servizio presso l'impresa di almeno novanta giorni (art. 8, 3° c., l. n. 160/1988), dovendo ovviamente computarsi, in caso di trasferimento d'azienda, anche l'anzianità maturata presso l'impresa cedente (66).

A norma del primo comma dell'art. 2, competente per la concessione dell'intervento straordinario, che deve essere richiesto dall'impresa interessata mediante presentazione di apposito programma, è ora il ministro del lavoro, cui sono state trasferite (dall'art. 1, 2° c., della legge 19 luglio 1994 n. 451) le competenze del Comitato interministeriale per la politica industriale (soppresso dall'art. 1, 21° c., della legge 24 dicembre 1993 n. 537). Rispetto alla procedura relativa all'intervento ordinario (§ 371), quella per l'intervento straordinario è dunque assai più complessa, lunga (67) e costosa: più facilmente esperibile da parte delle imprese di maggiori dimensioni, capaci di esercitare un maggior peso politico sulle scelte del Governo e di suddividere il costo della procedura stessa su di un elevato numero di posizioni lavorative interessate. La concessione dell'intervento straordinario della Cassa è comunque — più ancora che la concessione dell'intervento ordinario (68) — atto discrezionale, nel compiere il quale gli organi governativi competenti

devono tener conto anche dei vincoli economici contingenti: a tale discrezionalità corrisponde, come per l'intervento ordinario, una posizione di interesse legittimo dell'impresa richiedente.

Il limite massimo di durata complessiva dell'intervento straordinario è fissato in trentasei mesi nell'arco di un quinquennio, computandosi a tal fine anche i periodi di intervento ordinario (art. 1, c. 9^o) e quelli di intervento disposto sulla base di contratto di solidarietà (§ 375). Il limite di durata è ridotto a dodici mesi nel caso di intervento per crisi aziendale (c. 5^o).

La regola generale è oggi quella secondo cui, quando la sospensione dal lavoro con intervento straordinario della Cassa non riguardi tutti i dipendenti di un'unità produttiva che svolgono le stesse mansioni o che sono tra loro agevolmente fungibili, essi devono essere sospesi dal lavoro a rotazione (art. 1, c. 8^o): si è voluto, con questa regola, impedire che l'intervento straordinario della Cassa venga utilizzato come «anticamera» del licenziamento collettivo, o comunque per escludere i lavoratori meno produttivi o meno graditi all'imprenditore (69). Quando questi ritenga che all'applicazione della regola della rotazione ostino particolari esigenze organizzative, egli deve esporne i motivi nel programma presentato all'autorità governativa per l'ottenimento dell'intervento. Se i motivi adottati sono ritenuti fondati e adeguati, il ministro del lavoro autorizza la disapplicazione della regola della rotazione; altrimenti il ministro stesso si attiva per promuovere l'accordo fra le parti in proposito. Qualora l'accordo non venga raggiunto entro tre mesi dalla data di concessione del trattamento straordinario, il ministro stabilisce con proprio decreto l'adozione di meccanismi di rotazione, sulla base delle proposte formulate dalle parti. A questo punto, l'imprenditore può ancora rifiutare di applicare la rotazione (70), ma in tal caso è tenuto a pagare un contributo maggiorato per l'intervento della Cassa; in ogni caso egli è tenuto a indicare alle controparti i diversi criteri di scelta che intende seguire.

La giurisprudenza è orientata nel senso di considerare illegittimo il provvedimento aziendale di sospensione quando non sia stata data comunicazione alle organizzazioni sindacali del criterio di rotazione applicato o dei motivi per cui non si intende applicarlo, nonché dei criteri di individuazione dei lavoratori che vengono sospesi (71), criteri che devono in ogni caso essere ispirati a correttezza e buona fede (72), ma non devono necessariamente coincidere con quelli stabiliti dalla legge in materia di licenziamenti collettivi (§ 541) (73).

373. *La procedura sindacale preventiva per l'attivazione dell'intervento della Cassa e gli accordi che possono conseguire.* — A norma dell'art. 5 della legge n. 164/1975, in tutti i casi in cui il datore di lavoro chieda l'intervento — ordinario o straordinario — della Cassa integrazione guadagni, salvo il solo caso di sospensione del lavoro dovuta a eventi imprevedibili di forza maggiore, deve essere preventivamente esperita una procedura di informazione ed esame congiunto con le organizzazioni sindacali sulle cause della sospensione o riduzione dell'orario; l'imprenditore è obbligato a tal fine soltanto a comunicare preventivamente alle organizzazioni medesime il proprio intendimento di chiedere l'intervento della Cassa indicandone il motivo, il numero dei lavoratori interessati e la durata prevista della sospensione, a fornire ogni ulteriore informazione rilevante che gli venga chiesta in proposito e a discuterne quando esse ne facciano richiesta, non essendo egli invece tenuto a sollecitare tale discussione (74). La concessione dell'intervento, così come ogni sua proroga, è subordinata allo svolgimento dell'esame congiunto, ove richiesto, ma non all'accordo in proposito tra le parti (75).

L'informazione preventiva, ai fini della procedura di cui si è detto, deve essere indirizzata alle rappresentanze sindacali, ove esistenti nell'unità produttiva, e alle associazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative operanti nella provincia (c. 4^o) (76).

L'art. 1, c. 7^o, della legge n. 223/1991 ha esteso l'obbligo di informazione preventiva, in funzione dell'intervento straordinario, ai «criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere nonché [al]le modalità della rotazione», della quale si è detto nel paragrafo precedente. L'inottemperanza a questa disposizione è considerata causa di nullità del provvedimento di sospensione del singolo lavoratore e sua collocazione in Cassa integrazione, con la conseguenza che l'intera retribuzione deve essere corrisposta al lavoratore stesso dal datore di lavoro (77).

La procedura di esame congiunto tra imprenditore e associazioni sindacali può risolversi con un secco dissenso tra le parti circa la sussistenza dei presupposti o l'opportunità della richiesta di intervento della Cassa, dissenso che può influire sulla decisione dell'organo amministrativo competente, ma non costituisce impedimento all'accoglimento della richiesta che l'imprenditore decida comunque di presentare. La stessa procedura può invece risolversi con una «presa d'atto», da parte delle organizzazioni sindacali, delle ragioni esposte dall'imprenditore, o con una loro dichiarazione di non opporsi, la cui verbalizzazione non costituisce tecnicamente un accordo collettivo aziendale e non modifica le posizioni contrattuali reciproche del datore e dei prestatori di lavoro: la giurisprudenza parla a questo proposito di «mere intese» con «effetti esclusivamente endoprocedimentali», non rientranti «nella fattispecie di cui all'art. 1322 c.c.» e pertanto non idonee né ad attribuire all'imprenditore un diritto di sospendere le prestazioni lavorative e le corrispondenti retribuzioni senza che sia stato concesso l'intervento della Cassa, né ad «attribuire ai lavoratori interessati il diritto a rientrare in servizio a date preventivamente indicate» (78).

Quando invece la procedura sfoci in un vero e proprio accordo collettivo aziendale, questo può validamente prevedere, per un verso, una limitazione della facoltà dell'imprenditore di sospendere o ridurre l'orario di lavoro: ove di questo effettivamente si tratti, e non delle «mere intese con effetti esclusivamente endoprocedimentali» di cui si è appena detto (cioè che dovrà essere attentamente accertato dal giudice di merito) e l'accordo preveda un termine entro il quale

la sospensione deve cessare, ovvero la c.d. *clausola di rientro*, alla data pattuita i lavoratori hanno diritto alla ripresa del lavoro con la corrispondente retribuzione piena, indipendentemente dagli eventuali ritardi che si siano verificati nell'attuazione del piano di ristrutturazione aziendale per il quale l'integrazione salariale è stata concessa (79). In questo caso non sorgono problemi in ordine al campo soggettivo di applicazione della disposizione collettiva, configurandosi l'accordo come contratto aziendale di gestione, cioè limitativo (e non attributivo) di una facoltà che l'imprenditore potrebbe altrimenti esercitare unilateralmente (§ 71).

L'accordo collettivo aziendale può invece, per altro verso, prevedere un ampliamento della facoltà dell'imprenditore di sospendere o ridurre l'orario di lavoro: ad esempio autorizzandolo a provvedere in tal senso indipendentemente dalla concessione dell'intervento della Cassa. In tal caso si pone il problema dell'individuazione dei lavoratori nei confronti dei quali l'accordo produce l'effetto pregiudizievole dei loro diritti contrattuali, che va risolto secondo i principi e regole generali in materia di efficacia soggettiva del contratto collettivo (§§ 69-70; v. anche § 369). Prevale in proposito l'orientamento giurisprudenziale tradizionale secondo il quale l'accordo di questo genere si applica «a quei lavoratori che abbiano conferito mandato al sindacato stipulante e/o che ne abbiano successivamente ratificato l'operato, anche per comportamento concludente» (80): dove il comportamento concludente dovrebbe evidentemente ravvisarsi nell'inerzia del lavoratore, il quale non si opponga alla sospensione e non offra la prestazione lavorativa rivendicandone la retribuzione piena.

374. Incompatibilità fra integrazione salariale e percezione di altri redditi di lavoro. Obbligo per il lavoratore di tenersi a disposizione per la ripresa del lavoro. — Durante il periodo di intervento, ordinario o straordinario, della Cassa integrazione il lavoratore può svolgere attività lavorativa retribuita, subordinata o autonoma, per committenti diversi dal datore di lavoro, ma soltanto a condizione che egli lo dichiari preventivamente, perdendo in tal modo il diritto all'integrazione per i giorni durante i quali la diversa attività lavorativa viene svolta (legge n. 160/1988, art. 8, 4° c.). L'omissione della dichiarazione preventiva è sanzionata con la perdita dell'intero trattamento (5° c.) e, nei casi più gravi, anche con il licenziamento (81).

Salvo diverso accordo tra le parti — che tuttavia, almeno in linea teorica, non può comportare la percezione indebita dell'integrazione retributiva erogata dalla Cassa — il prestatore sospeso dal lavoro deve tenersi a disposizione del datore per la ripresa dell'attività in qualsiasi momento. In funzione di questa disponibilità, si è ritenuto che sussista anche un obbligo in capo allo stesso prestatore di rendersi reperibile e quindi di comunicare al datore l'eventuale mutamento di domicilio verificatosi durante il periodo di sospensione (82).

Al termine del periodo di sospensione originariamente disposto dal datore, il lavoratore deve ripresentarsi al lavoro senza necessità di specifico invito: dispone in tal senso esplicitamente il tredicesimo comma dell'art. 4 della legge n. 223/1991 in riferimento all'intervento straordinario della Cassa, ma la regola deve considerarsi senz'altro applicabile anche all'intervento ordinario (83).

375. I contratti di solidarietà. — L'istituto della Cassa integrazione guadagni ha svolto fin dal suo nascere, negli anni '40, la funzione di favorire le riduzioni temporanee dell'orario in alternativa ai licenziamenti nelle situazioni di crisi aziendale. L'idea più ambiziosa di coniugare tra loro gli obiettivi strategici della difesa e sviluppo dell'occupazione e della progressiva riduzione dell'orario di lavoro, stimolando la contrattazione collettiva aziendale su questo terreno, viene esplicitata ed enfatizzata nell'accordo interconfederale del 22-23 gennaio 1983 (c.d. «protocollo Scotti») e in quello del 14 febbraio 1984, sulla scorta di alcune iniziative sperimentate nel Regno Unito e in Francia tra la fine degli anni '70 e i primi anni '80 (84), e viene recepita in una serie di decreti-legge, dei quali l'ultimo viene convertito nella legge 19 dicembre 1984 n. 863.

Questa legge istituisce, nei settori e per i lavoratori per i quali è previsto l'intervento straordinario della Cassa integrazione (§ 372), con esclusione delle imprese soggette a procedure concorsuali, una nuova ipotesi di intervento della Cassa medesima, attivato mediante un contratto collettivo aziendale denominato «contratto di solidarietà», col quale viene pattuita in azienda una riduzione — temporanea o a tempo indeterminato (§ 376) — dell'orario giornaliero, settimanale o mensile (85), per evitare in tutto o in parte un licenziamento collettivo per riduzione del personale (art. 1): stipulato il contratto, l'impresa ha titolo per chiedere l'intervento della Cassa, consistente nell'erogazione di una integrazione pari al 50% delle retribuzioni perdute in conseguenza della riduzione dell'orario, per un periodo non superiore a ventiquattro mesi, fermo restando il limite massimo complessivo di 36 mesi nel quinquennio (§ 372), salva una possibilità di deroga ora prevista dall'art. 7 del d.m. 20 agosto 2002 n. 31445. L'art. 2 prevede invece la possibilità di stipulazione di un contratto aziendale analogo, che preveda la riduzione dell'orario a tempo indeterminato, in funzione dell'aumento dell'organico aziendale (c.d. contratto di solidarietà «espansivo»): previsione, questa, che non ha avuto seguito apprezzabile nella pratica e sulla quale pertanto non mette conto soffermarsi in questa sede. L'asse portante dell'operazione è costituito dal rapporto contrattuale tra l'imprenditore e i sindacati «aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale»: a questi ultimi è dunque affidata la funzione del

controllo preventivo sia sull'opportunità dell'operazione nel suo complesso, sia sulle modalità della sua attuazione. Questo spiega perché, a quanto mi consta, i casi di diniego dell'intervento della cassa previsto da un contratto di solidarietà, nel ventennio di applicazione della relativa norma, siano rarissimi. La giurisprudenza è tuttavia nettamente orientata nel senso della qualificazione, anche in questo caso, della posizione del datore e dei prestatori di lavoro nei confronti dell'INPS in termini di interesse legittimo; e, corrispondentemente, del provvedimento concessivo — di competenza del ministero del lavoro — come atto discrezionale (86).

A differenza degli altri accordi aziendali in materia di Cassa integrazione, il contratto di solidarietà non può considerarsi come un «contratto di gestione» (un contratto, cioè, col quale l'imprenditore sottopone a pattuizione collettiva l'esercizio di un potere che egli potrebbe comunque esercitare unilateralmente, ricorrendone i presupposti stabiliti dalla legge: v. § 71): questo tipo di intervento della Cassa non può, infatti, essere attivato se non mediante accordo collettivo, stipulato con sindacati aderenti alle confederazioni nazionali maggiormente rappresentative (criterio selettivo, questo, cui il legislatore faceva prevalentemente ricorso negli anni '70 e '80) (87); e l'accordo stesso può essere stipulato soltanto — a pena di nullità per difetto di causa — in situazioni nelle quali una riduzione degli organici sarebbe altrimenti giustificata da gravi difficoltà economiche aziendali.

Mentre, come si è detto, la norma sul contratto di solidarietà «espansivo», cioè finalizzato a nuove assunzioni (art. 2), non ha avuto attuazione pratica in misura apprezzabile, i contratti di solidarietà «difensivi», cioè finalizzati a evitare riduzioni di personale in situazioni di crisi aziendale (art. 1), hanno avuto invece una diffusione apprezzabile. Sempre, però, nella versione che prevede la riduzione d'orario temporanea; e quasi sempre in situazioni nelle quali era esaurita la possibilità di fruizione dell'intervento ordinario o straordinario, con integrazione retributiva dell'80%.

Al fine di rendere più appetibile il contratto di solidarietà, l'entità dell'integrazione venne temporaneamente aumentata al 75% delle retribuzioni con l'art. 5 del d.l. 20 maggio 1993 n. 148, convertito nella l. 19 luglio 1993 n. 236, che prevedeva inoltre l'erogazione agli imprenditori di un cospicuo sgravio contributivo per incentivare la loro disponibilità ad accordarsi con le organizzazioni sindacali su questo tipo di soluzione della crisi aziendale. La norma produsse un notevolissimo aumento della stipulazione di contratti di solidarietà nel triennio di sua applicazione, con corrispondente aggravio altrettanto notevole dello squilibrio economico della Cassa.

376. Segue. La questione della temporaneità o no della riduzione d'orario pattuita. — Questione di notevole rilievo teorico è se nei contratti di solidarietà «difensivi» la riduzione d'orario debba avere carattere temporaneo o possa avere anche carattere definitivo (problema che non si pone per i c. s. «espansivi», essendo esplicitamente previsto nella loro definizione — art. 2, 1° c. — che la riduzione dell'orario debba essere «stabile»).

A sostegno della tesi che esclude la possibilità di riduzione definitiva è stato osservato che «la riduzione del trattamento economico per i lavoratori si pone, secondo l'art. 1, in rapporto diretto di sinallagmaticità con l'obbligo, assunto dal datore di lavoro, di salvaguardare l'occupazione» e che tale obbligo viene meno con la cessazione dell'intervento della Cassa integrazione (§ 375) (88). Senonché questa argomentazione presuppone che si dia per scontato proprio quel che occorre dimostrare, cioè che il termine di durata dell'integrazione salariale costituisca un termine di durata massima del contratto di solidarietà. V'è ragione, invece, di ritenere che l'ipotesi principale a cui il primo comma dell'art. 1 intende fare riferimento sia proprio quella della riduzione d'orario definitiva e che con l'omissione dell'attributo «stabile» (con cui, al contrario, la riduzione di orario viene qualificata nell'art. 2) si sia inteso soltanto consentire l'eventualità della riduzione temporanea. Non è difficile convincersene se si inquadra la fattispecie in esame nel contesto della disciplina generale della Cassa integrazione.

L'intervento ordinario e quello straordinario della Cassa sono fin dalle rispettive origini espressamente limitati alle situazioni di eccedenza di personale a carattere temporaneo: soltanto una degenerazione nel ricorso a questo «ammortizzatore sociale» aveva fatto sì che in numerosi casi l'intervento straordinario si fosse trasformato in un sussidio di disoccupazione a tempo indeterminato per lavoratori di fatto espulsi dall'impresa datrice di lavoro (§ 372). L'istituzione del contratto di solidarietà «difensivo» ha mirato, da un lato, a integrare la gamma dei possibili interventi della Cassa, con la previsione della possibilità di erogazione dell'integrazione salariale anche in casi di esuberanza di personale non temporanea, irreversibile; ha mirato inoltre, sul piano pratico, a creare le condizioni per l'eliminazione delle degenerazioni negli interventi straordinari della Cassa, di cui si è detto, delineando una forma di intervento «più razionale e non assistenziale» (89). Il contratto di solidarietà di questo tipo si pone dunque, all'origine, principalmente come soluzione *definitiva* di crisi occupazionali strutturali, in alternativa a misure — altrettanto definitive nei loro effetti — di riduzione del personale.

In questo quadro, l'ipotesi del contratto di solidarietà «a termine», cioè del contratto che preveda una riduzione d'orario soltanto temporanea, in risposta a una situazione di eccedenza di manodopera soltanto congiunturale, dovrebbe essere considerata come ipotesi secondaria: ammessa dal legislatore italiano (fino a quando glielo consentirà l'ordinamento comunitario: v. nota 89) perché comporta una integrazione salariale di entità inferiore (§ 375), ma inessenziale rispetto alla *ratio* fondamentale dell'intervento legislativo. Se di fatto la riduzione soltanto temporanea dell'orario prevale nettamente nei contratti di solidarietà stipulati dal 1984 a oggi, anzi ne caratterizza il contenuto nella quasi totalità dei casi, ciò è probabilmente dovuto in parte al fatto che la strategia sindacale tendente alla riduzione dell'orario di lavoro non ha mai messo solide radici tra i lavoratori, in parte alle notevoli difficoltà che le

piccole e medie imprese incontrano solitamente per ottenere l'intervento straordinario della Cassa integrazione, per la complessità e costosità della relativa procedura: il contratto di solidarietà, quando viene stipulato da queste imprese, svolge per lo più una funzione puramente vicaria rispetto all'intervento straordinario.

377. *Questioni in tema di sovrapposizione tra intervento della Cassa integrazione e altre cause di sospensione della prestazione (rinvio).* — Delle questioni che possono porsi nel caso in cui durante il periodo di intervento della Cassa integrazione il lavoratore si ammali, oppure si verifichi altra causa di sospensione della prestazione, si è trattato nel § 367.

378. *Altri casi di sospensione della prestazione lavorativa nell'interesse del datore di lavoro.* — Al di fuori dei casi nei quali è concesso l'intervento della Cassa integrazione guadagni, come si è detto (§ 369), la regola generale in materia di sospensione della prestazione lavorativa nell'interesse del datore è quella di cui è espressione l'ultimo comma dell'art. 6 della legge sull'impiego privato del 1924, in virtù della quale la sospensione non incide sulla maturazione del diritto del lavoratore alla retribuzione.

Questo non significa che il datore, purché paghi, sia contrattualmente libero di rifiutare la prestazione lavorativa quando e per il tempo che gli pare: vi osta il diritto del lavoratore all'esercizio effettivo della propria professionalità, nonché a quel «bene della vita» che è costituito dall'appartenenza attiva a una comunità aziendale, con tutte le relazioni personali che essa porta con sé (§ 296). Tuttavia accade talora che si presenti qualche esigenza obiettiva di sospensione della prestazione lavorativa per un periodo breve, tale da non incidere se non in modo del tutto trascurabile sull'esercizio della professionalità del lavoratore e sulla sua vita di relazione: in tal caso l'esonero occasionale del lavoratore dalla prestazione, senza pregiudizio per la retribuzione, deve ritenersi legittimo. È questo il caso, per esempio, del manifestarsi impreveduto di una situazione di rischio per la salute o la sicurezza dello stesso prestatore che non possa essere risolta con provvedimenti immediati (90); oppure di un mutamento legittimo di mansioni che comporti un breve periodo di inattività prima dell'attivazione della nuova funzione a cui il lavoratore sarà adibito; oppure ancora della temporanea indisponibilità del posto di lavoro per un intervento di manutenzione.

Deve concettualmente classificarsi tra questi casi anche quello della sospensione cautelare del lavoratore durante il tempo necessario per l'accertamento della sua eventuale responsabilità per mancanze di gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure temporanea del rapporto (la materia sarà trattata nel capitolo dedicato all'esercizio del potere disciplinare: § 487). Con l'avvertenza, però, che in questo caso la sussistenza o no del diritto alla retribuzione per il periodo di sospensione della prestazione dipenderà dall'esito di quell'accertamento: se infatti il lavoratore è colpevole delle mancanze imputategli, a lui stesso è imputabile anche la causa della sospensione della prestazione; altrimenti, egli non deve subirne il pregiudizio economico.

379. *Il rifiuto delle prestazioni lavorative come forma di autotutela del datore di lavoro (rinvio).* — Costituisce sospensione dello scambio tra prestazioni lavorativa e retributiva nell'interesse del datore di lavoro anche il blocco dell'attività aziendale da lui disposto per motivi sindacali, comunemente indicato con il termine «serrata». Se ne fa cenno in questa sezione soltanto perché accade talvolta che esso venga attuato abusivamente con richiesta di intervento della Cassa integrazione: richiesta che in tal caso deve ovviamente essere respinta dall'organo amministrativo competente, per difetto del requisito della non imputabilità ad alcuna delle parti interessate delle circostanze che costituiscono motivo dell'intervento richiesto. La questione della liceità o no della serrata, in quanto strettamente connessa alla materia dello sciopero, verrà trattata nella sezione di questo capitolo dedicata alla sospensione della prestazione come forma di autotutela collettiva (§§ 424 e 437).

Sezione III

La sospensione della prestazione per la tutela della salute del lavoratore infermo

Sommario: 380. Inesigibilità della prestazione e accollo del relativo rischio al datore di lavoro. — 381. La malattia come causa di inesigibilità della prestazione lavorativa. — 382. La malattia che esonera dall'obbligo di lavoro ma non obbliga ad astenersi dal lavoro. — 383. Una estensione della nozione di malattia come giustificato motivo di astensione dal lavoro: le cure idrotermali. — 384. La malattia imputabile al lavoratore. Il tentativo di suicidio e gli altri atti di autolesionismo. La disciplina speciale della materia nel lavoro nautico. — 385. *Segue.* L'intossicazione da alcol e da

stupefacenti. — 386. Possibili effetti della malattia nel rapporto di lavoro diversi dalla sospensione della prestazione. Possibilità dell'impedimento soltanto parziale della prestazione. — 387. La malattia come evento protetto dall'assicurazione obbligatoria. — 388. La malattia come oggetto di una copertura assicurativa contenuta nel contratto di lavoro: il diritto del lavoratore a un trattamento economico adeguato. Disciplina legislativa e contrattuale del trattamento di malattia. I «premi di presenza». — 389. *Segue*. Il diritto ad assistenza e cure: assicurazione generale obbligatoria e obblighi residui gravanti in proposito sul datore di lavoro. — 390. *Segue*. Il diritto alla conservazione del posto. Inefficacia temporanea del licenziamento intimato durante il periodo di comporto. — 391. Determinazione del periodo di comporto. Il caso delle assenze per malattia frazionate. — 392. La posizione del prestatore e del datore di lavoro allo scadere del termine di comporto. — 393. La questione della malattia irreversibile. — 394. La questione dell'onere probatorio circa la sussistenza e la gravità della malattia. L'obbligo della certificazione. — 395. L'accertamento sanitario sull'infermità temporanea: primi due commi dell'art. 5 St. lav. — 396. La cooperazione dovuta dal lavoratore all'accertamento e l'obbligo di reperibilità. — 397. Sindacabilità di tutti i referti medici, forniti da sanitari pubblici o privati. Ammissibilità della prova dell'inesistenza dell'impedimento fondata su elementi diversi dagli accertamenti sanitari. — 398. Doveri del lavoratore malato di adoperarsi per la guarigione e principio costituzionale di libertà della persona. — 399. L'infortunio. — 400. L'accertamento dell'idoneità fisica in funzione della sicurezza del lavoratore o di terzi. — 401. La disciplina speciale degli accertamenti e della circolazione delle informazioni circa l'infezione da virus HIV.

380. *Inesigibilità della prestazione e accollo del relativo rischio al datore di lavoro.* — Il contratto prevede, come si è visto (§§ 363-364), numerosi casi di sospensione della prestazione lavorativa nell'interesse del lavoratore, in ossequio al principio costituzionale fondamentale di tutela della persona, della sua salute, della sua libertà politica e sindacale, delle esigenze della sua vita familiare e sociale. Delle pause periodiche, che vincolano la collocazione della prestazione nella giornata, nella settimana e nell'anno, limitando indirettamente la sua estensione temporale complessiva, si è detto nel capitolo precedente e si è visto come esse siano venute ampliandosi progressivamente nel corso dell'ultimo secolo, di pari passo con la riduzione dell'orario di lavoro normale; un fenomeno analogo si è verificato per le sospensioni conseguenti a impedimenti personali del lavoratore, di frequenza e durata imprevedibili, rese sempre più largamente possibili in linea di fatto da un progressivo attenuarsi della soggezione del lavoratore nei confronti dell'imprenditore (91), in linea di diritto dal progressivo aumento delle cause di giustificazione dell'astensione dal lavoro previste dai contratti collettivi e dalla legge. Se nel codice civile erano originariamente previste come cause di sospensione legittima nell'interesse del lavoratore soltanto la malattia o infortunio, la maternità e il richiamo alle armi, a queste nel mezzo secolo successivo se ne sono aggiunte innumerevoli altre: dal servizio militare di leva all'assunzione di cariche pubbliche elettive, allo svolgimento di funzioni nei seggi elettorali, all'attività sindacale, alle esigenze di contemperamento tra lavoro e studio o formazione professionale, alle esigenze di assistenza a parenti bisognosi di cure e ad altre ancora di minor rilievo.

In relazione a queste esigenze personali il contratto svolge una peculiare ed essenziale funzione di garanzia di sicurezza per il lavoratore, accollandone il rischio al datore coll'inibirgli il recesso unilaterale e, in una parte dei casi, coll'imporgli il pagamento integrale o parziale della retribuzione anche in assenza della prestazione lavorativa.

La «copertura assicurativa» garantita al lavoratore dal divieto di licenziamento può estendersi all'intero periodo di sospensione della prestazione, quale che ne sia la durata, come nel caso del servizio militare (§ 415) e dell'aspettativa per motivi politici o sindacali (§ 413); nei casi della malattia e dell'infortunio essa è invece soggetta a un limite temporale massimo, oltre il quale il rischio torna a gravare sul lavoratore (§ 390).

La ragion d'essere socio-economica di questa estesa funzione assicurativa che l'ordinamento affida al contratto di lavoro è evidente: mentre per il singolo lavoratore la perdita del reddito o addirittura del posto di lavoro è normalmente causa di notevoli difficoltà, l'impresa è invece normalmente in grado di far fronte senza gravi problemi all'evento della sospensione della prestazione lavorativa di un dipendente, la cui incidenza sull'equilibrio economico aziendale è prevedibile e viene scontata nella determinazione delle retribuzioni (in altre parole: i lavoratori pagano un «premio assicurativo» implicito per la sicurezza che il contratto dà loro, percependo retribuzioni corrispondentemente ridotte). Quanto alla necessità che tale contenuto assicurativo del contratto sia imposto inderogabilmente dall'ordinamento, abbiamo visto (§§ 6 e 241) e vedremo ulteriormente a suo luogo (§ 491) come anch'essa possa essere spiegata in termini di efficienza socio-economica, in considerazione delle asimmetrie informative che caratterizzano il mercato del lavoro.

Restano tuttavia senza risposta, a questo proposito, due rilevanti interrogativi. Il primo concerne la ragion d'essere della limitazione del suddetto contenuto assicurativo inderogabile del contratto all'area del lavoro subordinato, con esclusione — sempre meno accettata dalla cultura giuslavoristica diffusa e meno giustificabile costituzionalmente (§§ 8 e 95-96) — della vasta area del lavoro dipendente non subordinato. Il secondo concerne l'entità del «premio assicurativo» implicito pagato dai lavoratori subordinati per la sempre più estesa copertura assicurativa che il contratto offre loro.

La considerazione del prezzo pagato dai lavoratori subordinati può forse costituire la premessa per la risposta al primo interrogativo. L'estensione del contenuto assicurativo obbligatorio a tutti i contratti di lavoro *lato sensu* «dipendente»

non è politicamente possibile perché i lavoratori attualmente esclusi non vogliono, oppure non possono, accollarsene l'alto costo: una parte di essi — la metà professionalmente più forte — non vuole perché è più propensa al rischio o comunque riesce ad acquistare a minor prezzo altrove la copertura assicurativa ritenuta necessaria; la parte più debole — i «parasubordinati poveri» — non se lo può permettere per il livello troppo basso dei suoi redditi. L'estensione a tutti i lavoratori dipendenti di una «rete di sicurezza» generale inderogabile presuppone probabilmente che si riducano l'estensione della copertura assicurativa e il suo costo, restando affidato alla contrattazione il compito di arricchire il contenuto assicurativo del rapporto in relazione alle caratteristiche peculiari di ciascun settore e alle preferenze individuali.

381. *La malattia come causa di inesigibilità della prestazione lavorativa.* — A norma dell'art. 32 Cost. e dell'art. 2110 c.c., secondo l'interpretazione che ne è sempre stata data da dottrina (92) e giurisprudenza (93), la sospensione della prestazione lavorativa si giustifica in tutti i casi in cui l'alterazione dello stato di salute o di integrità fisica del lavoratore renda materialmente impossibile, o nocivo per il pronto recupero dello stato di pieno benessere, o comunque eccessivamente penoso per il lavoratore stesso lo svolgimento dell'attività che costituisce oggetto del suo obbligo contrattuale; ma si giustifica anche in tutti i casi in cui la sospensione sia in concreto ragionevolmente necessaria ai fini della prevenzione o della cura di un'infermità (94).

Il concetto di «malattia» giuridicamente rilevante nel rapporto di lavoro è dunque per certi aspetti più ristretto e per altri più ampio del concetto di «malattia» a cui fa generalmente riferimento la scienza medica. Numerose malattie, anche non banali, possono essere prive di rilievo giuridico diretto nel rapporto di lavoro, in quanto non costituiscono impedimento alla normale prestazione di lavoro: si pensi ad esempio ai disturbi cardiaci meno gravi, ad alcuni disturbi cronici dell'apparato circolatorio, alle forme più comuni di menomazione della vista, ai disturbi sessuologici, alla stipsi, alla carie dentaria, all'ulcera gastrica in fase subacuta, ai casi più comuni di nevrosi. Per altro verso, il principio del diritto alla salute che si esprime nelle norme citate impone di estendere la giustificazione dell'astensione dal lavoro «per malattia» e il relativo trattamento anche a situazioni in cui il lavoratore non può considerarsi clinicamente affetto da alcuna malattia: si pensi al caso del lavoratore che, pur non essendo infermo, deve sottoporsi a controlli medici periodici o a una vaccinazione per la prevenzione di una malattia e non può farlo se non durante l'orario di lavoro; o a quello del lavoratore che deve sottoporsi a un'operazione chirurgica per eliminare una menomazione (ad esempio, un'ernia in fase iniziale) o malformazione (ad esempio una cisti sottocutanea) che non interferisce in alcun modo con l'attività lavorativa, o interferisce solo marginalmente; oppure ancora al caso del lavoratore clinicamente guarito da precedente malattia, ma ancora convalescente (95); a quest'ultimo caso è forse assimilabile quello del lavoratore guarito, ma isolato per quarantena (96).

In linea generale, può affermarsi che la sospensione della prestazione è giustificata dalla malattia cronica soltanto quando essa richieda terapie che interferiscono con l'attività lavorativa, oppure nel caso di temporaneo acutizzarsi della sindrome (ma l'acuzie è, appunto, un fattore di impedimento aggiuntivo rispetto all'affezione cronica); altrimenti, l'affezione cronica può costituire impedimento totale e irreversibile (§ 393), oppure può giustificare una riduzione della prestazione o una modifica delle sue modalità di svolgimento (§ 386), ma non una sua sospensione (97). Prova ne sia che, ricorrendo determinate condizioni, l'infermità cronica che menoma soltanto parzialmente la capacità produttiva del lavoratore, lungi dal costituire giustificazione per l'astensione dal lavoro, può, al contrario, costituire titolo per l'avviamento al lavoro in regime di collocamento obbligatorio (§§ 37-46) (98).

La valutazione circa l'idoneità della malattia a giustificare l'astensione dal lavoro deve essere operata in relazione alle circostanze specifiche e alle mansioni contrattualmente dovute dal lavoratore, potendo darsi infermità che giustificano l'astensione da certe attività ma non da altre (ad esempio, la fasciatura rigida di una mano può rivelarsi idonea a giustificare l'astensione dal lavoro di un operaio o di un autista, ma non di un impiegato amministrativo) (99).

Alcuni contratti collettivi contengono una definizione esplicita della nozione di malattia come causa di giustificazione dell'astensione dal lavoro; siffatte clausole collettive possono fornire una utile specificazione del criterio generale dell'inesigibilità, in relazione alle peculiarità del settore produttivo, ma non possono in alcun caso determinare una restrizione della tutela del lavoratore rispetto alla disciplina generale desumibile dalla Costituzione e dal codice civile. La definizione proposta della «malattia» rilevante ai fini della sospensione della prestazione appare inconciliabile con la qualificazione della «malattia» stessa come causa di impossibilità, pure corrispondente all'orientamento più antico e tuttora maggioritario della dottrina (100): se si escludono rare ipotesi di impedimento totale, o di impedimento costituito dal rischio di contagio, la prestazione del lavoratore malato o che si trova nella necessità di curarsi è sempre oggettivamente «possibile», sia materialmente sia giuridicamente, ma urta contro un interesse — quello del lavoratore stesso alla salute — cui l'ordinamento accorda tutela prevalente rispetto all'interesse del creditore, rendendo pertanto la prestazione *inesigibile* (§ 365). Il concetto giuridico di inesigibilità, assai meglio che quello di impossibilità sopravvenuta, sintetizza la complessa valutazione comparativa dei contrapposti interessi in gioco, che l'interprete deve operare in concreto attribuendo il peso dovuto a tutti i dati socio-culturali che caratterizzano ogni singolo caso di specie (101).

Si osservi come — proprio perché non di impossibilità si tratta, ma di inesigibilità — possa determinarsi nel tempo, in conseguenza dell'evoluzione del comune sentire, un marcato spostamento del confine tra i disturbi che possono

giustificare l'astensione dal lavoro e quelli che non lo possono. E come — per lo stesso motivo — nella valutazione comparativa demandata all'interprete possa talora assumere rilievo anche la correttezza del comportamento del lavoratore nella scelta della collocazione temporale dell'astensione dal lavoro: ad esempio, deve considerarsi scorretto il comportamento del lavoratore che pretenda di collocare un piccolo intervento chirurgico dermatologico in un periodo di massima intensità dell'attività aziendale, quando nulla impedisca di collocarlo in un altro periodo; così come deve considerarsi scorretto il comportamento del lavoratore che si astenga dal lavoro per sedute odontoiatriche o fisioterapiche (102) suscettibili di collocarsi agevolmente in orario diverso.

382. *La malattia che esonera dall'obbligo di lavoro ma non obbliga ad astenersi dal lavoro.* — Se davvero a giustificare l'astensione dal lavoro *ex art. 2110 c.c.* fosse soltanto un'«impossibilità» della prestazione — per quanto «relativizzata» e «de-oggettivizzata» —, come la dottrina prevalente insiste a sostenere (103), ne conseguirebbe una perfetta coincidenza fra l'insieme delle infermità che giustificano l'astensione stessa e quello delle infermità che per un verso *impongono* al lavoratore di starsene a casa, per altro verso giustificano il rifiuto da parte del creditore della prestazione di lavoro in quanto lesiva della salute di chi la svolge. Ma le cose non stanno così.

È certo e indiscutibile che nessun medico del servizio ispettivo incaricato del controllo di malattia (§ 395), né alcun giudice del lavoro, per quanto severo contro l'assenteismo abusivo, considererebbe ingiustificata l'astensione dal lavoro di un lavoratore che abbia una gamba fratturata e ingessata, oppure soffra di una forte faringite o sinusite, neppure quando — come sovente accade — il recarsi al lavoro sia irrilevante per il decorso dell'infermità; ma è altrettanto certo e indiscutibile che se quel lavoratore, invece che starsene a casa, preferisce andare a lavorare anche con la gamba ingessata, il mal di gola o la sinusite, nessuno potrebbe legittimamente impedirglielo: neppure il datore di lavoro più scrupoloso — quando non vi sia l'evidenza di un rilevante danno per la salute del lavoratore, o di un pericolo di danno per altre persone o cose — potrebbe legittimamente rifiutare la prestazione lavorativa in un caso di questo genere. Numerose alterazioni della salute o dell'integrità fisica del lavoratore, pur idonee a giustificare pienamente l'astensione dal lavoro, non sono idonee a far venire meno il diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione (§ 296): la prestazione è inesigibile, ma non può dirsi né «impossibile», né vietata.

Deve dunque convenirsi che mediante l'istituto della malattia l'ordinamento attribuisce al lavoratore una facoltà di astensione dal lavoro alla quale in molti casi non corrisponde né un diritto né un dovere del datore di lavoro di rifiutare la prestazione: quel diritto-dovere sorge in capo al datore soltanto là dove sia evidente che lo svolgimento della prestazione sia incompatibile con la sicurezza del lavoratore stesso, di altre persone o del patrimonio aziendale.

383. *Una estensione della nozione di malattia come giustificato motivo di astensione dal lavoro: le cure idrotermali.* — Un caso di astensione dal lavoro per ragioni di salute nel quale è particolarmente evidente l'ampia — ancorché certo non illimitata — discrezionalità della scelta del lavoratore è quello delle cure idrotermali: si tratta infatti di cure positivamente sconsigliate in tutti i casi di affezione *acuta* (cioè nei casi che normalmente giustificano e possono addirittura rendere obbligatoria l'astensione dal lavoro in ossequio al principio di tutela della salute: § 381), mentre sono consigliate invece per contrastare stati patologici *cronici* e favorire una più rapida riabilitazione fisica di chi ne è affetto. Non è dunque concepibile alcun caso nel quale al lavoratore possa essere inibito lo svolgimento della prestazione lavorativa soltanto in funzione della fruizione di cure idrotermali: è lui stesso a scegliere, ricorrendone le effettive esigenze terapeutiche e riabilitative, se avvalersi di questa opportunità che l'ordinamento gli offre oppure no. Si era sostenuto in passato che l'astensione dal lavoro per cure idrotermali costituisse una fattispecie diversa rispetto a quella generale dell'astensione per malattia (104); e questa tesi aveva trovato una conferma nel divieto di concessione di «congedi straordinari» per cure idrotermali posto dalla legge 25 marzo 1982 n. 98. Senonché — anche in conseguenza delle forti pressioni esercitate sul legislatore dalla *lobby* dei servizi idrotermali — tale divieto è stato ben presto abrogato dall'art. 13 della legge 11 novembre 1983 n. 638 (105). Nella tormentata vicenda legislativa è poi intervenuta la Corte costituzionale affermando la riconducibilità, sì, di questa fattispecie a quella generale di cui all'art. 2110 c.c., ma soltanto qualora risulti accertata la reale esigenza che le cure idrotermali siano effettuate in periodo lavorativo, verificato cioè che vi siano seri motivi per non rinviarle ad altra epoca, anche se non è necessario che esse siano assolutamente indifferibili (106); sono poi intervenute anche le Sezioni unite precisando la necessità, ai fini del godimento della predetta facoltà del lavoratore, oltre che della prescrizione motivata da parte del medico specialista, anche della certificazione della necessità di collocazione temporale della cura in periodo lavorativo (107).

Al fine di combattere i persistenti abusi delle cure idrotermali, l'art. 16 della legge 30 dicembre 1991 n. 412 ha disposto che le «patologie che possono trovare reale beneficio dalle cure termali» e i relativi strumenti di controllo fossero individuati mediante regolamento ministeriale (108); e l'art. 3 della legge 24 dicembre 1993 n. 537 ha abrogato le disposizioni speciali vigenti in materia di congedo straordinario per cure termali dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche.

È stata ritenuta legittima la clausola collettiva che imputa a ferie annuali i primi due giorni di assenza per cure idrotermali (109).

384. La malattia imputabile al lavoratore. Il tentativo di suicidio e gli altri atti di autolesionismo. La disciplina speciale della materia nel lavoro nautico. — Accade che l'infermità di cui il lavoratore soffre sia stata causata dal suo stesso comportamento e in particolare da un comportamento imprudente, o addirittura riprovevole, oppure da un atto autolesionistico: si pensi al caso dell'infermità derivante dall'abuso di alcol, dall'uso di stupefacenti, da un incidente stradale causato dallo stesso lavoratore, da un gioco pericoloso, da un tentativo di suicidio; o sia causata da un aborto volontario. La questione giuridica che ne nasce è stata affrontata dalla giurisprudenza quasi esclusivamente in riferimento al rapporto di assicurazione obbligatoria contro le malattie; ed è stata risolta — sulla base degli artt. 38 Cost., 2110 c.c. e 6 della legge 11 gennaio 1943 n. 138 — nel senso dell'irrelevanza della colpa del lavoratore, anche grave, purché non vi siano gli estremi del dolo, ovvero della precisa volontà di porsi nell'impossibilità di lavorare (110). La stessa soluzione deve, secondo la dottrina oggi prevalente, essere estesa al rapporto fra il prestatore e il datore di lavoro, poiché il fondamento giuridico (rinvenibile nelle norme testate citate della Costituzione e del codice civile) della tutela del lavoratore malato nel rapporto di lavoro e nel rapporto previdenziale è unitario: anche nel rapporto di lavoro, pertanto, il fatto che la malattia sia stata determinata da colpa del lavoratore — purché non da dolo — è irrilevante ai fini della determinazione dei diritti e obblighi delle parti, dovendosi ritenere che il principio della sicurezza dal bisogno in caso di malattia, sancito dalle norme in esame, prevalga sui principi di diritto comune in materia di responsabilità contrattuale (111).

Parimenti irrilevante è il fatto che l'infermità sia stata causata da un aborto volontario che la lavoratrice si sia procurata legittimamente (112): a norma dell'art. 19 del d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151 (§ 402), «l'interruzione della gravidanza, spontanea o volontaria, nei casi previsti dagli articoli 4, 5 e 6 della legge 22 maggio 1978 n. 194, è considerata a tutti gli effetti come malattia». La formulazione della norma sembrerebbe escludere, invece, che possa considerarsi come malattia l'infermità causata da un aborto volontario che la lavoratrice si sia procurata al di fuori dei casi previsti dalla legge; ma sulla norma così interpretata viene sollevato in dottrina un dubbio di costituzionalità, in riferimento al principio di tutela della salute *ex art. 32 Cost.* e in considerazione del fatto che l'atto illecito della lavoratrice non è compiuto allo scopo di causare l'infermità (113).

A maggior ragione deve considerarsi irrilevante il fatto che l'infermità sia stata causata dall'esercizio di sport o altre attività pericolose: il principio costituzionale di tutela della libertà della persona consente di considerare il contenuto assicurativo del rapporto (§§ 238 e 380) esteso anche ai «sinistri» causati da pratiche particolarmente avventurose, quali l'alpinismo, anche nelle sue versioni «estreme», o il volo in deltaplano (cfr. § 285).

Si discute se il lavoratore infermo in conseguenza di un tentativo di suicidio goda o no della tutela ordinariamente spettante al lavoratore malato. Mentre è pacifica in dottrina la soluzione favorevole al lavoratore nel caso in cui il tentativo di suicidio sia avvenuto in istato di infermità o semi-infermità mentale (114), soltanto alcuni Autori hanno ritenuto estensibile tale soluzione a tutti i casi di tentato suicidio, sulla base di ragioni equitative (115), o sul presupposto che il tentativo di suicidio sia sempre indice di uno stato di stravolgimento mentale e quindi di infermità (116).

La mera colpa del lavoratore nella causazione dell'infermità è dunque irrilevante ai fini del suo diritto alle cure e ad astenersi dal lavoro: l'astensione può considerarsi come inadempimento in senso stretto, imputabile al lavoratore, soltanto nel caso in cui questi si sia deliberatamente e con piena avvertenza procurato l'infermità allo scopo di sottrarsi all'obbligo di lavoro (117). In questo caso egli non gode della tutela ordinariamente spettante al lavoratore malato; e su di lui grava la responsabilità disciplinare e risarcitoria (§ 477) nei confronti del datore di lavoro (118) (sul quale grava ovviamente, a norma dell'art. 2697, 2° c., c.c., l'onere della prova circa il dolo del lavoratore) (119). Va tuttavia osservato, a questo proposito, che quando l'astensione dal lavoro per infermità causata da colpa del lavoratore si ripeta più volte, assumendo il carattere dell'abitudine, il comportamento del lavoratore che non si attivi per liberarsi da tale pernicioso abitudine, così deliberatamente esponendosi alla ricaduta, configura il dolo eventuale: è questo il caso dell'abuso abituale di alcol o sostanze stupefacenti, tipizzato e disciplinato specificamente da diverse norme legislative, sul quale torniamo nel paragrafo che segue.

Della questione analoga che può porsi in relazione alla malattia il cui protrarsi sia causato dal rifiuto del lavoratore di sottoporsi alle cure appropriate discuteremo nel § 398, trattando degli obblighi del lavoratore durante il periodo di malattia.

Una disciplina speciale della materia — non suscettibile di applicazione estensiva o analogica al rapporto di lavoro ordinario — è dettata per il rapporto di lavoro nautico dall'art. 336 c. nav., dove è stabilito che «se l'arruolato si è intenzionalmente procurato la malattia o la lesione, ovvero ha contratto la malattia o riportato la lesione per sua grave colpa mentre si trovava a terra senza autorizzazione, l'armatore è egualmente tenuto a provvedere all'assistenza sanitaria, ma ha diritto di ripeterne le spese dall'arruolato»; nei casi suddetti «il componente dell'equipaggio non ha diritto alla retribuzione per tutto il tempo durante il quale è inabile al servizio». Previsione pressoché identica è contenuta nell'art. 909, 2° e 3° c., c. nav., per il lavoro aeronautico.

385. Segue. *L'intossicazione da alcol e da stupefacenti.* — Un caso assai comune di infermità causata da comportamento indebito del lavoratore, del quale si è già discusso nel § 285, è quello dell'intossicazione da alcol o da stupefacenti.

In proposito può considerarsi pacifico che, anche in applicazione della regola sottesa agli artt. 92 e 93 c.p., fin quando il lavoratore non si astenga dal lavoro, l'eventuale difetto della sua prestazione dovuto all'abuso di sostanze psicotrope costituisce a tutti gli effetti inadempimento contrattuale (120). Così, ad esempio, il lavoratore che in istato di ebbrezza o sotto l'effetto di droghe tenga un comportamento inappropriato sul luogo di lavoro, oppure causi un sinistro stradale, è sicuramente responsabile sul piano disciplinare come su quello risarcitorio (121). Quando invece il lavoratore, impedito ad adempiere correttamente dall'effetto di sostanze psicotrope, si astenga dal lavoro, e non possa dimostrarsi che egli abbia assunto tali sostanze volendo conseguire proprio l'effetto dell'impedimento della prestazione, l'assenza deve considerarsi in sé giustificata dall'infermità temporanea; e — come si è visto nel paragrafo precedente — prevale oggi in dottrina l'opinione secondo cui il comportamento malsano o riprovevole tenuto dal lavoratore nella vita privata non può essergli imputato sul piano disciplinare nell'ambito del rapporto di lavoro, neppure quando abbia per conseguenza l'infermità impeditiva della prestazione (v. però ora il comma aggiunto all'art. 2 del d.P.R. n. 1124/1965 dall'art. 12 del d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38, che esclude dall'assicurazione antinfortunistica l'infortunio *in itinere* — § 399 — causato dall'abuso di alcol o stupefacenti).

Abbiamo peraltro visto pure anche (§ 384) come il ripetersi di tale comportamento, con conseguente stillicidio di astensioni dal lavoro, senza che il lavoratore si attivi per impedire la ricaduta, configuri mancanza (che i penalisti qualificano come «dolo eventuale»), cui consegue l'esclusione degli effetti protettivi di cui all'art. 2110 c.c.: conclusione, questa, che nel caso dell'abuso abituale di alcol o stupefacenti trova un fondamento specifico nell'applicazione analogica dell'art. 94 c.p. Il lavoratore alcolista, o che si trovi in istato di dipendenza da sostanze psicotrope (122), deve dunque considerarsi contrattualmente obbligato al trattamento di disintossicazione e riabilitazione; trattamento che, per altro verso, quando richieda il ricovero in casa di cura o comunque sia incompatibile con la prestazione, ne giustifica sicuramente la sospensione. Si osservi come il dovere di sottoporsi a trattamento di disintossicazione e riabilitazione differisca dal dovere di curarsi in costanza di malattia (del quale si discuterà a suo luogo: § 398): soltanto nel primo caso, infatti, si tratta di porre rimedio a un difetto di prontezza ad adempiere regolarmente che è conseguenza di un comportamento indebito volontario e consapevole del lavoratore. Questo consentirà di giungere a conclusioni parzialmente differenti nel secondo caso circa la sussistenza di un vero e proprio obbligo contrattuale del lavoratore di sottoporsi a terapie appropriate.

In riferimento all'abuso di sostanze stupefacenti, l'art. 124 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 (123) attribuisce espressamente al titolare di rapporto a tempo indeterminato il diritto ad astenersi dal lavoro senza pregiudizio per la conservazione del posto — ma senza diritto all'indennità di malattia, salva più favorevole disciplina contrattuale — «per il tempo in cui la sospensione delle prestazioni lavorative è dovuta all'esecuzione del trattamento riabilitativo e, comunque, per un periodo non superiore a tre anni» (124). Lo stesso beneficio è esteso dall'art. 15, 3° c., della legge 18 aprile 2001 n. 90 ai «lavoratori affetti da patologie alcolcorrelate che intendano accedere ai programmi terapeutici e di riabilitazione» presso i servizi a ciò preposti (in proposito v. anche § 410).

La questione dell'imputabilità del difetto della prestazione lavorativa conseguente ad abuso di alcol o di stupefacenti si pone in modo diverso quando l'alterazione non abbia carattere temporaneo e reversibile, bensì permanente: in questo caso può farsi applicazione, nella nostra materia, della regola sottesa all'art. 95 c.p., che prevede la non imputabilità del comportamento indebito per vizio totale di mente causato da «intossicazione da alcol cronica». L'abuso abituale di alcol produce un deterioramento progressivo non soltanto del tessuto epatico, ma anche di quello cerebrale; e oltre un certo limite tale lesione causa uno stato di vera e propria incapacità permanente di intendere e volere, che costituisce, sì, motivo di non imputabilità delle mancanze commesse dall'intossicato, ma anche causa di inidoneità irreversibile alla prestazione lavorativa (v. in proposito § 393).

La Corte costituzionale, intervenendo sul versante penalistico della questione, ha recentemente affermato la necessità che si tenga conto della possibilità di una situazione intermedia tra l'ubriachezza abituale (che non esclude, ma anzi aggrava l'imputabilità del reato) e la lesione inguaribile della capacità di intendere e volere: una situazione, cioè di alterazione dei processi intellettivi e volitivi dell'imputato non transitoria, ma neppure irreversibile (125).

L'applicazione di questa massima ha per conseguenza, sul piano penale, la non imputabilità del reato quando l'imputato si sia trovato, nel commetterlo, nella suddetta situazione intermedia; ma sul piano civile, e su quello del rapporto di lavoro in particolare, non mi sembra che si possa giungere a una conclusione analoga. Il lavoratore che si trovi nella situazione intermedia individuata dalla Corte costituzionale è pur sempre contrattualmente responsabile per il precedente inadempimento dell'obbligo di sottoporsi al trattamento di disintossicazione e riabilitazione, quando egli era ancora — tra un ubriacatura e l'altra — pienamente capace di intendere e di volere. Sarà forse tardivo il contestargli quell'inadempimento sul piano disciplinare, ora che l'alterazione psichica è diventata cronica, ma non vedo come possa ritenersi interrotto il nesso causale tra quel suo inadempimento passato (sicuramente a lui imputabile, come si è visto sopra) e il difetto attuale della prestazione lavorativa o di adempimenti ad essa accessori (126).

È giusto e costituzionalmente dovuto che il contenuto assicurativo inderogabilmente proprio del contratto di lavoro (§§ 238 e 380) protegga il lavoratore anche contro il rischio di deviazioni gravi dal comportamento corretto nel governo

della propria persona, quali sono l'alcolismo e l'abuso di stupefacenti; che dunque al lavoratore, nel lungo periodo che intercorre tra l'inizio dell'abuso di sostanze psicotrope e il cronicizzarsi dell'intossicazione, sia offerta la possibilità di uscire dal vicolo cieco in cui si è cacciato, godendo della possibilità di sospensione della prestazione con diritto alla conservazione del posto per sottoporsi al trattamento di disintossicazione e riabilitazione. Ma questa «copertura assicurativa» non deve spingersi fino a deresponsabilizzare totalmente il lavoratore, esonerandolo anche dalle conseguenze del suo rifiuto di farsi aiutare e trasferendone il rischio e il costo interamente sul datore di lavoro.

386. *Possibili effetti della malattia nel rapporto di lavoro diversi dalla sospensione della prestazione. Possibilità dell'impedimento soltanto parziale della prestazione.* — Anche quando non sia tale da giustificare l'astensione dal lavoro, la malattia del lavoratore può incidere per altri aspetti sulle modalità di attuazione del rapporto: più precisamente, può conseguire un obbligo particolare di sicurezza a carico del datore (§ 219), oppure una riduzione dell'obbligo di lavoro in capo al prestatore. Ad esempio, può rendersi necessaria l'adozione da parte del datore di lavoro di particolari misure tendenti a evitare un aggravamento dell'infermità, o a consentirne la più rapida guarigione, oppure a eliminare rischi specifici dipendenti dall'infermità in relazione alle caratteristiche della prestazione, o ad evitare una penosità eccessiva della stessa; e tra le misure che possono rendersi necessarie vanno talvolta annoverati anche il mutamento (§ 393) o la riduzione della gamma di mansioni suscettibili di essere assegnate al lavoratore, oppure il rallentamento del ritmo del lavoro: così, da un operaio che denuncia un'ernia del disco può non essere più esigibile lo svolgimento delle mansioni più pesanti, pure da lui svolte normalmente in precedenza; da un impiegato affetto da retinopatia può non essere più esigibile il lavoro al videoterminale; da un fattorino che soffre di angina può non essere più esigibile la stessa rapidità con cui in precedenza egli svolgeva il proprio lavoro di consegna e ritiro di plichi.

Va sottolineato in proposito come talvolta l'infermità costituisca soltanto impedimento parziale alla prestazione, imponendone una riduzione o un'alterazione delle modalità normali, ma non giustificandone la sospensione totale. In tal caso, l'esecuzione del contratto secondo buona fede impone al lavoratore di porsi a disposizione del datore per la parte della prestazione che resta possibile (127).

Simmetrico rispetto all'obbligo teste menzionato del lavoratore, solo parzialmente menomato nella sua capacità lavorativa, è l'obbligo gravante sul datore di lavoro di ricevere anche la prestazione lavorativa *ridotta* per effetto della menomazione parziale: in aderenza all'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente (128), deve ritenersi che il «contenuto assicurativo» del rapporto di lavoro, di cui si è detto nella parte introduttiva di questa sezione (§ 380) si estenda anche alla possibilità di conservazione in vita di un rapporto avente per oggetto una prestazione lavorativa ridotta. Come ogni «copertura» assicurativa di fonte contrattuale, tuttavia, anche questa deve considerarsi soggetta a un limite (a un «massimale assicurato», per dirla nel gergo delle assicurazioni): deve, cioè, ammettersi l'esistenza di una soglia oltre la quale il datore di lavoro può rifiutare di accollarsi il costo della riduzione della produttività del lavoratore, conseguente a invalidità parziale sopravvenuta. In via equitativa si potrebbe ritenere che tale limite sia determinabile in termini di estensione temporale della prosecuzione del rapporto con prestazione lavorativa ridotta, assumendosi come parametro la durata del periodo di comportamento stabilito dal contratto collettivo per il caso di sospensione totale della prestazione (rinvio in proposito alla più ampia trattazione svolta nel § 516, lett. e e h).

387. *La malattia come evento protetto dall'assicurazione obbligatoria.* — Da quanto sin qui esposto risulta evidente la non coincidenza tra il concetto di malattia rilevante nel rapporto di lavoro e il concetto di malattia rilevante nel rapporto di assicurazione obbligatoria di cui il lavoratore è soggetto: costituisce evento protetto dall'assicurazione obbligatoria la situazione nella quale il lavoratore abbia bisogno di assistenza e/o cure mediche, per la terapia, il controllo o la prevenzione di una infermità (129), indipendentemente dal fatto che tale situazione determini un impedimento alla prestazione lavorativa o la necessità di misure particolari per la protezione del lavoratore nel luogo di lavoro. Può pertanto verificarsi sia il caso di malattia rilevante nel rapporto di lavoro e non nel rapporto di assicurazione obbligatoria (ad esempio: una crisi di emicrania che costringe il lavoratore ad astenersi dal lavoro per un giorno, ma per la quale non si richiede alcuna prestazione di assistenza sanitaria), sia il caso di malattia che non causa né astensione dal lavoro né menomazione della capacità lavorativa, ma richiede interventi diagnostici e/o terapeutici a carico dell'istituto assicuratore.

Vedremo, peraltro, nel paragrafo che segue come l'assicurazione obbligatoria offra a una parte dei lavoratori anche una parziale copertura della perdita di reddito conseguente all'astensione dal lavoro per malattia.

388. *La malattia come oggetto di una copertura assicurativa contenuta nel contratto di lavoro: il diritto del lavoratore a un trattamento economico adeguato. Disciplina legislativa e contrattuale del trattamento di malattia. I «premi di*

presenza». — La regola della traslazione del rischio di malattia dal prestatore al datore di lavoro (§ 380) si manifesta nell'esonero del lavoratore infermo dalla prestazione di lavoro con diritto a un trattamento economico adeguato e alla conservazione del posto fino a un termine massimo. Esaminiamo il contenuto del primo di questi due diritti.

L'astensione dal lavoro per malattia non determina di regola la sospensione dell'obbligo retributivo gravante sul datore di lavoro: a norma dell'art. 2110, 1° c., c.c. (ma la regola è desumibile anche dagli artt. 36 e 38 Cost.) «in caso ... di malattia ... se la legge o le norme corporative non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità». Tra le norme speciali che disciplinano la materia va menzionato innanzitutto l'art. 6, 5° c., della c.d. «legge sull'impiego privato» (r.d.l. n. 1825/1924), espressamente richiamato dall'art. 98 disp. att. c.c., che pone interamente a carico del datore di lavoro il trattamento economico del personale impiegatizio in caso di assenza per malattia: retribuzione piena per il primo mese, dimezzata per i due successivi; i termini temporali sono raddoppiati in caso di anzianità superiore a 10 anni. Vanno menzionati inoltre: l'art. 336 c. nav., che prevede il diritto dell'arruolato, nel rapporto di lavoro nautico, all'intera retribuzione a spese della nave (l'art. 356 prevede altresì che, quando il contratto sia stato risolto a causa dell'infermità del lavoratore, l'armatore gli corrisponda un'indennità pari alla retribuzione per un periodo fino a sei mesi dopo la cessazione del rapporto) (130); l'art. 909 c. nav., che definisce il diritto alla retribuzione del lavoratore malato, nel rapporto di lavoro aeronautico, in termini analoghi a quelli di cui all'art. 2110 c.c.; l'art. 2242, 1° c., c.c., che deve essere interpretato nel senso di attribuire al prestatore di lavoro domestico convivente con il datore di lavoro il diritto «alla retribuzione in denaro, al vitto, all'alloggio» anche «per le infermità di breve durata»; infine i decreti delegati — emanati in attuazione della l. 14 luglio 1959 n. 741 (§ 67) — che recepiscono contratti collettivi di lavoro contenenti disposizioni in materia di retribuzione dei lavoratori assenti per malattia.

Non deve essere confusa con queste disposizioni, concernenti l'obbligo retributivo gravante sul datore di lavoro, la norma contenuta nell'art. 1 del d.l. 30 dicembre 1979 n. 663, convertito con l. 29 febbraio 1980 n. 33, che disciplina le modalità di pagamento ai lavoratori salariati — cui non si applica la garanzia retributiva prevista dalla legge del 1924 sull'impiego privato, sopra menzionata (§ 244) — dell'indennità giornaliera di malattia, decorrente dal quarto giorno di astensione dal lavoro (131), posta a carico dell'istituto gestore della previdenza obbligatoria in seguito alla riforma sanitaria dell'anno precedente (art. 74, 1° c., l. 23 dicembre 1978 n. 833): la norma impone ai datori di lavoro l'obbligo di corrispondere «anticipazioni» di tale indennità «a norma dei contratti collettivi e, in ogni caso, non inferiori al 50 per cento della retribuzione del mese precedente, salvo conguaglio». Tale anticipazione a carico del datore di lavoro è esclusa, a norma del 6° comma dello stesso articolo, per i prestatori di lavoro domestico, per gli operai e i braccianti agricoli e per i lavoratori stagionali.

Alcune rilevanti limitazioni del diritto del lavoratore all'indennità previdenziale di malattia e alla relativa anticipazione da parte del datore di lavoro erano state introdotte, in riferimento ai rapporti di lavoro a termine (§ 500), dall'art. 5 del d.l. 12 settembre 1983 n. 463, convertito con l. 11 novembre 1983 n. 638; ma esse sono state abrogate dal d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368, in omaggio al divieto comunitario di discriminazione ai danni dei lavoratori a termine rispetto a quelli stabili (§§ 501 e 508).

Da circa un trentennio tutti i più importanti contratti collettivi nazionali di lavoro impongono alle imprese l'integrazione, in favore dei lavoratori salariati assenti per malattia, dell'indennità corrisposta dall'istituto di previdenza, realizzandosi così nella maggior parte dei casi, per questo aspetto, la parità effettiva di trattamento economico tra i lavoratori salariati e gli stipendiati (§§ 179-180). Si è discusso se, in assenza di una disposizione contrattuale in tal senso, sul datore di lavoro gravi un obbligo retributivo, a norma dell'art. 2110 c.c., per i primi tre giorni di «carezza» dell'indennità corrisposta dall'istituto previdenziale (132); a me sembra che non contrasti con l'art. 2110 c.c. la tesi secondo cui il contratto può validamente prevedere una «franchigia retributiva» per quel primo breve periodo. Non dovrebbe, invece, sussistere alcun dubbio circa l'obbligo retributivo gravante sul datore di lavoro nei confronti del suo dipendente malato, a norma degli artt. 36 e 38 Cost. e 2110 c.c., anche in assenza di specifiche disposizioni legislative o contrattuali, quando non sia prevista alcuna indennità a carico dell'assicurazione obbligatoria: è questo il caso del lavoro domestico e dell'apprendistato. L'entità della retribuzione in questi casi è determinata dal giudice sulla base degli usi o secondo equità.

Come si è visto a suo luogo (§ 239; ma v. anche § 380) nessun dubbio può essere sollevato oggi sulla natura retributiva del trattamento economico di malattia posto dalla legge o dal contratto collettivo a carico del datore di lavoro. La conseguenza più rilevante di tale qualificazione del trattamento di malattia, oltre al suo assoggettamento a contribuzione previdenziale (133), è l'applicabilità della prescrizione estintiva quinquennale (§ 570) e del privilegio riservato ai crediti di retribuzione (§ 273).

Poiché è la legge stessa (art. 2110 c.c.) a riservare all'autonomia collettiva la determinazione del trattamento economico di malattia, la regolamentazione della materia ad opera della contrattazione collettiva è libera e insindacabile. È stata, in particolare, riconosciuta all'autonomia collettiva la facoltà di escludere dalla retribuzione del lavoratore malato voci particolari della retribuzione ordinaria: ne consegue la legittimità dell'istituzione di «premi di presenza» (134). Nel silenzio del contratto, invece, devono pacificamente essere computate nel trattamento di malattia dovuto dal datore di lavoro tutte le voci comprese nella retribuzione ordinariamente e continuativamente percepita dal lavoratore, mentre non devono essere computate le voci retributive percepite dal lavoratore in modo discontinuo od occasionale.

A norma degli artt. 2 e 3 della legge 31 marzo 1954 n. 90, infine, il lavoratore salariato ha diritto all'intera retribuzione

per le giornate festive infrasettimanali soltanto nelle prime due settimane di assenza per malattia (135); il problema, ovviamente, non si pone per il lavoratore stipendiato (341).

389. *Segue. Il diritto ad assistenza e cure: assicurazione generale obbligatoria e obblighi residui gravanti in proposito sul datore di lavoro.* — Come si è visto nel § 387, all'esigenza di garantire al lavoratore malato l'assistenza e le cure mediche necessarie per il suo ristabilimento risponde oggi, nella quasi totalità dei casi, l'assicurazione obbligatoria gestita dal Servizio Sanitario Nazionale (l. n. 833/1978). Un obbligo particolare di assistenza e di cura nei confronti del dipendente malato è tuttavia posto a carico del datore di lavoro in alcuni casi, in considerazione della specialità del rapporto: è il caso del lavoro domestico, quando il prestatore conviva con il datore (art. 2242 c.c.) (§§ 98-100), quello del lavoro nautico e quello del lavoro aeronautico (artt. 336 e 909 c. nav.) (136).

L'applicazione analogica delle ultime due norme citate consente di estendere lo stesso diritto all'assistenza e cura, erogate dal datore, al dipendente che si sia ammalato trovandosi per ragione del suo lavoro all'estero, o comunque in località nella quale il Servizio Sanitario Nazionale non possa operare tempestivamente.

390. *Segue. Il diritto alla conservazione del posto. Inefficacia temporanea del licenziamento intimato durante il periodo di comporto.* — Oltre alle tutele di cui si è detto nei due paragrafi precedenti, la regola della traslazione del rischio della malattia dal prestatore al datore di lavoro si manifesta nel divieto per quest'ultimo di recedere dal rapporto fino alla guarigione, oppure, in caso di malattia di lunga durata, fino al termine del c.d. periodo di comporto (art. 2110, 2° c., c.c.; la regola soffre però un'eccezione in materia di lavoro nautico: artt. 336 e 356 c. nav.).

Si discute se la sanzione di tale divieto sia costituita dall'inefficacia temporanea del recesso fino alla scadenza del termine di comporto (137), oppure dalla nullità (138). Un argomento a sostegno di quest'ultima soluzione viene dalla sentenza con la quale la Corte costituzionale nel 1991 ha sancito la nullità del licenziamento intimato alla lavoratrice madre durante il periodo di interdizione (§ 403) (139): si può sostenere che, essendo il divieto di licenziamento della lavoratrice madre posto dallo stesso art. 2110 c.c. nel quale è sancito anche il divieto di licenziamento del lavoratore malato, la sanzione della nullità, ormai sicuramente applicabile nel primo caso, deve considerarsi applicabile anche nel secondo (140). Senonché a questo argomento può obiettarsi — fondatamente, a mio avviso — che la Corte costituzionale è stata ben attenta ad ancorare la motivazione della propria decisione all'art. 37 Cost. e alle esigenze di tutela specificamente connesse con la situazione particolare della lavoratrice nel periodo precedente o successivo al parto (141): donde, tutt'al contrario, una conferma della non estensibilità della regola enunciata dalla Corte al licenziamento del lavoratore malato, che resta assoggettato alla sola sanzione dell'inefficacia temporanea. A questo argomento può ora aggiungersene un altro: mentre la regola della nullità del licenziamento della lavoratrice madre è stata espressamente recepita dalla legge (d.lgs. n. 151/2001, art. 54, c. 5°: v. § 403), altrettanto non è avvenuto per il licenziamento intimato in costanza di malattia. Sta di fatto, comunque, che, pur registrandosi qualche isolata sentenza nel senso della nullità, l'orientamento largamente prevalente della giurisprudenza è sempre stato e resta nel senso dell'inefficacia temporanea del licenziamento del lavoratore malato (142).

Il licenziamento, dunque, non è invalido, ma è paralizzato nei suoi effetti: questi si producono soltanto nel momento in cui il lavoratore, guarito, si ripresenta al lavoro; oppure, protraendosi la malattia oltre il termine di comporto, alla scadenza di tale termine. Quando, però, il licenziamento, oltre che inefficace a norma dell'art. 2110 c.c. sia anche privo di giustificato motivo in situazione nella quale si applica la tutela reale di cui all'art. 18 St. lav. (§ 523), o addirittura nullo per illiceità del motivo (§ 514), deve ritenersi che trovino applicazione immediata le sanzioni comminate da quella norma: annullamento o declaratoria di nullità del recesso, reintegrazione formale del lavoratore nel posto di lavoro (ovviamente senza ripresa dello svolgimento delle mansioni se egli è ancora impedito dalla malattia) e risarcimento del danno (§ 523).

Deve invece considerarsi sempre legittimo e immediatamente efficace, anche prima della scadenza del termine di comporto, se effettivamente sorretto da giusta causa, il licenziamento in tronco per motivi disciplinari, dovendosi applicare in via analogica anche in materia di malattia l'eccezione al divieto di licenziamento della lavoratrice madre disposta dall'art. 2, 3° c., lett. a, della legge n. 1204/1971 (ora art. 54, 3° c., lett. a, del d.lgs. n. 151/2001) (143). Qualche perplessità è stata sollevata in dottrina, a questo proposito, per l'inibizione del licenziamento con preavviso del lavoratore malato che si sia reso responsabile soltanto di un «notevole inadempimento», ma non di una colpa talmente grave da rendere necessario il licenziamento in tronco (144). La norma è però univocamente interpretata dai giudici nel senso della efficacia immediata del solo licenziamento per giusta causa, non di quello per giustificato motivo, sia quando essa viene applicata al caso della maternità, sia quando essa viene applicata al caso della malattia (145). A sostegno di questo orientamento consolidato si argomenta che se la mancanza della lavoratrice non è talmente grave da escludere la perseguibilità del rapporto durante il periodo di preavviso, è socialmente preferibile che il rapporto stesso prosegua fino alla cessazione del periodo della maternità (o fino alla guarigione dalla malattia) per non privare la lavoratrice stessa del reddito in quel periodo critico e consentirle di cercare una nuova occupazione quando il

neonato incomincia a poter essere assistito più agevolmente da altre persone (o quando la lavoratrice ha recuperato condizioni di buona salute).

L'applicazione analogica della norma teste' citata, che pone le eccezioni al divieto di licenziamento della lavoratrice madre, dovrebbe condurre a considerare immediatamente efficace anche il licenziamento del lavoratore malato motivato con la chiusura dell'intera azienda (146). Ma la giurisprudenza di cassazione sul punto — peraltro non più recentissima — è orientata in senso contrario (147).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale oggi prevalente, che trova riscontro nel contenuto di numerosi contratti collettivi, il divieto di licenziamento di cui all'art. 2110 c.c. si applica anche durante il periodo di prova (148); deve conseguentemente ritenersi che il decorso del termine della prova resti sospeso per tutta la durata della malattia, essendo nulle le eventuali pattuizioni — collettive o individuali — contrarie (149). In dottrina era invece prevalso in passato l'orientamento secondo cui la malattia durante il periodo di prova non è causa di inefficacia del licenziamento (150).

Il divieto di licenziamento del lavoratore malato non impedisce che il rapporto di lavoro si estingua per causa diversa dal licenziamento e, in particolare, per scadenza del termine quando si tratti di rapporto a tempo determinato: ne è conferma l'art. 2, 3° c., lett. c, della l. n. 1204/1971 (ora art. 54, 3° c., lett. c, del d.lgs. n. 151/2001), in materia di tutela delle lavoratrici madri (151).

Lo stesso divieto impedisce la risoluzione del rapporto anche nel caso in cui la malattia abbia avuto inizio dopo la comunicazione del recesso, durante il periodo di preavviso: prevale in proposito, sia in dottrina sia in giurisprudenza, la tesi secondo la quale il termine di preavviso resta sospeso durante il periodo di malattia e riprende a decorrere dal momento del rientro del lavoratore in azienda (152).

Ci siamo già imbattuti (§ 347) nella questione se alla scadenza del termine di comporto il lavoratore abbia il diritto di chiedere il godimento delle ferie maturate e non godute, con conseguente differimento del licenziamento (153), o se addirittura la dilazione del licenziamento per il periodo corrispondente alle ferie non godute si produca automaticamente (154). Alla luce delle considerazioni svolte nelle pagine che precedono si può forse aggiungere qualche argomento a sostegno dell'orientamento giurisprudenziale prevalente su questo punto, al tempo stesso precisandone e temperandone le conclusioni. Mi sembra, innanzitutto, indiscutibile che se, prima dello scadere del comporto, il lavoratore guarisce e chiede di godere immediatamente delle ferie, il licenziamento è illegittimo e la sola questione che si pone è quella — da risolversi secondo il criterio di cui all'art. 2109 c.c. (§ 345) — concernente la collocazione del godimento delle ferie; se invece il termine di comporto scade senza che il lavoratore sia guarito e senza che egli abbia chiesto la collocazione in ferie, il licenziamento è sicuramente giustificato in conseguenza dell'esaurimento della «copertura assicurativa» posta dalla legge e dal contratto a carico del datore di lavoro (155): l'eventuale residuo di ferie non godute assume in tal caso rilievo soltanto sul piano economico, avendo il lavoratore diritto al pagamento della corrispondente indennità sostitutiva. Resta aperta la questione se il lavoratore che non sia ancora guarito possa, prima del termine di comporto, al fine di evitarne la scadenza e di prevenire il conseguente licenziamento, chiedere di godere delle ferie maturate; alla soluzione favorevole al lavoratore osterebbe la regola della non sovrapposibilità del godimento delle ferie al periodo di malattia, per l'impedimento che ne deriverebbe al godimento del riposo annuale (156); ma in questo modo si produrrebbe il risultato irrazionale di costringere il lavoratore a subire il licenziamento in applicazione di una regola posta esclusivamente a protezione del lavoratore stesso. Mi sembra più logico ritenere che, così come nella maggior parte dei casi al lavoratore è consentito presentarsi in azienda per lavorare, ancorché affetto da un'infermità (§ 382), allo stesso modo — anzi, a maggior ragione — deve essergli consentito anche di presentarsi in azienda chiedendo di essere collocato in ferie, nonostante la perdurante infermità; e in tal caso è difficile immaginare un'esigenza aziendale apprezzabile che possa essere adottata dal datore di lavoro per negargli la collocazione in ferie, *ex art.* 2109 c.c. (157). Diversa questione è se il maturare delle ferie durante la malattia possa produrre un incremento del termine di comporto: v. in proposito § 391.

391. Determinazione del periodo di comporto. Il caso delle assenze per malattia frazionata. — La durata minima del periodo di comporto è stabilita dalla legge soltanto per la categoria impiegatizia (art. 6, 4° c., r.d.l. n. 1825/1924: si tratta però di una norma largamente superata dalla contrattazione collettiva) e per il caso di tubercolosi; in quest'ultimo caso, tuttavia, di «periodo di comporto» può parlarsi soltanto per le imprese con meno di 16 dipendenti, dove continua ad applicarsi il vecchio regime di conservazione del posto per 18 mesi (art. 10 della l. 28 febbraio 1953 n. 86), mentre per le imprese maggiori l'art. 9 della l. 14 dicembre 1970 n. 1088 (come sostituito dall'art. 10 della l. 6 agosto 1975 n. 419) prevede l'obbligo di conservazione del posto fino al termine di 6 mesi dalla dimissione dal luogo di cura per avvenuta guarigione: il divieto di licenziamento copre pertanto tutto il periodo di malattia, senza limiti di durata. Salva la disciplina speciale per la tubercolosi di cui si è detto, i termini di comporto sono oggi stabiliti di regola dai contratti collettivi, in misura che varia, normalmente, dai sei ai diciotto mesi e che deve ritenersi insindacabile in sede giudiziale (158), anche quando una nuova pattuizione modifichi la precedente in senso sfavorevole ai lavoratori (159). Dove la legge non disponga, e manchi un contratto collettivo applicabile, il termine di comporto deve essere stabilito secondo equità (art. 2110, 2° c.).

Quest'ultima regola assume particolare rilievo nel caso in cui il lavoratore sia stato assente per malattia per numerosi

brevi periodi intervallati da periodi di lavoro, potendo porsi al riguardo — quando il caso non sia specificamente disciplinato dal contratto collettivo applicabile — un duplice quesito: *a*) se la prospettiva del protrarsi dello stillicidio di assenze possa costituire di per sé giustificato motivo oggettivo di licenziamento indipendentemente dal superamento del comporto; *b*) se, in caso contrario, il termine di comporto torni a decorrere dall'inizio di ciascun periodo di assenza, oppure no. Discusse soprattutto nel corso degli anni '70 e primi anni '80 (160), entrambe le questioni sono state risolte definitivamente all'inizio degli anni '80 dalle Sezioni unite nel senso che: *a*) la regola della traslazione del rischio di malattia in capo al datore di lavoro (art. 2110 c.c.) si applica anche nel caso delle assenze frazionate, con conseguente inidoneità del protrarsi delle assenze a costituire giustificato motivo oggettivo di licenziamento, quando esse non abbiano superato il periodo di comporto (161); *b*) per l'individuazione dei criteri di determinazione del comporto deve farsi prioritariamente riferimento al contratto collettivo applicabile; solo quando il contratto collettivo non contenga una disciplina specifica della materia delle assenze frazionate, spetta al giudice *ex art. 2110 c.c.* di supplire a tale lacuna mediante ricorso al criterio dell'equità e in particolare di determinare secondo tale criterio l'arco di tempo (c.d. «termine esterno» di comporto) entro il quale le singole assenze, sommandosi tra loro, possono eccedere il limite massimo (c.d. «termine interno») (162). La giurisprudenza «creativa» della Cassazione si spinge a ritenere nulla la clausola collettiva che escluda la possibilità di determinazione del comporto per sommatoria (163).

Numerosi contratti collettivi nazionali disciplinano la materia con sufficiente chiarezza (164). Dove invece la specifica disciplina contrattuale delle assenze frazionate faccia difetto, come nel settore bancario e in alcuni altri (165), l'orientamento dominante nella giurisprudenza di merito, sempre confermato dalla Corte di cassazione, è nel senso del computo «per sommatoria» di tutte le assenze frazionate comprese in un lasso di tre (o quattro) anni, considerandosi giustificato il licenziamento quando la somma risultante sia superiore al termine di comporto «secco» previsto dal contratto collettivo (166). Nel corso degli anni '80 era prevalso l'orientamento a fissare il «termine esterno» in tre anni, in corrispondenza con il periodo di vigenza dei contratti collettivi nazionali (167) (senza che peraltro sia mai stata chiarita la ragione logica dell'adozione di questo parametro); da quando, con il «protocollo Giugni» del luglio 1993 (§ 57), il periodo di vigenza dei contratti collettivi nazionali è stato aumentato a quattro anni, alcuni giudici — in sede di determinazione equitativa del comporto «per sommatoria» — hanno ritenuto che dovesse conseguire un corrispondente aumento del «termine esterno» (168), col risultato di una sostanziale riduzione della tutela del lavoratore.

Se da un lato è giusto, e corrisponde alla lettera e allo spirito della legge, assicurare piena tutela al lavoratore effettivamente malato o cagionevole di salute, nei limiti del periodo di comporto, anche quando la o le sue infermità si manifestino con episodi intermittenti, ben diverso è il trattamento dovuto al lavoratore che in realtà malato non sia, o lo sia in misura non tale da giustificare l'astensione dal lavoro, e simuli l'infermità più grave per sottrarsi ai propri obblighi contrattuali (169). Qui non deve neppure porsi il problema dell'applicabilità del criterio di calcolo del periodo di comporto: si tratta infatti di una mancanza che giustifica, se protratta per più di qualche giorno, il licenziamento disciplinare; come tale, ovviamente, il licenziamento stesso deve essere in questi casi motivato (§ 519).

Si ritiene generalmente che, salvo il caso in cui il contratto collettivo disponga diversamente, debbano essere computate nel periodo di comporto anche le giornate non lavorative comprese nel periodo di assenza per malattia (170).

Prevale, come abbiamo visto nei §§ 347 e 390, l'opinione secondo cui, nel silenzio del contratto collettivo sul punto, il termine di comporto non si incrementa automaticamente del periodo di ferie annuali maturato a favore del lavoratore durante la malattia, salva la possibilità, di cui si è discusso nel § 390, che, prima dello scadere del termine, il lavoratore chieda di essere collocato in ferie (171). Tuttavia, quando la durata del periodo di comporto prevista dal contratto collettivo sia differenziata in funzione dell'anzianità di servizio del lavoratore, logica vuole che, in applicazione dell'art. 2110, 3° c., c.c. (§ 368), si faccia riferimento all'anzianità maturata anche durante la malattia; ma è legittima l'eventuale disposizione contrattuale che imponga di fare invece riferimento alla sola anzianità maturata all'inizio della malattia (172).

392. La posizione del prestatore e del datore di lavoro allo scadere del termine di comporto. — Allo scadere del periodo di comporto — che non costituisce oggetto di alcun obbligo di avviso preventivo a carico del datore verso il prestatore di lavoro (173) — cessa di operare la «copertura assicurativa» posta dall'ordinamento a carico del datore. Il protrarsi della malattia oltre quel termine non configura certamente di per sé un'ipotesi di risoluzione automatica del rapporto (174); ma viene meno il divieto speciale di licenziamento di cui al secondo comma dell'art. 2110: la norma consente espressamente al datore di lavoro, superato il comporto, di recedere dal rapporto «a norma dell'art. 2118», cioè con l'onere del preavviso o dell'indennità sostitutiva (175). Altrettanto deve ritenersi in riferimento al contratto a termine e al contratto di formazione e lavoro, quando il termine di comporto scada prima della cessazione del rapporto contrattualmente predeterminata (176) (essendo invece pacifico che, nel caso inverso, il rapporto cessa automaticamente alla scadenza originariamente prestabilita, nonostante il protrarsi della malattia: § 510).

Si è discusso lungamente, in passato, se la suddetta disposizione contenuta nell'art. 2110 c.c. — originata in un contesto normativo nel quale il licenziamento con preavviso era, nella generalità dei casi, del tutto libero — nell'attuale regime di limitazione della facoltà ordinaria di recesso del datore di lavoro istituito con la legge n. 604/1966 e con lo Statuto dei lavoratori del 1970 (§ 513) debba considerarsi come fonte di un'ipotesi speciale di recesso con preavviso

sottratta alla disciplina ordinaria del licenziamento individuale (177), o se invece trovi applicazione anche in questo caso la disciplina ordinaria, con conseguente onere a carico del datore di lavoro di allegare e provare l'esistenza di un giustificato motivo di licenziamento diverso dal protrarsi della malattia (178).

A me sembra che la soluzione più piana e convincente del problema, anche alla luce di quanto si dirà a proposito della disciplina generale del recesso del datore per giustificato motivo oggettivo (§ 516), sia questa: la regola posta dall'art. 2110 c.c. non costituisce, *sostanzialmente*, un'eccezione a quella generale della limitazione della facoltà di recesso del datore, bensì soltanto una specificazione dell'estensione della «copertura assicurativa» che il datore deve garantire al prestatore di lavoro in caso di malattia (ovvero, in altri termini, la determinazione della perdita massima di cui il primo è contrattualmente obbligato a farsi carico in caso di malattia del secondo); il fatto che tale soglia sia stata superata implica dunque che il datore abbia già assolto il proprio obbligo assicurativo nei confronti del lavoratore: per questo gli è consentito di procedere senz'altro al licenziamento, quando vi abbia anche il minimo interesse (179).

Quale che sia la costruzione concettuale su cui questa soluzione si fonda, nel suo risultato pratico essa corrisponde a un orientamento consolidato della giurisprudenza (180), quindi al diritto vivente. Se la malattia si protrae oltre il termine di comportamento, dunque, il licenziamento deve considerarsi legittimo. Esso può essere intimato al lavoratore con effetto immediato e pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, oppure con effetto differito alla scadenza del preavviso, dovendo escludersi in tal caso che il perdurare o no dell'infermità durante il decorso del termine influisca sulla validità del recesso e sulla sua efficacia alla scadenza prevista. La giurisprudenza è comunque prevalentemente orientata nel senso che il datore di lavoro debba in ogni caso motivare accuratamente il recesso con l'indicazione scritta di tutti i periodi di astensione dal lavoro che concorrono al superamento del periodo, in ottemperanza ai requisiti formali posti dalla legge per la validità del recesso ordinario (§ 519) (181); in applicazione diretta o analogica dell'art. 2 della legge n. 604/1966, questa indicazione può essere fornita contestualmente alla comunicazione del recesso o in risposta alla richiesta del lavoratore licenziato.

Il datore di lavoro non è, tuttavia, tenuto a procedere al licenziamento: egli può conservare in vita il rapporto, senza alcun obbligo retributivo, nella speranza che il lavoratore prima o poi torni in grado di riprendere il lavoro, riservandosi di recedere in un secondo tempo, ma non molto dopo che il lavoratore abbia ripreso servizio (182): riserva, questa, che deve ritenersi in tal caso implicita, non essendo necessario che essa venga esplicitata e non potendo desumersi, di norma, la rinuncia alla facoltà di recesso dal non esercizio immediato di tale facoltà alla scadenza del periodo di comportamento protrandosi l'assenza del lavoratore.

In alcuni contratti collettivi è inoltre previsto che, nel caso di malattia di lunga durata, il lavoratore possa ottenere il differimento dell'eventuale licenziamento chiedendo, prima della scadenza del periodo di comportamento, una aspettativa non retribuita — cioè una sospensione consensuale del lavoro e dello stipendio — della durata di qualche mese, nella speranza di porsi in condizione di riprendere il lavoro prima della nuova scadenza (183). Si configura in tal caso sostanzialmente un ampliamento del periodo di comportamento — inteso come periodo di inibizione del licenziamento — a richiesta del lavoratore interessato.

393. La questione della malattia irreversibile. — Si è discusso in passato se il datore di lavoro sia tenuto ad assegnare al prestatore mansioni diverse dalle originarie, quando queste siano divenute incompatibili con lo stato irreversibile di infermità del prestatore stesso, o se in tal caso si configuri un giustificato motivo o giusta causa di licenziamento: si contrappongono in proposito l'orientamento nel senso della legittimità del licenziamento motivato con tale circostanza, indipendentemente dalla possibilità e persino facilità di assegnazione al lavoratore delle nuove mansioni compatibili con il suo stato di salute (184) e l'orientamento opposto, secondo il quale dovrebbe ammettersi anche la dequalificazione professionale, quando questa sia inevitabile per salvare il posto di lavoro (185). A me sembra che anche in questo caso il discrimine tra il licenziamento giustificato e quello ingiustificato non possa che essere costituito — come nella generalità dei casi di licenziamento per motivo oggettivo (§ 516) — dall'entità della perdita che sul datore di lavoro prevedibilmente graverà in conseguenza della prosecuzione del rapporto: oltre una certa soglia (la cui determinazione è oggi affidata al giudice caso per caso), quella perdita eccede la copertura assicurativa dovuta dal datore al prestatore di lavoro e giustifica il licenziamento. La valutazione del giudice non può che verte sulla questione se la perdita attesa è superiore o no a un certo limite: limite che è sempre suscettibile di esprimersi in termini monetari (§ 516, lett. *i* e ivi nota 201).

Si discute pure se il carattere permanente e irreversibile dell'infermità del lavoratore, quando non sia possibile l'assegnazione di nuove mansioni compatibili, giustifichi o no la risoluzione del rapporto anche prima della scadenza del periodo di comportamento. A fondamento della tesi negativa, cioè dell'applicabilità della disciplina ordinaria con conseguente inibizione del licenziamento fino alla scadenza del periodo, sta innanzitutto un dato testuale: la legge non distingue il caso dell'infermità guaribile da quello dell'infermità inguaribile; inoltre la considerazione che l'esigenza sociale di tutela del lavoratore malato (la quale è alla base della «copertura assicurativa» della malattia inderogabilmente contenuta nel contratto di lavoro), non è certamente meno grave nel secondo caso rispetto al primo (186). Prevale tuttavia nettamente in giurisprudenza l'orientamento contrario, secondo il quale l'art. 2110 c.c. si applica soltanto al caso di malattia temporanea, mentre l'indoneità irreversibile al lavoro dovrebbe qualificarsi come giustificato motivo oggettivo di licenziamento, con conseguente licenziabilità immediata del lavoratore affetto da

impedimento inguaribile (187).

È ritenuta causa di giustificata risoluzione per impossibilità sopravvenuta la rilevante probabilità di aggravamento di malattia cronica o comunque delle condizioni di salute del lavoratore per effetto della prosecuzione dello svolgimento delle sue mansioni (188).

394. La questione dell'onere probatorio circa la sussistenza e la gravità della malattia. L'obbligo della certificazione.

— In giurisprudenza ricorre costantemente l'affermazione di carattere generale secondo cui grava interamente sul lavoratore che si assenta per malattia l'onere della prova circa la sussistenza e la gravità dell'impedimento denunciato. Ma di fatto i giudici del lavoro, come del resto i contratti collettivi, al lavoratore non richiedono altro che il tempestivo invio del certificato rilasciato dal suo medico di fiducia; e in caso di controversia è sempre il datore di lavoro a doverne dimostrare la non corrispondenza al vero o inattendibilità. D'altra parte, la facilità con cui tale documento può essere ottenuto dal lavoratore è notoriamente tale, che ad esso può riconoscersi soltanto un valore probatorio ridottissimo; del resto, è considerata normalmente sufficiente l'esibizione da parte del lavoratore di una dichiarazione con la quale il medico non esprime affatto un giudizio positivo circa la sussistenza dell'infermità, ma si limita ad attestare che «il lavoratore dichiara di essere malato», o di soffrire di determinati disturbi, a far data da un certo giorno: in questo modo sono addirittura formulati i moduli di denuncia della malattia predisposti dall'Inps.

A me sembra che considerare sufficiente l'esibizione di un documento siffatto da parte del lavoratore equivalga sostanzialmente, se non a esentarlo dall'onere della prova circa la sussistenza e la gravità della malattia denunciata, certamente a ridurre quell'onere al minimo, imponendo di fatto al datore di lavoro l'onere di dimostrare il contrario, quando vi abbia interesse (189). Questa riduzione dell'onere a carico del lavoratore è, peraltro, del tutto ragionevole: imporre a tutti i lavoratori che si ammalano di fornire un certificato di malattia rilasciato da un servizio sanitario pubblico comporterebbe per loro un incomodo gravissimo e provocherebbe disfunzioni a non finire nel servizio stesso. È dunque ben comprensibile che i contratti collettivi consentano da sempre ai lavoratori di limitarsi a documentare il proprio stato di malattia con un certificato del proprio medico curante, accollando al datore che sospetti l'abuso l'onere di dimostrare l'inesistenza o insufficiente gravità dell'infermità denunciata e attribuendogli — in doverosa contropartita di questa inversione dell'onere della prova — il diritto di sottoporre il lavoratore a un controllo medico. Se il lavoratore non intende assoggettarsi al controllo disposto dal datore, non ha da fare altro che fornire egli stesso in altro modo la prova (in senso pieno) della malattia.

Se questa chiave di lettura è corretta, l'art. 5 dello Statuto dei lavoratori del 1970 (§ 395) ben può essere interpretato come norma che sostanzialmente recepisce lo schema dispositivo delle clausole contrattuali collettive, confermando la (almeno parziale) inversione dell'onere della prova e imponendo al lavoratore l'onere di assoggettarsi al controllo medico eventualmente disposto dal datore (salvo fornire lui stesso la prova piena della malattia): con la novità del divieto al datore di lavoro di affidare il controllo a medici privati di sua fiducia (190). Questa costruzione ha, oltretutto, il pregio di eliminare ogni sospetto di incostituzionalità dell'art. 5 St. lav. per contrasto con gli artt. 13 e 14 Cost.: appare più logico e compatibile con il principio di inviolabilità della persona che l'ordinamento non imponga al lavoratore assente per malattia l'obbligo di sottoporsi al controllo medico disposto dal datore, ma si limiti a imporgliene l'onere soltanto quando il lavoratore stesso non intenda fornire altrimenti la prova dell'impedimento.

La giurisprudenza appare tuttavia riluttante a fare propria questa costruzione. Dalle massime che ricorrono nei repertori degli ultimi tre decenni si trae questa diversa impostazione teorica: grava sul lavoratore che si assenta per malattia l'onere della prova circa la sussistenza dell'infermità e la sua idoneità a giustificare l'astensione dal lavoro; il lavoratore assolve tale onere esibendo il certificato del proprio medico di fiducia, che costituisce prova della malattia fino a quando non venga fornita evidenza contraria; il datore di lavoro (al pari dell'istituto previdenziale gestore dell'assicurazione sanitaria) che non si fidi della certificazione esibita dal lavoratore ha il diritto di controllare lo stato di malattia disponendo l'accertamento sanitario a norma dell'art. 5 St. lav.; in tal caso il lavoratore ha l'obbligo di sottoporsi al controllo (191).

La Corte costituzionale, dal canto suo, ha ritenuto legittima l'imposizione al lavoratore di quest'ultimo obbligo, in quanto «non assistito da alcun mezzo coattivo» (192).

Quale che sia la costruzione cui si aderisce circa la ripartizione dell'onere probatorio sulla sussistenza e gravità della malattia, la comunicazione tempestiva dello stato di infermità e della sua prevedibile durata deve comunque considerarsi — per disposizione contenuta in quasi tutti i contratti collettivi — oggetto di un vero e proprio obbligo a carico del lavoratore, in funzione delle esigenze organizzative aziendali, sanzionato sul piano disciplinare indipendentemente dalla effettiva sussistenza o no dell'impedimento e dalla prova che il lavoratore possa darne altrimenti e in altro momento (193).

Gli artt. 2, 2° c., della legge 29 febbraio 1980 n. 33 e 15 della legge 23 aprile 1981 n. 155 impongono che la comunicazione della malattia al datore di lavoro avvenga mediante l'invio dell'attestazione della data iniziale e della durata prevista (non della diagnosi, la cui comunicazione è obbligatoria soltanto nei confronti dell'istituto previdenziale) (194) redatta dal medico curante, entro due giorni dal suo rilascio. Sovente, tuttavia, il contratto collettivo impone una maggiore tempestività della comunicazione, talora distinguendo tra questo obbligo e quello dell'invio anche successivo della certificazione medica. In alcuni casi inoltre il contratto collettivo o il regolamento

aziendale esonerano il lavoratore da quest'ultimo adempimento per le assenze di durata brevissima, consentendo la sola «autocertificazione» da parte sua.

L'inadempimento dell'obbligo di invio della certificazione all'istituto previdenziale produce, secondo la giurisprudenza prevalente, l'effetto della perdita del diritto all'indennità da questo erogata (§ 388), come conseguenza dell'impossibilità di controllo nella quale l'istituto viene posto dal ritardo (195). Si discute, invece, circa l'effetto di quell'inadempimento sull'obbligo retributivo del datore di lavoro, quando il lavoratore fornisca — sia pure tardivamente — la prova della giustificazione dell'assenza (196). Il lavoratore può comunque evitare le conseguenze pregiudizievoli dell'omissione o ritardo dell'invio della certificazione dimostrando di esserne stato impedito senza propria colpa (197).

395. *L'accertamento sanitario sull'infermità temporanea: primi due commi dell'art. 5 St. lav.* — L'art. 5 della legge 20 maggio 1970 n. 300, posto il divieto di accertamenti diretti da parte del datore di lavoro sulla «infermità per malattia o infortunio del lavoro dipendente» (1° c.), definisce in modo rigoroso le modalità con le quali l'accertamento in proposito può svolgersi, su iniziativa del datore di lavoro o dell'istituto previdenziale: «il controllo ... può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti» (2° c.). In seguito alla riforma sanitaria del 1978, la competenza per questi accertamenti sanitari è stata trasferita dal vecchio Istituto nazionale per l'assicurazione contro la malattia al Servizio sanitario nazionale, demandandosi all'amministrazione regionale, d'intesa con gli istituti previdenziali, l'individuazione degli organi competenti per l'effettuazione dei controlli (l. n. 33/1980, art. 2, 3° c.); in forza di questa disposizione i controlli sono oggi affidati all'istituto previdenziale che amministra l'indennità di malattia per i lavoratori salariati (§ 388) (ed è pertanto legittimato a effettuare l'accertamento anche d'ufficio) e alle Aziende sanitarie locali, operanti per così dire «in parallelo» con propri servizi ispettivi: il datore di lavoro ha dunque la scelta tra le due amministrazioni per l'attivazione del controllo.

La disposizione contenuta nel primo comma, assistita da sanzione penale (art. 38), ha la duplice funzione di impedire la compressione di fatto — determinata dalla eventuale eccessiva severità del «medico di fabbrica» — del diritto del lavoratore di astenersi dal lavoro per motivi di salute e di impedire al datore di penetrare, sia pure soltanto attraverso un medico di sua fiducia e in forza di un consenso negoziale preventivo del lavoratore, nella sfera privata di quest'ultimo (§ 442): la norma mira, cioè, a tutelare la riservatezza del lavoratore nel suo aspetto più importante e delicato (198). Stante la competenza soltanto generica dei medici incaricati della visita ispettiva, questa solitamente non si spinge oltre i confini di un esame esteriore dei sintomi denunciati dal lavoratore; ma non vi è motivo di escludere la legittimità di esami medici più approfonditi (199). Limiti e modalità specifiche del controllo possono essere suggeriti da particolari esigenze di salvaguardia della riservatezza o del pudore del lavoratore in determinate circostanze (200). Sta di fatto, comunque, che nella grande maggioranza dei casi l'attività dei medici del servizio ispettivo si limita alla verifica della presenza del lavoratore presso il domicilio eletto e della congruità della prognosi del medico curante rispetto alla diagnosi; essi, del resto, non potrebbero fare diversamente in tutti i casi in cui l'affezione denunciata può essere verificata soltanto da uno specialista, mediante esami diagnostici particolari e/o sulla base di una anamnesi precisa relativa al singolo caso. È stato inoltre osservato come il modulo predisposto dall'Inps per la compilazione del referto del servizio ispettivo non preveda neppure l'ipotesi dell'accertamento dell'inesistenza dell'impedimento fin dall'inizio (cioè del carattere abusivo dell'assenza), bensì soltanto la dichiarazione secondo la quale «il lavoratore può riprendere servizio» nel giorno successivo al controllo; col risultato che se nel corso del giorno stesso il medico di fiducia rilascia un certificato di «ricaduta» nella malattia, il lavoratore può protrarre l'astensione senza che il datore di lavoro disponga di alcuna attestazione del suo carattere abusivo (201).

La giurisprudenza è stata sempre prevalentemente orientata nel senso di ammettere la legittimità del controllo medico disposto dall'imprenditore fin dal primo giorno di assenza del lavoratore, anche prima della denuncia della malattia da parte di quest'ultimo (§ 394) (202). In tal caso deve ovviamente riconoscersi al lavoratore il diritto di sottrarsi al controllo medico, quando l'assenza non sia giustificata da malattia. Sull'obbligo, invece, di cooperare all'accertamento in caso contrario, v. il paragrafo che segue.

396. *La cooperazione dovuta dal lavoratore all'accertamento e l'obbligo di reperibilità.* — La legge 11 novembre 1983 n. 638 impone al lavoratore assente per malattia l'obbligo di tenersi a disposizione dei servizi ispettivi, nei limiti di due «fasce orarie» giornaliere, presso il domicilio indicato nella comunicazione inviata al datore di lavoro e all'istituto previdenziale, anche nei giorni non lavorativi (203). La *ratio* di questa imposizione non è soltanto quella di rendere più agevole il controllo da parte del servizio ispettivo, bensì anche quella di combattere l'assenteismo abusivo: l'obbligo di reperibilità presso il domicilio eletto per due ore al mattino e due ore al pomeriggio rende assai difficile, quando non impossibile, l'utilizzazione della giornata in attività di lavoro o di altro genere che possono costituire motivo determinante del sottrarsi abusivamente all'obbligo contrattuale.

A proposito di questa norma è stato sollevato qualche dubbio di legittimità costituzionale, sotto il profilo della

indebita limitazione della libertà di movimento del lavoratore effettivamente impedito al lavoro, quando l'infermità non impedisca tuttavia l'uscita dalla sua abitazione. Ma è agevole replicare che se il contratto di lavoro può vincolare il lavoratore sano a restare per otto ore al giorno a disposizione del datore in azienda svolgendo l'attività promessa, non si vede perché il contratto stesso non possa vincolarlo, in caso di malattia, a restare per quattro ore a disposizione del servizio ispettivo svolgendo qualsiasi attività di sua scelta, compatibile col restare in casa e con le cure necessarie (§ 398).

L'assenza dal domicilio nella fascia oraria di reperibilità, se non giustificata da un impedimento obiettivo (204), costituisce inadempimento contrattuale e comportamento illecito nei confronti dell'istituto previdenziale indipendentemente dalla sussistenza o no della malattia che giustifica l'astensione dal lavoro: inadempimento per il quale la legge commina una sanzione speciale, attinente anche al rapporto assicurativo pubblico, non qualificabile come provvedimento disciplinare (205) e quindi applicabile automaticamente, senza necessità di preventiva contestazione e instaurazione del contraddittorio a norma dell'art. 7 St. lav. (§ 481) (206): a norma dell'art. 5, 14° c., della l. n. 638/1983, il lavoratore che nella fascia oraria di reperibilità risulti assente alla visita di controllo senza giustificato motivo decade dal diritto all'indennità di malattia eventualmente a carico dall'istituto previdenziale (207), così come da quella a carico del datore di lavoro, per l'intero periodo di malattia, fino a un massimo di dieci giorni, e ha diritto soltanto alla metà del trattamento economico per il periodo ulteriore; la sanzione non si applica per i periodi di ricovero ospedaliero e per i periodi di malattia verificata da un precedente controllo. La Corte costituzionale ha però temperato la sanzione per la violazione dell'obbligo di reperibilità stabilendo che la decadenza dal trattamento economico di malattia per il periodo successivo ai primi dieci giorni si verifica soltanto nell'ipotesi in cui il lavoratore risulti assente anche a una seconda visita di controllo (208).

La casistica giurisprudenziale consente di affermare che il giustificato motivo di assenza alla visita di controllo nella fascia oraria di reperibilità può consistere, in pratica, soltanto nella necessità indifferibile di una visita medica o sottoposizione a terapia di cui non sia possibile la fruizione né nel domicilio eletto, né in orario esterno a quello di reperibilità: circostanze, queste, delle quali grava sul lavoratore stesso l'onere della prova (209). In proposito, è stata ritenuta eccessivamente restrittiva e pertanto nulla la clausola collettiva che identifica il giustificato motivo di assenza dal domicilio nelle fasce orarie con la causa di forza maggiore (210). È stata invece ritenuta legittima la clausola collettiva che obbliga il lavoratore a comunicare preventivamente l'eventuale impedimento alla propria reperibilità nelle fasce orarie (211). Durante l'orario di reperibilità, inoltre, il lavoratore ha l'obbligo di far sì che la persona incaricata del controllo possa accedere al suo domicilio: non costituisce giustificazione del fatto che ciò non abbia potuto avvenire il cattivo funzionamento del campanello o del citofono, né il fatto che il lavoratore fosse profondamente addormentato (212).

La tempestiva comunicazione del domicilio può non essere sufficiente per consentire un controllo efficace, quando la dimora temporanea del lavoratore ammalatosi sia notevolmente distante dal luogo di lavoro: si pensi al caso in cui il lavoratore si ammali all'estero, o in località di villeggiatura; in tal caso il principio di attuazione del contratto secondo buona fede impone che sia il lavoratore stesso a dare prova rigorosa della malattia, non limitandosi all'invio di un attestato di medico privato ma fornendone idonea e compiuta documentazione diagnostica (213).

La collaborazione del lavoratore al controllo implica anche che, in caso di variazione della dimora durante il periodo di malattia, egli ne dia immediata comunicazione al datore di lavoro e all'istituto previdenziale, adoperandosi per rendere concretamente possibile il controllo (214). Implica inoltre che egli dia comunicazione dell'eventuale protrarsi della malattia oltre il termine indicato nell'attestato iniziale.

Nel caso in cui la visita di controllo non abbia potuto svolgersi per l'assenza del lavoratore dal domicilio indicato — che l'assenza stessa sia giustificata o no — il medico del servizio ispettivo è «tenuto a darne immediata comunicazione» all'istituto previdenziale competente «ed a rilasciare, possibilmente a persona presente nell'abitazione del lavoratore, apposito avviso recante l'invito al lavoratore a presentarsi al controllo ambulatoriale il giorno successivo non festivo presso il gabinetto diagnostico» del medesimo istituto, oppure, qualora questo non sia facilmente raggiungibile, «presso il competente presidio sanitario pubblico, secondo quanto indicato nell'avviso stesso e salvo che l'interessato non abbia ripreso l'attività lavorativa» (d.m. 18 aprile 1996, art. 9). L'adempimento dell'obbligo suppletivo del controllo ambulatoriale nel giorno successivo non sana, comunque, l'inadempimento costituito dall'assenza alla visita domiciliare.

Della questione dell'accertamento sanitario disposto nei confronti del lavoratore assente per infortunio sul lavoro si dirà nel § 399.

397. *Sindacabilità di tutti i referti medici, forniti da sanitari pubblici o privati. Ammissibilità della prova dell'inesistenza dell'impedimento fondata su elementi diversi dagli accertamenti sanitari.* — Si discute se compito del medico curante e dell'organo ispettivo cui è demandato l'accertamento sanitario ex art. 5 St. lav. sia — come a me parrebbe più logico — soltanto quello di esprimere una valutazione di ordine medico circa lo stato di salute del lavoratore, oppure anche quello di esprimere una valutazione di ordine medico-legale circa la legittimità dell'astensione dal lavoro: valutazione tanto più difficile e delicata quanto più sono mutevoli e incerti i confini dell'area di esigibilità della prestazione lavorativa (§ 381). Prevale nettamente quest'ultimo orientamento (215); è

tuttavia oggi pacifico il riconoscimento della piena sindacabilità di entrambi i referti, anche di quello del servizio ispettivo pubblico, dovendo ritenersi che l'attestazione in esso contenuta abbia per contenuto non soltanto la constatazione di un fatto (presenza o assenza del lavoratore nel domicilio eletto) (216), ma anche una valutazione (diagnosi e prognosi medica). Sia nell'ipotesi di contrasto, per quel che riguarda la suddetta valutazione, fra il certificato del medico curante e quello del servizio ispettivo, sia nell'ipotesi di concordanza tra di essi, dunque, il lavoratore (217) e il datore di lavoro che vi abbiano interesse possono contestarne il contenuto: spetta in tal caso al giudice valutare l'attendibilità di ciascuno di tali certificati, sulla base di tutte le circostanze (218). Viene solitamente disposta a tal fine la consulenza medico-legale d'ufficio, che può dare risultati utili anche quando sia pacifico lo stato di salute attuale del lavoratore (il medico legale ben può fondare il proprio referto sull'esame della documentazione disponibile e sul confronto fra diagnosi del medico curante, prognosi e terapie prescritte ed effettivamente praticate) (219). Essa può tuttavia non essere necessaria al giudice per dirimere la controversia, quando la fondatezza o l'infondatezza della contestazione circa il certificato medico sia dimostrabile altrimenti.

Secondo un orientamento giurisprudenziale che è parso prevalere soltanto negli ultimi anni, il datore di lavoro può contestare in giudizio la sussistenza della malattia del lavoratore o la sua inidoneità a giustificare l'astensione dal lavoro anche senza che sia stato attivato il controllo *ex art. 5 St. lav.* (220): l'evidenza o il sospetto dell'inesistenza dell'impedimento può trarsi, infatti, anche da una inattendibilità intrinseca della certificazione fornita dal lavoratore, oppure da circostanze diverse da un accertamento sanitario, delle quali il datore di lavoro sia venuto a conoscenza legittimamente. Un tipico motivo di legittimo sospetto può essere costituito dalla coincidenza dell'inizio della malattia con l'apertura di un procedimento disciplinare a carico del lavoratore, oppure con la comunicazione del licenziamento o del trasferimento (221), oppure con il diniego di un permesso da lui richiesto (222).

Una causa — assai rilevante sul piano pratico — di inattendibilità intrinseca della certificazione medica fornita dal lavoratore può essere costituita dall'incongruenza tra la diagnosi e la prognosi del medico curante; così, ad esempio, una banale influenza o bronchite non giustifica una prognosi di trenta giorni: il medico corretto non può in un caso del genere formulare una prognosi superiore alla settimana o dieci giorni, salvo complicazioni (223). L'incongruenza può inoltre manifestarsi tra diagnosi o prognosi e accertamenti diagnostici disposti dal medico: ad esempio, la prescrizione di trenta giorni di riposo e cure per lombosciatalgia non è credibile, se il medico non accerta mediante radiografia o altri esami strumentali un'ernia del disco o altra causa organica del disturbo denunciato dal lavoratore che induca a prevederne una durata così lunga; e quando risulti che tali accertamenti diagnostici non siano stati disposti è doveroso dedurre che il medico stesso non abbia ritenuto in realtà sussistere una siffatta causa organica e che la prognosi corretta dovesse essere tutt'al più di qualche giorno di impedimento al lavoro, salvo proroga (224). Un'incongruenza può infine risultare fra la diagnosi o la prognosi e la terapia prescritta ed effettivamente praticata dal lavoratore: ad esempio, una «sindrome ansioso-depressiva» non può essere di gravità tale da costituire legittimo impedimento al lavoro per mesi, senza che il medico prescriva terapie farmacologiche adeguate e/o ricovero del paziente; se dunque la malattia è stata di fatto curata soltanto con l'assunzione quotidiana di una pillola di ansiolitico, oppure con il trasferimento del lavoratore in una stazione balneare, è legittimo dedurre che l'astensione dal lavoro sia ingiustificata (225).

A sostegno dell'inattendibilità del certificato del medico curante e/o del referto del servizio ispettivo può trarsi argomento anche dalla tardività della visita medica rispetto all'inizio della malattia (226), oppure da risultanze non sanitarie, quali quelle relative al comportamento del lavoratore durante il periodo di malattia, la cui conoscenza può essere acquisita dal datore di lavoro anche mediante indagini svolte da lui stesso direttamente o da persone da lui incaricate, nel rispetto dei limiti a cui è assoggettata qualsiasi indagine privata sulla vita e i comportamenti altrui (§ 445) (227). Così, ad esempio, non può ritenersi impedito allo svolgimento di normali mansioni d'ufficio per bronchite, influenza, o lombalgia, un lavoratore che durante la pretesa malattia partecipa a una battuta di caccia (228), oppure lavora presso altra azienda (229), o comunque svolge attività faticosa che evidenzia il suo stato di buona salute (230); né una lavoratrice che nello stesso periodo si prostituisce di notte sulla pubblica via (231).

La legge, come si è visto (§ 394), oggi non obbliga il lavoratore a comunicare al datore la diagnosi, ovvero la natura dell'impedimento, né tanto meno le terapie praticate per curarsi (con ciò determinandosi una incongruenza della disciplina di questi accertamenti sanitari rispetto alla disciplina degli accertamenti sull'idoneità fisica affidati al «medico competente» scelto dall'impresa: v. § 400). Ma, come pure si è visto, il datore ben può averne acquisito legittimamente la conoscenza; e può comunque avere maturato sulla base di altri elementi e circostanze il giustificato sospetto o la convinzione circa l'inesistenza dell'impedimento. Deve considerarsi in tal caso legittima, anche sulla base del solo sospetto indotto dalle circostanze e senza che sia stato esperito il controllo *ex art. 5 St. lav.* (232), la contestazione al lavoratore dell'assenza come mancanza disciplinare, alla quale il lavoratore ha l'onere di rispondere fornendo tutte le informazioni e i documenti utili a provare la sussistenza e la gravità della malattia. Quando il lavoratore non adempia questo onere in sede di procedimento disciplinare, il datore di lavoro convinto del carattere abusivo dell'assenza ben può adottare il provvedimento disciplinare adeguato, in relazione alla durata dell'assenza stessa (§ 480), affrontando il rischio della verifica giudiziale che può seguirne; in tal caso il lavoratore non può eccepire in giudizio il proprio diritto alla riservatezza per trincerarsi dietro i certificati medici esibiti, ma deve fornire l'indicazione della diagnosi, e la prova degli accertamenti eseguiti in funzione di essa e delle terapie prescritte dal medico ed effettivamente praticate (233).

Il comportamento del lavoratore che, simulando la malattia, trae in inganno il proprio medico inducendolo a certificare una infermità inesistente o più grave del reale è stato qualificato come falso ideologico in certificato, *ex artt. 48 e 480 c.p.* (234).

398. *Dovere del lavoratore malato di adoperarsi per la guarigione e principio costituzionale di libert  della persona.*

— Si osservi come nei casi di prestazione di lavoro in favore di terzi durante il periodo di malattia, menzionati nel paragrafo precedente, il comportamento tenuto dal lavoratore non assuma rilievo sotto il profilo della violazione da parte sua di un divieto di lavoro, autonomo o alle dipendenze di terzi, bensì soltanto sotto il profilo della prova che puo` desumersene circa l'inesistenza della malattia o la sua inidoneita` a costituire impedimento rilevante allo svolgimento della prestazione contrattuale.

Puo` accadere, invece, che lo svolgimento di un'attivit  lavorativa, sportiva, ricreativa o di altro genere, anche al di fuori del domicilio eletto per i controlli, non sia di per se` incompatibile con la sussistenza dell'infermita` costituente impedimento alla prestazione contrattuale: si pensi, ad esempio, alla lavoratrice che in periodo di assenza dal lavoro per malattia cura una propria mostra di quadri (235), al lavoratore affetto da crisi depressiva che si reca al cinema o a teatro, oppure a quello sofferente per la frattura di un arto che da` per qualche ora aiuto alla coniuge alla cassa del caff  dalla stessa gestito, oppure ancora al convalescente che si reca a un'assemblea sindacale. Giurisprudenza e dottrina sono ormai consolidate nel senso della legittimita` dello svolgimento da parte del lavoratore assente per malattia di qualsiasi attivita` compatibile, per un verso, con il suo obbligo di reperibilita` ai fini dell'eventuale controllo (§ 396), per altro verso con il suo dovere di adoperarsi per la guarigione (236). Si e` visto pero` (§ 386) che, quando lo stato di infermita` e le cure necessarie consentano al lavoratore di adempiere il proprio obbligo contrattuale in misura ridotta, egli e` tenuto a offrire prioritariamente al datore di lavoro la residua prestazione possibile (237).

Dottrina e giurisprudenza paiono unanimi anche nell'affermare l'esistenza di un vero e proprio obbligo contrattuale, gravante sul lavoratore, di adoperarsi per la guarigione (238). Ma la portata effettiva di questo obbligo e` tanto opinabile quanto inadeguatamente discussa. Certo non e` in alcun modo sindacabile, alla stregua del criterio dell'idoneita` a soddisfare l'interesse del creditore, la scelta che il lavoratore compia tra diverse terapie possibili e accettate dalla scienza medica. Probabilmente il principio costituzionale di liberta` della persona deve indurre a considerare inammissibile anche un'ingerenza del datore di lavoro nella scelta di una terapia alternativa a quelle approvate dalla scienza medica (si pensi alle cure omeopatiche). E forse lo stesso principio consente di considerare inammissibile anche un'ingerenza del datore di lavoro nella scelta del lavoratore di non curarsi affatto (239): dubito che l'ordinamento consenta al cittadino di compromettere la propria liberta` in rapporto alla cura della salute e del proprio corpo mediante una pattuizione, neppure quando questa sia costituita da un contratto di lavoro. Ma per questa strada si arriva a contraddire la massima costante di cui si e` detto sopra, circa l'obbligo del lavoratore di adoperarsi per la guarigione. Una soluzione del problema — ma per sostenerla occorrerebbe una analisi assai piu` approfondita e compiuta, per la quale qui non mi e` dato tempo ne` spazio — potrebbe essere questa: il lavoratore non puo` validamente limitare con il contratto la propria liberta` di scelta circa il se e come curarsi in caso di malattia; tuttavia, nel momento in cui egli rifiutasse di curarsi, la malattia non sarebbe piu` coperta dalla tutela contrattuale. Non si tratterebbe dunque di inadempimento contrattuale del lavoratore (con la conseguente responsabilita` risarcitoria a suo carico), ma il datore sarebbe libero di recedere per impossibilita` di prosecuzione del rapporto, a norma dell'art. 2119 c.c. (§ 518). In altre parole, l'adoperarsi per la guarigione sarebbe per il lavoratore, in questo ordine di idee, soltanto un onere, cui sarebbe condizionato il godimento della tutela di cui all'art. 2110 c.c., ma non un obbligo contrattuale in senso proprio.

399. *L'infortunio.* — Agli effetti del diritto all'astensione dal lavoro e` del tutto irrilevante che l'impedimento derivi da malattia in senso stretto o da infortunio, cioe` da evento traumatico.

La causa violenta dell'infermita` assume invece rilievo ai fini del trattamento assistenziale e previdenziale, quando essa sia occasionata dallo svolgimento della prestazione di lavoro, da una «attivit  prodromica o strumentale allo svolgimento delle mansioni» (240), ivi compreso — a norma dell'ultimo comma aggiunto all'art. 2 del d.P.R. n. 1124 dall'art. 12 del d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38 — lo spostamento che il lavoratore deve compiere per recarsi al lavoro o farne ritorno (c.d. infortunio *in itinere*), escluse le deviazioni « del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate ». Numerosi contratti collettivi, inoltre, prevedono per il caso di infortunio sul lavoro o *in itinere* un trattamento economico migliore rispetto al caso della malattia e il diritto alla conservazione del posto fino alla guarigione. In alcuni casi il contratto collettivo prevede che il termine di comporlo per malattia debba essere tenuto distinto da quello per infermita` derivante da infortunio (241).

Sembra consolidarsi un orientamento assai discutibile della Corte di Cassazione nel senso che il lavoratore assente per i postumi di un infortunio sul lavoro sarebbe svincolato dagli obblighi di cooperazione al controllo disposto dal datore di lavoro e in particolare dall'obbligo di reperibilita` presso il domicilio eletto, nelle due fasce orarie giornaliere prestabilite (242). Appaiono convincenti gli argomenti contrari a questa tesi proposti dalla dottrina dissenziente (243): non si vede, infatti, perche` e come la facolta` del datore di lavoro e dell'istituto previdenziale di controllare il perdurare dell'impedimento debba considerarsi ridotta o azzerata per il solo fatto che l'infermita` sia originata da un infortunio sul lavoro.

All'infortunio sul lavoro consegue sempre — anche quando non ne derivi un apprezzabile impedimento alla prosecuzione della prestazione — un obbligo specifico di informazione in proposito a carico del lavoratore nei confronti

del datore di lavoro (d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124, art. 52). Quando ne derivi un'infermità non guaribile entro tre giorni, ne consegue altresì un obbligo a carico del datore di lavoro di denuncia all'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, se il rapporto di lavoro è soggetto al relativo regime di assicurazione, e comunque all'autorità di pubblica sicurezza (art. 53). Inoltre, quando l'infortunio sia causa di un'astensione dal lavoro di almeno un giorno, il datore ha l'obbligo di annotarlo su di un apposito registro (d.lgs. n. 626/1994, art. 4, c. 5°, lett. o).

400. *L'accertamento dell'idoneità fisica in funzione della sicurezza del lavoratore o di terzi.* — Diversi dagli accertamenti sanitari disciplinati dal secondo comma dell'art. 5 St. lav. (disposti dal datore di lavoro esclusivamente nel suo interesse, al fine di controllare la legittimità di una astensione dal lavoro) sono quelli disposti dal datore di lavoro *nell'interesse del lavoratore*, in adempimento dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. (§ 205), quando il contratto abbia per oggetto mansioni che possano essere rischiose o dannose per un soggetto particolarmente esposto al rischio di determinate malattie, oppure *nell'interesse pubblico*, quando particolari cautele sanitarie o anti-infortunistiche siano richieste per la salvaguardia della salute e integrità fisica di terzi in determinati settori (ad es. industria o commercio di generi alimentari, scuola, trasporti).

Questi accertamenti — fino al 1994 disciplinati dal terzo comma dell'art. 5 St. lav., a norma del quale essi potevano essere svolti soltanto da «enti pubblici specializzati di diritto pubblico» (principalmente cliniche del lavoro e presidi specializzati di aziende sanitarie locali) — sono ora disciplinati dal d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 (§ 215), che istituisce un obbligo generale di «sorveglianza sanitaria» a carico del datore di lavoro (art. 16), da svolgersi mediante un «medico competente», che può essere libero professionista, dipendente della stessa azienda, o dipendente di una struttura esterna pubblica o privata con essa convenzionata (art. 17) (244).

Quando l'accertamento è disposto in funzione della sicurezza del lavoratore o di terzi, il principio costituzionale di tutela della riservatezza della persona (§§ 438 e 445) impone che l'oggetto dell'accertamento stesso sia corrispondentemente limitato: esso non può dunque estendersi ad aspetti della salute o integrità fisica del lavoratore non rilevanti in relazione a quello scopo (245). In questo senso deve interpretarsi la previsione, contenuta nel secondo comma dell'art. 16 citato, dell'obbligo a carico del datore di «accertamenti preventivi intesi a constatare l'assenza di controindicazioni al lavoro cui i lavoratori sono destinati, ai fini della valutazione della loro idoneità alla mansione specifica» e di «accertamenti periodici per controllare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere il giudizio di idoneità alla mansione specifica»: la norma si riferisce soltanto ad accertamenti, precontrattuali o in costanza di rapporto, che devono essere disposti in funzione esclusiva della sicurezza del lavoratore e di terzi e limitati a quanto è rilevante a tal fine.

L'accertamento circa l'idoneità fisica del lavoratore è oggetto di obbligo contrattuale al quale il lavoratore non può sottrarsi senza commettere un atto di insubordinazione, passibile a mio avviso, nei casi più gravi, di licenziamento. Quanto, invece, all'accertamento precontrattuale dell'idoneità fisica del prestatore — intesa come efficienza nello svolgimento della prestazione contrattuale — *nell'interesse del datore di lavoro*, sembra preferibile la tesi secondo cui, in linea generale, esso deve avvenire sul posto di lavoro mediante la prova pratica nelle mansioni assegnate e non mediante visita medica, non potendo la selezione del lavoratore da assumere basarsi sui risultati di un'indagine medica anamnestica o prognostica, volta a discriminare il più gracile o cagionevole di salute. Il fondamento positivo di questa tesi può essere agevolmente individuato nel divieto di indagini su oggetto non giuridicamente rilevante nel rapporto di lavoro, posto dall'art. 8 St. lav. (§ 447) in attuazione del principio costituzionale di tutela della riservatezza della persona (246). A maggior ragione devono considerarsi vietate, in questo ordine di idee, le indagini preventive del datore di lavoro sul patrimonio genetico del lavoratore.

L'art. 16 del d.lgs. n. 626/1994, 2° c. lett. a, consente invece esplicitamente al datore di lavoro di avvalersi della visita medica svolta dal medico competente, anche prima dell'assunzione, per l'individuazione di eventuali difetti fisici del lavoratore specificamente rilevanti ai fini dello svolgimento di particolari mansioni e non accertabili mediante l'osservazione diretta dell'esecuzione delle mansioni stesse: è il caso, per esempio, del difetto acustico, quando il lavoratore sia addetto a un centralino telefonico, o del difetto ottico quando egli sia addetto a mansioni che richiedano una vista perfetta (247). Al di fuori di questi casi, l'accertamento medico preassuntivo deve considerarsi tuttora vietato e sanzionato anche sul piano penale, in applicazione del combinato disposto degli artt. 8 e 38 St. lav. (§ 447) (248).

Una questione particolare è quella che concerne l'accertamento dello stato di gravidanza della lavoratrice. Esso deve considerarsi senz'altro vietato nella fase precedente all'assunzione, in quanto indagine su circostanza che non deve avere alcuna influenza sulla scelta della lavoratrice da assumere (249); e, nonostante l'orientamento contrario espresso in una sentenza della Cassazione (250), il divieto deve ritenersi sanzionato anche sul piano penale, al pari di qualsiasi altro accertamento medico ingiustificato (251). È ben vero che la legge vieta espressamente di adibire la lavoratrice incinta a mansioni faticose, insalubri o addirittura pericolose (§ 402): il che potrebbe far pensare a un obbligo per il datore di lavoro di sottoporre preventivamente l'interessata ad accertamento dell'eventuale stato di gravidanza; ma a mio avviso quel divieto non produce indirettamente un siffatto obbligo a carico del datore, bensì opera soltanto quando lo stato di gravidanza gli sia stato comunicato dalla stessa lavoratrice, sulla quale grava pertanto l'onere di attivarsi in tal senso se intende evitare l'adibizione alle mansioni pregiudizievoli per il proprio stato di salute (v. ancora § 402).

Secondo l'opinione prevalente, l'accertamento medico può essere disposto dal datore di lavoro, in costanza di rapporto,

in caso di contrasto tra lui stesso e il dipendente circa l'idoneità fisica al lavoro di quest'ultimo: contrasto che può tipicamente sorgere quando il datore di lavoro abbia motivo di dubitare dell'effettiva guarigione del lavoratore che si ripresenti al lavoro nell'imminenza dello scadere del periodo di comporta, dopo una lunga assenza per malattia, e della compatibilità del suo stato di salute con la ripresa del lavoro (252).

L'art. 17, 1° c., lett. d, del d.lgs. n. 626/1994 affida al medico competente (§ 215) il compito di tenere aggiornata, sotto la propria responsabilità, «per ogni lavoratore sottoposto a sorveglianza sanitaria, una cartella sanitaria e di rischio da custodire presso il datore di lavoro con salvaguardia del segreto professionale». La formulazione letterale della norma e l'impianto complessivo dell'obbligo di sicurezza che essa pone a carico del datore di lavoro inducono a ritenere che quest'ultimo (o l'organo aziendale competente) debba poter prendere conoscenza del contenuto della cartella sanitaria, salvo il conseguente obbligo di segreto professionale in proposito (§ 455). Si determina però in tal modo una incongruenza tra la disciplina degli accertamenti sanitari sull'idoneità fisica del lavoratore e quella degli accertamenti sanitari di malattia (§§ 395 e 397), per ciò che riguarda la conoscibilità da parte del datore di lavoro dei rispettivi esiti diagnostici.

Come gli accertamenti sanitari sull'infermità temporanea, così neppure quelli sull'idoneità fisica del lavoratore sono assistiti da speciali presunzioni di veridicità, siano essi svolti dal «medico competente» di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 626/1994 o da altre strutture sanitarie, private o pubbliche, potendo il giudice valutarne liberamente l'attendibilità (253). E, come i primi, neppure i secondi costituiscono passaggio obbligato, né per il datore né per il prestatore di lavoro, per la dimostrazione dell'idoneità o dell'inidoneità al lavoro di quest'ultimo, dimostrazione che può essere data in giudizio anche mediante altre risultanze di immediata evidenza, suscettibili di essere confermate dalla perizia tecnica eventualmente disposta dal giudice (254).

L'esito negativo dell'accertamento dell'idoneità fisica del lavoratore, svolto dal servizio pubblico, obbliga il datore a sospendere la prestazione esonerandolo dal relativo obbligo retributivo: effetto, questo, che — secondo l'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente — cessa soltanto con effetto *ex nunc* nel caso in cui l'esito dell'accertamento venga in seguito rovesciato in sede giudiziale (255), gravando così sul lavoratore il rischio della valutazione errata del servizio pubblico. Altrettanto non può, ovviamente, affermarsi in riferimento al caso in cui l'accertamento negativo sia operato dal servizio sanitario aziendale, poiché in tal caso il rischio dell'errore grava sulla parte che ha predisposto e gestisce il servizio stesso.

401. La disciplina speciale degli accertamenti e della circolazione delle informazioni circa l'infezione da virus HIV. — Gli artt. 5 e 6 della legge 5 giugno 1990 n. 135, accogliendo estensivamente una raccomandazione emanata nel 1988 congiuntamente dall'Organizzazione Mondiale della Sanità e dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro, dispongono alcune misure volte a impedire le discriminazioni ai danni dei portatori di virus HIV, sia nella fase di costituzione del rapporto di lavoro, sia nel corso del suo svolgimento (256).

L'art. 5 stabilisce che «nessuno può essere sottoposto, senza il suo consenso, ad analisi tendenti ad accertare l'infezione da HIV se non per motivi di necessità clinica nel suo interesse» (3° c.) e che «l'accertata infezione da HIV non può costituire motivo di discriminazione, in particolare ... per l'accesso o il mantenimento di posti di lavoro» (5° c.). La Corte costituzionale, accogliendo alcune perplessità che erano state espresse in dottrina sulla drasticità di queste due norme (257), ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui esse non prevedono l'obbligatorietà di accertamenti sanitari volti a stabilire l'assenza di sieropositività come condizione per l'espletamento di attività che comportino rischi per la salute di terzi (258).

L'art. 6 vieta ai datori di lavoro «lo svolgimento di indagini volte ad accertare nei dipendenti o in persone prese in considerazione per l'instaurazione di un rapporto di lavoro l'esistenza di uno stato di sieropositività», disponendo l'applicazione delle sanzioni penali di cui all'art. 38 St. lav. (259).

Sezione IV

La sospensione della prestazione per la tutela della maternità o paternità, per eventi familiari straordinari, o per la cura di congiunti infermi

Sommario: 402. La protezione della lavoratrice madre. Le aspettative retribuite per maternità e paternità. — 403. *Segue*. Il divieto di licenziamento, di sospensione della prestazione, o comunque di discriminazione, nei confronti della lavoratrice madre e del lavoratore padre. La disciplina speciale delle dimissioni. — 404. I congedi parentali. — 405. Riposi e permessi. Aspettative per malattia o handicap del figlio. — 406. Estensione della protezione della maternità e paternità ai casi di adozione e affidamento familiare. — 407. Estensione e adattamento della protezione della maternità e paternità al lavoro a domicilio, domestico, agricolo e parasubordinato. — 408. Il c.d. congedo matrimoniale. — 409. I permessi e aspettative per eventi familiari straordinari. — 410. L'aspettativa per l'assistenza a familiare tossicodipendente.

402. *La protezione della lavoratrice madre. Le aspettative retribuite per maternità e paternità.* — Equiparata dall'art. 2110 c.c. alla malattia, ai fini della sospensione della prestazione lavorativa, la condizione della lavoratrice madre nel periodo immediatamente precedente e successivo al parto ha assunto ben altro rilievo con la legge 26 agosto 1950 n. 860, poi con la legge 31 dicembre 1971 n. 1204 e le sue successive modifiche e integrazioni, con le quali è stata data attuazione in modo progressivamente incisivo ed esteso al principio di tutela speciale della maternità sancito dall'art. 37 Cost. e dalla convenzione O.I.L. 28 giugno 1952 n. 103 (260). Per il «miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti» è stata quindi emanata la direttiva comunitaria 19 ottobre 1992 n. 85, cui l'Italia ha dato attuazione con il d.lgs. 25 novembre 1996 n. 645. La disciplina della materia — che doveva considerarsi già ampiamente compatibile con la direttiva comunitaria 3 giugno 1996 n. 34, con la quale è stato recepito l'accordo-quadro 14 dicembre 1995 sul «congedo parentale» (261) — è stata ulteriormente rafforzata con la legge 8 marzo 2000 n. 53 (262) ed è ora riordinata nel testo unico emanato con la legge 26 marzo 2001 n. 151, il cui art. 86, c. 2°, lett. a ha disposto l'abrogazione totale della legge del 1971 (263).

Logica e Costituzione vorrebbero che la tutela venisse estesa a tutte le lavoratrici che prestano continuativamente la propria attività per un committente o datore di lavoro in modo continuativo e prevalente, quale che sia la forma del rapporto (§§ 8 e 9). Tuttavia, mentre sul piano del trattamento economico-previdenziale di maternità si sono verificate importanti estensioni della tutela nell'area del lavoro autonomo (che escono dal campo di questa trattazione) nonché a protezione della lavoratrice non più occupata (264), sul piano del rapporto di lavoro si assiste a una radicata e perdurante esclusione delle lavoratrici parasubordinate da qualsiasi protezione.

L'art. 7 del testo unico vieta di adibire le lavoratrici subordinate, dall'inizio della gravidanza fino al compimento di sette mesi di età del bambino, al sollevamento di pesi o comunque a lavori faticosi, insalubri o pericolosi. L'art. 53 vieta invece l'adibizione delle stesse lavoratrici al lavoro notturno, tra le ore 24 e le 6, fino al compimento di un anno di età del bambino (c. 1°); ed esenta dall'obbligo contrattuale del lavoro notturno la madre di bambino di età inferiore a tre anni, o in alternativa il padre convivente con la stessa (c. 2°, lett. a).

L'art. 16 pone al datore di lavoro un divieto penalmente sanzionato (art. 18) di ricevere la prestazione lavorativa della lavoratrice incinta nel periodo intercorrente tra l'inizio del secondo mese precedente la data presunta del parto alla fine del terzo mese successivo alla data in cui il parto ha avuto effettivamente luogo; con la conseguenza che la durata del periodo di interdizione può risultare di fatto superiore a cinque mesi in caso di parto posticipato rispetto alla previsione; non può invece accadere l'inverso in caso di parto anticipato, poiché in tal caso i giorni di astensione obbligatoria non goduti prima del parto si aggiungono al termine del periodo (1° c., lett. d) (265). L'inizio dell'astensione obbligatoria dal lavoro può essere posticipato di un mese, a discrezione della lavoratrice, con corrispondente posticipazione del rientro al lavoro, purché i servizi medici competenti certifichino che questo non possa recare pregiudizio alla gravidanza (art. 20). Viceversa, il servizio ispettivo del ministero del lavoro può disporre un'anticipazione dell'astensione obbligatoria — alla quale non corrisponde una anticipazione del termine finale — in caso di complicazioni della gravidanza o rischio per il suo decorso, accertate dagli organi competenti del Servizio sanitario nazionale (art. 17) (266). La lavoratrice può — beninteso — astenersi dal lavoro per complicità della gestazione anche senza il provvedimento del servizio ispettivo, ma in tal caso l'astensione dal lavoro è considerata a tutti gli effetti come malattia (267).

In riferimento al caso del parto prematuro, l'art. 16, lett. d, dispone che i giorni di astensione non goduti prima del parto stesso si aggiungano al periodo di astensione successivo (268).

Durante il congedo di maternità di cui si è detto — che può essere prorogato fino al termine del settimo mese dopo il parto in caso di adibizione a mansioni faticose, insalubri o pericolose e impossibilità di adibizione a mansioni diverse (269) — la lavoratrice ha diritto a un'indennità di maternità pari a quattro quinti dell'ultima retribuzione (270), erogata dall'istituto che gestisce l'assicurazione pensionistica obbligatoria (artt. 22 e 23) (271); in seguito a un intervento recente della Corte costituzionale il trattamento indennitario è stato esteso anche alla lavoratrice che abbia perso il posto essendo stata licenziata per giusta causa (272). Numerosi contratti collettivi prevedono a carico del datore di lavoro una integrazione dell'indennità di maternità che la equipara all'intera retribuzione. Il periodo di congedo di maternità deve essere computato a tutti gli effetti nell'anzianità di servizio della lavoratrice (art. 22, 3° c.) (§ 368): la legge in questo modo impedisce esplicitamente una disparità di trattamento che potrebbe, altrimenti essere considerata come discriminazione indiretta ai danni della lavoratrice (§ 171) (273).

Prima dell'inizio dell'astensione dal lavoro la lavoratrice ha l'obbligo — non si tratta dunque soltanto di un onere — di consegnare al datore di lavoro e all'istituto erogatore dell'indennità il certificato medico dello stato di gravidanza, recante la data prevista del parto: dispone in tal senso il primo comma dell'art. 21 precisando (assai discutibilmente, per gli abusi a cui la norma può dar luogo) che «la data indicata nel certificato fa stato, nonostante qualsiasi errore di previsione». Entro trenta giorni dal parto la lavoratrice stessa è tenuta a presentare al datore di lavoro il certificato di nascita del figlio (2° c.).

L'art. 28 del testo unico, recependo e perfezionando la regola enunciata dalla Corte costituzionale in riferimento alla disciplina previgente (274), stabilisce che in caso di morte o di grave infermità della madre, oppure di abbandono del bambino da parte sua, oppure in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre, quest'ultimo «ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla madre»

(art. 28). Nonostante diverse voci dottrinali contrarie, prevale in giurisprudenza l'orientamento secondo il quale il godimento di questo diritto da parte del padre lavoratore subordinato è condizionato alla qualificabilità come lavoratrice subordinata anche della madre (275).

Ai cinque mesi di astensione obbligatoria della lavoratrice madre si aggiungevano, nella formulazione originaria della legge n. 1024/1971, sei mesi di astensione facoltativa. Ora, nel riordino della disciplina della materia operato con il testo unico del 2001, l'istituto dell'astensione facoltativa della madre è stato incorporato nel nuovo istituto del congedo parentale, cui hanno diritto entrambi i genitori, oggetto del capo V della nuova legge (§ 404).

403. *Segue. Il divieto di licenziamento, di sospensione della prestazione, o comunque di discriminazione, nei confronti della lavoratrice madre e del lavoratore padre. La disciplina speciale delle dimissioni.* — A tutela della lavoratrice madre la legge vieta il suo licenziamento dall'inizio della gravidanza fino al compimento di un anno di vita del bambino; oppure, in caso di morte di questo, comunque fino al termine del congedo di maternità di cui si è detto nel paragrafo precedente (art. 54, c. 1°). Come si è già visto (§ 390), la Corte costituzionale ha ritenuto che, in funzione di una protezione più intensa della maternità, la sanzione di questo divieto consista nella nullità — e non soltanto nell'inefficacia temporanea — del licenziamento intimato durante il periodo suddetto (276); ora la nullità del licenziamento della lavoratrice madre è comminata dalla legge esplicitamente (c. 5°).

Si ritiene non applicabile all'impugnazione del licenziamento, in questo caso, il termine di decadenza di sessanta giorni posto dalla legge per l'impugnazione del licenziamento ingiustificato (§ 521) (277).

Il divieto del licenziamento opera per il solo fatto che la lavoratrice sia in stato di gravidanza, anche quando ella non abbia ancora presentato al datore di lavoro il relativo certificato medico (2° c.). Nella nuova norma è scomparso il termine di novanta giorni posto in precedenza dall'art. 2, 2° c. della legge del 1971 per l'impugnazione del licenziamento mediante presentazione da parte della lavoratrice del certificato di gravidanza. Tale termine resta però menzionato nel regolamento di attuazione della vecchia legge (278), che a mio avviso deve considerarsi ancora in vigore, dal momento che la nuova è per la maggior parte un testo unico di riordino della normativa precedente. La giurisprudenza sembra comunque orientata nel senso della sufficienza — ai fini dell'operatività del divieto — anche della conoscenza dello stato di gravidanza della lavoratrice, che il datore di lavoro abbia avuto altrimenti (279). Per ottenere il ripristino del rapporto, la lavoratrice può limitarsi a presentare un certificato del medico curante, non soggetto a vincoli formali (280), ma la cui attendibilità è ovviamente soggetta a controllo giudiziale al pari di qualsiasi altro certificato medico (§ 397).

Il licenziamento può essere intimato legittimamente, producendo i suoi effetti normali, anche durante il periodo di interdizione, quando esso sia motivato da colpa grave della lavoratrice costituente giusta causa di recesso (281), o dalla cessazione totale dell'attività dell'azienda (282); la legge precisa inoltre che il divieto di licenziamento non impedisce la cessazione del rapporto di lavoro a tempo determinato, alla scadenza del termine pattuito (art. 54, c. 3°). Il quarto comma, recependo un orientamento giurisprudenziale formatosi in riferimento alla normativa previgente, precisa che in caso di licenziamento collettivo (§ 536), quando esso non coincida con la chiusura dell'intera azienda, la lavoratrice madre non può essere licenziata. La giurisprudenza è orientata nel senso di considerare rigorosamente tassativo l'elenco dei casi in cui il divieto di licenziamento non opera, contenuto nella legge (283).

In assenza di disposizioni legislative puntuali, la giurisprudenza è stata prevalentemente orientata nel senso dell'estensione del divieto di licenziamento della lavoratrice madre al periodo di prova (284), fino a quando la Corte costituzionale non ha ritenuto l'illegittimità di tale estensione, enunciando la massima che segue: «il datore di lavoro che risolve il rapporto di lavoro in prova con una lavoratrice di cui, all'atto del recesso, gli è noto lo stato di gravidanza, deve spiegare motivatamente le ragioni che giustificano il giudizio negativo circa l'esito dell'esperimento, in guisa da consentire alla controparte di individuare i temi della prova contraria e al giudice di svolgere un opportuno sindacato di merito sui reali motivi del recesso, al fine di escludere con ragionevole certezza che esso sia stato determinato dalla condizione di donna incinta» (285). Lo stato di gravidanza ha dunque, dopo questa sentenza, l'effetto — analogo a quello che si produce nel caso di assunzione in prova di un disabile avviato in regime di collocamento obbligatorio (§§ 46 e 499) — di trasformare il regime di amplissima libertà di licenziamento, durante il periodo di prova, in un regime di licenziabilità condizionata alla sussistenza di un giustificato motivo, che il datore deve indicare e, in caso di contestazione, dimostrare. Soluzione ragionevole ed equilibrata, questa, che rispecchia la ben nota saggezza dell'estensore della sentenza, e implicitamente volta pagina rispetto alla giurisprudenza precedente della stessa Corte costituzionale, secondo la quale la comminatoria di nullità del licenziamento della lavoratrice incinta sarebbe necessitata dall'esigenza di evitare alla madre in attesa, e di riflesso al nascituro o neonato, il turbamento della perdita del posto, quale che ne sia il motivo oggettivo (286): se si dovesse ritenere che questa fosse la *ratio* fondamentale della disciplina protettiva, come sarebbe pensabile che l'esigenza oggettiva aziendale prevalga, invece, sull'esigenza di protezione della madre e del bambino soltanto perché non è ancora scaduto il termine del periodo di prova?

La giurisprudenza costituzionale testè citata è stata poi sostanzialmente recepita dal d.lgs. n. 151/2001, art. 54, 3° c., lett. d: «Il divieto di licenziamento non si applica nel caso ... di esito negativo della prova; resta fermo il divieto di discriminazione di cui all'articolo 4 della legge 10 aprile 1991, n. 125, e successive modificazioni». Al divieto generale di discriminazione per motivi di genere hanno fatto, altresì, riferimento la Corte di Giustizia comunitaria e la nostra

Corte di Cassazione per dichiarare illegittimo il licenziamento intimato alla lavoratrice che, in sede di negoziazione del contratto di lavoro, non aveva informato il datore circa il proprio stato di gravidanza (287), nonché illegittimo il rifiuto di rinnovo del contratto a termine in quanto motivato con lo stato di gravidanza (288).

La legge pone altresì una rilevante limitazione della possibilità di collocazione della lavoratrice in Cassa integrazione: «durante il periodo nel quale opera il divieto di licenziamento la lavoratrice non può essere sospesa dal lavoro, salvo il caso che sia sospesa l'attività dell'azienda o del reparto cui essa è addetta, sempreché il reparto stesso abbia autonomia funzionale» (c. 4°) (289).

Nel caso in cui sia il lavoratore a fruire del congedo invece della madre (§ 402), «il divieto di licenziamento si applica anche al padre lavoratore per tutta la durata del congedo stesso e si estende fino al compimento di un anno di età del bambino», con le stesse eccezioni vigenti per la madre; e si applica altresì lo stesso divieto di sospensione dal lavoro (art. 54, c. 7°).

Alle dimissioni presentate dalla madre o dal padre durante il periodo nel quale operi il divieto di licenziamento, di cui si è detto, non si applica la regola generale dell'obbligo del preavviso a carico della parte recedente (§ 495): esse comportano, al contrario, il diritto di chi le ha rassegnate all'indennità sostitutiva del preavviso a carico del datore di lavoro (art. 55, cc. 1° e 2°) (290). L'atto del recesso della lavoratrice o del lavoratore in un periodo in cui operi il divieto di licenziamento deve essere convalidato dall'ispettorato del lavoro competente per territorio (c. 4) (291), dovendo considerarsi altrimenti inefficace; la procedura di convalida mira a garantire la piena ed effettiva libertà di scelta e consapevolezza dei propri diritti da parte del lavoratore (292).

Un effetto sostanzialmente equivalente a quello delle dimissioni ha la rinuncia della lavoratrice madre all'impugnazione del licenziamento intimato durante il periodo di interdizione; per questo motivo tale rinuncia *ex post* — che in linea generale dovrebbe considerarsi valida al pari delle dimissioni (§ 559) — è stata considerata annullabile entro il termine di sei mesi posto dall'art. 2113 c.c. (§ 558) (293).

404. I congedi parentali. — A norma dell'art. 32 del d.lgs. n. 151/2001, per ogni figlio, nei primi suoi otto anni di vita, i due genitori hanno diritto di astenersi dal lavoro — distribuendosi liberamente tra loro il godimento del beneficio — per periodi complessivamente non superiori al limite di dieci mesi (c. 1°), elevabile a undici mesi complessivi quando il padre eserciti il diritto stesso con un periodo di sospensione della prestazione non inferiore a tre mesi (c. 2°: disposizione, quest'ultima, la cui ragion d'essere consiste in una sorta di premio alla coppia di genitori che, distaccandosi dal modello tradizionale di distribuzione dei compiti familiari, non affida la cura dei figli interamente alla madre, ma coinvolge in essa anche il padre in misura non trascurabile) (294).

Salvo l'obbligo per il lavoratore interessato di dare un preavviso non inferiore a quindici giorni della sospensione della prestazione, la legge non subordina esplicitamente la possibilità di fruizione dei congedi parentali alla compatibilità con le esigenze organizzative dell'impresa (295). Consente però che le modalità e i criteri del godimento del diritto siano definiti dai contratti collettivi: deve pertanto considerarsi legittima la clausola collettiva che stabilisca termini di preavviso maggiori e che preveda criteri ragionevoli di contemperamento tra le esigenze familiari e quelle organizzative aziendali (c. 3°).

A norma dell'art. 34, i genitori che godono di congedi parentali hanno diritto a un'indennità, posta a carico dell'istituto previdenziale, pari al trenta per cento della retribuzione di riferimento (esclusi i ratei di tredicesima mensilità e altri premi o mensilità o trattamenti accessori), per un periodo massimo complessivo di sei mesi, che essi possono distribuirsi tra loro a piacimento. I periodi di congedo parentale sono computati interamente nell'anzianità di servizio (§ 368), esclusi soltanto gli effetti sulla maturazione delle ferie e della tredicesima mensilità o altre mensilità aggiuntive (c. 5°) (296) e sono coperti da contribuzione previdenziale figurativa (art. 35, cc. 1° e 2°).

I genitori di minore con handicap grave (accertato a norma della legge 5 febbraio 1992 n. 104, art. 4, c. 1°) hanno diritto, in alternativa tra loro, al prolungamento fino a tre anni del congedo parentale di cui all'art. 32, a condizione che il figlio non sia ricoverato a tempo pieno presso un istituto specializzato (art. 33).

405. Riposi e permessi. Aspettative per malattia o handicap del figlio. — Durante il primo anno di vita del bambino la madre (o, in alternativa, il padre) che sia titolare di rapporto di lavoro subordinato ha diritto a due periodi di riposo giornaliero di un'ora ciascuno, cumulabili in un unico periodo di due ore. Il periodo di riposo è uno solo quando l'orario di lavoro giornaliero è inferiore a sei ore (art. 39, cc. 1° e 2° e art. 40). I due periodi di riposo sono dimezzati quando il bambino fruisca di un asilo nido predisposto dal datore di lavoro nell'unità produttiva (c. 3°). In caso di parto gemellare i periodi di riposo sono raddoppiati (art. 41). I periodi di riposo sono interamente retribuiti mediante indennità posta a carico dell'istituto previdenziale, ma anticipata alla normale scadenza retributiva dal datore di lavoro (art. 43).

I genitori di minore con handicap grave hanno diritto, in alternativa al prolungamento del congedo parentale di cui si è detto nel paragrafo precedente, a due ore di permesso giornaliero, anch'esso interamente retribuito (art. 42, 1° c.). Dopo

il compimento del terzo anno di vita del bambino, uno dei genitori ha diritto a tre giorni di permesso mensile non retribuito (c. 2°). Dopo il compimento della maggiore età del figlio, hanno diritto agli stessi tre giorni di permesso non retribuito uno dei genitori o un parente o affine entro il terzo grado, purché convivente o comunque impegnato continuativamente e in modo esclusivo nell'assistenza (c. 3°). I tre giorni di permesso sono sempre coperti da contribuzione previdenziale figurativa (art. 44, 2° c.).

Un diritto speciale a congedo per l'assistenza a persona affetta da almeno cinque anni da handicap grave è attribuito dal quinto comma dell'art. 42 a uno dei genitori (o, in caso di loro «scomparsa», a uno dei fratelli o sorelle), purché convivente, con indennità e copertura previdenziale figurativa a carico dell'istituto previdenziale.

I genitori di bambino di età non superiore a tre anni hanno diritto, in alternativa tra loro, ad astenersi dal lavoro — senza retribuzione né indennità a carico dell'istituto previdenziale, ma con copertura previdenziale figurativa — per i periodi di malattia del bambino stesso (art. 47, c. 1°), cui la giurisprudenza equipara la convalescenza (297). Tale diritto è esteso, ma nei limiti di cinque giorni all'anno, per le malattie del bambino di età compresa fra i tre e gli otto anni (c. 2°). Il genitore che esercita il diritto deve esibire al datore il certificato di malattia rilasciato dal pediatra del Servizio sanitario nazionale (c. 3°), che, a norma del quinto comma, non è soggetto al controllo *ex art. 5 St. lav.* (§ 395) (298).

406. Estensione della protezione della maternità e paternità ai casi di adozione e affidamento familiare. — Hanno diritto, in alternativa tra loro, al congedo di maternità o paternità per il periodo successivo al parto (§ 402) anche la lavoratrice o il lavoratore che abbiano adottato, od ottenuto in affidamento, un bambino di età non superiore a sei anni (art. 26, c. 1°) (299). Il beneficio deve essere goduto durante i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso in famiglia del bambino (c. 2°). Quando si tratti di adozione o affidamento preadottivo internazionali, il congedo spetta anche quando l'adottato abbia superato i sei anni di età, purché sia ancora minorenni (art. 27, c. 1°); in questo caso il lavoratore o lavoratrice hanno diritto anche a un congedo non retribuito di durata corrispondente al periodo di permanenza nello Stato straniero necessario per l'adozione o l'affidamento (c. 2°).

Ai genitori adottivi o affidatari, in alternativa tra loro, è attribuito anche il diritto al congedo parentale di cui agli artt. 32 e ss. (§ 404), entro i primi tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare, fino al compimento da parte sua dell'età massima di dodici anni (artt. 36 e 37); sono inoltre attribuiti il diritto ai permessi e riposi di cui agli artt. 39 e ss. entro il primo anno di vita del bambino (art. 45, c. 1°) (300), il diritto a riposi e permessi di cui agli artt. 42 e ss. per l'assistenza al figlio adottivo o affidato portatore di handicap grave (§ 405) (c. 2°), nonché il diritto al congedo di cui agli artt. 47 e ss. per malattia del figlio adottivo o affidato, entro i sei anni di età, oppure entro i primi tre anni dall'ingresso nel nucleo familiare di bambino di età compresa fra i sei e i dodici anni (art. 50).

Il divieto di licenziamento e la disciplina delle dimissioni della lavoratrice madre (§ 403) si applicano anche nel caso di maternità adottiva o affidataria (rispettivamente artt. 54, c. 9°, e 55, 3° c.) (301). La formulazione testuale della norma può far sorgere il dubbio se la sua applicazione debba intendersi limitata alla lavoratrice adottante o affidataria, o estesa anche al lavoratore; poiché l'estensione della tutela al lavoratore non è incompatibile con il tenore letterale della norma, questa lettura deve preferirsi per la sua evidente maggiore coerenza con l'impianto complessivo della disciplina dei congedi per motivi di famiglia e con il divieto costituzionale e comunitario di disparità di trattamento fra uomini e donne.

L'art. 53, c. 2°, lett. *b*, del testo unico esenta dall'obbligo contrattuale del lavoro notturno «la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni».

407. Estensione e adattamento della protezione della maternità e paternità al lavoro a domicilio, domestico, agricolo e parasubordinato. — L'art. 61 del d.lgs. n. 151/2001 prevede l'estensione del diritto al congedo di maternità e paternità alle lavoratrici e lavoratori a domicilio (§§ 98-100), con gli opportuni adattamenti della disciplina della relativa indennità a carico dell'istituto previdenziale. L'art. 1, c. 2°, della legge n. 1204/1971 estendeva al lavoro a domicilio il divieto di licenziamento della lavoratrice dall'inizio della gravidanza al compimento di un anno di età del bambino; la norma è ora abrogata esplicitamente, insieme a tutta la legge del 1971 (§ 402). La questione specifica sembra dunque doversi risolvere, nel silenzio della legge — ma non della Corte costituzionale (302) — sul punto specifico, secondo i criteri generali elaborati da giurisprudenza e dottrina in riferimento alla questione generale del licenziamento del lavoratore a domicilio, dei quali si è detto a suo luogo (303): la comminatoria di nullità può applicarsi là dove il rapporto di lavoro abbia avuto quel minimo di continuità, che consenta di configurare la cessazione delle commesse come recesso da un rapporto di durata.

L'estensione del diritto al congedo di maternità e paternità alle lavoratrici e lavoratori domestici (§ 110), con gli opportuni adattamenti della disciplina della relativa indennità a carico dell'istituto previdenziale, è disposta dall'art. 62. Quanto al divieto di licenziamento, in riferimento al rapporto di lavoro domestico l'art. 1, c. 3° della legge n. 1204/1971 ne escludeva esplicitamente l'applicabilità; la Corte costituzionale era intervenuta convalidando

l'esclusione, ma sollecitando il legislatore a provvedere a una protezione della maternità compatibile con le peculiarità del rapporto (304). In seguito, la giurisprudenza ordinaria è intervenuta riconoscendo alla lavoratrice domestica incinta o puerpera una protezione ridotta contro il licenziamento, fondata esclusivamente sull'art. 2110 c.c. (305). Ora, il silenzio sul punto dell'art. 54 del testo unico del 2001 sembra doversi interpretare nel senso che il divieto di licenziamento si applichi senz'altro anche nel rapporto di lavoro domestico; ma la norma, così interpretata, offre il fianco a una censura di incostituzionalità per la mancata considerazione di quelle peculiarità del rapporto che avevano indotto la Corte a salvare provvisoriamente la norma previgente, in attesa dell'emanazione di una disciplina speciale. L'art. 63 provvede in riferimento al lavoro agricolo a tempo indeterminato (c. 1°) e a tempo determinato (c. 2°); a lavoratori e lavoratrici agricoli sono estesi anche i diritti a riposi e permessi (cc. 4° e 5°). In riferimento al rapporto di collaborazione coordinata e continuativa (§§ 89 e 95-96) l'art. 64 prevede l'applicabilità delle disposizioni relative all'indennità di maternità, con gli opportuni adattamenti, a carico dell'istituto previdenziale. Altrettanto fanno gli artt. 66-73 per le lavoratrici autonome e le libere professioniste.

408. *Il c.d. congedo matrimoniale.* — Il r.d.l. 24 giugno 1937 n. 1334, convertito nella legge 23 dicembre 1937 n. 2387, ha attribuito a tutti gli impiegati, pubblici e privati, il diritto a un permesso straordinario retribuito di quindici giorni «per contrarre matrimonio», computabile a tutti gli effetti nell'anzianità di servizio, ora recepito da tutti i contratti collettivi, sia per i dipendenti di enti pubblici sia per i dipendenti da imprese private.

L'esclusione dal beneficio della categoria operaia è manifestamente incostituzionale. Se la questione non è mai approdata alla Corte costituzionale, ciò è probabilmente dovuto al fatto che all'estensione agli operai ha provveduto quasi dovunque la contrattazione collettiva.

Per l'esercizio del diritto al congedo matrimoniale il lavoratore ha l'onere di documentare le avvenute pubblicazioni obbligatorie preventive. Ma grava su di lui anche l'onere di dimostrare, in seguito, l'effettiva celebrazione del matrimonio, in difetto della quale l'assenza dovrebbe ritenersi ingiustificata.

Il congedo matrimoniale è pacificamente reiterabile in caso di seconde nozze conseguenti a morte del primo coniuge o scioglimento del primo matrimonio.

409. *I permessi e aspettative per eventi familiari straordinari.* — L'art. 4, c. 1°, della legge 8 marzo 2000 n. 53, generalizzando una disposizione contenuta da tempo in numerosi contratti collettivi (306), attribuisce al lavoratore il diritto a permessi di durata complessiva massima di tre giorni ogni anno in caso di decesso o di grave infermità del coniuge, del convivente, o di un parente entro il secondo grado, purché la stabile convivenza con il deceduto o infermo risulti da certificazione anagrafica (307). Non si tratta di un istituto analogo a quello delle ferie annuali (§ 343), che maturano in proporzione alla durata della prestazione nel corso dell'anno: il diritto al permesso sorge per il solo fatto del decesso o infermità grave del congiunto, indipendentemente dalla durata del rapporto (il lavoratore ha dunque diritto, in tal caso, a tre giorni di permesso anche se il contratto di lavoro è a tempo determinato e dura meno di un anno); per altro verso, se decesso o grave infermità del congiunto non si verificano, il rapporto può durare anche molti anni senza che il lavoratore maturi il diritto neppure a un giorno di permesso (308).

Sembra preferibile la tesi secondo cui il limite dei tre giorni di permesso ogni anno deve essere riferito a ciascun rapporto di lavoro intrattenuto dal lavoratore: se questi ne intrattiene due diversi nel corso dello stesso anno, e nel corso di ciascuno dei due si verifica un decesso o grave infermità di un congiunto, egli ha diritto ai tre giorni di permesso in ciascuno dei due rapporti.

Per «gravi e documentati motivi familiari» il lavoratore ha diritto, a norma del secondo comma dello stesso articolo, a «un congedo, continuativo o frazionato, non superiore a due anni», durante il quale egli conserva il posto di lavoro ma non ha diritto né alla retribuzione, né al maturare dell'anzianità di servizio (§ 368), e «non può svolgere alcun tipo di attività lavorativa» (dovendo qui intendersi per tale qualsiasi attività svolta in favore di terzi in cambio di un corrispettivo). Al rientro in azienda è prevista la possibilità di partecipazione del lavoratore, secondo le modalità stabilite dalla contrattazione collettiva, a corsi di formazione professionale mirati ad agevolare il reinserimento (c. 3°) (309).

Secondo quanto previsto dal quarto comma dello stesso articolo, con decreto ministeriale 21 luglio 2000 n. 278 sono state emanate le disposizioni di attuazione della norma legislativa, ispirate per alcuni aspetti a un'interpretazione estensiva della norma stessa.

410. *L'aspettativa per l'assistenza a familiare tossicodipendente.* — Abbiamo visto nel § 385 come l'art. 124, 1° c., del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 attribuisca al lavoratore tossicodipendente il diritto a un'aspettativa di durata non superiore a tre anni, per consentirgli di sottoporsi al necessario trattamento di disintossicazione e riabilitazione. Il secondo comma

dello stesso articolo attribuisce anche al familiare di un tossicodipendente il diritto a collocarsi in aspettativa non retribuita «per concorrere al programma terapeutico e socio-riabilitativo ... qualora il servizio per le tossicodipendenze attesti la necessità». Deve ritenersi che neppure in questo caso durante l'aspettativa maturi l'anzianità di servizio (§ 368) (310).

La norma non stabilisce la durata massima di questa aspettativa. È logico ritenere che essa non possa protrarsi oltre il tempo durante il quale si svolge il trattamento di riabilitazione del familiare; mi sembra inoltre che possa applicarsi in via analogica il limite massimo di tre anni posto dal primo comma per l'aspettativa del lavoratore tossicodipendente.

Sezione V

La sospensione della prestazione per motivi di studio o di formazione

Sommario: 411. I permessi per i lavoratori studenti. Permessi e aspettative a scopo di istruzione. — 412. I congedi per la «formazione continua».

411. I permessi per i lavoratori studenti. Permessi e aspettative a scopo di istruzione. — L'art. 10 St. lav. attribuisce ai «lavoratori studenti, iscritti e frequentanti corsi regolari di studio in scuole di istruzione primaria, secondaria e di qualificazione professionale, statali, pareggiate o legalmente riconosciute, o comunque abilitate al rilascio di titoli di studio legali» — oltre al diritto ad essere assegnati a turni di lavoro che agevolino la frequenza ai corsi e la preparazione degli esami, la «dove l'organizzazione aziendale del lavoro lo consenta, e al diritto di rifiutare il lavoro straordinario o nelle giornate normalmente destinate al riposo settimanale (c. 1°) — il diritto a fruire di un giorno di permesso retribuito per ciascuna prova di esame (c. 2°) (311).

Fin dai primi anni '70 numerosi contratti collettivi nazionali di settore prevedono il diritto dei lavoratori a fruire di permessi retribuiti per frequentare corsi di istruzione primaria, secondaria o universitaria diversi dai corsi di formazione professionale, per lo più nella misura di 150 ore annue, a condizione che i corsi stessi comportino l'impegno di un tempo equivalente al di fuori dell'orario di lavoro (312).

Allo stesso fine l'art. 5 della legge n. 53/2000, in aggiunta ai permessi previsti dall'art. 10 St. lav., attribuisce ai lavoratori che abbiano almeno cinque anni di anzianità di servizio presso la stessa azienda o amministrazione il diritto a una o più aspettative non retribuite e non computabili nell'anzianità di servizio (indicate nella rubrica dell'articolo come «congedi per la formazione»), per la durata complessiva di undici mesi nell'arco della vita lavorativa, senza pregiudizio per la conservazione del posto. A norma del quarto comma, il datore di lavoro può non accogliere la richiesta di congedo per la formazione o differirne l'accoglimento nel caso di comprovate esigenze organizzative. La stessa legge affida alla contrattazione collettiva il compito di stabilire le modalità di fruizione del diritto, individuando le percentuali massime dei lavoratori che possono avvalersene contemporaneamente, fissando i termini del preavviso con cui la richiesta deve essere presentata — comunque non inferiore a trenta giorni — e disciplinando i casi di diniego o differimento. Per queste aspettative non è data copertura previdenziale figurativa, essendo soltanto previsto che il lavoratore possa «riscattare» il relativo periodo, oppure versare di tasca propria i contributi corrispondenti secondo i criteri della prosecuzione volontaria (313).

Del caso dell'interruzione dell'aspettativa per «grave e documentata infermità» si è detto nel § 367.

412. I congedi per la «formazione continua». — A norma dell'art. 6 della legge n. 53/2000 i lavoratori, «occupati e non occupati», hanno il diritto di «proseguire i percorsi di formazione per tutto l'arco della vita, per accrescere conoscenze e competenze professionali». Il primo comma dello stesso art. 6 prevede — con qualche concessione lessicale al «sindacalese» — il corrispondente dovere dello Stato, delle Regioni e degli enti locali di assicurare «un'offerta formativa articolata sul territorio e, ove necessario, integrata» la quale «deve consentire percorsi personalizzati, certificati e riconosciuti come crediti formativi in ambito nazionale ed europeo» (314). L'accesso a tale formazione «può corrispondere ad autonoma scelta del lavoratore ovvero essere predisposta dall'azienda, attraverso i piani formativi aziendali concordati tra le parti sociali», secondo quanto previsto dall'art. 17 della legge n. 196/1997. Spetta alla contrattazione collettiva, nazionale e decentrata, stabilire il numero delle ore da destinare ai congedi per formazione professionale di cui all'art. 6, i criteri per l'individuazione dei lavoratori che ne possono fruire e «le modalità di orario e retribuzione connesse alla partecipazione ai percorsi di formazione».

Sezione VI

La sospensione della prestazione in funzione di un interesse pubblico o dell'associazione sindacale

Sommario: 413. Permessi e aspettative per attività sindacale o politica, per i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, per lo svolgimento di funzioni di interesse pubblico. — 414. Altri casi di sospensione della prestazione in funzione di un interesse pubblico: «ferie elettorali», permessi per i donatori di sangue. — 415. Il servizio militare di leva, il servizio civile e il richiamo alle armi. — 416. Le aspettative per la cooperazione con i Paesi in via di sviluppo.

413. *Permessi e aspettative per attività sindacale o politica, per i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, per lo svolgimento di funzioni di interesse pubblico.* — Dei diritti a permessi e aspettative attribuiti dallo Statuto dei lavoratori ai lavoratori che svolgono attività sindacale, all'interno dell'azienda o all'esterno di essa, si è detto nel § 59 (315). La stessa legge prevede e disciplina anche permessi e aspettative per i lavoratori chiamati a cariche pubbliche elettive; per la parte relativa agli amministratori di enti locali la materia è stata oggetto di interventi legislativi più estesi e articolati, in un primo tempo con la legge 27 dicembre 1985 n. 816, poi con gli artt. 77-87 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267, recante il testo unico delle norme sull'ordinamento degli enti locali.

L'art. 31 St. lav., c. 1° (modificato dall'art. 2, 2° c., della legge 11 agosto 1979 n. 384), dando attuazione all'art. 51 Cost., 3° c., stabilisce che i lavoratori eletti membri del Parlamento nazionale o del Parlamento europeo o di consigli regionali, oppure chiamati ad altre funzioni pubbliche elettive, abbiano il diritto di essere posti in aspettativa non retribuita per tutta la durata del loro mandato (316). Il periodo di aspettativa è coperto da contribuzione previdenziale figurativa (317).

Per i lavoratori eletti alla carica di amministratore locale — intendendosi per tale la carica di sindaco, presidente di provincia, consigliere comunale o provinciale, assessore comunale o provinciale, presidente assessore o consigliere di comunità montana, componente degli organi delle unioni di comuni o di consorzi fra enti locali, o componente di organi di decentramento — che non chiedano di essere collocati in aspettativa, dispone ora il d.lgs. n. 267/2000 (318), innanzitutto vietandone il trasferimento durante l'esercizio del mandato e imponendo al datore di lavoro di «esaminare con criteri di priorità» l'eventuale loro richiesta di avvicinamento al luogo in cui viene svolto il mandato amministrativo (art. 78). Viene inoltre attribuito loro il diritto a collocarsi in aspettativa non retribuita per tutto il periodo di espletamento del mandato (art. 81).

Quando non si collocano in aspettativa, i membri di consiglio comunale, provinciale, metropolitano, delle comunità montane, o di consiglio circoscrizionale di comune con popolazione superiore a mezzo milione di abitanti, hanno il diritto di assentarsi dal servizio per l'intera giornata nella quale il consiglio stesso sia convocato, nonché per l'intera giornata successiva se la riunione si protrae oltre la mezzanotte (art. 79, 1° c.). Per tale giornata di permesso il datore di lavoro è tenuto a pagare al dipendente la retribuzione (319) e a versare i contributi corrispondenti, mentre l'ente locale interessato è obbligato a rifonderne al datore stesso l'importo complessivo (art. 80).

Ai lavoratori facenti parte delle giunte di governo locale, oppure «delle commissioni consiliari o circoscrizionali formalmente istituite nonché delle commissioni comunali previste per legge, ovvero membri delle conferenze dei capigruppo e degli organismi di pari opportunità, previsti dagli statuti e dai regolamenti consiliari», che non abbiano optato per l'aspettativa, il terzo comma dell'art. 79 attribuisce il diritto a permessi retribuiti per «assentarsi dal servizio per partecipare alle riunioni degli organi di cui fanno parte per la loro effettiva durata», nonché per il tempo necessario per raggiungere il luogo della riunione e rientrare al posto di lavoro. Ai componenti degli organi esecutivi dei comuni, province, unioni di comuni e comunità montane, consorzi fra enti locali, nonché ai presidenti dei gruppi consiliari delle province e dei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti, il quarto comma attribuisce il diritto a permessi retribuiti per ulteriori ventiquattro ore lavorative ogni mese, elevate a quarantotto per le cariche di vertice. Le retribuzioni per i suddetti permessi sono anticipate dal datore di lavoro, ma poste a carico dell'istituto previdenziale (art. 80).

Agli stessi lavoratori di cui al terzo e al quarto comma dell'art. 79 il quinto comma attribuisce ulteriori permessi non retribuiti fino a un massimo di 24 ore lavorative mensili, «qualora risultino necessari per l'espletamento del mandato». Dei permessi, retribuiti e non retribuiti, e delle aspettative non retribuite per i rappresentanti e i dirigenti sindacali, previsti dagli artt. 23, 24, 30 e 31 St. lav., si è detto nel § 59 (320). A questi si aggiungono ora i permessi per i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, previsti genericamente dall'art. 19, 2° c., del d.lgs. n. 626/1994 e disciplinati dalla contrattazione collettiva (§ 216).

414. *Altri casi di sospensione della prestazione in funzione di un interesse pubblico: «ferie elettorali», permessi per i donatori di sangue.* — Al lavoratore chiamato a svolgere funzioni di presidente, scrutatore, rappresentante di lista o di gruppo di candidati, presso un ufficio elettorale in occasione di elezioni politiche, amministrative o referendum, l'art. 119 del d.P.R. 30 marzo 1957 n. 361, come modificato dalla legge 21 marzo 1990 n. 53 e «interpretato autenticamente»

dall'art. 1 della legge 29 gennaio 1992 n. 69, attribuisce il diritto ad «assentarsi dal lavoro per tutto il periodo corrispondente alla durata delle relative operazioni», essendo tali giorni di assenza «considerati, a tutti gli effetti, giorni di attività lavorativa» e risolvendosi in tal modo il cospicuo contenzioso giudiziale che sul punto si era sviluppato in precedenza. Ne consegue il diritto del lavoratore, a carico del datore di lavoro (321), alla retribuzione aggiuntiva per ciascun giorno che sarebbe stato altrimenti di riposo — computandosi per un giorno intero anche quello occupato in piccola parte dalle operazioni elettorali (322) —, con la maggiorazione per il lavoro festivo svolto nella giornata di domenica, nonché il diritto al riposo settimanale compensativo in un giorno successivo. La maggiore estensione dell'orario di servizio presso il seggio elettorale rispetto all'orario normale di lavoro può e deve intendersi compensata dall'indennità di cui il lavoratore gode a carico dell'erario.

A norma dell'art. 1 della legge 13 luglio 1967 n. 584, come modificato dall'art. 13 della legge 4 maggio 1990 n. 107, i lavoratori donatori di sangue e di emocomponenti hanno diritto ad astenersi dal lavoro per l'intera giornata in cui effettuano la donazione, «conservando la normale retribuzione per l'intera giornata lavorativa», la quale viene rimborsata al datore di lavoro dall'istituto previdenziale. A norma dell'art. 4 del regolamento di attuazione contenuto nel d.m. 8 aprile 1968, le 24 ore di riposo decorrono «dal momento in cui il lavoratore si è assentato dal lavoro per l'operazione di prelievo del sangue».

415. *Il servizio militare di leva, il servizio civile e il richiamo alle armi.* — A norma dell'art. 52 Cost., 2° c., e del d.lgs. C.p.S. 13 settembre 1946 n. 303, ratificato con legge 5 gennaio 1953 n. 35, la chiamata alle armi sospende la prestazione di lavoro per tutto il periodo del servizio militare di leva (323), essendo assicurata al lavoratore soltanto la conservazione del posto (art. 1, 1° c.), ma non la retribuzione (324). Al termine del servizio militare di leva per congedamento o per invio in licenza illimitata in attesa di congedo il lavoratore deve ripresentarsi al datore di lavoro per riprendere il servizio entro trenta giorni, dovendo altrimenti il rapporto di lavoro considerarsi automaticamente risolto (c. 3°) (§ 493).

L'art. 6 della legge 8 luglio 1998 n. 230 estende la tutela prevista per il lavoratore in servizio militare di leva al lavoratore obiettore di coscienza che presta servizio civile sostitutivo del servizio militare, attribuendogli un vero e proprio diritto di parità di trattamento rispetto al lavoratore che presta servizio militare. La diversa fattispecie del richiamo alle armi è disciplinata dall'art. 2111 c.c. e dalla legge 3 maggio 1955 n. 370, che prevedono l'applicabilità in questo caso del primo e del terzo comma dell'art. 2110 c.c.: il lavoratore ha pertanto diritto alla retribuzione o indennità nella misura prevista dal contratto collettivo; e il periodo di assenza è computato nella sua anzianità di servizio (325). Al termine del periodo di richiamo il lavoratore deve ripresentarsi al datore di lavoro per riprendere il servizio entro il termine di cinque giorni se il periodo stesso ha avuto durata non superiore a un mese, di otto giorni se la durata è stata superiore a un mese ma non a sei mesi, di quindici giorni se la durata è stata superiore a sei mesi (l. n. 370/1955, art. 5, 1° c.). Decorso inutilmente tale termine, il lavoratore «è considerato dimissionario»: formulazione, questa, diversa da quella usata dal legislatore per il caso di mancata ripresa del lavoro dopo il servizio di leva; ma l'effetto è identico, non potendo ritenersi che nel caso di mancata ripresa del lavoro dopo il richiamo alle armi il lavoratore sia obbligato al pagamento di una indennità sostitutiva del preavviso (§§ 495 e 512). Per i primi tre mesi dalla ripresa del lavoro è vietato il licenziamento del lavoratore (2° c.).

416. *Le aspettative per la cooperazione con i Paesi in via di sviluppo.* — I dipendenti dallo Stato o da enti pubblici, ai quali sia riconosciuta la qualifica di «volontari in servizio» per la cooperazione con i Paesi in via di sviluppo, o che siano coniugi di persone cui tale qualifica sia stata riconosciuta, hanno diritto al collocamento in aspettativa non retribuita, ma con computo nell'anzianità di servizio (§ 368) e con diritto alla conservazione del posto, a norma dell'art. 33 della legge 26 febbraio 1987 n. 49.

La stessa norma prevede la possibilità che analoga aspettativa sia concordata tra il prestatore e il datore di lavoro privato, potendo in tal caso quest'ultimo «assumere personale sostitutivo con contratto a tempo determinato» (previsione ora assorbita dalla nuova disciplina del contratto a termine: v. § 500).

Sezione VII

La sospensione della prestazione come strumento di autotutela collettiva: lo sciopero

Sommario: 417. Lo sciopero come affermazione rudimentale della signoria del lavoratore sul proprio lavoro e come strumento di correzione delle distorsioni del mercato del lavoro. — 418. Il riconoscimento più limitato della libertà di

sciopero, rispetto alla libertà di coalizione, negli ordinamenti internazionali e nella nostra Costituzione. Il ruolo primario svolto dalla Corte costituzionale nella definizione e delimitazione del nuovo diritto. — 419. L'astensione collettiva e il suo scopo *lato sensu* negoziale, come elementi essenziali della fattispecie protetta dall'ordinamento. L'astensione collettiva non qualificabile come sciopero. — 420. La questione della titolarità del diritto di sciopero e quella della sua disponibilità in sede collettiva e in sede individuale: validità ed effetti dei patti di tregua. — 421. A quali lavoratori l'ordinamento attribuisce il diritto di sciopero. — 422. Finalità lecite e finalità illecite dello sciopero. — 423. La proclamazione dello sciopero e l'adesione da parte del singolo lavoratore. Lo sciopero a sorpresa. Legittimità dei vincoli procedurali eventualmente imposti dalla contrattazione collettiva. — 424. I modi di svolgimento dello sciopero. Lo sciopero articolato, a singhiozzo, a scacchiera. La questione se il principio di buona fede sia applicabile in materia di sciopero. La serrata di ritorsione. — 425. Illegittimità dello sciopero consistente in una alterazione della qualità della prestazione: sciopero del rendimento e altre forme di non collaborazione. Lo sciopero del cottimo e dello straordinario. — 426. Gli effetti dello sciopero sul rapporto di lavoro. — 427. Le forme di lotta integrative dello sciopero: picchettaggio, blocco delle merci, occupazione dell'azienda. — 428. La protezione del diritto di sciopero disposta dallo Statuto dei lavoratori e da altre leggi ordinarie. Il divieto del *crumiraggio* esterno. — 429. La disciplina speciale dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, dall'autodisciplina alla regolamentazione legislativa. Un problema non ancora risolto. — 430. I «servizi pubblici essenziali» ai quali la disciplina speciale si applica. — 431. Le regole poste direttamente dalla legge: procedure di conciliazione, preavviso minimo, informazione degli utenti. La garanzia del collegamento con le isole. — 432. L'individuazione negoziale delle «prestazioni indispensabili» e dei criteri di «rarefazione oggettiva» degli scioperi. — 433. La Commissione di Garanzia e le sue funzioni. — 434. Le sanzioni. — 435. La precettazione. Sanzioni per l'inottemperanza all'ordinanza governativa. — 436. Lo sciopero virtuale. — 437. La serrata.

417. *Lo sciopero come affermazione rudimentale della signoria del lavoratore sul proprio lavoro e come strumento di correzione delle distorsioni del mercato del lavoro.* — Nelle pagine che precedono abbiamo esaminato numerose cause di sospensione della prestazione lavorativa, in gran parte introdotte nel nostro ordinamento nel corso dell'ultimo trentennio del '900, nelle quali si esprime la prevalenza sulle esigenze aziendali di alcuni interessi del lavoratore costituzionalmente protetti (al riposo, alla salute, alla cura dei rapporti familiari, all'istruzione o formazione professionale, all'esercizio della libertà sindacale o politica, ecc.) o di alcuni interessi pubblici (alla difesa nazionale, all'efficiente svolgimento delle funzioni elettorali, ecc.). Abbiamo pure visto (§§ 364, 365 e 381) che, se si escludono il caso dell'infermità di un certo rilievo e quello del servizio militare, in nessuno dei casi esaminati può parlarsi di vera impossibilità della prestazione: quando ne ricorrono i presupposti, la prestazione viene sospesa per effetto di una scelta compiuta più o meno insindacabilmente dal lavoratore. In questo consiste una peculiarità del contratto di lavoro rispetto a tutti gli altri contratti riconosciuti dall'ordinamento.

Alle origini del diritto del lavoro le cose non stavano così. L'obbligazione di lavoro durevole — oggetto di un contratto che sanciva una «irrevocabile separazione» fra titolarità dell'obbligazione stessa e titolarità degli strumenti del lavoro e dei suoi frutti (326) — non lasciava alcuno spazio alle esigenze familiari, culturali, associative e *lato sensu* politiche della persona, potendo la sospensione unilaterale della prestazione determinarsi legittimamente soltanto nel caso di vero impedimento (327): l'unica distinzione tra la condizione del lavoratore salariato e quella del *servus* antico stava nella temporaneità del vincolo, formalmente garantita dal termine del contratto, oppure, nel contratto a tempo indeterminato, dalla facoltà di recesso unilaterale. In quel contesto, lo sciopero (dal latino *ex opere, exoperatus*) (328), ovvero l'astensione collettiva dal lavoro, per lo più illegale, non ha svolto soltanto la funzione di consentire ai lavoratori di contrapporre un proprio potere monopolistico al potere monopsonistico dell'imprenditore (§ 48), ma anche quella di affermare — sia pure in modo rudimentale — un principio di signoria del lavoratore sulla propria persona e sul proprio lavoro. Signoria che, portata alle sue estreme conseguenze, veniva addirittura assunta nelle teorie pan-sindacaliste come fattore essenziale di una rivoluzione sociale liberatrice del proletariato, attuata appunto attraverso lo sciopero (329). La maggioranza dell'Assemblea costituente non si riferiva certo allo sciopero rivoluzionario, quando scelse di elevare questa forma di lotta al rango di diritto garantito dalla Carta (330); ma non era assente dalla sua mente, insieme all'idea di garantire uno strumento di lotta sindacale come fonte di riequilibrio in un rapporto di potere squilibrato, come strumento di accelerazione del processo di costruzione di una giustizia sociale intesa quale giustizia distributiva (331), anche l'idea di porre un limite all'alienabilità, per quanto temporanea, della libertà del cittadino (332): con il riconoscimento del diritto di sciopero come prerogativa che il legislatore ordinario può disciplinare ma non sopprimere, l'Assemblea costituente ha voluto escludere che l'obbligazione contrattuale di lavoro potesse privare totalmente il lavoratore della sua signoria sul lavoro stesso, affermando una — pur in certi casi limitata — libertà di rifiutarlo, a costo della perdita del corrispettivo, nella sola forma allora conosciuta, ovvero quella della protesta collettiva (333). Questo spiega l'aura di universalità e intangibilità — quasi sacralità — di cui questo diritto è stato circondato per lungo tempo nella nostra cultura giuslavoristica, come sigillo della diversità del contratto di lavoro rispetto agli altri, della non riducibilità del lavoro a merce (334). In seguito, il cospicuo sviluppo delle cause di legittima sospensione della prestazione nell'interesse del lavoratore portato dallo Statuto dei lavoratori del 1970 e dalla legislazione del trentennio successivo (§§ 380-416) ha intaccato profondamente quella ragion d'essere originaria, non

strettamente sindacale, del diritto di sciopero: oggi si può dire che non c'è diritto della persona costituzionalmente garantito al quale non corrisponda una facoltà del lavoratore, espressamente prevista dalla legge, di astenersi dal lavoro; e di farlo, per lo più, sulla base di una scelta individuale, non condizionata al consenso, all'invito o all'autorizzazione dell'organizzazione sindacale o di qualsiasi altra formazione sociale a cui il lavoratore appartenga. Il principio della signoria del lavoratore sulla propria persona e sul proprio lavoro è venuto affermandosi in modo sempre più esteso con l'assoggettamento dell'obbligazione lavorativa a eccezioni sempre più numerose e rilevanti, corrispondenti ad altrettante prerogative di sospensione unilaterale della prestazione che il lavoratore può esercitare individualmente. Con questo sviluppo della legislazione sul rapporto individuale di lavoro si è dunque compiuto un passo rilevantissimo non soltanto sulla via dell'emancipazione del prestatore dalla «dittatura» contrattuale del datore di lavoro, ma anche sulla via dell'affermazione della sua autonomia individuale. All'istituto dello sciopero resta oggi intatta solo l'altra sua ragion d'essere originaria, quella di misura e manifestazione della forza della coalizione tra i lavoratori, in funzione della correzione delle distorsioni del mercato che ne alterano l'equilibrio a danno dell'offerta di lavoro (§ 48). Una ragion d'essere, dunque, logicamente legata al permanere di quella distorsione — peraltro tuttora largamente diffusa — ma destinata a venir meno là dove sia invece la coalizione dei lavoratori a costituire di per sé elemento potenziale o attuale di indebita alterazione dell'equilibrio contrattuale tra le parti: ciò che spiega — come vedremo meglio nel paragrafo che segue — la non universalità del riconoscimento del diritto di sciopero sul piano internazionale e la perdita progressiva, in epoca recente, del carattere di universalità e assolutezza della tutela di questo diritto anche nel nostro ordinamento nazionale.

418. *Il riconoscimento più limitato della libertà di sciopero, rispetto alla libertà di coalizione, negli ordinamenti internazionali e nella nostra Costituzione. Il ruolo primario svolto dalla Corte costituzionale nella definizione e delimitazione del nuovo diritto.* — Si è detto a suo luogo (§ 50) dell'evoluzione degli ordinamenti nazionali europei nei confronti della libertà sindacale: dal divieto di coalizione tra i lavoratori penalmente sanzionato (inaugurato con la legge *Le Chapelier* del 1791 e il *Combination Act* del 1799), in nome del principio di libera concorrenza, al regime di tolleranza instaurato dalle legislazioni liberali della seconda metà dell'ottocento (in Italia dal codice penale Zanardelli del 1889, parzialmente ispirato per questo aspetto al precedente codice del Granducato di Toscana), fino al riconoscimento della libertà di associazione dei lavoratori come principio universale nella Costituzione dell'O.I.L., in numerose altre fonti di diritto internazionale, in tutte le legislazioni nazionali dei Paesi occidentali e in particolare nella nostra Costituzione (art. 39, 1° c.). Una evoluzione analoga si è registrata nell'atteggiamento dei principali ordinamenti nazionali europei, e del nostro in particolare, nei confronti dello sciopero: punito inizialmente dal codice pre-unitario del Regno di Sardegna — e poi di nuovo dal codice penale Rocco del 1930 — come *delitto*, depenalizzato nel periodo della legislazione liberale in quanto considerato come espressione della *libertà* del cittadino (pur sempre suscettibile, però, di costituire inadempimento dell'obbligazione contrattuale di lavoro), infine riconosciuto nell'art. 40 Cost. come *diritto* che prevale sull'interesse contrattuale dell'imprenditore alla regolarità della prestazione lavorativa (335). Evoluzione analoga, dunque, nel nostro ordinamento nazionale, della disciplina della libertà sindacale e di quella dello sciopero; ma con esito finale non identico: mentre il primo comma dell'art. 39 Cost. non prevede alcun intervento legislativo limitativo della libertà sindacale — e, anzi, il legislatore ordinario, lungi dal proporsi una sua limitazione, è intervenuto ripetutamente a rafforzare la libertà sindacale dentro e fuori dei luoghi di lavoro (§§ 53-61) —, l'art. 40, con una formulazione ripresa dal preambolo della Costituzione francese del 1946 (336), prevede invece espressamente l'intervento del legislatore ordinario per la regolamentazione, e quindi limitazione, dell'esercizio del diritto di sciopero (disposizione, questa, nella quale una parte della dottrina ha ravvisato una «riserva di legge relativa») (337). Ancor più marcata è la differenza del livello di tutela del diritto di sciopero rispetto a quello della libertà di coalizione sul piano internazionale. Nell'ordinamento dell'O.I.L., il diritto di sciopero non è sancito in alcuna convenzione: esso è menzionato solo incidentalmente nella convenzione n. 105/1957, in materia di divieto del lavoro coatto, e nella raccomandazione n. 92/1951, in materia di procedure di conciliazione e arbitrato (338). La sola norma che tuteli espressamente e direttamente il diritto di astensione dal lavoro collettiva sul piano internazionale — per quel che mi consta — è costituita dal quarto comma dell'art. 6 della *Carta sociale europea* (18 ottobre 1961), la quale riconosce «il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro ad azioni collettive in caso di conflitto di interesse, ivi compreso il diritto di sciopero, fermi restando gli obblighi che potrebbero derivare dai contratti collettivi in vigore» (339). Un motivo socio-economico della tutela più intensa ed estesa che viene riservata alla libertà di coalizione, rispetto al diritto di sciopero, nel nostro ordinamento interno come sul piano internazionale, può essere ravvisato nel fatto — esaminato più ampiamente a suo luogo: § 48 — che l'associazione sindacale, con la negoziazione collettiva delle condizioni di lavoro, svolge un ruolo utile anche ai datori di lavoro; e che comunque dell'associazione sindacale e della negoziazione collettiva delle condizioni di lavoro è difficile fare a meno, senza esporre i lavoratori, anche in un mercato del lavoro evoluto, a una situazione di inferiorità nascente da alti costi di transazione (negoziare il regolamento di un rapporto di lavoro durevole richiede competenze difficilmente acquisibili da parte del singolo lavoratore) e da gravi asimmetrie informative (il singolo lavoratore difetta della memoria storica e della conoscenza delle condizioni congiunturali dell'azienda e del settore a cui essa appartiene). Lo sciopero, invece, è un vero e proprio «atto di guerra» (340), che presenta costi rilevanti per entrambe le parti in conflitto: per questo tutti ne fanno volentieri a

meno, quando possono, cercando altri modi meno costosi per verificare il grado di rappresentatività effettiva delle associazioni sindacali (tranne i gruppi minoritari che considerano il conflitto in sé e per sé come un valore positivo). Lo sciopero, inoltre, è sempre un momento di aggregazione tendenzialmente monopolistica di un gruppo di lavoratori, che costituisce sì strumento di correzione delle distorsioni monopsonistiche del mercato, là dove esse si manifestano, ma costituisce anche, in situazioni diverse, arma utilizzabile per il perseguimento di rendite di posizione. Quest'ultimo rischio è tanto più rilevante quanto più i lavoratori godono di stabilità e sono collocati in posizioni cruciali dell'organizzazione produttiva aziendale o della società civile: per questo negli ultimi decenni il ricorso allo sciopero, mentre è andato rarefacendosi quasi dappertutto nei settori dell'industria e del commercio, è venuto invece assumendo una frequenza abnorme in alcuni settori-chiave dei servizi pubblici essenziali e in particolare in quello dei trasporti, dove esso, producendo danni ingentissimi per la collettività, costituisce strumento assai efficace nelle mani degli addetti al servizio per sostenere le loro rivendicazioni. È questo, altresì, il motivo per cui il nostro ordinamento tende a disciplinare in modo sempre più severo lo sciopero in questi settori (§§ 429-435).

La stagione degli interventi legislativi restrittivi, motivati con la necessità di tutela degli interessi costituzionalmente protetti cui lo sciopero può recare pregiudizio, è incominciata però soltanto negli anni '90, a più di un quarantennio dall'entrata in vigore della Costituzione (341). Nel frattempo, il compito di dettare la disciplina sostanziale della materia è stato assunto in via vicaria soprattutto dalla Corte costituzionale, che lo ha svolto mediante la tecnica della «manipolazione» delle vecchie norme penali incriminatrici dello sciopero nelle sue varie manifestazioni (342), sulla scorta dell'elaborazione progressiva della dottrina (343), non senza suscitare con ciò polemiche talora vivaci (344). L'intervento della Corte costituzionale è stato, del resto, sovente preparato e anticipato dalla giurisprudenza ordinaria, a sua volta variamente influenzata dal contesto politico, come mostra inequivocabilmente il confronto complessivo tra la giurisprudenza degli anni cinquanta, quella degli anni sessanta e quella successiva all'«autunno caldo» del 1969; ma capace anche di dialogare attivamente con il movimento sindacale, assecondandone la crescita (345).

419. *L'astensione collettiva e il suo scopo lato sensu negoziale come elementi essenziali della fattispecie protetta dall'ordinamento. L'astensione collettiva non qualificabile come sciopero.* — Col rinviare alla nozione di «sciopero» desumibile dall'uso di questo termine nel linguaggio comune, l'art. 40 Cost. recepisce, quale elemento essenziale della fattispecie, innanzitutto quello dell'astensione collettiva concordata dal lavoro: non si ha sciopero se non là dove la sospensione delle prestazioni sia concertata e posta in essere da una coalizione di lavoratori, anche occasionale ed effimera, purché di una coalizione si tratti. Non può darsi, dunque, uno «sciopero individuale»; e neppure può qualificarsi come sciopero l'ipotetica astensione dal lavoro di una pluralità di lavoratori conseguente a una scelta individuale di ciascuno di essi ma non tra di essi concordata.

Dall'uso comune della parola «sciopero» si desume poi un secondo elemento essenziale della nozione: l'astensione collettiva deve essere finalizzata a esercitare pressione su di un interlocutore aziendale, sindacale o istituzionale, per indurlo ad accettare un accordo, a tenere un comportamento, a emanare un provvedimento di interesse comune del gruppo o categoria di lavoratori coinvolti nell'agitazione, o a non emanarne uno contrario a quell'interesse. In altre parole: non si dà sciopero se non nel contesto di una interazione *lato sensu* negoziale (346) tra la coalizione di lavoratori e una loro controparte, vicina o lontana. Di più, dalla nozione comune di sciopero, non può trarsi (347); ma la delimitazione proposta non è priva di rilievo pratico: essa consente di escludere che possa qualificarsi come sciopero l'astensione collettiva — per quanto preventivamente concordata da una pluralità di lavoratori — che abbia come scopo essenziale non quello di esercitare pressione sul datore di lavoro o altra controparte sindacale o politica, ma semplicemente quello di liberare immediatamente i lavoratori stessi dall'obbligazione lavorativa in un determinato orario o in una determinata giornata (348): si pensi, ad esempio, alla sospensione della prestazione decisa per consentire a un gruppo di lavoratori di assistere a una importante partita di calcio, oppure per consentire loro di fruire di un «ponte» fra due giornate festive (349), oppure ancora per realizzare direttamente e unilateralmente una riduzione di orario (350) o una pausa che il datore di lavoro non sia disposto a concedere (351).

Se nei casi testé menzionati l'astensione dal lavoro, non qualificabile come sciopero, deve considerarsi senz'altro illegittima, in altre circostanze una astensione dal lavoro — pure non qualificabile come sciopero per lo stesso motivo — deve considerarsi invece legittima in quanto costituisce rifiuto di una prestazione non dovuta: è questo il caso, per esempio, dell'astensione dal lavoro in una situazione di pericolosità causata dall'omissione di misure di sicurezza (§§ 225), oppure del rifiuto di mansioni non rientranti nel debito contrattuale dei lavoratori interessati (§ 295): qui la diversa qualificazione dell'astensione dal lavoro produce effetti assai rilevanti sotto il profilo della maturazione del credito retributivo, o di un corrispondente credito risarcitorio, anche durante il periodo non lavorato. Lo stesso può dirsi dei casi in cui il rifiuto della prestazione può qualificarsi come reazione legittima, *ex art.* 1460 c.c., a un inadempimento del datore di lavoro (si pensi alla sospensione del lavoro in reazione al mancato pagamento della retribuzione): anche qui il rifiuto è pienamente legittimo, pur se opposto al datore da un singolo prestatore, isolato rispetto agli altri dipendenti della stessa azienda (352).

Altro è il discorso — che non attiene alla definizione della nozione di sciopero, bensì soltanto all'individuazione dei suoi effetti sul rapporto di lavoro — circa la distinzione delle finalità dello sciopero di natura sindacale da quelle di natura politica; e delle finalità costituzionalmente legittime da quelle illegittime. Torneremo sul punto nel § 422.

420. *La questione della titolarità del diritto di sciopero e quella della sua disponibilità in sede collettiva e in sede individuale: validità ed effetti dei patti di tregua.* — Si è discusso in dottrina se titolare del diritto di sciopero sia l'associazione sindacale o altro ente esponenziale che può proclamarlo (§ 423), in funzione di un interesse collettivo (353), oppure il singolo lavoratore (354), oppure ancora entrambi i soggetti, ciascuno per la parte di rispettiva competenza (355): l'ente collettivo per la proclamazione e organizzazione, il singolo lavoratore per l'adesione fattiva, consistente nell'astensione dal lavoro. Atto negoziale unilaterale recettizio il primo — secondo la tesi a mio avviso preferibile, ma non condivisa dalla dottrina prevalente (356) —, mero comportamento volontario il secondo. Se all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione sulla questione della titolarità del diritto di sciopero si è acceso un dibattito dottrinale di notevole spessore, cioè è dovuto, più che al rilievo pratico immediato della questione, soprattutto all'intenzione, esplicitata in tutti i primi commenti dell'art. 40, di orientare il legislatore ordinario — o la giurisprudenza in sua vece — nell'opera di definizione e regolamentazione della fattispecie: alcuni commentatori, in particolare, paventavano che il riconoscimento della titolarità del diritto in capo all'associazione sindacale, e magari alla sola associazione sindacale riconosciuta ex art. 39, 2° c., potesse generare una situazione di monopolio sindacale o addirittura confederale dell'esercizio dello sciopero (357). Venuta meno la prospettiva di un intervento legislativo ordinario di sistemazione generale della materia e stabilizzatasi la giurisprudenza in senso non restrittivo, la questione della titolarità del diritto ha perso gran parte del suo interesse pratico (riducendosi le variazioni dottrinali sul tema a mere sottolineature in un senso o nell'altro), salvo che per i suoi riflessi su di un'altra questione di grande rilievo, risolta dalla legge esplicitamente soltanto in riferimento ai servizi pubblici essenziali: quella che concerne la validità e gli effetti della rinuncia all'esercizio del diritto stesso, comunemente indicata come *patto di tregua*.

Il problema si pone innanzitutto in riferimento alla rinuncia in sede collettiva, cioè al patto di tregua stipulato dall'associazione sindacale con l'associazione imprenditoriale o il singolo imprenditore. Nei primi decenni dell'ordinamento costituzionale, fino alla metà degli anni '60, è parsa prevalere la tesi della nullità del patto di tregua (358), per lo più argomentata sulla base dell'inammissibilità della rinuncia da parte dell'associazione sindacale a un diritto di cui sono titolari i singoli lavoratori (359). Successivamente ha invece prevalso la tesi secondo la quale la clausola di tregua — ovvero la pattuizione con cui l'associazione sindacale assume l'impegno di non promuovere scioperi per qualsiasi motivo entro un determinato termine (clausola di tregua *assoluta*) oppure limitatamente a una o più determinate materie (clausola di tregua *relativa*) — è bensì valida in sé, ma, collocandosi nella parte obbligatoria e non nella parte normativa del contratto collettivo (§ 63), vincola soltanto l'associazione che l'ha stipulata, inibendole di proclamare lo sciopero e imponendole di esercitare la propria influenza sui lavoratori affinché essi non aderiscano a scioperi proclamati da altre associazioni (360).

Un argomento assai persuasivo a favore di questa tesi e contro quella del divieto generale dei patti di tregua è costituito dal fatto che il sindacato non dispone, per lo più, di altra «moneta da spendere» appetibile per la controparte, al tavolo delle trattative, se si esclude la validità della promessa di tregua, assoluta o relativa (361). Ma proprio questa considerazione induce a spingersi oltre nella valorizzazione del collegamento funzionale tra il diritto di sciopero e l'autonomia collettiva, collegamento che è suggerito anche dalla contiguità tra le rispettive norme istitutive nel testo costituzionale. Nessun dato normativo né alcun argomento logico impongono di relegare il patto di tregua nella parte obbligatoria del contratto collettivo, con la conseguente esclusione di ogni suo effetto diretto sulle posizioni dei singoli lavoratori ai quali il contratto stesso si applica. Se l'obbligo di tregua costituisce la contropartita di determinati benefici, retributivi o di altro genere, conseguiti mediante il contratto, non si vede davvero perché e come possano iscriversi alla parte normativa del contratto stesso soltanto questi benefici e non quell'obbligo: sembra invece preferibile — anche e soprattutto nell'ottica del potenziamento dell'autonomia collettiva — la tesi secondo la quale tutti i lavoratori a cui il contratto si applica, per forza propria o per adesione individuale (§ 70), sono vincolati al rispetto dell'equilibrio complessivo che in esso si esprime, quindi anche al rispetto del patto di tregua che esso contenga.

A questa tesi non può opporsi la riserva di legge che la dottrina ha ritenuto di ravvisare nell'art. 40 Cost. — § 418 —, dal momento che il contratto collettivo non opera qui come fonte normativa eteronoma, bensì sul piano dell'autonomia negoziale privata, disponendo del diritto soggettivo di sciopero proprio per gli scopi per i quali esso è stato attribuito ai soggetti privati dalla legge: cioè per il massimo possibile sviluppo della contrattazione collettiva delle condizioni di lavoro (362).

Viceversa, depono sul piano sistematico a favore di questa tesi la previsione esplicita, nella legge che disciplina lo sciopero nei servizi pubblici essenziali (§§ 429-435), della negoziazione collettiva di una regolamentazione della materia vincolante anche per i singoli lavoratori: se è vero, infatti, che la disciplina in questione ha carattere speciale, è però anche vero che la sua specialità riguarda soltanto l'estensione *erga omnes* dei vincoli pattuiti dall'associazione sindacale, ma non il fatto — di per sé normalissimo — che essi siano pattuiti mediante un contratto collettivo, in funzione della regolamentazione anche dei comportamenti individuali. La pattuizione in sede sindacale degli standard minimi garantiti non costituisce, del resto, il solo profilo collettivo dell'esercizio del diritto di sciopero posto in evidenza dalla legge in materia di servizi pubblici essenziali: vedremo a suo luogo (§ 431) come un altro profilo collettivo assai rilevante, con effetti preclusivi anche sul piano individuale, sia costituito dalle procedure preventive che devono essere previste dal contratto collettivo ed esperite dall'associazione sindacale prima che lo sciopero possa essere proclamato; donde un ulteriore spostamento del «baricentro» del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali verso

il polo collettivo, che, presumibilmente, non potrà non influire sulle costruzioni teoriche elaborate da dottrina e giurisprudenza intorno allo sciopero come diritto individuale e collettivo della generalità dei lavoratori.

Altra questione è quella che si pone in riferimento alla pattuizione dismissiva individuale: all'atto, cioè, con il quale il singolo lavoratore rinunci ad aderire in futuro a qualsiasi sciopero, o a scioperi in qualche modo determinati, ad esempio mediante definizione dell'oggetto della rivendicazione che con essi si intenda sostenere, oppure mediante individuazione dell'associazione sindacale che ne assuma l'iniziativa. Qui — a differenza dell'atto di autonomia collettiva — deve considerarsi senz'altro invalida la rinuncia individuale, in quanto mirante a recidere preventivamente il legame tra il lavoratore e l'organizzazione sindacale, con conseguente sostituzione automatica della disposizione legislativa (l'art. 40 Cost. attributivo del diritto) alla pattuizione dismissiva (363).

Il discorso è in parte diverso in riferimento all'atto con il quale il lavoratore dichiara di non voler aderire a un determinato sciopero *già proclamato*: qui infatti, a ben vedere, il lavoratore non dismette il proprio diritto di sciopero, ma esercita in concreto il proprio diritto di libertà sindacale. Vedremo a suo luogo la rilevanza che questa affermazione può assumere in sede di attuazione pratica della garanzia degli standard minimi di efficienza nei servizi pubblici essenziali (§ 431).

421. A quali lavoratori l'ordinamento attribuisce il diritto di sciopero. — È da tempo pacifico che il diritto di sciopero può essere esercitato da qualsiasi lavoratore subordinato, anche se dirigente, apprendista, socio di cooperativa di lavoro (§ 90), titolare di rapporto di formazione e lavoro, o di lavoro a termine, a domicilio, sportivo, domestico, alle dipendenze di ente pubblico (364), con la sola esclusione dei militari (365) e degli appartenenti alle forze di polizia (366). Per i lavoratori subordinati addetti a servizi pubblici essenziali possono porsi delle limitazioni circa i modi di esercizio del diritto, in funzione della tutela di interessi di rilievo costituzionale (§§ 429-435), limitazioni che non possono tuttavia mai significare esclusione totale; così, in particolare, è stato riconosciuto il diritto di sciopero dei marittimi, la cui astensione collettiva dal lavoro per motivi sindacali non configura pertanto il reato di ammutinamento *ex art. 1105 c. nav.*, purché essa non sia attuata durante la navigazione (367).

Meno pacifica è l'estensione del diritto di sciopero ai lavoratori parasubordinati, che a me pare tuttavia doversi considerare ovvia e costituzionalmente necessaria — per il combinato disposto degli artt. 3 e 40 Cost. — in tutti i casi in cui il lavoratore versi durevolmente in situazione di dipendenza economica dal datore di lavoro (§§ 8, 10 e 96) (368): sul punto non si registrano pronunce contrarie, ma manca una pronuncia netta in senso favorevole da parte della Corte costituzionale (369) o della Corte di Cassazione (370).

Diversa è la posizione dei titolari di contratto d'opera, in particolare dei liberi professionisti, i quali, svolgendo normalmente la propria attività per una pluralità di committenti, non sono in posizione di dipendenza economica da questi ultimi. La loro astensione collettiva dal lavoro, ancorché comunemente indicata con il termine «sciopero», è giuridicamente riconducibile all'esercizio della libertà di associazione in funzione della tutela di interessi di categoria, ma non all'esercizio del diritto di cui all'art. 40 Cost. (371); donde l'impossibilità di riconoscere ai suddetti lavoratori autonomi un'esenzione dai loro obblighi contrattuali nei confronti dei rispettivi committenti in conseguenza dell'astensione collettiva (372): questa è legittima soltanto se e in quanto non comporti inadempimenti contrattuali. Lo stesso deve ritenersi in riferimento all'astensione collettiva dal lavoro dei piccoli esercenti senza lavoratori alle loro dipendenze (373).

Si è sostenuto che la protezione costituzionale dello sciopero dovrebbe estendersi anche agli studenti, in quanto «gruppo omogeneo, portatore di interessi propri, differenziati da quelli di altri gruppi sociali», assimilabile per molti aspetti alla categoria dei lavoratori subordinati (374). Senonché appare davvero difficile qualificare i destinatari del lavoro degli insegnanti, quali sono gli studenti, come prestatori di un'attività lavorativa in senso proprio; e ancor più difficile assimilare — ai fini di un'applicazione estensiva dell'art. 40 Cost. — il rapporto tra gli studenti e l'amministrazione scolastica al rapporto tra i lavoratori dipendenti e i loro datori di lavoro.

422. Finalità lecite e finalità illecite dello sciopero. — Nell'ordinamento corporativo, a norma degli artt. 503, 504 e 505 del codice penale del 1930, le motivazioni dell'astensione collettiva dal lavoro di natura non «contrattuale» in senso stretto, ovvero non legate a rivendicazioni inerenti al trattamento dei lavoratori coinvolti, costituivano varianti o aggravanti rispetto alla fattispecie-base del reato di «sciopero per fini contrattuali», previsto dall'art. 502 dello stesso codice. Il primo impatto dell'art. 40 Cost. sul vecchio ordinamento è consistito nell'abrogazione dell'art. 502 c.p., riconosciuta dalla giurisprudenza ordinaria già negli anni '50 e sancita dalla Corte costituzionale nel 1960 (375); successivamente la stessa Corte costituzionale ha smantellato l'apparato sanzionatorio disposto dal vecchio codice penale contro lo sciopero «per fini non contrattuali», procedendo in due tempi (376).

In un primo tempo, la sentenza n. 123/1962 (377) ha respinto la questione di costituzionalità degli artt. 330, 504 e 505

c.p., dandone un'interpretazione che faceva salvo lo sciopero rivolto alle istituzioni politiche per finalità economiche cui i lavoratori scioperanti fossero interessati: in altre parole, la sentenza conservava la punibilità dello sciopero politico, restringendone però fortemente la nozione coll'escluderne lo sciopero «politico» soltanto per la natura dell'interlocutore, ma «economico» per la natura della rivendicazione sostenuta. Successivamente, la sentenza n. 290/1974 (378) ha invece dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 503 c.p., sancendo la legittimità di qualsiasi sciopero dettato da motivi politici, con la sola esclusione dello sciopero diretto a sovvertire l'ordinamento costituzionale o a impedire il funzionamento regolare di organi costituzionali dello Stato (379). Lo stesso principio è stato poi ribadito con la sentenza n. 165/1983, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 504, sancendo in particolare la legittimità dello sciopero volto a «costringere l'autorità a dare o ad omettere un provvedimento», oppure a «influire sulle deliberazioni di essa», ferma sempre la punibilità dello sciopero eversivo, come già individuato dalla sentenza n. 290/1974 (380).

La stessa sentenza n. 123/1962 menzionata poc'anzi aveva affrontato anche la questione dello sciopero di solidarietà, punito dall'art. 505 c.p., risolvendola anche in questo caso nel senso di una liberalizzazione della materia *iuxta modum*: dalla motivazione della sentenza — peraltro assai astrusa — si traeva che l'astensione collettiva dal lavoro avrebbe potuto considerarsi legittima solo a condizione che nella controversia risultassero comunque implicati, insieme agli interessi dei lavoratori in favore dei quali lo sciopero venisse proclamato, anche gli interessi dei lavoratori scioperanti. Successivamente, in riferimento allo sciopero di solidarietà non c'è stata una «seconda fase» della giurisprudenza costituzionale analoga a quella che si è registrata in riferimento allo sciopero politico. Ma la liberalizzazione piena anche di questa materia può considerarsi comunque acquisita per effetto dell'evoluzione della cultura giuslavoristica: nessun giudice oggi sarebbe disposto ad applicare l'art. 505 c.p., per la parte residua lasciata in vita dalla sentenza del 1962, in un caso di sciopero di solidarietà «pura», non rispondente ai requisiti di legittimità indicati in quella sentenza: ad esempio, nel caso di uno sciopero di lavoratori metalmeccanici italiani per solidarietà con minatori inglesi minacciati di licenziamento.

Un discorso in tutto analogo può essere fatto in riferimento allo sciopero di pura protesta, quale quello che viene talvolta proclamato in reazione ad attentati mafiosi contro le istituzioni, o a gravi infortuni sul lavoro.

Anche se lo smantellamento del vecchio apparato sanzionatorio ad opera della Corte non può dirsi interamente compiuto, rimanendone formalmente in vita alcuni brandelli, dottrina e giurisprudenza ordinaria hanno fatto la parte restante, col risultato che la gamma delle motivazioni per le quali è oggi pacificamente legittimo il ricorso allo sciopero appare estesa fino ai suoi estremi confini possibili e non bisognosa, né suscettibile, di ulteriori estensioni.

423. *La proclamazione dello sciopero e l'adesione da parte del singolo lavoratore. Lo sciopero a sorpresa. Legittimità dei vincoli procedurali eventualmente imposti dalla contrattazione collettiva.* — Dottrina e giurisprudenza sono da sempre unanimi nel considerare come elemento essenziale della fattispecie la concertazione dell'astensione dal lavoro da parte di una coalizione di lavoratori (381). Tuttavia, dopo le prime elaborazioni dottrinali, secondo le quali tale concertazione doveva manifestarsi in una proclamazione formale dello sciopero stesso, comunicata al datore di lavoro (382), sembra prevalere l'orientamento secondo cui una proclamazione formale non è necessaria (383) e non è neppure necessaria la comunicazione dello sciopero al datore prima dell'inizio della sua attuazione (384).

Quest'ultima affermazione non mi sembra condivisibile. Siamo di fronte a una vicenda tutta interna al rapporto contrattuale di lavoro, rapporto il cui svolgimento viene legittimamente modificato per effetto dell'esercizio di un diritto potestativo da parte della coalizione dei lavoratori: mi sembra dunque logico ritenere, anche in applicazione del principio di buona fede nell'attuazione del rapporto contrattuale, *ex art. 1375 c.c.* (v. in proposito § 424), che quell'effetto presupponga la comunicazione al soggetto passivo, cioè al datore, almeno un istante prima dell'inizio della sospensione delle prestazioni quando l'asprezza del conflitto induca la coalizione promotrice a non compiere tale atto con un apprezzabile anticipo (385).

Che il preavviso dello sciopero non sia dovuto, nei settori diversi dall'amministrazione pubblica e da quelli dei servizi pubblici, è comunque pacifico: salva diversa disciplina collettiva della materia e salve le misure eventualmente necessarie per la sicurezza delle persone e degli impianti, il c.d. *sciopero a sorpresa* deve dunque considerarsi di per sé legittimo (386).

Non previsti in linea generale dalla legge, vincoli procedurali preventivi per la corretta attuazione dello sciopero possono essere liberamente introdotti — ed effettivamente vengono sovente introdotti — dalla contrattazione collettiva: se infatti è valida ed efficace la clausola collettiva di tregua (§ 420), a maggior ragione deve considerarsi valida ed efficace la pattuizione collettiva con cui l'esercizio del diritto di sciopero venga in qualche modo proceduralizzato, non soltanto mediante la previsione di un obbligo di preavviso a carico dell'organizzazione proclamante, ma anche eventualmente con la previsione di un obbligo di sospensione delle ostilità su richiesta della controparte in funzione di un esame congiunto della controversia (c.d. *cooling-off period*) e/o dell'esperimento di un tentativo di conciliazione in sede sindacale o amministrativa.

Pienamente valida deve ritenersi inoltre la pattuizione che inibisce lo sciopero in determinate giornate, o in determinati periodi dell'anno, anche al di fuori dei settori dei servizi pubblici, per i quali tale pattuizione è addirittura espressamente imposta dalla legge speciale (§ 431). Più in generale, può senz'altro affermarsi che tutte le pattuizioni

limitative previste dalla legge speciale per i settori dei servizi pubblici essenziali sono suscettibili di essere stipulate legittimamente in sede collettiva nazionale o aziendale anche al di fuori di quei settori, vincolando ovviamente le sole organizzazioni sindacali stipulanti e — a mio avviso (§ 420) — i singoli lavoratori ai quali il contratto collettivo si applica.

Tra le modalità di attuazione dello sciopero che — pur non previste da alcuna legge — possono essere legittimamente disposte dalla contrattazione collettiva, deve annoverarsi anche l'obbligo per il singolo lavoratore di dichiarare la propria adesione o no con un anticipo determinato rispetto all'inizio dell'astensione: disposizione, questa, assai poco sperimentata fino a oggi, ma che potrebbe svolgere un ruolo di grande importanza per la corretta applicazione della garanzia degli standard minimi di efficienza dei servizi pubblici essenziali (§ 431). In assenza di una siffatta disposizione collettiva, l'adesione o non adesione del lavoratore non richiede alcuna comunicazione al datore di lavoro o al preposto, manifestandosi essa soltanto nell'atto dell'abbandono del lavoro o della prosecuzione dell'attività.

424. *I modi di svolgimento dello sciopero. Lo sciopero articolato, a singhiozzo, a scacchiera. La questione se il principio di buona fede sia applicabile in materia di sciopero. La serrata di ritorsione.* — Alcuni modi di attuazione dello sciopero consentono alla coalizione che lo promuove di infliggere alla controparte un danno assai più che proporzionale rispetto alla durata complessiva delle sospensioni del lavoro attuate. È questo il caso di alcune forme di sciopero che sono state largamente sperimentate nella stagione della massima combattività e compattezza del movimento sindacale, tra l'«autunno caldo» del 1969 e la metà degli anni '70: mi riferisco in particolare allo sciopero articolato, attuato mediante l'alternanza di brevi periodi di attività e di sciopero; nonché alle sue forme particolari costituite dallo sciopero a singhiozzo, attuato soprattutto nei reparti di lavoro operaio manifatturiero mediante brevissime soste improvvise «comandate» mediante un segnale convenuto (il famoso «fischietto» dei delegati di reparto), che spezzano il ritmo della linea o catena di montaggio; oppure dallo sciopero a scacchiera: alcuni reparti si fermano per una o due ore durante le quali altri reparti contigui non scioperano, e viceversa, col risultato che nei periodi di non sciopero l'attività di chi è al lavoro è comunque ostacolata o impedita dal blocco di altri comparti produttivi dell'azienda (387).

L'efficacia di queste forme di sciopero non è dovuta soltanto alla loro maggiore «offensività», a parità di costo per i lavoratori, ma anche al fatto che esse possono essere attuate soltanto da una coalizione che raccolga un consenso molto esteso tra i lavoratori medesimi e le cui indicazioni di lotta siano seguite dalla maggior parte di loro con grande prontezza: solo a questa condizione può attuarsi una forma di lotta che comporta il ripetuto arresto e ritorno al lavoro nel corso della giornata, sulla sola base di una tabella affissa in bacheca, o del segnale lanciato da un rappresentante sindacale. La capacità di porre in essere queste forme di lotta dimostra al tempo stesso l'alto livello di rappresentatività della coalizione che se ne fa promotrice e l'alto livello del consenso dei lavoratori rispetto agli obiettivi rivendicativi di cui essa si fa portatrice, nello stesso modo in cui, viceversa, è sovente segno di debolezza e scarsa rappresentatività di una coalizione la proclamazione di uno sciopero il cui inizio coincide con l'entrata dei lavoratori in azienda (costringendo i «crumiri» a passare per le forche caudine del picchetto sulla porta dell'azienda: v. § 427); e ancor maggiore è la debolezza dimostrata dalla coalizione che si riduce a proclamare lo sciopero nella giornata di venerdì o di lunedì, o addirittura in quella di «ponte» fra due festività, facendo affidamento sull'astensione dal lavoro opportunistica di chi aggiunge volentieri alle feste comandate una giornata di vacanza.

Se oggi — al di fuori dei settori dei servizi pubblici essenziali, dove come vedremo le c.d. forme anomale di sciopero sono drasticamente vietate — è assai raro che si assista ancora a scioperi aggressivi come quelli che caratterizzarono gli anni ruggenti del movimento sindacale, ciò è dovuto in parte alla diversa organizzazione delle fabbriche manifatturiere e alla diffusione assai minore della catena di montaggio, in parte al fatto che in un sistema di relazioni sindacali relativamente stabile c'è una minore necessità di misurare con il costoso strumento dello sciopero la rappresentatività dell'organizzazione sindacale, in parte forse anche al fatto che quella rappresentatività si è ridotta e in molte aziende l'organizzazione sindacale non è ora in grado di porre in essere quelle stesse forme di lotta. Resta comunque aperta la questione della legittimità di queste forme di lotta, nonché la questione se il datore di lavoro possa reagire ad esse con la serrata di ritorsione, cioè con il rifiuto della prestazione lavorativa offerta negli intervalli fra una sospensione e l'altra, in quanto di fatto inutile o poco produttiva a causa del suo frazionamento, col conseguente ristabilimento della proporzionalità fra perdita di produzione subita dall'azienda e perdita di retribuzione subita dai lavoratori in lotta (388).

Fino alla fine degli anni '70 era prevalso nettamente l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale «qualora l'attività lavorativa non sia obiettivamente utilizzabile a causa della sua intermittenza, il datore di lavoro può legittimamente rifiutarla, con il conseguente suo esonero dall'obbligo retributivo» (389). All'inizio degli anni '80 è parso prevalere un nuovo orientamento giurisprudenziale secondo cui il datore di lavoro può rifiutare la prestazione offerta dai lavoratori in lotta nell'intervallo tra un arresto e l'altro dell'attività soltanto quando il frazionamento dell'attività non si limiti a recare danno alla produzione, ma pregiudichi anche la produttività dell'azienda, danneggiando gli impianti o le attrezzature, dovendosi in tal caso pacificamente qualificare lo sciopero stesso come illegittimo (390): l'esempio più noto, a questo proposito, è quello degli altiforni e degli altri impianti a ciclo continuo, la cui integrità e funzionalità può essere gravemente compromessa dalle interruzioni di funzionamento non

programmate (391). Questo orientamento (nel senso del diritto dei lavoratori alla retribuzione per la prestazione inutilizzabile rifiutata dal datore negli intervalli tra uno sciopero e l'altro) non si è mai del tutto consolidato: negli ultimi due decenni sono state numerose, accanto alle sentenze che vi si sono conformate, quelle, anche di Cassazione, che sono tornate all'orientamento prevalso negli anni '70, secondo il quale, anche al di là del caso di pericolosità del frazionamento dell'attività per la sicurezza delle persone o degli impianti, «qualora l'attività lavorativa non sia obiettivamente utilizzabile a causa della sua intermittenza, il datore di lavoro può legittimamente rifiutarla, con il conseguente suo esonero dall'obbligo retributivo» (392). Si deroga, in questo modo, alla regola generale per cui l'impossibilità o difficoltà di trarre profitto dalla prestazione lavorativa rientra nel rischio d'impresa, con la sola eccezione dei casi in cui sia prevista la possibilità di sospensione della prestazione con intervento della Cassa integrazione guadagni (§ 369), con la motivazione — per lo più inespressa — che qui l'impedimento non nasce da circostanze esterne al rapporto tra impresa e lavoratori (e, del resto, la stessa norma relativa all'intervento della Cassa integrazione — l. n. 164/1975, art. 1, n. 1, lett. a — a indicare l'impedimento «imputabile agli operai» come eccezione, nell'ambito della disciplina della materia). È stato osservato, d'altra parte, come la linea di discriminazione tra danno alla produzione e danno alla produttività aziendale, su cui si basa l'orientamento più favorevole ai lavoratori, sia assai difficile da tracciare in concreto, con la conseguenza che anche questo orientamento più favorevole lascia di fatto al giudice una ampia discrezionalità nella valutazione caso per caso della legittimità della serrata di ritorsione (393). Si è lungamente discusso in dottrina, a questo proposito, se possa applicarsi anche al comportamento delle associazioni sindacali e dei lavoratori in sciopero il principio generale della buona fede nell'attuazione del rapporto contrattuale, di cui all'art. 1375 c.c., contrapponendosi in proposito alla tesi affermativa (394) l'osservazione secondo cui il principio della buona fede, essendo un criterio di valutazione dell'adempimento contrattuale, non potrebbe applicarsi al comportamento tenuto dai lavoratori in sciopero, dal momento che lo sciopero stesso sospende il rapporto contrattuale (395). In realtà, lo sciopero non sospende il rapporto contrattuale (§ 366), bensì sospende soltanto lo scambio tra lavoro e retribuzione; il lavoratore in lotta — al pari del lavoratore in servizio militare, o in aspettativa per motivi politici o sindacali — deve dunque pur sempre considerarsi legato al datore di lavoro da un rapporto contrattuale, del quale lo sciopero costituisce una vicenda come tante altre: rapporto che anche nella fase di conflitto deve essere attuato secondo buona fede (396). Tuttavia, così come dal principio di buona fede non può trarsi un dovere a carico dell'imprenditore di proporzionare le retribuzioni dei propri dipendenti agli utili tratti dall'attività aziendale, allo stesso modo sembra arbitrario trarne un dovere a carico dei lavoratori in sciopero di proporzionare i danni inferti alla controparte alle retribuzioni perdute. Dal principio di buona fede, che deve intendersi come un richiamo sintetico dei principi generali dell'ordinamento, non sembra potersi trarre più che il dovere a carico del lavoratore scioperante di evitare danni alle persone, agli impianti, alla capacità produttiva dell'azienda. Non è contrario alla buona fede lo scontro sindacale duro.

Certo è che, se per un verso non ha alcun fondamento positivo la tesi della necessaria proporzionalità fra perdita produttiva subita dall'azienda e perdita retributiva subita dai lavoratori in conseguenza dello sciopero, per altro verso non ha un miglior fondamento la tesi che vieta all'imprenditore di rifiutare la prestazione lavorativa resa per lui inutile — e quindi, se retribuita, in perdita — dalle modalità di articolazione dello sciopero, quando non addirittura dalla sua degenerazione violenta (397). Questa, infatti, non è una sopravvenienza negativa fortuita, come tale rientrante nel rischio di impresa: essa è invece una sopravvenienza causata da una precisa opzione dei lavoratori scioperanti, volta proprio a causare la perdita aziendale; come tale essa non può logicamente considerarsi oggetto della «copertura assicurativa» che il datore dà al prestatore con il contratto di lavoro. È dunque lecito ritenere che, di fronte a una forma di lotta tendente a rendere inutile, quindi in perdita per l'impresa, la prestazione lavorativa negli intervalli tra uno sciopero e l'altro, l'impresa stessa possa rifiutarla, rifiutando anche di pagare la corrispondente retribuzione ai lavoratori che a quella forma di lotta partecipino (lo stesso discorso non vale, evidentemente, per quelli che vi restino estranei). In conclusione, liberi i lavoratori di strutturare lo sciopero in modo da colpire più duramente l'impresa, quando le forme di lotta più incisive siano poste in essere al di fuori dell'area dei servizi pubblici essenziali e non pongano a repentaglio la sicurezza di persone, degli impianti o di altri beni materiali dell'imprenditore o di terzi; ma libera anche l'impresa, in tal caso, di alzare il livello dello scontro reagendo a quelle forme di lotta più incisive con il rifiuto delle prestazioni che ne sono rese inutili (398).

Torneremo su questo punto trattando della disciplina della serrata (§ 437).

425. Illegittimità dello sciopero consistente in una alterazione della qualità della prestazione: sciopero del rendimento e altre forme di non collaborazione. Lo sciopero del cottimo e dello straordinario. — Nel lasso di tempo per il quale lo sciopero è proclamato, esso consiste in una sospensione totale della prestazione lavorativa. Esso è dunque *parziale* soltanto *ratione temporis*, nel senso che impedisce lo svolgimento di un segmento temporale della prestazione contrattuale; ma — salve alcune eccezioni previste dalla legge nell'interesse degli utenti di servizi pubblici essenziali, delle quali si dirà a loro luogo (§ 432), nonché le eventuali pattuizioni particolari, che possono sempre disciplinare diversamente la materia — non può essere *parziale ratione materiae*: lo sciopero non può, cioè, consistere nella decurtazione unilaterale di uno o più elementi della prestazione lavorativa contrattualmente dovuta, o comunque in una alterazione della sua qualità (399). Ne consegue che non possono essere sussunte nella nozione di

sciopero — e costituiscono pertanto inadempimento contrattuale — le forme di lotta del tipo di quella dei vigili urbani che in un certo giorno decidono unilateralmente di svolgere soltanto l'attività di governo del traffico e non quella di accertamento delle contravvenzioni e irrogazione delle ammende; oppure degli impiegati di banca che in un determinato periodo decidono di essere disponibili soltanto per il disimpegno di alcune funzioni di *back-office* ma non di funzioni « di sportello » (400). Su questo punto si registrano però recentemente alcune sconcertanti sentenze di segno contrario (401).

Ne consegue altresì che il c.d. *sciopero del rendimento* può considerarsi legittimo soltanto se inteso come rifiuto di qualsiasi prestazione aggiuntiva rispetto allo standard dovuto (402); e in tal caso può essere praticato anche dal singolo lavoratore, non trattandosi di «sciopero» in senso proprio. Non può invece considerarsi legittimo se inteso come riduzione dell'intensità della prestazione lavorativa al di sotto del limite posto dall'obbligo di diligenza (§ 279) (403): quando i lavoratori pongano in essere tale comportamento, non sussumibile nella nozione dello sciopero protetto dall'ordinamento, e la divisibilità della prestazione in ragione della sua intensità non sia desumibile da una clausola contrattuale specifica (§ 282), il datore di lavoro può — a mio avviso — reagire anche col trattenere la retribuzione per il periodo in cui la qualità del lavoro prestato è stata alterata, avvalendosi dell'*exceptio inadimpleti contractus*.

Un discorso identico a quello svolto per lo sciopero del rendimento vale per tutte le forme di lotta consistenti in una sostanziale riduzione della produttività della prestazione lavorativa, conseguita mediante l'applicazione irragionevolmente puntigliosa dei regolamenti (si è parlato al riguardo di «sciopero pignolo») (404), o mediante altri comportamenti sostanzialmente non collaborativi o addirittura ostruzionistici (405).

Lo stesso discorso vale altresì in riferimento al c.d. *sciopero del cottimo*, che consiste nel ridurre o azzerare il rendimento di cottimo. Il cottimista è sempre obbligato ad assicurare una intensità minima della prestazione (che può desumersi dalla struttura della tariffa concordata per la determinazione del guadagno di cottimo, nella quale tuttavia tale intensità minima dovuta può non coincidere con il livello-base: v. § 252) (406); ma al di sopra di quello standard non è tenuto a spingersi (407). Lo «sciopero del cottimo» che consista nel rifiuto di intensificare la prestazione al di sopra dello standard minimo dovuto costituisce dunque una forma di lotta in sé legittima, ancorché l'uso del termine sciopero per indicarla sia improprio: il lavoratore potrebbe legittimamente porre in essere tale comportamento anche da solo, per motivi personali (408). Quando invece il lavoratore — da solo o di concerto con altri — riduca il rendimento al di sotto del minimo dovuto, è ritenuto legittimo il comportamento dell'impresa che corrisponda la sola retribuzione corrispondente alle «ore effettivamente necessarie per ottenere, secondo il ritmo lavorativo normale, il rendimento effettivamente fornito (409); ma il lavoratore stesso è responsabile di inadempimento contrattuale che può essere sanzionato sul piano disciplinare.

Senz'altro legittimo deve infine considerarsi lo *sciopero dello straordinario*. Pur attraverso notevoli incertezze (410), la giurisprudenza è pervenuta a un orientamento abbastanza netto in questo senso (411), che a me sembra del tutto condivisibile: non si vede infatti perché, una volta riconosciuta la piena libertà dei lavoratori e delle loro associazioni sindacali nella scelta dell'estensione e della collocazione temporale dello sciopero, dovrebbe inibirsi loro di far coincidere l'inizio dello sciopero con l'inizio della prestazione eccedente l'orario normale contrattuale e farne coincidere la fine con la fine di quella prestazione aggiuntiva (412).

426. Gli effetti dello sciopero sul rapporto di lavoro. — Il lavoratore iscritto all'associazione che abbia proclamato lo sciopero può essere obbligato nei confronti della stessa ad aderirvi, in virtù del rapporto associativo (anche se la sanzione contro l'inadempimento di tale obbligo opera soltanto sul piano disciplinare interno, potendo consistere tutt'al più nell'espulsione dall'associazione) (413); quel vincolo di natura associativa non produce però alcun effetto sul piano del rapporto contrattuale di lavoro: nei confronti del datore il prestatore resta sempre libero di non aderire allo sciopero, evitandone così le conseguenze. Ne deriva, di regola, che il datore di lavoro non può legittimamente rifiutare la prestazione del lavoratore il quale, dissentendo dalla propria organizzazione sindacale che ha proclamato lo sciopero, non intenda aderirvi.

Quando, invece, il lavoratore aderisca allo sciopero, per la sua durata cessa di operare l'obbligazione lavorativa, con la relativa responsabilità contrattuale del lavoratore (414), e per lo stesso tempo cessa di maturare il corrispondente credito retributivo del lavoratore (415): effetto, quest'ultimo, considerato pacificamente come conseguenza dello sciopero e anche come garanzia della sua «serietà» (416), pur essendosi autorevolmente affermato che non sarebbe contraria ai principi della Costituzione, né ai principi generali del diritto del lavoro in materia di sospensione della prestazione lavorativa, una disciplina speciale della materia che regolasse diversamente questo effetto (417).

Nel settore dell'amministrazione pubblica, in seguito a un contrasto verificatosi in precedenza fra Corte dei Conti e Consiglio di Stato (418), l'art. 171 della legge 11 luglio 1980 n. 312 (sopravvissuto al riordino e unificazione della normativa sul lavoro alle dipendenze degli enti pubblici attuato con il d.lgs. n. 165/2001), dopo avere stabilito come regola generale quella della proporzionalità della trattenuta retributiva rispetto alla durata dello sciopero (c. 1°), ha stabilito che tale regola non trova applicazione «qualora, trattandosi di lavoro basato sull'interdipendenza funzionale di settori, reparti, servizi e uffici, oppure riferito a turni od attività integrate, lo sciopero limitato a una o più ore lavorative produca effetti superiori o più prolungati rispetto a quelli derivanti dalla limitata interruzione del lavoro» (c. 2°).

La regola della proporzionalità della trattenuta retributiva rispetto alla durata dello sciopero comporta — salva diversa disposizione collettiva più favorevole per i lavoratori — la proporzionale riduzione della tredicesima mensilità e degli altri istituti di retribuzione indiretta o differita (§ 259) (419), nonché l'ovvia riduzione corrispondente dell'accantonamento per il trattamento di fine rapporto (§ 261).

È stato ripetutamente affermato in giurisprudenza che lo sciopero dei cottimisti produce l'effetto di una riduzione della voce retributiva (c.d. «concottimo») riconosciuta a lavoratori il cui ritmo di lavoro dipende da quello degli stessi cottimisti e legata ai guadagni di cottimo di questi ultimi (§§ 251-252) (420).

Abbiamo già osservato (§ 366) come lo sciopero sospenda soltanto lo scambio delle prestazioni lavorativa e retributiva, ma non sospenda il rapporto, che per il resto continua a produrre i propri effetti normali, sia per ciò che riguarda gli obblighi non lavorativi a carico del prestatore, quali quello di segreto aziendale e professionale (§§ 462-464) e quello di non concorrenza, sia per ciò che riguarda gli obblighi non retributivi del datore, quali quello di sicurezza (§§ 205-230), di segreto professionale (§ 455) e di rispetto della riservatezza del lavoratore (§ 447). Operano anche durante il periodo di sciopero i diritti sindacali dei lavoratori: ne consegue, in particolare, a mio avviso, il diritto dei lavoratori in sciopero di tenere riunioni e assemblee sindacali — ovviamente non retribuite — all'interno del luogo di lavoro; ciò che di fatto rende facile ai lavoratori e alle loro associazioni legittimare con l'indizione di riunioni il trattarsi nel luogo di lavoro, che potrebbe altrimenti essere impedito dal datore di lavoro (421).

Quando il lavoratore si trattiene nel luogo di lavoro durante lo sciopero, egli non può comunque tenere comportamenti ostruzionistici nei confronti degli altri lavoratori che allo sciopero stesso non aderiscano (422).

Quanto agli effetti della concorrenza tra lo sciopero e altre cause di sospensione della prestazione, rinvio a quanto esposto nel § 367 circa l'inapplicabilità del c.d. criterio della prevenzione e i criteri in base ai quali la questione deve essere risolta, caso per caso (423).

427. Le forme di lotta integrative dello sciopero: picchettaggio, blocco delle merci, occupazione dell'azienda. — Si è già fatto cenno (§ 424) di quella pratica di sostegno allo sciopero, nelle situazioni di debolezza della coalizione che lo ha indetto e di incertezza circa l'adesione ad esso da parte dei lavoratori interessati, che va sotto il nome di *picchettaggio* e consiste nel collocare un gruppo più o meno numeroso di attivisti sindacali davanti alla porta dell'azienda per convincere i dubbiosi o tiepidi a non entrare. Dottrina e giurisprudenza prevalenti ritengono legittima questa pratica, a condizione che essa sia posta in essere senza violenza, minaccia o intimidazione, e senza impedimento alla libertà di movimento delle persone, ivi compresa la libertà di entrare o uscire dall'azienda, essendo peraltro consentita la ricerca della discussione con i dissenzienti (424).

La regola per cui deve in ogni caso essere salvaguardata la libertà di entrare o uscire dall'azienda consente di escludere con sicurezza che la pratica del picchettaggio possa legittimamente sconfinare nel *blocco delle merci*, in entrata o in uscita: quando questo accada, l'imprenditore — oltre a reagire sul piano disciplinare e risarcitorio (§ 477) nei confronti dei responsabili — può ottenere in via di urgenza un provvedimento giudiziale di inibizione della pratica sindacale illecita.

Più complesso è il discorso sulla vera e propria *occupazione dell'azienda* da parte dei lavoratori. In proposito l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale da tempo nettamente dominante, coerente con il contenuto della sentenza della Corte costituzionale n. 220/1975 (425), è nel senso che il reato di cui all'art. 508 c.p. si configura soltanto se l'occupazione è volta a impedire l'attività produttiva; l'occupazione non è, invece, penalmente perseguibile se è attuata in un periodo in cui l'attività stessa è comunque sospesa per iniziativa antecedente dell'imprenditore (426). La non perseguibilità sul piano penale non significa che nell'occupazione di azienda non possa configurarsi un illecito civile, con conseguente esperibilità da parte dell'imprenditore di azioni risarcitorie, possessorie (427), o comunque cautelari (428); ma il risarcimento del danno da perdita di produzione potrà essere rivendicato soltanto nel caso in cui possa provarsi che nell'azienda non occupata qualche attività produttiva avrebbe potuto svolgersi con la collaborazione di lavoratori non aderenti allo sciopero. Nessun danno da perdita di produzione potrà poi, ovviamente, essere lamentato dall'imprenditore nel caso — ed è il più frequente — nel quale l'occupazione dell'azienda costituisca la reazione dei lavoratori all'annunciata cessazione dell'impresa o dell'attività dello stabilimento (429).

Certo è che, quando alla decisione di cessare l'attività aziendale faccia legittimamente seguito il licenziamento collettivo dei lavoratori (§ 536), con la cessazione dei rapporti di lavoro viene meno *ipso facto* la situazione di sciopero che, secondo la giurisprudenza menzionata, consente di considerare non penalmente perseguibile l'occupazione dell'azienda. E da quel momento può anche agevolmente configurarsi un danno per il titolare dello stabilimento, derivante dalla difficoltà o impossibilità di venderlo o affittarlo a terzi.

428. La protezione del diritto di sciopero disposta dallo Statuto dei lavoratori e da altre leggi ordinarie. Il divieto del *crumiraggio esterno*. — Dopo l'art. 40 della Costituzione, il primo provvedimento legislativo di carattere generale in materia di sciopero non ha mirato a disciplinare, né tanto meno a limitare, bensì esclusivamente a proteggere

l'esercizio di questo diritto: all'indomani dell'«autunno caldo» del 1969 (§ 54) lo Statuto dei lavoratori è intervenuto a vietare qualsiasi atto volto a premiare la non partecipazione di un lavoratore a uno sciopero (430) o a scoraggiarne o punirne la partecipazione (artt. 15, 1° c. e 16), nonché qualsiasi altro atto volto a «impedire o limitare» tale partecipazione (art. 28: v. § 61); contestualmente è stato predisposto lo strumento processuale adatto ad assicurare in modo incisivo l'effettività del divieto (ancora art. 28).

A quelle disposizioni protettive si sono aggiunti recentemente l'art. 1, 4° c., lett. b, della legge 24 giugno 1997 n. 196, e l'art. 3, lett. a, del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368, che hanno rispettivamente posto il divieto di sostituire i lavoratori in sciopero con lavoratori avviati da agenzie fornitrici di lavoro temporaneo (§ 141) o con lavoratori assunti direttamente a termine (§ 506). Era comunque opinione nettamente prevalente fin dalla prima applicazione dell'art. 28 St. lav. — e tale è rimasta anche in seguito — che la sostituzione dei lavoratori scioperanti con altri lavoratori ingaggiati per l'occasione (c.d. *crumiraggio esterno*) dovesse essere ricompresa nel novero dei comportamenti vietati (431). Più incerta è la qualificazione come antisindacale della sostituzione degli scioperanti mediante l'appalto esterno temporaneo del servizio al quale essi sono normalmente addetti (432).

Incerta è stata anche, per lungo tempo, la qualificazione della sostituzione degli scioperanti con lavoratori già dipendenti della stessa azienda (c.d. *crumiraggio interno*), o con collaboratori autonomi dei quali l'impresa già si avvalsesse normalmente in precedenza. È venuto prevalendo in proposito, pur tra perduranti contrasti giurisprudenziali, l'orientamento secondo cui durante l'agitazione sindacale l'imprenditore non è tenuto a «stare fermo», cioè a lasciare inalterata l'organizzazione aziendale: egli può legittimamente adottare tutte le misure rientranti nel suo normale potere organizzativo e direttivo — tra le quali anche lo spostamento di lavoratori, o il mutamento delle loro mansioni, purché senza imposizioni illegittime — al fine di limitare o azzerare gli effetti dannosi dello sciopero, senza che l'adozione di tali misure possa essere sanzionata come condotta antisindacale (433). Nello stesso senso si è pronunciata la Corte costituzionale, nel negare la sussistenza di un contrasto fra l'art. 40 Cost. e l'art. 74 della legge 23 ottobre 1960 n. 1196, nella parte in cui questo prevede che in caso di sciopero degli ufficiali giudiziari e/o degli addetti a una cancelleria di ufficio giudiziario essi debbano essere opportunamente sostituiti con personale non scioperante (434).

In alcuni casi si è ritenuto che dovesse escludersi l'antisindacalità della sostituzione di lavoratori in sciopero con personale di qualifica superiore, temporaneamente assegnato a mansioni non equivalenti (435); ma in altri casi analoghi si è ritenuto che, quando l'assegnazione a mansioni inferiori sia stata concordata in occasione dello sciopero con i lavoratori disponibili e non imposta dal datore, essa non sia in sé illegittima e non possa pertanto essere qualificata come condotta antisindacale (436); oppure che l'illegittimità dell'assegnazione a mansioni inferiori rilevi soltanto sul piano del rapporto con il singolo lavoratore non scioperante, rimanendo irrilevante ai fini della valutazione della antisindacalità del comportamento del datore (437).

Delle questioni che sorgono circa le possibili reazioni dell'imprenditore allo sciopero attuato con modalità illecite o a comportamenti scorretti tenuti dagli scioperanti si è detto nei paragrafi rispettivamente dedicati alle suddette forme anomale di lotta sindacale (§§ 424 e 427).

429. *La disciplina speciale dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, dall'autodisciplina alla regolamentazione legislativa. Un problema non ancora risolto.* — Nel § 418 abbiamo osservato come, per un verso, l'evoluzione in senso pluralistico del mercato del lavoro e l'assettamento del sistema delle relazioni industriali abbia consentito alle parti contrapposte di ridurre notevolmente la necessità del ricorso allo sciopero per la soluzione dei conflitti di interesse e la misurazione della rappresentatività effettiva delle organizzazioni sindacali. Ma abbiamo osservato anche, per altro verso, come lo stesso non sia avvenuto, nel nostro Paese, nei settori dei servizi pubblici essenziali, dove sovente le posizioni di monopolio consentono il prodursi di rendite di posizione che alcune coalizioni sindacali non esitano a coltivare spregiudicatamente, anche a costo di una conflittualità assai accentuata e talvolta addirittura esasperata, che si presenta solo formalmente indirizzata contro gli enti datori di lavoro, ma in realtà colpisce soprattutto gli utenti, privati della possibilità di rivolgersi a fornitori concorrenti (438). E poiché utenti sono, per la gran maggior parte, gli stessi lavoratori, lo sciopero si trasforma qui in uno strumento per il conseguimento di una rendita da parte di un gruppo di lavoratori alle spese di altri lavoratori (439). Non che lo stesso fenomeno non si sia manifestato anche negli altri maggiori Paesi industrialmente avanzati, e anche prima che da noi; ma altrove il sistema ha saputo correggersi per tempo, mentre il nostro ha tardato a farlo.

Nell'industria il ricorso all'astensione dal lavoro per la soluzione delle vertenze sindacali nell'ultimo quindicennio è andato riducendosi drasticamente; si sciopera, per lo più, soltanto per il rinnovo del contratto collettivo, che peraltro viene sovente rinnovato senza necessità di incrociare i ferri; la percentuale italiana delle ore di lavoro perse per motivi sindacali nelle fabbriche si è allineata con quella dei paesi economicamente e socialmente più avanzati. Nei servizi pubblici, invece, e in particolare nei servizi di trasporto le agitazioni sindacali si susseguono in ciascun comparto con una frequenza impressionante: negli ultimi anni, mediamente più di due interruzioni al mese del servizio aereo o ferroviario; tra un rinnovo contrattuale e l'altro si sciopera per i motivi più disparati, sovente anche per motivi occulti, mascherati sotto vari pretesti, noti solo agli addetti ai lavori. Questo fa sì che le interruzioni del servizio di trasporto per sciopero in Italia siano molto più numerose rispetto a quelle di tutti i nostri partner europei (440). Nell'ultimo trentennio è stato assai frequente in Italia, e in particolare nel settore dei trasporti, l'uso dello sciopero come strumento

per misurare il consenso raccolto da una coalizione in contrapposizione con una o più altre. Logica vorrebbe che si trovassero metodi meno costosi per censire il consenso e il dissenso dei lavoratori rispetto alle scelte delle loro associazioni. Metodi meno costosi per tutti: lavoratori, imprese, utenti, consumatori; ma soprattutto meno costosi per i sindacati maggioritari, i quali hanno assai meno bisogno dello sciopero di quanto ne abbiano i sindacati minoritari, per far valere le proprie rivendicazioni.

Negli anni '70 e '80, in un contesto di assenza di limiti di fonte legislativa, la pratica dell'autoregolamentazione e di una marcata moderazione nella proclamazione delle agitazioni nei servizi pubblici da parte delle confederazioni maggiori (441) ha favorito in questo settore la proliferazione dei sindacati autonomi, disposti a far leva sistematicamente sulla propria maggiore spregiudicatezza nel ricorso allo sciopero. Si è resa così necessaria — a differenza di quanto è accaduto nella maggior parte degli altri Paesi europei (442) — l'emanazione di una legge organica sulla materia: la legge 12 giugno 1990 n. 146, con la quale sono state poste alcune regole generali ed è stata attribuita efficacia vincolante per tutte le coalizioni e i lavoratori, in ciascun settore, agli accordi collettivi di regolamentazione della materia.

La legge era originariamente ispirata all'intendimento di ridurre al minimo la disciplina legislativa diretta della materia, stimolando invece la formazione consensuale di una disciplina adatta alle esigenze di ciascun comparto, attraverso la negoziazione tra le parti sociali. A un'autorità indipendente, la Commissione di Garanzia, composta da membri designati dai presidenti dei due rami del Parlamento, veniva attribuito il compito di sollecitare e indirizzare la contrattazione dei codici di regolamentazione, controllandone l'adeguatezza in relazione alle esigenze essenziali della cittadinanza; ma non le venivano attribuiti poteri di regolamentazione autoritativa. Al Governo veniva attribuito invece il compito di intervenire con la precettazione dei lavoratori nei casi in cui, nonostante tutto, uno sciopero minacciasse di pregiudicare interessi primari.

Nel suo primo decennio di attuazione, la legge ha prodotto risultati apprezzabili, ma inferiori alle attese: in numerosi comparti dei servizi pubblici si è registrato un grave ritardo nella contrattazione dei codici di regolamentazione (443); ed è accaduto sovente che i codici contrattati siano stati ritenuti inadeguati dalla Commissione di Garanzia, senza che le parti si accordassero sugli adeguamenti da questa indicati come necessari. Questo ha indotto il legislatore a intervenire nuovamente, a dieci anni di distanza, con la legge 11 aprile 2000 n. 83, per stabilire alcuni standard minimi generali di efficienza dei servizi pubblici, per rafforzare le sanzioni nei confronti dei soggetti inadempienti e soprattutto per attribuire alla Commissione quel potere di intervento autoritativo che originariamente il legislatore stesso aveva voluto evitare di attribuirle. Cambia, così, profondamente il carattere della legge: dalla *soft law*, intesa essenzialmente come stimolo del senso di responsabilità delle parti sociali e della contrattazione collettiva, si passa a un regime in cui l'autonomia collettiva nella regolamentazione della materia è condizionata in modo assai penetrante dai vincoli legislativi e dagli indirizzi della Commissione (444).

Dopo l'emanazione di quest'ultima legge, che imponeva a sindacati e imprenditori un termine di sei mesi per l'adeguamento dei codici di regolamentazione ai nuovi vincoli, si è nuovamente registrato un diffuso ritardo nell'adempimento dell'obbligo, che in qualche caso ha assunto il carattere della vera e propria renitenza. Ora, però, alla Commissione è stato attribuito il potere di sostituire l'accordo non raggiunto tra le parti con un proprio provvedimento di regolamentazione «provvisoria»; ed essa non ha mancato di esercitare, anche incisivamente, tale funzione (445). Poiché, d'altra parte, per molte organizzazioni sindacali può essere politicamente più facile subire l'imposizione della Commissione di Garanzia che sottoscrivere una autolimitazione ritenuta troppo vincolante, si assiste talora al protrarsi *sine die* dell'inadempimento dell'obbligo di contrattazione della disciplina di comparto, col risultato che si finisce coll'attribuire di fatto carattere permanente alla regolamentazione emanata dalla Commissione a titolo «provvisorio» (e' quanto sta accadendo, in particolare, nel settore del trasporto aereo).

La legge impone dunque alcune regole di correttezza che limitano gli effetti dannosi dello sciopero per la cittadinanza e garantisce alcuni standard minimi di efficienza dei servizi. I «codici» di settore impongono alcune procedure di «raffreddamento» dei conflitti, alcuni criteri di «rarefazione» delle interruzioni, alcune «franchigie» o spazi di calendario esenti. La Commissione interviene con poteri più incisivi, vigila, sanziona le inadempienze. Ma con tutto ciò il problema non può dirsi ancora risolto. La scelta compiuta dal legislatore del 1990 e sostanzialmente confermata dieci anni dopo è stata quella di limitare l'intervento alla garanzia di standard minimi di protezione dei diritti degli utenti, di termini dilatori da rispettare, di spazi di calendario protetti; ma nel frattempo non si è fatto alcun passo avanti sul piano legislativo per disciplinare la concorrenza tra le organizzazioni sindacali nei luoghi di lavoro, imporne la verifica periodica di rappresentatività (§§ 57), attribuire alle organizzazioni effettivamente maggioritarie il potere di stipulare contratti collettivi vincolanti *erga omnes* (§ 69). E sul piano della regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici si è rifiutato qualsiasi intervento che in qualche modo ne condizionasse la proclamazione alla rappresentatività effettiva dell'associazione proclamante (446). Fino a quando lo sciopero potrà essere proclamato da qualsiasi organizzazione sindacale o parasindacale, e ad esso potrà aderire qualsiasi lavoratore, indipendentemente da qualsiasi patto di tregua contenuto nel contratto collettivo dei cui benefici il lavoratore stesso fruisca (§ 420), continueranno a essere premiate e rafforzate di fatto non le organizzazioni sindacali capaci di raccogliere il consenso stabile e strutturato della maggioranza dei lavoratori, ma quelle che alzano la voce più delle altre, quelle che si presentano ai lavoratori come più aggressive, facendo ricorso allo sciopero in modo più spregiudicato.

Una soluzione provvisoria del problema sarebbe possibile fin d'ora, anche a legislazione invariata: basterebbe che le confederazioni maggiori, le quali per loro natura più hanno a cuore gli interessi della generalità dei cittadini e il buon rapporto tra lavoratori e utenti, accettassero di inserire nel regolamento contrattato per i diversi comparti dei servizi

pubblici una regola che subordinasse la possibilità di ricorso allo sciopero alla proclamazione da parte di una coalizione maggioritaria, secondo gli ultimi risultati delle elezioni dei rappresentanti sindacali. Una regola siffatta non sarebbe probabilmente suscettibile di estensione *erga omnes* mediante il provvedimento di approvazione da parte della Commissione di Garanzia, di cui si dira' a suo luogo (§ 433), poichè si tratterebbe di un puro e semplice atto di disposizione del diritto di sciopero; ma ove questa regola venisse inserita in un contratto collettivo nazionale o aziendale, i singoli lavoratori dovrebbero scegliere: o rifiutano il contratto, e allora rinunciano a tutti i benefici che esso reca, oppure lo accettano, e allora si vincolano anche alle limitazioni che esso impone in materia di sciopero (447); e ne sono, a quel punto, responsabili sul piano civile e disciplinare. Non mi sembra giuridicamente fondato consentire che un lavoratore si consideri aderente alle confederazioni maggiori quando si tratta di beneficiare del contratto collettivo da queste negoziato, ma si consideri «autonomo» quando si tratta di aderire allo sciopero proclamato dal comitato di base o dal sindacato minoritario.

Sta di fatto, comunque, che la disciplina della materia dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, dopo la riforma del 2000, attribuisce ai soggetti collettivi un ruolo assai più rilevante, nell'esercizio e regolamentazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici, di quello (per la verità quasi evanescente: v. § 423) che deve considerarsi proprio dei soggetti collettivi nell'esercizio del diritto di sciopero negli altri settori (448). Ed è presumibile che questa tendenza legislativa sia destinata a influenzare la costruzione del diritto di sciopero anche al di fuori del campo di applicazione della disciplina speciale.

430. *I «servizi pubblici essenziali» ai quali la disciplina speciale si applica.* — Prima del 1990, in assenza di disciplina legislativa della materia, la tutela dei diritti della collettività e i corrispondenti limiti del diritto di sciopero nei servizi pubblici erano stati oggetto di una disciplina dettata dalla Corte costituzionale con la tecnica (di cui si è già fatto cenno: §§ 418 e 422) della sentenza interpretativa — di rigetto o accoglimento della censura di incostituzionalità — in riferimento alle norme precostituzionali del codice penale, integrata dagli interventi sulla stessa materia della Corte di Cassazione (449). Non ne era, però, emersa una nozione precisa di servizio pubblico «essenziale», bensì soltanto la definizione di una serie di «limiti esterni» invalicabili all'esercizio del diritto di sciopero, posti in funzione della tutela degli interessi di terzi.

Il legislatore del 1990 ha adottato la stessa impostazione, esplicitando il principio di tutela degli interessi degli utenti e della collettività e precisandone in qualche misura i contenuti specifici (anche se non ha definito la posizione soggettiva degli utenti e i rimedi di cui essi dispongono contro i comportamenti illegittimi di chi è responsabile dell'erogazione del servizio) (450). La legge, dunque, non ha dettato una definizione della nozione di servizio pubblico essenziale, preferendo individuare alcuni interessi della persona costituzionalmente rilevanti e limitare l'esercizio del diritto di sciopero nei settori nei quali tali interessi possono essere pregiudicati, fornendo una elencazione *non tassativa* di servizi che devono intendersi sicuramente compresi nel campo di applicazione della legge (c. 2°) (451). Devono dunque essere «considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà e alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione e alla libertà di comunicazione» (art. 1, c. 1°). La norma prosegue (c. 2°) indicando cinque categorie di servizi che devono considerarsi indispensabili per il godimento di quei diritti della persona:

- a) sono ritenuti indispensabili per la tutela della vita, della salute, della libertà e della sicurezza della persona, dell'ambiente e del patrimonio storico-artistico, i servizi sanitari, compresi quelli di controllo veterinario alle frontiere, e della protezione civile, i servizi di nettezza urbana, la fornitura di energia e beni di prima necessità, l'amministrazione della giustizia («con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale e a quelli cautelari e urgenti, nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione»), i servizi di protezione ambientale e di vigilanza sui beni culturali;
- b) in riferimento alla «libertà di circolazione», tutti i trasporti pubblici terrestri e aerei, nonché quelli marittimi «limitatamente al collegamento con le isole»;
- c) per quanto concerne il diritto all'assistenza e alla previdenza sociale, i servizi di erogazione degli emolumenti retributivi o comunque di «quanto economicamente necessario al soddisfacimento delle necessità della vita attinenti a diritti della persona costituzionalmente garantiti»;
- d) in riferimento al diritto all'istruzione, l'università e la scuola pubblica primaria e secondaria (con «particolare riferimento allo svolgimento degli esami e degli scrutini finali»), le scuole materne e gli asili nido;
- e) infine, per la tutela della libertà di comunicazione, i servizi postali, le telecomunicazioni e l'informazione radiotelevisiva pubblica.

Appaiono, per un verso, evidenti in questo «elenco indicativo» contenuto nel secondo comma dell'art. 1, alcuni sconfinamenti rispetto al principio enunciato nel primo: non si vede, infatti, come possano ricondursi a un diritto fondamentale della persona — salvo che questa nozione venga estesa a qualsiasi interesse, individuale o collettivo, costituzionalmente rilevante — la singola giornata di svolgimento di una funzione di tutela del patrimonio storico-artistico, del controllo doganale sulle merci deperibili, dell'approvvigionamento di energia, né lo svolgimento regolare

degli scrutini scolastici di fine anno, o la continuità del funzionamento degli asili-nido. Altrettanto evidente, per altro verso, è come, anche là dove sia effettivamente in gioco un interesse della persona costituzionalmente rilevante, numerosi tra i servizi individuati dalla norma non possano considerarsi, in linea di fatto, «essenziali»: non lo è, singolarmente considerato, alcuno dei servizi di trasporto pubblico per l'esercizio della libertà di circolazione; non lo sono i servizi bancari di erogazione di retribuzioni e pensioni, che costituiscono soltanto un aspetto accessorio del rapporto di lavoro e di quello previdenziale; non lo sono il servizio postale per la libertà di comunicazione, in un contesto in cui la comunicazione mediante spedizione di messaggi su carta assume rilievo del tutto residuale rispetto alla comunicazione per via telefonica e telematica.

La verità è che la legge del 1990 — pur costituendo attuazione di una esplicita previsione costituzionale che legittima qualsiasi contemperamento legislativo fra interesse dei lavoratori scioperanti e interessi contrapposti — infrangeva quello che nella cultura sindacale dei decenni precedenti era stato un vero e proprio tabù, al quale le confederazioni maggiori avevano rinunciato a malincuore, non senza perduranti incertezze e polemiche interne, soltanto negli ultimi tempi. L'intervento legislativo, politicamente ancorato al sofferto consenso di quelle confederazioni, doveva dunque giustificarsi come limitazione obbligata del diritto di sciopero in funzione della garanzia di interessi costituzionali sovraordinati. E ciò anche là dove ciò che veniva in rilievo, in realtà, non era affatto un interesse costituzionalmente sovraordinato, ma soltanto la sproporzione tra la posta in gioco nella vertenza sindacale e l'entità del danno che poteva derivare dallo sciopero alla collettività. Impediva che questo intendimento reale venisse esplicitato anche la preoccupazione, sottolineata dai giuslavoristi più vicini al movimento sindacale, che dalla regola di contemperamento posta in riferimento ai servizi pubblici essenziali potesse desumersi un principio generale di controllo della proporzionalità fra il danno prodotto dallo sciopero all'impresa e la posta sindacale in gioco, applicabile anche al di fuori del settore dei servizi pubblici.

Sembra prevalere, comunque, l'orientamento giurisprudenziale in senso contrario all'estensione del campo di applicazione della disciplina limitativa ai lavoratori che, pur dipendenti da amministrazioni o imprese destinatarie di tale disciplina, non siano addetti ai servizi pubblici essenziali ma a funzioni collaterali, la cui interruzione non abbia incidenza diretta sulla regolarità dei servizi stessi (452).

L'art. 2-bis, aggiunto dalla legge n. 83/2000 anche in ottemperanza a una pronuncia della Corte costituzionale (453) cui la Commissione di Garanzia aveva prontamente aderito (454), estende il campo di applicazione della disciplina speciale all'«astensione collettiva dalle prestazioni, a fini di protesta o di rivendicazione di categoria, da parte di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, che incida sulla funzionalità dei servizi pubblici di cui all'art. 1» (455). Resta in vigore la disciplina speciale dello sciopero degli addetti agli impianti nucleari, dettata dagli artt. 49 e 129 del d.P.R. 13 febbraio 1964 n. 185: intervento normativo in materia di sciopero che era rimasto del tutto isolato fino alla legge del 1990.

Lo sciopero resta drasticamente vietato ai militari (l. 11 luglio 1978 n. 382, art. 8) e agli appartenenti alle forze di polizia e pubblica sicurezza (l. 1° aprile 1981 n. 121, art. 84) (§ 421): in quest'ultima norma sono esplicitamente vietate anche le «azioni sostitutive [dello sciopero] che, effettuate durante il servizio, possano pregiudicare le esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica o le attività di polizia giudiziaria».

431. Le regole poste direttamente dalla legge: procedure di conciliazione, preavviso minimo, informazione degli utenti. La garanzia del collegamento con le isole. — Il secondo comma dell'art. 2, come modificato dalla legge n. 83/2000, dispone che la proclamazione dello sciopero deve essere preceduta in ogni caso — ma deve considerarsi senz'altro escluso il caso dello sciopero politico (456) — da «procedure di raffreddamento e di conciliazione», in sede sindacale o in sede amministrativa (ministero del lavoro, prefettura, amministrazione comunale, a seconda del rilievo territoriale dello sciopero). Tali procedure devono essere previste dai contratti collettivi aziendali o di comparto di cui si dirà nel paragrafo seguente; ma devono essere esperite anche in difetto di previsione contrattuale (457).

Esperito il suddetto tentativo di conciliazione (458), qualora esso dia esito negativo la proclamazione dello sciopero deve avvenire con un preavviso non inferiore a dieci giorni (art. 2, cc. 1° e 5°), mediante comunicazione al datore di lavoro dei motivi, della durata e delle modalità di attuazione dell'astensione dal lavoro (459). La stessa comunicazione deve essere contestualmente fatta all'organo amministrativo competente per l'eventuale precettazione (§ 435), che ne trasmette immediatamente copia alla Commissione di Garanzia (§ 433). Le amministrazioni pubbliche o le imprese erogatrici dei servizi pubblici essenziali sono, a loro volta, «tenute a dare comunicazione agli utenti, nelle forme adeguate, almeno cinque giorni prima dell'inizio dello sciopero, dei modi e dei tempi di erogazione dei servizi nel corso dello sciopero e delle misure per la riattivazione degli stessi; debbono, inoltre, garantire e rendere nota la pronta riattivazione del servizio, quando l'astensione dal lavoro sia terminata» (c. 6°) (460).

A proposito del diritto degli utenti a essere preavvertiti in tempo utile circa i modi e i tempi di erogazione dei servizi nel corso dello sciopero, si pone la questione se l'ente erogatore possa chiedere a ciascun singolo lavoratore di manifestare l'adesione o no allo sciopero stesso, e se il lavoratore sia in tal caso tenuto a dichiarare veritariamente le proprie intenzioni con il necessario anticipo, in modo che possano prevedersi con precisione gli effetti dell'agitazione e di

questi possa essere informata l'utenza. Io ritengo — in contrasto con l'unica sentenza italiana edita sul punto (461) — che a entrambi i quesiti debba darsi risposta positiva: la legge non obbliga soltanto le associazioni sindacali e gli enti erogatori, ma anche i singoli lavoratori, a garantire un trattamento civile degli utenti in occasione dello sciopero, e in particolare a garantire la conoscibilità di modi e tempi della sua attuazione. Non riesco a vedere alcun motivo per cui dovrebbe considerarsi scorretto il comportamento del datore che chieda al singolo lavoratore di far conoscere in anticipo la sua partecipazione o no allo sciopero, salvo l'ovvio divieto di qualsiasi pressione volta a scoraggiare la scelta di partecipazione; né riesco a vedere alcun interesse meritevole di tutela del lavoratore a mantenere il riserbo sulla propria scelta al riguardo, che comunque non potrà restare segreta. Certo, se un'indicazione in questo senso venisse anche dalla Commissione di Garanzia, che ne avrebbe senz'altro la competenza, non guasterebbe; ma le amministrazioni e le imprese erogatrici dei servizi non devono aspettare la sollecitazione della Commissione per fare tutto quanto è necessario, al fine di ridurre i disagi degli utenti in occasione degli scioperi.

Poiché un danno rilevante agli utenti del servizio — soprattutto quando si tratti di servizio di trasporto — può derivare anche dall'annuncio di uno sciopero destinato poi a essere revocato, dopo che la cittadinanza ne è stata preavvisata, la legge qualifica tale comportamento, quando esso sia spontaneo e non determinato da un invito o ingiunzione da parte delle autorità competenti, come «forma sleale di azione sindacale» (ancora c. 6°) (462). Si pone in proposito il problema della distinzione — talora non facile — tra la revoca dello sciopero intervenuta in seguito alla soluzione *in extremis* della controversia che lo aveva generato e la revoca dello sciopero già programmata maliziosamente dall'associazione promotrice dell'agitazione fin dal momento della proclamazione.

L'obbligo del preavviso non si applica «nei casi di astensioni dal lavoro in difesa dell'ordine costituzionale, o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori» (c. 7°). Il legislatore ha inteso qui fare salva, anche nel settore dei servizi pubblici, la legittimità dello sciopero proclamato immediatamente dai lavoratori di un'azienda sotto lo *shock* emotivo di un grave infortunio sul lavoro; anche in questo caso, tuttavia, l'omissione del preavviso è illegittima quando esso sia indispensabile per evitare il rischio di danni alle persone o alle cose.

A norma dell'art. 3, «quando lo sciopero riguardi i servizi di trasporto da e per le isole, le imprese erogatrici dei servizi sono tenute a garantire, d'intesa con le organizzazioni sindacali ..., le prestazioni indispensabili per la circolazione delle persone nel territorio nazionale e per il rifornimento delle merci necessarie per l'approvvigionamento delle popolazioni, nonché per la continuità delle attività produttive nei servizi pubblici essenziali relativamente alle prestazioni indispensabili».

432. *L'individuazione negoziale delle «prestazioni indispensabili» e dei criteri di «rarefazione oggettiva» degli scioperi.* — Il nucleo essenziale della disciplina speciale in esame è costituito dall'imposizione, a sindacati e datori di lavoro di ciascun comparto interessato, dell'obbligo di individuare pattiziamente le «prestazioni indispensabili» che devono essere garantite anche in caso di agitazione, «nel rispetto del diritto di sciopero ... e in relazione alla natura del servizio e alle esigenze della sicurezza, nonché alla salvaguardia dell'integrità degli impianti» (prima parte del secondo comma dell'art. 2, come modificato dalla legge n. 83/2000). La norma prosegue precisando che la regolamentazione negoziata tra le parti può inoltre «disporre l'astensione dallo sciopero di quote strettamente necessarie di lavoratori tenuti alle prestazioni e indicare, in tal caso, le modalità per l'individuazione dei lavoratori interessati», oppure «disporre forme di erogazione periodica», ovvero un avvicendamento dei lavoratori stessi nell'adibizione al servizio in caso di sciopero (nell'esperienza pratica, la garanzia delle prestazioni indispensabili è, certo, valsa a ridurre gli effetti dannosi dello sciopero; ma ha anche fatto sì che, dove si applica la disciplina speciale, lo sciopero finisca col costare ai lavoratori assai meno di quanto esso costa loro normalmente, poiché un notevole numero di addetti deve essere «comandato» al lavoro durante il periodo di astensione, e per questo retribuito, ancorché in funzione della garanzia di un servizio ridotto al minimo) (463).

Ancora lo stesso secondo comma — il quale con la novella del 2000 ha assunto dimensioni ipertrofiche, risultandone ora assai difficoltosa la lettura — impone che la detta regolamentazione al livello aziendale o di settore indichi «intervalli minimi da osservare tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione del successivo, quando cioè sia necessario ad evitare che, per effetto di scioperi proclamati in successione da soggetti sindacali diversi e che incidono sullo stesso servizio finale o sullo stesso bacino di utenza, sia oggettivamente compromessa la continuità dei servizi pubblici» protetti dalla legge. È questa la regola della c.d. «rarefazione oggettiva» degli scioperi, mirata soprattutto a limitare lo stillicidio di interruzioni del servizio che nel settore dei trasporti possono essere provocate dal succedersi di agitazioni delle varie categorie di lavoratori in esso operanti. Così, ad esempio, nel settore del trasporto aereo il servizio può essere di volta in volta interrotto non solo dallo sciopero dei piloti o degli assistenti di volo, ma anche da quello degli uomini-radar, degli addetti alla gestione dell'aeroporto, o dei vigili del fuoco: il vincolo della «rarefazione» garantisce che tra uno sciopero e il successivo, quale che ne sia la coalizione promotrice e la categoria interessata, intercorra un periodo minimo durante il quale il servizio si svolge regolarmente (464).

Il compito di valutare l'idoneità degli accordi aziendali o di comparto ad assicurare la salvaguardia degli interessi degli utenti e della collettività, nonché di segnalare alle parti interessate gli eventuali difetti riscontrati nella regolamentazione pattuita, sollecitarle ad adeguarla e, in caso di loro inerzia, emanare in via provvisoria una

regolamentazione adeguata, e' affidato dall'art. 4 all'«autorita'» amministrativa indipendente individuata nella Commissione di Garanzia (465).

433. La Commissione di Garanzia e le sue funzioni. — Il legislatore del 1990, discostandosi dai primi progetti, che prevedevano una partecipazione paritetica tripartita dei rappresentanti dei lavoratori, degli imprenditori e degli utenti nell'organo di controllo, ha voluto che tale organo fosse costituito in modo da rappresentare esclusivamente gli interessi della collettività nazionale: a norma del secondo comma dell'art. 12, la Commissione «e' composta da nove membri, scelti, su designazione dei Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, tra esperti in materia di diritto del lavoro e di relazioni industriali, e nominati con decreto del Presidente della Repubblica» (466). Il carattere di terzietà della Commissione rispetto a sindacati e gestori dei servizi pubblici e' sottolineato da una disposizione contenuta nella stessa norma, che ne esclude esplicitamente — oltre che i parlamentari, i dirigenti di partito e chiunque altro rivesta cariche pubbliche elettive — anche tutte le persone che rivestano cariche «in organizzazioni sindacali o in associazioni di datori di lavoro, nonche' coloro che abbiano comunque con i suddetti organismi ovvero con amministrazioni od imprese di erogazione di servizi pubblici rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza». La Commissione resta in carica per un triennio e i suoi membri possono essere confermati una sola volta (art. 12. c. 3°).

Funzione di controllo dei codici contrattati e di vigilanza sui comportamenti delle parti obbligate. Compito principale della Commissione e' di valutare, «anche di propria iniziativa, sentite le organizzazioni dei consumatori e degli utenti riconosciute ..., che siano interessate e operanti nel territorio di cui trattasi, ... l'idoneita' delle prestazioni indispensabili, delle procedure di raffreddamento e conciliazione e delle altre misure» individuate da sindacati e gestori dei servizi pubblici a norma dell'art. 2 (§ 432) «a garantire il temperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati, di cui al comma 1° dell'art. 1» (art. 13, come sostituito dalla legge n. 83/2000, lett. a) (467).

La stessa Commissione deve inoltre richiamare immediatamente i soggetti responsabili di eventuali violazioni delle disposizioni relative al preavviso di sciopero, alla durata massima dell'astensione, all'esperimento delle procedure preventive di raffreddamento e di conciliazione, ai periodi di franchigia, agli intervalli minimi tra scioperi e a qualsiasi altra prescrizione; e puo' invitare, con apposita delibera, l'associazione promotrice di uno sciopero a riformularne la proclamazione per adeguarla alle regole, se necessario differendo l'attuazione dello sciopero stesso ad altra data (lett. d). Il differimento di uno sciopero puo' essere disposto dalla Commissione anche nel caso in cui essa rilevi la concomitanza tra interruzioni o riduzioni di servizi pubblici essenziali tra loro alternativi (ad esempio: trasporto aereo e trasporto ferroviario), nell'ambito dello stesso bacino di utenza (lett. e). La Commissione deve altresì richiamare all'ordine le amministrazioni o imprese erogatrici di servizi pubblici protetti che contravvengano alla disciplina degli scioperi per la parte di loro competenza, o tengano comportamenti «illegittimi che comunque possano determinare l'insorgenza o l'aggravamento di conflitti in corso» (lett. h). Quando la Commissione ravvisi il «pericolo di un pregiudizio ai diritti della persona costituzionalmente tutelati» (deve trattarsi, ovviamente, di un pregiudizio grave e ingiustificato) derivante da uno sciopero, essa deve segnalarlo all'autorita' competente per la precettazione dei lavoratori (§ 435), formulando le proprie proposte circa le misure da adottare (lett. f).

Regolamentazione provvisoria in caso di inerzia delle parti obbligate. Qualora le parti obbligate omettano di accordarsi sulla regolamentazione dello sciopero, o la valutazione della Commissione circa la regolamentazione pattuita sia negativa, questa sottopone una proposta motivata di (adeguamento del) regolamento ai soggetti stessi, i quali devono in tal caso pronunciarsi in proposito entro quindici giorni. Decorso inutilmente tale termine, la Commissione, «dopo avere verificato, in seguito ad apposite audizioni da svolgere entro il termine di venti giorni, l'indisponibilita' delle parti a raggiungere un accordo, adotta con propria delibera la regolamentazione provvisoria delle prestazioni indispensabili, delle procedure di raffreddamento e di conciliazione e delle altre misure di temperamento, comunicandola alle parti interessate». Queste ultime sono obbligate a ottemperare a tale delibera, «fino al raggiungimento di un accordo valutato idoneo» (468). Si risolve in tal modo il problema che si era posto prima della riforma del 2000, circa il valore vincolante o no per le parti, che doveva essere attribuito alla «proposta» di regolamentazione emanata dalla Commissione in caso di ritardo nell'adempimento da parte dei soggetti obbligati o di inadeguatezza del codice da essi pattuito (469).

Nell'elaborazione della regolamentazione provvisoria di cui si e' detto, la Commissione deve tenere conto del contenuto delle regolamentazioni «vigenti in settori analoghi o simili nonche' degli accordi sottoscritti nello stesso settore dalle organizzazioni sindacali comparativamente piu' rappresentative sul piano nazionale». Salva la possibilita' di deroghe debitamente motivate, la Commissione deve inoltre evitare che le prestazioni indispensabili individuate eccedano la meta' delle prestazioni erogate normalmente nella stessa giornata; e fare in modo che esse possano essere garantite, durante lo sciopero, mediante la prestazione lavorativa richiesta a non piu' di «un terzo del personale normalmente

utilizzato per la piena erogazione del servizio nel tempo interessato dallo sciopero». La Commissione stessa deve infine tenere conto dell'eventuale utilizzabilità da parte degli utenti «di servizi alternativi o forniti da imprese concorrenti».

Funzioni di promozione dell'accordo sul codice di regolamentazione, di mediazione e di arbitrato. Su richiesta congiunta delle parti interessate, la Commissione «esprime il proprio giudizio sulle questioni interpretative o applicative dei contenuti degli accordi o codici di autoregolamentazione»; «può inoltre emanare un lodo sul merito della controversia» in proposito (art. 13, lett. *b*). Se si verifica un dissenso tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori che partecipano alle trattative sulla regolamentazione, la Commissione può indire un *referendum* tra i lavoratori sulla questione controversa, che in tal caso deve svolgersi entro quindici giorni, a scrutinio segreto, sotto il controllo dell'ispettorato del lavoro (art. 14) (470).

Quando il servizio pubblico protetto sia svolto da una pluralità di imprese e/o amministrazioni, la Commissione, se ravvisa delle discrepanze ingiustificate tra i codici applicati in ciascuna di esse, al fine di promuoverne l'armonizzazione può convocare le imprese e amministrazioni stesse con le organizzazioni sindacali dei lavoratori (ancora lett. *b*).

Ricevuta la prescritta comunicazione della proclamazione di uno sciopero (§ 431), la Commissione «può assumere informazioni o convocare le parti in apposite audizioni, per verificare se sono stati esperiti i tentativi di conciliazione e se vi sono le condizioni per una composizione della controversia»; «nel caso di conflitti di particolare rilievo nazionale può invitare, con apposita delibera, i soggetti che hanno proclamato lo sciopero a differire la data dell'astensione dal lavoro per il tempo necessario a consentire un ulteriore tentativo di mediazione» (lett. *c*) (471).

Funzione sanzionatoria. Di propria iniziativa, oppure su richiesta di una delle parti interessate, delle associazioni dei consumatori o utenti, o delle autorità nazionali o locali che vi abbiano interesse, la Commissione apre il procedimento di valutazione del comportamento delle organizzazioni sindacali che proclamano uno sciopero o vi aderiscono, nonché del comportamento delle amministrazioni o imprese interessate, notificando l'apertura stessa alle parti. Queste hanno trenta giorni per presentare osservazioni e chiedere di essere sentite. Decorso tale termine e comunque non oltre sessanta giorni dall'apertura del procedimento, la Commissione formula la propria valutazione e, nel caso in cui questa sia negativa, delibera le sanzioni che devono essere irrogate alla parte che ha tenuto il comportamento illegittimo a norma dell'art. 4 (§ 434), tenendo conto anche dei motivi del conflitto, e fissa il termine entro il quale le sanzioni stesse devono essere eseguite (art. 4-*quater*, il cui contenuto è ripetuto con altre parole, senza un motivo per me comprensibile, nell'art. 13, lett. *i*).

434. Le sanzioni. — La legge n. 83/2000 è intervenuta a perfezionare l'apparato sanzionatorio della legge n. 146/1990, soprattutto per quanto riguarda le sanzioni contro gli inadempimenti delle organizzazioni sindacali e contro quelli delle amministrazioni o imprese erogatrici di servizi protetti (472). Ne risulta una comminatoria articolata e opportunamente differenziata in relazione alle tre categorie dei titolari degli obblighi sanzionati.

Contro i lavoratori che si astengono dal lavoro in violazione delle disposizioni vigenti, o che, richiesti di effettuare durante il periodo di sciopero le prestazioni indispensabili di cui alla regolamentazione vigente, rifiutano di svolgere la loro normale prestazione, l'art. 4, 1° c., commina «sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità dell'infrazione, con esclusione delle misure estintive del rapporto o di quelle che comportino mutamenti definitivi dello stesso». Secondo l'orientamento dottrinale confermato dalla legge del 2000 (473), non si tratta qui di esercizio di una facoltà di autotutela del datore assimilabile al potere disciplinare ordinario (§ 476), bensì di una funzione attribuita al datore a difesa di un interesse pubblico: Commissione di Garanzia può prescrivere al datore di lavoro di applicare le sanzioni (art. 13, lett. *i*), sanzionando l'eventuale ritardo nel modo di cui si dirà più avanti.

Contro le organizzazioni sindacali che proclamano uno sciopero, o ad esso aderiscono, in violazione della disciplina vigente, il secondo comma dell'art. 4 commina la sospensione dei permessi sindacali retribuiti (§ 59) o della riscossione dei contributi mediante trattenute sulle retribuzioni dei lavoratori (§ 60), o entrambe le sanzioni, «per un ammontare economico complessivo non inferiore a [2.582,28 euro] e non superiore a [25.822,84 euro], tenuto conto della consistenza associativa, della gravità della violazione e della eventuale recidiva, nonché della gravità degli effetti dello sciopero sul servizio pubblico» (474). La norma prevede altresì che le stesse organizzazioni possano essere escluse da trattative in corso alle quali esse stiano partecipando, per un periodo di due mesi decorrente dalla cessazione del comportamento illegittimo. Se le anzidette sanzioni non sono applicabili, perché le organizzazioni cui dovrebbero essere applicate non fruiscono dei benefici che dovrebbero essere sospesi, la Commissione di Garanzia «delibera in via sostitutiva una sanzione amministrativa pecuniaria a carico di coloro che rispondono legalmente per l'organizzazione sindacale responsabile», determinata entro gli importi minimo e massimo già indicati (art. 4, c. 4-*bis*, aggiunto dalla l. n. 83/2000). Tutte le sanzioni «sono raddoppiate nel massimo se l'astensione collettiva viene effettuata nonostante la delibera di invito della Commissione di Garanzia» di cui si è detto nel paragrafo precedente (c. 4-*ter*, aggiunto anch'esso dalla l. n. 83/2000).

Contro i dirigenti responsabili delle amministrazioni e i legali rappresentanti delle imprese che erogano i servizi pubblici protetti, le quali contravvengano agli obblighi posti a loro carico dalla legge o dalla regolamentazione vigente (in particolare, agli obblighi di informazione corretta degli utenti circa la proclamazione degli scioperi) il quarto comma dell'art. 4 (come sostituito dalla l. n. 83/2000) commina una sanzione amministrativa di importo minimo e massimo pari a quello complessivo delle sanzioni comminate alle organizzazioni sindacali, di cui si è detto sopra, determinata anche questa tenendosi conto della gravità della violazione, dell'eventuale recidiva, dell'incidenza della violazione sull'insorgenza o l'aggravamento del conflitto, e dell'eventuale pregiudizio derivato per gli utenti del servizio.

In seguito a una sentenza della Corte costituzionale del 1995 e a due delibere della Commissione di Garanzia del 1997 (475), cui il legislatore si è adeguato nella riforma del 2000, le sanzioni contro le organizzazioni sindacali e quelle contro i dirigenti responsabili delle amministrazioni o i legali rappresentanti delle imprese che erogano i servizi pubblici protetti vengono decise dalla Commissione di Garanzia, all'esito del procedimento dalla stessa esperito, d'ufficio o su richiesta di una parte interessata, nei modi di cui si è detto nel paragrafo precedente. La stessa novella del 2000, disponendo che nel corso del procedimento debba essere sentita la parte imputata dell'infrazione, risolve la questione che si era posta in precedenza in proposito (476).

Quando si verifichi un ritardo nell'applicazione delle sanzioni disciplinari contro i lavoratori o delle sanzioni *sui generis* di cui si è detto contro le organizzazioni sindacali inadempienti, la Commissione di Garanzia può irrogare ai dirigenti responsabili delle amministrazioni o imprese cui compete l'adempimento una sanzione amministrativa pecuniaria dell'importo minimo di 206,58 euro e massimo di 516,45 euro per ciascun giorno di dilazione ingiustificata (c. 4-*sexies*, aggiunto dalla l. n. 83/2000).

La disciplina legislativa dello sciopero nei servizi pubblici essenziali non copre la materia dell'eventuale responsabilità risarcitoria dei lavoratori nei confronti del datore di lavoro o di terzi che abbiano subito un danno in conseguenza dello sciopero illegittimo: responsabilità che resta pertanto regolata dal diritto civile comune (477).

435. La precettazione. Sanzioni per l'inottemperanza all'ordinanza governativa. — A norma dell'art. 8, c. 1°, come sostituito dalla legge n. 83/2000, quando si ravvisi il pericolo di «un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui all'art. 1, comma 1°, che potrebbe essere cagionato dall'interruzione o dalla alterazione del funzionamento dei servizi pubblici di cui all'art. 1, conseguente all'esercizio dello sciopero o a forme di astensione collettiva di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori», l'autorità amministrativa competente — individuata in relazione all'estensione territoriale del pericolo (v. *infra*) — invita le parti a desistere dai comportamenti che lo determinano, esperisce un tentativo di conciliazione e, se questo dà esito negativo, adotta con ordinanza «le misure necessarie a prevenire» il pregiudizio minacciato. Tali misure possono consistere nel differimento dello sciopero ad altra data, nella riduzione della sua durata, nella prescrizione di modalità di attuazione particolari (c. 2°) (478).

Competenti per l'adozione delle misure suddette — d'ufficio o su richiesta di qualsiasi soggetto interessato (479) — sono il Presidente del Consiglio dei ministri o un ministro da lui delegato, se il conflitto ha rilevanza nazionale o interregionale; negli altri casi il prefetto o l'organo corrispondente nelle Regioni a statuto speciale. Deve ritenersi ammessa la delega del Governo al prefetto per la precettazione anche nel caso di sciopero di rilevanza nazionale o interregionale (480).

L'ordinanza, che deve essere adottata di regola almeno quarantotto ore prima dell'inizio previsto dello sciopero e deve contenere l'indicazione dettagliata delle modalità di erogazione dei servizi indispensabili (481), deve essere comunicata — oltre che alle organizzazioni promotrici e alle organizzazioni o imprese erogatrici del servizio — ai lavoratori interessati, personalmente, oppure mediante affissione nei luoghi di lavoro.

L'eventuale opposizione all'ordinanza di precettazione, che non ne sospende automaticamente l'esecutività immediata (art. 10, 1° c.), deve essere proposta dall'organizzazione sindacale che ha proclamato lo sciopero (482) davanti al tribunale amministrativo; questo, ricorrendone i motivi, può sospendere il provvedimento impugnato «anche solo limitatamente alla parte in cui eccede l'esigenza di salvaguardia di cui all'art. 8, comma 1» (c. 2°) (483).

L'art. 9, c. 1°, come modificato dalla legge n. 83/2000, commina per ogni giorno di inosservanza da parte di singoli lavoratori subordinati o autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, alle disposizioni contenute nell'ordinanza governativa una sanzione amministrativa compresa tra il minimo di 258,22 e il massimo di 526,45 euro; per ogni giorno di inosservanza da parte delle associazioni sindacali, una sanzione amministrativa compresa tra il minimo di 2.582,28 e il massimo di 25.822,84 euro. Le sanzioni sono irrogate con decreto della stessa autorità che ha emanato l'ordinanza. Contro i «preposti al settore nell'ambito delle amministrazioni, degli enti o delle imprese erogatrici di servizi» protetti, i quali contravvengano all'ordinanza governativa, il secondo comma dell'art. 9 commina invece la sanzione della sospensione dall'incarico per un periodo non inferiore a trenta giorni e non superiore a un anno.

La giurisprudenza è incerta sulla questione se l'irrogazione delle suddette sanzioni amministrative debba o no essere preceduta dalla contestazione dell'infrazione, secondo quanto previsto dall'art. 14 della legge 24 novembre 1981 n. 689 (484).

436. Lo sciopero virtuale. — Si è visto (§ 429) come, nel settore dei servizi pubblici e in particolare nei comparti nei quali i servizi stessi sono gestiti, di fatto o di diritto, in regime di monopolio, i costi dello sciopero ricadano per la maggior parte sugli utenti; e come questo sia il motivo per cui le confederazioni maggiori, più attente agli interessi della collettività, nonché al sostegno che può venire alle rivendicazioni degli addetti ai servizi dall'opinione pubblica, ricorrono allo sciopero con parsimonia molto maggiore rispetto alle altre organizzazioni, i c.d. sindacati autonomi, offrendo con ciò a questi ultimi la possibilità di presentarsi ai lavoratori del settore come difensori più determinati e aggressivi dei loro interessi. Si è visto anche (§ 432) come la garanzia delle prestazioni indispensabili abbia sovente l'effetto di ridurre il costo dello sciopero per gli addetti ai servizi pubblici — «comandati» a turno al lavoro per garantire quelle prestazioni e quindi a turno retribuiti — in misura assai più che proporzionale rispetto a quanto si riduce il costo che esso produce per gli utenti: circostanza, questa, che altera profondamente il significato della partecipazione dei lavoratori all'agitazione. D'altra parte, la regolamentazione legislativa dello sciopero nella sua forma tradizionale può ridurre, ma non impedire del tutto i danni derivanti per la collettività dalla maggiore spregiudicatezza di alcuni sindacati rispetto ad altri, poiché ve ne saranno sempre alcuni più propensi di altri a utilizzare tutti gli spazi lasciati aperti dalla legge per il ricorso a questa forma di lotta.

Tutto questo spiega perché le confederazioni maggiori siano da sempre alla ricerca di forme di lotta sindacale efficaci nei confronti dell'amministrazione o impresa erogatrice del servizio, ma non dannose per la collettività; una di queste è il c.d. sciopero virtuale, che negli ultimi anni ha incominciato a essere sperimentato unilateralmente in alcune occasioni, non senza alcune manifestazioni di interesse da parte della Commissione di Garanzia (485). Quando è attuato al di fuori di qualsiasi regolamentazione pattizia, lo sciopero virtuale consiste nella rinuncia dei lavoratori, i quali prestano regolarmente il lavoro, alla retribuzione corrispondente, che viene devoluta a scopi benefici: l'efficacia di questa forma di lotta è data soltanto dal valore morale di quella rinuncia. L'efficacia dello sciopero virtuale è invece assai più incisiva se esso viene praticato nel quadro di una disciplina pattizia, che preveda l'obbligo, a carico dell'amministrazione o impresa datrice di lavoro, di aggiungere alle retribuzioni che i lavoratori devolvono a scopo benefico, un congruo ammontare: l'accordo può prevedere, ad esempio, che in caso di sciopero virtuale la datrice di lavoro sia obbligata a costituire un fondo destinato a scopi benefici di entità pari al doppio o al triplo dell'ammontare complessivo delle retribuzioni dei lavoratori aderenti allo sciopero stesso.

La diffusione di accordi collettivi di questo genere sarebbe, certo, notevolmente favorita da una legge che esentasse dalla contribuzione previdenziale e dall'imposta sul reddito le retribuzioni a cui i lavoratori rinunciano con l'adesione allo sciopero virtuale. Mi sembra, invece, condivisibile l'opinione secondo cui deve escludersi la possibilità che la pratica dello sciopero virtuale venga imposta alla generalità dei sindacati e dei lavoratori di un settore — ancorché soltanto come una sorta di «procedura di raffreddamento» preventiva rispetto allo sciopero tradizionale — da una regolamentazione emanata a norma della legge n. 146/1990 (§ 431): allo stato attuale della legislazione, gli accordi collettivi che lo prevedano e lo disciplinino non possono produrre vincoli se non per le organizzazioni e le imprese che li sottoscrivano (486).

437. La serrata. — Per serrata si intende il rifiuto delle prestazioni dei lavoratori da parte di uno o più datori di lavoro, motivato da ragioni sindacali o politiche. Possono distinguersi in proposito la serrata *precontrattuale*, consistente nel rifiuto di operare le assunzioni necessarie per la ripresa di un'attività ad andamento periodico (487), la serrata *sospensiva*, consistente nel rifiuto in costanza di rapporto, con conseguente sospensione temporanea di una prestazione destinata in seguito a riprendere, e la serrata *risolutiva*, consistente nel recesso del datore da tutti i rapporti di lavoro inerenti a una determinata attività.

A differenza dello sciopero, la serrata non è prevista dalla nostra Costituzione come diritto di autotutela sindacale degli imprenditori: essa non vi è neppure nominata (488). Dopo un primo significativo *obiter dictum* contenuto in una sentenza del 1958 (489), la Corte costituzionale, chiamata nel 1960 a pronunciarsi sulla legittimità del 1° comma dell'art. 502 c.p., si è interrogata sul punto se, in mancanza di un riconoscimento costituzionale, «possa dirsi compatibile col sistema sancito dalla Costituzione quella norma penale che a suo tempo fu disposta contro la serrata a tutela del sistema corporativo» (490); e ha osservato che si tratta di «un quesito non diverso, in sostanza, da quello che sarebbe sorto per lo sciopero qualora, in ipotesi, si fosse ritenuto di dover omettere, come taluni opinavano, quella che fu poi la esplicita dichiarazione dell'art. 40». Ritenuto che la sanzione penale simmetricamente comminata contro le due forme di lotta sindacale fosse geneticamente e funzionalmente legata all'ordinamento corporativo, la Corte la ha dunque ritenuta incompatibile con il nuovo ordinamento (491), delineando in questo modo il nuovo quadro giuridico determinato dall'art. 40 Cost., caratterizzato da «una provvisorietà che attende una soluzione»: «Da un lato ... si ha un diritto di sciopero che è costituzionalmente garantito, ma per il quale è la stessa Costituzione a dichiarare la necessità di una legge regolatrice; dall'altro la serrata, la cui attuale posizione giuridica di atto penalmente lecito è piuttosto la oggettiva risultante di un sommovimento di sistemi che non l'effetto di una propria disciplina normativa. Spetta al legislatore il valutare la necessità di una tale disciplina, e di dettare anche per la serrata, nell'ambito della Costituzione, le norme che riterrà opportune» (492).

La Corte registra dunque l'inevitabile asimmetria nella tutela costituzionale dello sciopero rispetto a quella della serrata, già sottolineata dai primi commentatori della Carta (493), ma qualifica come provvisoria la situazione di assenza di

disciplina *di entrambe* le forme contrapposte di autotutela sindacale, affermando in tal modo esplicitamente la piena compatibilità con il nuovo ordinamento di una eventuale legge che attribuisca agli imprenditori, disciplinandolo, il diritto di serrata per fini contrattuali (494). L'anno dopo la *Carta sociale europea* riconosce, all'art. 6, il diritto non soltanto dei lavoratori, ma anche dei datori di lavoro, «ad azioni collettive in caso di conflitto di interesse»: la sua ratifica da parte dell'Italia (l. 3 luglio 1965 n. 929: v. § 15) costituisce a tutt'oggi l'unico intervento legislativo ordinario a cui possa farsi riferimento in materia di strumenti di autotutela sindacale degli imprenditori (495). Un riferimento assai esile, che non basta certo a far assurgere la serrata al rango di un diritto di autotutela datoriale, opponibile al diritto contrattuale del lavoratore alla continuità della prestazione lavorativa e della retribuzione. Esso produce tuttavia l'effetto di sottolineare la perdurante lacuna della nostra legislazione ordinaria su questa materia; e di legittimare, in questo contesto, le aperture giurisprudenziali di cui si è detto (§ 424) circa l'ammissibilità del blocco dell'attività aziendale nei casi in cui le forme di lotta particolarmente incisive adottate dai lavoratori, o addirittura la degenerazione violenta dello sciopero, facciano sì che la prestazione lavorativa offerta, del tutto inutilizzabile, sia destinata a svolgersi in pura perdita per l'imprenditore (496).

Pienamente legittima, se non altro come espressione della libertà costituzionale di intrapresa economica (che comprende anche la libertà di *non* intraprendere), quindi indipendentemente dal comportamento tenuto dai lavoratori, deve invece considerarsi la serrata consistente nel rifiuto di costituzione di nuovi rapporti di lavoro, anche quando si tratti di rapporti a termine stagionali con lavoratori titolari di diritto di precedenza per l'assunzione, in quanto già impiegati in precedenza presso la stessa impresa. Altrettanto deve a mio avviso affermarsi — ma non conosco precedenti giurisprudenziali sul punto — in riferimento alla serrata consistente nel licenziamento collettivo per effettiva cessazione dell'attività aziendale (nel rispetto delle relative procedure: § 540), anche quando il motivo di tale scelta sia costituito dalla ritenuta eccessività delle rivendicazioni presentate dai lavoratori e dalle azioni di lotta da questi poste in essere per sostenerle (497).

In nessun caso, però, l'esercizio della libertà di impresa può pregiudicare la garanzia dei servizi pubblici essenziali protetti dalla legge n. 146/1990 (§§ 430-432) (498): dove la cessazione dell'attività possa pregiudicare tale garanzia, deve ritenersi che l'imprenditore non possa ritirarsi dal mercato in assenza di altri operatori capaci di offrire almeno le prestazioni indispensabili, salvo che egli sia in grado di dimostrare un grave impedimento economico (ad esempio la situazione di insolvenza dell'impresa) o personale (ad esempio un proprio grave problema di salute, nel caso dell'impresa individuale).

Se quanto fin qui osservato ha fondamento, si può proporre il seguente quadro riepilogativo teorico, salve le incertezze giurisprudenziali irrisolte sul secondo e il terzo punto:

— la serrata *precontrattuale* è legittima, salva la garanzia delle prestazioni indispensabili nel settore dei servizi pubblici essenziali, in quanto esercizio della libertà (negativa) di impresa di cui all'art. 41 Cost.;

— la serrata *sospensiva* è illegittima, in quanto inadempimento contrattuale, quando essa non sia giustificata dagli effetti pregiudizievoli prodotti da forme particolari di lotta dei lavoratori (§ 424);

— la serrata *risolutiva* è legittima, in quanto anch'essa esercizio della libertà (negativa) di impresa, se attuata nelle forme corrette di un licenziamento collettivo, cui consegue l'effettiva cessazione dell'attività aziendale, salva anche in questo caso la garanzia delle prestazioni indispensabili nel settore dei servizi pubblici essenziali.

(1) Così G. Lavagnini, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1961, pp. 8-11 (v. anche p. 71). La stessa distinzione sostanziale, anche se con l'uso di termini diversi, diverse argomentazioni e talora una differente collocazione delle varie fattispecie di sospensione nell'una o nell'altra categoria, compare in Gio. Branca, *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*, Padova, 1971, pp. 64-129; P. Magno, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976, p. 277; T. Treu, *Onerosità e corresponsività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, pp. 271-355 e partic. pp. 272-282; Id., in *Commentario della Costituzione*, a cura di Gius. Branca, *Rapporti economici*, tomo I, Bologna-Roma, 1979, sub art. 36, pp. 143-144, nt. 23; F. Mazziotti, *Diritto del lavoro*, Pisa, 1979, pp. 718-719; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982, p. 349; R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, *CommSch*, 1992, partic. p. 19 (in riferimento alla malattia); v. inoltre gli scritti citt. nella nota seguente. V. invece una sottolineatura dell'analogia sostanziale tra i riposi periodici, gli «istituti per certi versi affini (quali il congedo matrimoniale e i permessi non retribuiti)» e le altre cause di sospensione della prestazione lavorativa in M. Bin, *Sospensione dal lavoro per sciopero parziale e adempimento dell'obbligazione lavorativa*, *RTDPC*, 1978, p. 87. Per un riepilogo del dibattito dottrinale e una trattazione generale della materia v. M. Rusciano, *Sospensione del rapporto di lavoro*, *EGT*, XXX, 1993.

(2) Così, ad esempio, le sospensioni del lavoro con ricorso alla Cassa integrazione guadagni sono trattate nel capitolo relativo alla disciplina dell'orario di lavoro e riposi, insieme alle sospensioni c.d. «fisiologiche» dell'attività lavorativa, in alcuni scritti del primo decennio post-bellico: v. L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. II, Milano, 1949, pp. 367-371; V. Cassi, *La durata della prestazione di lavoro*, vol. I, Milano, 1956, pp. 20-22; G. D'Eufemia, *L'orario di lavoro e i riposi*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da U. Borsi e F. Pergolesi, vol. III, *La disciplina organizzativa del lavoro*, Padova, 1959³, pp. 239-240; lo stesso fa R. Corrado per le sospensioni dell'attività lavorativa dovute all'adempimento di funzioni presso gli uffici elettorali (*Trattato di diritto del lavoro*, vol. III, Torino, 1969, pp. 195-196); tali sospensioni sono classificate come «pause fisiologiche», e quindi come pure e semplici «limitazioni alla durata della prestazione che il lavoratore deve eseguire», anche da Gio. Branca (*La sospensione ecc.*, cit. nella nota prec., p. 65), il quale si spinge a classificare in questa categoria pure il congedo matrimoniale, i permessi brevi (ivi, p. 70-77) e persino le astensioni dal lavoro di lunga durata conseguenti all'assunzione di cariche pubbliche elettive o sindacali (ivi, p. 66, nt. 23, e pp. 69-70, nt. 35; v. però l'ulteriore trattazione di questa fattispecie alle pp. 106-110); permessi e aspettative di lunga durata per motivi politici e sindacali sono equiparati alle «pause fisiologiche» e trattati nel relativo capitolo anche da G. Lavagnini, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota prec., pp. 83-87. Questi ultimi casi di astensione dal lavoro sono invece trattati da F. Santoro Passarelli (*Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1977²⁹, pp. 214-216) nel paragrafo

sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

(3) Gio. Branca, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 91-106: «La disposizione che determina la sospensione è quella che combina il divieto di recedere per il datore con le conseguenze che vengono riconosciute al rapporto, così rimasto in vita, nonostante l'impossibilità sopravvenuta di lavorare».

(4) Art. 2110 c.c. per i casi di malattia, infortunio, gravidanza e puerperio; artt. 2111 c.c., 52 Cost. e 77 del d.P.R. 14 febbraio 1964 n. 237 per i casi di chiamata alle armi; art. 51 Cost. per il caso di assunzione di cariche pubbliche elettive.

(5) Sulla questione della configurabilità di ipotesi di impossibilità *temporanea* o di impossibilità *parziale* della prestazione nel rapporto di lavoro v. §§ 516, lett. h.

(6) Cfr. L. Mosco, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione, Enc dir*, XX (1970), pp. 430-431: «Con le ipotesi [di impossibilità sopravvenuta] ... la dottrina quasi concordemente pone insieme delle altre ipotesi che, a dire il vero, hanno in comune con le prime solo l'effetto liberatorio.

Sicuramente diversa è la causa: ... in queste altre ipotesi non si tratta di vera e propria impossibilità; si tratta invece di un adempimento che è ancora possibile, ma che urterebbe contro interessi che sono superiori a quelli del creditore ...». La prevalenza di alcuni interessi della persona del debitore sull'interesse del creditore al normale svolgimento delle *operae* non è sconosciuta al diritto giustiniano: «nec audiendus est patronus, si poscit operas, quas vel aetas recusat vel infirmitas corporis non patiatur vel quibus institutum vel propositum vitae minuitur» (*Digesto*, XXXVIII, I, *De op. libert.*, § 17; v. anche ivi, § 16); dove «institutum vel propositum vitae» va inteso come «costume e tenore di vita»: siamo dunque ben lontani dalla categoria dell'impossibilità sopravvenuta. E infatti così esemplifica la dottrina romanistica già tre secoli or sono: «nam dum languet libertus, patrono operae, quae jam cedere coeperunt, pereunt, et si liberta, quae operas promisit, ad eam dignitatem pervenerit, ut inconveniens sit praestare patrono operas, vel coeperit major esse quinquaginta annis, aut in concubito nuptiisve patroni sui, intercidit in universum operarum obligatio» (J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, vol. II, Colonia, 1757, p. 476).

(7) V. soprattutto L. Mengoni, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro, RTDPC*, 1950, pp. 270-282, dove l'A. individua nella Costituzione — e in particolare negli artt. 51, 3° c., e 52, 2° c. — il fondamento di un principio speciale applicabile ai rapporti di lavoro, così formulato: «l'adempimento di un dovere collidente con l'obbligazione di lavoro e obiettivamente giudicato prevalente rispetto a quest'ultima costituisce causa di legittima sospensione o, a seconda dei casi, interruzione del rapporto di lavoro, il quale soggiace pertanto ai medesimi effetti della sopravvenuta impossibilità incolpevole della prestazione» (p. 273); dello stesso Mengoni v. sul punto *Il contratto di lavoro nel diritto italiano, ne Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Milano, 1965, pp. 473-474, dove la buona fede contrattuale ex art. 1375 c.c. viene indicata come criterio per l'individuazione del limite di esigibilità della prestazione lavorativa, a fronte di interessi superiori confliggenti. V. pure su questo punto A. Torrente, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore, RGL*, 1950, I, pp. 109-129, dove però (pp. 122 ss.) viene presa in considerazione soltanto l'ipotesi di impossibilità *parziale* della prestazione; F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, dove l'A. afferma che «data l'immanenza delle condizioni proprie del lavoratore nel contenuto della prestazione, va considerata *obiettiva*, ossia immediatamente attinente al detto contenuto, l'impossibilità determinata da un impedimento che incida sulla sua persona» (p. 47); T. Yamaguchi, *La theorie de la suspension du contrat de travail*, Parigi, 1963, pp. 73-75; in epoca più recente v. M.J. Vaccaro, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, 1983, la quale ritiene ascrivibili alla nozione di impossibilità le cause di sospensione di cui all'art. 2110 c.c. (partic. pp. 7-27), alla nozione di inesigibilità quelle di cui all'art. 2111 e alcune altre (partic. pp. 234-243). Per una rassegna e una valutazione critica degli orientamenti dottrinali prevalenti in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione v. C. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pp. 228-239 e partic. 232-233, dove l'A. propone una attenuazione del requisito dell'oggettività e assolutezza dell'impossibilità della prestazione, in funzione di una rivalutazione del criterio della diligenza intesa in senso marcatamente soggettivo.

(8) Cfr. G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, p. 350: «la propensione della dottrina verso la riduzione di ogni ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro all'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro conduce ad allargare questa figura ben oltre il significato lessicale dell'espressione usata e, in definitiva, non ha altro valore che non sia quello di un accostamento fra vera impossibilità e altre ipotesi di sospensione sul piano degli effetti».

(9) Cfr. F. Mazziotti, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 1, pp. 735-737, dove l'assunzione di carica pubblica o sindacale viene qualificata come caso (non di impossibilità ma) di *inesigibilità* della prestazione.

(10) V. però F. Mazziotti, *op. ult. cit.*, pp. 734-735, dove anche il servizio militare è classificato tra i casi di *inesigibilità* della prestazione di lavoro e non tra quelli di impossibilità sopravvenuta. Un accenno al servizio militare come motivo di sospensione della prestazione di lavoro — non giustificato, se l'arruolamento è volontario — si trova anche in un frammento di Papiniano: «Operis obligatus militiae nomen non sine iniuria patroni dabit» (*Digesto*, XXXVIII, I, § 43), dove il termine *militia* si riferisce, appunto, probabilmente all'arruolamento volontario e non al *dilectus*, o arruolamento forzato.

(11) Cfr. ancora L. Mosco, *op. e loc. cit.* nella nota 6.

(12) Sull'applicabilità dell'art. 1464 c.c. e non del 2° comma dell'art. 1256, nei casi di (vera) impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa, v. § 516, lett. h e ivi nota 183.

(13) È infatti questo, in definitiva, l'unico criterio sicuro di distinzione individuato dagli Autori citati nella nota 1 che hanno affrontato la questione: v. G. Lavagnini, *La sospensione ecc.*, pp. 71 ss.; Gio. Branca, *La sospensione ecc.*, pp. 67-69; P. Magno, *Le vicende modificative del rapporto ecc.*, pp. 276-279; T. Treu, in *Commentario della Costituzione*, sub art. 36, p. 144, nt. 23; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, p. 349.

(14) Cfr. sul punto C. cost. 18 dicembre 1987 n. 559, *RIDL*, 1988, p. 3: «Il descritto rilievo che alla tutela della salute va assegnato nell'ambito del rapporto di lavoro incide sulla definizione del punto di equilibrio tra i contrapposti interessi in esso dedotti e implica una *concezione della corresponsività diversa* ... Innanzitutto, l'assumere che il principio di corresponsività nel rapporto di lavoro si risolve meccanicamente, salvo deroghe eccezionali, in una relazione biunivoca tra prestazione lavorativa e retribuzione urta contro il concetto di retribuzione assunto dall'art. 36 Cost., che non è ... mero corrispettivo del lavoro, ma compenso del lavoro proporzionale alla sua quantità e qualità e, insieme, mezzo esclusivo per sopperire alle necessità vitali del lavoratore e dei suoi familiari ... Per realizzare tale funzione della retribuzione, il legislatore può provvedere *non solo mediante strumenti previdenziali e di sicurezza sociale*, ma anche imponendo determinate prestazioni all'imprenditore».

(15) L'evoluzione della legislazione lavoristica e della contrattazione collettiva dal 1969 in poi, individuando un giustificato motivo di astensione dal lavoro in svariate esigenze personali del lavoratore (di carattere familiare, culturale, sindacale o politico) non soltanto elementari, ha dato ragione a chi negli anni precedenti aveva sostenuto l'esistenza di un principio generale di *inesigibilità* della prestazione di lavoro quando questa collida con il pieno svolgimento della personalità del lavoratore (C. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 7, pp. 238-265; ivi ampi riferimenti alla dottrina italiana e tedesca sulla materia. Per un più limitato riferimento al concetto di *inesigibilità* della prestazione di lavoro v. F. Mazziotti, *loc. cit.* nelle note 9 e 10; il termine è invece utilizzato in una accezione parzialmente diversa, in quanto non legata al concetto di sopravvenienza, da E. Ghera, *Diritto del lavoro*, 2000⁷, p. 213 («l'orario funge da limite massimo di esigibilità della prestazione di lavoro»); in riferimento alla cura della salute del lavoratore aderisce alla tesi della *inesigibilità* della prestazione G. Pera, *L'assenza dal lavoro per accertamenti clinici*, cit. nella nota 94. Un riferimento al concetto di *inesigibilità*, limitato però soltanto agli «obblighi preparatori» del lavoratore, in F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit. nella nota 7, pp. 158-166 e in particolare pp. 165-166.

(16) La validità della sospensione consensuale — espressione della sovranità dell'autonomia privata individuale in una materia quale è quella del tempo di lavoro al di sotto del limite massimo, nella quale non è possibile stabilire in astratto che cosa sia *melius* e che cosa *peius* per il lavoratore e dunque non si può attribuire alcuna inderogabilità al «tempo standard» di lavoro (§ 310) — è quasi unanimemente riconosciuta dalla dottrina: v. fra i primi in tal senso Gio. Branca, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, p. 108; G. Ardaù, *Manuale di diritto del lavoro*, II, Milano, 1972, pp. 1093-1094; P. Magno, *Le vicende modificative ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 279-280; L. Riva Sanseverino, *Sospensione del rapporto di lavoro e computo dell'anzianità* (nota a Cass. 6 giugno 1979 n. 3223), *MGL*, 1980, pp. 254-255; ultimamente O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002, p. 543. In senso contrario v. soltanto la voce isolata di M.V. Ballestrero, *Orario di lavoro, Enc dir*, XXX (1980), p. 624. In giurisprudenza, nel senso della piena

- validità della clausola di sospensione consensuale, v. Cass. 29 agosto 1976 n. 2288, mass.; Cass. 6 giugno 1979 n. 3223 cit. sopra; Cass. 9 luglio 1983 n. 4658, *RIDL*, 1984, II, p. 218; Cass. 19 luglio 1994 n. 6723, *RIDL*, 1995, II, p. 571, con nota di A. Pizzoferrato, *Note in tema di sospensione convenzionale del rapporto di lavoro* (ivi ulteriori riferimenti); e ultimamente, a contrario, Cass. 10 aprile 2002 n. 5101, *LG*, 2002, p. 1000. Sulla pattuizione della sospensione in sede collettiva v. § 369 e ivi nota 48, nonché § 373 e ivi nota 80.
- (17) Così, invece, l'orientamento tradizionale della dottrina: v. soprattutto A. Torrente, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, cit. nella nota 7, pp. 122-123; L. Mengoni, *Note sull'inadempimento involontario ecc.*, cit. nella stessa nota, particolarmente pp. 281-282; F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit. nella stessa nota, pp. 14-15.
- (18) Così G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, p. 348: «Si deve dunque propriamente parlare di sospensione non del rapporto di lavoro, ma soltanto dell'obbligazione di lavoro, ed eventualmente delle altre singole posizioni giuridiche per le quali, nelle varie ipotesi, è stabilito che temporaneamente vengano meno». In precedenza, sul terreno di un'indagine comparatistica, T. Yamaguchi, *La The'orie de la suspension ecc.*, cit. nella nota 7: «la suspension n'interrompt pas le cours du contrat» (p. 101).
- (19) V. in questo senso Cass. 26 marzo 1982 n. 1892, *OGL*, 1982, p. 405. In dottrina P. Magno, *Le vicende modificative ecc.*, cit. nella nota 1, p. 283.
- (20) V. ancora P. Magno, *loc. ult. cit.*
- (21) In senso contrario all'esistenza nel nostro ordinamento di una regola generale di «conversione» della causa di sospensione della prestazione lavorativa nel caso di sopravvenienza di un impedimento di natura diversa v. le numerose sentenze riferite alla questione se il lavoratore abbia o no diritto a trasformare il titolo dell'astensione dal lavoro dalla malattia alle ferie annuali, al fine di evitare il licenziamento allo scadere del termine di compimento: § 347 e ivi note 189 e 190.
- (22) Per un caso di questo genere v. Cass. 26 marzo 1998 n. 3209, *RIDL*, 1999, II, p. 127, con nota di G. Mammone, *Sospensione cautelare del lavoratore sottoposto a processo penale e diritto alla retribuzione*.
- (23) V. in questo senso recentemente Cass. 16 novembre 2000 n. 14828, *OGL*, 2001, p. 18. Sostanzialmente nello stesso senso, in relazione a fattispecie analoga, v. anche Cass. 8 luglio 1992 n. 8327, *RIDL*, 1993, II, p. 821, con nota di L. Tamborini, *Sciopero in giorno ex-festivo e permesso retribuito*.
- (24) V. pur con argomentazione parzialmente diversa da quella proposta nel testo, R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, pp. 532-535.
- (25) V. in questo senso P. Brescia 18 ottobre 1979, *DL*, 1980, II, p. 482; P. Treviglio 29 ottobre 1979, *OGL*, 1980, p. 626; T. Bergamo 14 marzo 1984, *L80*, 1984, p. 619; P. Treviso 11 giugno 1987, *OGL*, 1988, p. 82.
- (26) V. Cass. 23 aprile 1982 n. 2522, *RGL*, 1982, p. 565, con nota di S. Iasi, *Alcuni spunti ricostruttivi in tema di indennità di malattia e sospensione del rapporto*, *FI*, 1982, I, c. 2487, con nota di M. Buoncristiano, *RIDL*, 1983, II, p. 50, con nota di I.A. Santangelo, *Un'ipotesi di esclusione sinallagmatica nel contratto di lavoro sospeso*; Cass. 13 giugno 1984 n. 3529, *OGL*, 1984, p. 1072; P. Matera 19 giugno 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 675, con nota di V.A. Poso.
- (27) Nel § 347, cui si rinvia anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in proposito.
- (28) C. cost. 30 dicembre 1987 n. 616, cit. nella nota 182 al § 347.
- (29) In argomento v., anche per i riferimenti giurisprudenziali, R. Diamanti, *Indennità di malattia e provvedimenti amministrativi in tema di Cassa integrazione guadagni*, nota a P. Reggio Emilia 30 gennaio 1990, *RIDL*, 1991, II, pp. 153-157; S. Catalano, *Il trattamento della Cassa integrazione guadagni ordinaria (anche in rapporto alle varie vicende del rapporto di lavoro)*, in *Diritto del lavoro*, commentario dir. da F. Carinci, III. *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. Miscione, Torino, 1998, pp. 59-66.
- (30) Cass. 20 marzo 1992 n. 3489, *RIDL*, 1993, II, p. 198, con nota di D. Manassero, *Cassa integrazione «assistenziale» e festività infrasettimanali*; Cass. 1° giugno 1992 n. 6592, *RIDL*, 1993, II, p. 306, con nota di O. Papini, *Cassa integrazione guadagni e festività infrasettimanali*. In argomento v. anche R. Diamanti, *Cassa integrazione e festività*, nota a P. Salerno 12 ottobre 1988, *RIDL*, 1989, II, pp. 483-484.
- (31) In riferimento all'ordinamento precedente alla riforma del 1982 v. l'ampia trattazione di M.J. Vaccaro, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 7, pp. 215-300. V. inoltre S. Saetta, *L'anzianità di servizio del prestatore di lavoro nell'evoluzione storico-giuridica*, *RDL*, 1970, I, pp. 318-366; Id., *L'anzianità come fatto giuridico*, *RDL*, 1974, I, pp. 210-278. Per uno studio sul rilievo che l'anzianità di servizio ha assunto alle origini del diritto del lavoro, nella formazione della disciplina dell'impiego pubblico e privato, v. F. Carinci, *L'anzianità nel rapporto di lavoro. I. Profili storico-critici*, Bologna, 1974.
- (32) Nella Convenzione O.I.L. sulle ferie retribuite n. 132/1970 (v. nota 150 al § 343), che sostituisce la precedente n. 52/1936, è stata eliminata la disposizione secondo la quale «La dure'e du conge' annuel paye' doit s'accroître progressivement avec la dure'e du service, selon des modalite's a' fixer par la le'gislation nationale» (Conv. n. 52, art. 2, 5° c.). Su questa disposizione e sulle difficoltà relative alla sua applicazione in alcuni Stati v. Bureau International du Travail, *Les conge's paye's*, Ginevra, 1968, pp. 36-39 e 77-78, dove già emerge l'orientamento ad abbandonare la regola del progressivo aumento del diritto alle ferie in funzione dell'anzianità di servizio.
- (33) La disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 2110 in riferimento all'assenza per malattia era fin dall'inizio applicabile anche al caso di richiamo alle armi, a norma dell'art. 2111, ma non al caso di aspettativa per servizio militare di leva: v. § 415; senonche' la Consulta, con la sentenza 16 febbraio 1963 n. 8 (*RGL*, 1963, II, p. 1) ha ritenuto che la garanzia della «posizione di lavoro del cittadino» contenuta nell'art. 52 Cost., 2° c., dovesse essere intesa come garanzia della maturazione dell'indennità di anzianità anche nel caso del servizio militare di leva. In seguito, in riferimento al rapporto di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, l'art. 20 della legge 24 dicembre 1986 n. 858, oggetto di interpretazione autentica ad opera dell'art. 7, c. 1°, della legge 30 dicembre 1991 n. 412, ha confermato che «il periodo di servizio militare è valido a tutti gli effetti per l'inquadramento economico e per la determinazione dell'anzianità lavorativa ai fini del trattamento previdenziale del settore pubblico». In argomento v. anche Cass. 19 novembre 2001 n. 14482, *RIDL*, 2002, II, p. 869, con nota di C. Ponari, *Incidenza del servizio militare di leva sull'anzianità di servizio del lavoratore*, dove la Corte ha affermato la computabilità del periodo di servizio di leva nell'anzianità di servizio ai fini della progressione di carriera, a condizione che la promozione sia collegata esclusivamente all'anzianità e non alla prestazione lavorativa effettiva.
- (34) Sul carattere non eccezionale delle norme contenute nell'art. 2110 c.c. v. F. Mazziotti, *Profili generali dell'anzianità nel rapporto di lavoro*, *RIDL*, 1982, I, partic. pp. 467-468. Proprio l'opposta considerazione di queste norme come derogatorie della disciplina generale in materia di impossibilità sopravvenuta è posta invece da L. Riva Sanseverino (*Sospensione del rapporto di lavoro e computo dell'anzianità*, cit. nella nota 16) a fondamento della tesi secondo cui l'anzianità non matura se non nei casi di sospensione in cui ciò è espressamente previsto dalla legge o dal contratto; nello stesso senso Cass. 6 giugno 1979 n. 3223, cui si riferisce la nota testé citata; sulla stessa sentenza v. però anche il commento parzialmente dissenziente di S. Saetta, *Sospensioni del rapporto di lavoro non espressamente disciplinate e anzianità*, ivi, pp. 56-62.
- (35) V. in proposito tutti gli scritti citati nelle note seguenti. In senso contrario v. soltanto la voce isolata e assai risalente nel tempo di T. Cherchi, *La Cassa per l'integrazione dei guadagni degli operai dell'industria*, Milano, 1958, partic. pp. 196-204.
- (36) G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, pp. 234-235. L'A. prosegue osservando che tale deroga eccezionale «non autorizza» a porre in dubbio la applicabilità al rapporto di lavoro né dei principi di diritto comune in generale, né di quelli sulla mora del creditore in particolare», nei casi in cui non sia previsto l'intervento della C.i.g. Per una costruzione sostanzialmente analoga v. M. Miscione, *Cassa integrazione e tutela della disoccupazione*, Napoli, 1978, partic. p. 178, dove l'A. afferma che «l'esclusione del diritto comune ... se da un lato comporta in favore dell'imprenditore un potere unilaterale — che altrimenti non gli competerebbe — di sospendere o ridurre, dall'altro comporta in favore dei lavoratori un divieto di licenziamento, che altrimenti sarebbe certamente possibile». V. anche P. Magno, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, cit. nella nota 1, p. 283, dove si parla di una «impossibilità corrispondente ... ad esigenze riconosciute meritevoli di tutela», risultante «dalla disciplina della Cassa integrazione guadagni». Una impostazione analoga è ravvisabile in Cass. 6 gennaio 1982 n. 29, *RIDL*, 1982, II, p. 539 e partic. p. 546.
- (37) E. Ghera, *L'integrazione dei guadagni degli operai dell'industria e la sospensione del rapporto di lavoro*, *RGL*, 1965, I, pp. 169-177 e 268-274.

A proposito di questo scritto G. Ghezzi (*op. cit.* nella nota prec., p. 235 in nota) parla di «una sostanziale concordanza di vedute» rispetto al proprio, quasi contemporaneo: ciò che può sorprendere, poiché mentre il primo invidia nella sospensione consensuale il fondamento dell'esclusione della *mora accipiendi* del datore di lavoro, il secondo lo individua invece — come si è visto sopra — nell'eccezionale equiparazione della crisi aziendale all'impossibilità sopravvenuta; ma la significativa concordanza tra i due Autori concerne l'intero discorso (che precede le due differenti conclusioni e che nel 1965 non era per nulla pacifico) circa l'inesistenza di un indiscriminato *ius variandi* dell'imprenditore in materia di estensione temporale della prestazione dell'operaio e l'applicazione rigorosa al rapporto di lavoro dei principi generali in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione o della collaborazione e di *mora accipiendi*.

(38) M. Magnani, *Garanzia del salario e stabilità del rapporto di lavoro*, RGL, 1978, I, particolarmente pp. 167-175; L. Mariucci, *I licenziamenti «impossibili»: crisi aziendali e mobilità del lavoro*, RTDPC, 1979, partic. pp. 1374-1383. Sulla stessa linea si colloca, se intendo bene il suo pensiero, G. Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, pp. 173-180.

(39) M. D'Antona, *L'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni nelle crisi aziendali: interessi pubblici, collettivi, individuali*, RGL, 1983, I, pp. 35-40: «l'intervento pubblico coniugato con un controllo sindacale sviluppatosi in forme congrue ed esplicite costituisce un motivo legittimo ex art. 1206, che esclude la riconducibilità [alla situazione-base della sospensione del lavoro] degli effetti retributivi della mora del creditore».

(40) M.V. Ballestrero, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Milano, 1985: «L'effetto liberatorio [di cui beneficia il datore di lavoro rispetto all'obbligo contrattuale di retribuzione che altrimenti graverebbe su di lui anche in riferimento alla prestazione lavorativa da lui stesso rifiutata a causa della situazione di difficoltà aziendale] è un prodotto dell'applicazione del diritto speciale (disciplina delle integrazioni salariali) nel corpo del diritto comune che regola il contratto di lavoro e la sua esecuzione. Il diritto speciale conferisce all'autorità amministrativa (competente ad autorizzare le integrazioni salariali ordinarie o straordinarie) il potere di modificare le regole dell'esecuzione del contratto, autorizzando sospensioni/riduzioni di orario non retribuite, di cui accolla alla Cig buona parte dell'onere finanziario. L'autorizzazione è costitutiva: della liberazione del datore di lavoro dall'obbligo di ricevere e retribuire le prestazioni lavorative; del debito della Cig per le integrazioni salariali» (p. 430). La monografia di M.V.B. si segnala anche per l'ampia e chiara rassegna degli orientamenti dottrinali precedenti sulla materia.

(41) In questo senso v. soprattutto M. Cinelli, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Milano, 1982, partic. pp. 140-148. In precedenza una impostazione analoga era stata proposta da M. Pedrazzoli, *Gli interventi straordinari della Cassa integrazione guadagni nella cornice degli ausili all'impresa*, RGL, 1973, I, pp. 545-572, dove si denunciava la «illegittimità onnipervadente della prassi» in questa materia.

(42) La tesi di G. Ghezzi (v. nota 36), riferita alla disciplina della C.i.g. vigente nel 1965, sarebbe comunque del tutto improponibile in un ordinamento che ammette il ricorso alla Cassa anche in ipotesi di ristrutturazione aziendale, nelle quali la sospensione dell'attività lavorativa può essere programmata dall'imprenditore addirittura con molti mesi di anticipo e nelle quali pertanto l'elemento della volontarietà prevale nettamente su quello della *difficultas accipiendi*.

(43) La costruzione inizialmente proposta da E. Ghera (v. nota 37) è stata sottoposta a una critica assai convincente da M. Cinelli (*op. cit.* nella nota 41, pp. 128-140); lo stesso Ghera, del resto, sembra avere successivamente abbandonato la tesi della sospensione consensuale come presupposto della liberazione del datore di lavoro dall'obbligo retributivo nei casi di interventi della C.i.g.: v. E. Ghera, F. Liso, *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, *Enc dir.*, vol. XXVI (1976), p. 984.

(44) V. in questo senso C. cost. 9 dicembre 1991 n. 439, *RIDL*, 1992, II, p. 512, con nota di L. Marra, *La Cassa integrazione al vaglio della Corte costituzionale*.

(45) Può dirsi consolidato l'orientamento giurisprudenziale nel senso della natura costitutiva del provvedimento di concessione v. Cass. S.U. 20 giugno 1987 n. 5454, *GC*, 1987, I, p. 2841; Cass. S.U. 20 giugno 1987 n. 5456, *FI*, 1988, I, c. 2201, con cospicua nota di M. D'Antona, M.T. Salimbeni, *Glossario giurisprudenziale della Cassa integrazione guadagni*; Cass. 10 marzo 1998 n. 2635, cit. nella nota 78; Cass. 19 dicembre 1998 n. 12735, *RIDL*, 1999, II, p. 741, con nota di G. Bolego, *Sulla revoca con efficacia retroattiva del provvedimento di ammissione alla Cassa integrazione guadagni*; Cass. S.U. 15 luglio 1991 n. 7873, *mass.*; più recentemente Cass. S.U. 5 febbraio 1999 n. 30, *mass.*, e Cass. S.U. 23 novembre 1999 n. 823, *MGL*, 2000, p. 560, con nota adesiva di E.M. Barbieri, *Considerazioni sulla revoca dell'ammissione alla C.i.g.* V. Anche C. cost. n. 439/1991, cit. nella nota prec., dove in sostanza si afferma che il legislatore, come per un verso è libero nell'individuazione delle cause di intervento della Cassa e di corrispondente liberazione del datore dall'obbligo retributivo, è libero per altro verso anche nell'affidare all'organo amministrativo l'accertamento circa la sussistenza dei requisiti per la concessione dell'intervento stesso.

(46) V. ancora Cass. S.U. 23 novembre 1999 n. 823, cit. nella nota prec.

(47) Cfr. G. Napolitano, *Il nuovo regime della integrazione salariale (legge 23 luglio 1991 n. 223)*, Napoli, 1992, pp. 50-51: «oltre alla verifica della fattispecie generatrice del potere sospensivo, al giudice è consentito accertarne la legittimità dell'uso concreto, sia sotto il profilo della congruità causale della sospensione del singolo rapporto rispetto alla causa integrabile, che in relazione all'osservanza dei principi di buona fede e correttezza».

(48) Cfr. Cass. 19 luglio 1994 n. 6723, cit. nella nota 16: «Gli accordi che dispongono la sospensione del rapporto di lavoro in determinati periodi dell'anno, in concomitanza con eventuali rallentamenti dell'attività aziendale, sono da considerarsi legittimi, purché non subordinino la loro operatività all'unilaterale volontà del datore di lavoro»; Cass. 2 marzo 2000 n. 6928 (*RGL*, 2001, II, p. 62, con nota di E. Giancotti, *Regolarità formale e sostanziale nel lavoro c.d. flessibile*): «La clausola del contratto collettivo che configuri in capo al datore di lavoro quel potere di sospensione, al di fuori delle ipotesi [di intervento della Cassa integrazione, di accordo individuale specifico, caso fortuito o forza maggiore] e agganciato invece alla sua sola volontà, è qualificabile come condizione meramente potestativa, e perciò nulla». Nello stesso senso v. già, in dottrina, G. Ghezzi, *La mora del creditore ecc.*, cit. nella nota 36, pp. 223-224. V. anche nota 80 al § 373.

(49) V. in questo senso ancora Cass. 19 luglio 1994 n. 6723, cit. nella nota 16.

(50) Sulla genesi bellica e l'evoluzione della Cassa integrazione guadagni nei primi due decenni del dopoguerra v. G. Miuccio, *Cassa integrazione guadagni*, Milano, 1970, pp. 9-16.

(51) Al trattamento speciale di disoccupazione non si applica, però, il meccanismo di parziale indicizzazione in relazione all'inflazione previsto per l'integrazione salariale straordinaria dall'art. 1, c. 5°, della l. 19 luglio 1994 n. 451: nel senso della legittimità costituzionale di questa disparità v. C. cost. 9 giugno 2000 n. 184, *RGL*, 2001, II, p. 247, con nota di A. Mazziotti, *Superamento della scala mobile e adeguamento al costo della vita delle prestazioni di mobilità*.

(52) Nel senso che la disciplina dell'intervento straordinario della Cassa modifica per questo aspetto la posizione di privilegio degli impiegati rispetto agli operai, con la conseguenza che deve escludersi l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere ai primi la differenza tra l'integrazione salariale e la retribuzione piena, v. l'argomentazione svolta da M.V. Ballestrero, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, cit. nella nota 40, pp. 451-458, cui aderiranno pressoché unanimemente dottrina e giurisprudenza successive.

(53) Sull'evoluzione della disciplina dell'intervento straordinario della C.i.g. dalla legge del 1968 alla meta degli anni '80 v. M. Magnani, *La mobilità interaziendale del lavoro. Profili giuridici*, Milano, 1984, pp. 23-46.

(54) V. i dati in proposito forniti nel mio saggio *Il collocamento impossibile*, Bari, 1982, pp. 24-26.

(55) Per una esposizione e definizione dettagliata del campo nel quale può essere disposto l'intervento straordinario della Cassa v. E. Grippo, *Il campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria*, in *Diritto del lavoro*, commentario dir. da F. Carinci, III, cit. nella nota 29, pp. 94-101; ivi gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(56) Sulle nozioni di temporaneità e di involontarietà della situazione di crisi occupazionale v., anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, l'ampia trattazione di M.V. Ballestrero, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, cit. nella nota 40, pp. 33-55 e 195-203; ivi anche la trattazione della questione del licenziamento sopravvenuto nel corso del periodo di godimento dell'intervento della Cassa. Inoltre, più recentemente, M. Miscione, *Le cause di intervento*, in *Diritto del lavoro*, cit. nella nota prec., pp. 42-49.

(57) V. in proposito, anche per gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali S. Catalano, *Il campo di applicazione della Cassa integrazione*

guadagni ordinaria, in *Diritto del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 29, pp. 3-14.

(58) Dalla seconda metà degli anni '80 l'orientamento giurisprudenziale in questo senso può dirsi consolidato: v. le sentenze citate nella nota 45.

Nello stesso senso (discrezionalità della concessione, anche dell'intervento ordinario, «sia in ordine al se', sia in ordine al come (durata) delle integrazioni salariali») v. M.V. Ballestrero, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, cit. nella nota 40, pp. 430-431. Per un caso nel quale è stata confermata la carenza di giurisdizione del giudice ordinario nella controversia che vedeva i lavoratori interessati al diniego dell'intervento della Cassa, v. Cass. S.U. 4 aprile 2000 n. 99, mass. V. però, nel senso del diritto soggettivo alla concessione dell'intervento ordinario della Cassa nel settore agricolo, in considerazione della specialità della relativa disciplina, Cass. 4 gennaio 1993 n. 6, mass., e Cass. S.U. 12 novembre 1999 n. 1993, mass.

(59) Cass. S.U. 3 febbraio 1995 n. 1311, mass. La posizione del datore e dei prestatori di lavoro nei confronti dell'amministrazione pubblica torna, ovviamente, a essere di interesse legittimo nel caso di revoca del provvedimento di concessione: v. Cass. 23 novembre 1999 n. 823, cit. nella nota 45.

(60) Sui limiti in cui il maltempo può costituire causa di esonero dal contributo addizionale v. T. Torino 19 gennaio 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 108, con nota di L. Calafà. *Cassa integrazione guadagni ordinaria ed esonero dal contributo addizionale in caso di maltempo*.

(61) V. in proposito F. Santoni, *I trattamenti di Cassa integrazione per i lavoratori agricoli*, in *Integrazioni salariali eccedenze di personale e mercato del lavoro. Commento sistematico alla l. 223/1991*, a cura di G. Ferraro, F. Mazziotti, F. Santoni, Napoli, 1992, pp. 75-84: ivi in appendice ulteriori riferimenti bibliografici in argomento.

(62) V. in proposito N. Rizzo, *L'integrazione salariale nel settore dell'edilizia*, in *Integrazioni salariali ecc.*, a cura di G. Ferraro, F. Mazziotti, F. Santoni, cit. nella nota prec., pp. 63-73.

(63) D.l. 30 gennaio 1976 n. 9, convertito nella legge 29 marzo 1976 n. 62, art. 1; legge 28 novembre 1980 n. 784, art. 1. L'ultima proroga del trattamento, a quanto mi consta, è stata disposta con l'art. 2 del d.l. 29 marzo 1991 n. 108, convertito nella legge 1° giugno 1991 n. 169.

(64) V. in proposito i commenti della legge n. 223/1991 di G. Ferraro, *Le integrazioni salariali*, in *Integrazioni salariali eccedenze di personale ecc.*, a cura di G. Ferraro, F. Mazziotti e F. Santoni, cit. nella nota 61, pp. 3-62; M. De Luca, «Nuove» integrazioni salariali straordinarie e procedure concorsuali, ne *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa. Commentario alla L. 23 luglio 1991 n. 223*, a cura di M. Cinelli, Torino, 1993, pp. 51-84; R. Romei, *Impresa in crisi e Cassa integrazione*, ivi, pp. 120-123. Ma v. ora anche il bilancio che dei primi anni di applicazione della legge trae — non soltanto sul piano teorico — R. Del Punta, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, ne *I licenziamenti collettivi, QDLRI*, 1997, n. 19: «La "linea del Piave" di una Cigs definitivamente depurata dai suoi abusi funzionali, e circoscritta alla gestione delle situazioni di crisi reversibile, ha ceduto in molti, troppi punti, e non soltanto a causa delle prevedibili degenerazioni amministrative, ma per effetto precipuo dei correttivi introdotti da un legislatore troppo (ma chi può dirlo?) spaventato dalla recessione» (p. 11).

(65) L'art. 8, 2° c., del d.l. 21 marzo 1988 n. 86, convertito nella legge 20 maggio 1988 n. 160, interpretato autenticamente dall'art. 3 del d.l. 29 marzo 1991 n. 108, convertito nella legge 1° giugno 1991 n. 169, ha abrogato la possibilità di intervento straordinario per crisi settoriale o locale, che era stata introdotta dalla legge n. 675/1977. Sulle cause di intervento straordinario della Cassa v. S. Vergari, *Cause d'intervento, procedure e durata*, in *Diritto del lavoro*, commentario dir. da F. Carinci, III, cit. nella nota 29, pp. 101-121; ivi gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(66) Cass. 2 settembre 1996 n. 8024, *RIDL*, 1997, II, p. 509, che conferma T. Bologna 17 luglio 1993, ivi, 1994, II, p. 517, con nota di P.

Lambertucci, *Cassa integrazione straordinaria e requisito dell'anzianità di servizio*.

(67) Cfr. in proposito G. Ferraro, *Le integrazioni salariali*, in *Integrazioni salariali ecc.*, cit. nella nota 61, partic. pp. 32-35, dove tra l'altro si cita il d.m. 23 maggio 1991, emanato in attuazione della l. n. 241/1990 sulla trasparenza amministrativa, che ha fissato in 210 giorni il termine per la concessione dell'intervento straordinario della Cassa.

(68) Sulla natura costitutiva del provvedimento di concessione dell'intervento della Cassa v. § 369 e ivi partic. nota 45.

(69) In argomento v. G. Bommarito, *I criteri di selezione del personale da porre in Cig: le scarse novità legislative ed il rischio del successivo inserimento in mobilità*, ne *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, a cura di M. Cinelli, cit. nella nota 64, pp. 124-127.

(70) Nel senso che in questo caso la mancata applicazione della rotazione non determina automaticamente l'illegittimità della sospensione v. P. Lodi 20 luglio 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 312, con nota di M. Bartesaghi, *Sull'obbligo della rotazione nella Cassa integrazione straordinaria*. In riferimento alla disciplina previgente v. P. Milano 6 agosto 1984, *GC*, 1984, p. 3418, con nota di R. Del Punta, *Problemi vecchi e nuovi sui criteri di scelta dei «cassintegrati». Il criterio della rotazione*. In senso contrario (illegittimità della sospensione attuata in violazione del criterio di rotazione dal quale l'imprenditore non sia stato esonerato con decreto ministeriale) v. A. Vallebona, *Il licenziamento collettivo per riduzione del personale*, ne *Il fattore occupazionale ecc.*, a cura di M. Cinelli, cit. nella nota 64, p. 145.

(71) Dopo un periodo iniziale di incertezze giurisprudenziali su questo punto (v. in proposito F. Bano, *Rimane aperta la questione sulla sussistenza di un obbligo di rotazione per le imprese ammesse alla C.i.g.s.*, nota a T. Roma 8 gennaio 1997, *RIDL*, 1997, II, pp. 512-515), la Corte di cassazione ha preso partito con decisione nel senso indicato nel testo: v. Cass. 17 marzo 1998 n. 2882, *RIDL*, 1999, II, p. 110, con nota di A. Pizzoferrato, *Omessa comunicazione sindacale dei criteri di scelta dei lavoratori da porre in C.i.g.s. e conseguenze sul piano dei rapporti di lavoro*; Cass. S.U. 11 maggio 2000 n. 302, *RGL*, 2001, II, p. 118 con nota di R. Muggia e S. Veraldi, *Cassa integrazione e licenziamenti collettivi al vaglio delle Sezioni unite*; ivi, p. 140, con nota di C. Ogriseg, *Violazione di obblighi procedurali e illegittimità della Cigs e del licenziamento collettivo*; inoltre *RIDL*, 2001, II, p. 777, con nota di M.P. Monaco, *Sezioni unite della Corte di cassazione e interpretazione sistematica degli artt. 1, 7° c., e 8, l. n. 223/1991: l'aggiunta del «non detto»*. In senso parzialmente contrario si era ripetutamente pronunciato in precedenza il Tribunale di Milano (v. ad es. la sent. 29 marzo 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 146, con nota di P. Tullini, *Sull'obbligo di comunicazione dei criteri di scelta ecc.*), il cui orientamento era stato fatto proprio da Cass. 8 ottobre 1996 n. 8788, *RIDL*, 1997, II, p. 328, con nota di A. Bellavista, *Cassa integrazione straordinaria e procedura di partecipazione sindacale*.

(72) In questo senso P. Milano 3 novembre 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 825, con nota di O. Bonardi, *Sui limiti del controllo giudiziale sulla scelta dei lavoratori da collocare in Cassa integrazione* (ivi i riferimenti ai numerosissimi interventi dottrinali e precedenti giurisprudenziali in argomento); Cass. S.U. 13 ottobre 1993 n. 10112, cit. nella nota seg. Nel senso della legittimità del criterio che privilegia nella scelta i lavoratori la cui famiglia gode di un solo reddito v. Cass. 5 aprile 1993 n. 4084, *RIDL*, 1994, II, p. 503, con nota di T. Bianconcini, *Cassa integrazione: accordi gestionali, rotazione e criteri di scelta dei lavoratori da sospendere dopo le leggi 223/1991 e 236/1993*.

(73) Cass. S.U. 13 ottobre 1993 n. 10112, *RIDL*, 1994, II, p. 376, con nota di O. Bonardi, *Sull'età pensionabile quale criterio di scelta dei lavoratori da collocare in C.i.g.*

(74) V. in questo senso Cass. 15 maggio 1987 n. 4486, *RIDL*, 1988, II, p. 454. V. in proposito anche M. Frediani, *Procedure di consultazione ed accordo sindacale*, in *Diritto del lavoro*, commentario dir. da F. Carinci, III, cit. nella nota 29, pp. 20-29 e 87-93; ivi gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(75) Cfr. sul punto Cass. 10 marzo 1998 n. 2635, cit. nella nota 78.

(76) In proposito v. ora anche il d.P.R. 5 maggio 2000.

(77) V. in questo senso ultimamente T. Milano 5 marzo 2002, *OGL*, 2002, p. 151.

(78) Così Cass. 10 marzo 1998 n. 2635 (*RIDL*, 1999, II, p. 85, con nota di A. Lassandari, *Sulla natura dell'accordo sindacale in materia di Cassa integrazione guadagni*); in precedenza nello stesso senso Cass. 10 maggio 1995 n. 5090, *RIDL*, 1996, II, p. 387, con nota di M. Caro, *Natura ed effetti degli accordi aziendali in materia di C.i.g.s.*

(79) Cass. 2 marzo 1990 n. 1618, *RIDL*, 1990, II, p. 884, con nota di V.A. Poso, *Le «clausole di rientro» dalla Cassa integrazione di nuovo all'esame della Corte di Cassazione*.

(80) Così, tra le numerose altre, Cass. 10 maggio 1995 n. 5090, cit. nella nota 78.

(81) Cass. 29 novembre 1989 n. 5235, *RIDL*, 1990, II, p. 428, con nota di V.A. Poso. Per una interpretazione della disciplina previgente della materia, molto meno severa nei confronti del lavoratore, v. P. Livorno 22 novembre 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 488.

- (82) P. Rivarolo Canavese 5 marzo 1983, *OGL*, 1983, pp. 1188.
- (83) T. Roma 20 luglio 1982, *TR*, 1982, p. 592, che ha ritenuto giustificato il licenziamento del lavoratore non ripresentatosi al lavoro.
- (84) È del 1979 la prima sperimentazione nel Regno Unito, a iniziativa del Governo, del *Temporary Short-Time Working Compensation Scheme*, tendente ad arginare i licenziamenti collettivi per riduzione del personale mediante la riduzione dell'orario di lavoro contrattata al livello aziendale, per la durata di un anno (successivamente ridotta a sei mesi), con garanzia per i lavoratori del 75% della retribuzione corrispondente all'orario pieno e accolto all'erario della differenza rispetto alle retribuzioni corrispondenti al lavoro effettivo. In Francia un intervento pubblico ispirato alla stessa idea ha incominciato a essere sperimentato con l'istituzione del *contrat de solidarite'* (*ordonnance* 16 gennaio 1982 n. 40, seguita dal decreto 16 dicembre 1982 n. 1055), mediante il quale lo Stato erogava un contributo all'impresa che attuasse, d'accordo con le rappresentanze sindacali, una consistente riduzione d'orario in funzione della difesa o incremento del proprio livello di occupazione.
- (85) La precisazione circa la possibilità delle tre diverse forme di riduzione dell'orario, che deve considerarsi quale interpretazione autentica della norma originaria, è contenuta nel primo comma dell'art. 5 della legge 19 luglio 1993 n. 236.
- (86) V. in questo senso soprattutto Cass. S.U. 15 giugno 1994 n. 5790, *RIDL*, 1995, II, p. 218, con nota dissenziente di C. Rucci, *La Cassa integrazione « di solidarietà » tra giurisdizione ordinaria e amministrativa: le Sezioni Unite smentite dal legislatore?*
- (87) Sulla questione del fondamento dell'efficacia soggettiva del contratto di solidarietà e della sua compatibilità con la regola inattuata di cui al quarto comma dell'art. 39 Cost. (§ 66) V. G. Pera, *I contratti di solidarietà*, *DLRI*, 1984, pp. 699-713.
- (88) Così S. Sciarra, *Soggetti, competenze e livelli della contrattazione collettiva*, *DD*, 1984, n. 4, p. 101.
- (89) Così la relazione introduttiva al disegno di legge 30 ottobre 1984 n. 2221/C, di conversione in legge del d.l. n. 726/1984, dal quale è nata la l. n. 863/1984. Cfr. sul punto anche le considerazioni *de iure condendo* svolte da R. Pessi, *I contratti di solidarietà*, *DL*, 1983, I, pp. 420-421. Mentre questo libro era in fase di stampa è stata emanata la sentenza 12 dicembre 2002, nella causa n. 5/01, *Belgio c. Commissione*, con la quale la Corte di Giustizia ha qualificato come aiuto di Stato illegittimo l'erogazione di una integrazione salariale pubblica ai dipendenti di un'impresa in crisi, a fronte di un accordo collettivo aziendale sostanzialmente assimilabile ai nostri contratti di solidarietà.
- (90) Per un caso di questo genere, nel quale è stata ribadita la sussistenza dell'obbligo retributivo a carico dell'imprenditore, v. T. Torino 22 gennaio 2001, *D&L*, 2001, p. 716, con nota di T. Bottani, *Sicurezza e igiene del lavoro e mora credendi*.
- (91) Per uno studio della correlazione tra l'andamento del tasso di assenteismo e il mutamento dell'assetto delle relazioni industriali e della disciplina del rapporto di lavoro v. il mio *Malattia, assenteismo e giustificato motivo di licenziamento*, *RGL*, 1976, I, pp. 259-281; per uno studio più ampio del fenomeno dell'astensione dal lavoro per malattia, con l'approccio proprio della sociologia del diritto, v. V. Ferrari, R. Boniardi, N.G. Velicogna, *Assenteismo e malattia nell'industria*, Milano, 1979.
- (92) Fra le trattazioni del primo trentennio dell'ordinamento repubblicano v. soprattutto L. Delitala, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1949, pp. 286-298; G. LavaGNINI, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, pp. 88-134; Gio. Branca, in *NTDL*, II, pp. 549-558; G. Amorth, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Padova, 1974; M. Persiani, *Valutazioni politiche e soluzioni legislative del problema della malattia nelle sue connessioni con il lavoro*, in AA.VV., *Lavoro e malattia: prospettive storiche e attuali*, Padova, 1975. Fra le trattazioni più recenti v. soprattutto A. Pandolfo, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, partic. pp. 13-194; R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare*, cit. nella nota 1, partic. pp. 21-38 (ivi ulteriori riferimenti); M. Tatarelli, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Padova, 1993, pp. 32-33.
- (93) V. per tutte Cass. 14 giugno 1985 n. 3578, *NGL*, 1986, p. 65 (dove la malattia rilevante ex art. 2110 c.c. è individuata nella «concreta e accertata impossibilità di proseguire nella prestazione lavorativa» per motivi di salute: in motivazione, p. 68); T. Milano 6 ottobre 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 413; P. Parma 22 luglio 1995, *RIDL*, 1995, II, p. 876, confermata da T. Parma 7 novembre 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 120: «Perché l'assenza del lavoratore per malattia possa ritenersi giustificata non basta che sia accertata l'esistenza di una qualsiasi infermità, ma occorre che questa sia di natura ed entità tali da determinare un'incapacità lavorativa in relazione alle specifiche mansioni del lavoratore».
- (94) Nel senso del diritto del lavoratore al trattamento di malattia anche per una astensione del lavoro finalizzata ad accertamenti clinici v. C. cost. 18 dicembre 1987 n. 559, cit. nella nota 14, della quale v., in particolare, il brano riportato nella nota 101; inoltre P. Massa 14 aprile 1995, *RIDL*, 1995, II, p. 881, sulla quale v. però le osservazioni critiche di G. Pera *L'assenza dal lavoro per accertamenti clinici* (ivi).
- (95) V. Cass. 4 giugno 1998 n. 5509, *RIDL*, 1999, II, p. 77, con nota (adesiva su questo punto) di M.L. Vallauri, *Anche la convalescenza è malattia?*: ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali conformi. L'annotatrice manifesta perplessità sulla decisione della Corte soltanto in riferimento alla particolarità del caso, che aveva visto il datore di lavoro disporre un prolungamento dell'astensione dal lavoro per convalescenza, accettato dalla lavoratrice, per effetto del quale era stato superato il periodo di comportamento, con conseguente licenziamento.
- (96) Sull'individuazione della nozione di malattia rilevante sul piano medico-legale nel rapporto di lavoro v. le ampie trattazioni contenute negli scritti di A. Pandolfo e R. Del Punta cit. nella nota 92.
- (97) V. in proposito ancora C. cost. 18 dicembre 1987 n. 559, cit. nella nota 14.
- (98) V. infatti P. Parma 27 giugno 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 404, dove sono state ritenute ingiustificate le assenze di una lavoratrice che, «dopo essere stata assunta obbligatoriamente come invalida civile, ed essere stata adibita a mansioni confacenti alle sue condizioni, aveva effettuato prolungate assenze per malattia avallate da certificati del proprio medico curante nei quali si allegava lo stesso disturbo (ipoacusia sensoriale) che già aveva consentito alla dipendente di ottenere l'avviamento obbligatorio».
- (99) V. in questo senso R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 38-56; M. Caro, *Sulla nozione di «malattia» rilevante nel diritto del lavoro*, *RIDL*, 1992, II, pp. 396-398; M. Tatarelli, *La malattia nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 92, pp. 32-33 (ivi ulteriori numerosi riferimenti dottrinali conformi: non constano voci contrarie). In giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. 5 maggio 2000 n. 5622, *RIDL*, 2000, II, p. 695: «È correttamente motivata la sentenza del giudice di merito che, non mettendo in dubbio la veridicità della diagnosi contenuta nei certificati medici esibiti dal lavoratore (nel caso specifico: lombalgia), ritiene tuttavia ... che il disturbo certificato non fosse di entità tale da poter costituire impedimento totale al lavoro rilevante per un periodo relativamente lungo» (nel caso specifico: tre mesi); in precedenza, nello stesso senso, Cass. 14 giugno 1985 n. 3578, *NGL*, 1986, p. 65, secondo la quale la malattia rilevante a norma dell'art. 2110 c.c. implica «la concreta e accertata impossibilità di proseguire nella prestazione lavorativa»; P. Milano 3 febbraio 1989 (in riferimento a un caso di distorsione del dito mignolo della mano sinistra di una centralinista) e P. Torino 19 gennaio 1989 (in riferimento a una assenza di due mesi, che il giudice ha ritenuto non giustificata per l'intera sua durata dalla sindrome ansioso-depressiva e dalla bronchite certificate dal medico curante) entrambe in *RIDL*, 1989, II, p. 298, con nota adesiva di R. Del Punta, *Malattia e incapacità al lavoro del dipendente: una piccola svolta giurisprudenziale?*; P. Milano 26 giugno 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 644; T. Milano 6 ottobre 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 413: «... non costituisce un ostacolo [all'indagine del giudice circa la legittimità dell'astensione dal lavoro] la circostanza secondo cui tutto il periodo di malattia [del lavoratore] sia stato sorretto da certificazione medica. ... Non è infatti contestabile che non tutte le possibili forme di malattia determinano l'impossibilità della prestazione, e inoltre che la durata dell'eventuale impedimento può essere di varia ampiezza: nozione essenziale è infatti l'incapacità al lavoro, che è collegata alle mansioni del dipendente e al soddisfacimento di reali esigenze di tutela del diritto alla salute»; P. Parma 22 luglio 1995, cit. nella nota 93: «Perché l'assenza del lavoratore per malattia possa ritenersi giustificata non basta che sia accertata l'esistenza di una qualsiasi infermità, ma occorre che questa sia di natura ed entità tali da determinare un'incapacità lavorativa in relazione alle specifiche mansioni del lavoratore». Non mi constano sentenze in senso contrario.
- (100) V. tra i primi in questo senso, in riferimento al codice civile del 1865, L. Abello, *Della locazione. II*, Napoli-Torino, 1910, pp. 187-192. In riferimento al nuovo codice civile v. soprattutto gli scritti citati nelle note 6-8. Tendono a svalutare il rilievo dell'alternativa teorica tra impossibilità e inesigibilità della prestazione (sul presupposto della necessaria «relativizzazione» della nozione di impossibilità) A. Pandolfo, *La malattia nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 92, pp. 142-159, e R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, pp. 38-44: «sembra possibile ridimensionare la presunta contrapposizione fra i due concetti in esame, e considerare che laddove l'impossibilità inerisce alla persona il giudizio in merito alla rilevazione di essa non può essere di mero fatto, ma è anche, necessariamente, un giudizio di valore» (p. 42).

- (101) Cfr. in proposito C. cost. 18 dicembre 1987 n. 559, cit. nella nota 14, dove si afferma che la tutela di cui all'art. 2110 c.c. opera anche in relazione all'esigenza di sottoporsi ad accertamenti clinici resi necessari dall'insorgenza di sintomi di malattia, o a interventi terapeutici programmabili nel tempo: «*ipotesi queste quali — così — come nel caso delle cure idrotermali — non è ravvisabile un impedimento alla prestazione di lavoro* derivante “direttamente” dalla malattia» (in motivazione, § 6; c. m.).
- (102) Nel senso della non equiparabilità delle cure fisioterapiche alle cure idrotermali, e neppure alla malattia ex art. 2110 c.c., ai fini del diritto alla sospensione della prestazione e del relativo trattamento economico, v. Cass. 20 gennaio 1992 n. 645, *RIDL*, 1993, II, p. 192.
- (103) V. nota 100.
- (104) V. in questo senso Cass. 23 settembre 1987 n. 7279, *RIDL*, 1988, II, p. 17; in senso opposto in precedenza, Cass. 28 ottobre 1986 n. 6336, e Cass. 23 dicembre 1986 n. 7875, *GI*, 1987, I, 1, c. 1040, con nota di L. Pelaggi; Cass. 8 gennaio 1987 n. 49, *GC*, 1987, I, p. 1761, con nota dissenziente di R. Del Punta, *Pretesa assimilabilità delle assenze del lavoratore per cure termali a quelle per malattia*.
- (105) Terzo comma: «Per i lavoratori dipendenti pubblici e privati, le prestazioni idrotermali possono essere concesse, fuori dei congedi ordinari e delle ferie annuali, esclusivamente per effettive esigenze terapeutiche o riabilitative, su motivata prescrizione di un medico specialista dell'unità sanitaria locale ovvero, limitatamente ai lavoratori avviati alle cure dall'Inps e dall'Inail, su motivata prescrizione dei medici dei predetti istituti». Quarto comma: «I congedi straordinari, le aspettative per infermità, i permessi per malattia comunque denominati, concessi per fruire delle prestazioni di cui al comma precedente, non possono superare il periodo di quindici giorni l'anno ...». Quinto comma: «Tra i periodi concessi ai sensi dei commi precedenti e i congedi ordinari e ferie annuali deve intercorrere un intervallo di almeno quindici giorni». Congedi straordinari per cure idrotermali, elioterapiche, climatiche e psammoterapiche, «su motivata prescrizione dei medici» dell'Inps o dell'Inail, sono stati specificamente previsti, nei limiti di quindici giorni all'anno, per gli invalidi civili, dall'art. 13, cc. 3°-6°, della stessa legge 11 novembre 1983 n. 638.
- (106) C. cost. 18 dicembre 1987 n. 559, cit. nella nota 14: «le cure termali prescrivibili per il periodo extraferiale non sono necessariamente, e solo, quelle reputate così urgenti da risultare indifferibili» (§ 10 della motivazione).
- (107) Cass. S.U. 17 ottobre 1988 n. 5634, *FI*, 1988, I, c. 3261, con nota di O. Mazzotta, e *RIDL*, 1989, II, p. 108, con nota di R. Del Punta; nello stesso senso v. Cass. 7 dicembre 1991, *RIDL*, 1992, II, p. 601, commentata da R. Del Punta, cit. nella nota seg.; e ultimamente Cass. 9 novembre 2001 n. 13902 (mass.), dove si precisa che, ove manchi nel certificato medico la motivazione dell'impossibilità di differimento della fruizione delle cure idrotermali al periodo feriale, essa non può essere sostituita da una consulenza tecnica d'ufficio *ex post*. In senso contrario, in precedenza, Cass. 23 settembre 1987 n. 7279, *RIDL*, 1988, II, p. 17; in nota gli ulteriori riferimenti alle pronunce contrastanti sul punto. Sulla applicabilità del requisito della certificazione della indifferibilità della cura anche ai congedi straordinari per gli invalidi civili di cui all'art. 13 della l. n. 638/1983 (v. nota 105), v. Cass. 1° settembre 1993 n. 9209, *RIDL*, 1994, II, p. 513.
- (108) Sulla portata della nuova norma v. R. Del Punta, *Le cure termali secondo la vecchia normativa e secondo la l. 30 dicembre 1991 n. 412*, *RIDL*, 1992, II, pp. 601-607. In ottemperanza a questa norma è stato emanato il d.m. 12 agosto 1992, poi modificato dal d.m. 15 dicembre 1994.
- (109) Cass. 1° febbraio 1992 n. 1047, *RIDL*, 1993, II, p. 194, in riferimento al contratto collettivo per i dipendenti della Sip (telefonia).
- (110) Tra le non numerose sentenze sul punto v. T. Modena 17 febbraio 1967, *RGL*, 1967, II, p. 559; Cass. 22 aprile 1974 n. 1140, *RDC*, 1974, p. 396, con nota dissenziente di A.C. Jemolo; C. cost. 25 marzo 1975 n. 67 e 28 aprile 1976 n. 91, *RGL*, risp. 1975, III, p. 70 e 1976, III, p. 132.
- (111) V. in questo senso M.J. Vaccaro, *Assenteismo per malattia e controlli del datore di lavoro*, *DL*, 1979, I, pp. 51-52, che anticipa la monografia su *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 7, qui partic. p. 16; A. Pandolfo, *La malattia nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 92, pp. 95-117; R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, pp. 96-102. Più severi nei confronti del lavoratore gli orientamenti dominanti nella dottrina precedente: F. Mancini, *La responsabilità contrattuale ecc.*, cit. nella nota 7, cap. IV sugli obblighi del prestatore di lavoro in preparazione dell'adempimento; G. Lavagnini, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 92, pp. 90-91; G. Amorth, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, pp. 21-43, dove si conclude nel senso dell'esclusione della tutela del lavoratore nei casi in cui la malattia sia stata causata da sua colpa grave.
- (112) In proposito il regolamento delle prestazioni economiche adottato dall'Inam il 1° giugno 1963 stabiliva che l'indennità di malattia fosse dovuta nei soli casi in cui l'aborto non costituissero reato; tale disposizione era stata poi recepita nell'art. 20 della legge 30 dicembre 1971 n. 1204, ora sostituito, senza mutamento sostanziale di contenuto, dall'art. 19 del d.lgs. n. 151/2001.
- (113) M. Tatarelli, *La malattia nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 92, p. 56.
- (114) L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1982¹⁴, p. 330.
- (115) F. Mancini, *La responsabilità contrattuale ecc.*, cit. nella nota 7, p. 166; G. Amorth, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, p. 26.
- (116) G. Lavagnini, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, p. 91. V. pure sul punto A. Fontana, *Il tentato suicidio del lavoratore*, *MT*, 1966, pp. 54-71, dove il problema è affrontato sotto il profilo del rapporto previdenziale.
- (117) A. Pandolfo, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, p. 111.
- (118) M.J. Vaccaro, *Assenteismo per malattia e controlli del datore di lavoro*, loc. cit. nella nota 111.
- (119) Cfr. G. Amorth, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, pp. 43-44, ma all'esito di un ragionamento in parte diverso.
- (120) In campo lavoristico v. Cass. 26 maggio 2001 n. 7192, cit. nella nota 49 al § 285: «lo stato di ubriachezza non può far venir meno la responsabilità contrattuale del lavoratore per i suoi inadempimenti, in quanto tale stato consegue alla scelta — comunemente volontaria e consapevole — di esporsi a una riduzione della capacità di valutazione e controllo delle proprie azioni anche nei riguardi dell'attività lavorativa svolta».
- (121) Cfr. L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano, ne Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Milano, 1965, p. 476: «Nessun dubbio che commette colpa contrattuale il lavoratore il quale nella notte della domenica si ubriaca e l'indomani si ripresenta al lavoro ancora in preda ai fumi del vino»; dove l'A. ritiene peraltro che costituisca inadempimento anche l'astensione dal lavoro conseguente all'abuso di alcolici.
- (122) Circostanza, questa, che non costituisce di per sé mancanza contrattuale, né giustificato motivo di licenziamento: v. ancora Cass. 26 maggio 2001 n. 7192, cit. nella nota 120.
- (123) Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza. L'art. 124 del testo unico riproduce l'art. 29 della legge 26 giugno 1990 n. 162.
- (124) V. in proposito A. Topo, *La tutela del lavoratore tossicodipendente*, *RIDL*, 1993, I, pp. 247-281, dove l'A. sostiene, sia pure con qualche dubbio, la riconducibilità della situazione di tossicodipendenza alla nozione di malattia di cui all'art. 2110 c.c.
- (125) C. cost. 16 aprile 1998 n. 114 (*FI*, 1999, I, c. 777), che sulla base di questa considerazione ha respinto la questione di costituzionalità degli artt. 94 e 95 c.p.
- (126) Mi sembra dunque di dover confermare, anche dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 114/1998, le valutazioni critiche espresse nel mio commento a Cass. 13 febbraio 1997 n. 1314, *RIDL*, 1997, II, pp. 539-542; la sentenza può leggersi anche in *GC*, 1997, I, p. 1545, con nota, anch'essa dissenziente, di G. Pera, *Il licenziamento ingiustificato del lavoratore ubriaco fisso*.
- (127) Cass. 29 luglio 1998 n. 7467 (*RIDL*, 1999, II, p. 715, con nota di P. Scognamiglio, *Malattia del lavoratore e svolgimento di altra attività*), la quale ha ritenuto che il lavoratore capace, nonostante lo stato temporaneo di infermità, di svolgere una attività lavorativa ridotta o diversa rispetto a quella normale, «è tenuto a offrire tale prestazione parziale al datore di lavoro, il quale — esercitando lo *ius variandi* di cui all'art. 2103 c.c. — potrebbe temporaneamente assegnare il lavoratore proprio a quelle mansioni (equivalenti a quelle originarie) per le quali il lavoratore stesso sia idoneo». V. anche P. Milano 3 febbraio 1989, cit. nella nota 99, in riferimento al caso di una centralinista assentatasi dal lavoro per una distorsione del dito mignolo della mano sinistra: il giudice ha ritenuto l'idoneità della lavoratrice a svolgere la propria prestazione contrattuale, sia pure con la riduzione di intensità conseguente alla fasciatura della mano.
- (128) V. la nota precedente.
- (129) V. per tutti sul punto M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 1996⁸, pp. 227-229; ivi i numerosi riferimenti bibliografici in

argomento.

(130) V. in proposito L. Menghini, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano, 1996, pp. 382-386 e 469-483.

(131) Il periodo di tre giorni di «carenza» del trattamento previdenziale di malattia, istituito fin dalle origini dell'assicurazione obbligatoria (v. il contratto collettivo corporativo 3 gennaio 1939 per gli operai dell'industria), è sopravvissuto a tutte le riforme successive. Nel corso degli anni '70, però, la contrattazione collettiva ha esteso agli operai il diritto alla retribuzione, a carico del datore di lavoro, anche per quei primi tre giorni. Per uno studio dell'incidenza della retribuzione dei primi tre giorni sulla propensione dei lavoratori all'astensione dal lavoro per malattie brevi v. i saggi citt. nella nota 91.

(132) Nel senso della sussistenza di tale obbligo generale v. A. Milano 22 aprile 1975, *OGL*, 1975, p. 1193, per quel che mi consta isolata.

(133) Per una isolata pronuncia contraria su questo punto v. Cass. 22 luglio 1992 n. 8834, *RIDL*, 1993, II, p. 299, con nota vivacemente e condivisibilmente dissenzienti di R. Del Punta, *Questioni in tema di determinazione del trattamento di malattia*.

(134) Sulla vicenda giurisprudenziale relativa alla c.d. «onnicomprendività» della retribuzione di riferimento per il calcolo delle maggiorazioni e indennità varie, v. § 246: ivi i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in proposito. Sull'esperienza dell'«Edr» nella seconda metà degli anni '70, v. § 253.

(135) V. in proposito Cass. 8 aprile 1978 n. 1644, mass.

(136) V. ampiamente in proposito L. Menghini, *loc. cit.* nella nota 130.

(137) In questo senso e' da sempre orientata la dottrina prevalente; tra gli scritti precedenti alla sentenza della Corte costituzionale n. 61/1991 (v. nota 139) v. soprattutto F. Mancini, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I*, Milano, 1962, pp. 280-286; L. Riva Sanseverino, *Della impresa, CommSB*, sub artt. 2060-2134, 1969, pp. 382-383; Gio. Branca, *Conservazione del rapporto, NTDL*, II, pp. 557-558. In giurisprudenza v., tra le numerosissime altre precedenti alla sentenza della Corte costituzionale cit. nella nota 139, Cass. 14 dicembre 1977 n. 5447, *FI*, 1979, I, c. 465, con nota di G. Pezzano, riferita a un caso di licenziamento collettivo; Cass. 16 luglio 1980 n. 4643, mass. Per la giurisprudenza successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 61/1991, nel senso dell'inefficacia temporanea del licenziamento intimato prima della scadenza del comporto, v. nota 142.

(138) In questo senso, tra gli scritti precedenti alla sentenza della Corte costituzionale n. 61/1991 (cit. nella nota seg.) v. soprattutto G. Lavagnini, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 122-125; F. Mazziotti, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 1, pp. 800-801. In giurisprudenza Cass. 12 febbraio 1981 n. 875, *RGL*, 1981, II, p. 655, dove si precisa che l'atto nullo non può «convertirsi» in un preavviso di recesso alla data della guarigione o della scadenza del comporto; Cass. 26 ottobre 1999 n. 12031, *DPL*, 2000, p. 718. Segnalo — pur non essendone convinto — anche la tesi di R. Del Punta (*La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 366-367) secondo cui occorrerebbe distinguere il caso del licenziamento intimato per motivi che con la malattia non hanno nulla a che fare, quindi temporaneamente inefficace, dal caso del licenziamento intimato per motivi sbagliati inerenti alla malattia (ad esempio: errato calcolo del comporto), quindi immediatamente nullo per violazione di norma imperativa.

(139) C. cost. 8 febbraio 1991 n. 61, *RIDL*, 1991, II, p. 264, con nota di M.G. Mattarolo, *Sulla nullità del licenziamento della lavoratrice madre*. Per una critica dell'argomento cruciale su cui la decisione della Corte si è basata, consistente nella necessità di proteggere la lavoratrice dal turbamento conseguente alla comunicazione di un licenziamento durante la gravidanza o il puerperio, v. G. Pera, *Malattia e licenziamento*, cit. nella nota 144.

(140) Nel senso della nullità del licenziamento intimato prima della scadenza del comporto, ma con diversa motivazione, v. M. Tatarelli, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, p. 170.

(141) Cfr. M.G. Mattarolo, *op. cit.* nella nota 139.

(142) V. in tal senso nell'ultimo decennio, tra le numerose altre, Cass. 10 febbraio 1993 n. 1657, *GC*, 1993, I, p. 2421, con nota di T. Bianconcini; P. Milano 16 ottobre 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 138 con mio commento (riferito però ad altro aspetto), cit. nella nota 221; Cass. 16 maggio 2000 n. 6348, *RIDL*, 2001, II, p. 562, con nota di I. Senatori; T. Torino 11 agosto 2000, cit., nella nota 146; Cass. 4 luglio 2001 n. 9037, *NGL*, 2001, p. 766.

(143) Così G. Lavagnini, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 125-126; F. Mazziotti, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 1, pp. 722-723. La giurisprudenza è orientata unanimemente in senso conforme: v. per tutte Cass. 22 febbraio 1995 n. 2019, *RIDL*, 1996, I, p. 136, con nota di A. Padalino, *Giusta causa di licenziamento e operazioni irregolari poste in essere dall'impiegato di un istituto di credito*; Cass. 20 dicembre 1997 n. 12915, *NGL*, 1998, p. 46; Cass. 29 luglio 1998 n. 7467, cit. nella nota 127: ivi, in motivazione, il richiamo di altre sentenze conformi della stessa Corte; e ultimamente Cass. 6 agosto 2001 n. 10881, *NGL*, 2001, p. 769.

(144) G. Pera, *Malattia e licenziamento, RIDL*, 1999, I, pp. 153-159, il quale sostiene la legittimità ed efficacia del licenziamento per giustificato motivo disciplinare anche quando esso sia irrogato a lavoratore malato prima della scadenza del comporto. Si osservi in proposito che la mancanza può essere stata commessa durante il periodo di malattia — ad esempio: violazione di un obbligo di segreto o di non concorrenza (§§ 462-464) — oppure essere stata commessa in precedenza, ma conosciuta dal datore di lavoro durante l'assenza del lavoratore per malattia. Prevale comunque l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il relativo procedimento disciplinare può svolgersi interamente durante l'astensione dal lavoro per malattia: v. in proposito § 481.

(145) Così inizialmente Cass. 19 gennaio 1973 n. 192, *FI*, 1973, I, c. 648; tra le numerose altre successive nello stesso senso v. Cass. 15 maggio 1984 n. 2966, *NGL*, 1984, p. 597; Cass. 7 febbraio 1987 n. 1314, *RIDL*, 1987, II, p. 774; Cass. 22 febbraio 1995 n. 2019, *GI*, 1995, I, 1, c. 2040; Cass. 20 dicembre 1997 n. 12915, mass. In senso conforme è orientata — per quel che mi consta — tutta la dottrina, con la sola voce contraria di G. Pera, cit. nella nota prec.

(146) In questo senso T. Milano 11 giugno 1971, *DL*, 1971, II, p. 286; T. Torino 11 agosto 2000, *RIDL*, 2001, II, p. 507, con nota di A. Pardini, *Cessazione dell'impresa e licenziamento del lavoratore in malattia*.

(147) Cass. 29 giugno 1985 n. 3909, *RGL*, 1986, II, p. 382; Cass. 6 luglio 1990 n. 7098, *DPL*, 1990, p. 2908.

(148) Cass. 16 ottobre 1979 n. 5381, mass.; Cass. 21 gennaio 1988 n. 461, *OGL*, 1988, p. 789. Nello stesso senso in dottrina v. G. Marino, *Le cause di sospensione del rapporto di lavoro nel corso del patto di prova, DL*, 1973, I, pp. 122-123; R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 104-105. V. però la diversa soluzione data dalla Corte costituzionale al problema analogo che si pone in materia di licenziamento durante il periodo di prova della lavoratrice incinta o puerpera: nota 285.

(149) A. Pandolfo, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, pp. 340-341.

(150) In questo senso L. Delitala, *Il contratto di lavoro*, cit. nella nota 92, p. 290; G. Lavagnini, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 67-68; L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 114, p. 331.

(151) In questo senso è orientata quasi unanimemente la dottrina: v. per tutti G. Ardu, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1972, vol. II, p. 1086; F. Mazziotti, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 1, pp. 724-725; R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 652-654. Soluzioni parzialmente diverse sono state proposte soltanto da C. Assanti, *Il termine finale nel contratto di lavoro*, Milano, 1958, pp. 145-147, e da G. Lavagnini, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 99-101.

(152) V. in tal senso L. Delitala, *Il contratto di lavoro*, cit. nella nota 92, pp. 291-293; F. Mancini, *Il recesso unilaterale ecc.*, cit. nella nota 137, pp. 305-307; G. Lavagnini, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 101-105; F. Mazziotti, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 1, p. 724; e ultimamente O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 16, p. 569. In giurisprudenza Cass. 18 gennaio 1977 n. 249, *GI*, 1978, I, 1, c. 138; Cass. 13 gennaio 1989 n. 133, mass. In senso contrario v. però G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, pp. 50-52.

(153) V. in questo senso le sentenze citt. nella nota 189 al § 347.

(154) V. sul punto la giurisprudenza cit. nella nota 190 al § 347.

(155) In questo senso, ma con argomentazione diversa, Cass. 4 giugno 1999 n. 5528, cit. nella nota 190 al § 347.

(156) V. in proposito soprattutto C. cost. n. 616/1987, cit. nella nota 182 al § 347.

(157) La configurabilità di una esigenza aziendale idonea a giustificare il rifiuto datoriale è però affermata dalla giurisprudenza più recente su questo punto: v. Cass. 17 febbraio 2000 n. 1774 e Cass. 8 novembre 2000 n. 14490, entrambe citt. nella nota 189 al § 347. Se le ferie vengono concesse, al

lavoratore che si ripresenta in azienda dopo averne goduto non può, ovviamente, essere intimato il licenziamento per superamento del comporto: v. Cass. n. 8235/1999, cit. nella nota 182.

(158) Conosco una sola sentenza nella quale sia stata affermata la sindacabilità in sede giudiziale del periodo di comporto stabilito dal contratto collettivo: T. Lodi 13 luglio 1974, *RGL*, 1976, II, p. 478, dove è stato però ritenuto congruo il termine di 180 giorni nell'arco di 365 previsto dal contratto collettivo del settore del commercio (corrispondente alla durata massima del trattamento economico di malattia a carico dell'istituto previdenziale — per le categorie di lavoratori per i quali esso è previsto — nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria).

(159) Cfr. Cass. 18 dicembre 1998 n. 12716, *RIDL*, 1999, II, p. 734, con nota di C. Corsinovi, *Successione di contratti collettivi e disciplina peggiorativa dei termini di comporto*.

(160) V. in proposito gli atti del convegno svoltosi a Viareggio nel dicembre 1982, raccolti a cura di R. Cecchetti, D. Cupido, *Eccessiva morbilità ed accertamenti sanitari*, Milano, 1983, con relazioni introduttive di U. Natoli, O. Mazzotta e O. Fanelli. Per ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza degli anni '70 v. note 162 e 166.

(161) V. in questo senso la giurisprudenza citata nella nota seguente. In senso contrario la sentenza, peraltro isolata nell'ultimo decennio, Cass. 22 novembre 1996 n. 10286, *D&L*, 1997, p. 373, con nota di C. Panduri, *Corte di Cassazione e scarso rendimento: un passo (o più?) indietro*; *RIDL*, 1997, II, p. 324, con nota di M. Mariani, *Un caso di scarso rendimento per «eccessiva morbilità» nel settore degli autofertramviari*.

(162) Cass. S.U. 29 marzo 1980 n. 2073, *RGL*, 1980, II, p. 595, e p. 929 con una cospicua nota di F. Balestrieri, «Eccessiva morbilità», *interpretazione equitativa e clausole contrattuali di comporto: l'ultima parola all'interprete*. Nel ventennio successivo questo orientamento si è consolidato: v. tra le altre dell'ultimo decennio Cass. 14 ottobre 1993, n. 10131, cit. nella nota seg.; Cass. 24 novembre 1995 n. 12146 (*RIDL*, 1996, II, p. 600, con nota di C. Vitale, *Determinazione equitativa del comporto per sommatoria e indennità di malattia*), la quale precisa che lo stesso criterio equitativo può essere applicato dal giudice per una decurtazione del trattamento economico di malattia in relazione al susseguirsi delle assenze frazionate; ultimamente Cass. 16 novembre 2001 n. 14337, *NGL*, 2002, p. 215. In numerose sentenze precedenti agli anni '80, soprattutto di merito, si era invece ritenuto che l'art. 2110 c.c. si applicasse soltanto nel caso di malattia a carattere continuativo e ininterrotto, restando affidata al giudice nei casi di assenze frazionate la valutazione circa la sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento: v. ad es. T. Milano 27 ottobre 1976, *RGL*, 1976, II, p. 1162, con mia nota; Cass. 29 dicembre 1977 n. 5752, *MGL*, 1978, p. 340, con nota di G. Ardaù, e *RGL*, 1978, II, p. 773, con nota di A. Maresca.

(163) Cass. 14 ottobre 1993 n. 10131 (*RIDL*, 1994, II, p. 721, con nota parzialmente dissenziente di R. Del Punta, *Sulle c.d. clausole di esclusione del comporto per sommatoria*): «Deve ritenersi nulla, per contrasto con la norma inderogabile dell'art. 2110 c.c., una clausola collettiva che abbia omesso volutamente di disciplinare il comporto frazionato o per sommatoria, volto a regolare il caso di pluralità di assenze per malattia del lavoratore subordinato, con la conseguenza che tale comporto deve essere determinato mediante il ricorso alle fonti integrative previste dallo stesso art. 2110, cioè gli usi o — secondo i criteri ormai invalsi nella giurisprudenza —, l'equità giudiziale».

(164) Prevale in proposito l'orientamento giurisprudenziale nel senso che rientri nelle prerogative dell'autonomia collettiva anche disporre che nel comporto per sommatoria si computino le assenze frazionate verificatesi prima della stipulazione del contratto: Cass. 24 gennaio 1992 n. 762, *RIDL*, 1993, II, p. 70; P. Modena 21 luglio 1997, *RIDL*, 1998, II, p. 118, con nota di P. Albi, *Il comporto per ricaduta tra interpretazione e integrazione del contratto collettivo*.

(165) Il contratto collettivo bancario contiene una clausola tralattiva la cui interpretazione, per l'aspetto che qui interessa, ha dato luogo a numerose controversie; la giurisprudenza appare comunque ferma nel ritenere che esso non disciplini il caso dello stillicidio di assenze, con conseguente necessità della determinazione equitativa, da parte del giudice, del comporto «per sommatoria»: v. Cass. 23 maggio 1992, n. 6199, *NGL*, 1992, 509; Cass. 19 giugno 1993 n. 6825, *RIDL*, 1994, II, p. 723, con nota di A. De Giudici, *Ermeneutica negoziale e determinazione del periodo di comporto*; Cass. 27 giugno 1996 n. 5927, *NGL*, 1996, p. 858. In riferimento a casi in cui una questione analoga si è presentata in settori diversi da quello bancario v., nello stesso senso, Cass. 29 gennaio 1994 n. 896, *DPL*, 1994, p. 1171; Cass. 12 gennaio 1991 n. 267, *GI*, 1991, I, 1, c. 759.

(166) La letteratura giuridica in materia di licenziamento per «eccessiva morbilità» a cavallo tra gli anni '70 e gli anni '80 è sterminata: per una selezione degli scritti più rilevanti rinvio alla bibliografia proposta in appendice alla mia voce *Malattia del lavoratore*, *EGT*, 1988.

(167) Così, tra le altre, Cass. 19 aprile 1985 n. 2599, *MGL*, 1985, p. 387; Cass. 3 luglio 1986 n. 4957, *DPL*, 1986, p. 3141; Cass. 12 gennaio 1991 n. 267, *GI*, 1991, I, 1, c. 759; Cass. 23 maggio 1992 n. 6199, *NGL*, 1992, p. 509; Cass. 19 giugno 1993 n. 6825, *NGL*, 1994, p. 723; Cass. 29 gennaio 1994 n. 896, *DPL*, 1994, p. 1171.

(168) V. tra le altre in questo senso Cass. 2 maggio 2000 n. 5485, *RGL*, 2001, II, p. 595.

(169) Sui modi in cui l'abuso può essere accertato dal datore di lavoro e dimostrato in giudizio v. § 397.

(170) Giurisprudenza costante: v. tra le numerose altre Cass. 22 maggio 1979 n. 2971, mass.; Cass. 29 ottobre 1980 n. 5817, mass.; Cass. 4 febbraio 1988 n. 1151, *NGL*, 1988, p. 719; Cass. 1° giugno 1992 n. 6599, cit. nella nota 175; Cass. 18 dicembre 1998 n. 12716, *RIDL*, 1999, II, p. 734.

(171) Cass. 30 marzo 1990 n. 2608, *GC*, 1990, I, p. 2907, con nota di R. Del Punta, *Ferie e comporto per malattia*, e *MGL*, 1990, p. 295, con nota dissenziente di A. Sbrocca, *Malattia, periodo di comporto e «ferie sopravvenute»*; Cass. 6 giugno 1991 n. 6431, *GC*, 1992, I, p. 1881, con nota di E. Balletti, *Decorrenza del periodo di comporto e incidenza dei giorni di ferie maturati dal lavoratore*; Cass. 28 gennaio 1997 n. 873, *RIDL*, 1997, II, p. 545, con nota adesiva di L. Marra, *Periodo di comporto e ferie maturate in costanza di malattia*. V. però in senso contrario T. Milano 31 marzo 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 115, con nota dissenziente di F. Bano, *L'interruzione per ferie del periodo di comporto: il giudice di merito respinge l'orientamento della Cassazione*.

(172) Cass. 28 gennaio 1976 n. 264, *RGL*, 1976, II, p. 656.

(173) Giurisprudenza consolidata: v. per tutte Cass. 10 aprile 1996 n. 3351, *DPL*, 1996, p. 40. Questo orientamento si giustifica in considerazione del fatto che il lavoratore corretto non dovrebbe determinare la durata della propria assenza per malattia in relazione al comporto, bensì esclusivamente in relazione al proprio stato di salute.

(174) V. in questo senso G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 152, p. 91. In giurisprudenza Cass. 5 luglio 1978 n. 3323, mass.; Cass. 22 maggio 1979 n. 2971, mass.

(175) V. per tutte, in questo senso, Cass. 1° giugno 1992 n. 6599, *GI*, 1995, I, 1, c. 1133, con nota di S. Vergari, *Il licenziamento per superamento del comporto fra libero recesso e regime di stabilità*. Il protrarsi della malattia oltre il comporto non giustifica, però, il licenziamento quando la malattia stessa sia stata causata da inadempimento dell'obbligo di sicurezza da parte del datore: v. in questo senso ultimamente Cass. 19 gennaio 2002 n. 572, *RIDL*, 2002, II, p. 855, con nota di P. Albi, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto, obbligo di sicurezza, inidoneità sopravvenuta della prestazione*.

(176) V. in questo senso Cass. 7 novembre 1995 n. 11578, *RIDL*, 1996, II, p. 849, con nota di A. De Giudici, *Sull'applicabilità del licenziamento per superamento del periodo di comporto al contratto di formazione e lavoro*.

(177) In questo senso è l'orientamento ormai da tempo consolidato della giurisprudenza, dopo la sentenza delle Sezioni unite 29 marzo 1980 n. 2073, cit. nella nota 162; tra le più recenti in questo senso v. Cass. 7 novembre 1995 n. 11578, cit. nella nota prec. Nello stesso senso è orientata una parte della dottrina: v. tra gli altri G. Ardaù, *Manuale di diritto del lavoro*, cit. nella nota 16, p. 1085; G. Amorth, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, pp. 144-151; G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 152, pp. 90-91.

(178) In questo senso v., con argomentazioni diverse, L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 114, pp. 378-379; F. De Ambri Corridoni, *Malattia del lavoratore e giustificato motivo di licenziamento*, *RGL*, 1972, II, pp. 106-110; M.J. Vaccaro, *Assenteismo per malattia e controlli del datore di lavoro*, cit. nella nota 111, pp. 85-92; M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pp. 370-385; A. Pandolfo, *La malattia nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 92, pp. 268-282.

(179) La soluzione proposta coincide per molti aspetti — e soprattutto per gli effetti pratici — con quella proposta da R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 373-386. La differenza sta soltanto in questo: che R.D.P. considera l'avvenuto superamento del periodo di comporto ne' più

ne' meno che come un particolare «giustificato motivo» di licenziamento, concettualmente omogeneo a quello previsto dall'art. 3 della legge n. 604/1966, ancorche' individuato direttamente dall'art. 2110 c.c.; io invece propongo (§ 516) una definizione di «giustificato motivo» di licenziamento ex art. 3 della legge n. 604/1966 come «soglia massima di perdita attesa in conseguenza della prosecuzione del rapporto». In quest'ultimo ordine di idee, dunque, l'art. 2110, 2° c., consentendo senz'altro il licenziamento del lavoratore che resta malato (indipendentemente dalla perdita attesa ulteriore, cioe' dalla previsione circa l'ulteriore protrarsi della malattia) costituisce formalmente — cioe' dal punto di vista della tecnica normativa usata dal legislatore — un'eccezione alla regola generale. La regola sostanziale e' sempre quella della copertura assicurativa dovuta dal datore al prestatore per le sopravvenienze negative che impediscono al rapporto di essere produttivo di utile per l'impresa; ma mentre nella generalita' dei casi il licenziamento e' giustificato da una previsione di perdita superiore a una determinata soglia, nel caso della malattia il licenziamento e' giustificato dalla constatazione che la perdita ha gia' superato quella determinata soglia. La rilevanza di questa distinzione appare particolarmente evidente in riferimento al caso della malattia che impedisce irreversibilmente la prestazione: v. in proposito il paragrafo seguente e ivi note 186 e 187.

(180) V. nota 177.

(181) Nel senso dell'applicabilita' dei requisiti di forma di cui all'art. 2 della legge 15 luglio 1966 n. 604 anche al licenziamento per superamento del periodo di assenza e del termine di comportamento, v. tra le altre Cass. 2 dicembre 1988 n. 6546, MGL, 1989, p. 64; Cass. 13 agosto 1996 n. 7525, NGL, 1996, p. 741; Cass. 24 gennaio 1997 n. 716, MGL, 1997, p. 257, con nota di C.M. Cammalleri, *Forma e motivazione del licenziamento per superamento del periodo di comportamento dopo la legge 11 maggio 1990 n. 108*; RIDL, 1998, II, p. 129, con nota di L. Marra, *Sulla necessita' di motivazione del licenziamento per superamento del periodo di comportamento di malattia*; Cass. 13 dicembre 1999 n. 13992, RIDL, 2000, II, p. 688, con nota di M. Cattani, *Sulla distribuzione dell'onere probatorio nel licenziamento per superamento del periodo di comportamento*; Cass. 14 agosto 1999 n. 8641, RIDL, 2000, II, p. 359, con nota di D. Simonato. V. pero', in senso contrario alla necessita' dell'indicazione specifica dei giorni di assenza nella motivazione del licenziamento per superamento del periodo di comportamento, A. Milano 18 luglio 2001, OGL, 2001, p. 601.

(182) La ripresa del servizio dopo la scadenza del periodo di comportamento non e', di per se', impeditiva del licenziamento, essendo lasciato al datore un minimo *spatium deliberandi* anche dopo il rientro in azienda del lavoratore: v. in proposito Cass. 12 gennaio 1991 n. 267, RIDL, 1992, II, p. 203. E' stata invece ritenuta incompatibile con la tempestivita' necessaria del licenziamento la concessione al lavoratore delle ferie, dopo la ripresa del servizio da parte sua, successiva alla scadenza del periodo di comportamento: Cass. 29 luglio 1999 n. 8235, RIDL, 2000, II, p. 62, con nota di F. Bano, *Lo spatium deliberandi nel recesso per superamento del periodo di comportamento* (ivi ulteriori riferimenti). In riferimento a un caso di superamento del periodo di comportamento, v. Cass. 7 dicembre 1998 n. 12376, RIDL, 1999, II, p. 595, con nota di S. Bartalotta, *Il principio di tempestivita' nel licenziamento per superamento del periodo di comportamento*.

(183) L'istituto dell'aspettativa non retribuita al termine del periodo di comportamento ha senso soltanto in riferimento al caso della malattia di lunga durata a carattere continuativo: v. in proposito Cass. 22 novembre 1996 n. 10286, cit. nella nota 161: «l'aspettativa [non retribuita allo scadere del termine di comportamento] ... riguarda l'ipotesi della prolungata infermita', ossia della malattia unica e continuativa, la natura della quale sia incompatibile con la prestazione del servizio ... Ne resta quindi escluso il caso di ripetuti e brevi episodi morbosi che siano di impedimento ad una regolare prestazione».

(184) V. tra le prime in questo senso Cass. 16 gennaio 1975 n. 176, MGL, 1976, p. 185, con nota di F. Saffirio; Cass. 2 dicembre 1977 n. 5244, GC, 1978, I, p. 729; tra le piu' recenti Cass. 6 novembre 1996 n. 9684, RIDL, 1997, II, p. 612, con nota di P. Campanella, *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneita' psico-fisica del lavoratore*. In dottrina, nello stesso senso, G. Amorth, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, pp. 154-165.

(185) V. in questo senso tra le altre Cass. 22 luglio 1993 n. 8152, MGL, 1994, p. 63; v. inoltre §§ 288, 386 e 516, lett. e e h. In dottrina, in senso favorevole al diritto del lavoratore alla ridefinizione delle mansioni, per renderle compatibili con il suo stato, anche in deroga all'art. 2103 c.c. (§ 288), v. U. Romagnoli (G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi), *Statuto dei diritti dei lavoratori, Comm SB, 1972¹, sub art. 13*, pp. 190-191; M.J. Vaccaro, *Assenteismo per malattia e controlli del datore di lavoro*, cit. nella nota 111, pp. 92-94.

(186) In questo senso v. L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 114, p. 330; G. Lavagnini, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 94-95; F. Mazzotti, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 1, p. 721.

(187) V. in questo senso Cass. 29 aprile 1976, MGL, 1977, p. 122; Cass. 6 novembre 1996 n. 9684, cit. nella nota 184. Nello stesso senso, in dottrina, A. Maresca, *Brevi note in tema di licenziamento per eccessiva morbilita'*, RGL, 1978, II, p. 813; F. Balestrieri, «Eccessiva morbilita'», *interpretazione equitativa e clausole contrattuali di comportamento: l'ultima parola all'interprete*, RGL, 1980, II, p. 953 e nt. 75.

(188) Cass. 13 dicembre 2000 n. 15688, LPO, 2001, p. 190.

(189) Concorde su questo punto R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 125-129, il quale parla in proposito «piu' che di inversione ... di una particolare e mirata articolazione nella ripartizione dell'onus probandi» (p. 126). Cfr. anche M. Tatarelli, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, secondo il quale l'inoltro del certificato medico esenta il lavoratore «da ogni ulteriore e piu' gravoso compito di dimostrazione della denunciata infermita', come sarebbe necessario in ragione della limitata efficacia probatoria riconoscibile, proprio perche' di parte, al certificato del medico di fiducia» (pp. 64-65).

(190) E' la lettura dell'art. 5 St. lav. che ho proposto in *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979, pp. 80-93.

(191) V. in proposito soprattutto Cass. 4 aprile 1980 n. 2225, RGL, 1980, II, p. 997: nei due decenni successivi non si e' piu' registrata, per quel che mi consta, alcuna sentenza in senso contrario per questo aspetto. In dottrina, nel senso della giurisprudenza prevalente, A. Pandolfo, *La malattia nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 92, pp. 359-364, il quale fa leva sui principi deontologici che vincolano anche il medico di fiducia del lavoratore a certificare il vero; P. non considera, pero', che quel medico ha il prioritario dovere contrattuale di operare nell'interesse del paziente dando credito a quanto questi denuncia, anche quando manchi qualsiasi riscontro obiettivo; ne' considera — e' questo il dato piu' rilevante della questione — che e' ritenuta pacificamente sufficiente, per l'assolvimento dell'onere imposto al lavoratore, l'esibizione di un documento (quale il modulo predisposto dall'INPS per questo adempimento) nel quale il medico attesta che il paziente dichiara di essere malato!

(192) C. cost. 5 febbraio 1975 n. 23, RDL, 1975, II, p. 45, con nota adesiva di G. Dondi, *Accertamenti sanitari e problemi di costituzionalita'*. Nello stesso senso in dottrina L. Salutini, *Profili probatori, disciplinari e contrattuali nella malattia del lavoratore*, RDL, 1977, I, pp. 180-185.

(193) V. sul punto A. Pandolfo, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, pp. 364-372; R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 131-133. Sui criteri di imputabilita' al lavoratore del ritardo nell'invio del certificato medico v. Cass. 4 ottobre 1988 n. 5350, RIDL, 1989, II, p. 100, con nota di V.A. Poso, *Omessa giustificazione dell'assenza per malattia e giustificato motivo di licenziamento* (nel caso specifico la Corte ha discutibilmente cassato la sentenza di merito che, imputando direttamente al lavoratore il ritardo con cui il certificato medico di prosecuzione della malattia era stato presentato da un suo amico all'uopo incaricato, aveva ritenuto legittimo il licenziamento per assenza ingiustificata).

(194) Sull'obbligo di comunicazione della diagnosi al datore di lavoro si era discusso in dottrina negli anni '70 (rinvio in proposito al mio *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 190, pp. 93-96). All'esito di tale dibattito il legislatore aveva in un primo tempo accolto — con l'art. 2, 2° c., della legge n. 33/1980 — la tesi favorevole al diritto del datore di lavoro di conoscere la natura dell'infermita', anche in funzione del controllo circa la congruita' con essa della prognosi. In un secondo tempo, tuttavia, questa norma e' stata — per cosi' dire — rovesciata ad opera dell'art. 15 della legge n. 155/1981, che esclude l'obbligo di comunicazione al datore di lavoro della diagnosi (che questo sia stato l'intendimento preciso del legislatore si desume chiaramente dalla relazione alla proposta di legge Palopoli n. 2141/C, del 26 novembre 1980, da cui la norma e' nata). Il pregiudizio che dalla norma del 1981, tuttora in vigore, deriva per la possibilita' di difesa del datore di lavoro nella controversia circa la sussistenza e gravita' della malattia denunciata dal lavoratore (sotto il profilo dell'impossibilita' della valutazione della congruita' fra diagnosi e prognosi) ha indotto una parte della dottrina a individuare qui un profilo di possibile incostituzionalita' della norma stessa, per contrasto con l'art. 24 Cost.: v. R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 155-156, il quale cita in proposito l'opinione conforme sostenuta nella mia monografia del 1979.

(195) In questo senso, dopo qualche incertezza, Cass. 8 maggio 1985 n. 2869, GC, 1985, I, p. 1889; con argomentazioni in parte diverse Cass. 14

ottobre 1986 n. 6020, *FI*, 1986, I, c. 2735; orientamento che è venuto poi consolidandosi dopo le sentenze delle Sezioni unite 3 giugno 1987 n. 4854, e 13 luglio 1987 n. 6097 (*MGL*, 1987, p. 531). In dottrina, in senso conforme a questo orientamento, v. R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 138-151; ivi gli ulteriori riferimenti; in senso parzialmente difforme A. Pandolfo, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, pp. 372-381.

(196) In dottrina, nel senso della rilevanza del ritardo, nel rapporto tra prestatore e datore di lavoro, soltanto sul piano disciplinare e non sul piano retributivo quando la prova della malattia venga fornita altrimenti, v. ancora A. Pandolfo, *La malattia ecc.*, loc. cit. nella nota prec.; R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 127-131.

(197) C. cost. 29 dicembre 1988 n. 1143, *GI*, 1989, I, 1, c. 1076, con nota di A. Falcone, *Sulla indennità di malattia, nell'ipotesi di inoltro tardivo del certificato medico*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 del d.l. 30 ottobre 1979 n. 663, convertito nella l. 29 febbraio 1980 n. 33, nel testo sostituito dall'art. 15 della legge 23 aprile 1981 n. 155, «nella parte in cui non consente al lavoratore assicurato di addurre e provare l'esistenza di un giustificato motivo del ritardato invio del certificato medico della malattia che lo ha colpito».

(198) Sul dibattito dottrinale circa il fondamento del potere contrattuale di controllo del datore sulla malattia del lavoratore v. § 394 e ivi note 190-194.

(199) Nel senso, invece, che la visita ispettiva non possa spingersi oltre una ricognizione esterna sulla persona del lavoratore v. G. Amorth, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, pp. 104-105.

(200) Cfr. Cass. 19 novembre 1973 n. 3106, *FI*, 1974, I, c. 709, con nota di G. Pera.

(201) Faccio riferimento qui ai risultati assai interessanti di una ricerca sul funzionamento dei controlli *ex art. 5 St. lav.* in provincia di Milano, che ha costituito oggetto della tesi di laurea di M. Ballabio, *I controlli sulla malattia del lavoratore* (Un. degli Studi di Milano, 1995). Se ne trae, ad esempio, che nei primi sei mesi del 1993 sono state disposte d'ufficio dall'Inps o richieste all'Istituto stesso dai datori di lavoro 2119 visite di controllo, delle quali 678 non hanno potuto essere effettuate per vari motivi, ivi compresa l'assenza del lavoratore dal domicilio; delle altre, 1348 hanno dato luogo a un referto di conferma della diagnosi e prognosi del medico curante, 35 addirittura con un prolungamento della prognosi formulata dal medico curante, 42 con una riduzione della prognosi (qui sono classificati anche i casi in cui il medico del servizio ispettivo dichiara che il lavoratore può riprendere servizio il giorno successivo); nessuna visita si è conclusa con una dichiarazione di insussistenza della malattia.

(202) V. in questo senso, fra le prime, Cass. 5 maggio 1978 n. 2156, *FI*, 1978, I, c. 2206, e *RGL*, 1980, II, p. 89, con nota adesiva di F. Balestrieri, *Controllo sanitario preventivo e libertà del lavoratore ammalato*. Esprime perplessità su questo orientamento giurisprudenziale R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 151-153.

(203) Sulla costruzione dottrinale che, nel contesto normativo precedente alla l. n. 638/1983, configurava il dovere del lavoratore di cooperare all'accertamento disposto dal datore come *onere* e non come *obbligo*, v. § 394 e ivi note 190-194.

(204) Sulla necessità del carattere obiettivo dell'impedimento, ai fini della giustificazione dell'assenza, v. tra le numerose altre ultimamente Cass. 4 gennaio 2002 n. 50, *NGL*, 2002, p. 206.

(205) V. tra le numerose altre Cass. 4 aprile 1990 n. 2788, *RIDL*, 1991, II, p. 137, con nota adesiva di L. Moretti, *Sulla natura e i presupposti della sanzione economica a carico del lavoratore assente dal domicilio in periodo di malattia*; Cass. 17 agosto 2001 n. 11153, *MGL*, 2001, p. 1143. V. però in senso contrario su questo punto Cass. 14 luglio 1994 n. 6597, *RIDL*, 1995, II, p. 590, con nota di R. Del Punta, *Interrogativi sul regime sanzionatorio dei controlli domiciliari di malattia*.

(206) V. ancora Cass. 4 aprile 1990 n. 2788, cit. nella nota prec.; P. Milano 16 ottobre 1996, cit. nella nota 142. Nel senso che l'assenza alla visita di controllo possa costituire anche mancanza disciplinare, quando ciò sia previsto dal contratto collettivo, v. Cass. 9 agosto 1996 n. 7370, *RIDL*, 1997, II, p. 553, con nota di S. Bertocco, *Elasticità o tassatività del codice disciplinare?*; inoltre Cass. 11 dicembre 1995 n. 12686 (*RIDL*, 1996, II, p. 844, con nota di C. Faleri, *Sulla rilevanza disciplinare della violazione dell'obbligo di reperibilità del lavoratore malato*) ha ritenuto invece che, essendo l'illiceità di tale comportamento tipizzata dalla legge, non è necessario che essa sia qualificata espressamente come mancanza disciplinare dal contratto collettivo: nel caso specifico è stata ritenuta legittima l'irrogazione del biasimo scritto.

(207) Circa le modalità di applicazione di questa sanzione, si discute se il datore di lavoro possa procedere direttamente alla trattenuta dell'indennità posta a carico dell'istituto previdenziale: in senso negativo v. Cass. 4 giugno 1996 n. 5185, *RIDL*, 1997, II, p. 134, con nota di G. Martinucci, *In tema di decadenza dal trattamento economico di malattia per assenza del lavoratore dal domicilio nelle c.d. fasce orarie di reperibilità*.

(208) C. cost. 26 gennaio 1988 n. 78, *FI*, 1988, I, c. 2152 e *RIDL*, 1988, II, p. 305, con commento di R. Del Punta, *Note sull'incostituzionalità della normativa sulle «fasce orarie» di reperibilità*.

(209) Tra le numerosissime altre v. Cass. 3 maggio 1990 n. 3681, *RIDL*, 1990, II, p. 871, con nota di V.A. Poso, *Sul giustificato motivo di assenza del lavoratore alla visita di controllo domiciliare*; Cass. 19 luglio 1993 n. 7977, *RIDL*, 1994, II, p. 509, con nota di A. Pizzoferrato, *Giustificato motivo di assenza nelle fasce orarie di reperibilità e visita medica ambulatoriale*; Cass. 9 marzo 1995 n. 2756, *RIDL*, 1996, II, p. 113; Cass. 12 dicembre 1997 n. 12575 (*RIDL*, 1998, II, p. 535, con nota di A. Pellicchia, *Il giustificato motivo tra «ragione socialmente apprezzabile» e «ragionevole impedimento»*), dove si sottolinea la necessità dell'accertamento rigoroso della indispensabilità e indifferibilità del trattamento terapeutico extradomiliare; P. Lucca 19 marzo 1998, *RIDL*, 1999, II, p. 80, con nota di G. Bolego, *Ancora sul giustificato motivo di assenza alla visita domiciliare di controllo*, in riferimento al caso di una assenza protrattasi in conseguenza di lunga attesa in coda all'ambulatorio chirurgico; Cass. 10 dicembre 1998 n. 12458, *RIDL*, 1999, II, p. 726, con nota di G. Zilio Grandi, *Ancora un caso di «ragionevole impedimento» alla visita di controllo in ipotesi di malattia*, in riferimento al caso del lavoratore che si era recato dal dentista per una crisi di mal di denti. In un caso è stato ritenuto giustificato il rifiuto di sottoporsi al controllo motivato dall'inurbanità del medico del servizio ispettivo: Cass. 14 luglio 1994 n. 6597, cit. nella nota 205.

(210) Cass. 17 novembre 1993 n. 11358, *RIDL*, 1994, II, p. 734, con nota di M. Palla, *Contrattazione collettiva e oneri aggiuntivi per il lavoratore in malattia*.

(211) Cass. 17 novembre 1993 n. 11358, cit. nella nota prec.; Cass. 9 marzo 1995 n. 2756, cit. nella nota 209.

(212) Cfr. P. Torino 19 luglio 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 290. È stato pure considerato inidoneo a escludere la responsabilità del lavoratore il fatto che egli, assente al momento dell'accesso del medico incaricato del controllo, abbia fatto rientro nella propria abitazione subito dopo: Cass. 11 marzo 1996 n. 1956, *RIDL*, 1997, II, p. 125, con nota di C. Vitale, *In tema di perdita del trattamento economico di malattia da parte del lavoratore e di suo esonero dalle spese del relativo giudizio*.

(213) Così P. Roma 22 settembre 1975, *MGL*, 1975, p. 734. V. però Cass. 4 aprile 2001 n. 5023, *OGL*, 2001, p. 534, dove si è ritenuto che non avesse alcuna incidenza sugli oneri di documentazione a carico del lavoratore il fatto che la sua degenza si svolgesse in una baita alpina sita a un'ora e mezzo di sentiero percorribile solo a piedi dal più vicino abitato raggiungibile con auto o mezzi pubblici.

(214) Cass. 17 aprile 1978 n. 1824, *MGL*, 1978, p. 515; P. Milano 16 ottobre 1996, cit. nella nota 142: «il lavoratore, anche autorizzato dal medico a uscire di casa e andare in vacanza, ha tuttavia l'obbligo di comportarsi in modo da consentire al datore di lavoro l'effettuazione della visita di controllo: non può, dunque, limitarsi a comunicare al datore di essere «in viaggio» per un determinato periodo, ma deve preoccuparsi di rendersi concretamente reperibile per la visita di controllo». V. però Cass. 18 giugno 1981 n. 3993, *RGL*, 1981, II, p. 885.

(215) Così A. Pandolfo, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, pp. 383-391. In passato la tesi contraria era stata sostenuta da U. Romagnoli (G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit. nella nota 185, 1972¹, p. 27, (ma nella seconda edizione dell'opera l'A. si adegua all'orientamento giurisprudenziale dominante: 1979², p. 32).

(216) Soltanto in relazione a questo fatto l'attestazione, provenendo da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, fa fede fino a querela di falso. Per un caso in cui è stata ritenuta non coperta dall'efficacia probatoria dell'atto pubblico la valutazione del medico del servizio ispettivo circa l'atteggiamento minaccioso con cui un lavoratore aveva rifiutato la visita di controllo, v. Cass. 24 gennaio 1992 n. 773, *RIDL*, 1993, II, p. 303, con nota di R. Del Punta, *Attestazione di un fatto oggettivo e valutazione del medesimo nel referto del servizio medico ispettivo*.

(217) L'esito negativo dell'accertamento ispettivo della malattia non deve necessariamente essere contestato dal lavoratore nell'immediatezza della

visita di controllo, potendo la contestazione avvenire anche in seguito, e anche soltanto in sede giudiziale: in questo senso T. Parma 14 gennaio 2000, *RIDL*, 2001, II, p. 70.

(218) Così, tra le più recenti, Cass. 5 maggio 2000 n. 5622, cit. nella nota 99; in precedenza, nello stesso senso, Cass. 13 febbraio 1990 n. 1044, *NGL*, 1990, p. 228: «il controllo delle assenze del lavoratore per infermità previsto dall'art. 5 della l. 20 maggio 1970 n. 300, da un lato, non costituisce l'unico mezzo concesso al datore di lavoro per contestare l'attendibilità del certificato medico prodotto dal lavoratore, poiché questo, come ogni altro documento, non si sottrae alla valutazione del giudice del merito, e dall'altro lato, pur quando sia stato esperito con esito favorevole per il dipendente, dà luogo a un risultato che rimane contestabile in giudizio — in quanto fondato su valutazioni di tipo tecnico, rispetto alle quali non è invocabile la particolare efficacia probatoria degli atti formati da organi pubblici»; Cass. 26 febbraio 1985 n. 1674, *MGL*, 1985, p. 324; Cass. 1° luglio 1986 n. 4347, *GC*, 1987, I, p. 1211, con nota di R. Marengo; Cass. 20 aprile 1984 n. 2620, *DL*, 1985, II, p. 219; Cass. 14 febbraio 1980 n. 1084, *GC*, 1980, I, p. 1639; P. Parma 22 luglio 1995, cit. nella nota 93: «Il controllo giudiziale sulla certificazione del medico curante, contenente la diagnosi di una determinata infermità e la prescrizione dell'astensione dal lavoro, non può arrestarsi di fronte a tale contenuto formale del documento, dovendo essere verificata sul piano medico-legale la congruenza tra la natura e gravità dell'infermità diagnosticata, desumibile anche dalle terapie effettivamente praticate, e l'entità della prognosi di impedimento al lavoro in relazione alle mansioni concretamente svolte dal prestatore». Nello stesso senso, in dottrina, tra gli altri, A. Freni, G. Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1971, pp. 14-15; L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973², p. 726; A. D'Harmant François, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, dir. da U. Prosperetti, Milano, 1975, pp. 118-122; R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 153-164; M. Tatarelli, *La malattia nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 92, pp. 84-85; G. Pera, *Diritto del lavoro*, Padova, 2000⁶, pp. 445-447.

(219) V. Cass. 13 febbraio 1990 n. 1044, cit. nella nota prec., dove si precisa che l'esperibilità della consulenza tecnica d'ufficio «non è preclusa dal miglioramento o dalla guarigione del lavoratore, nel frattempo intervenuta». Sulla rilevanza della verifica di congruità fra diagnosi, prognosi e terapia v. *infra* nel testo, e note 223-225.

(220) T. Roma 2 giugno 2000, cit. nella nota 226: «Il datore di lavoro che intenda sindacare l'attendibilità della certificazione medica esibita dal lavoratore non è tenuto a esperire preventivamente la procedura di controllo prevista dall'art. 5 St. lav.». Nello stesso senso, in riferimento agli accertamenti sull'inidoneità fisica del lavoratore, v. Cass. 27 dicembre 1997 n. 13056, cit. nella nota 253. In dottrina, nello stesso senso, R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 153-154.

(221) Per un caso di questo genere v. P. Milano 16 ottobre 1996, cit. nella nota 142, con mio commento, *Sulla «sindrome ansioso-depressiva» conseguente alla comunicazione del licenziamento*.

(222) Su di un caso nel quale è stata ritenuta ingiustificata l'assenza di un giorno per emicrania, nonostante il certificato medico esibito, in conseguenza del fatto che la lavoratrice aveva ripetutamente chiesto per quello stesso giorno un permesso, che le era stato negato, v. T. Milano 3 luglio 1991, *RIDL*, 1992, II, p. 396, con nota di M. Caro, *Sulla nozione di «malattia» rilevante nel diritto del lavoro*.

(223) Per due casi di questo genere v. P. Torino 19 gennaio 1989, e T. Milano 6 ottobre 1989, entrambe citt. nella nota 99.

(224) Per due casi di prognosi giudicata eccessiva in riferimento a diagnosi di lombalgia v. P. Parma 22 luglio 1995, confermata da T. Parma 7 novembre 1996: entrambe citt. nella nota 93; T. Parma 14 gennaio 2000, cit. nella nota 217.

(225) V. in questo senso Cass. 5 maggio 2000 n. 5622, cit. nella nota 99, confermativa di sentenza di merito che, in riferimento a un caso di lombalgia, aveva ritenuto ingiustificata l'assenza «sulla base del comportamento tenuto dal lavoratore [e] delle terapie effettivamente praticate»; in precedenza P. Torino 19 gennaio 1989, cit. nella nota 99; alla controversia decisa in quest'ultima sentenza si riferisce la consulenza tecnica di R. Gatti, pubblicata sotto il titolo *Quando la diagnosi non è congruente rispetto alla prognosi e alla terapia*, in *RIDL*, 1990, III, pp. 141-146.

(226) V. T. Roma 2 giugno 2000, *RIDL*, 2000, II, p. 695, con nota di M. Covi, «Prognosi retrospettiva e sindacabilità del certificato medico: «Integra gli estremi della giusta causa di licenziamento l'utilizzo di certificati medici intrinsecamente inattendibili e recanti "prognosi" riferite a periodi pregressi rispetto alla data di rilascio degli stessi». Per un caso nel quale la certificazione tardiva è stata ritenuta attendibile, ma soltanto per il periodo di assenza decorrente dal giorno della visita stessa (dal quale deve pertanto intendersi che decorra la prognosi), v. P. Torino 4 luglio 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 665.

(227) In questo senso è orientata univocamente la giurisprudenza: v. per tutte Cass. 22 luglio 1993 n. 8165, *MGL*, 1993, p. 768; e da ultimo Cass. 3 maggio 2001 n. 6236, *LG*, 2001, p. 1156, con commento di G. Girardi; *OGI*, 2001, p. 783; *LPO*, 2001, p. 1183; *RGL*, 2001, II, p. 50, con nota di L. Valente, *Accertamento della malattia e tutela della riservatezza: sui limiti del potere datoriale di utilizzare investigatori privati per contrastare il fenomeno dell'assenteismo abusivo*. Nel senso che grava sul lavoratore l'onere della prova circa la compatibilità della propria infermità con l'attività lavorativa svolta in favore di terzi, e non con l'attività lavorativa dovuta al proprio datore di lavoro, v. Cass. 13 aprile 1999 n. 3647, *DPL*, 1999, p. 2664. In dottrina v. in questo senso A. Pandolfo, *La malattia ecc.*, cit. nella nota 92, pp. 418-419; R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 567-568; e, sia pure dubitativamente, A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Torino, 1995, pp. 186-189. In senso contrario in precedenza si era pronunciato U. Romagnoli (G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit. nella nota 215, 1972¹, p. 27, e 1979², pp. 30-31.

(228) Per un caso di questo genere v. P. Latina 28 febbraio 1974, *MGL*, 1974, p. 349.

(229) Cfr. P. Torino 27 aprile 1973, *FI*, 1973, I, c. 2944, in riferimento al caso di un lavoratore che durante la pretesa malattia si era dedicato ad attività di consulenza sindacale e vertenziale; Cass. 29 luglio 1986 n. 4868, *RIDL*, 1987, II, p. 127, in riferimento a un caso in cui il lavoratore era stato sorpreso a svolgere un «lavoro agricolo assai più faticoso di quello che avrebbe dovuto espletare in azienda»; Cass. 3 maggio 2001 n. 6236, cit. nella nota 227.

(230) Cfr. P. Torino 19 gennaio 1989, cit. nella nota 99, sul caso del lavoratore che, in periodo di dichiarata malattia, si era mostrato perfettamente in grado di presenziare a una lunga e impegnativa udienza di discussione della causa.

(231) P. Milano 26 giugno 1989, cit. nella nota 99.

(232) V. nota 220.

(233) V. Cass. 27 luglio 1994 n. 6982 (*RIDL*, 1995, II, p. 870, con nota di M. Pagni, *In materia di malattia impeditiva del godimento delle ferie e di relativo onere probatorio*): «il diritto del lavoratore alla riservatezza non lo esonera dall'allegare e provare la gravità dell'infermità da lui stesso denunciata ai fini della sospensione della prestazione lavorativa». Inoltre, nello stesso senso, P. Parma 22 luglio 1995, cit. nella nota 93.

(234) Cass. pen. 10 giugno 1999 n. 7468, *DPL*, 1999, p. 2267.

(235) Per un caso di questo genere v. P. Livorno 19 ottobre 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 878, con nota di V.A. Poso.

(236) V. per tutte Cass. 11 dicembre 2001 n. 15621, *RGL*, 2002, II, p. 264, con nota di R. D'Amore, *Assenza per malattia e lavoro in proprio*.

(237) V. ancora in proposito Cass. 29 luglio 1998 n. 7467, cit. nella nota 127: «nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, il dipendente in malattia che, seppure inidoneo temporaneamente alle mansioni alle quali è assegnato dal datore di lavoro, intenda svolgere attività lavorativa presso terzi in costanza del periodo di malattia, per essere non di meno idoneo a mansioni diverse, il cui espletamento non sia pregiudizievole al fine di un più rapido recupero della piena idoneità fisica, è tenuto a offrire tale prestazione parziale al datore di lavoro». V. inoltre il commento alla stessa sentenza di P. Scognamiglio, *Malattia del lavoratore e svolgimento di altra attività*, cit. anch'esso nella nota 127.

(238) V. in proposito l'ampia trattazione di R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, pp. 556-567: ivi una rassegna della dottrina civilistica e lavoristica precedente sul punto. In giurisprudenza v. per tutte Cass. 17 luglio 1991 n. 7915, *RIDL*, 1992, II, p. 942, con nota di G. Mammone, *Sull'obbligo del lavoratore malato di non ostacolare la guarigione*, in specifico riferimento all'attività lavorativa svolta dal lavoratore in costanza di malattia; Cass. 20 settembre 1991 n. 9803, *RIDL*, 1992, II, p. 676, con nota di M. Caro, *Ancora sui comportamenti del lavoratore incompatibili col suo stato di malattia* (la nota si conclude con una notazione interessante, che rimanda a quanto qui si è detto nel paragrafo precedente: «Resta da chiedersi se ciò che ha realmente determinato la decisione circa la legittimità del licenziamento sia davvero — in questo come in numerosissimi casi analoghi — la ritenuta idoneità del comportamento contestato a ritardare la guarigione, o non piuttosto la convinzione inespressa del giudice circa

l'«idoneità» del comportamento stesso a dimostrare che l'impedimento al lavoro non sussisteva, o non era comunque tale da giustificare l'astensione dal lavoro»; Cass. 22 luglio 1993 n. 8165, cit. nella nota 227. Sul dovere generale del lavoratore di non pregiudicare la propria attitudine all'adempimento con comportamenti con essa incompatibili tenuti nei periodi di riposo, v. Cass. 5 dicembre 1990 n. 11657, cit. nella nota 49 al § 285.

(239) V. sulla delicata questione A. Santosuosso, *Corpo e libertà*, Milano, 2001, partic. pp. 196-204.

(240) Cfr. sul punto Cass. 13 luglio 2001 n. 9556 (LG, 2001, p. 1180: ivi ulteriori richiami giurisprudenziali), in riferimento all'infortunio occorso a un bidello mentre scendeva una scala per recarsi nella palestra della scuola dove prestava servizio.

(241) Su di una clausola di questo genere, contenuta nel contratto collettivo per il settore del commercio, v. Cass. 10 giugno 1993 n. 6478, *RIDL*, 1994, II, p. 723, con nota di A. De Giudici, *Ermeneutica negoziale e determinazione del periodo di comparto*.

(242) Cass. 2 giugno 1998 n. 5414, *RIDL*, 1999, II, p. 341; Cass. 30 gennaio 2002 n. 1247, *NGL*, 2002, p. 206, e *RIDL*, 2002, II, p. 428, con mio commento critico, *Il datore ha il diritto di controllare, ma il lavoratore ha il diritto di sottrarsi al controllo*. In senso conforme a questa sentenza, in dottrina, v. precedentemente R. Del Punta, *La sospensione ecc.*, cit. nella nota 1, p. 193.

(243) P. Albi, *Sulle fasce di reperibilità in caso di infortunio sul lavoro*, nota alla sentenza della Corte di cassazione n. 4514/1998 cit. nella nota prec.

(244) Sull'incidenza delle nuove norme sul sistema di tutela della riservatezza del lavoratore delineato dallo Statuto del 1970 v. A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, cit. nella nota 227, partic. pp. 194-196; Id., *Gli accertamenti sanitari preassuntivi*, cit. nella nota 248, partic. pp. 75-76.

(245) Così, già tra i primi commentatori della norma del 1970, S. Caldiron, *Gli accertamenti della idoneità del lavoratore nello statuto dei lavoratori*, *RDL*, 1974, I, p. 159.

(246) Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 626/1994 la questione circa le modalità in cui dovevano svolgersi le visite mediche disposte dal datore di lavoro finalizzate all'assunzione aveva visto prevalere in dottrina, e ultimamente pure in giurisprudenza, la tesi dell'applicabilità anche ad esse del terzo comma dell'art. 5 St. lav., traendosi argomento a sostegno di questa tesi dal divieto di indagini «preassunzione» posto dall'art. 8: v. tra i primi in quel senso L. Mengoni, *Due anni di applicazione dello Statuto dei lavoratori*, *MGL*, 1972, p. 563; G. Pera (C. Assanti), *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, pp. 59-60; U. Romagnoli (G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit. nella nota 185, pp. 28-29. In giurisprudenza nello stesso senso, tra le altre, in riferimento alla disciplina previgente, Cass. 4 maggio 1984 n. 2729, *NGL*, 1985, p. 147; Cass. 30 luglio 1984 n. 4561, *MGL*, 1984, p. 322; Cass. 5 novembre 1985 n. 5387, *NGL*, 1986, p. 318.

(247) S. Caldiron, *loc. cit.* nella nota 245.

(248) Così Cass. pen. 27 gennaio 1999 n. 1133, *RIDL*, 2000, II, p. 67, con nota adesiva di A. Bellavista, *Gli accertamenti sanitari preassuntivi*. Per la giurisprudenza di merito v. P. pen. Torino 15 febbraio 1996, *D&L*, 1996, p. 1052, in riferimento ad accertamenti sanitari in ordine a sieropositività, tossicodipendenza e gravidanza.

(249) V. in proposito C. Giust. 3 febbraio 2000, nella causa n. 207/1998 (*Mahlburg*), cit. nella nota 269. A tutela della lavoratrice contro possibili discriminazioni, la giurisprudenza, comunitaria e interna, e altresì orientata nel senso di escludere l'obbligo della lavoratrice stessa di informare il datore circa il proprio stato interessante prima dell'assunzione: v. C. Giust. 4 ottobre 2001, nella causa n. 109/2000, e Cass. 6 luglio 2002 n. 9864, entrambe citt. nella nota 63 al § 202.

(250) Cass. pen. 8 gennaio 1998 n. 2635, *RIDL*, 1998, II, p. 280, con nota dissenziente di G. Pera, *L'accertamento dello stato di gravidanza ai fini dell'assunzione al lavoro*.

(251) V. in questo senso P. pen. Torino 15 febbraio 1996, cit. nella nota 248.

(252) In questo senso v. G. Pera (C. Assanti), *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, p. 58; U. Romagnoli (G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi), *Statuto dei diritti dei lavoratori*. Artt. 1-13, Bologna-Roma, 1979², p. 35; C. Balducci, *Lo Statuto dei lavoratori*. Commentario, dir. da G. Giugni, Milano, 1979, pp. 36-37. V. però, per la tesi secondo cui in questo caso deve essere attivato il controllo di malattia di cui al secondo comma e non quello sull'idoneità fisica di cui al terzo, A. D'Harmant François, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, dir. da U. Prosperetti, vol. I, Milano, 1975, pp. 122-123.

(253) V. tra le altre in questo senso Cass. 28 aprile 1979 n. 2500, *RGL*, 1979, II, p. 427; Cass. 2 luglio 1988 n. 4392, mass.; Cass. 27 dicembre 1997 n. 13056, *RIDL*, 1998, II, p. 530, con nota di G. Mammine, *Riduzione della capacità lavorativa e accertamento dello stato di inidoneità fisica*.

(254) Così Cass. 27 dicembre 1997 n. 13056, cit. nella nota prec.: «l'accertamento stragiudiziale dell'inidoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici e istituti specializzati di diritto pubblico costituisce mera facoltà per il datore di lavoro che intenda far valere in giudizio l'inidoneità stessa come causa di risoluzione del rapporto di lavoro, atteso che in sede giudiziale detto accertamento costituisce oggetto di mezzo istruttorio munito di garanzie non minori di quelle stragiudiziali».

(255) V. in questo senso Cass. 12 luglio 1995 n. 7619, *RIDL*, 1996, II, p. 609, con nota critica di I. Milianti, *Su chi grava il rischio dell'errore nell'accertamento sanitario ex art. 5 St. lav. sull'idoneità del lavoratore alle mansioni?*

(256) Per la dottrina precedente all'intervento legislativo v. M. Di Lecce, *Aids: test anti Hiv e possibili discriminazioni del lavoratore sieropositivo*, *L80*, 1988, pp. 595-599. Per la dottrina successiva, oltre agli scritti citati nella nota seguente v. A. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, cit. nella nota 227, pp. 196-206; G. Della Rocca, *Condizioni personali del lavoratore e distribuzione delle tutele*, *DL*, 2001, I, p. 290, nt. 84. V. anche, per uno studio comparatistico in materia di trattamenti sanitari obbligatori, C. Casonato, *Diritto alla riservatezza e trattamenti sanitari obbligatori: un'indagine comparata*, Trento, 1995.

(257) G. Pera, *Disposizioni per la tossicodipendenza e l'Aids nel rapporto di lavoro*, *RIDL*, 1990, III, pp. 198-199; T. Bianconcini, *L'infezione da virus HIV ed il rapporto di lavoro*, *RIDL*, 1992, I, pp. 221-230. V. sul punto anche A. Topo, *La tutela del lavoratore tossicodipendente*, cit. nella nota 124, pp. 276-281.

(258) C. cost. 2 giugno 1994 n. 218, *GC*, 1994, I, p. 2096; *MGL*, 1994, p. 469; *NGL*, 1994, p. 506; *RGL*, 1994, II, p. 840, con nota di L. Fassina, *L'obbligatorietà del test anti Aids secondo la Corte costituzionale*.

(259) Nel regime previgente era stato ritenuto illegittimo il rifiuto di un lavoratore, inviato a lavorare all'estero, di sottoporsi all'esame anti-AIDS previsto dalla legislazione dello Stato ospitante: T. Firenze 28 settembre 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 133.

(260) Ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 19 ottobre 1970 n. 864. Tra le fonti internazionali in questa materia va ora annoverato anche l'art. 11 della convenzione ONU 18 dicembre 1979, che vincola genericamente gli Stati aderenti a tutelare la gravidanza e la maternità.

(261) La direttiva stabilisce il diritto dei lavoratori di entrambi i sessi ad assentarsi dal lavoro per un periodo minimo di tre mesi per la nascita o l'adozione di un bambino, fino a un'età non superiore a otto anni (art. 2). Prevede inoltre che «gli Stati membri e/o le parti sociali prend[an]o le misure necessarie per autorizzare i lavoratori ad assentarsi dal lavoro, secondo la legge, i contratti collettivi e/o le prassi nazionali, per cause di forza maggiore derivante da ragioni familiari urgenti dovute a malattie o infortuni che rendono indispensabile la presenza immediata del lavoratore» (art. 3). V. in proposito D. IZZI, *Congedi parentali: un passo avanti verso la parità lavoratori-lavoratrici*, *DPL*, 1997, pp. 1523-1526; R. Nunin, *La direttiva n. 96/34/Ce in materia di congedi parentali, ne i congedi parentali*, a cura di M. Miscione, Milano, 2001, pp. 13-22.

(262) Sul quale v. il commento sistematico curato da M. Napoli, M. Magnani ed E. Balboni, *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, *NLCC*, 2001, pp. 1215-1416.

(263) V. in proposito M. Barbera, nel commentario a cura di M. Napoli, M. Magnani ed E. Balboni, cit. nella nota prec., *sub art. 15*: «Il testo unico prende parte, non meno della legge oggetto di questo commento, alla demolizione di quello che, mutuando un'immagine coniata dal pensiero femminista, potremmo chiamare "l'ordinamento simbolico della madre", e alla costruzione in corso di un nuovo ordine più pragmatico e paritario, costituito da una nuova "politica della famiglia" le cui ascendenze cattoliche vengono corrette e temperate da un laico e tollerante riconoscimento delle molteplici forme che la famiglia può assumere oggi (nucleare, allargata, di fatto, monoparentale...); da una consapevole valorizzazione del lavoro di cura, cui si accompagna la dichiarata intenzione di ridistribuirne i vantaggi e i costi sociali fra uomini e donne». V. inoltre A. D'Andrea, *Il sistema di tutela e sostegno della maternità. Il «dialogo» della legislazione italiana con la normativa comunitaria*, *LPO*, 2001, pp. 1275-1305. Per un commentario del nuovo testo legislativo v. *I congedi parentali*, a cura di M. Miscione, cit. nella nota 261.

(264) Cfr. C. cost. 14 dicembre 2001 n. 405, cit. nella nota 272: «Gli interventi legislativi succedutisi in materia attestano come il fondamento della protezione sia sempre più spesso nitidamente ricondotto alla maternità in quanto tale e non più, come in passato, solo in quanto collegata allo svolgimento di un'attività lavorativa subordinata» (§ 2.1 della motivazione). In proposito v. M. Miscione, *L'indennità di maternità quale diritto della persona riconosciuto dalla Corte costituzionale*, *LG*, 2002, pp. 41-44.

(265) Con questa norma l'ordinamento italiano si colloca, insieme all'Ungheria e alla Russia, al vertice della graduatoria mondiale in fatto di protezione della lavoratrice madre; seguono Canada, Brasile, Costa Rica, Danimarca, Norvegia e Bulgaria con 4 mesi; Austria, Francia, Spagna, Svezia, Polonia, Lussemburgo e Paesi Bassi con 16 settimane; Germania, Gran Bretagna e Irlanda con 14; il Portogallo con 13; gli U.S.A. con 12; la Svizzera con 8 (fonte: *Bureau International du Travail*, 1998).

(266) Il provvedimento amministrativo di anticipazione dell'astensione obbligatoria si fonda su di un accertamento di esigenze inerenti alla salute della madre e del nascituro, che deve considerarsi pienamente sindacabile, al pari di ogni altro accertamento sanitario (§ 397); la non sussistenza di tali esigenze ben può, dunque, essere accertata in sede giudiziale sulla base dell'osservazione di un comportamento della lavoratrice con esse incompatibile: v. in questo senso Cass. 4 marzo 2000 n. 2466, *RIDL*, 2001, II, p. 65, con nota di M. Mocella, *Sulla rilevanza dei comportamenti del lavoratore nel periodo di sospensione del rapporto di lavoro*.

(267) V. in questo senso Cass. 20 gennaio 2000 n. 603, *RIDL*, 2000, II, p. 513, con nota di S. Bartalotta, *Brevi osservazioni sull'astensione anticipata per maternità*.

(268) C. cost. 30 giugno 1999 n. 270 (*NGL*, 1999, p. 508) aveva dichiarato illegittima la disciplina legislativa previgente della materia nella parte in cui non prevedeva una decorrenza dei termini del periodo dell'astensione obbligatoria «idonea ad assicurare una adeguata tutela della madre e del bambino» per il caso di parto prematuro. La giurisprudenza ordinaria aveva riempito la lacuna affermando che «in ipotesi di parto prematuro il periodo di astensione obbligatoria *post partum* decorre dal giorno susseguente alla data presuntivamente prevista per il verificarsi di una nascita regolare» (T. Ravenna 13 ottobre 1999, *RIDL*, 2000, II, p. 323, con nota di G. Conte, *Sul decorso del periodo di astensione obbligatoria in caso di parto prematuro*: ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali precedenti sul punto).

(269) L'art. 6, 1° c., del testo unico prevede espressamente soltanto la necessità, in questo caso, dell'adibizione a mansioni diverse. L'astensione dal lavoro in caso di impossibilità di spostamento a mansioni compatibili e la corrispondente estensione del trattamento economico previsto per l'astensione obbligatoria devono comunque considerarsi costituzionalmente necessarie in virtù della sentenza C. cost. 19 ottobre 1988 n. 972, *RIDL*, 1989, II, p. 402, con nota di C. Rucci, *La Corte costituzionale rafforza la tutela della salute della lavoratrice madre dopo il puerperio*. Sulla illegittimità del rifiuto di assunzione di lavoratrice incinta motivato con l'impossibilità di adibirla a mansioni compatibili con il suo stato, dovendo l'impresa semmai assumere e immediatamente sospendere dal lavoro, v. C. Giust. 3 febbraio 2000, nella causa n. 207/1998 (*Mahlburg*), *RIDL*, 2001, II, p. 173, con ampia nota di T. Vettor, *Stato di gravidanza e assunzione in mansioni vietate alle donne in tale stato* (dove si cita in senso conforme Cass. n. 4064/1991).

(270) Sulla necessità che si applichi, per la determinazione dell'indennità, il criterio più favorevole alla lavoratrice nel caso in cui nel periodo di riferimento si verifichi un suo passaggio dal tempo parziale al tempo pieno, v. Cass. 16 febbraio 2000 n. 1729, *RIDL*, 2001, II, p. 62, con nota di C. Ogriseg, *Indennità di maternità e part-time*.

(271) Il godimento dell'indennità non può essere pregiudicato dal fatto che la lavoratrice presti servizio a tempo parziale secondo il modello del c.d. *part-time verticale* (§ 351): C. cost. 29 marzo 1991 n. 132, *MGL*, 1992, p. 132, e *RIDL*, 1992, p. 743, con nota di A. Alesse, *La Corte costituzionale e l'indennità di maternità nel part-time annuo*; nello stesso senso Cass. 10 agosto 1998 n. 7839, *RIDL*, 1999, II, p. 588, con nota di E. Dall'Ara, *Indennità di maternità e part-time verticale*. Il godimento dell'indennità non può essere pregiudicato neppure dalla cessazione del rapporto di lavoro a termine, quanto questa intervenga meno di sessanta giorni prima dell'inizio dell'astensione obbligatoria (per la tesi — invero assai discutibile — secondo cui in questo caso l'indennità di maternità dovrebbe essere corrisposta dall'ex-datore di lavoro v. Cass. 6 marzo 1996 n. 1745, *RIDL*, 1997, II, p. 771, con commento dissenziente di D. Gottardi, *Note in tema di trattamento di maternità della lavoratrice precaria*).

(272) C. cost. 14 dicembre 2001 n. 405, *OGL*, 2001, p. 704; *MGL*, 2002, p. 18, con nota di G. Mannacio, *Indennità di maternità e licenziamento per giusta causa*; *RIDL*, 2002, II, p. 708, con nota di G. Del Borrello, *La Corte costituzionale torna sul trattamento di maternità*.

(273) V. sul punto Cass. 5 novembre 1990 n. 10576, *RIDL*, 1991, II, p. 580, dove si precisa che la regola si applica anche nel caso in cui il contratto collettivo subordini la progressione di carriera alla partecipazione a corsi di riqualificazione professionale, che la lavoratrice non abbia potuto frequentare a causa della maternità. Sulla protezione della lavoratrice contro gli accertamenti di gravidanza, prima e dopo l'assunzione, come possibili fonti di discriminazione, e sull'inesistenza di un obbligo di comunicazione del proprio stato di gravidanza prima dell'assunzione, v. § 400 e ivi particolarmente nota 249.

(274) C. cost. 19 gennaio 1987 n. 1, *MGL*, 1987, p. 155, con nota di S. Saetta, *Il padre lavoratore e la sentenza 1/1987 della Corte costituzionale*.

(275) V. in questo senso T. Pavia 19 ottobre 1979, *GC*, 1980, I, p. 225; T.A.R. Lazio 27 settembre 1986 n. 2985, *TAR*, 1986, I, p. 3257; T.A.R. Lombardia 28 dicembre 1987 n. 623, *TAR*, 1988, I, p. 433; P. Monza 24 ottobre 1989, *NGL*, 1989, p. 560. Sul punto v. le osservazioni critiche di S. Saetta, *op. cit.* nella nota prec., p. 157; R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, pp. 748-749; e, in precedenza, L. de Angelis, *Note in margine ad un parere dell'Ufficio studi e documentazione del Consiglio Superiore della Magistratura in materia di permessi di paternità*, *RGL*, 1981, I, pp. 349-358.

(276) C. cost. 8 febbraio 1991 n. 61, cit. nella nota 139, dove la comminatoria di nullità del licenziamento è ritenuta necessaria per proteggere la lavoratrice incinta o puerpera, e indirettamente il nascituro o neonato, dal turbamento che potrebbe altrimenti derivare dalla comunicazione di un licenziamento destinato a produrre il suo effetto alla scadenza del periodo di interdizione (sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia v. *infra* in questo paragrafo, in riferimento al licenziamento della lavoratrice madre in prova, e ivi nota 285). Nel senso della nullità del licenziamento comunicato durante il periodo di interdizione, anche quando i suoi effetti siano destinati a prodursi in epoca posteriore, sempre sul presupposto che esso sia «di per sé idoneo ad arrecare grave turbamento alla lavoratrice gestante o puerpera», v. Cass. 13 febbraio 1998 n. 1526, *RIDL*, 1998, II, p. 833, con nota di A. Pellicchia, *Sull'estensione della protezione della lavoratrice madre contro il licenziamento*. In senso conforme ultimamente Cass. 16 novembre 2002 n. 16189, *GLav*, 2002, n. 50, p. 42.

(277) Cass. 14 luglio 1984 n. 4144, *GC*, 1984, I, p. 3278, con nota di G. Mammone, *Termine di impugnazione e licenziamento di lavoratrice per causa di matrimonio o di maternità* (ivi riferimenti dottrinali conformi); Cass. 30 maggio 1997 n. 4809, *RIDL*, 1998, II, p. 146, con nota di A. Pizzoferrato, *Sul termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento della lavoratrice madre*.

(278) D.P.R. 25 novembre 1976 n. 1026, art. 4, 2° c.

(279) In questo senso A. Roma 19 luglio 2001, *NGL*, 2002, p. 68.

(280) V. sul punto Cass. 26 agosto 1987 n. 7037, *RIDL*, 1988, II, p. 413, con nota di V.A. Poso: «non è necessario che tale certificato sia redatto secondo i criteri formali prescritti dall'art. 14 del d.P.R. n. 1206/1976», che prescrive la redazione in triplice copia, di cui una destinata all'istituto assicuratore, e contenere le generalità della lavoratrice e del datore di lavoro, le mansioni esercitate, il mese di gestazione alla data della visita medica e la data presunta del parto. Quei requisiti sono invece necessari per l'ottenimento del trattamento economico.

(281) È assai discutibile, a questo proposito, la tesi espressa da Cass. 4 marzo 1996 n. 1667 (*NGL*, 1996, p. 375), secondo cui la giusta causa di licenziamento della lavoratrice in questo caso «configura un'ipotesi di colpa più qualificata dal punto di vista soggettivo in ragione delle specifiche condizioni psico-fisiche in cui versa la donna madre». È invece pacifica l'applicabilità in questo caso di tutti i requisiti formali propri del licenziamento disciplinare: v. in proposito Cass. 19 dicembre 1988 n. 6907, *RIDL*, 1989, II, p. 345, con nota di V.A. Poso. Sull'estensione alla lavoratrice licenziata per giusta causa del trattamento indennitario riservato in generale alla lavoratrice madre v. C. cost. 14 dicembre 2001 n. 405, cit. nella nota 272.

(282) Nel senso che la chiusura deve riguardare l'intera azienda v. Cass. 7 febbraio 1992 n. 1334 (*RIDL*, 1993, II, p. 236, con nota di M. Mariani: ivi i riferimenti alla giurisprudenza più risalente nel tempo), che aveva segnato un irrigidimento rispetto all'interpretazione estensiva della norma seguita

in precedenza dalla stessa Corte, nel senso della legittimità del licenziamento anche nel caso di chiusura limitata a una unità produttiva. Questo orientamento più rigido, ancora nel vigore della legge n. 1204/1971, era ribadito da Cass. 8 settembre 1999 n. 9551 (*RIDL*, 2000, II, p. 517, con nota di L. Marra, *Sul licenziamento della lavoratrice madre per cessazione di attività (ma non dell'azienda)*), in riferimento al caso del licenziamento di una lavoratrice madre licenziata da una società di servizi di mensa in seguito alla cessazione di un appalto.

(283) V. in proposito Cass. 15 novembre 2001 n. 14219, *OGI*, 2002, p. 106.

(284) Cass. 22 aprile 1993 n. 4747, *D&L*, 1993, p. 928 (con indicazione errata della data), con nota di G. D'Amato; *MGL*, 1994, p. 172, con nota di A. Riccardi, *Lavoratrice madre e licenziamento per esito negativo della prova*; *RIDL*, 1994, II, p. 196, con nota di M. Caro (ivi i precedenti giurisprudenziali conformi).

(285) C. cost. 31 maggio 1996 n. 172 (estensore L. Mengoni), *FI*, 1996, I, c. 2645; *D&L*, 1996, p. 919. Per un'applicazione di questa regola v. T. Monza 31 ottobre 2001, *D&L*, 2002, p. 94.

(286) C. cost. n. 61/1991, cit. nella nota 139 (est. U. Spagnoli).

(287) C. Giust. 4 ottobre 2001 nella causa n. 109/2000 e Cass. 6 luglio 2002 n. 9864, entrambe citt. nella nota 63 al § 202. Quanto al più generale divieto di indagini — e in particolare di accertamenti sanitari — circa lo stato di gravidanza della lavoratrice, v. § 400 e ivi nota 249.

(288) C. Giust. 4 ottobre 2001, nella causa n. 438/1999, *Jime'nez Melgar c. Ayuntamiento de Los Barrios*, *D&L*, 2002, p. 299.

(289) In riferimento alla norma corrispondente contenuta nell'art. 2, ult. c., della legge n. 1204/1971, una isolata sentenza (P. Milano 11 febbraio 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 179, con nota di B. Mangiacavalli, *Cassa integrazione e tutela delle lavoratrici madri*) aveva ritenuto legittima la sospensione della lavoratrice madre con intervento della Cassa integrazione straordinaria (§ 372), sul presupposto che, in questo caso, il controllo degli organismi pubblici e delle organizzazioni sindacali farebbe presumere che la lavoratrice fosse tutelata contro ogni discriminazione.

(290) Si discute se tale diritto debba essere riconosciuto anche quando la lavoratrice avvii immediatamente un rapporto di lavoro con altro datore di lavoro: a un primo orientamento della Cassazione favorevole alla lavoratrice su questo punto (Cass. 22 ottobre 1991 n. 11164, *RIDL*, 1992, II, p. 415, con nota di M. Caro, *Dimissioni della lavoratrice madre e indennità di preavviso*: ivi i precedenti giurisprudenziali conformi) si contrappone ora la sentenza della stessa Corte 19 agosto 2000 n. 10994 (*RIDL*, 2001, II, p. 515, con nota di V. Marino, *Indennità di preavviso e lavoratrice madre che abbia trovato una nuova occupazione*), dove il godimento dell'indennità è condizionato alla prova, fornita dalla stessa lavoratrice, di un sacrificio, patrimoniale o no, sofferto nel cambiamento del posto di lavoro.

(291) In precedenza questa regola era stata posta dall'art. 11 del regolamento di attuazione della legge n. 1204/1971 (d.P.R. n. 1026/1976), ma la norma era stata ritenuta illegittima (v. tra le altre T. Milano 24 gennaio 1996, *OGI*, 1996, p. 213; Cass. 14 dicembre 1996 n. 11181, cit. nella nota 293), in quanto introduceva in sede regolamentare una condizione di efficacia del recesso della lavoratrice non previsto in sede legislativa.

(292) Su di un caso di dimissioni della lavoratrice madre ottenute dal datore con minacce v. T. Camerino 4 giugno 1993, *RIDL*, 1994, II, p. 494.

(293) Cass. 14 dicembre 1996 n. 11181, *RIDL*, 1997, II, p. 589, con nota di L. Calafa', *Sul licenziamento della lavoratrice in gravidanza e sull'annullabilità dell'atto transattivo*.

(294) Per un primo commento sistematico di questa parte del decreto legislativo v. A. Occhino, in M. Napoli, M. Magnani ed E. Balboni, *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, cit. nella nota 262, *sub art.* 3, pp. 1224-1264, e A. Bollani, *ivi, sub artt.* 11-13, pp. 1337-1346.

(295) T. Venezia 3 luglio 2001 e 7 settembre 2001, *LG*, 2001, pp. 956 e 1052, entrambe con commento di R. Nunin.

(296) La nuova norma legislativa recepisce e conferma l'orientamento giurisprudenziale formatosi in proposito in riferimento alla normativa previgente: v. Cass. 3 aprile 1993 n. 4022, *RIDL*, 1994, II, p. 384, con nota di G.L. Pinto, *Sulla computabilità del periodo di astensione facoltativa ex art. 7 l. n. 1204/1971 nell'anzianità di servizio ai fini della progressione di carriera*.

(297) V. in questo senso, in riferimento alla normativa previgente, Cass. 6 febbraio 1988 n. 1293, *FI*, 1988, I, c. 784; Cass. 4 aprile 1997 n. 2953, *RIDL*, 1997, II, p. 779, con nota di L. Angelini, *La lavoratrice madre alle prese con la sua «essenziale funzione familiare»: il caso dell'assenza dal lavoro per malattia del figlio con meno di tre anni*.

(298) La nuova norma legislativa si conforma all'orientamento giurisprudenziale e amministrativo formatosi su questo punto in relazione alla normativa previgente: v. T. Milano 9 luglio 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 117, con nota di V.A. Poso, nella quale sono citati i precedenti giurisprudenziali e amministrativi conformi.

(299) Nel senso dell'incostituzionalità dell'esclusione da questo diritto della lavoratrice affidataria in preadozione si era in precedenza pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza 24 marzo 1988 n. 332 (*GI*, 1989, I, c. 599; *RGL*, 1988, II, p. 193).

(300) Per la tesi secondo cui l'espressione « primo anno di vita » deve essere qui interpretata nel senso di « primo anno di vita nella famiglia adottiva », v. T. Milano 6 giugno 2002, *OGI*, 2002, p. 289.

(301) Nel senso dell'incostituzionalità dell'esclusione da questa protezione della lavoratrice affidataria in preadozione si era in precedenza pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 332/1988, cit. nella nota 299.

(302) Prima dell'emanazione del nuovo testo unico, C. cost. 12 luglio 2000 n. 360 (*FI*, 2002, I, c. 361 *OGI*, 2000, p. 720) aveva sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, 2° c., l. n. 1204/1971, nella parte in cui esso non prevedeva l'applicabilità alle lavoratrici a domicilio della possibilità di anticipazione dell'astensione obbligatoria dal lavoro, con il relativo trattamento economico privilegiato. Nella motivazione della sentenza la Corte affermava che «la tutela della maternità non tollera esclusioni né vuoti normativi, non potendosi consentire che vi siano categorie di lavoratrici escluse dal beneficio di quel livello di protezione che è assicurato alla generalità delle lavoratrici subordinate ... al di fuori di quelle ipotesi in cui una diversa disciplina è stata ritenuta giustificata in forza della specialità del rapporto di lavoro»; la Corte aggiunge poi che «le caratteristiche del lavoro a domicilio, ancorché peculiari soprattutto in relazione alle concrete modalità di svolgimento, non sono idonee a giustificare l'inapplicabilità dell'interdizione anticipata alle lavoratrici occupate in tali attività».

(303) V. § 100 e ivi nota 144.

(304) C. cost. 15 marzo 1994 n. 86, *RIDL*, 1994, II, p. 439, con nota di G. Pera, *Le domestiche e il divieto di licenziamento per gravidanza*. La stessa Corte è poi tornata sul tema con la sentenza 26 maggio 1995 n. 193 (*RIDL*, 1995, II, p. 731, con nota, dissenziente sul punto, del medesimo A., *Ancora un incidente di costituzionalità sulla licenziabilità delle domestiche gravide*), affermando che la mancata esibizione del certificato di gravidanza da parte della lavoratrice domestica prima del licenziamento precluderebbe la proponibilità di ogni questione in ordine al periodo di comportamento a cui la lavoratrice stessa avrebbe diritto, anche soltanto ai fini del trattamento economico.

(305) Cass. 22 giugno 1998 n. 6199 (*RIDL*, 1999, II, p. 562, con una cospicua nota sostanzialmente adesiva di L. Nannipieri, *La Cassazione affida all'equità la tutela della lavoratrice domestica in gravidanza*), dove si è ritenuto che in via equitativa il periodo di interdizione del licenziamento potesse identificarsi in quello di astensione obbligatoria dal lavoro: soluzione, questa, che riduceva fino quasi ad azzerare il sacrificio per il datore di lavoro, poiché nel periodo di astensione obbligatoria l'indennità è corrisposta interamente dall'Inps; ma, corrispondentemente, non dava un vantaggio apprezzabile alla lavoratrice. Nel senso dell'applicabilità alla lavoratrice domestica incinta o puerpera dell'art. 2110 c.c. v. anche T. Roma 2 dicembre 1998, *GC*, 1999, p. 2159 e *D&L*, 1999, p. 408; e in dottrina G. Pera, *Ancora un incidente di costituzionalità ecc.*, cit. nella nota prec.

(306) Sui problemi di interpretazione di una clausola collettiva in materia di «permessi straordinari» (nel caso specifico, quella contenuta nel contratto collettivo per il settore delle cooperative e consorzi agricoli) v. P. Forlì 18 ottobre 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 526, con nota di F. Portera, *I permessi straordinari nella contrattazione collettiva nazionale*.

(307) Lo stesso primo comma dell'art. 4 prevede inoltre, del tutto pleonasticamente, che in tali casi datore e prestatore di lavoro possano «concordare ... diverse modalità di espletamento dell'attività lavorativa».

(308) Su questo nuovo istituto v. M.L. De Margheriti, in M. Napoli, M. Magnani ed E. Balboni, *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, cit. nella nota 262, pp. 1265-1274.

(309) V. in proposito ancora M.L. De Margheriti, cit. nella nota prec., pp. 1268-1274.

(310) V. in questo senso A. Topo, *La tutela del lavoratore tossicodipendente*, cit. nella nota 124, pp. 266.

- (311) V. in proposito, tra gli altri commenti dell'art. 10 St. lav., U. Romagnoli (G. Ghezzi, F. Mancini, L. Montuschi), *Statuto dei diritti dei lavoratori*. Artt. 1-13, Bologna-Roma, 1979², pp. 193-200; B. Veneziani, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori* dir. da U. Prosperetti, cit. nella nota 218, vol. I, pp. 275-302; M. Ricci, ne *Lo Statuto dei lavoratori*. *Commentario* dir. da G. Giugni, cit. nella nota 252, pp. 126-136. Inoltre M. Cinelli, *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*, Milano, Angeli, 1984, pp. 20-65. Nel senso che i permessi retribuiti per gli esami spettano anche al lavoratore che, già laureato, abbia intrapreso un secondo corso di studi per il conseguimento di una seconda laurea, v. Cass. 25 ottobre 1991 n. 11342, *RIDL*, 1992, II, p. 916. Nel senso che gli stessi permessi spettano anche per il lavoratore che frequenti corsi di perfezionamento post-laurea v. T. Firenze 12 maggio 1987, *TLG*, 1987, p. 481.
- (312) Su alcune questioni di interpretazione delle clausole collettive di questo tipo v. T. Macerata 7 marzo 1991 (riferita in particolare al contratto collettivo per il settore calzaturiero), *RIDL*, 1992, II, p. 157, con nota di E. Balletti, *Sui permessi per motivi di studio nel caso di non interferenza dell'orario di studio con quello di lavoro*.
- (313) Per un commento degli artt. 5 e seguenti della legge n. 53/2000 v. C. Alessi, in M. Napoli, M. Magnani ed E. Balboni, *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, cit. nella nota 262, pp. 1275-1289; G. Gorretta, *I congedi per la formazione*, ne *I congedi parentali* a cura di M. Miscione, cit. nella nota 261, pp. 87-116.
- (314) M. Napoli (M. Magnani, E. Balboni), *Congedi parentali, formativi e tempi delle città*, cit. nella nota 262, parla di questa parte del decreto legislativo come di «un vero e proprio colpo d'ala» del legislatore: «per la prima volta sono previsti nel nostro ordinamento il congedo per formazione ... e il congedo per la formazione continua». V. inoltre il commento analitico degli artt. 5 e 6 del decreto, ivi, pp. 1274-1289.
- (315) Si segnala ultimamente in proposito C. cost. 10 maggio 2002 n. 171, *RIDL*, 2002, II, p. 712, con nota di M. Caro, *La Corte costituzionale estende la tutela assicurativa contro gli infortuni sul lavoro al sindacalista in aspettativa*, nella quale si dichiara l'incostituzionalità degli artt. 4 e 9 del d.P.R. n. 1124/1965 nella parte in cui non includono tra i beneficiari della copertura assicurativa contro gli infortuni sul lavoro, rispettivamente, i lavoratori in aspettativa ex art. 31 St. lav. e le organizzazioni sindacali che ne utilizzano le prestazioni (la sentenza non precisa, ma deve considerarsi mio avviso implicito, che l'obbligo non si estende all'attività che non abbia il carattere della subordinazione). Si segnala inoltre Cass. 24 marzo 2001 n. 4302 (*NGL*, 2001, p. 549), secondo la quale i permessi retribuiti di cui all'art. 30 St. lav. possono essere utilizzati soltanto per la partecipazione a riunioni degli organi direttivi dell'associazione sindacale e il datore di lavoro è abilitato a esercitare un controllo in proposito; grava comunque sul lavoratore, in caso di contestazione, l'onere di provare la sussistenza della giustificazione per la richiesta del permesso retribuito.
- (316) V. in proposito, tra gli altri commenti dell'art. 31 St. lav., G. Ghezzi (F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit. nella nota 185, pp. 458-462; G. Lattanzi, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori* dir. da U. Prosperetti, cit. nella nota 218, vol. II, pp. 1058-1063; R. Bortone, ne *Lo Statuto dei lavoratori*. *Commentario* dir. da G. Giugni, cit. nella nota 252, pp. 532-536. Inoltre M. Cinelli, *I permessi nelle vicende del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 311, pp. 150-174.
- (317) A norma dell'art. 38 della l. 23 dicembre 1999 n. 488 (legge finanziaria 2000), per godere di questo beneficio pensionistico il lavoratore è tenuto a corrispondere «l'equivalente dei contributi pensionistici, nella misura prevista dalla legislazione vigente, per la quota a carico del lavoratore [stesso], relativamente al periodo di aspettativa non retribuita ... concessa per lo svolgimento del mandato elettivo o della funzione pubblica».
- (318) Per la disciplina previgente v. le leggi 8 giugno 1990 n. 142 e 3 agosto 1999 n. 265.
- (319) In riferimento alla disciplina previgente di questa stessa materia, contenuta nell'art. 4 della l. n. 816/1985, la Corte di Cassazione (sent. 18 novembre 1995 n. 11937, *RIDL*, 1996, II, p. 832, con nota di O. Bonardi, *Sull'incidenza delle assenze retribuite per lo svolgimento di funzioni pubbliche elettive sul rapporto di lavoro*) ha affermato la non applicabilità della regola della c.d. «onnicomprendività» (§ 246) per la determinazione della retribuzione dovuta al lavoratore.
- (320) In proposito v. ultimamente P. Milano 4 maggio 1999, *RGL*, 2001, II, p. 179, con nota di S. De Paola, *Sui permessi sindacali ai dirigenti esterni: alcune riflessioni*, e T. Milano 13 aprile 2001, *D&L*, 2001, p. 633, orientate nel senso della illegittimità della pretesa del datore di lavoro di determinare tempi e modi di fruizione dei permessi sindacali di cui agli artt. 23 e 30 St. lav., salva l'eventuale disciplina collettiva della materia.
- (321) Qualche dubbio di costituzionalità può porsi in riferimento alla mancata previsione del rimborso al datore di lavoro della retribuzione corrisposta al lavoratore per lo svolgimento di funzioni presso i seggi elettorali: rimborso previsto invece nel caso del permesso per la donazione di sangue (v. oltre in questo paragrafo).
- (322) V. in questo senso Cass. 12 giugno 2002 n. 8400, *LG*, 2002, p. 991. V. ultimamente in proposito anche Cass. 23 ottobre 2002 n. 14949 (*MGL*, 2002, p. 846, con nota di M. Papaleoni, *Premi di presenza e permessi elettorali*), secondo la quale i giorni di sospensione della prestazione per attività ai seggi elettorali devono essere considerati come giorni lavorati ai fini del « premio di presenza » previsto da un contratto aziendale.
- (323) Abolito a far data dal 2007, secondo quanto disposto dalla legge 14 novembre 2000 n. 331, istitutiva del servizio militare professionale.
- (324) Sull'estensione al caso del servizio militare di leva del beneficio della maturazione dell'anzianità di servizio ai fini dell'indennità di anzianità, disposta da C. cost. 16 febbraio 1963 n. 8, nonché sulla giurisprudenza più recente in proposito, v. nota 33.
- (325) Sull'estensione di quest'ultimo beneficio al lavoratore in servizio militare di leva v. nota prec.
- (326) Cfr. L. Mengoni, *Lo sciopero*, in *Settimane Sociali dei Cattolici Italiani*, XXIV, 1952, pp. 254-256, dove si sottolinea la correlazione stretta tra il fenomeno dello sciopero che è oggetto del nostro studio e il «radicale mutamento del rapporto fra capitale e lavoro, che caratterizza il trapasso dal sistema economico dell'*ancien régime* al sistema economico moderno: prima, rapporto di associazione, ora, rapporto di netta, irrevocabile separazione ... la compravendita di forza-lavoro e la nota peculiare del regime economico capitalista, nel quale il fenomeno contemporaneo dello sciopero tipicamente si inquadra».
- (327) Sulla regola romanistica della sospensione della prestazione di lavoro per malattia v. nota 6.
- (328) Cfr. in proposito la cospicua digressione etimologica proposta da F. Borgogelli, *Sciopero e modelli giuridici*, Torino, 1998, pp. 32-38, dove apprendo che la prima ricorrenza del termine «scioperato» nella letteratura italiana si trova nel *Decamerone* (novella di Ser Ciappelletto), come aggettivo qualificativo di persona disoccupata.
- (329) Il riferimento principale, a questo proposito, è costituito dalla teorizzazione soreliana dello sciopero generale come momento palingenetico, di rigenerazione della società: «sappiamo che lo sciopero generale è ... il mito nel quale il socialismo è tutto intero contenuto, ovvero un'insieme di immagini suscettibili di evocare istintivamente tutti i sentimenti che corrispondono alle diverse manifestazioni della guerra che il socialismo muove alla società moderna. Gli scioperi hanno ispirato al proletariato i sentimenti più nobili, più profondi e più capaci di mobilitarlo che esso possiede; lo sciopero generale li raggruppa e sintetizza tutti e, ravvicinandoli, conferisce a ciascuno di essi il massimo di intensità ... Otteniamo così un'intuizione del socialismo che il linguaggio non poteva dare in modo altrettanto chiaro» (V. Sorel, *Re flexions sur la violence*, Paris, 1905, p. 182, tr. mia); «è vero che in Inghilterra la violenza ha dismesso da molto tempo qualsiasi carattere rivoluzionario ... [ma] nei paesi nei quali l'idea di sciopero generale è ancora viva, i colpi che, durante gli scioperi, vengono scambiati tra gli operai e i rappresentanti della borghesia hanno un ben diverso significato: le loro conseguenze sono a lunga scadenza e possono essere fonti del sublime» (ivi, pp. 325-326). In edizione italiana v. Id., *Considerazioni sulla violenza*, Bari, 1970, e ivi in particolare *Lo sciopero generale politico*, pp. 111-244. Le risonanze soreliane abbondano anche nella letteratura sullo sciopero di ispirazione marxista. F. Mancini, nella sua *Intervista* del 1993 (*RIDL*, 1993, I, p. 155), cita come «lungo e giustamente dimenticato saggio sullo sciopero» la monografia dello studioso egiziano H.A. Rabie, *Lo sciopero forma della storia?*, Milano, 1957; questa — pur effettivamente priva di qualsiasi interesse sul piano giuridico, essendo presentata dallo stesso R. come un «contributo alla ideologia dello sciopero inquadrato nella dottrina marxista sulla lotta di classe» — merita tuttavia di essere menzionata qui, oltre che per l'abbondanza dei riferimenti alla letteratura storica, filosofica e politica in materia di sciopero (v. l'indice bibliografico alle pp. 549-566), anche per l'affermazione secondo cui lo sciopero sarebbe manifestazione universale di un «diritto di resistenza all'oppressione nell'ordine sociale» comune a tutte le epoche storiche (pp. 53-55).
- (330) V. l'intervento all'Assemblea costituente del presidente della terza Sottocommissione Ghidini, nella seduta pomeridiana e serale del 12 maggio 1947: «lo sciopero politico è un atto rivoluzionario e ... le rivoluzioni non si codificano» (*Atti*, vol. II, p. 1646). V. però un accenno agli scioperi del

1943 come «azione rivoluzionaria che ha sbarazzato il nostro paese dal regime fascista» nell'intervento di L. D'Aragnone, nella stessa seduta (ivi, p. 1654); e quanto scrive in proposito U. Romagnoli, *Commentario della Costituzione*, a cura di Gius. Branca, *Rapporti economici*, t. I, Bologna-Roma, 1979, *sub art.* 40, p. 289.

(331) Cfr. Gius. Branca, *Riflessioni sullo sciopero economico*, RDC, 1968, I, pp. 151-161, parzialmente riportato ne *Il diritto sindacale*, a cura di F. Mancini e U. Romagnoli, Bologna, 1971, pp. 360-372: «La democrazia sociale non è opera d'un giorno o d'un decennio; ma è conquista o acquisizione progressiva, e il diritto di sciopero ne è uno strumento, non il solo» (pp. 367-368).

(332) V. l'intervento di G. Di Vittorio nella seduta pomeridiana e serale del 12 maggio 1947, la quale il capo della Cgil, citando adesivamente un intervento precedente di U. Merlin, parla della norma in discussione come espressione di un principio generale di tutela del «diritto naturale del lavoratore a lavorare o a non lavorare a seconda della propria libera determinazione» (*Atti*, vol. II, p. 1649).

(333) Sul compromesso che porto' a una larga convergenza di voti favorevoli all'emendamento proposto da U. Merlin, contenente un rinvio privo di limiti alla legislazione ordinaria per la disciplina dello sciopero — emendamento dal quale nacque la formulazione definitiva dell'art. 40 — v. ancora l'intervento all'Assemblea costituente di G. Di Vittorio: «Noi oggi cerchiamo di evitare al massimo, nella misura del possibile, degli scioperi in regime democratico e repubblicano, perché noi desideriamo concorrere, con tutte le nostre forze, a consolidare e a sviluppare lo Stato democratico e repubblicano»; «Noi siamo favorevoli al diritto di sciopero senza limitazione per tutti i lavoratori ... però non vogliamo chiuderci in una intransigenza assoluta e cieca ... ricerchiamo l'accordo con altri, che rappresentano non soltanto larghi strati del popolo, ma le grandi correnti sindacali che sono unite nella C.G.I.L.» (*Atti*, vol. II, p. 1650); e l'intervento di V. Foa, nella stessa seduta: «Noi voteremo ... con qualche preoccupazione e con qualche titubanza ... Purtroppo le dichiarazioni, così degne, dell'on. Merlin hanno toccato il nostro animo; e noi pensiamo che l'impronta con la quale il diritto di sciopero rinasce nella legislazione italiana, dopo tanti anni di divieto, la solennità con la quale rinasce è tale, il senso di misura e il senso di fiducia sono tali, che noi possiamo augurarci che questo senso di misura e di fiducia presieda all'esercizio del diritto di sciopero negli anni futuri» (pp. 1655-1656).

(334) Esso è qualificato come diritto «assoluto della persona» da L. Mengoni, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Atti del primo convegno di studi di diritto e procedura penali*, Milano, 1964, p. 40; come «diritto fondamentale» e «diritto della personalità» da U. Natoli, *Ancora a proposito di danno del datore di lavoro e di legittimità dello sciopero*, RGL, 1959, II, pp. 595-596, e da C. Smuraglia, *Alcune considerazioni generali in tema di diritto di sciopero*, RGL, 1960, II, pp. 436-437, e *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pp. 383-385.

(335) Su questa evoluzione è d'obbligo il riferimento a P. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, RGL, 1952, I, pp. 221-244: «Si hanno ... tre diverse concezioni dello sciopero, secondo il diverso valore sociale che lo Stato gli attribuisce: secondo che lo sciopero sia considerato come un fatto socialmente dannoso, o come socialmente indifferente, o come socialmente utile, lo sciopero è vietato, permesso, protetto: il che corrisponde ... alle tre figure dello «sciopero delitto», «sciopero libertà», «sciopero-diritto»» (p. 223). È stata sostenuta in dottrina la tesi — disattesa, dopo le prime incertezze, dalla giurisprudenza costituzionale: v. § 422 — secondo la quale l'art. 40 Cost. garantirebbe lo sciopero come «diritto» soltanto nell'area del conflitto economico-professionale, in ragione della prevalenza dell'autonomia collettiva ex artt. 2 e 39 Cost., mentre per il resto lo sciopero dovrebbe intendersi come comportamento depenalizzato («sciopero-libertà»): così G. Suppiej, *Diritto di sciopero e potestà di sciopero nel sistema della Costituzione*, RDL, 1965, I, pp. 3-69. Per un inciso riepilogo dell'evoluzione storica della disciplina dello sciopero v. P. Genoviva (D. Garofalo), *Lo sciopero*, Torino, 1984, pp. 3-13.

(336) Lo dichiara il presentatore dell'emendamento da cui deriva il testo definitivo dell'art. 40, U. Merlin (seduta pomeridiana del 12 maggio 1947, *Atti*, vol. II, p. 1628). Sui lavori preparatori dell'art. 40 in seno all'Assemblea costituente v. G. Pera, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, pp. 155-165, ora anche in *Sciopero (diritto costituzionale e diritto del lavoro)*, *Enc. dir.*, XLI (1989), pp. 702-703; V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976, pp. 136-140.

(337) V. sul punto, dubitativamente, F. Santoni, *Lo sciopero*, Napoli, 2001⁵, pp. 9-10. A me non sono chiari gli effetti differenziali, in materia di sciopero, della teorizzata «riserva di legge relativa» rispetto alla situazione in cui una siffatta «riserva» non possa considerarsi istituita dalla norma costituzionale. Nega che l'art. 40 disponga una vera e propria riserva di legge M. Dell'Olio, *In tema di disciplina dello sciopero*, MGL, 1982, p. 889; Id. *Lo sciopero e la norma (riflessioni sui servizi pubblici essenziali)*: «Tale disciplina [della materia dello sciopero] ... e se mai assegnata alla legge come compito, con una vera clausola a legiferare, più simile, per trarre qualche esempio dallo stesso testo costituzionale, a quella sulla fissazione della durata massima della giornata lavorativa che alla vera riserva in tema di imposizione di prestazioni personali o patrimoniali» (*DL*, 1988, I, p. 18). Sul punto v. anche U. Romagnoli, in *Commentario della Costituzione*, cit. nella nota 330, *sub art.* 40, il quale, polemizzando contro il riconoscimento da parte della Corte costituzionale dell'istituto della precettazione, osserva: «Se il nostro articolo disponeva una riserva di legge, ormai quest'ultima è completamente saltata, ed a beneficio esclusivo di un organo del potere esecutivo» (p. 318).

(338) Cfr. in proposito § 14 e ivi nota 27.

(339) Cfr. in proposito § 15 e ivi nota 33.

(340) Cfr. F. Carnelutti, *Sciopero e giudizio*, RDPProc, 1949, I, p. 1: «lasciar combattere la guerra tra le categorie, come si è fatto nella costituzione italiana, è un esempio di fiacchezza, contro il quale debbono reagire i giuristi cristiani». Ma v. anche, nell'ambito di tutt'altro orientamento di politica del diritto, P. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, cit. nella nota 335: «vi è qui una remota analogia con quello che avviene in caso di dichiarazione di guerra, quando, in seguito alla proclamazione dello «stato di guerra», i criteri di valutazione giuridica di attività collettive e individuali si trovano, nel campo internazionale e in quello interno, profondamente alterati» (p. 226).

(341) Sui motivi del ritardo dell'intervento del legislatore su questa materia, così come su quella della contrattazione collettiva (§ 66), v. tra gli altri G. Suppiej, *Fonti per lo studio del diritto sindacale*, Padova, 1970, pp. 235-241; ivi (pp. 243-293) il testo delle *Osservazioni e proposte sull'attuazione degli articoli 39 e 40 della Costituzione*, approvate dal C.N.E.L. il 24 giugno 1960, dove si sostiene l'inopportunità «di una legge di carattere generale che regoli lo sciopero in tutte le sue possibili manifestazioni e in tutti i suoi aspetti» e l'opportunità invece «di una legge che, affermata in principio l'attribuzione del diritto di sciopero a tutti i lavoratori, si limiti a considerare l'esercizio del diritto di sciopero nelle controversie per la formazione di una nuova disciplina collettiva e per la modificazione della disciplina collettiva in atto».

(342) V. in proposito F. Carinci, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1971, partic. pp. 31-106; U. Romagnoli, *Commentario*, cit. nella nota 330; inoltre gli atti del convegno svoltosi a Bari nel novembre 1988, pubblicati in *Giustizia costituzionale e relazioni industriali*, a cura di R. Bortone, Bari, 1990; ivi in particolare la relazione introduttiva di B. Veneziani, *Corte costituzionale e sistema di relazioni industriali* (pp. 13-29, con appendice bibliografica), quella di E. Ghera, *La Corte costituzionale e il diritto sindacale* (pp. 93-111) e quella conclusiva di L. Spagnuolo Vigorita (pp. 149-155); A. Vallebona, *L'autotutela collettiva nella giurisprudenza costituzionale*, in *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Milano, 1988, pp. 79-117; e più recentemente U. Romagnoli, *op. cit.* nella nota 443, pp. 1-11.

(343) Tra i primi contributi v. soprattutto L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, III, Milano, 1949, pp. 385-410 (e particolarmente p. 408, dove veniva menzionata per la prima volta la nozione di «servizio pubblico essenziale alle esigenze elementari della collettività nazionale» come limite al diritto di sciopero); L. Mengoni, *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, RDL, 1949, I, pp. 246-259 (dove l'art. 40 Cost. era interpretato — sulla base della sistematica civilistica tradizionale — come istitutivo del diritto di sciopero quale diritto potestativo espressione del principio contrattualistico *rebus sic stantibus*, in funzione della risoluzione di controversie collettive economiche, ma non in funzione della risoluzione di controversie giuridiche: donde l'illegittimità dello sciopero al di fuori della controversia circa il rinnovo del contratto collettivo e ancor più dello sciopero politico, di solidarietà, o di protesta); F. Santoro Passarelli, *Composizione delle controversie collettive e diritto di sciopero*, relazione al convegno nazionale di studi sindacali promosso dalla Camera di Commercio di Roma nell'ottobre 1949, Roma, 1949 (con impostazione analoga).

(344) Merita di essere riportato per intero, a questo proposito, il commento dedicato dalla Direzione della *Rivista giuridica del lavoro* a due sentenze della Corte (n. 123/1962, cit. nella nota 377, e n. 124/1962, cit. nella nota 367), che, respingendo altrettante questioni di costituzionalità sollevate in riferimento a norme incriminatrici dello sciopero dei dipendenti pubblici, degli addetti a pubblici servizi, dei marittimi e dello sciopero politico, dettavano in modo assai articolato l'interpretazione restrittiva delle norme in discussione: «Risulta evidente che la Corte costituzionale, chiamata a

giudicare della legittimità di talune norme penali che apparivano in contrasto con l'art. 40 della Costituzione, abbia decampato da quella che è la sua sfera di attribuzioni quando si è data a configurare una disciplina positiva dell'esercizio del diritto di sciopero ponendo condizioni e limiti di natura oggettiva e soggettiva. Ne' artifici dialettici possono mascherare questa sostanziale attività di predisposizione normativa da parte di un organo giurisdizionale, ne' posizioni di altissima preminenza possono impedire di denunciarla. Il diritto di sciopero, nel nostro ordinamento, è garantito da una doppia riserva: in favore della legge costituzionale quanto al suo riconoscimento, in favore di quella ordinaria quanto alla eventuale regolamentazione dell'esercizio. Che si fosse già manifestata una tendenza a violare tale riserva — dando luogo a quel fenomeno di straripamento di potere che, secondo una vecchia espressione scolastica, rincara sull'incompetenza — è cosa nota. Che essa si potesse istituzionalizzare era difficilmente prevedibile. Meno che mai avrebbero previsto i Costituenti, nel dettare l'art. 40, che esso a distanza di una decina di anni si sarebbe dovuto leggere così: «Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle sentenze che lo regolano» (RGL, 1962, II, pp. 617-618). Per un panorama sulle idee dominanti a questo proposito tra i giuristi più vicini al movimento sindacale alla fine degli anni '70 v. AA.VV., *Libertà di sciopero o libertà d'impresa?*, a cura di A. Lettieri, F. Caffè, G. Ghezzi, Bari, 1979.

(345) Cfr. U. Romagnoli, *Commentario della Costituzione*, cit. nella nota 330: «Il fatto è che i governi del dopoguerra non hanno lasciato soli i giudici più di quanto costoro non lo desiderassero. Dopotutto, i giudici non capiscono soltanto il linguaggio legislativo: c'è anche quello dei ministri dell'interno e della giustizia; c'è quello del ministro del lavoro, significativamente coricato sulla linea d'un "viceministro di polizia"; c'è quello dei procuratori generali della Repubblica e dei prefetti» (p. 294). L'A. indica l'anno di «svolta» nel 1962, quando «si comincia a confezionare un codice di relazioni industriali che risente dell'idea della programmazione economica, su cui il centro-sinistra giocherà tutta la sua credibilità» ... «con l'avallo della Corte [costituzionale], già nella prima metà degli anni '60 il sistema sindacale manifest[a] la tendenza a riorganizzarsi in maniera tale da valorizzare il metodo contrattuale non solo come fonte regolatrice dei rapporti sindacali e di lavoro in azienda, ma anche come criterio di gestione dell'economia» (pp. 297-298).

(346) Questo — come osserva acutamente L. Venditti, *Autotutela sindacale e dissenso*, Napoli, 1999, pp. 26-27 — è vero indipendentemente dalla soluzione della questione se abbia o no natura negoziale in senso stretto la proclamazione dello sciopero (v. in proposito § 423 e ivi nota 385).

(347) Cfr. in proposito G. Pera, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, cit. nella nota 336: «Una delimitazione astratta dello sciopero è ... impossibile, giacché esso è un momento della lotta sociale e segue la curva di questa lotta nel quadro complessivo di una situazione nazionale e in rapporto all'equilibrio che complessivamente si instaura nella società». Se lo sciopero è un'arma, è un'arma suscettiva di mille svolgimenti e di mille applicazioni diverse, esso non può non avere il destino di tutte le armi e rientrare quindi nella disponibilità di chi deve adoperarle, secondo le varie esigenze e contingenze» (p. 175).

(348) In questo senso v. in dottrina F. Santoni, *Lo sciopero*, cit. nella nota 337, p. 28. In giurisprudenza, nello stesso senso, oltre alle sentenze citate nelle note che seguono, v. Cass. 3 giugno 1982 n. 3449, *DL*, 1982, II, p. 395.

(349) Per un caso di questo genere v. Cass. 23 luglio 1991 n. 8234 (*MGL*, 1992, p. 150, con nota di F. Santoni, *La Corte di cassazione e l'esercizio collettivo dello sciopero*), che ha confermato la sentenza di merito nella quale era stata negata la natura di sciopero a una «agitazione indetta con l'intento di raccogliere adesioni tra i lavoratori consentendo loro di assentarsi dal lavoro secondo le personali esigenze e usufruire così dell'equivalente di permessi non retribuiti».

(350) Cfr. T. Roma 2 giugno 1987 (*RIDL*, 1988, II, p. 150, con nota di V.A. Poso, *Esercizio del diritto di sciopero e interesse collettivo*), dove il giudice di merito ha accertato l'inadempimento contrattuale dei lavoratori bancari che, sfruttando la proclamazione di uno sciopero proclamato per ottenere la riduzione dell'orario di sportello e maggiori spazi per il lavoro a tempo parziale, si astenevano dal lavoro nel solo turno pomeridiano conseguendo in tal modo direttamente la modificazione dell'orario rivendicata sul piano contrattuale.

(351) Cfr. Cass. 8 agosto 1987 n. 6831, *MGL*, 1987, p. 465, in riferimento a un caso di sospensione del lavoro che «si inseriva nel quadro delle rivendicazioni sindacali che avevano ad oggetto la questione delle pause»: la Corte annulla la sentenza del giudice di merito che aveva qualificato senz'altro tale sospensione come sciopero, «senza accertare se effettivamente sussistesse una situazione conflittuale implicante la tutela di un interesse collettivo e se vi fosse stata o no un'astensione dal lavoro collettivamente concordata». Vedremo, però, come debba considerarsi di per sé legittimo lo sciopero del lavoro straordinario, col quale i lavoratori rivendicano una riduzione o azzeramento del ricorso a questa forma di elasticità della prestazione lavorativa da parte del datore di lavoro (§ 425).

(352) Nel senso della non riconducibilità alla nozione di sciopero dell'astensione dal lavoro fondata sull'*exceptio inadimpleti contractus* v. L. Mengoni, *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, cit. nella nota 343, pp. 253-254.

(353) La tesi della titolarità del diritto in capo alla sola associazione professionale fu sostenuta all'origine, con una costruzione rimasta isolata, da V. Sica, *Il «diritto di sciopero» nell'ordinamento costituzionale italiano*, *RassDPub*, 1950, I, pp. 121-135. Tra gli Autori successivi viene comunemente indicato come alfiere della tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero G. Pera: «L'art. 40 si risolve nel riconoscimento del diritto "collettivo" di sciopero ...: una volta che si verifichi il fatto dello sciopero (e che questo sia in sé legittimo), l'astensione dal lavoro dei singoli lavoratori, in quanto svolgimento attuato del deliberato collettivo, non è arbitraria e non è sanzionabile. La norma costituzionale è una garanzia per la classe, per la categoria, per il collettivo» (voce *Sciopero ecc.*, cit. nella nota 336, p. 710; e ultimamente Id., *Diritto del lavoro*, Padova, 2000⁶, pp. 215-216); ma, a ben vedere, questa costruzione non differisce apprezzabilmente da quella proposta all'origine da P. Calamandrei, *loc. cit.* nella nota 355. È del resto lo stesso Pera ad affermare che «il problema c.d. della titolarità del diritto di sciopero, se ... sia del singolo lavoratore o dell'associazione sindacale o di una qualsiasi entità collettiva, ... così come è posto solitamente in dottrina, in larga parte si svuota fino a risolversi in un pseudoproblema» (*Lo sciopero e la serrata*, *NTDL*, p. 576).

(354) È questa la tesi sostenuta fin dalle origini dalla dottrina dominante: v. il primo scritto di L. Mengoni in tema di sciopero, *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, cit. nella nota 343 (1949), partic. p. 256 (per l'evoluzione successiva del pensiero di questo A. v. la nota seguente); V. Simi, *Il diritto di sciopero*, Milano, 1956, partic. pp. 13-16; C. Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958, dove lo sciopero è qualificato come «un diritto attribuito individualmente al cittadino-lavoratore, per la tutela di un interesse suo proprio coincidente con analogo interesse di una collettività». Ogni volta che si verifica tale coincidenza di interessi, si realizza l'unico presupposto essenziale per la proclamazione dello sciopero» (p. 213); F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1960, pp. 177 ss. Per la qualificazione, comunemente seguita nei manuali di diritto del lavoro, dello sciopero come diritto individuale (salvo il vincolo per cui esso può essere esercitato soltanto in forma collettiva o plurale), v. tra gli altri G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1997⁴, p. 191; G. Giugni, *Diritto sindacale*, Bari, 2001⁸, p. 219; e F. Carinci, R. De Luca, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro. I. Il diritto sindacale*, Torino, 2002⁴, pp. 245-246. In giurisprudenza, nello stesso senso, v. Cass. 20 luglio 1984 n. 4260 e Cass. 21 luglio 1984 n. 4288, *NGL*, 1984, p. 431; la seconda anche in *MGL*, 1984, p. 427; Cass. 8 agosto 1987 n. 6831, *MGL*, 1987, p. 465.

(355) Cfr. all'origine P. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, cit. nella nota 335: «Dalla proclamazione di sciopero da parte della collettività sindacale si inizia, nell'ambito degli appartenenti a questa collettività, uno "stato di sciopero", durante il quale la astensione individuale dal lavoro assume una rilevanza e una qualificazione giuridica diversa da quella che, nel campo strettamente contrattuale, aveva prima di quella proclamazione; ... e può accadere che ciò che in tempo di pace sarebbe stato un delitto, diventi in tempo di guerra l'esercizio di un diritto o addirittura l'adempimento di un dovere (o viceversa)» (p. 226). Questa costruzione è riproposta nel 1981 da L. Mengoni (*Gruppi organizzati e mediazione dei conflitti*, ora nella sua raccolta di scritti *Diritto e valori*, Bologna, 1985), il quale sottolinea l'attribuzione del diritto in questione alle associazioni sindacali prima che ai singoli lavoratori: «È probabile che i costituenti, o almeno la maggioranza di essi non legata a ideologie rivoluzionarie, avessero dello sciopero la concezione tradizionale tramandata dal pensiero liberale anglosassone, e quindi considerassero il diritto di sciopero come uno strumento complementare della contrattazione collettiva garantita dall'art. 39. Un indizio in questo senso già si può cogliere nel fatto che l'art. 40 non si preoccupa di precisare la titolarità del diritto di sciopero, il che lascia presumere che i suoi autori sottintendessero il medesimo soggetto al quale si riferisce il discorso dell'articolo precedente, cioè le associazioni sindacali» (p. 310); lo stesso A. prosegue indicando come preferibile la tesi esposta da P. Calamandrei nel suo scritto sopra citato: «Secondo l'analisi della norma elaborata da Calamandrei, il diritto di

sciopero, inteso come diritto di sospendere i rapporti di lavoro a scopo di lotta, appartiene alle associazioni sindacali, mentre ai singoli lavoratori appartiene soltanto il diritto di aderire o no allo sciopero proclamato dal sindacato. Invece, la dottrina giuridica prevalente e la giurisprudenza hanno interpretato l'autonomia formale dell'art. 40 come indice di autonomia sostanziale del diritto di sciopero rispetto al diritto di associazione sindacale, con la conseguenza che il primo è stato configurato non come diritto sindacale, ma come diritto individuale di libertà garantito ai singoli lavoratori ... In tal modo il diritto di sciopero ... è stato per così dire assolutizzato» (pp. 310-311).

(356) Sul punto v. § 423 e ivi nota 385.

(357) Per un'esposizione particolarmente lucida della vicenda dottrinale e giurisprudenziale v. L. Gaeta, *Lo sciopero come diritto*, in *Lecture di diritto sindacale*, a cura di M. D'Antona, Napoli, 1990, pp. 415-426. Per una rassegna aggiornata su questo punto v. M.T. Carinci, *Fondamento, caratteri e finalità del diritto di sciopero*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir. da F. Carinci, I. Le fonti. Il diritto sindacale*, a cura di C. Zoli, Torino, Utet, 1998, pp. 452-464; F. Santoni, *Lo sciopero*, cit. nella nota 337, pp. 19-26.

(358) V. tra i primi P. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, cit. nella nota 335, p. 231.

(359) V. in questo senso C. Smuraglia, *In tema di accordi interconfederali per la disciplina dei licenziamenti nell'industria*, RGL, 1956, II: «Quanto all'irrinunciabilità del diritto di sciopero, la maggior parte degli Autori non può disconoscerla, dato che è principio assolutamente pacifico quello dell'irrinunciabilità dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti» (p. 73); U. Natoli, *La c.d. «Friedenspflicht» e il diritto italiano del lavoro*, RGL, 1961, I, pp. 319-322, dove tuttavia l'A. dà conto — pur dissentendone vibratamente — dell'orientamento che «va sempre più facendosi strada sul piano dommatico, ad opera di una parte della dottrina, e comincia a fare la sua apparizione anche in sede ministeriale», sulla scorta della dottrina tedesca, nel senso dell'ammissibilità della pattuizione di un «dovere di pace sindacale (*Friedenspflicht*)».

(360) L. Mengoni, *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, cit. nella nota 343, p. 256: «qui ... è in gioco ... soltanto il contenuto obbligatorio del contratto collettivo, che impegna esclusivamente le associazioni sindacali stipulanti: per esse sole nasce la *Friedenspflicht*, cioè il dovere di astenersi, fino alla scadenza del contratto, dall'impiego di mezzi di lotta sociale. Mentre lo sciopero, in quanto il relativo diritto spetta a singoli lavoratori, può essere proclamato da una coalizione transitoria, costituitasi *ad hoc*, anziché da un sindacato stabile» (p. 256). Questa costruzione verrà poi sviluppata e compiutamente argomentata nella monografia di G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali. La parte obbligatoria del contratto collettivo*, Milano, 1963, pp. 83-181, destinata a costituire il punto di riferimento principale per la giurisprudenza successiva: v. soprattutto Cass. 10 febbraio 1971 n. 357, *FI*, 1971, I, c. 896. In precedenza v., dello stesso A., *Il dovere di pace sindacale*, RTDPC, 1961, part. pp. 466-473 e 487-502.

(361) V. in proposito, nel § 54, la vicenda da cui nacque il «protocollo Scotti» del gennaio 1983, che segnò il ritorno del nostro sistema di relazioni sindacali a una piena valorizzazione delle clausole di tregua, come unica alternativa possibile al tramonto della contrattazione collettiva nazionale di settore (v. però, per una interpretazione riduttiva del «protocollo Scotti» a questo riguardo, T. Roma 26 marzo 1987, *RIDL*, 1988, II, p. 156, con nota di A. Perulli, *Il protocollo Scotti e il c.d. blocco della contrattazione aziendale*; per lo stesso orientamento in relazione al «protocollo» interconfederale 31 luglio 1992 v. P. Verona 6 febbraio 1993, *RIDL*, 1993, II, p. 711, con nota di M. Del Conte, *Controversia sull'accordo sul costo del lavoro del 31 luglio 1992*). La considerazione proposta nel testo dovrebbe indurre a considerare implicita in qualsiasi contratto collettivo una clausola di tregua relativa alle materie regolate dal contratto stesso, per tutta la sua durata (in questo senso v. L. Mengoni, *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, cit. nella nota 343, part. p. 254; Id., *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, Jus, 1975, poi in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pp. 247-286 e part. pp. 276-282; L. Riva Sanseverino, *Per la validità delle clausole di «tregua sindacale»*, MGL, 1971, pp. 372-374; F. Santoro Passarelli, *Pax, pactum, pacta servanda sunt (a proposito delle cosiddette clausole di tregua sindacale)*, MGL, 1971, p. 374; ma su questo punto fino alla fine degli anni '80 è prevalso nettamente in dottrina l'orientamento opposto (G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale ecc.*, cit. nella nota prec., part. pp. 114-120; G. Giugni, F. Mancini, *Movimento sindacale e contrattazione collettiva*, in AA.VV., *Potere sindacale e ordinamento giuridico. Diritto di sciopero, consigli di fabbrica, forme della contrattazione*, Bari, 1973, pp. 97-114, dove vengono ripercorse le tappe del processo «che ha portato il sistema contrattuale italiano a consolidarsi in una struttura a due piani, categoria e azienda, privi di coordinazione» (p. 97); M. Magnani, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, DLRI, 1990, pp. 687-725 e part. 695).

(362) Cfr. su questo punto F. Santoro Passarelli, *Pax, Pactum, ecc.*, cit. nella nota prec., p. 375; M. Magnani, *Contrattazione collettiva ecc.*, cit. nella nota prec.: «la riserva contenuta nell'art. 40, mentre preclude che l'esercizio del diritto di sciopero possa essere regolato autoritativamente, in via eteronoma, da atti diversi dalla legge, in particolare da atti amministrativi, non preclude autoregolamentazioni: queste sono *al di fuori* della portata precettiva della seconda parte dell'art. 40 e si collocano piuttosto nel contesto dell'art. 39 Cost. e in particolare nel contesto del principio di libertà e di autonomia sindacale» (p. 708). Concorde ovviamente con questa tesi chi — come M. Dell'Olio, *Lo sciopero e la norma*, cit. nella nota 337 — nega che l'art. 40 disponga una vera e propria riserva di legge in materia di sciopero. Per una impostazione diversa della questione, fondata su di una netta distinzione — addirittura sul piano ontologico — tra la nozione generale di sciopero e quella di sciopero nei servizi pubblici (§ 429), v. R. Romei, *Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero*, LD, 1999, pp. 221-259 e part. 247-251 sulla titolarità del diritto, 251-257 sull'efficacia delle pattuizioni collettive in questa materia.

(363) V. per tutti in questo senso G. Pera, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 353, p. 215.

(364) Sul diritto di sciopero dei dipendenti di enti pubblici v. C. cost. 2 luglio 1958 n. 46, *GCost*, 1958, p. 569, in riferimento all'art. 333 c.p.; C. cost. 28 dicembre 1962 n. 123, cit. nelle note 344 e 377, in riferimento agli artt. 330, 504 e 505 c.p. Sui problemi particolari che si pongono in riferimento allo sciopero degli insegnanti della scuola pubblica v. M. Salazar, *Lo sciopero nell'ordinamento scolastico*, Milano, 1986 (ivi, in appendice, pp. 43-85, i testi di alcune sentenze in argomento, di giudici civili, penali e amministrativi, e tre circolari amministrative).

(365) V. in proposito anche § 430. L'esclusione dei militari dal diritto di sciopero, da sempre pacifica, è disposta esplicitamente dall'art. 8 della l. 11 luglio 1978 n. 382, la cui legittimità costituzionale è stata riconosciuta da C. cost. 17 dicembre 1999 n. 449, *GCost*, 1999, p. 3870. Nello stesso senso — in riferimento non soltanto agli appartenenti alle forze armate, ma anche ai corpi di polizia (per i quali dispone l'art. 84 della l. 1° aprile 1981 n. 121) e ai magistrati — si era espresso il C.N.E.L. nelle *Osservazioni e proposte ecc.*, cit. nella nota 341, § 1.

(366) L'esclusione degli agenti di polizia è stata disposta, contestualmente alla loro smilitarizzazione, dall'art. 84 della l. 1° aprile 1981 n. 121.

(367) Uno sciopero dei lavoratori marittimi del luglio 1959 ha dato luogo a numerose vicende giudiziali in sede civile, penale e costituzionale, che hanno provocato l'elaborazione di diversi studi dottrinali e pareri da parte di giuslavoristi, penalisti e studiosi di diritto della navigazione; nove di questi sono raccolti in AA.VV., *Lo sciopero dei marittimi*, Milano, 1963. Nello stesso volume è riportata in appendice (pp. 143-156) la sentenza 13-28 dicembre 1962 n. 124 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 1105, n. 1, c. nav., in relazione all'art. 40 Cost. (può leggersi anche in RGL, 1962, p. 617, con il commento riportato nella nota 344; e ora in ADL, 2001, p. 1119). Sui peculiari limiti del diritto di sciopero della gente del mare v. ultimamente T. Ravenna 18 gennaio 2001, *ADL*, 2001, p. 1113, commentata da V. Maio, *Tempi e luoghi dello sciopero dei marittimi*, ivi, pp. 1065-1083.

(368) Per l'orientamento dottrinale conforme v. G. Santoro Passarelli, *Il lavoro parasubordinato*, Milano, 1979, pp. 120-123; G. Giugni, *Diritto sindacale*, cit. nella nota 354, pp. 219-220, dove viene citata in senso conforme Cass. 29 giugno 1978 n. 3278; e, se interpreto bene il suo pensiero, F. Santoni, *Lo sciopero*, cit. nella nota 337, pp. 33-37. In riferimento allo sciopero degli agenti di commercio, quando operino senza l'apporto di lavoro altrui, v. G. Ghezzi, *Del contratto di agenzia*, *Comm SB*, 1970, p. 11.

(369) Il riferimento principale offerto dalla giurisprudenza costituzionale su questo punto è contenuto nella sentenza 17 luglio 1975 n. 222 (RGL, 1975, II, p. 981), con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 506 c.p., nella parte in cui esso puniva l'astensione dal lavoro dei piccoli imprenditori esercenti attività industriale o commerciale, senza lavoratori dipendenti: la Corte precisa che non può parlarsi in questo caso di «serrata», mancando l'elemento della sospensione di rapporti di lavoro alle dipendenze dell'impresa, bensì piuttosto di una forma di lotta assimilabile allo sciopero. V. anche, in riferimento allo sciopero degli avvocati, C. cost. n. 171/1996, cit. nelle note 371 e 453.

(370) Della Corte di cassazione si segnala la sentenza 29 giugno 1978 n. 3278 (*FI*, 1978, I, c. 1626), che ha riconosciuto come forma di lotta sindacale assimilabile allo sciopero quella dei medici convenzionati con l'istituto gestore dell'assicurazione sanitaria obbligatoria, i quali avevano sospeso per

protesta l'effettuazione delle visite gratuite ai pazienti assicurati, esigendo da questi il pagamento (assimilabile allo sciopero parrebbe, in realtà, soltanto la forma di lotta dei medici convenzionati consistente nella sospensione delle loro prestazioni: viene meno, altrimenti, l'elemento essenziale dello sciopero, consistente nel sacrificio del reddito corrispondente all'astensione dal lavoro).

(371) Così, in riferimento allo «sciopero» degli avvocati (ma in realtà solo astensione dalle udienze), C. cost. 27 maggio 1996 n. 171, *MGL*, 1996, p. 465, con nota di F. Santoni, *Lo «sciopero degli avvocati» nel giudizio della Corte costituzionale*, e *RGL*, 1997, II, p. 61, con ampia nota di L. Menghini, *L'astensione dalle udienze da parte degli avvocati e il problema dell'estensibilità del diritto di sciopero oltre il limite della subordinazione*. In proposito v. anche G. Suppiej, *Sciopero degli avvocati, Corte costituzionale, Commissione di garanzia e Consiglio forense*, *ADL*, 1997, n. 5, pp. 237-248; ancora L. Menghini, *Le regole per il lavoro autonomo, ne La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di L. Menghini, M. Miscione e A. Vallebona, cit. nella nota 444, partic. pp. 45-49; e ultimamente E. Gianfrancesco, *La Commissione e gli avvocati: storia di una regolamentazione*, *RGL*, 2002, I, pp. 739-752. In giurisprudenza, nel senso della non riconducibilità dell'astensione degli avvocati dalle udienze alla nozione di sciopero ex art. 40 Cost., v. P. Roma 9 giugno 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 293, con nota di C. Corsinovi, *Astensione degli avvocati dalle udienze e sciopero nei s.p.e.*; cioè che nulla toglie, peraltro, all'applicabilità dei vincoli posti in proposito dalla legge n. 146/1990 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali: v. in proposito § 430 e ivi note 453-455.

(372) In proposito v. ultimamente L. Galantino, *L'astensione dei lavoratori autonomi*, *DL*, 2002, I, pp. 133-148 e partic. 145-147. Il problema si è posto sul piano teorico soprattutto in riferimento al c.d. «sciopero degli avvocati». Non sul piano pratico, poiché gli avvocati di fatto non si astengono dalle udienze se non quando la cosa presenta un vantaggio per i rispettivi clienti (in sede penale l'interesse è per lo più alla prescrizione del reato; in sede civile al differimento di una decisione della controversia che si prevede sfavorevole): lo sciopero forense si trasforma così in un elemento di grave distorsione della dialettica processuale. Si osservi, poi, che questo sciopero consiste soltanto nell'astensione dalle udienze, essendo del tutto irrilevante e comunque non visibile o controllabile in alcun modo lo svolgimento da parte dell'avvocato di attività extragiudiziale.

(373) La sentenza della Corte costituzionale n. 171/1996 (cit. nella nota 371) segna per questo aspetto una correzione rispetto alla sentenza n. 222/1975 (cit. nella nota 369) sull'astensione collettiva dal lavoro dei piccoli esercenti.

(374) M. Salazar, *Lo sciopero nell'ordinamento scolastico*, cit. nella nota 364, pp. 21-42. Ivi in appendice, è riportata la sentenza 4 febbraio 1971 con la quale il Pretore di Sampierdarena ha assolto alcuni studenti che avevano occupato la sede del proprio istituto scolastico dall'imputazione dei reati di invasione di edifici pubblici e di interruzione di pubblico servizio, sulla base di una applicazione estensiva del diritto di sciopero di cui all'art. 40 Cost.: «ugualmente dovrebbe essere ammissibile lo sciopero indetto da categorie di persone che indubbiamente lavorano, quali gli studenti, anche se essi non rientrano nel settore dei lavoratori subordinati tra i quali lo sciopero è storicamente nato» (pp. 108-109).

(375) C. cost. 4 maggio 1960 n. 29, *RGL*, 1960, II, p. 179, con nota di M. Severino, e *GCost*, 1960, p. 695. Può leggersi anche in G. Suppiej, *Fonti per lo studio del diritto sindacale*, cit. nella nota 341, pp. 159-167, con commento del Curatore.

(376) V. in proposito l'ampia rassegna proposta da M.T. Carinci, *Fondamento, caratteri e finalità del diritto di sciopero*, cit. nella nota 357, pp. 468-474.

(377) C. cost. 28 dicembre 1962 n. 123, *RGL*, 1962, II, p. 617 (con il commento riportato nella nota 344), *FI*, 1963, I, c. 5, e *GCost*, 1962, p. 1506, con nota di V. Crisafulli, *Incostituzionalità parziale dell'art. 330 c.p. o esimente dell'esercizio di un diritto?*

(378) C. cost. 27 dicembre 1974 n. 290, *DL*, 1974, II, p. 404, con nota di G. Pera, *La Corte costituzionale e lo sciopero politico*; *RGL*, 1974, II, p. 887, commentata da U. Natoli, *Cronache del diritto di sciopero*, 1975, I, pp. 159-161; e *GCost*, 1974, p. 2984. V. in proposito anche il commento di U. Romagnoli, *Commentario della Costituzione*, cit. nella nota 330, pp. 307-314.

(379) Per due applicazioni recenti di questo principio v. A. Torino 16 luglio 2001, *GPiem*, 2001, p. 500; T. Milano 29 maggio 2000, *OGL*, 2000, p. 603, con nota (critica sulla motivazione della sentenza) di G. Pera, *Lo sciopero contro la partecipazione italiana all'intervento Nato nell'ex Jugoslavia*.

(380) C. cost. 13 giugno 1983 n. 165, *GCost*, 1983, p. 923, *RGL*, 1983, II, p. 297, con nota adesiva di P. Lambertucci, e *MGL*, 1983, p. 93 (nonché p. 299 con nota critica di F. Modugno, *Una sentenza contraddittoria o ambigua: è legittimo lo sciopero «coattivo dell'autorità» o lo sciopero di protesta?*). La gradazione della sanzione rispettivamente prevista dall'art. 503 e dall'art. 504 c.p. corrispondeva alla maggior gravità che il legislatore penale del 1930 sorprendentemente attribuiva allo sciopero volto a ottenere o evitare uno specifico provvedimento legislativo o amministrativo, rispetto allo sciopero con finalità politiche generali.

(381) V. tra le molte altre Cass. 21 luglio 1984 n. 4288, cit. nella nota 354; Cass. 8 agosto 1987 n. 6831, cit. nella nota 351.

(382) V. soprattutto L. Mengoni, *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, cit. nella nota 343; P. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, cit. nella nota 335.

(383) F. Santoni, *Lo sciopero*, cit. nella nota 337, p. 26. In giurisprudenza, in questo senso, Cass. 20 luglio 1984 n. 4260, cit. nella nota 354.

(384) Dopo qualche voce giurisprudenziale contraria (v. ad es. P. Bologna 8 gennaio 1960, *RGL*, 1960, II, p. 419, con nota di C. Smuraglia cit. nella nota 334, la non necessaria della comunicazione preventiva al datore di lavoro è stata affermata da Cass. 22 luglio 1963 n. 2063, *FI*, 1963, I, c. 2117; e l'affermazione — salvo che per i settori dei servizi pubblici essenziali — sembra condivisa dalla dottrina prevalente.

(385) L. Mengoni, *op. cit.* nella nota 343 qualifica la proclamazione come negozio unilaterale recettizio, diretto al datore di lavoro; F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, cit. nella nota 354, pp. 197 ss., la qualifica invece come negozio unilaterale di autorizzazione dell'astensione dal lavoro dei singoli da parte dell'organizzazione sindacale (del tutto isolata, invece, la tesi di V. Simi, *Il diritto di sciopero*, cit. nella nota 354, pp. 157-176, che attribuiva natura negoziale allo sciopero in se: «un vero e proprio negozio giuridico, espressione della autonomia del lavoratore in tutti i suoi elementi»: «un negozio giuridico plurilaterale costituito da una pluralità di atti di esercizio del diritto ... unificati ... dalla comunanza di scopo»). Sulla natura negoziale della proclamazione dello sciopero prevale oggi un orientamento dottrinale negativo (v. in proposito ultimamente L. Venditti, *Autotutela sindacale e dissenso*, cit. nella nota 346, pp. 25-35: ivi i riferimenti dottrinali ulteriori), funzionale alla tesi secondo cui non soltanto non è dovuto al datore di lavoro il preavviso, ma non gli è dovuta neppure la comunicazione all'ultimo istante prima dell'inizio dello sciopero.

(386) In questo senso la giurisprudenza prevalente si è orientata fin dai primi tempi dell'ordinamento costituzionale: v. Cass. 7 giugno 1952 n. 1628, *RDL*, 1952, II, p. 392; Cass. 17 ottobre 1961 n. 2183, *RGL*, 1961, II, p. 604; ma v., nel senso dell'illegittimità dello sciopero a scacchiera e di quello a singhiozzo, Cass. 4 marzo 1952 n. 584, *RGL*, 1952, II, p. 84. In dottrina, nel senso della legittimità dello sciopero anche senza preavviso, U. Natoli, *Legittimità dello sciopero e danno del datore di lavoro*, nota dissenziente a Cass. 4 marzo 1952 n. 584 teste cit., *RGL*, 1952, II, pp. 88-93 e partic. p. 91; C. Smuraglia, *Considerazioni sui limiti del diritto di sciopero*, nota a Cass. 17 ottobre 1961 n. 2183, *RGL*, 1961, II, pp. 616-624; L. Mengoni, *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in *Sciopero e serrata*, Lussemburgo, 1961, p. 292.

(387) V. la descrizione di queste forme di lotta proposta, nel momento del loro massimo sviluppo, da G. Pera, *Serrata e diritto di sciopero*, Milano, 1969, pp. 81-116. Per un incisivo riepilogo della relativa questione alla meta' degli anni '80 v. D. Garofalo, (P. Genova), *Lo sciopero*, cit. nella nota 335, pp. 117-189.

(388) Fra i primi interventi sostanziosi nel dibattito dottrinale su questo punto v. quello tendenzialmente favorevole alla legittimità delle forme di lotta più incisive di L. Montuschi, *Il diritto di sciopero e il c.d. danno ingiusto*, *RTDPC*, 1968, pp. 49-73, e quello di segno prevalentemente contrario di G. Zangari, *Diritto di sciopero e «corrispettività» dei sacrifici*, *DL*, 1969, I, pp. 81-121.

(389) Tra le numerose altre in questo senso v. Cass. 7 settembre 1974 n. 2433, *FI*, 1974, I, c. 3028; Cass. 28 giugno 1976 n. 2480, *MGL*, 1976, p. 333 (ivi il commento di V. Simi, 1977, pp. 330-332); Cass. 17 luglio 1979 n. 4212, *FI*, 1980, I, c. 25; Cass. 13 agosto 1981 n. 4908, *GC*, 1982, I, p. 448, con nota di A. Natoli, *Sospensione dell'attività lavorativa a causa di uno sciopero*.

(390) Orientamento inaugurato con le sentenze della Corte di cassazione 30 gennaio 1980 n. 711 (*FI*, 1980, I, c. 25; *GC*, 1980, I, p. 803) e 26 giugno 1980 n. 4030 (*FI*, 1980, I, c. 2756; *MGL*, 1980, p. 562; *GC*, 1981, I, p. 2307), poi confermato da numerose successive, tra le quali v. Cass. 11 maggio 1982 n. 2934, *RGL*, 1983, II, p. 343, e *GC*, 1982, I, p. 2350; Cass. 6 febbraio 1988 n. 1311, *RIDL*, 1988, II, p. 1027; Cass. 28 ottobre 1991 n. 11477,

RIDL, 1992, II, p. 854, con nota di D. Piglia, *Sciopero parziale e prestazioni lavorative «aggiuntive»*; Cass. 6 ottobre 1999 n. 11147, cit. nella nota 392. Per la giurisprudenza di merito v., in questo senso, P. Reggio Emilia 10 gennaio 1984 e P. Rho 8 marzo 1984, *L80*, 1984, p. 434; P. Bologna 8 settembre 1987, *L80*, 1987, p. 968; T. Treviso 24 aprile 1989, *RIDL*, 1989, II, p. 745, con nota di R. Mancuso, *Sciopero a singhiozzo e ripartizione della responsabilit  per la salvaguardia degli impianti tra imprenditore e lavoratori*; P. Ferrara 29 giugno 1994, *RIDL*, 1995, II, p. 466, con nota di L. Calaf , *Sciopero di solidariet -protesta e scomparsa dell'impresa*, su di un caso nel quale l'incisivit  dell'azione di lotta adottata aveva provocato la chiusura di una piccola azienda appaltatrice delle Poste (dove il giudizio di illegittimit  dello sciopero). In dottrina v. in questo senso M.G. Garofalo, *Forme anomale di sciopero*, *Digesto IV*, sez. comm., VI, 1991, pp. 279-288. Sull'evoluzione della giurisprudenza di Cassazione prima e dopo il 1980 v. F. Borgogelli, *Sciopero e modelli giuridici*, cit. nella nota 328, pp. 45-92 e 115-184.

(391) In proposito v. P.G. Alleva, *L'esercizio del diritto di sciopero nelle aziende con impianti a ciclo continuo*, *RGL*, 1976, I, pp. 371-428.

(392) Dopo Cass. 1^o settembre 1982 n. 4757, *RGL*, 1983, II, p. 344, che oscilla in motivazione tra vecchia e nuova impostazione, torna decisamente al vecchio orientamento Cass. 13 maggio 1983 n. 3290, *RGL*, 1983, II, p. 343, cui fanno seguito nell'ultimo ventennio, tra le altre, Cass. 21 luglio 1984 n. 4292, *MGL*, 1984, p. 431; Cass. 7 febbraio 1987 n. 1331, *MGL*, 1987, p. 337, con nota di L. Venditti, *Scioperi anomali e sospensione dal lavoro e dalla retribuzione*; Cass. 11 gennaio 1988 n. 84, *RIDL*, 1988, II, p. 375, con nota di V.A. Poso, in riferimento a un caso nel quale le frequenti interruzioni del ciclo produttivo alteravano la qualit  dei prodotti finiti; Cass. 15 luglio 1992 n. 8574, *RIDL*, 1993, II, p. 247, con nota di R. Mancuso, *Sciopero parziale e rifiuto delle prestazioni offerte dai lavoratori non scioperanti*; Cass. 1^o settembre 1997 n. 8273, *RIDL*, 1998, II, p. 235, con nota di C. Corsinovi, *Ancora su sciopero articolato e rifiuti delle prestazioni offerte dai lavoratori non scioperanti* (su questa sentenza v. anche l'ampio commento di G. Orlandini, *Sciopero articolato e rifiuto delle prestazioni*, *DLRI*, 1998, pp. 149-186); Cass. 6 ottobre 1999 n. 11147, *OGL*, 1999, p. 873; per la giurisprudenza di merito v. nello stesso senso P. Milano 29 maggio 1990, *OGL*, 1990, p. 5; P. Lodi 5 novembre 1992, *RGL*, 1994, II, p. 87, con note di A. Milone e di E. Manganiello, *Gli accordi c.d. triangolari tra programmazione politica, efficacia obbligatoria e livelli contrattuali*; P. Milano 11 dicembre 1995, *D&L*, 1996, p. 386 (dove si precisa che e' invece illegittima la trattenuta retributiva quando il datore di lavoro utilizzi la prestazione lavorativa in attivita' complementari o sussidiarie); T. Milano 31 maggio 1996, *OGL*, 1996, p. 548; T. Milano 24 luglio 1996, *OGL*, 1996, p. 546. In proposito v. le osservazioni critiche di R. Scognamiglio, *Una nuova svolta nella giurisprudenza del Supremo Collegio in tema di limiti alla legittimit  dello sciopero*, *MGL*, 1986, pp. 472-476. Per un riepilogo storico della questione v. L. Gaeta, *Lo sciopero come diritto*, cit. nella nota 357, pp. 431-440. Per una rassegna critica piu' recente della giurisprudenza sul punto v. P. Campanella, *Gli effetti dello sciopero*, cit. nella nota 433, pp. 573-582.

(393) Cfr. F. Santoni, *Lo sciopero*, cit. nella nota 337, pp. 53-57; R. Santucci, *Gli effetti dello sciopero sul rapporto di lavoro*, in *Lecture di diritto sindacale*, a cura di M. D'Antona, cit. nella nota 357, pp. 453-489 e partic. pp. 479 ss.

(394) Per la quale v. soprattutto L. Mengoni, *L'esercizio dello sciopero in relazione ai soggetti e all'oggetto*, in AA.VV., *L'esercizio del diritto di sciopero*, Milano, 1968, pp. 18-19; L. Riva Sanseverino, *Diritto sindacale*, Torino, 1982², p. 397; G. Pera, *Serrata e diritto di sciopero*, cit. nella nota 387, pp. 113-115.

(395) L. Montuschi, *Il diritto di sciopero e il c.d. danno ingiusto*, cit. nella nota 388, p. 67; G. Giugni, *Diritto sindacale*, cit. nella nota 354, p. 236. V. anche M.G. Garofalo, *Forme anomale di sciopero*, cit. nella nota 390, p. 282: «l'obbligo di buona fede permane si», ma limitatamente all'adempimento degli obblighi non coinvolti nella sospensione delle obbligazioni principali».

(396) Per un caso in cui il giudice ha applicato il criterio della buona fede per valutare il comportamento del datore di lavoro durante uno sciopero v. P. Ferrara 13 agosto 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 10, con nota di V.A. Poso, *Una prima applicazione della nuova legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*.

(397) Sulla legittimit  della chiusura dell'azienda in un caso di degenerazione violenta dello sciopero v. Cass. 20 aprile 1995 n. 4426, *RIDL*, 1996, II, p. 663, con nota di L. Isenburg, *Chiusura dello stabilimento per atti violenti dei lavoratori e prova dei comportamenti che l'hanno determinata*.

(398) F. Borgogelli (*Sciopero e modelli giuridici*, cit. nella nota 328) conclude il suo studio su questo tema sostenendo che «i requisiti essenziali riguardanti il "s " dello sciopero, la cui presenza e' necessaria perche' si configuri la figura giuridica riconosciuta e protetta dall'art. 40 Cost., vengano indicati dall'ordinamento statale ... con riferimento solo all'elemento soggettivo (il lavoro subordinato o equiparato) e alle finalita' (politico-economiche oltre che contrattuali), rinviando all'autonomia collettiva, e dunque all'area di competenza della organizzazione intersindacale, la scelta delle modalita' del comportamento. ... Se si accoglie questa tesi, gli interventi del legislatore e del giudice sono preclusi per l'aspetto della forma del conflitto» (p. 205): forma sulla quale, secondo B., solo la contrattazione collettiva puo' intervenire a porre limiti (al di fuori dell'area dei servizi pubblici essenziali). Questa tesi coglie, a mio avviso, un aspetto reale della questione: non e' attraverso la c.d. «tecnica definitoria» che si puo' pretendere, per cosi' dire, «di mettere le braghe al conflitto sindacale» (cfr. la citazione della monografia di G. Pera del 1960, proposta nella nota 347). Senonche' questo vale per difendere la legittimit  dello sciopero attuato in forme particolarmente aggressive; ma non basta per escludere che il datore di lavoro possa legittimamente rifiutare brandelli di prestazione lavorativa resa inutilizzabile dalla forma di lotta scelta dai lavoratori; cioe' — a mio modo di vedere — non risolve il problema.

(399) V. per tutti in questo senso F. Santoni, *Lo sciopero*, cit. nella nota 337, pp. 56-57. In giurisprudenza, nello stesso senso, T. Milano 12 ottobre 1977, *FI*, 1978, I, c. 1797, in riferimento al rifiuto di svolgere mansioni accessorie; A. Roma 7 giugno 1978, *FI*, 1979, I, c. 2462, dove si esclude l'antisindacalit  della chiusura del reparto dove i lavoratori attuavano una forma di lotta consistente nello svolgimento di mansioni incomplete; P. Vercelli 20 aprile 1979, *FI*, 1979, I, c. 2494; P. Milano 11 ottobre 1980, *OGL*, 1981, p. 255, su di un caso di rifiuto «selettivo» di determinate mansioni. V. inoltre la giurisprudenza cit. nelle due note seguenti.

(400) V. in questo senso, su di un caso di sciopero «parziale» di lavoratori bancari, Cass. 28 marzo 1986 n. 2214, *MGL*, 1986, p. 471, commentata da R. Scognamiglio, *Una nuova svolta nella giurisprudenza del supremo collegio in tema di limiti di legittimit  dello sciopero*, cit. nella nota 392. In precedenza l'illegittimit  dello sciopero parziale — qui assimilato, a mio avviso indebitamente, allo sciopero dello straordinario (su cui v. nota 410) e a quello articolato — era stata affermata da Cass. 3 marzo 1967 nn. 494-512, *OGL*, 1967, p. 343, *MGL*, 1967, p. 363, con nota di G. Mazzoni, e *DL*, 1968, II, p. 199, con nota di G. Pera; la motivazione di queste sentenze puo' leggersi anche in Suppiej, *Fonti per lo studio ecc.*, cit. nella nota 341, pp. 212-217, con commento dello stesso A. Nello stesso senso v. App. Milano 5 dicembre 1967, *MGL*, 1967, p. 365.

(401) Cass. 6 ottobre 1999 n. 11147 (*RIDL*, 2000, II, p. 32, con nota fortemente e condivisibilmente critica di G. Pera, *Lo sciopero attuato con riduzione delle prestazioni dovute*) ha ritenuto legittimo lo «sciopero» attuato da un gruppo di metronotte con l'omettere la distribuzione del biglietto di attestazione dell'avvenuto passaggio durante il loro giro notturno. T. Milano 27 dicembre 2000, *D&L*, 2001, p. 382 ha ritenuto legittima la forma di lotta degli addetti al trasporto di corrispondenza delle Poste Italiane, che avevano rifiutato di trasportare determinati pacchi (la sentenza e' indicata nella nota redazionale — erroneamente, a mio avviso — come «conforme ai principi consolidati» in materia di sciopero delle mansioni). In precedenza v., nello stesso senso, Cass. 9 maggio 1984 n. 2840, *GC*, 1984, I, p. 2070.

(402) V. in questo senso P. Venezia 16 giugno 1982, *L80*, 1983, p. 74.

(403) Cosi' A. Cataudella, *Sciopero e inadempimento (una panoramica)*, *DL*, 1975, I, pp. 91-92; G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1982¹, pp. 284-285. In giurisprudenza, nello stesso senso, T. Venezia 3 dicembre 1982, *GC*, 1983, I, p. 1623; Cass. 13 dicembre 1982 n. 6850 (*DL*, 1984, II, p. 177, con nota di F. M(inucci), *Sciopero di rendimento e riduzione della retribuzione proporzionale al calo di produzione*: ivi ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza precedenti): «E' legittima la decurtazione della retribuzione a fronte del calo della produzione dovuto allo sciopero c.d. di rendimento in quanto [in tale forma di lotta] si deve ravvisare un inadempimento della prestazione e non [soltanto] un adempimento inesatto della prestazione stessa, comportante una ben diversa incidenza dell'onere probatorio». Sulla diligenza — e quindi intensita' — della prestazione dovuta, in generale, v. §§ 279-283.

(404) Cfr. G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Diritto sindacale*, Bologna, 1997⁴, p. 239; v. anche L. Riva Sanseverino, *Diritto sindacale*, cit. nella nota 394, p. 398.

(405) V. in proposito G. Nicolini, *Lo sciopero in Italia*, *RIDL*, 1984, I, pp. 746-752.

- (406) Con la conseguenza che, riducendosi il rendimento al di sotto del minimo dovuto, il datore di lavoro può reagire non soltanto sul piano disciplinare, ma anche con una riduzione corrispondente della retribuzione: v. in questo senso Cass. 7 ottobre 1976 n. 3324, *MGL*, 1977, p. 203, con nota di G. Tamburrino, *La riduzione di rendimento del cottimista nel sistema a cottimo misto e le sue conseguenze nel sinallagma contrattuale*.
- (407) Cfr. A. Cataudella, *Sciopero e inadempimento*, loc. cit. nella nota 403. In giurisprudenza, nello stesso senso, T. Milano 17 luglio 1975, *MGL*, 1975, p. 551, con nota adesiva di G. Pera, *Sulle conseguenze retributive dello «sciopero di rendimento» dei cottimisti*; T. Milano 30 agosto 1975, *OGL*, 1975, p. 620, con nota di G. Ardaù, *Sulle responsabilità conseguenti alla volontaria riduzione di rendimento dei cottimisti*; T. Venezia 3 dicembre 1982, cit. nella nota 403. Sulla retribuzione a cottimo v. §§ 251-252.
- (408) Cfr. Giugni, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici: la retribuzione a cottimo*, in *Scritti in memoria di A. Graziani*, vol. II, Napoli, 1968: «l'operaio di normale capacità e laboriosità non è tenuto a un maggior rendimento rispetto a quello ad economia» (p. 879). In senso conforme, se ben inteso il suo pensiero (anche se egli dichiara di dissentire su questo punto dalla tesi di G. Giugni), F. Santoni, *Lo sciopero*, cit. nella nota 337, pp. 58-59.
- (409) Così T. Milano 29 aprile 1976 e A. Milano 13 luglio 1976, *MGL*, 1976, p. 335.
- (410) Si è a lungo dubitato che il rifiuto del lavoro straordinario potesse qualificarsi come sciopero: v. in senso negativo L. Mengoni, *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, cit. nella nota 386, pp. 268-269: «È incontestabile che la non-collaborazione, in tutte le sue forme, è qualitativamente diversa dallo sciopero, e quindi non può essere giustificata sotto il profilo dell'art. 40 Cost.»; G. Mazzoni, *Diritto di sciopero e rifiuto di lavoro straordinario*, nota a Cass. 3 marzo 1967 nn. 494-512, *MGL*, 1967, pp. 363-365; G. Pera, *L'esercizio del diritto di sciopero nella forma di rifiuto del lavoro straordinario*, nota alla stessa sentenza, *DL*, 1968, II, pp. 203-214. In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. 3 marzo 1967 nn. 494-512, cit. nella nota 400; Cass. 30 luglio 1987 n. 6622, *RGL*, 1988, II, p. 147 (dove è stato considerato antisindacale il comportamento del datore di lavoro che aveva sanzionato disciplinarmente il rifiuto di lavoro straordinario da parte di lavoratori in sciopero).
- (411) V. Cass. 28 giugno 1976 n. 2480, *OGL*, 1976, p. 853; P. Milano 27 settembre 1978, *OGL*, 1978, p. 948; P. Venezia 16 giugno 1982, *L80*, 1983, p. 74; T. Milano 2 marzo 1990, *OGL*, 1990, p. 8; P. Milano 18 giugno 1993, *D&L*, 1994, p. 50, con nota adesiva di L. Franceschini (in riferimento a un caso in cui un contratto aziendale prevedeva l'obbligo dello straordinario per i lavoratori). In questo senso v. anche il mio *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, vol. II, Milano, 1985, pp. 258, nt. 20, e 318.
- (412) Questo, ovviamente, non toglie che — quando lo sciopero si svolga nell'area dei servizi pubblici essenziali, anche lo sciopero degli straordinari sia assoggettato alla disciplina speciale della materia (§ 431) e, se attuato in violazione di essa, possa essere considerato illegittimo: per un caso di questo genere v. P. Bologna 14 marzo 1994, *RIDL*, 1994, II, p. 658, con nota di E. Gragnoli, *Lo «sciopero dello straordinario» e il rispetto dei limiti posti dalla l. n. 146 del 1990*.
- (413) Cfr. sul punto G. Pera, *Lo sciopero e la serrata*, cit. nella nota 353, pp. 574-575.
- (414) Il lavoratore non è dunque responsabile del danno che può derivare all'imprenditore nei suoi rapporti con terzi dallo sciopero proclamato e attuato legittimamente: v. per tutti sul punto D. Garofalo, (P. Genova), *Lo sciopero*, cit. nella nota 335, pp. 235-236. Sulla responsabilità che può invece derivare a carico dell'imprenditore v. V. Simi, *Il diritto di sciopero*, cit. nella nota 354, pp. 232-236; C. Smuraglia, *Gli effetti dello sciopero e della serrata sulle obbligazioni dell'imprenditore verso i terzi*, *RDL*, 1969, I, pp. 493-580 (anche in volume, Milano, 1970).
- (415) Sul punto, pacifico, v. per tutti G. Pera, voce *Sciopero*, cit. nella nota 436, p. 719.
- (416) P. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, cit. nella nota 335: «ammettere che i lavoratori scioperanti continuino a godere senza limiti ... del diritto alla retribuzione ... sarebbe una specie di invito all'ozio retribuito, che toglierebbe allo sciopero ogni carattere di serietà» (p. 242).
- (417) *Op. e loc. cit.* nella nota prec.: «se lo sciopero è l'esercizio di un diritto, la sospensione della retribuzione non è una sua conseguenza giuridica necessariamente desumibile dal diritto comune: e se si riterrà politicamente opportuno che questa sospensione vi sia, bisognerà espressamente stabilirlo».
- (418) V. in proposito i riferimenti forniti da G. Suppiej, *Fonti per lo studio ecc.*, cit. nella nota 341, pp. 224-226; ivi (pp. 226-231) anche i testi di una sentenza e un parere in argomento del Consiglio di Stato.
- (419) V. ultimamente sul punto Cass. 26 maggio 2001 n. 7196, mass. in *MGL*, 2001, p. 803.
- (420) Cass. 16 giugno 1987 n. 5340, *MGL*, 1987, p. 468; Cass. 10 gennaio 1994 n. 162, *DPL*, 1994, p. 893.
- (421) V. in questo senso T. Napoli 9 novembre 1990 (confermativa della sentenza di primo grado), *RIDL*, 1991, II, p. 735, con nota di G. Mammone, *Liceità dello sciopero a singhiozzo e diritto di assemblea*.
- (422) V. in questo senso G. Mammone, *Liceità ecc.*, cit. nella nota prec., p. 739, dove l'A. esprime opinione contraria alla legittimità del c.d. *sciopero bianco*, consistente nello scioperare trattenendosi nel posto di lavoro, salvo il caso di corretta indizione di riunione sindacale. Per un caso nel quale è stato ritenuto giustificato il licenziamento di due lavoratori imputati di comportamenti ostruzionistici nei confronti dei non scioperanti, v. Cass. 16 novembre 1987 n. 8401, cit. nella nota 430.
- (423) Per una puntuale rassegna della giurisprudenza e della dottrina su questo punto v. P. Campanella, *Gli effetti dello sciopero*, cit. nella nota 433, pp. 568-571.
- (424) V. per tutti F. Carinci, R. De Luca, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro. I. Diritto sindacale*, cit. nella nota 354, pp. 267-268; con la precisazione secondo cui «Va da sé che anche il più «buonista» tra i picchettaggi non può essere del tutto asettico»: G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Diritto sindacale*, cit. nella nota 354, p. 234.
- (425) C. cost. 27 luglio 1975 n. 220, *MGL*, 1975, pp. 282 e 670 con nota di A. Santoro, *Diritto di sciopero e delitto di occupazione di aziende industriali e agricole nel pensiero della Corte costituzionale*, e *RGL*, 1975, II, p. 601, con nota di P. Giordano, *L'occupazione d'azienda dinanzi alla Corte costituzionale*.
- (426) V. in proposito l'ampia trattazione di F. Santoni, *Lo sciopero*, cit. nella nota 337, pp. 60-66; ivi i riferimenti dottrinali ulteriori. In giurisprudenza v. Cass. pen. 19 giugno 1979, *GI*, 1980, II, c. 461; per un caso in cui è stato ravvisata la sussistenza del reato di cui all'art. 633 c.p., v. Cass. pen. 30 novembre 1976, *RGL*, 1978, IV, p. 63, con nota parzialmente dissenziente di E.A. Dini, *In tema di occupazione d'azienda per la difesa del posto di lavoro* (il commentatore sottolinea la necessità che sia dimostrato il dolo specifico dei lavoratori occupanti). In argomento si registra, in generale, un atteggiamento di maggiore severità della giurisprudenza di Cassazione rispetto a quella di merito: v. in proposito, anche per i riferimenti alla giurisprudenza di merito, S. Vergari, *Le altre forme di lotta sindacale connesse o alternative allo sciopero*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, *I. Le fonti*, cit. nella nota 357, pp. 602-608.
- (427) V. in questo senso T. Napoli 27 aprile 1987, *L80*, 1988, p. 543, con nota critica di L. Venditti, *Occupazione di fabbrica per motivi sindacali e tutela possessoria dell'azienda* (la Commentatrice osserva che «ricostruire civilisticamente l'occupazione di azienda come azione lesiva del possesso non deve impedire di valutare in modo adeguato gli interessi non patrimoniali delle maestranze nelle controversie collettive per il mantenimento del posto di lavoro»: donde la necessità, che la stessa sottolinea, «di andare oltre il ricorso agli ordinari rimedi giurisdizionali»: p. 547).
- (428) V. in proposito, oltre alla sentenza e al relativo commento cit. nella nota prec., E.A. Dini, G. Mammone, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, Milano, 1997, pp. 787-788.
- (429) Cfr. in proposito E.A. Dini, *In tema di occupazione d'azienda per la difesa del posto di lavoro*, cit. nella nota 426.
- (430) Per un caso in cui è stata ravvisata la condotta antisindacale nel trattamento di maggior favore riservato ai lavoratori disposti a lavorare durante lo sciopero, v. Cass. 16 novembre 1987 n. 8401, *RGL*, 1988, II, p. 55, con nota di U. Natoli, *Ancora la Corte di Cassazione in tema di sciopero*, e *MGL*, 1987, p. 459.
- (431) V. in questo senso Cass. 16 novembre 1987 n. 8401, cit. nella nota prec.: «È ... illegittima, in quanto direttamente violatrice del diritto di sciopero, l'assunzione di altri lavoratori in luogo di quelli scioperanti, condotta che si risolve, altresì, in un pregiudizio, ancorché temporaneo, della posizione di lavoro degli scioperanti medesimi».

- (432) Nel senso dell'antisindacalità di questo comportamento del datore di lavoro v. ultimamente T. Milano 16 febbraio 2002, *D&L*, 2002, p. 325.
- (433) V. in questo senso Cass. 16 novembre 1987 n. 8401, cit. nelle note 430 e 431: «al datore di lavoro non può essere negato ... di continuare lo svolgimento dell'attività aziendale mediante il personale dipendente che ancora resti a sua disposizione in quanto non partecipante allo sciopero e che venga temporaneamente adibito alle mansioni proprie degli scioperanti»; nello stesso senso Cass. 29 novembre 1991 n. 12822, *NGL*, 1991, p. 703, e *RIDL*, 1992, II, p. 518, con nota di C. Corsinovi, *Sciopero degli insegnanti e legittimità del crumiraggio nel pubblico impiego*, in riferimento a un caso nel quale, per limitare i danni derivanti da uno sciopero degli insegnanti tendente a bloccare gli esami e gli scrutini di fine anno scolastico, il Provveditore aveva disposto la sostituzione dei docenti in sciopero con altri docenti non scioperanti e con supplenti; P. Milano 30 aprile 1994, *D&L*, 1994, p. 810; e ultimamente Cass. 4 luglio 2002 n. 9709, per quel che mi consta ancora inedita, nella cui motivazione si legge che «al datore di lavoro non [può] essere negato, in occasione dello sciopero, di continuare lo svolgimento dell'attività aziendale mediante il personale dipendente che ancora resti a sua disposizione, in quanto non partecipante allo sciopero, e che venga temporaneamente adibito alle mansioni proprie degli scioperanti», tenuto anche conto del fatto che «la disposizione di cui all'art. 2103 c.c., che tende a tutelare la professionalità del lavoratore, non impedisce che allo stesso possa essere richiesto lo svolgimento di attività corrispondenti a mansioni inferiori, quando ciò avvenga eccezionalmente marginalmente, e per specifiche ed obiettive esigenze aziendali. La suddetta utilizzazione rientra dunque nel legittimo esercizio dei poteri gestionali ed organizzativi da parte del datore di lavoro in situazioni di emergenza (si tratti dello sciopero o di altra vicenda) al fine di evitare la paralisi della produzione». In proposito v. anche l'ampia rassegna di dottrina e giurisprudenza di P. Campanella, *Gli effetti dello sciopero*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, cit. nella nota 357, pp. 582-587.
- (434) C. cost. 23 luglio 1980 n. 125, *FI*, 1980, I, c. 2369.
- (435) Cfr. P. Milano 2 marzo 1987, *L80*, 1987, p. 369, in riferimento al caso di un *duty free shop* nel quale alcuni dirigenti e capi-turno avevano sostituito gli addetti alla cassa durante uno sciopero breve.
- (436) In questo senso G. Pera, *Sciopero. a) Diritto costituzionale e diritto del lavoro*, *Enc dir*, XLI, 1989, p. 720. In proposito v. anche Cass. n. 9709/2002, cit. nella nota 433.
- (437) P. Milano 15 gennaio 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 99, con nota di O. Bonardi (ivi ampia rassegna di giurisprudenza sul punto), in riferimento a uno sciopero dei redattori del settimanale *Panorama*, cui il direttore aveva reagito utilizzando collaborazioni occasionali esterne e utilizzando tutte le risorse interne disponibili.
- (438) Il fenomeno è stato lucidamente descritto da O. Kahn Freund, *Labour relations. Heritage and adjustment*, Oxford, 1979, dove l'A. osserva che il datore di lavoro è il vero bersaglio dello sciopero soltanto «fino a che e nella misura in cui lo sciopero è un'istituzione complementare a un mercato effettivamente e non soltanto legalmente competitivo. In quella situazione uno sciopero mette il datore di lavoro alla merce dei suoi concorrenti, i quali saltano dentro lo spazio nel quale egli non riesce a offrire il proprio prodotto e, specialmente in un settore ad alta intensità di lavoro rispetto al capitale, minacciano di scalarlo dalle sue posizioni se i suoi prezzi salgono a causa dell'aumento delle retribuzioni prodotto da scioperi efficaci»; ma la natura e la funzione sociale del conflitto cambiano quando, venendo meno il carattere effettivamente competitivo del mercato, «il consumatore diventa il vero bersaglio» dello sciopero. Questo appare quasi ovvio quando il datore di lavoro è un monopolista — pubblico o privato, non importa — e la concorrenza nazionale o straniera è esclusa ... La crescita del settore terziario dell'economia, la rapida e proporzionale crescita del numero dei lavoratori impiegati nella produzione di servizi, enfatizza in modo decisivo questo cambiamento» (pp. 73-75; *t. m.*).
- (439) Cfr. ancora O. Kahn Freund, *Labour relations ecc.*, cit. nella nota prec.: «Ogni lavoratore riveste almeno due ruoli nel gioco delle relazioni sindacali: egli può ricorrere all'azione diretta — giustificata, forse — nella veste di minatore o di lavoratore del settore elettrico, per esempio, e con ciò colpire se stesso e la propria famiglia nella sua veste di consumatore ... Se in termini marxisti lo sciopero poteva essere concepito come un momento di una guerra tra le classi, esso ora è divenuto sovente una guerra civile interna alla classe lavoratrice. ... In questo senso lo sciopero come istituzione sociale — un tempo considerato come l'esempio supremo di solidarietà della classe lavoratrice — può trasformarsi dialetticamente nel suo opposto: una azione di gruppi di lavoratori per il conseguimento di vantaggi alle spese di altri lavoratori» (p. 78).
- (440) Un solo esempio: tra il 1998 e il 2000 nel settore dei controllori di volo, dai quali dipende tutto il traffico aereo, in Italia sono stati proclamati 40 scioperi nazionali e 210 scioperi locali, dei quali effettivamente attuati complessivamente 151; in Francia nello stesso triennio due soli scioperi; in Germania e Gran Bretagna zero.
- (441) V. in proposito M. Ricciardi (U. Romagnoli, L. Mariucci, T. Treu), *Lo sciopero dalla Costituzione all'autodisciplina*, Bologna, 1975; G. Arrigo, E. Crea, A. Pandolfo, T. Treu, *Sciopero? Sì, no, come. Sindacato e autoregolamentazione*, Roma, 1981; ivi, in appendice, i «codici di autoregolamentazione» che le confederazioni maggiori si erano date nei settori più importanti dei pubblici servizi tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80; AA.VV., *Lo sciopero: dalla autodisciplina alla eteroregolamentazione*, atti del seminario svoltosi a Messina il 19 marzo e 19 aprile 1988, con relazioni introduttive di G. Pera, M. Dell'Olio, V. Romano, P. Strano Materia, G. Benvenuto (ivi in appendice alcuni codici di autoregolamentazione e sei progetti di legge in discussione in Parlamento in quel periodo).
- (442) V. in proposito lo studio comparatistico di E. Ales, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa, tra interesse generale ed autotutela*, Torino, 1995.
- (443) V. in proposito, anche per alcuni dati in proposito a quattro anni dall'emanazione della legge, U. Romagnoli (M.V. Ballestrero), *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Bologna-Roma, 1994, pp. 46-51.
- (444) Cfr. in proposito A. Vallebona, *Introduzione a La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di L. Menghini, M. Miscione e A. Vallebona, Padova, 2000, pp. 1-9; M. Ricci, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali tra vecchi e nuovi limiti*, in *Sciopero e servizi pubblici essenziali. Commento alla legge n. 146/1990, modificata e integrata dalla legge n. 83/2000*, a cura dello stesso A., Torino, 2001: «sembra che il Parlamento ritenga ormai irrisolvibile il conflitto collettivo e indisciplinabili le parti sociali ... Nella legge di riforma la sfiducia nel sistema delle relazioni sindacali appare più sviluppata» (p. 63). Sui limiti dell'esperienza della «regolazione autonoma» e la nuova domanda di regolazione legislativa in materia di sciopero v. T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2001, pp. 221-266; ivi anche la proposta di legge presentata dallo stesso T. all'indomani dell'emanazione della legge n. 83/2000, per la promozione di procedure arbitrali più efficaci per la soluzione delle controversie collettive (pp. 393-395). V. inoltre ultimamente M. Rusciano, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, *DLRI*, 2000, pp. 167-179.
- (445) V. in proposito la *Relazione sull'attività della Commissione 26 aprile 2000-30 settembre 2001*, curata dalla stessa Commissione, Roma, 2002, nonché la *Relazione sull'attività della Commissione 1° ottobre 2001-31 luglio 2002*, Roma, 2002: qui particolarmente gli scritti di M.V. Ballestrero, pp. 11-18, G.P. Cella, pp. 19-22, e S. Magrini, pp. 45-49.
- (446) V. però in proposito P. Pascucci, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Torino, 1999, secondo il quale «la legge n. 146, più che individuare i limiti di esercizio di un diritto altrimenti indefinito, è una legge che definisce il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, esplicitandone il contenuto e, nel contempo, il concetto» (p. 110): rifonda, cioè, l'istituto su basi completamente nuove. Il tema del nesso tra facoltà di proclamazione dello sciopero e rappresentatività sindacale è stato oggetto di esame critico, anche nella prospettiva *de iure condendo*, nel seminario promosso dalla Commissione di Garanzia a Roma nel settembre 1998, i cui atti sono raccolti in AA.VV., *Sciopero e rappresentatività sindacale*, Milano, 1999: si segnalano qui in particolare le relazioni di G. Ghezzi, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: esperienza e prospettive della Commissione di garanzia*, pp. 3-16 (ivi, p. 14, l'A. solleva «seri e gravi dubbi ... sul piano della legittimità costituzionale» in relazione alla prospettiva di una limitazione dell'esercizio del diritto di sciopero correlata alla rappresentatività dell'associazione sindacale proclamante); L. Bordogna, *Tendenze e problemi della sindacalizzazione nei servizi pubblici*, pp. 17-39 [dove invece l'A. afferma che «una opportuna riforma delle regole (non solo in tema di rappresentatività)» potrebbe «significativamente disinnescare il circolo vizioso tra il conflitto e una pur elevatissima frammentazione della rappresentanza, prima ancora della semplificazione di quest'ultima»: p. 33]; e C. La Macchia, *Rappresentanza e rappresentatività nell'esperienza della Commissione di garanzia*, pp. 41-88.

- (447) Sulla questione della validità ed efficacia soggettiva delle clausole di tregua, nonché sulla posizione individuale del lavoratore di fronte alla proclamazione dello sciopero, v. rispettivamente i §§ 420 e 423.
- (448) Cfr. E. Ales, *Le procedure, ne Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge 83/2000*, a cura di F. Santoni, Napoli, 2001, p. 21, dove in nota l'A. accenna all'«emergere prepotente dei profili collettivi» in questa materia. V. anche gli ulteriori riferimenti dottrinali in proposito ivi citati.
- (449) Per i riferimenti dottrinali principali su quella stagione della giurisprudenza costituzionale e di Cassazione v. nota 342.
- (450) Sulla posizione soggettiva degli utenti e i rimedi di cui essi dispongono, secondo il diritto comune, v. F. De Falco, *Gli utenti, ne Le regole dello sciopero*, cit. nella nota 448, pp. 63-77; R. Nunin, *Tutela degli utenti e ruolo delle loro associazioni*, in *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 444, pp. 209-226.
- (451) Sulla nozione di servizio pubblico essenziale v. l'ampia trattazione di M.V. Ballestrero (U. Romagnoli), *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 443, pp. 53-84. Inoltre C. Sunna, *La nozione di servizio pubblico essenziale*, in *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 444, pp. 71-92. Sull'irrelevanza delle distinzioni giuridico-formali nei rapporti di lavoro e nel regime di gestione dei servizi essenziali, ai fini dell'applicazione della nuova disciplina, v. particolarmente M. Rusciano, *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990 n. 146*, a cura dello stesso e di G. Santoro Passarelli, Milano, 1991, pp. 13-14.
- (452) Così, in riferimento al caso di un gruppo di dipendenti di impresa telefonica addetti a mansioni di studio e preparazione di programmi informatici, T. Bologna 26 marzo 1999, *RIDL*, 1999, II, p. 747, con nota di G. Conte, *Le limitazioni del diritto di sciopero si applicano soltanto ai lavoratori addetti direttamente alla fornitura del servizio*.
- (453) C. cost. 27 maggio 1996 n. 171, cit. nella nota 371, la quale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge del 1990 nella parte in cui non prevedeva, nel caso dell'astensione collettiva di avvocati dall'attività giudiziaria, l'obbligo di un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale dell'astensione; inoltre nella parte in cui la stessa legge non prevedeva gli strumenti idonei a individuare e assicurare le prestazioni essenziali in questo settore, le procedure preventive e le misure sanzionatorie applicabili in caso di inosservanza.
- (454) Delibera 24 ottobre 1996 n. 13, *RIDL*, 1997, II, p. 657, con nota di A. Niccolai, *«Sciopero» degli avvocati e altre questioni sull'apparato sanzionatorio in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali*.
- (455) V. in proposito M. Miscione, *Lo «sciopero» di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori*, in *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 444, pp. 139-166; C. Ponari, *Le manifestazioni conflittuali del lavoro autonomo*, e M. Mocella, *Le astensioni collettive dei piccoli imprenditori*, entrambi ne *Le regole dello sciopero*, cit. nella nota 448, risp. pp. 25-49 e 51-61; A. Pilati, *Il conflitto collettivo nell'area del lavoro autonomo*, ne *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, a cura di P. Pascucci, Milano, 2000, pp. 64-87; M.T. Carinci, *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2-bis, legge n. 146 del 1990, ADL*, 2001, pp. 931-980. In riferimento allo «sciopero» degli avvocati e a quello dei piccoli esercenti, v. anche § 421 e ivi note 369-372. Prima della riforma del 2000 era stato sottolineato a questo proposito il limite della legge n. 146/1990, come «legge prevalentemente calata in questo secolo, nel secolo del lavoro subordinato»: P. Pascucci, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, cit. nella nota 446, p. 36; sulla regolamentazione dello sciopero dei lavoratori autonomi e, in particolare, degli avvocati, v. anche ivi, pp. 181-188.
- (456) Allo sciopero politico — escluso solo quello proclamato «in difesa dell'ordine costituzionale» (v. *infra* in questo paragrafo) — si applica invece la regola del preavviso: v. C. cost. 10 giugno 1993 n. 276, *RIDL*, 1993, II, p. 635, con nota adesiva di G. Pera, *Sciopero politico e preavviso*.
- (457) V. in proposito A. Allamprese, *Le procedure di raffreddamento e di conciliazione*, ne *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di L. Menghini, M. Miscione e A. Vallebona, cit. nella nota 444, pp. 17-26; E. Ales, *Le procedure*, cit. nella nota 448, pp. 1-23.
- (458) Con una delibera del 1° giugno 2000 la Commissione ha precisato che «qualora l'incontro conciliativo delle parti non sia intervenuto nei cinque giorni lavorativi successivi alla comunicazione della richiesta dell'organizzazione sindacale, la Commissione riterrà adempiuto l'obbligo dell'organizzazione sindacale di far precedere alla proclamazione dello sciopero l'esperimento delle procedure di raffreddamento e conciliazione, e pertanto legittima — sotto tale profilo — la proclamazione dello sciopero medesimo».
- (459) Sulla regola del preavviso v. M.V. Ballestrero (U. Romagnoli), *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 443, pp. 157-166. Per un caso nel quale è stata ritenuta l'illegittimità dello sciopero proclamato «con indicazione generica della sua collocazione temporale in determinate giornate, ma senza indicazione della sua precisa durata e distribuzione nell'arco delle giornate stesse», v. P. Torino 17 aprile 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 94, con nota di M. Caro, *Sul contenuto necessario del preavviso di sciopero nei servizi pubblici*; nello stesso senso P. Palermo 28 marzo 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 43, con nota di C. Corsinovi, *Illegittimità dello sciopero nei servizi pubblici essenziali e responsabilità risarcitoria degli scioperanti*.
- (460) V. in proposito E. Brida, *Il circuito delle informazioni*, ne *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di L. Menghini, M. Miscione e A. Vallebona, cit. nella nota 444, pp. 125-137.
- (461) P. Tempio Pausania 8 maggio 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 691, con nota sostanzialmente adesiva di C. Corsinovi, *Condotta antisindacale e sciopero nei servizi pubblici essenziali*. La sentenza è motivata essenzialmente sulla base dell'osservazione che nel caso specifico il datore di lavoro era interessato a conoscere preventivamente il numero dei lavoratori che avrebbero aderito allo sciopero non in funzione della predisposizione dei servizi indispensabili, che erano comunque garantiti, ma in funzione della possibilità di meglio organizzare servizi ulteriori rispetto a quelli garantiti come indispensabili. Né la sentenza, né il commento, però, spiegano perché dovrebbe darsi la prevalenza all'interesse dei lavoratori a mantenere il riserbo sulla propria adesione o no allo sciopero (non tutelato espressamente da alcuna norma), rispetto all'interesse degli utenti a conoscere preventivamente con precisione gli effetti dello sciopero sulla funzionalità del servizio (espressamente tutelato dall'art. 2 della legge). Nello stesso senso della sentenza testé citata v., *oltr'Alpe*, A. Grenoble 29 aprile 2002, *DO*, 2002, p. 544.
- (462) V. in proposito R. Nunin, *La revoca spontanea dello sciopero*, ne *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di L. Menghini, M. Miscione e A. Vallebona, cit. nella nota 444, pp. 73-88.
- (463) V. in proposito C. Pisani, *Prestazioni indispensabili e misure di contenimento*, ne *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di L. Menghini, M. Miscione e A. Vallebona, cit. nella nota 444, pp. 27-42.
- (464) Per il settore aereo il lasso minimo di tempo che deve intercorrere tra uno sciopero e la proclamazione dello sciopero successivo da parte di qualsiasi associazione sindacale, nell'ambito dello stesso bacino di utenza, è stato fissato dalla Commissione di Garanzia, in difetto di determinazione pattizia, in dieci giorni (art. 16 della delibera 19 luglio 2001, n. 92); sommato ai dieci giorni di preavviso minimo obbligatorio, esso produce un periodo di tregua garantita assai breve. Per il settore dei controllori di volo, che negli ultimi anni si era contraddistinto per una particolare frequenza degli scioperi, è stato imposto un periodo di inibizione minimo di venti giorni tra gli scioperi proclamati da qualsiasi associazione sindacale dello stesso settore (art. 17).
- (465) Sul nuovo rapporto tra autonomia collettiva e intervento della Commissione di Garanzia in questa materia, dopo la riforma del 2000, v. E. Brida, *Il procedimento di determinazione delle regole*, in *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 444, pp. 93-107.
- (466) Sulla natura e il ruolo della Commissione v. l'ampia trattazione di A. Raffi, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di Garanzia*, Milano, 2001, partic. pp. 1-49. Ivi, pp. 97-205, anche una analisi sistematica della giurisprudenza della Commissione. Inoltre gli scritti di M. Ricci, *La Commissione di Garanzia: profili generali*, e M. D'Onghia, *I poteri della Commissione di Garanzia*, entrambi in *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 444, risp. pp. 227-254 e 255-298; e gli scritti di M. D'Aponte, *Le autorità indipendenti e la Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero*, e G. Pino, *I poteri della Commissione di Garanzia*, entrambi ne *Le regole dello sciopero*, cit. nella nota 448, risp. pp. 79-103 e 105-145.
- (467) V. in proposito L. Cacciapaglia, *I compiti della Commissione di Garanzia*, ne *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di L. Menghini, M. Miscione e A. Vallebona, cit. nella nota 444, pp. 11-16. Sulla funzione consultiva attribuita dalla norma alle associazioni dei consumatori e/o utenti v. C. Ogriseg, *Il ruolo delle associazioni degli utenti*, ivi, pp. 139-145.

- (468) Sulle nuove funzioni attribuite alla Commissione dalla legge n. 83/2000 v. A.M. Perrino, *Delibere precettive e sanzionatorie della Commissione di Garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero e tutela giurisdizionale*, RDC, 2001, pp. 643-683; G. Ghezzi, *Sul ruolo istituzionale della Commissione di Garanzia*, RGL, 2002, I, pp. 363-370. Le disposizioni sopra citate tra virgolette, così come quelle citate nel capoverso seguente, sono tutte tratte dall'art. 13, 1° c., lett. a, nel testo novellato dalla legge n. 83/2000: un testo di circa cinquecento parole, non articolato in commi, nel quale è pertanto particolarmente difficile individuare le singole disposizioni che di volta in volta interessano. Non è dato sapere che cosa abbia indotto il legislatore del 2000 a introdurre nella legge n. 146/1990 testi normativi così lunghi, non debitamente articolati per agevolare l'opera dell'interprete e la leggibilità della legge da parte del cittadino. Ulteriore aspetto della cattiva qualità del testo legislativo in esame è ravvisabile nel fatto che l'emanazione da parte della Commissione di Garanzia della regolamentazione provvisoria, in caso di inerzia delle parti obbligate, è disposta anche dalla penultima proposizione dell'ipertrofico secondo comma dell'art. 2, la quale peraltro non aggiunge nulla a quanto disposto a questo proposito nell'art. 13, 1° c., lett. a.
- (469) In giurisprudenza, prima della riforma del 2000, nel senso dell'obbligo per tutte le parti di adeguare il proprio comportamento alla «proposta» della Commissione, fino al raggiungimento di un accordo idoneo, Cass. 20 marzo 1999 n. 2625, OGL, 1999, p. 332; RIDL, 2000, II, p. 416, con nota di C. Corsinovi, *La Cassazione rilegge l'assetto delle fonti regolative dello sciopero nei s.p.e.*; per la giurisprudenza di merito v. T. Milano 29 dicembre 1995, OGL, 1996, p. 50, con nota di L. Castelvetro. Nel senso, invece, del carattere non vincolante della proposta della Commissione, secondo la normativa previgente, v. Cass. 15 marzo 2001 n. 3785, RGL, 2001, II, p. 121, con nota di A. Lepore, *La proposta della Commissione di Garanzia quale provvisoria regolamentazione*; per la giurisprudenza di merito, tra numerose altre, P. Alessandria 4 giugno 1991, RIDL, 1992, II, p. 344, con nota di P. Pascucci, *Determinazione unilaterale delle regole sullo sciopero e servizi pubblici «strumentali»*; in dottrina, nello stesso senso, T. Treu (A. Garilli, P. Pascucci, M. Roccella), *Sciopero e servizi essenziali*, Padova, 1991, pp. 33-35; G. Santoro Passarelli, ne *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990 n. 146*, cit. nella nota 451, pp. 35-38 e 183-184. Addirittura nel senso della illegittimità — e qualificabilità — in termini di comportamento antisindacale — di una «comandata» di lavoratori disposta dal datore in conformità con le indicazioni emanate dalla Commissione, v. P. Bologna 3 aprile 1993, RIDL, 1994, II, p. 67, con nota di G. Conte, *Potere datoriale di comandare in servizio i lavoratori scioperanti e parere della Commissione di garanzia* (ma la stessa Pretura si è poi pronunciata in senso contrario con la sentenza 7 novembre 1995, ivi, 1996, II, p. 283, con nota di G. Pera, *Sciopero ferroviario e comandata disposta unilateralmente dall'impresa*, dove l'A. rilevava la lacuna nella disciplina legislativa della materia).
- (470) V. in proposito, anche per i rapporti tra questa norma e l'art. 21 St. lav., C. Corbo, *Il referendum*, in *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 444, pp. 299-317; G. Ghezzi, *Sul ruolo istituzionale della Commissione di Garanzia*, cit. nella nota 468, pp. 368-369.
- (471) C. cost. 24 febbraio 1995 n. 57 (RIDL, 1995, II, p. 738, con nota di C. Corsinovi, *La razionalizzazione dell'assetto sanzionatorio configurato dalla l. n. 146 del 1990 a carico del sindacato*) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, 1° c., lett. c (nel testo precedente alla novella del 2000) nella parte in cui la disposizione non prevedeva che la segnalazione della Commissione fosse effettuata anche come adempimento preventivo in funzione dell'irrogazione delle sanzioni di cui all'art. 4, 2° c. (§ 434).
- (472) V. in proposito A. Vallebona, *Le sanzioni*, ne *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di L. Menghini, M. Miscione e A. Vallebona, cit. nella nota 444, pp. 107-123; A.-M. Perrino, *Delibere precettive e sanzionatorie ecc.*, cit. nella nota 468; A. Raffi, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di Garanzia*, cit. nella nota 466, pp. 207-249; P. Pascucci, *Le sanzioni*, ne *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, cit. nella nota 444, pp. 92-130; Id., *Gli orientamenti della Commissione di Garanzia su due punti critici della legge n. 83 del 2000: le sanzioni disciplinari e le procedure preventive*, ADL, 2002, pp. 329-374; R. Pessi, *Il regime sanzionatorio nella legge sullo sciopero nei s.p.e. dopo la novella n. 83/2000*, MGL, 2001, pp. 1064-1069; F. Santoni, *Lo sciopero*, cit. nella nota 337, pp. 138-154; A. Giuffrè, *L'apparato sanzionatorio*, in *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 444, pp. 167-208. Sul regime precedente alla riforma del 2000 v. R. Romei, ne *Lo sciopero nei servizi essenziali*, cit. nella nota 451, pp. 48-75; P. Pascucci (A. Garilli, M. Roccella, T. Treu), *Sciopero e servizi essenziali*, cit. nella nota 469, pp. 96-161; Id., *Tecniche regolative ecc.*, cit. nella nota 446, pp. 229-267; U. Romagnoli (M.V. Ballestrero), *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 443, pp. 180-213.
- (473) F. Santoni, *Il potere sanzionatorio dei datori di lavoro nella legge 146/90: limiti applicativi e prospettive di riforma*, MGL, 1999, pp. 1008-1021, in riferimento al contesto normativo precedente alla riforma del 2000, nel quale la tesi contraria era stata sostenuta da R. Romei, *Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero*, cit. nella nota 362, spec. pp. 223-232.
- (474) Sull'applicabilità della sanzione della sospensione dalla riscossione dei contributi mediante trattenute sulle retribuzioni anche dopo il referendum del 1995 che aveva abrogato l'art. 26 St. lav., la riscossione mediante trattenute sia prevista da un contratto collettivo applicabile, v. la delibera della Commissione di Garanzia 17 aprile 1997 n. 271, RIDL, 1997, II, p. 657, con nota di A. Nicolai.
- (475) C. cost. 24 febbraio 1995 n. 57, cit. nella nota 471, e delibere della Commissione 10 aprile 1997 n. 267 e 8 maggio 1997 n. 325, entrambe in RIDL, 1997, II, pp. 657 e 658, con nota di A. Nicolai. V. in proposito anche le opinioni contrastanti espresse da R. Romei e F. Santoni nei rispettivi scritti cit. nella nota 473.
- (476) Sulla quale si era pronunciata C. cost. 24 febbraio 1995 n. 57, cit. nella nota 471.
- (477) V. in questo senso C. cost. 8 luglio 1992 n. 317, RIDL, 1993, II, p. 43, con nota di C. Corsinovi, cit. nella nota 459. In dottrina v. sul punto U. Romagnoli (M.V. Ballestrero), *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 443, pp. 213-214.
- (478) Parla in proposito di «precettazione democratica», in contrapposizione all'istituto previgente della «precettazione corporativa», Cass. 15 marzo 2001 n. 3785, cit. nella nota 469. Sulla riforma della precettazione contenuta nella legge n. 146/1990 v. A. Zoppoli, ne *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990 n. 146*, cit. nella nota 451, pp. 104-132; M. Roccella (A. Garilli, P. Pascucci, T. Treu), *Sciopero e servizi essenziali*, cit. nella nota 469, pp. 81-96; U. Romagnoli (M.V. Ballestrero), *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero ecc.*, cit. nella nota 443, pp. 232-243. Sulla ulteriore riforma del 2000 v. V. Fili, *La precettazione*, ne *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di L. Menghini, M. Miscione e A. Vallebona, cit. nella nota 444, pp. 89-105; S. Nappi, *La precettazione*, ne *Le regole dello sciopero*, cit. nella nota 448, pp. 147-175; G. Orlandini, *Il procedimento di precettazione*, ne *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, cit. nella nota 444, pp. 158-189; M. D'Onghia, *L'ordinanza di precettazione tra vecchio e nuovo: un ritorno al passato?*, in *Sciopero e servizi pubblici essenziali*, cit. nella nota 444, pp. 319-364; A. Perulli, *Profili interpretativi della precettazione rivisitata*, RGL, 2002, I, pp. 589-612.
- (479) Nel senso che la richiesta di emanazione dell'ordinanza di precettazione rivolta dal datore di lavoro all'autorità amministrativa non costituisce di per sé comportamento antisindacale, v. P. Ferrara 13 agosto 1990, RIDL, 1991, II, p. 10, con nota di V.A. Poso, *Una prima applicazione della nuova legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*; ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.
- (480) Cfr. T.A.R. Emilia Romagna 18 aprile 1991, RIDL, 1992, II, p. 52, con nota di P. Pascucci, *La «nuova» precettazione al primo esame dei giudici amministrativi*.
- (481) Cfr. T.A.R. Emilia Romagna 18 aprile 1991, cit. nella nota prec.
- (482) Cfr. T.A.R. Emilia Romagna 18 aprile 1991, cit. nella nota 480.
- (483) V. in proposito E. De Carlo, *Impugnazione dell'ordinanza di precettazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, nota a T.A.R. Lazio 15 settembre 1999 n. 2784, n. 2785, n. 2786, n. 2787, RGL, 2001, II, pp. 187 ss.
- (484) In senso affermativo v. Cass. 4 maggio 1998 n. 4420, GC, 1998, I, p. 1847, e MGL, 1998, p. 747, con nota di A. Vallebona, *Inosservanza della precettazione e procedimento per la sanzione amministrativa*; Cass. 6 maggio 1998 n. 4559, NGL, 1998, p. 538. In senso negativo v. invece Cass. 22 giugno 1998 n. 6190, RIDL, 1999, II, p. 478, con nota di G. De Fazio, *Brevi osservazioni sull'art. 9 della legge n. 146/1990 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*.
- (485) V. in proposito E. Gianfrancesco, *Servizi pubblici essenziali e sciopero virtuale: la prospettiva costituzionale*, in *Newsletter*, organo della Commissione di Garanzia, n. 1, luglio 2001, pp. 33-36; G. Prosperetti, *L'evoluzione dello sciopero virtuale nei servizi pubblici essenziali*, nella *Relazione sull'attività della Commissione 1° ottobre 2001-31 luglio 2002*, cit. nella nota 445, pp. 56-60.

(486) In questo senso v. le conclusioni di E. Gianfrancesco, *op. cit.* nella nota prec.

(487) Quando, particolarmente nel settore agricolo, i lavoratori venivano ingaggiati «a giornata», questo tipo giuridico di serrata poteva manifestarsi anche nel rifiuto da parte dell'agrario della stipulazione dei contratti giornalieri.

(488) Sui motivi di questo silenzio — riconducibili essenzialmente alla disparità di potere economico tra le parti sociali in conflitto e al configurarsi storico della serrata essenzialmente come strumento di ritorsione contro le azioni di lotta dei lavoratori, legittimo entro certi limiti ma non meritevole di tutela costituzionale — v. l'intervento all'Assemblea Costituente del presidente della terza Sottocommissione Ghidini nella seduta pomeridiana del 12 maggio 1947, *Atti*, vol. II, p. 1645.

(489) Nella sentenza 2 luglio 1958 n. 47 (*GC*, 1958, I, p. 572) la Corte costituzionale, nel motivare la reiezione di una questione di costituzionalità sollevata sull'art. 506 c.p., in materia di serrata attuata da piccoli esercenti «con lo scopo di costringere l'autorità a dare un provvedimento», accenna alla possibilità, invece, di «argomentare sulla liceità della serrata fatta al fine di risolvere con essa contrasti relativi al rapporto di lavoro». Per ciò che riguarda l'art. 506 c.p., abbiamo visto a suo luogo (§ 421 e ivi nota 369) come in un secondo tempo C. cost. 17 luglio 1975 n. 222 abbia dichiarato l'illegittimità dell'art. 506 c.p., nella parte in cui esso puniva l'astensione dal lavoro dei piccoli imprenditori esercenti attività industriale o commerciale, senza lavoratori dipendenti, considerando però questa fattispecie assimilabile più allo sciopero che alla serrata.

(490) Rispondeva positivamente a questo interrogativo, sostenendo quindi la perdurante illiceità penale della serrata, C. Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro* (1958), cit. nella nota 354, pp. 238-240.

(491) Cfr. sul punto G. Pera, *Serrata e diritto di sciopero*, cit. nella nota 387: «sussiste una garanzia costituzionale di non incriminabilità della serrata» che «probabilmente ... abbraccia tutte le forme di serrata poste in essere per incidere nella regolamentazione dei rapporti di lavoro», pur «con una inevitabile connotazione di illiceità sul piano del contratto che ne annulla ... il valore effettivo» (p. 78); «se al fondo c'è la logica dei rapporti di forza tra potentati contrapposti, è vieppiù giustificabile che alla forza risponda la forza, pur giuridicamente spuntata» (p. 79).

(492) C. cost. 4 maggio 1960 n. 29, cit. nella nota 375. Si osservi come la dichiarazione di incostituzionalità anche del secondo comma dell'art. 502 c.p., contenente il divieto penalmente sanzionato dello sciopero, sia avvenuta soltanto per connessione, a norma dell'art. 27 della legge n. 87/1953, essendo stato il procedimento promosso sulla base di una censura di incostituzionalità mossa contro il primo comma.

(493) V. per tutti L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, III, cit. nella nota 343, pp. 395-398.

(494) La Corte costituzionale ribadirà poi questa affermazione nella sentenza 15 dicembre 1967 n. 141 (*GC*, 1967, p. 1671), in riferimento all'art. 505 c.p.: «la serrata posta in essere nell'ambito del rapporto di lavoro e per influire sulla disciplina di esso è penalmente lecita», anche se, sul piano civile, collide con la responsabilità contrattuale dell'imprenditore; onde il divieto penale della *serrata di protesta* resta costituzionalmente legittimo solo in quanto lo si interpreti nel senso di escludere dal suo campo di applicazione «la serrata attuata per protesta contro fatti che a quel rapporto si riferiscano».

(495) Questo riferimento normativo è curiosamente trascurato in tutte le trattazioni in materia di serrata: v. per tutte la più recente, di S. Vergari, *La serrata*, in *Diritto del lavoro. Commentario* dir. da F. Carinci, *Le fonti. Il diritto sindacale*, cur. da C. Zoli, Torino, 1998, pp. 612-619.

(496) V. in questo senso, in particolare, Cass. 11 maggio 1982 n. 2934, cit. nella nota 390.

(497) Sul licenziamento, individuale o collettivo, per chiusura dell'azienda v. anche § 516, lett. l.

(498) Cfr. sul punto P. Pascucci, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, cit. nella nota 446, pp. 101-105.