



SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE
TULLIO ASCARELLI

XIV° CICLO IN DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA

AREA DIRITTO DEL LAVORO

La corrispettività nelle vicende sospensive della prestazione di lavoro

Carmen Amato

Tutor: Prof. Giampiero Proia

*A mia nonna Maria,
che con il suo esserci comunque mi ha portato fin qui.*

INDICE

	Pag.
Presentazione: Il sovraccarico politico-ideologico e i diversi contenuti della corrispettività nel contratto di lavoro	6

Capitolo Primo: Il concetto di corrispettività tra diritto civile e diritto del lavoro.

Parte Prima: *La corrispettività nel diritto civile: problemi di adattabilità.*

1.1.1 Il sinallagma e la corrispettività nel diritto civile	14
---	----

1.2.1 I rimedi sinallagmatici e l'impossibilità di riferirli al contratto di lavoro: a) dalla cessione del contratto al trasferimento d'azienda e sull'inapplicabilità dell'azione generale di rescissione per lesione; b) dalla risoluzione per eccessiva onerosità al licenziamento per giustificato motivo oggettivo; c) dalla risoluzione per impossibilità sopravvenuta datoriale alla *mora credendi*; d) dalla risoluzione per impossibilità sopravvenuta del lavoratore alle ipotesi sospensive; e) dalla risoluzione per inadempimento al recesso ex *lege* n. 604/66 e dalle eccezioni di inadempimento all'impossibilità di loro applicazione in caso di sciopero

17

Parte seconda: *L'ingresso e l'evoluzione del concetto di corrispettività nel diritto del lavoro.*

1.2.1 La tesi "classica" di Barassi	42
1.2.2 La tesi "derogatoria" dei primi anni '80	51
1.2.3 La tesi "neoclassica" degli anni '90	60
1.2.4 La tesi "classico - flessibile" della seconda metà del 2000	70
1.2.5 La tesi dottrinale e giurisprudenziale della "corrispettività allargata"	81
1.2.6 Corrispettività o proporzionalità nel contratto di lavoro?	88

Capitolo Secondo: La corrispettività al vaglio delle vicende sospensive.

Parte Prima: *Le sospensioni "classiche" e la categoria giuridica dell'impossibilità sopravvenuta.*

2.1.1 La malattia, l'infortunio e relativi sviluppi	93
---	----

2.1.2 La gravidanza ed il puerperio	109
2.1.3 Il servizio militare	119
Parte Seconda: Le sospensioni “statutarie” e la categoria giuridica dell’inesigibilità.	
2.2.1 I permessi studio per lavoratori studenti	122
2.2.2 Le assemblee	129
2.2.3 I permessi per l’espletamento di cariche sindacali e di funzioni pubbliche elettive	133
2.2.4 Le fattispecie “pre-statutarie” dei permessi per motivi elettorali, del congedo matrimoniale e delle ferie e festività	139
Parte Terza: Le sospensioni “potestative” e l’assenza di una categoria giuridica giustificatrice.	
2.3.1 I congedi di maternità, paternità e parentali	150
2.3.2 I permessi per l’assistenza al figlio con handicap grave	162
2.3.3 I congedi per eventi e cause particolari	168
2.3.4 I congedi per la formazione	172
2.3.5 I riposi giornalieri per donatori di sangue e di midollo osseo	175
Capitolo Terzo: Le vicende sospensive nelle prestazioni di lavoro altamente flessibili.	
Parte Prima: Il contesto storico-normativo di riferimento.	
3.1.1 Il rapporto <i>Supiot</i> e la rinnovata centralità della persona-lavoratore	177
3.1.2 La manipolazione del termine “libertà” divenuto “flessibilità”	186
3.1.3 Dalla flexicurity alla flessibilità senza sicurezza	194
Parte seconda: La difficoltà di sospensioni di prestazioni altamente flessibili.	
3.2.1 Le vicende sospensive nello job sharing	201
3.2.2.(Segue) ...nel lavoro accessorio...	207
3.2.3 (Segue) ... e nel lavoro intermittente o a chiamata	211
Conclusioni	217
Bibliografia	228

*“Nel regno dei fini tutto ha un prezzo o una dignità.
Il posto di ciò che ha un prezzo può essere preso da
qualcos’altro di equivalente; al contrario, ciò che è
superiore ad ogni prezzo, e non ammette nulla di
equivalente, ha una dignità”.*

(I. Kant)

Presentazione: *Il sovraccarico politico-ideologico e i diversi contenuti della corresponsività nel contratto di lavoro.*

Tutte le branche del diritto prestano, chi più chi meno, il fianco alla politica. Come evidenziato da un noto autore¹, sarebbe vera ipocrisia negare quell'ovvietà, peraltro già messa in luce dai primi teorici del diritto², per cui quando si crea o si interpreta una norma lo si fa anche e soprattutto alla luce delle idee di "appartenenza"³.

Le ideologie politiche si riflettono inevitabilmente nelle costruzioni dottrinali dell'interprete, dirà uno dei "padri costituenti"⁴.

Il diritto del lavoro, però, è stato particolarmente "martoriato" in tal senso, dalle sue origini fino ad oggi.

La prima grossa operazione politica compiuta a suo danno è stata messa in atto paradossalmente quando esso neppure esisteva e manipolando proprio il concetto civilistico di corresponsività. Ed infatti, come meglio si avrà modo di approfondire nel prosieguo, approfittando del vuoto normativo del codice civile del 1865 che non disciplinava il lavoro subordinato⁵, limitandosi a distinguere, in maniera, peraltro, scarsamente esauriente, fra la "locatio operis" e la "locatio operarum", un giurista esperto quale il Lodovico Barassi è riuscito negli anni a cavallo fra i '20 e di '30 a stravolgere "ab origine" un diritto che per sua natura doveva guardare alla società, ed essere in tal senso "sociale"⁶, per farne l'"ancella" del diritto civile.

¹ Ci si riferisce a U. Romagnoli, "La costituzione delegittimata", in AA.VV. "Studi in onore di Giorgio Ghezzi". Milano, Cedam, 2005.

² Fra cui il Tarello, *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete*, in *ID Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974.

³ In maniera molto efficace il prof. Romagnoli nella nota n. 14 contenuta alla pag. 1517 del saggio sopra citato afferma che il giurista non può occultare le proprie opzioni di fondo perché non è un "paragonabile ad un tecnico. Ad un idraulico, per esempio" ma è un "politico del diritto, come Giugni non si stanca di dire".

⁴ Il riferimento è a Mortati, "Problemi di politica costituzionale", in *Problemi di politica costituzionale. Raccolta di scritti*, IV, Milano, 1972. p. 187 e ss.

⁵ Che tale codice fosse per lo più indifferente al fenomeno del lavoro subordinato appare dato certo ed acquisito dalla maggioranza della dottrina. Lo stesso Romagnoli in *op.cit.*, pag. 1513, considera il codice civile ottocentesco come "un codice che elegge ad eroe il proprietario terriero e non l'imprenditore; un codice dell'avere e non del fare che richiede un esteso impiego di manodopera salariata; un codice le cui molte e vistose lacune in materia di lavoro non potevano essere colmate se non utilizzando materiali di riporto".

⁶ Che il lavoro rappresenti per sua natura un fondamentale "punto di orientamento per una visione complessiva degli interessi della vita associata e, quindi, uno strumento cardine per la formazione di un nuovo senso di solidarietà sociale" è dato su cui in molti sono convenuti e fra i primi il Mortati a cui appartengono le espressioni sopra riportate fra virgolette e tratte da Vardaro, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1989, p. 41.

L'intento appare a chi scrive piuttosto chiaro: evitare l'emersione e, quindi, contribuire all'ulteriore compressione di quel senso di solidarietà sociale che, specie in epoca pre – costituzionale, era già scarsamente diffuso data la netta divisione “ di classe” fra nobili e/o appartenenti all'alta borghesia da un lato e massa lavoratrice dall'altro.

Così si è voluto che il rapporto di lavoro si riducesse a nient'altro se non uno scambio, oneroso e bilaterale, fra quantità e qualità di lavoro prestato *versus* retribuzione. Scambio “puro”, comportante l'assenza di retribuzione ogniqualvolta fosse venuta a mancare per qualsiasi ragione la prestazione lavorativa⁷. Il che è stato, poi, abilmente tradotto sul piano giuridico dal Barassi in “sinallagma” o “corrispettività”, cosiddetta “biunivoca”, del contratto di lavoro “fonte” del relativo rapporto.

Ora, a rendere evidente la natura più politica che giuridica di una simile operazione vi sono almeno due circostanze di base. In primo luogo, nel diritto civile il sinallagma è qualcosa in più di un mero scambio monetario, corrispondendo, infatti, ad un legame, o meglio ad un'interdipendenza fra obbligazioni, e, dunque, fra adempimenti non scindibile, tanto che si insinua il dubbio che Barassi parlava di corrispettività per intendere proporzionalità⁸. In secondo luogo, non appare, poi, come un dettaglio trascurabile il fatto che il sinallagma si va ad inserire, fino a caratterizzarlo, in un contratto, quale quello di diritto comune, che si presuppone stipulato in maniera volontaria fra soggetti liberi ed in condizioni di parità⁹. Tutto ciò, a meno di non voler forzare la mano, sarebbe ontologicamente non recepibile all'interno di un “contratto – fonte” di un rapporto intrinsecamente squilibrato fra un datore ed un

⁷ Come meglio si avrà modo di approfondire più avanti il Barassi ha abbracciato la tesi della corrispettività “pura” in tutti i suoi possibili corollari e dunque ha più volte affermato che come accade in qualsiasi altro contratto sinallagmatico di diritto comune ove al venir meno di un adempimento cade anche l'altro, così anche nel contratto di lavoro se viene meno l'adempimento del lavoratore all'esecuzione della prestazione, viene meno anche l'adempimento datoriale all'obbligazione retributiva. Si veda in tal senso L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milano, 1901.

⁸ Tale dubbio, in qualche maniera, ha già riguardato un illustre esperto in diritto civile quale il Di Majo che non condivide affatto l'operazione, compiuta dal Barassi, di attribuzione al “diritto comune dei contratti” di una regola che proprio non gli appartiene quale quella della corrispettività intesa come “corrispondenza biunivoca” fra retribuzione e lavoro effettivamente svolto. Ed infatti, secondo Di Majo, se il contratto individuale di lavoro subordinato fosse realmente un contratto corrispettivo al pari degli altri, avremmo che il datore di lavoro dovrebbe adempiere all'obbligazione retributiva ogniqualvolta ciò gli viene richiesto e non, invece, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro ottenuto. Così Di Majo, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1974, I, p. 265 e ss.

⁹ Riprendendo le parole di Romagnoli “dal momento che il diritto civile è tutt'uno con la nozione di contratto fra soggetti liberi ed uguali ereditata dall'ideologia liberale della codificazione ottocentesca, come si può condividere la granitica convinzione che il diritto del lavoro è fondamentalmente diritto civile?”, in *op.cit.*, p.1516.

prestatore di lavoro e dove lo spazio lasciato all'autonomia, alla libertà ed alla volontarietà, specie del secondo, appare davvero esiguo¹⁰.

Ma la scelta politica viene fuori in maniera molto più evidente dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

Rileggendo la stessa, anche in parallelo con le varie relazioni illustrative e gli scritti di taluni suoi illustri padri ed *in primis* del Mortati¹¹, appare evidente che i costituenti avevano un disegno ben preciso, ovverosia spostare l'asse e ricondurre il lavoro nell'ambito che più gli era congeniale: il diritto costituzionale¹².

Non a caso, dunque, la Repubblica è stata fondata proprio sul lavoro¹³ e vari articoli della Costituzione sono legati gli uni agli altri dal "lavoro" che diventa una sorta di "file rouge"¹⁴.

Si pensi, ad esempio, al rapporto di genere a specie sussistente fra gli artt. 3, 2° comma e 36, 1° comma, della Cost¹⁵.

Il primo, infatti, nel sancire il principio fondamentale dell'eguaglianza sostanziale, parla di *ostacoli di ordine economico e sociale* da rimuovere in quanto "limitando di fatto *la libertà* e l'eguaglianza dei *cittadini*" non consentono l'"effettiva partecipazione di *tutti i lavoratori* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Il secondo individua tali "*ostacoli*

¹⁰ Ed in effetti non riconoscere o meglio tentare di celare, quasi ad ogni costo, le anomalie di un rapporto per sua natura "squilibrato" equivale, per il celebre civilista Scognamiglio, a non far "camminare verso la libertà" un diritto quale quello del lavoro "fatto di un'attitudine antiformalista, antilegalista ed antidogmatica"; come riportato da Romagnoli, in *op.cit.*, p.1516.

¹¹ Il riferimento è a Mortati, *Il lavoro nella costituzione*, in *Problemi di politica costituzionale. Raccolta di scritti*, IV, Milano, 1972.

¹² Il Mortati volle così profondamente riportare il lavoro nell'ambito del diritto pubblico che, dopo aver dato un tale *imprinting* alla Carta Costituzionale, alla cui stesura egli partecipò personalmente in qualità di deputato dell'Assemblea costituente eletto nelle liste della DC come tecnico-indipendente, continuò ancor dopo il '48 e, specificatamente, negli anni compresi tra il '53 ed il '54 ad elaborare una sorta di inventario molto minuzioso inerente alle risorse di cui poteva, a suo avviso, disporre il "diritto del lavoro post-costituzionale". Così Romagnoli, in *op.cit.*, pag. 1530.

¹³ Si noti, peraltro, che, come messo in evidenza da larga parte della dottrina, solo per pochi voti non passò la dicitura per cui la Repubblica italiana era dei "lavoratori".

¹⁴ Un richiamo esplicito al lavoro è significativamente contenuto proprio nei primi 4 articoli della Costituzione che si ritrovano esplicitati in molte altre norme costituzionali come, ad esempio, gli artt. 35,36,37,38, 39 e 40.

¹⁵ Sulla centralità attribuita dai padri costituenti all'articolo 3, 2° comma, della Costituzione, letto in combinato disposto con l'art. 36 Cost., si esprime, come riportato dal Romagnoli in *op.cit.* p. 1529, il Lelio Basso che in più occasioni pubbliche affermerà: "la ragione per cui ci tenevo ad inserire nel testo costituzionale una norma come il capoverso dell'art. 3 era proprio questa: che essa smentisce tutte le affermazioni della costituzione che danno per realizzato quello che è ancora da realizzare". Come a dire, e riportando l'espressione di Romagnoli, che: "se la costituzione formale rifiutava il modello di società esistente" quella materiale si spingeva ben oltre a fornire precise indicazioni su come strutturare il "nuovo modello di società".

di ordine economico e sociale” nella mancanza di congrua disponibilità monetaria che può privare non un cittadino qualsiasi bensì “*il cittadino - lavoratore*” - stante la combinazione di parole non a caso utilizzate all’interno dello stesso art. 3, 2° comma, Cost.- della sua libertà e, conseguentemente, allontanarlo dalla vita “*politica, economica e sociale del Paese*”. Così l’art. 36 in esame, pone l’accento su di una retribuzione che deve essere non solo e non tanto proporzionata alla quantità e qualità del lavoro effettivamente svolto, ma soprattutto “*in ogni caso sufficiente ad assicurare al dipendente ed alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa*”.¹⁶

Se, dunque, ancora dopo il ’48, il Barassi ed i suoi “discepoli”¹⁷, incuranti delle evidenti discrasie con il sistema costituzionale, palesemente all’opposto rispetto a quello liberale ottocentesco, hanno persistito nella tesi della “privatizzazione del lavoro” sorretta dall’argomentazione circa la corrispettività “pura” del contratto individuale di lavoro subordinato e sono riusciti ad elevarla a “dogma”, di fatto mai messo in discussione almeno fino agli anni ’70; se, per dirla con i termini del prof. Romagnoli, si è arrivati alla “delegittimazione della costituzione” medesima, ciò può avere solo una spiegazione storico - politica.

Ritenendo i principi costituzionali di libertà e di valorizzazione del “cittadino-lavoratore”, di cui sopra, pericolosi, in quanto potenzialmente in grado di generare un conflitto di classe, Barassi ed i suoi allievi più influenti¹⁸ diffusero, principalmente tramite il canale dell’insegnamento universitario¹⁹, l’idea che, mettendo da parte la Carta Costituzionale²⁰, in fondo nemmeno troppo sentita dalla maggior parte degli italiani²¹, il rapporto di lavoro

¹⁶ Come affermato da illustre dottrina ed il riferimento va principalmente al prof. Zoppoli, da un’attenta lettura dell’art. 36, 1° comma, della Cost. non può non evidenziarsi l’esistenza, accanto ad un’obbligazione retributiva corrispettiva, che paga il lavoro effettivamente realizzato in proporzione alla sua quantità e qualità, di un’obbligazione retributiva solidale che è qualcosa in più del minimo necessario al sostentamento, consistendo, piuttosto, in quella parte di retribuzione da dare, a prescindere da quanto e da come si è lavorato, per permettere al lavoratore di essere libero e di poter, quindi, partecipare attivamente alla vita della società in cui è inserito. Zoppoli, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 273 e ss.

¹⁷ Fra cui si ricorda principalmente il Santoro Passarelli.

¹⁸ Capeggiati dal Santoro Passarelli che ebbe un ruolo chiave.

¹⁹ Non a caso le cattedre di diritto del lavoro furono tutte affidate a professori di diritto privato come, oltre al Barassi stesso, il Santoro Passarelli.

²⁰ La cui inattuazione si è poi vista anche nel congelamento di vari istituti quali l’Alta Corte ed il Csm. Il tutto non senza denunce di taluni costituzionalisti, fra cui principalmente il Mortati, che ammonivano sul rischio di un incremento sempre maggiore del distacco fra il testo della Costituzione e la realtà del Paese quanto più si allungava il periodo di inattuazione medesimo; come riportato da Romagnoli in *op.cit.* p.1532.

²¹ Parla di “analfabetismo costituzionale” e di scarso coinvolgimento popolare rispetto alla nascita della Repubblica ed ancor di più rispetto all’entrata in vigore della Costituzione, Romagnoli in *op.cit.* p. 1521 riassumendo, peraltro, l’analisi storica degli anni ’50 effettuata dallo Scoppola in *La costituzione contesa*, Torino, 1998.

dovesse continuare ad essere disciplinato esclusivamente dal diritto civile, perché esso “è oggi nella sua struttura intima quello che era ieri, quello che era duemila anni orsono”²² ovvero sia una relazione fra privati portatori di interessi contrastanti che solo uno strumento “neutro”, quale il contratto di diritto comune, è in grado di risolvere in maniera pacifica²³. Bisognava, dunque, evitare la conoscenza e l’interiorizzazione nei lavoratori subordinati dei diritti loro riconosciuti dalla Costituzione ed *in primis* del diritto di sciopero visto come una “piaga sociale” o meglio come “un’arma nelle mani di un fanciullo”²⁴. Parimenti appariva indispensabile ridimensionare il possibile ruolo di forme di contrattazione differenti da quella individuale e, principalmente, della contrattazione collettiva nazionale²⁵. Non a caso il Barassi afferma: “questi concordati collettivi non sono altro che limitazioni di concorrenza...che sono a loro volta limitazioni di autonomia, e ciò dispiace agli industriali che vedono eliminata in questi accordi la possibilità di trattare a condizioni differenti dall’ottimo...Ma si vegga anche l’altro lato: questo dovere di fedeltà allo scopo collettivo si spingerà fino a piegare la volontà individuale al volere dei più”²⁶.

Contemporaneamente veniva demonizzato qualsiasi tentativo, scaturente dalla Costituzione, di attrarre il lavoro nella sfera pubblica portando il “cattivo esempio” dell’esperienza realizzata dal regime fascista e facendo leva sulle paure, ancora molto vive in un periodo in cui la democrazia era appena risorta, di un ritorno a regimi totalitari.

La strumentalizzazione di siffatti timori appare evidente almeno sotto due aspetti: 1) il fascismo, dapprima con l’abolizione delle commissioni interne a base elettiva e relativa espulsione del sindacato dai luoghi di lavoro, avvenuta nel 1925 con il cosiddetto “Patto di Palazzo Vidoni”, e poi con la progressiva dissoluzione del diritto del lavoro “trasformato in altro da sé”²⁷, ha finito “con l’essere solo un supporto ideologico all’interno di una struttura di

²² Cfr. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1915, p. 575 e ss.

²³ Tale è la sintesi del pensiero di Santoro Passarelli effettuata da Romagnoli, in *op.cit.*, p. 1524.

²⁴ Entrambe le espressioni sono del Barassi, in *op.cit.*, p. 611 e ss.

²⁵ L’opposizione rispetto a forme di contrattazione collettive nazionali era basata principalmente sul timore che esse, regolando anche le ipotesi sospensive di cui già agli artt. 2110 e 2111 del c.c. ed altre simili fattispecie, potessero togliere spazio proprio alla corrispettività “pura” del contratto individuale di lavoro, per come intesa dal Barassi, ovvero sia allo scambio fine a se stesso di retribuzione *versus* quantità e qualità di lavoro. Sulle analogie con l’attualità, ed in particolare con l’art. 8 del d.l. n. 138/2011 convertito in l. n. 148/2011, ci si soffermerà nelle conclusioni al presente lavoro di ricerca. Appare ora appena il caso di sottolineare che la motivazione usata dal governo in carica nel 2011 per “giustificare” l’enfasi posta su forme di contrattazione di secondo livello, a cui è consentito “in esclusiva” di derogare a leggi oltre che ai contratti collettivi nazionali, risiede paradossalmente sempre nello stesso motivo del Barassi: avere un rapporto di lavoro ridotto ad un mero scambio dove la persona non entra.

²⁶ Cfr. Barassi, in *op. cit.* p.101 e ss.

²⁷ Riprendendo le parole di Romagnoli, in *op.cit.*, p. 1522.

produzione e di scambio saldamente ancorata ai principi della libera iniziativa privata e dell'assoluta autonomia nella gestione delle imprese"²⁸; 2) risulta davvero singolare la critica all'opera "distruttiva" di presunta attrazione del diritto del lavoro nell'ambito pubblico realizzata dal fascismo, mossa da chi fascista lo era stato non tanto per opportunismo ma per convinzione, ovverosia il Barassi. Ed in effetti, come evidenziato da larga parte della dottrina²⁹, ad oggi non residuano dubbi circa il ruolo attivo da egli svolto in qualità di fiduciario del partito fascista (PNF) presso l'Università Cattolica di Milano, tanto che "per lunghi anni esso ha rappresentato il solo canale attraverso il quale passavano le comunicazioni tra il PNF e l'università"³⁰. Di qui a maggior ragione si ha la conferma che il Partito Fascista, che evidentemente non lasciava margini di spazio a quanti volessero dissentire dalle sue ideologie³¹, non solo non ha mai voluto apporre ostacoli alla privatizzazione del lavoro ma al contrario voleva rafforzarla, avvalendosi proprio di giuristi che in essa già credevano fermamente come il Barassi.

Le circostanze appena brevemente descritte sono tutte confermate: a) in necrologi, che sovente ricordano proprio l'impegno politico del Barassi nelle fila del PNF; b) nel carteggio, rinvenuto presso gli archivi dell'Università Cattolica, intercorso fra il Barassi e Padre Gemelli, rettore della medesima università, dal 1923 in poi; c) nella testimonianza, parimenti rinvenuta presso i medesimi archivi universitari, secondo la quale Padre Gemelli nell'ottobre del 1938, in occasione della sollecitazione di un'onorificenza al Barassi, parlò espressamente dell'iscrizione di quest'ultimo al PNF sin dal 19 luglio 1924; d) nel ruolo ad egli pubblicamente assegnato di "membro del Consiglio Superiore dell'Educazione Nazionale", ovverosia dell'organo cui era demandato il governo delle università attraverso l'esercizio di un ampio numero di poteri come: l'approvazione degli statuti e degli ordinamenti universitari, il controllo disciplinare sul personale e la formazione delle commissioni concorsuali.³²

Non pare, dunque, vi sia il bisogno di aggiungere altro materiale per sostenere la tesi dell'avvenuta manipolazione dello stesso concetto di "corrispettività" a fini politici.

²⁸ Così Zagari, *Corporativismo e teoria economia*, in *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di Mazzacane, 2002, p.67.

²⁹ Ed *in primis* dal Ferrante, *Lodovico Barassi e l'Università Cattolica*, in *La nascita del diritto del lavoro. Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, a cura di M. Napoli, Milano, 2003.

³⁰ Così Ferrante, in *op. cit.*

³¹ Tanto che aveva provveduto all'emanazione di un decreto che consentiva la soppressione delle Università la cui attività appariva non in linea con le direttive statali.

³² Cfr. Ferrante, in *op.cit.*, p.80.

Anche dopo la morte del Barassi avvenuta nel '61³³, la corrispettività nel contratto individuale di lavoro subordinato diventa una sorta di “concetto-bandiera” da cui è possibile far discendere, a seconda delle esigenze, “una gamma talmente ampia di significati e di accezioni e con una tale diversità di prospettive”³⁴ che sembra essere divenuta un indumento buono per tutte le stagioni e qualcosa di sempre diverso rispetto alla nozione civilistica³⁵.

Così c'è chi la invoca per non riconoscere tutele al dipendente al di là del mero scambio retribuzione vs. lavoro³⁶; chi, al contrario, la usa per affermare l'introduzione di nuovi criteri sociali o economico-organizzativi di valutazione della prestazione del singolo³⁷; chi ne fa un proclama per evitare costi ritenuti non un corrispettivo del lavoro ma fonti di finanziamento improprie per servizi rivolti alla collettività³⁸; chi, ancora, attraverso di essa chiede il passaggio da un criterio temporale-monetario ad uno “partecipativo” per la definizione della retribuzione³⁹; e chi in un'ottica di “corrispettività dei sacrifici” talvolta nega la legittimità dei cosiddetti “scioperi anomali” talaltra ritiene illegittimo togliere retribuzione allo scioperante in misura maggiore rispetto all'effettiva durata della sua assenza.

Come sottolineato da un noto autore⁴⁰ è vero che qualsiasi categoria giuridica per non risultare anacronistica deve avere una certa “elasticità” intesa come capacità di ampliare il proprio raggio d'azione e di essere sensibile alle evoluzioni sociali ed economiche, a patto che “i suoi confini non si amplino e deformino al punto tale da rendere la categoria stessa indefinita e perciò buona ad un tempo a tutto e a niente”⁴¹.

Per capire, dunque, se ed in che misura entra il concetto civilistico di corrispettività nel contratto individuale di lavoro subordinato, al netto delle pressioni politiche e delle numerose fuorvianti accezioni “guadagnate sul campo” e fin qui viste, è apparso necessario: 1) ripartire

³³ Vedi Ferrante, in *op.cit.*

³⁴ L'espressione è di L. Zoppoli, in *op.cit.*, p.14.

³⁵ Un illustre autore ed il riferimento è al prof. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 26, parla del concetto giuridico di corrispettività nei termini di una “fisarmonica” che invece di guidare le danze “insegue le figure cui i ballerini danno vita”.

³⁶ Oltre al Barassi, si è mosso in tal senso il Santoro Passarelli.

³⁷ Tra gli altri Carinci e Grandi.

³⁸ Tale è la posizione della Confindustria e degli esponenti datoriali.

³⁹ Accogliendo le tesi di Weitzmar fondate sull'assunto che l'unico modo per uscire dalla stagflazione sia quello di agganciare i salari direttamente ed automaticamente agli indici di andamento dell'impresa, buona parte della dottrina fra cui Castiglione, *Produttività, efficienza, qualità*, in In.sind., 1987 e Cerruti, *La qualità nella strategia dell'impresa*, Roma, 1985 ha avanzato la proposta di rendere la retribuzione realmente corrispettiva al lavoro svolto legandola a criteri quali il profitto aziendale per lavoratore o il prezzo per prodotto.

⁴⁰ L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 26.

⁴¹ L. Zoppoli, in *op.cit.*, p.26.

dall'anno zero ovvero sia dalle norme del codice civile sui contratti sinallagmatici; 2) valutare la loro applicabilità al fenomeno del lavoro; 3) guardare a cosa accade nei casi di sospensione della prestazione lavorativa e 4) ricostruire l'evoluzione avvenuta sia rispetto al concetto di corrispettività che rispetto a quello di sospensione.

L'analisi svolta seguendo le suddette "linee guida", ha condotto ad un punto in cui i percorsi evolutivi dei due concetti appena detti sembravano quasi essersi incontrati sulla stessa strada ma, e come meglio si capirà oltre, per l'ennesima volta saranno forzature o meglio "manipolazioni" politiche di concetti giuridici a prendere il sopravvento per arrivare alle attuali forme di lavoro cosiddette "altamente flessibili", quali lo *job sharing*, il lavoro intermittente o a chiamata, il lavoro accessorio, nelle quali paradossalmente scompaiono sia la "corrispettività –proporzionalità" sia le tutele connesse alle fattispecie sospensive.

Capitolo Primo: Il concetto di corrispettività tra diritto civile e diritto del lavoro.

Parte Prima: *La corrispettività nel diritto civile: problemi di adattabilità.*

1.1.1 Il sinallagma e la corrispettività nel diritto civile.

In base alle definizioni contenute in uno dei più noti manuali per l'insegnamento accademico del diritto privato⁴², il sinallagma è: “il *legame reciproco* che in alcuni contratti esiste *tra la prestazione e la controprestazione*. Legame tanto forte da rendere le *obbligazioni stesse interdipendenti*”.

La corrispettività è: “il segno di un rapporto tra prestazione e controprestazione più stretto della semplice coesistenza reciproca”.

I contratti sinallagmatici o a prestazioni corrispettive sono: “quei contratti dai quali, nell'ambito di uno stesso strumento negoziale, sorgono *contemporaneamente* nell'una e nell'altra parte obblighi e diritti *a prestazioni reciproche collegate tra loro da un rapporto di interdipendenza*”.

Volendo schematizzare, le parole chiave sembrerebbero essere, dunque: “interdipendenza” fra obbligazioni e “reciprocità” fra prestazioni.

Il sinallagma, in effetti, pur nella sua unicità vive due momenti: è “genetico” all'atto di stipula del contratto quando sorge proprio un'interdipendenza fra obbligazioni, ed è “funzionale” nella fase esecutiva contrattuale dove prestazione e controprestazione devono essere parimenti garantite, dato il loro reciproco legame.

Detto in altri termini, nel diritto civile un contratto è considerato “corrispettivo” non perché “bilaterale”, in quanto tale caratteristica appartiene a qualsiasi contratto in quanto negozio giuridico⁴³, e neppure perché “oneroso”⁴⁴ ma quando esiste un legame: 1) tra obbligazioni, aventi per contenuto diverse prestazioni collegate tra loro da una medesima giustificazione

⁴² Ci si riferisce ad A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2001, p. 713 e ss.

⁴³ In particolare il Trabucchi, in *op.cit.*, p. 713 sottolinea che: “il contratto, in quanto negozio, è sempre negozio bilaterale o plurilaterale. Contratto, consenso, accordo, sono tutti concetti che richiamano una pluralità di parti... Pertanto, se si vuole ripetere una terminologia tradizionale che distingue i contratti unilaterali dai contratti bilaterali, bisogna intendere bene che si vuole fare una distinzione sempre nell'ambito dei negozi bilaterali; anche i contratti unilaterali sono necessariamente negozi bilaterali. La bilateralità del contratto si riferisce non alla pluralità dei voleri che pongono in essere il negozio, ma agli effetti obbligatori che ne sorgono”.

⁴⁴ Esistono, infatti, contratti definiti da parte della dottrina “bilaterali imperfetti” che restano di fatto unilaterali e non possono divenire corrispettivi anche quando sono a titolo oneroso perché non c'è vera controprestazione: è il caso del deposito e del mandato nonché del mutuo oneroso.

causale⁴⁵; 2) tra prestazioni, che devono essere effettuate simultaneamente⁴⁶ e comunque in maniera tale che l'una rimanga sempre in vita grazie al perdurare dell'altra attraverso il relativo adempimento.

Non a caso, il contratto sinallagmatico va risolto se, nella sua concreta attuazione, una delle due obbligazioni viene a mancare (risoluzione per inadempimento) o non può essere più eseguita (risoluzione per impossibilità sopravvenuta).

Da tutto quanto fin qui detto si desume che entrambe le “tipologie” di sinallagma in esame sono necessarie alla vita del contratto a prestazioni corrispettive, come, d'altra parte, sempre evidenziato dalla dottrina civilistica⁴⁷, in quanto: a) dal sinallagma genetico dipende *la causa del contratto*, sicché se ad un'obbligazione non ne corrisponde altra interdipendente viene meno lo stesso scopo immanente del contratto⁴⁸; b) dal sinallagma funzionale dipende *la causa dell'obbligazione* o dell'attribuzione patrimoniale⁴⁹, nel senso che l'impegno all'adempimento o, come meglio detto da un noto autore⁵⁰, “la possibilità di adempimento” della controprestazione è la causa che ha portato l'altra parte ad obbligarsi alla reciproca prestazione⁵¹.

Non solo, dunque, non esiste alcuna rigida distinzione fra queste due “dimensioni” della corrispettività⁵²- ragion per cui diventa impossibile sostenere che un contratto sia corrispettivo anche se in esso è presente solo il sinallagma genetico e non anche quello funzionale o

⁴⁵ Si noti, peraltro, che come sottolineato da A. Trabucchi, in *op.cit.*, p.171 la causa del contratto non va confusa con lo scopo individuale o “motivo” inteso come l'impulso che induce il soggetto al negozio, essendo, invece, lo scopo immanente del contratto ovvero la sua ragione e funzione economico-sociale.

⁴⁶ La simultaneità delle reciproche prestazioni che si vogliono eseguite “mano contro mano” nasce, secondo il Trabucchi, in *op. cit.*, p. 715, anche dall'esigenza di ovviare a problemi di mancata attuazione del contratto corrispettivo per inerzia delle parti che non adempiono, ciascuna in attesa dell'adempimento dell'altra. Tanto è vero che in caso di inadempimento reciproco il giudice dovrà effettuare un'indagine comparativa delle condotte al fine di comprendere quale inadempienza abbia avuto significato preponderante e determinato la crisi del contratto con relativo rifiuto della controparte ad aderirvi.

⁴⁷ Tra cui il Trabucchi in *op.cit.* ma anche il Gorla in “*Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*”, Milano, 1934.

⁴⁸ Scolasticamente si porta l'esempio della vendita nella quale se manca il prezzo non c'è la giustificazione dell'obbligo di consegnare la cosa ed il contratto è nullo. Così in A. Trabucchi, *op.cit.*, p. 714.

⁴⁹ Si veda in tal senso la posizione acquisita dalla dottrina ed in primis dal Trabucchi che in *op.cit.* p. 714, ritiene il sinallagma genetico rispondente al “*cur contractum est*” ed il sinallagma funzionale al “*cur debetur*”. Di medesima opinione è il Gorla che, in *op. cit.*, invita proprio a non confondere il sinallagma genetico con quello funzionale facendo divenire causa del contratto lo scambio di prestazioni che è, invece, causa dell'obbligazione contrattuale.

⁵⁰ Ci si riferisce ancora al Trabucchi, in *op. cit.*, p.714.

⁵¹ Come evidenziato dal Trabucchi, in *op.cit.* p. 714, se così non fosse, ovvero se bastasse il solo sinallagma genetico a configurare un contratto come corrispettivo avremmo quel paradosso per cui le obbligazioni nate “interdipendenti” diverrebbero prestazioni autonome e quindi sganciate l'una dalla vicenda dell'altra in fase di attuazione del contratto.

⁵² Come, invece, hanno talora affermato alcuni giuslavoristi caduti nell'errore di confondere i piani al punto tale da far divenire causa del contratto ciò che causa non è ovvero la reciprocità delle prestazioni in luogo dell'interdipendenza delle obbligazioni. Si veda in tal senso, L. Zoppoli, *op.cit.*, p. 213.

viceversa -ma la loro necessaria coesistenza è stata in qualche maniera rafforzata dal legislatore del 1942 nel momento in cui, all'interno del codice civile vigente, ha predisposto appositi rimedi per i contratti sinallagmatici, in un'ottica di difesa dei contraenti, posti in condizioni di parità⁵³, legati l'uno al comportamento dell'altro.

Esiste, pertanto, una disciplina specifica in materia che completa le stesse definizioni di cui in apertura, dando una “precisa rilevanza normativa della corrispettività”⁵⁴ dalla quale non si può prescindere in un'analisi relativa alla corretta attribuzione del carattere corrispettivo al contratto individuale di lavoro subordinato.

Ed infatti, anche gli stessi maggiori interpreti del diritto civile⁵⁵ concordano nel ritenere che possono essere considerati contratti a prestazioni corrispettive solo “quelli che risultano disciplinati dalle norme che attribuiscono rilevanza alla corrispettività delle prestazioni”.

Appare evidente, da quanto fin qui detto, che non basta, quindi, soffermarsi su di un piano meramente descrittivo⁵⁶ ma, al contrario, è necessario passare attraverso un “profilo normativo” in termini di verifica di compatibilità ed applicabilità delle norme *ad hoc*, per valutare l'appartenenza di un contratto, come quello individuale di lavoro, alla categoria civilistica dei “sinallagmatici”.

⁵³ Ogni contratto di diritto comune si presuppone, infatti, stipulato fra soggetti liberi che versano in condizioni di parità. Già solo per tale ragione, e come in precedenza detto, è sembrato a taluni giuslavoristi ed *in primis* al Romagnoli, in *op.cit.*, impossibile ricondurre un rapporto per sua natura squilibrato quale quello di lavoro all'interno di un contratto di diritto privato.

⁵⁴ L'espressione è di L. Zoppoli, in *op. cit.*, p. 214.

⁵⁵ Tra cui certamente il Rescio ed il Grasso “*Successione particolare nel debito corrispettivo, successione nel sinallagma e regime delle eccezioni*”, in *Rass. dir. lav.* 1982.

⁵⁶ Che potrebbe essere addirittura fuorviante in quanto se ci si fermasse ad esso, il contratto di lavoro subordinato potrebbe effettivamente apparire come “corrispettivo” in quanto capace di far sorgere al momento della stipula obbligazioni interdipendenti quali quelle alla retribuzione ad allo svolgimento del lavoro rispettivamente per il datore di lavoro ed il prestatore le cui prestazioni sarebbero, poi, reciproche in fase di attuazione.

1.1.2 I rimedi sinallagmatici e l'impossibilità di riferirli al contratto di lavoro: a) dalla cessione del contratto al trasferimento d'azienda e sull'inapplicabilità dell'azione generale di rescissione per lesione; b) dalla risoluzione per eccessiva onerosità al licenziamento per giustificato motivo oggettivo; c) dalla risoluzione per impossibilità sopravvenuta datoriale alla *mora credendi*; d) dalla risoluzione per impossibilità sopravvenuta del lavoratore alle ipotesi sospensive; e) dalla risoluzione per inadempimento al recesso ex *lege* n. 604/66 e dalle eccezioni d'inadempimento all'impossibilità di loro applicazione in caso di sciopero.

Riprendendo quanto detto a chiusura del precedente paragrafo, alla luce anche delle posizioni assunte dagli stessi civilisti, per capire se il contratto di lavoro subordinato possa rientrare o meno a pieno titolo tra quelli "corrispettivi" bisogna superare le definizioni, per loro natura sintetiche e non esaustive, ed andare a verificare la possibilità concreta di applicazione ad esso delle norme codicistiche in materia.

In particolare, la disciplina specifica relativa ai contratti a prestazioni corrispettive è racchiusa negli artt.: - 1406 e ss. cod. civ. sulla cessione del contratto; - 1448 e ss. cod. civ. sull'azione generale di rescissione per lesione; - 1453 e ss. cod. civ. sulla risoluzione per inadempimento e sull'eccezione di inadempimento, - 1463 e ss. cod. civ. sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, - 1467 e ss. cod. civ. sulla risoluzione per eccessiva onerosità.

Come meglio si approfondirà di qui a poco, nessuna di queste norme può essere invocata rispetto al contratto individuale di lavoro al quale si applicano, invece, differenti leggi che, talvolta pur in presenza di analoghe fattispecie, introducono e disciplinano istituti *ad hoc*.

Ma si intende ora procedere analiticamente seguendo, tuttavia, l'ordine di cui alle lettere da a) ad e) del titolo del paragrafo e, quindi: accorpando la discussione relativa alla cessione del contratto ed all'azione generale di rescissione per lesione; anticipando, rispetto alla numerazione degli articoli del codice civile, quella sulla risoluzione per eccessiva onerosità; distinguendo all'interno dello stesso *genus* della risoluzione per impossibilità sopravvenuta le *species* dell'impossibilità per fatto del datore e per fatto del prestatore di lavoro; evidenziando l'impossibilità di risoluzioni per inadempimento e relative eccezioni.

a) Gli artt. 1406 e ss. del codice civile stabiliscono il principio generale per cui nei rapporti derivanti da contratti a prestazioni corrispettive è possibile che ciascuna parte sostituisca a se

un terzo, sempre che le prestazioni non siano state ancora eseguite e vi sia il consenso anche dell'altra parte⁵⁷.

Ciò implica la possibilità di ingresso nel contratto sinallagmatico di un cosiddetto "cessionario"⁵⁸ che prenderà su di sé l'onere di adempiere alle obbligazioni originariamente in capo al cosiddetto "cedente"⁵⁹, di modo che, in caso di inadempimento, il contraente ceduto potrà opporre unicamente ad egli tutte le eccezioni relative al contratto⁶⁰.

Rispetto al fenomeno del lavoro subordinato appare evidente l'impossibilità di applicare tali norme sia al prestatore che al datore di lavoro.

Ed infatti, una sostituzione del lavoratore subordinato, prima dell'inizio della sua attività, se operata spontaneamente dal lavoratore medesimo è da considerarsi nulla, in quanto egli non ha evidentemente un tale potere⁶¹, se effettuata dal datore di lavoro, potrebbe risultare addirittura discriminatoria e, quindi, contrastante con gli artt. 3 della Costituzione e 15 dello Statuto dei Lavoratori⁶².

Parimenti, una sostituzione del datore di lavoro integra gli estremi dell'autonoma fattispecie del trasferimento d'azienda⁶³, disciplinato agli artt. 2112 e ss. del cod. civ. ed agli artt. 47 della l. n.428/90; tutti del d.lgs. n. 18/2001; 32 del d.lgs. n. 276/2003 (questi ultimi attuativi della direttiva n. 23/2001) che si applicheranno, dunque, in luogo degli artt. 1406 e ss.⁶⁴.

⁵⁷ Così alla nozione di cessione del contratto di cui all'art. 1406 cod.civ. Il consenso deve peraltro essere "cristallizzato" in un documento dal quale si evinca che la sostituzione è stata accettata e/o notificata al contraente ceduto, sotto pena di inefficacia della cessione ex art. 1407 cod.civ.

⁵⁸ Il cedente dovrà garantire al cessionario la validità del contratto ex art. 1407 cod. civ.

⁵⁹ Ed infatti il cedente è liberato delle obbligazioni verso il contraente ceduto nel momento in cui la sostituzione diventa efficace nei confronti di quest'ultimo per espressa previsione dell'art. 1408, primo comma, cod. civ.

⁶⁰ Tranne, ovviamente, quelle che attengono ad altri rapporti con il solo cedente ex art.1409 cod. civ. ed a meno che non abbia provveduto espressamente a dichiarare di non voler liberare il cedente per conservare la possibilità di agire in giudizio anche contro di lui se il cessionario non dovesse adempiere alle obbligazioni assunte ex art. 1408, 2 comma, cod. civ. Si noti, peraltro, che in tale ultima fattispecie il cedente ha un termine di 15 giorni a partire dal momento in cui si è verificato l'inadempimento del cessionario per darne notizia al cedente, sotto pena di condanna al risarcimento del danno ex art.1408, 3 comma, cod. civ.

⁶¹ Tutt'al più potrebbe riconoscersi la possibilità di farsi sostituire, in particolari circostanze, da altra persona solo al lavoratore assunto con lo *job sharing* che resta, però, una particolare tipologia di contratto di lavoro subordinato.

⁶² Non a caso la dottrina maggioritaria ha sempre escluso la possibilità di una successione nella posizione contrattuale del lavoratore ammettendo che non possa operare in tal caso la cessione del contratto. Così L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 218.

⁶³ Tanto che la giurisprudenza ha sottolineato che per avere trasferimento d'azienda è necessaria unicamente la *sostituzione della persona del titolare* a nulla rilevando, invece, la tipologia negoziale o il provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato. Così Cass. 25 marzo 2004, n. 5992.

⁶⁴ Valga qui ricordare che persino in caso di fallimento dell'impresa gli effetti che esso produrrà sui contratti di lavoro saranno differenti da quelli inerenti a tutti gli altri contratti sinallagmatici. Ed infatti, mentre il primo non subirà alcun effetto sospensivo, i secondi, al contrario, rimangono sospesi a seguito della dichiarazione di fallimento.

Le differenze, d'altra parte, non sono di poco conto perché la disciplina in materia di trasferimento d'azienda richiede l'osservanza di un particolare iter procedurale⁶⁵, molto più formale della semplice non opposizione alla sostituzione esercitata dal contraente ceduto, che ha l'obiettivo di garantire in maniera piuttosto rigida non solo la continuità del rapporto di lavoro ma alle stesse identiche condizioni. Il lavoratore, infatti, al contrario di qualsiasi altro contraente ceduto, oltre a conservare tutti i diritti già maturati presso il cedente - ivi compresi quelli relativi alla qualifica ed alle mansioni svolte ed a eventuali scatti retributivi di anzianità - ha sempre la possibilità di agire in giudizio indifferentemente verso il cedente o il cessionario (obbligati in solido) per i crediti che vantava al tempo del trasferimento, addirittura a prescindere dalla circostanza che il cessionario fosse stato o meno portato a conoscenza dell'esistenza degli stessi.

Simile discorso di "inapplicabilità normativa" vale anche rispetto alla fattispecie dell'azione generale di rescissione per lesione, anche detta "rescissione per lesione *ultra dimidium*", di cui all'art. 1448 del cod. civ.

In primo luogo, infatti, di tale articolo non può avvalersi il datore di lavoro ma eventualmente potrebbe solo il lavoratore. Ciò perché l'azione di rescissione per lesione "costituisce un rimedio per i più gravi squilibri economici nella conclusione del contratto, quando una parte abusi dello stato di bisogno dell'altra"⁶⁶.

Detto in altri termini, ai sensi dell'art. 1448, commi 1° e 2°, cod. civ., se vi è una sproporzione per più del doppio tra prestazione e controprestazione che è dipesa dallo stato di bisogno di una parte del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, il danneggiato o parte debole può chiedere ed ottenere la rescissione del contratto⁶⁷ che produrrà effetti molto simili all'annullamento⁶⁸.

⁶⁵ Fatto di una fase di informazione e consultazione sindacale che deve necessariamente precedere il trasferimento d'azienda sotto pena di nullità dello stesso. In particolare, nelle aziende con più di 15 dipendenti, il datore di lavoro deve comunicare per iscritto almeno 25 giorni prima dell'atto che perfeziona il trasferimento tale sua volontà ai sindacati aziendali (RSU o RSA) attraverso lettera nella quale indica: la data prevista o proposta per il trasferimento, le motivazioni dello stesso, le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali, le eventuali misure previste nei confronti dei lavoratori subordinati. Entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione i sindacati aziendali devono effettuare una richiesta di esame congiunto alla quale il cedente ed il cessionario devono aderire nei successivi sette giorni. Durante l'esame congiunto può essere raggiunto un accordo fra sindacato e datori specie su punti come l'ubicazione della nuova sede di lavoro piuttosto che sul mantenimento del ccnl vigente, oppure l'esame congiunto può terminare con un verbale di mancato accordo che, comunque, non è di ostacolo al perfezionamento del trasferimento se sono stati osservati tutti i passaggi della procedura fin qui descritti.

⁶⁶ Così A. Trabucchi, in *op.cit.*, p.724.

⁶⁷ Che si distingue dalla nullità proprio perché nel suo fondamento c'è una violazione di criteri di giustizia e di equità come sottolineato da Trabucchi, in *op.cit.*, p. 200.

⁶⁸ Ovverosia libera dall'obbligo di adempiere alle prestazioni non ancora eseguite e fa restituire quanto già adempiuto.

Ed è chiaro che nel contratto di lavoro il danneggiato, legittimato ad esercitare l'azione in esame, può essere unicamente il prestatore di lavoro dato il suo "stato di bisogno", per riprendere le parole della norma in esame, e la sua ovvia posizione di debolezza contrattuale.

Di fatto, però, neanche egli ha una reale convenienza a chiedere la rescissione per almeno due ordini di ragioni: 1) se dovesse essere sottopagato del 50% ed oltre rispetto a quanto originariamente pattuito, potrebbe giovare delle maggiori tutele legate alla nullità del contratto per violazione di norme imperative e nel caso di specie dell'art. 36, primo comma, della Cost.⁶⁹, oltre che dell'art. 2103 del cod. civ.⁷⁰; 2) se l'obiettivo è quello di ripristinare una situazione di equità e proporzionalità fra prestazioni⁷¹ anche ottenere la mera nullità del contratto non lo andrebbe a centrare⁷². Sarebbe, invece, più rispondente allo scopo invocare la diretta applicazione, all'interno del contratto individuale di lavoro, dell'art. 36, primo comma, della Cost. e degli articoli del contratto collettivo nazionale della categoria di appartenenza disciplinanti la materia retributiva.

Non a caso, la giurisprudenza si è sempre mossa proprio in tal senso, riconoscendo *in primis* all'art. 36, primo comma, della Cost. una natura "immediatamente precettiva"⁷³, ovverosia tale da consentire l'adeguamento per via giudiziale delle retribuzioni non proporzionate né sufficienti,⁷⁴ ed in secondo luogo usando, come parametri per la determinazione della

⁶⁹ Non c'è dubbio, infatti, sia in dottrina che in giurisprudenza circa la nullità di un contratto individuale di lavoro che non rispetta i canoni di sufficienza e proporzionalità di cui all'art. 36 della Cost. Anzi, anche secondo i principi di nullità parziale di cui all'art. 1419 del cod. civ. la nullità di una clausola essenziale – come certo è quella sulla retribuzione – comporta la nullità dell'intero contratto.

⁷⁰ Dall'art. 2103 del cod. civ., letto in combinato disposto con l'art. 36 della Cost., la giurisprudenza, specie di Cassazione, cfr. Cass. sez. lav. 19 febbraio 2008 n. 4055 e Cass. sez. lav. 23 luglio 2008, n. 20310, ha, infatti, desunto, un *principio generale di "irriducibilità della retribuzione"* che non può diminuire rispetto a quella pattuita al momento dell'assunzione neppure se dovesse esserci un accordo in tal senso fra le parti e neppure rispetto ad indennità compensative di particolari e gravose modalità di svolgimento del lavoro.

⁷¹ Proporzionalità che in materia di lavoro è legata a criteri "oggettivi" quali il nesso fra retribuzione e quantità e qualità del lavoro e la sufficienza della stessa di cui all'art. 36 della Cost. a differenza di quanto accade negli altri contratti di diritto comune dove l'equivalenza fra prestazioni è "soggettiva" e, quindi, affidata alla percezione ed al libero apprezzamento fra le parti. Così L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 220.

⁷² Non a caso, infatti, solitamente dopo la pronuncia di nullità del contratto individuale di lavoro, il medesimo giudice provvede a stabilire la "giusta" retribuzione spettante al ricorrente. Egli, peraltro, fa ciò non, come erroneamente si ritiene, sulla base dell'art. 2099 del cod. civ., articolo che impone al giudice l'obbligo di individuazione della retribuzione *in totale assenza* di previsioni nel merito contenute nella contrattazione collettiva di categoria e nel contratto individuale (previsioni, invece, esistenti nei casi di nullità del contratto ma *difformi* dai principi di cui all'art. 36 della Cost.), bensì sulla base degli artt. 1419, 2° comma, e 1339 del cod. civ. che, in materia di prezzi fraudolenti, sanciscono il principio generale secondo cui alla parte debole va assicurato il risultato più efficace, ovverosia non la nullità del contratto ma l'inserzione automatica nello stesso del "giusto prezzo".

⁷³ Così, fra le altre, Corte App. Roma 15 dicembre 2006; Cass. 9 maggio 2003, n. 7157; Cass. 28 marzo 2000, n. 3749.

⁷⁴ Negli anni l'opera giurisprudenziale di adeguamento delle retribuzioni ai principi di proporzionalità e di sufficienza ex art. 36 della Cost. è stata tale da assicurare una sostanziale unità retributiva di base per settori o categorie che ha portato al superamento delle cosiddette "gabbie salariali" degli anni '50, nonché, più di recente, di quei meccanismi detti "di riallineamento o di emersione" con i quali il legislatore consentiva l'erogazione di salari più bassi, rispetto alle medie nazionali, in talune aree del Mezzogiorno con elevati tassi di disoccupazione. Anche rispetto all'attuale situazione, determinata dall'art. 8 del d.l. n. 138/11 convertito in l. n. 148/11, di

cosiddetta “retribuzione minima garantita”⁷⁵, i minimi tabellari previsti dai contratti collettivi di categoria o di settore, considerati come parametri affidabili, anche a prescindere dalla loro diretta applicabilità al contratto individuale di lavoro per effetto del rinvio ivi contenuto o della “estensione indiretta”⁷⁶.

b) Restando in tema di “squilibri economici”, anche la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, di cui all’art. 1467 del cod. civ., che, all’epoca in cui vi era “il” contratto di lavoro subordinato, sembrava ad esso “applicabile in astratto” proprio “per la sua natura di contratto di durata o ad esecuzione continuata” “anche se assolutamente eccezionale in concreto”⁷⁷ è, oggi, a maggior ragione dopo l’avvenuta “flessibilità” dei contratti di lavoro, non applicabile.

In particolare, al contrario di quanto rilevato nel caso della rescissione per lesione accessibile solo al prestatore e non anche al datore di lavoro, qui appare quantomeno improbabile che il lavoratore possa chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità⁷⁸. Essa sarebbe, quindi, eventualmente a disposizione del solo datore.

Ora, come specificato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza⁷⁹, per chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, non basta che in fase esecutiva si sia venuto a creare un aggravio in termini economici rispetto a quanto originariamente pattuito ma “l’obbligo di una

possibili deroghe in sede di contrattazione aziendale a trattamenti retributivi stabiliti nei contratti collettivi nazionali è, dunque, ipotizzabile uno “smantellamento” giurisprudenziale.

⁷⁵ Come sovente si fa notare in dottrina, nel nostro ordinamento giuridico si è arrivati, infatti, al riconoscimento di un “salario minimo garantito” attraverso l’interpretazione giurisprudenziale dell’art. 36 della Cost. laddove in altri Paesi tale garanzia è rimessa direttamente alla fonte legislativa o amministrativa.

⁷⁶ Per tale intendendosi la possibilità di applicare i minimi stabiliti da un contratto collettivo di categoria affine nel caso in cui manchi uno proprio della categoria o del settore che sarebbe di appartenenza, cfr., tra le ultime, Cass. sez. lav. 4 giugno 2008, n.14791. Ed infatti, una delle principali innovazioni apportate nell’ordinamento giuridico esistente dalla giurisprudenza sui minimi retributivi risiede proprio in ciò: nel consentire anche ai lavoratori dipendenti da imprese non iscritte ad alcuna associazioni di categoria e, quindi, non tenute all’osservanza dei minimi retributivi, di richiedere davanti ad un giudice l’applicazione delle tabelle collettive – che venga loro negata dal datore- richiamandosi alla disciplina costituzionale dell’art. 36 della Cost. come interpretata dalla consolidata giurisprudenza. Si noti, peraltro, che l’orientamento giurisprudenziale prevalente è stato, invece, sempre contrario nel prendere a riferimento per la fissazione dei minimi retributivi quanto eventualmente stabilito in contratti aziendali o locali.

⁷⁷ Così Ghera in *Diritto del Lavoro*, Bari, Cacucci 1990.

⁷⁸ Ed infatti se per onerosità s’intende, come sottolineato dalla giurisprudenza, cfr. Cass. sez. lav. 6 aprile 1999, n.3304; Cass. sez. lav. 27 dicembre 1999, n. 14579, il necessario pagamento di una certa somma di denaro per la prestazione ricevuta, appare improbabile il caso di un lavoratore che chieda la risoluzione del contratto perché pagato troppo rispetto al lavoro svolto. Anche volendo accogliere la tesi opposta che amplia il significato dell’onerosità a prestazioni fisiche e non economiche, il lavoratore che ritiene la sua prestazione troppo onerosa in termini di fatica rispetto a quanto guadagnato non va, comunque, a chiedere la risoluzione del contratto ma, semmai, a domandare un adeguamento della retribuzione ai criteri di proporzionalità e sufficienza ex art. 36, primo comma, della Cost. come già sopra visto rispetto al caso della rescissione per lesione.

⁷⁹ In particolare per la dottrina si veda A. Trabucchi, in *op.cit.*, p 724 e per la giurisprudenza, fra le altre, Cass. 19 -10-2006 n. 22396.

prestazione, assunto contrattualmente, deve essere divenuto troppo oneroso per il sopravvenire di *avvenimenti straordinari ed imprevedibili*⁸⁰. Inoltre, è riconosciuta l'eccessiva onerosità unicamente quando si *superano i limiti di incidenza della normale incertezza* o alea contrattuale che ogni contraente deve essere in grado di affrontare⁸¹.

Ipoteticamente, quindi, un datore di lavoro, potrebbe, riportando l'esempio formulato da un noto autore⁸², avvalersi di tale rimedio sinallagmatico nel caso di nuove tecnologie che dovessero rendere inutili o troppo costose delle lavorazioni.

Tuttavia, questa è un'ipotesi che, da manuale, rientra tra i giustificati motivi oggettivi di licenziamento.

Appare, dunque, evidente che il datore, intenzionato a sciogliere uno o più rapporti di lavoro divenuti economicamente insostenibili per cause "straordinarie ed imprevedibili", che vanno ben oltre rispetto a quanto rientra nel rischio di impresa, non potrà, comunque, avvalersi della "norma generale" dell'art. 1467 del cod. civ. dovendo, invece, rispettare le "norme speciali"⁸³ contenute nelle leggi n. 604/1966 e n. 223/1991, rispettivamente in materia di licenziamenti individuali e collettivi.

Anche in questo caso le differenze non sono di poco conto, dato che non basta dimostrare la straordinarietà ed imprevedibilità dell'evento scatenante l'eccessiva onerosità della prestazione per ottenere la risoluzione del contratto ma, prima di arrivare eventualmente a questo risultato, bisogna seguire ben determinate procedure di informazione, consultazione e valutazione di possibili soluzioni alternative⁸⁴.

⁸⁰ Stante l'orientamento prevalente in giurisprudenza, si vedano in tal senso, fra le altre, Cass. 19-10-2006 n.22396 e Cass. 29-5-1998 n. 5302, la straordinarietà dell'avvenimento deve essere di natura oggettiva, ovvero l'evento deve essere classificabile come straordinario da sistemi certificati di misurazione della sua frequenza, dimensione ed intensità; mentre l'imprevedibilità ha un fondamento soggettivo e, quindi, implica valutazioni rese facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza. Così valutati i presupposti necessari per ricorrere alla fattispecie di cui all'art. 1467 del cod. civ. il giudice di merito deve, poi, necessariamente comparare il valore di entrambe le prestazioni al momento in cui sono sorte ed a quello in cui devono essere eseguite, per stabilire se si versi realmente in una situazione di eccessiva onerosità di una prestazione rispetto all'altra.

⁸¹ Anche qui la giurisprudenza chiarisce che l'alea normale di un contratto, da non confondersi con quell'elemento intrinseco caratterizzante i cosiddetti "contratti aleatori", comprende pure le oscillazioni di valore delle prestazioni originate dalle regolari e normali fluttuazioni del mercato. Così Cass. 17-7-2003 n. 11200. Sul punto concorda la dottrina nel ritenere che non può essere riconosciuta come causa di risoluzione per eccessiva onerosità la svalutazione monetaria. Cfr A. Trabucchi, in *op. cit.*, p. 724.

⁸² Il riferimento è a L. Zoppoli, in *op. cit.*, p. 222.

⁸³ In base al principio cardine del diritto per cui la legge speciale prevale sempre su quella generale.

⁸⁴ In particolare, ai sensi della legge n. 604/66 ed al di là delle fattispecie residuali di licenziamento *ad nutum*, il datore deve anzitutto rispettare la forma scritta del licenziamento sotto pena di inesistenza dello stesso (cfr. Corte Cost. 23 novembre 1994, n.398), inoltre, nei casi di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo

c) Di notevole rilievo è, poi, l'analisi circa la possibilità di applicare al contratto di lavoro le norme in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta di cui agli artt. 1256-1258 e 1463-1464 del codice civile⁸⁵.

In particolare, esse partendo dal principio cardine per cui “ *ad impossibilia nemo tenetur*”, in primo luogo sanciscono l'estinzione, pressoché automatica, dell'obbligazione e relativa prestazione che non possono essere definitivamente e totalmente adempiute⁸⁶ per caso fortuito, forza maggiore e simili eventi non imputabili al contraente (art. 1256 e ss. del cod. civ.) ed in secondo luogo affermano la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive per carenza dello stesso sinallagma, inteso come interdipendenza fra obbligazioni e reciprocità fra prestazioni, nel momento in cui viene meno, per le medesime ragioni di sopravvenuta impossibilità, l'adempimento di quell'obbligazione alla quale si legava indissolubilmente l'altra, che sebbene astrattamente eseguibile non è più richiedibile (così agli artt. 1463 e 1464 cod. civ.)⁸⁷.

Tutto ciò potrebbe riguardare il contratto di lavoro in maniera piuttosto differente a seconda che l'impossibilità sopravvenuta sia inerente alla prestazione del datore o del prestatore di lavoro.

(ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa) il datore dovrà comunicare i motivi specifici al dipendente che, in assenza, potrà richiederli entro 15 giorni e, quindi, impugnare entro i successivi 60 giorni il licenziamento medesimo. Quanto ai licenziamenti collettivi, per tali intendendosi quelli che riguardano almeno 5 lavoratori in 120 giorni all'interno di imprese con più di 15 dipendenti, in breve si può procedere agli stessi per riduzione, trasformazione o cessazione di attività, solo dopo averli comunicati alle RSU, aver proceduto ad un esame congiunto con la parte sindacale circa il reale stato in cui versa l'azienda, aver rispettato i criteri di scelta legali per l'individuazione delle persone da licenziare, aver pagato all'Inps il contributo di mobilità ed aver comunicato il recesso ai singoli lavoratori.

⁸⁵ Per la verità e come sottolineato da A. Trabucchi, in op. cit., p. 720 le norme strettamente dedicate alla risoluzione del contratto sinallagmatico per impossibilità sopravvenuta sarebbero solo gli artt. 1463 e 1464 del cod. civ. Ciò in quanto gli artt. 1256-1258 del cod. civ., collocati non casualmente in un'altra sezione del codice, fanno riferimento rispettivamente ai casi di assenza del vincolo contrattuale quando l'impossibilità della prestazione è originaria ed alle fattispecie di estinzione dell'obbligazione del debitore per effetto dell'inadempimento ad egli non imputabile stante la sopravvenuta impossibilità.

⁸⁶ Norme diverse valgono, infatti, nei casi di impossibilità temporanea e parziale di cui rispettivamente agli artt. 1256, 2 comma e 1464 del cod. civ. In particolare, se l'impossibilità sopravvenuta, per causa non imputabile al debitore, è solo temporanea, egli non sarà ritenuto responsabile del ritardo nell'adempimento ed il contratto non verrà risolto a meno che ciò non sia inevitabile in quanto la persistenza nell'inadempimento si protrae fino all'estinzione dell'obbligazione stessa in relazione al suo titolo o alla natura del suo oggetto o comunque fino a far venir meno l'interesse del creditore ad ottenerla. Nel caso di impossibilità parziale, invece, la controparte può decidere o di ridurre a sua volta la propria prestazione o di recedere dal contratto se non ha più interesse all'adempimento parziale.

⁸⁷ Ed infatti, per espressa previsione dell'art. 1463 del cod. civ. la parte liberata dalla sua obbligazione per la sopravvenuta impossibilità di svolgimento della relativa prestazione a causa di un impedimento oggettivo, assoluto e definitivo, non solo non può chiedere la controprestazione ma anzi deve restituire quanto ha già ricevuto. Ciò in quanto il principio generale in materia di sopportazione del rischio nel contratto di diritto comune è quello per cui le conseguenze economiche del fatto estraneo dal quale dipende l'impossibilità della prestazione ricadono tutte sul debitore che doveva eseguire la prestazione stessa.

Focalizzando ora l'attenzione solo sul primo, vanno esaminati, rispetto ai singoli obblighi e relative prestazioni, che discendono dal contratto di lavoro in capo al datore, i casi in cui essi potrebbero divenire impossibili, comportando la risoluzione in esame.

In primo luogo, il datore di lavoro ha l'obbligazione retributiva ex artt. 36 della Cost. e 2094 del cod.civ.

Avendo essa un carattere prettamente pecuniario, è difficile immaginare che sopraggiunga un evento non imputabile al datore, e, quindi, non attinente alla gestione ed all'organizzazione dell'impresa stessa⁸⁸, in grado di azzerare in maniera oggettiva, assoluta, ma soprattutto definitiva la sua disponibilità economica, impedendogli anche per il futuro l'erogazione delle retribuzioni. Pertanto, come sottolineato da attenta dottrina⁸⁹, egli potrà tutt'al più conoscere situazioni di difficoltà dovute a casi fortuiti o eventi eccezionali non derivanti da sua colpa⁹⁰, coincidenti con talune ipotesi di richiesta ed eventuale accesso alla cassa integrazione guadagni, specie ordinaria, ma non una definitiva indisponibilità monetaria.

A sostegno di quanto appena detto, è intervenuta negli anni la giurisprudenza in un duplice senso: da un lato sulla base del principio per cui “*genus numquam perit*” ha evidenziato che “solo quando la prestazione, divenuta impossibile in maniera assoluta ed obiettiva, ha ad oggetto la consegna di una cosa determinata o di un genere limitato e non già quando si tratta di una somma di denaro”, può intervenire l'estinzione dell'obbligazione ex art. 1256, primo comma, cod.civ.⁹¹; in secondo luogo, ed a maggior ragione, ha sottolineato che non può intervenire l'estinzione dell'obbligazione retributiva per effetto di sospensioni unilaterali delle prestazioni di lavoro integranti, piuttosto, una situazione di *mora credendi* ex art. 1206 del cod.civ. Ed infatti, non possono costituire cause giustificative del rifiuto di accettare la prestazione lavorativa ed evitare in tal modo l'erogazione della retribuzione, tutte quelle situazioni ostative riguardanti la persona del datore di lavoro o la gestione e l'organizzazione dell'impresa come il calo delle commesse, le crisi economiche congiunturali o strutturali, i ritardi burocratici che non diano luogo ad intervento effettivo della cassa integrazione e non siano tali da integrare un'impossibilità assoluta di ricevere la prestazione⁹².

⁸⁸ La giurisprudenza ha più volte affermato che i fatti riguardanti la gestione ed organizzazione dell'impresa, essendo sempre imputabili al datore di lavoro e rientrando nel rischio d'impresa, *non* possono costituire ipotesi di risoluzione di diritto del rapporto di lavoro per impossibilità sopravvenuta. Così, fra le altre, Cass. 14-7-2000, n.9398.

⁸⁹ Il riferimento è a L. Zoppoli, in *op.cit.* p. 224.

⁹⁰ In ciò, infatti, si traduce la non imputabilità dell'evento al debitore.

⁹¹ Così Cass. 16-3-1987, n. 2691.

⁹² Così, tra le altre, Cass. 16-04-2000, n. 7300, Cass. 10-5-1995 n. 5090 e Cass. 6-3-1990, n. 1716 che ha messo in luce la impossibilità di sospendere unilateralmente le prestazioni di lavoro per non adempiere all'obbligo retributivo anche nei momenti immediatamente precedenti l'emanazione del provvedimento di ammissione alla

Proprio sulla base di tali ragionamenti, come riportato da un noto autore⁹³, la maggioranza della dottrina ha sempre ritenuto che non vi siano margini di applicazione all'obbligazione retributiva datoriale delle norme in materia di impossibilità sopravvenuta.

In secondo luogo, altro obbligo fondamentale dell'imprenditore è quello di fornitura e messa a disposizione delle apparecchiature e degli strumenti necessari all'effettivo espletamento della prestazione di lavoro, in altre parole del cosiddetto "substrato materiale".

Pure rispetto ad esso appare alquanto improbabile l'intervento di un'impossibilità sopravvenuta in grado di risolvere il contratto ex art. 1463 del cod. civ.

Due possono essere i casi: 1) se sopraggiunge un evento "distruttivo" o di "mancato allestimento" del substrato materiale in qualche maniera riconducibile al datore di lavoro non vi è alcuna impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1463 del cod. civ. ma si versa nella fattispecie, già poco sopra accennata, della "*mora credendi*" di cui all'art. 1206 del cod. civ. Ed infatti il creditore è in mora non solo quando rifiuta illegittimamente la controprestazione, nel nostro caso la prestazione lavorativa, magari per non assolvere a sua volta all'obbligo retributivo, ma anche quando, parimenti "senza legittimo motivo" - per riprendere l'esatta espressione legale- non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere alla propria obbligazione, ovvero non mette a sua completa disposizione il fondamentale substrato materiale suddetto.⁹⁴ Ciò implica che non solo il contratto non si risolve, ma anzi il datore resta obbligato a tutti i suoi adempimenti, ivi compreso quello retributivo; 2) se, viceversa, l'accadimento che impedisce ai lavoratori di espletare la loro prestazione non è in alcun modo imputabile al datore, come nel caso del terremoto che distrugge l'azienda, si fuoriesce automaticamente dalla sfera obbligatoria. Come sottolineato da un autore⁹⁵, in questi casi "non vi è alcuna prestazione datoriale che diventa impossibile; piuttosto è la prestazione del lavoratore ad essere direttamente colpita dall'evento fortuito e bisogna valutare se tale ipotesi è da ricondurre alla disciplina degli artt. 1256 e ss. e 1463 e ss. c.c." .

In terzo luogo, il datore ha l'obbligo fondamentale di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ex art. 2087 del cod. civ. ed ex d.lgs. n. 81/08, nella versione ultima così come modificata con d.lgs. n. 106709.

Rispetto ad esso potrebbe astrattamente ipotizzarsi un caso fortuito che impedisca di fatto all'imprenditore di dotarsi di dispositivi, pur fondamentali, per la tutela della integrità psico-

cassa integrazione guadagni o l'emanazione del provvedimento negativo di tale ammissione a meno che l'inutilizzabilità delle prestazioni non sia radicale ed assoluta, non imputabile a fatto dell'imprenditore stessi, non prevedibile, né evitabile e quindi non riferibile a carenza di programmazione, di previsione o organizzazione oppure a mere difficoltà del mercato.

⁹³ Ci si riferisce a L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 224.

⁹⁴ Vedi tra le ultime, Cass. 21 aprile 2009, n. 9475.

⁹⁵ L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 224.

fisica del prestatore di lavoro. Tuttavia, anche in siffatte circostanze, sembra difficilmente applicabile l'art. 1463 del cod. civ. perché, a fronte di una situazione di pericolo per i dipendenti, il datore di lavoro dovrebbe o rifiutare la prestazione di lavoro nel qual caso gli si applicherebbe, però, l'art. 1206 del cod.civ. sulla "*mora credendi*" - che vale sempre e comunque ogni volta che interviene una sospensione unilaterale della prestazione di lavoro - oppure chiedere ai lavoratori prestazioni parziali, invocando un'impossibilità parziale di adempiere al suo obbligo di sicurezza ai sensi dell'art. 1464 del cod. civ. Pure tale ultima eventualità, a ben vedere, sarebbe difficilmente praticabile nella realtà in quanto apre ad una serie di problematiche che non trovano risposta nel medesimo art. 1464 del cod. civ. in relazione, ad esempio, alla possibilità del datore di chiedere adempimenti parziali, magari anche con cambiamenti di mansioni, per carenza di dpi e del lavoratore di rifiutare la prestazione parziale non avendone interesse specialmente alla luce di un'eventuale riduzione della retribuzione.

Da tutto quanto fin qui detto emerge, dunque, la fatica nell'applicare la risoluzione per impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 del cod.civ. a casi attinenti agli obblighi datoriali.

Più complicata è, invece, la medesima questione affrontata sul versante degli obblighi del lavoratore alla quale si è deciso, non a caso, di dedicare il seguente sottoparagrafo.

d) La principale obbligazione che incombe sul lavoratore è indubbiamente quella allo svolgimento della prestazione lavorativa, secondo, peraltro, principi di diligenza, correttezza e buona fede.

A differenza di quanto si è visto rispetto alla principale obbligazione datoriale, ovverosia quella retributiva, in questo caso non residuano dubbi circa la possibile applicazione dell'art. 1256, primo comma, del cod. civ. nel senso che ben potrebbe, astrattamente, intervenire un'impossibilità estintiva in toto dell'obbligazione dato che oggetto della prestazione di lavoro non è un bene generico e fungibile come il denaro ma una "cosa specifica", volendo utilizzare l'espressione della Cassazione⁹⁶, non rinvenibile ugualmente.

Detto in altri termini, mentre il caso fortuito che toglie somme all'imprenditore non per questo fa venir meno la sua obbligazione retributiva perché il denaro è comunque altrove rinvenibile, viceversa il caso fortuito che toglie al lavoratore la forza per espletare la propria opera, si pensi alla malattia, libera lo stesso dalla sua obbligazione perché l'oggetto della prestazione coincide con la persona.

⁹⁶ Cfr Cass. 16 marzo 1987, n. 2691.

In relazione ai riflessi di una liberazione dalla propria obbligazione per impossibilità sopravvenuta nel contratto sinallagmatico e, quindi, ai sensi dell'art. 1463 del cod. civ. dovremmo avere la risoluzione del contratto.

Ed invece nei casi di impossibilità sopravvenuta del lavoratore ad effettuare la propria prestazione il legislatore, rispondendo a dettami costituzionali - quali ad esempio gli artt. 30 e 31 sulla tutela della maternità, 32 sulla tutela della salute e 36, terzo comma, sul diritto al riposo- è sempre intervenuto con specifiche norme, che saranno esaminate nel dettaglio al successivo capitolo secondo, a sancire non la risoluzione del contratto bensì la sua sospensione con conservazione del posto di lavoro solitamente accompagnata anche dalla garanzia retributiva.

A prescindere dalla circostanza, per ora messa da parte, che talune fattispecie sospensive del rapporto di lavoro rientrano perfettamente nel concetto di impossibilità sopravvenuta mentre altre sembrerebbero più che altro appartenere alla categoria giuridica dell'inesigibilità, ciò che davvero rileva è l'esistenza di una disciplina speciale che supera le norme generali di cui agli artt. 1256 e ss. e 1463 e ss. del cod. civ. rispetto ai più comuni casi di impossibilità della prestazione di lavoro come la malattia, l'infortunio, la gravidanza, il puerperio ecc.

Si può, quindi, affermare che basta il verificarsi dell'evento a far scattare l'effetto legale della sospensione del rapporto di lavoro che non incide né sulla vita del contratto di lavoro né sull'obbligazione retributiva datoriale.

Di qui, dunque, si ha l'ennesima conferma circa la non applicabilità al contratto di lavoro del rimedio sinallagmatico della risoluzione per impossibilità sopravvenuta, specie se inerente alla prestazione di lavoro.

In passato, si riconosceva il possibile ricorso, peraltro alla fattispecie di cui all'art. 1464 del cod. civ. relativamente all'impossibilità sopravvenuta parziale e non, comunque, a quella totale ex art. 1463 del cod. civ., in un'unica ipotesi: la carcerazione preventiva del lavoratore per fatti estranei alla vita lavorativa⁹⁷.

Ora, anche rispetto ad essa, l'evoluzione della giurisprudenza ha consentito di fatto un superamento dell'art. 1464 del cod. civ.⁹⁸ tramite l'assorbimento fra i casi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento da valutare ex art. 3 della legge n. 604/66.

⁹⁷ Diverso è sempre apparso il caso di mancata prestazione a seguito di sentenza definitiva di condanna dove potrebbero esserci gli estremi di un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo sia perché non vi è più quel favor connesso alla presunzione d'innocenza sia perché la mancata prestazione non è più frutto di un provvedimento dell'autorità giudiziaria bensì di un comportamento del soggetto.

⁹⁸ Rimasto peraltro secondo L. Zoppoli, in *op.cit.* una sorta di "passaggio argomentativo praticato soprattutto in omaggio alla tradizione", p. 241.

Se prima della legge n. 604/66 si poteva, in effetti, vedere nella carcerazione preventiva un caso di risoluzione del rapporto di lavoro per sopravvenuta impossibilità parziale a prestare la propria opera⁹⁹, ex art. 1464 del cod. civ., dopo gli interventi di garanzia per il lavoratore introdotti dalla legge in esame questo ragionamento è divenuto non rispettoso delle norme in materia di recesso dal contratto di lavoro e, quindi, in materia di licenziamento individuale, che intanto può essere legittimamente irrogato in quanto sussista una giusta causa o giustificato motivo.

Di qui, dunque, la valutazione sulla possibilità datoriale di recedere o meno dal contratto, stante la sopravvenuta impossibilità parziale del dipendente in custodia cautelare, si è spostata dal piano soggettivo “dell’interesse apprezzabile” di cui all’art. 1464 del cod. civ.¹⁰⁰ al piano oggettivo della tenuta dell’organizzazione aziendale e dei suoi risultati.

Detto in altri termini, una volta esclusa la circostanza per cui l’arresto preventivo per fatti estranei al rapporto di lavoro sia un inadempimento contrattuale, e, conseguentemente, negata la possibilità di licenziamenti per inadempimento siano essi per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, ed ancor di più di licenziamenti disciplinari¹⁰¹, si è giunti alla conclusione che “la carcerazione preventiva del lavoratore per fatti estranei agli obblighi verso il datore di lavoro, va di volta in volta valutata, con riguardo all’economia globale del rapporto, tenendo presente la durata dell’assenza correlata alla complessiva durata della prestazione lavorativa contrattualmente convenuta, nonché le mansioni del lavoratore in riferimento all’organizzazione del lavoro ed alla struttura aziendale”¹⁰². Ragionando a contrario si può, quindi, affermare, che in linea di massima il dipendente in custodia cautelare per fatti estranei al rapporto di lavoro conserva il posto e la retribuzione, tranne che, ma questa sembrerebbe solo un’ipotesi residuale, la sua assenza abbia determinato gravi problemi organizzativi non fronteggiabili con il restante personale. Il che equivale a dire che “*la persistenza o non persistenza d’un apprezzabile interesse del datore a ricevere le ulteriori prestazioni del*

⁹⁹ La giurisprudenza prevalente negli anni ’50 riteneva, sulla scia di Cass. 5 luglio 1957, n. 2621, che “l’arresto del lavoratore sia egli colpevole o no, ha come effetto l’estinzione del rapporto di lavoro indipendentemente dalla natura definitiva o temporanea della sopravvenuta impossibilità delle prestazioni e da qualsiasi manifestazione della volontà di recedere dell’altra parte”. Ciò perché si riteneva che l’oggetto del contratto fosse individuabile nella continuità della prestazione rispetto alla quale “ogni interruzione che si protragga oltre i normali limiti di tolleranza fa venir meno, rispetto al datore di lavoro, la causa stessa del rapporto”.

¹⁰⁰ Ed infatti all’art. 1464 del cod. civ. si afferma che quando la prestazione di una parte è divenuta parzialmente impossibile, l’altra in base a personali valutazioni può scegliere o di ridurre anche la propria prestazione o di recedere dal contratto se non ha “*un interesse apprezzabile all’adempimento parziale*”.

¹⁰¹ Da ultimo Trib. Livorno 17 settembre 2002.

¹⁰² Così, tre le altre, Cass. 9 novembre 1978, n. 5156 e Cass. 1 settembre 1999, n.9239. Come evidenziato da L. Zoppoli, in op.cit., p. 235 il persistente riferimento all’art. 1464 del cod. civ. appare più formale che sostanziale nel senso che serve solo a “realizzare un compromesso argomentativo” ovvero a ricondurre la risoluzione per impossibilità sopravvenuta nell’ambito del recesso e quindi nell’ambito della disciplina generale in materia di licenziamento.

lavoratore detenuto deve essere valutata alla stregua di criteri oggettivi, riconducibili a quelli fissati nella l. 15 luglio 1966, n. 604, art. 3, costituiti dalle esigenze oggettive dell'impresa, che devono essere valutate con giudizio ex ante e non ex post, tenendo conto delle dimensioni della stessa, del tipo di mansioni del lavoratore detenuto, nonché del maturato periodo di assenza, della prevedibile durata della carcerazione, della possibilità di affidare temporaneamente ad altri le sue mansioni senza necessità di nuove assunzioni, e, più in generale, di ogni altra circostanza rilevante ai fini della determinazione della misura della tollerabilità dell'assenza”¹⁰³.

A questo punto non sembrano davvero residuare dubbi sul fatto che anche l'arresto preventivo del lavoratore, che originariamente rappresentava una di quelle rare fattispecie di possibile applicazione delle norme civilistiche al contratto di lavoro ed in particolare dell'art. 1464 del cod. civ. in materia di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta parziale del lavoratore, viene in realtà ad oggi disciplinato con una *lex specialis*, e particolarmente con la legge n. 604/66, art. 3, prevalente sulle norme generali di cui agli artt. 1463 e ss. del cod. civ. Come già accennato, per il momento si va a soprassedere sull'analisi di quei casi di sopravvenuta impossibilità della prestazione di lavoro per causa non imputabile al lavoratore che invece di comportare, come dovrebbe avvenire applicando gli artt. 1256 e ss. e 1463 e ss. del cod. civ., la risoluzione del contratto, portano ad una mera sospensione del rapporto di lavoro lasciando intatto sia il contratto che la retribuzione. Tuttavia, ad ulteriore sostegno della tesi circa la non applicabilità dei rimedi sinallagmatici al contratto di lavoro, si può portare un altro illustre esempio che proviene dalla normativa in materia di salute e sicurezza. Può ben accadere che durante la vita del rapporto lavorativo, il dipendente subisca, per effetto di un infortunio o di una malattia, una riduzione della propria capacità lavorativa.

Si distingue, dunque, in tali casi tra una sopravvenuta inidoneità alla mansione specifica:

- temporanea, - permanente, - parziale, che può essere a sua volta parziale temporanea o parziale permanente¹⁰⁴.

Se si volessero applicare le norme in materia di contratti sinallagmatici dovremmo inquadrare la sopravvenuta inidoneità temporanea alla mansione fra i casi di cui all'art. 1256, 2° comma,

¹⁰³ Cass. 1 giugno 2009 n.12721. In senso conforme: Cass. 5 maggio 2003 n. 6803, *Mass. giur. lav.*, 2004, 6, 235; Cass. 1 settembre 1999 n. 9239, *Riv. giur. lav.* 2000, II, 78; Cass. 11 gennaio 1995 n. 266, *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II; Cass. 30 marzo 1994 n. 3118, *Mass. giur. it.*, 1994; Cass. 9 giugno 1993 n. 6409, *Mass. giur.it.*, 1993; Cass. 23 giugno 1992 n. 7668, *Notiz. giur. lav.*, 1992, 662; Cass. 18 febbraio 1992 n. 1966, *Lav. nella p.a.*, 1992, 2245; Cass. 13 luglio 1990 n. 7252, *Mass. giur. it.*, 1990; Cass. 15 dicembre 1988 n. 6826, *Mass. giur. it.*, 1988; Cass. 10 agosto 1987 n. 6859, *Orient. giur. lav.*, 1988, 174; Cass. 12 marzo 1985 n. 1965, *Mass. giur. it.*, 1985; Cass. 15 luglio 1983 n. 4849, *Mass. giur. it.*, 1983; per la giurisprudenza di merito, Trib. Livorno 17 settembre 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, p. 411; Pret. Milano 13 febbraio 1995, in *Riv. crit. dir.*

¹⁰⁴ Tale distinzione è stata operata dal legislatore del 2008, all'art. 41, 5 comma, del d.lgs. n. 81 così come modificato dal d.lgs. n. 106/09.

ed all'art. 1463 del cod. civ.¹⁰⁵; quella permanente fra i casi di cui all'art. 1256, 1° comma, ed all'art. 1463 del cod. civ.¹⁰⁶; quella parziale fra i casi di cui all'art. 1464 del cod. civ.¹⁰⁷ arrivando alla soluzione unitaria della risoluzione del contratto per così dire “automatica” nei casi di inidoneità permanente coincidente con un'impossibilità definitiva e “scelta” dal creditore –datore di lavoro negli altri due casi, non essendo egli soggettivamente interessato ad adempimenti ritardati nel tempo o parziali.

Il che, poi, come già visto a proposito della carcerazione preventiva, andrebbe a cozzare con le norme in materia di licenziamento individuale di cui alla legge n. 604/66 che “oggettivizzano” i criteri di recesso datoriale dal contratto, specie per giustificato motivo oggettivo ex art. 3 della legge suddetta.

Il vero problema, tuttavia, nelle ipotesi in esame di un'alterazione dell'integrità psico-fisica che ha ridotto la capacità professionale del lavoratore è un altro ed è molto più complesso ovverosia pur ammettendo il superamento delle norme civilistiche sull'impossibilità sopravvenuta per effetto dell'applicazione della *lex specialis* sui licenziamenti individuali non ci si pone al riparo da contrasti con principi costituzionali fondamentali quali, ad esempio, la tutela della salute come bene primario superiore a qualsiasi altro ex art. 32 della Cost. e della dignità sociale di cui all'art. 3, primo comma, della Cost.

Dunque, tranne il caso di un'inidoneità a qualsiasi mansione che si traduce in un'inabilità al lavoro, dove evidentemente non può essere tenuto in vita alcun rapporto lavorativo tanto che interviene lo Stato ex art. 38 della Cost.¹⁰⁸, nelle inidoneità alla mansione specifica va evitato un licenziamento, percepito come ingiusto e discriminatorio, e vanno ricercate soluzioni differenti pur a costo di introdurre deroghe a norme riviste in chiave di massima garanzia del

¹⁰⁵ Ed infatti, come già visto in precedenza, il secondo comma dell'art. 1256 del cod. civ. regola proprio i casi in cui la prestazione del debitore è divenuta *temporaneamente* impossibile. In essa si stabilisce che se il ritardo nell'adempimento è tale da far perdere al creditore l'interesse alla prestazione o da sollevare il debitore dall'adempimento stesso alla luce di quello che era il titolo dell'obbligazione o la natura dell'oggetto, si ha l'estinzione dell'obbligazione del debitore che a sua volta dovrebbe comportare, nel caso di contratti sinallagmatici, la risoluzione del contratto ex art. 1463 del cod. civ.

¹⁰⁶ Come noto, l'art. 1256, primo comma, stabilisce che l'obbligazione si estingue quando, per causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile, ed in ciò ben potrebbe rientrare un'inidoneità permanente alla mansione. A sua volta l'art. 1463 del cod. civ. nel richiamare implicitamente l'art. 1256 del cod. civ. afferma che, nei contratti sinallagmatici, la parte liberata dalla propria obbligazione per sopravvenuta impossibilità non può chiedere all'altra la controprestazione e quindi il contratto si risolve.

¹⁰⁷ Anche qui, come già visto, per espressa previsione dell'art. 1464 del cod. civ. a fronte di una prestazione divenuta parzialmente impossibile, la controparte può scegliere o di ridurre a sua volta la propria prestazione o di risolvere il contratto se non interessata ad un adempimento solo parziale.

¹⁰⁸ In particolare, all'art. 38 della Cost., primo comma, primo capoverso, si stabilisce che: “ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale”.

dipendente come l'art. 2103 del cod. civ. dopo le modifiche di cui all'art. 13 della legge n. 300/70¹⁰⁹.

Così per prima la dottrina ha iniziato a parlare delle possibilità di assegnare mansioni diverse ed anche inferiori, conservando la retribuzione di provenienza, al lavoratore divenuto non completamente idoneo alla mansione originaria per preservare l'interesse di quest'ultimo alla conservazione del posto di lavoro¹¹⁰. Tale orientamento è stato, poi, seguito dalla giurisprudenza¹¹¹ che ha conferito legittimità al cosiddetto "patto di dequalificazione" se ciò è necessario per rendere le prestazioni lavorative adeguate alle condizioni di salute. Essa ha, infatti, precisato che in caso di sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, l'impossibilità della prestazione lavorativa, quale giustificato motivo di recesso del datore dal contratto di lavoro, non è ravvisabile per effetto della sola ineseguitabilità dell'attività lavorativa svolta dal prestatore di lavoro. Quest'ultima può essere esclusa dalla possibilità di adibire il lavoratore ad una diversa attività che sia riconducibile alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti o, se ciò è impossibile, a mansioni inferiori. Le ultime espressioni sono state, poi, riprese pedissequamente dal legislatore del 2008 all'art. 42 del d.lgs. n. 81, nella versione ultima modificata dal d.lgs. n. 106/09, che intitolato "provvedimenti in caso di inidoneità alla mansione specifica" sancisce: "il datore di lavoro ... attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un'inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza".

Due passaggi sono, dunque, fondamentali: 1) astrattamente, l'impossibilità della prestazione connessa alla sopravvenuta infermità permanente del lavoratore comporterebbe non la risoluzione ex artt. 1463 e ss. del contratto ma il recesso per giustificato motivo oggettivo ex art. 3 della legge n. 604/66; 2) praticamente, nemmeno il recesso per giustificato motivo

¹⁰⁹L'art. 2103 del cod. civ. nella sua versione originaria stabiliva che il datore di lavoro poteva operare modifiche unilaterali alle mansioni negozialmente attribuite qualora fossero stati rispettati due limiti: l'esigenza dell'impresa e l'impossibilità di determinare un mutamento sostanziale della posizione lavorativa. Siccome soprattutto il primo dei due limiti appariva eccessivamente ampio e tale da esaltare la discrezionalità del datore, il legislatore del '70 ha cercato di porre rimedio introducendo una disciplina molto più dettagliata basata sull'impossibilità e conseguente nullità delle vicende modificative in *pejus*.

¹¹⁰I primi a ritenere praticabile una deroga all'art. 2103 del cod. civ. nei casi di sopravvenuta inidoneità alla mansione sono stati i professori De Luca Tamajo e Cester, come riportato da P. Monda "La sorveglianza sanitaria" in AA.VV. (a cura di L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo) "Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori" Milano, Ipsoa, 2011, sulla base dell'assunto che un'eventuale alterazione dell'integrità psico-fisica del lavoratore, nel pregiudicare la possibilità di esprimere la capacità professionale acquisita in precedenza, elimina il contenuto su cui si fonda la nullità ex art. 2103 del cod. civ. e quindi consente l'attribuzione di mansioni più consone alla condizione del lavoratore.

¹¹¹Si vedano in tal senso Cass. 7 agosto 1998, n. 7755; Cass. 5 agosto 2000, n. 10339; Cass. 5 febbraio 2003, n.3245 e Cass. 22 agosto 2003, n.12362.

oggettivo è configurabile perché l'impossibilità si traduce empiricamente in una mera non eseguibilità della specifica attività facilmente superabile attribuendo al lavoratore altra mansione confacente al suo mutato stato di salute¹¹².

Da tutto quanto appena detto, appare scontato che la dottrina, la giurisprudenza ed il legislatore medesimo quando trattano di problematiche attinenti alla figura del lavoratore non possono non tener conto delle tutele ad esso assegnate già dalla Carta Costituzionale, ed oggi, peraltro, anche dalla Carta di Nizza¹¹³. Ciò porta inevitabilmente ad un allontanamento dalle categorie civilistiche ed *in primis* da quelle inerenti all'impossibilità sopravvenuta, che, come notava già nei primi anni '90 un illustre autore, possono essere riprese solo in virtù di "generiche assonanze dalle quali non si può far discendere alcuna conseguenza giuridica, specialmente quando queste conseguenze si presentano in contrasto con lo spirito della disciplina speciale"¹¹⁴.

Sarebbe, tuttavia, erroneo ritenere che nel diritto del lavoro l'eventuale interesse datoriale al recesso sia sempre sacrificato. Semplicemente i vari legislatori hanno ritenuto opportuno, anche e soprattutto alla luce della posizione di forza contrattuale del datore, fissare delle procedure specifiche onde evitare abusi connessi a quegli ampi spazi di discrezionalità di cui dispone il "comune" contraente ex artt. 1256 e ss e 1463 e ss. del codice civile¹¹⁵.

e) Se la questione sulla possibile applicazione al contratto di lavoro della risoluzione per impossibilità sopravvenuta ha, comunque, creato un certo dibattito in dottrina ed in giurisprudenza intorno a differenti istituti che vanno dalle "classiche" sospensioni, alla carcerazione preventiva del lavoratore fino alla sopravvenuta inidoneità alla mansione, molto più sbrigativa è stata, invece, la risposta alla medesima domanda rispetto alla risoluzione per inadempimento ex art. 1455 del cod. civ¹¹⁶.

¹¹² Sussiste, infatti, come sottolineato dalla giurisprudenza, un vero e proprio obbligo cosiddetto "di repechage" a carico del datore di lavoro, tanto che egli dovrà provare in eventuali controversie di aver fattivamente ricercato mansioni dapprima equivalenti ed in subordine anche inferiori per quel lavoratore. Si veda da ultimo Cass. 24 maggio 2011, n.11356.

¹¹³ La Carta dei diritti sociali fondamentali, comunemente nota come "Carta di Nizza" del dicembre 2000 dopo un percorso travagliato ha acquisito la stessa efficacia giuridica dei trattati per espressa previsione dell'art. 6 del Trattato di Lisbona.

¹¹⁴ Così L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 246.

¹¹⁵ Pertinente è l'osservazione di L. Zoppoli, in *op.cit.*, per cui: "sostenere senz'altro l'applicabilità della disciplina civilistica della corrispettività al contratto di lavoro sembra più che altro un'operazione diretta a far rientrare dalla finestra quella discrezionalità nell'uso dei poteri datoriali che il legislatore ha voluto cacciare dalla porta", p.222.

¹¹⁶ Si noti, peraltro, che come sottolineato da illustri civilisti ed *in primis* da A. Trabucchi, in *op.cit.*, non basta un mero inadempimento a giustificare l'istanza risolutiva ma esso deve comunque avere ben determinate caratteristiche quali la

"non scarsa importanza" in relazione all'interesse della controparte da valutare sia sotto il profilo cronologico (chi ha iniziato per primo a non adempiere), sia sotto il profilo soggettivo (gravità dell'inadempimento rispetto

Qui, infatti, sia la dottrina che la giurisprudenza per anni si sono limitate ad una secca esclusione dell'applicazione di siffatto rimedio sinallagmatico al contratto di lavoro invocando quel principio di specialità che comporta l'automatico superamento delle norme civilistiche in materia per effetto delle leggi specifiche sul recesso¹¹⁷.

Più di recente, la questione si è, invece, complicata, al punto da rendere necessaria un'analisi focalizzata sui possibili intrecci tra recesso e risoluzione per inadempimento, per effetto di due fenomeni: 1) la forte frammentazione dei contratti di lavoro non tutti ugualmente tutelati; e 2) la tendenza attualissima verso una cosiddetta "flessibilità in uscita", ovverosia una semplificazione degli adempimenti, per il datore, e delle tutele, per il lavoratore, legate al licenziamento.

Quanto al primo punto, esemplare è il caso dei contratti a termine sui quali si è venuto a creare un contrasto giurisprudenziale che neppure diverse pronunce delle Sezioni Unite hanno ad oggi sopito.

In particolare, la problematica verte sul se considerare o meno licenziamento quello del dipendente a termine che si è visto convertire il contratto in tempo indeterminato, stante l'illegittimità del primo, e, quindi, sul se applicargli le norme speciali sul recesso o quelle generali sull'inadempimento datoriale.

Da ultimo la sentenza della Cassazione, Sez. lavoro, 25 maggio 2009, n. 12011, investita di tale questione, ha cercato di fare il punto, ricapitolando anche le diverse posizioni.

In primo luogo i giudici di legittimità hanno ricordato che le Sezioni Unite, con la sentenza n. 7471 del 1991, sono intervenute a comporre il contrasto di giurisprudenza, "nel senso di escludere la configurabilità di una fattispecie di recesso" perché, a loro dire, in linea generale – fatta eccezione per i casi di esternalizzazione della volontà di troncamento del rapporto nella consapevolezza della sua permanenza- il datore di lavoro ed il lavoratore a termine "adeguano i loro comportamenti a quella che appare la regola del rapporto, ..., cosicché natura meramente ricognitiva è da attribuire all'eventuale comunicazione alla controparte della cessazione del rapporto ad una certa data".

In secondo luogo, ricordando che "esclusa per tale via la presenza di un negozio di recesso", anche in ordine alle pretese economiche del lavoratore a termine si è avuto un altro intervento

all'interesse alla prestazione dell'altra parte) ma anche con riferimento alla componente oggettiva dell'equilibrio sinallagmatico.

¹¹⁷ A titolo esemplificativo, si riporta l'affermazione di Ghera, contenuta proprio nel manuale di diritto del lavoro, *op.cit.*, sulla quale conviene la maggior parte della dottrina per cui: "la regolamentazione legale del contratto di lavoro prevede, a tutela del soggetto adempiente contro colui che non sia tale, l'istituto del recesso, mentre le norme di diritto comune sono dirette a tutelare lo stesso interesse in modo più macchinoso ed indiretto; sembra, quindi, che si possa correttamente invocare il principio di specialità".

coerente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la pronuncia n. 2334 del 1991, si precisa come:

“ in linea con i principi generali dei contratti sinallagmatici, l’obbligazione retributiva costituisca necessariamente (salve le specifiche eccezioni al principio contemplate dalla legge) il corrispettivo della prestazione di lavoro, cosicché, quando la prestazione manchi per causa imputabile al datore di lavoro, il lavoratore può ottenere soltanto il risarcimento del danno (in linea generale nella misura corrispondente alla retribuzione), danno subito a causa dell’impossibilità della prestazione cagionata dal rifiuto ingiustificato del datore di lavoro, concretante inadempimento contrattuale ai sensi e per gli effetti dell’art. 1223 del cod. civ. donde la necessità, per ottenere il risarcimento, che il lavoratore si attivi per offrire l’esecuzione delle prestazioni, costituendo in mora il datore di lavoro nelle forme di cui all’art. 1217 del cod. civ.”.

In terzo luogo, dopo aver citato l’orientamento che si ritiene maggioritario e ripreso in varie altre sentenze della Corte¹¹⁸, i medesimi giudici richiamano, sulla scia di quanto già fatto dal ricorrente, pure quelle sentenze che si muovono in una direzione “opposta”, ed *in primis* Cass. n. 12665/1997, nelle quali si sostiene “l’applicabilità della disciplina limitativa del recesso datoriale in tutti i casi in cui l’interruzione del sinallagma contrattuale sia imputabile al datore di lavoro”, con conseguente possibilità per il lavoratore a termine di invocare la legge n. 604/66 e l’art. 18 della legge n. 300/70 e si precisa, con la sentenza n. 6167/1998, che “il non volere che la prestazione lavorativa sia eseguita significa impedire gli effetti giuridici che deriverebbero dalla continuazione della fattualità del rapporto e, quindi, equivale a volere la cessazione del contratto”.

Infine, essi arrivano ad una conclusione - che cerca di superare le “finzioni giuridiche” per cui il lavoratore, in virtù del principio sinallagmatico, non ha diritto alla retribuzione in assenza di prestazione lavorativa ma ad un risarcimento del danno ex art. 1223 del cod. civ. che corrisponde pur sempre alle retribuzioni stesse e di spostare l’asse sull’impossibilità sopravvenuta per il lavoratore a termine di prestare la propria opera piuttosto che focalizzare l’attenzione su di un inadempimento in senso stretto datoriale, in linea, peraltro, con il più recente orientamento in materia delle Sezioni Unite espresso con la sentenza n. 14381/2002 - tale per cui: “ nell’ipotesi di scadenza di un contratto a termine illegittimamente stipulato e di comunicazione al lavoratore, da parte del datore di lavoro, della conseguente disdetta, non sono applicabili né la norma di cui alla L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 6, né quella di cui alla L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18, ancorché la conversione del rapporto a termine in rapporto a

¹¹⁸ Tra cui si richiamano: Cass. n. 5932/1998; Cass. n. 5821/2000; Cass. n. 14882/2000; Cass. n.10782/2000; Cass. n. 12697/2001; Cass. n. 9962/2002; Cass. n. 17524/2002.

tempo indeterminato dia egualmente al dipendente il diritto di riprendere il suo posto e di ottenere il risarcimento del danno qualora ciò gli venga negato. Infatti, mentre la tutela prevista dall'art. 18 cit., attiene ad una fattispecie tipica, disciplinata dal legislatore con riferimento al recesso del datore di lavoro, e presuppone l'esercizio della relativa facoltà con una manifestazione della volontà di determinare l'estinzione del rapporto, una simile facoltà non è configurabile nel caso di disdetta con la quale il datore di lavoro, allo scopo di evitare la rinnovazione tacita del contratto, comunichi la scadenza del termine, sia pure invalidamente apposto, al dipendente, sicché lo svolgimento delle prestazioni cessa in ragione della esecuzione che le parti danno ad una clausola nulla. Ne consegue che, al dipendente che cessi l'esecuzione della prestazione lavorativa per attuazione di fatto del termine nullo non spetta la retribuzione finché non provveda ad offrire la prestazione stessa determinando una situazione di "mora accipiendi" del datore di lavoro; situazione, questa, che non è integrata neppure, di per sé, dalla domanda di annullamento del licenziamento illegittimo con la richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro; in base allo stesso principio si deve escludere anche il diritto del lavoratore ad un risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni perse per il periodo successivo alla scadenza, così come dalla regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni nel rapporto di lavoro deriva che, al di fuori di espresse deroghe legali o contrattuali, la retribuzione spetta soltanto se la prestazione di lavoro viene eseguita, salvo che il datore versi in una situazione di "mora accipiendi" nei confronti del dipendente" .

Quest'ultimo orientamento è stato seguito anche in materia di somministrazione a tempo determinato.

Ed infatti, da ultimo con le sentenze n.13969 del 24 giugno 2011 e n.15515 del 2 luglio 2009 i giudici di legittimità, dopo aver confermato la conversione di un contratto di somministrazione a tempo determinato in tempo indeterminato per superamento dei 36 mesi, hanno escluso l'automatica erogazione delle retribuzioni perse dal lavoratore, sotto forma di risarcimento del danno, richiamandosi alla sentenza della Cass. n. 20316 del 23 luglio 2008 e riprendendo, nel caso di specie, la sentenza della Cass. n. 4677 del 3 marzo 2006 che, sebbene in materia di contratto a termine, stabiliva che: "in caso di sospensione volontaria della prestazione, come è nei fatti quella in esame ancorché dipendente dalla scadenza di un termine successivamente dichiarato nullo, non è dovuta la retribuzione, in ragione della *tendenziale* effettività e corrispettività delle prestazioni nel rapporto di lavoro, finché il lavoratore non provveda a mettere nuovamente a disposizione la stessa (con un atto giuridico in senso stretto di carattere recettizio), anche se per *facta concludentia* e senza ricorrere a

specifici requisiti formali, determinando conseguentemente una situazione di *mora accipiendi* del datore di lavoro, da cui deriva, ai sensi degli artt. 1206 e ss. cod. civ., il diritto del lavoratore al risarcimento del danno nella misura delle retribuzioni perdute a causa dell'ingiustificato rifiuto della prestazione offerta da parte del datore di lavoro" . Differentemente dalla posizione assunta dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 14381/2002 poco sopra vista, i giudici che, in ordine di tempo, sono intervenuti tra gli ultimi sulla tematica nel giugno 2011 hanno ritenuto che: “ è infondato anche l’ultimo motivo, che investe il profilo delle pretese economiche delle lavoratrici e della loro decorrenza, che la ricorrente ricollega in via alternativa alla loro riammissione in servizio o alla effettiva offerta delle prestazioni lavorative con la relativa messa in mora della datrice di lavoro, contestando che la “mora accipiendi” potesse coincidere, come ritenuto dai giudici del merito, col tentativo obbligatorio di conciliazione. In realtà, la Corte d’Appello ha chiaramente spiegato, con argomentazione immune da vizi di carattere logico-giuridico, che il primo giudice aveva correttamente applicato al caso in esame le regole della “mora credendi”... *Non coglie, quindi, nel segno la censura laddove pretende di far decorrere il diritto alle retribuzioni, come forma risarcitoria, dalla effettiva riammissione in servizio delle lavoratrici o laddove ritiene che la richiesta di espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione non possa equipararsi, ai fini della messa in mora della parte datoriale, all’offerta delle prestazioni lavorative*”¹¹⁹.

Le pronunce riportate, mostrano, quindi, la complessità di un dibattito, peraltro ancora aperto, che resta, però, fermo, sebbene con diverse sfumature, su due punti: 1) guardando alla situazione del singolo lavoratore “non standard” ad oggi, non è sempre vero che al verificarsi del fenomeno della cessazione di un rapporto di lavoro per volontà datoriale si applicano in automatico le norme speciali in materia di licenziamenti di cui all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori ed alla legge n. 604/66, con le conseguenze economiche ivi previste in caso di licenziamento illegittimo; 2) tuttavia, alla luce delle lacune esistenti, stante l’impossibilità di un’applicazione analogica delle leggi speciali in materia di recesso ai contratti atipici, dovendo “pescare” tra le norme codicistiche, la soluzione alle controversie in atto ancora una volta non può provenire dalle norme contrattuali in materia di risoluzione per inadempimento di cui agli artt. 1455 e ss. del cod. civ. la cui applicazione sarebbe paradossale oltre che *contra*

¹¹⁹ Nello stesso senso si può ricordare anche la sentenza della Cassazione n. 5482 del 18 maggio 1995 che sanciva il principio generale per cui *l’offerta della prestazione di lavoro, necessaria per costituire in mora il datore, ben poteva essere implicitamente ricompresa nell’azione in giudizio diretta all’accertamento dell’illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro*; così come poteva essere considerata offerta della prestazione anche quella contenuta in una lettera del difensore del lavoratore nominato in un siffatto giudizio sia perché la procura rilasciata ad un terzo ai fini della costituzione in mora del creditore non richiede la forma scritta sia perché tale procura è implicitamente ricompresa in quella relativa al giudizio.

*legem*¹²⁰ ma viene ricercata sul diverso terreno della “*mora credendi*” ex artt. 1206 e ss. del cod. civ. che si noti, a dispetto di alcuni passaggi non del tutto chiari contenuti nelle sentenze sopra viste, non fa venir meno, ex art.1207 del cod. civ., l’obbligazione retributiva pure in assenza di prestazione quando essa è stata offerta ed illegittimamente rifiutata da un datore che ne ha voluto la sospensione unilaterale¹²¹.

Quanto, poi, alla seconda riflessione circa le attuali tendenze, contenute in vari disegni di legge al Senato fra cui da ultimo il n. 4277 del 7 aprile 2011, dirette a “barattare” la soppressione di talune tipologie contrattuali atipiche ricondotte nell’alveo di un cosiddetto “contratto unico” con la persistenza nella non applicazione ai lavoratori atipici delle leggi speciali in materia di recesso (legge n. 604/44 e art. 18 della legge n. 300/70) che diventerebbe poi la regola per tutti i contratti futuri, si giunge a conclusioni analoghe a quella appena viste. Anche qui, infatti, va sottolineato come se da un lato esse possono essere lette come una sorta di “duro colpo” al principio cardine dell’assoluta supremazia delle leggi speciali in materia di recesso - ivi compreso anche e soprattutto l’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori- sulle norme codicistiche, alle quali, invece, ci si avvicina sempre di più in un’ottica risarcitoria ricollegabile in qualche maniera alle previsioni di cui all’art. 1223 del cod.civ.; dall’altro lato non c’è pericolo, e questo sì sarebbe impossibile, di riconduzione delle fattispecie di recesso dal contratto di lavoro all’ambito della risoluzione per inadempimento ex artt. 1455 e ss. del cod. civ. per almeno tre ordini di ragioni: a) quando è il datore di lavoro a recedere dal contratto, sia esso “standard”, “atipico” o in prospettiva futura anche “unico”, gli si applicheranno, comunque, le norme sulla giusta causa o giustificato motivo di licenziamento ex *lege* n. 604/66 ed art. 2119 del cod. civ. a prescindere dalla circostanza di una condanna, in caso di licenziamento illegittimo, solo al risarcimento danni e non anche alla reintegra del lavoratore nel suo posto ex art.18 dello Statuto dei lavoratori; b) quando è il lavoratore a recedere tramite le dimissioni, avendo egli il solo obbligo di preavviso, ex art. 2118 del cod. civ., non trovano spazio i meccanismi più complessi di una risoluzione per inadempimento che, tra l’altro, richiederebbe invece un intervento giudiziale ex art. 1455 e ss. del cod. civ. In più, anche quando il lavoratore dovesse avere la necessità di un rimedio per tutelarsi da un inadempimento datoriale - come il pagamento di una retribuzione non sufficiente né proporzionale piuttosto che l’intervento di un licenziamento

¹²⁰ Ed infatti per espressa previsione del d.lgs. n. 368/2001 all’inadempimento datoriale, consistente nel porre fine illegittimamente ad un rapporto di lavoro, si lega una sanzione, quale l’automatica conversione del contratto in tempo indeterminato, che è l’unica in grado di tutelare il lavoratore a termine da abusi e che esattamente in una direzione opposta rispetto a quella beffa che sarebbe in siffatti casi la risoluzione del contratto ad opera di un lavoratore non più interessato all’adempimento del datore.

¹²¹ Il punto è assolutamente pacifico in giurisprudenza e di recente ripreso, fra le altre, in Cass. 21 aprile 2009, n. 9475

illegittimo- è chiaro che questo non potrà mai coincidere con quello tipico sinallagmatico della risoluzione del contratto, ma, come visto in precedenza, egli dovrà invocare in giudizio rispettivamente la diretta applicazione degli artt. 36 della Cost. e della legge n. 604/66¹²²; c) infine, e riportando un'osservazione già avanzata negli anni '90 da un illustre autore¹²³, a confermare l'impossibilità dell'applicazione della risoluzione per inadempimento al contratto di lavoro è lo stesso art. 2119 del cod. civ. che nel fornire una nozione di giusta causa di recesso, per la verità anche abbastanza ampia¹²⁴, va ad assorbire in sé la nozione di inadempimento di cui all'art. 1453 del cod. civ.

Anche rispetto a quegli ultimi rimedi sinallagmatici che sono ancora da esaminare, ovverosia le cosiddette "eccezioni dilatorie" di cui all'art. 1460 del cod. civ. si può già anticipare che neppure queste sono applicabili al contratto di lavoro.

Come sottolineato in dottrina¹²⁵, tali eccezioni rispondono essenzialmente a quattro funzioni che sono: - conservativa; - coercitiva; - dilatoria e - sanzionatoria.

Rispetto a ciascuna delle funzioni appena dette si dimostrerà che esse o non servono affatto o sono sostituite da altri specifici istituti in materia di lavoro.

Partendo proprio dalla funzione conservativa, che permette di non compiere una prestazione che dovrebbe essere restituita a seguito di una risoluzione per inadempimento, valga la pena osservare che essa non serve né al datore di lavoro che in caso di mancato ottenimento della prestazione di lavoro può reagire esercitando il potere disciplinare - inteso proprio come atto a modificare in maniera unilaterale il rapporto di lavoro in risposta ad un inadempimento del

¹²² Ed infatti anche le proposte incentrate sulla cosiddetta "flessibilità in uscita" non toccano più di tanto le previsioni di cui alla legge n. 604/66 quanto l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori nel senso che si propone, in molti di questi disegni di legge e nel caso di specie il riferimento è al n. 4277/11, di non applicare l'art. 18 della legge n. 300/70 ai lavoratori assunti con il cosiddetto "contratto unico"- che in prospettiva futura sarebbero, poi, tutti i lavoratori- e, quindi, evitare il loro reintegro nel posto di lavoro riconoscendogli, però, un risarcimento danni sotto forma di "indennità di licenziamento" in una misura pari almeno a tanti dodicesimi della retribuzione lorda complessivamente goduta nell'ultimo anno di lavoro quanti sono gli anni compiuti di anzianità di servizio in azienda e sempre che il licenziamento stesso non sia stato disciplinare. Il tutto fatta eccezione per i licenziamenti nulli, in quanto discriminatori, ovverosia legati al genere, alla razza, alla lingua, alla religione ed all'orientamento sessuale per i quali unici sarebbe ancora possibile la reintegra ex art. 18 l. 300/70.

¹²³ Il riferimento è a L. Zoppoli, in *op. cit.* p. 257.

¹²⁴ Ed infatti viene definita giusta causa di recesso ex art. 2119 del cod. civ. qualsiasi "causa che non consenta più la prosecuzione, neanche provvisoria, del rapporto di lavoro", salve poi le specificazioni fatte dalla giurisprudenza nel senso di rinvenire la caratteristica del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo nella "grave negazione dell'elemento fiduciario da valutare con riferimento non a fatti astratti ma agli aspetti concreti afferenti alla natura ed alla qualità del singolo rapporto, alle posizioni delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, nonché alla portata soggettiva dei fatti stessi, ovverosia alle circostanze del suo verificarsi, ai motivi ed all'intensità dell'elemento intenzionale e di quello colposo ed ogni altro aspetto correlato alla specifica connotazione del rapporto". Così, fra le altre Cass. n. 1575 del 27 gennaio 2004; Cass. n. 13353 dell'11 dicembre 1991.

¹²⁵ Ci si riferisce principalmente a L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 258.

prestatore¹²⁶ - , né al lavoratore che, in base alla regola della postnumerazione, vigente per prassi in materia di lavoro, viene sempre pagato dopo aver reso la prestazione lavorativa. Il che, peraltro, è un'altra stranezza rispetto a quella simultaneità che, invece, dovrebbe caratterizzare i rapporti tra una prestazione ed una controprestazione sorte da un contratto sinallagmatico.

In riferimento alla funzione coercitiva, consistente nell'effettuare pressioni affinché una parte adempia alla propria obbligazione "sotto minaccia" dell'inadempimento alla controprestazione, anche qui è agevole osservare che il datore può meglio riuscire nell'intento irrogando le sanzioni disciplinari di cui all'art. 7 della legge n. 300/70 ed il lavoratore ha a disposizione uno strumento *ad hoc* quale lo sciopero.

Al riguardo è, anzi, necessario precisare che lo sciopero non potrà mai configurare in alcun modo un inadempimento rispetto al quale il datore possa sollevare eccezioni o addirittura chiedere la risoluzione del contratto, perché esso è riconosciuto come diritto fondamentale - del singolo o dell'organizzazione rimane una questione ancora aperta in dottrina- dall'art. 40 della Costituzione ed oggi anche dall'art. 28 della Carta dei diritti sociali fondamentali, meglio nota come "Carta di Nizza" che ha attualmente lo stesso valore giuridico dei trattati ex art. 6 del Trattato di Lisbona.

Venendo alla funzione dilatoria, intesa come possibilità di dilazionare il proprio adempimento, pure essa non risponde ad esigenze né datoriali che evidentemente sono orientate nel senso di non retribuire affatto opere non svolte, né del lavoratore che se non pagato ha interesse a recuperare le retribuzioni perse piuttosto che continuare a dare nel tempo, sebbene in forma dilazionata, la propria prestazione.

Ed ancora, riguardo alla funzione sanzionatoria, peraltro non sempre riconosciuta dai civilisti a rimedi per loro natura provvisori quali le eccezioni, basti qui ricordare che essa si riconduce a poteri di autotutela dei privati che, però, nel diritto del lavoro hanno una loro ben precisa identità, ovvero ancora una volta: il potere disciplinare per il datore e lo sciopero per il lavoratore.

Pure i tentativi operati in passato dalla giurisprudenza di spiegare la perdita di retribuzione del lavoratore scioperante con il ricorso all'eccezione d'inadempimento, appaiono, peraltro, oggi superati sulla base di quel principio cardine formulato dal Calamandrei già nel 1952 per cui il lavoratore che sciopera non è inadempiente¹²⁷. Così come la fattispecie della serrata in

¹²⁶ Tal è la definizione che del potere disciplinare dà C. Assanti, *Le sanzioni disciplinari*, Milano, 1963, p.108.

¹²⁷ Tale sembra essere il punto di partenza della pronuncia della Corte Costituzionale n. 223 del 6 luglio 2001 inerente alla disciplina sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

risposta ad uno sciopero è stata correttamente inquadrata non tra le ipotesi di “*exceptio inadimplenti*” ma, per l’ennesima volta, tra quelle di “*mora accipiendi*”¹²⁸.

Sull’inapplicabilità dell’art. 1461 del cod. civ. non si ritiene necessario neppure spendere molte parole in quanto è evidente che questa norma potrebbe eventualmente applicarsi solo al lavoratore che è l’unico a poter effettivamente veder mutate le condizioni patrimoniali del datore di lavoro con pericolo per le sue retribuzioni, ma, anche in questo caso, egli è tutelato da norme specifiche che gli garantiscono molto di più della mera sospensione all’esecuzione delle proprie prestazioni ex art. 1461 in esame, ovverosia, tra l’altro, il privilegio sui crediti.

Volendo, quindi, riassumere il complesso discorso, fin qui sviluppato, si può convenire sul risultato, anticipato già in apertura, della sostanziale inapplicabilità al contratto di lavoro di tutte le norme del codice civile in materia di contratti a prestazioni corrispettive.

Come visto nelle lettere a) e b) del presente paragrafo, infatti, non è possibile applicare al contratto di lavoro le norme in materia di cessione del contratto ex art. 1406 e ss. del cod. civ. così come quelle in materia di azione generale di rescissione per lesione ex art. 1448 e ss. del cod. civ. e di risoluzione per eccessiva onerosità di cui all’art. 1467 del cod. civ. in quanto non in grado di tutelare i peculiari interessi delle parti coinvolte in un rapporto di lavoro ed in particolare del lavoratore.

Parimenti, come mostrato alle lettere da c) ad e), gli artt. 1256 e ss. e 1463 e ss. del cod. civ. in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta nonché gli artt. 1453 e ss. del cod. civ. sulla risoluzione per inadempimento risultano superati *in primis* dalle norme “speciali” sui licenziamenti individuali di cui alla n. 604/66 e dall’art. 18 della legge n. 300/70, tranne il caso dei lavoratori atipici dove pure a rilevare non è la risoluzione ma la “*mora credendi*”. Ed ancora l’inapplicabilità delle eccezioni di inadempimento ex art. 1460 del cod. civ. e della sospensione della prestazione per mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti ex art. 1461 del cod. civ. è a sua volta sancita dal ricorso, nel rapporto di lavoro, a specifici istituti a disposizione del datore e del prestatore di lavoro quali rispettivamente il potere disciplinare di cui all’art. 7 della legge n. 300/70 ed il diritto allo sciopero di cui all’art. 40 della Cost. ed all’art. 28 della Carta di Nizza.

D’altra parte sono gli stessi civilisti ad aver sempre ammesso che: “per quanto attiene al regolamento del rapporto di lavoro ... l’autonomia riconosciuta alle parti è assai limitata.

¹²⁸ Si noti, peraltro, che di recente la Cassazione con sentenza n. 20316 del 23 luglio 2008 ha fatto ricorso all’istituto della “*mora accipiendi*” anche per giustificare la mancata retribuzione delle ore immediatamente successive alla fine dello sciopero sostenendo che finché il dipendente, che ha volontariamente sospeso l’esecuzione della prestazione lavorativa per esercitare il diritto allo sciopero, non si mette nuovamente a disposizione del datore di lavoro, anche attraverso fatti concludenti e senza ricorrere a specifici requisiti formali, può non aver diritto alla retribuzione spettante solo quando c’è la prestazione lavorativa o il rifiuto ingiustificato del datore di ricevere la prestazione configurante, appunto, un’ipotesi di “*mora credendi*”.

Infatti ogni sistema moderno tiene conto della sostanziale disparità di posizione tra le parti; e, forse, ancora prima ci si deve abituare a considerare il rapporto, pur contrattuale tra i singoli soggetti, non soltanto in ragione di ciò che il lavoratore dà, ma anche in quanto egli un uomo è. La disparità è in ogni senso; ... per questo *la tutela degli interessi delle parti non si realizzerebbe efficacemente in un sistema di autonomia a cui corrisponda l'autentica concezione contrattualistica: gli strumenti di natura collettiva e pubblicistica (eteronomia) assumono un rilievo dominante per il contratto di lavoro*¹²⁹.

¹²⁹ Così A. Trabucchi, in *op.cit.*, p. 351 riprendendo Fabris P., “*L’indisponibilità dei diritti dei lavoratori*”, Milano, 1978.

Parte seconda: *L'ingresso e l'evoluzione del concetto di corrispettività nel diritto del lavoro.*

1.2.1 La tesi "classica" di Barassi.

Come anticipato già nella presentazione al lavoro di ricerca, il concetto civilistico di corrispettività entra in un diritto del lavoro, ancora tutto da costruire, nel 1915 grazie principalmente ad un'opera dal titolo "il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano" di un noto giurista quale il Lodovico Barassi¹³⁰.

In particolare, egli, approfittando delle lacune esistenti e, quindi, del vuoto normativo caratterizzante il codice civile del 1865, all'epoca vigente, che non disciplinava affatto il lavoro subordinato¹³¹, limitandosi ad una distinzione, peraltro, neppure lineare tra "*locatio operis*" e "*locatio operarum*", è riuscito a fondare una propria teoria del contratto individuale di lavoro, ancora oggi ampiamente seguita e definita dalla dottrina "classica"¹³².

Questa tesi ruota attorno alla visione del contratto individuale di lavoro come contratto di diritto comune ed in particolare di scambio, ovverossia a prestazioni corrispettive.

Essa, era, per Barassi, facilmente dimostrabile già guardando a quella circostanza empirica per cui il rapporto di lavoro - nascente da un contratto fra privati, che "stanno l'uno *di fronte* l'altro"¹³³ e che diventa, dunque, la fonte dello stesso - si riduce a null'altro se non uno scambio, appunto, tra prestazione lavorativa e retribuzione.

Scambio "puro" da accettare evitando inutili sentimentalismi economico - giuridici perché il lavoro umano è una merce nella misura in cui "essendo esso inseparabile dall'uomo, è impossibile asservire il lavoro all'altrui utile senza asservire l'uomo stesso"¹³⁴.

Secondo l'autore in esame, dunque, la regola cardine caratterizzante il contratto e di conseguenza il rapporto di lavoro era da rinvenire nella cosiddetta "corrispettività biunivoca".

¹³⁰ L'opera è edita Milano, 1915.

¹³¹ Il che, come visto già in prefazione, ed in particolare in nota n. 5, p. 1, non sorprende gran parte della dottrina ed *in primis* il Romagnoli, in *op.cit.*, stante il tipo di società dell'epoca basato su una forte divisione tra classi sociali tale per cui il codice civile doveva occuparsi delle situazioni dei proprietari terrieri piuttosto che guardare al lavoro degli umili.

¹³² A dare tale definizione per rispondere ad esigenze schematiche è stato fra i primi L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 34.

¹³³ Si noti come Barassi, in *op.cit.* p.167, utilizzando l'espressione "di fronte" cerca in qualche maniera anche di ripristinare quell'elemento di parità fra le parti che caratterizza la stipula di contratti di diritto comune, i quali, appunto, si presuppongono conclusi fra soggetti liberi e nelle stesse condizioni e ciò pur conoscendo benissimo l'inevitabile situazioni di disparità contrattuale fra un datore ed un prestatore di lavoro.

¹³⁴ Così L. Barassi, in *op.cit.*, p. 83.

Quest'ultima consiste nella corrispondenza esatta fra prestazione e controprestazione e, quindi, nel caso del lavoro subordinato, fra opera effettivamente svolta e retribuzione tale per cui “se il lavoratore non ha lavorato, quale che ne sia stata la causa, la retribuzione non gli spetta”¹³⁵.

Non solo, ma il principale corollario discendente dal principio di “corrispettività biunivoca” è quello per cui la retribuzione deve essere sempre perfettamente proporzionale all'attività svolta. Il che significa che nel contratto di lavoro, dal punto di vista strettamente temporale, deve essere il prestatore ad adempiere per primo alla propria obbligazione perché solo a lavoro effettuato si può stabilire la retribuzione spettante, ovverosia esattamente in proporzione rispetto a quanto dato.

Detto in altri termini, e per riprendere la sintesi efficacemente realizzata da un autore¹³⁶, per Barassi l'imprenditore acquista forza lavoro non in quanto tale ma perché si traduca in valore di scambio “incorporato” nei prodotti. Da qui, dunque, deriva la circostanza per cui la vera ragione della retribuzione sta in un mutamento delle energie lavorative divenute prodotti che si ha soltanto dopo che esse siano state effettivamente erogate e si siano “oggettivate”.

Volendo schematizzare in 3 punti il pensiero barassiano si può, dunque, dire che per egli: 1) il contratto di lavoro è un contratto sinallagmatico “puro” dove l'obbligazione retributiva datoriale e l'obbligazione lavorativa del prestatore si fondono indissolubilmente in quanto unite dal principio generale della buona fede; 2) la stessa buona fede “non tollera che se l'una prestazione cada, l'altra abbia a rimanere obbligatoria”¹³⁷; 3) la due prestazioni che andrebbero eseguite simultaneamente in base alle norme generali sui contratti sinallagmatici, possono nel contratto di lavoro essere sfalsate nei tempi perché “normalmente la mercede presuppone un lavoro eseguito”¹³⁸.

Rispetto all'ultimo punto appare, poi, opportuno evidenziare che quando Barassi – conscio, peraltro di star forzando il concetto di corrispettività per piegarlo alla regola della

¹³⁵ Così, L. Barassi, in *op.cit.*

¹³⁶ Il riferimento è a L. Zoppoli, in *op.cit.*

¹³⁷ L'espressione è dello stesso Barassi, in *op.cit.*, p.551.

¹³⁸ Così L. Barassi, in *op.cit.*, p. 559.

postnumerazione¹³⁹ - parla di una retribuzione che può essere data solo a lavoro svolto per garantire la proporzionalità fra prestazione e controprestazione si riferisce ad una proporzionalità o equivalenza comunque legata a percezioni soggettive datoriali piuttosto che a criteri oggettivi di valutazione.

Pure in relazione a possibili casi fortuiti che impediscano ad una delle parti contrattuali di adempiere alla propria obbligazione, l'autore non si avvale, come sarebbe stato forse più coerente con i suoi assunti di base, del rimedio "tipico" in materia di contratti sinallagmatici della risoluzione per impossibilità sopravvenuta bensì della regola generale in materia di sopportazione del rischio tale per cui "ognuno deve sopportare le conseguenze del caso da cui venga personalmente colpito".

Ciò sta a significare che il datore dovrà comunque pagare in maniera piena le retribuzioni, sempre che "il lavoratore possa dire che per parte sua era prontissimo al lavoro"¹⁴⁰, quando il caso fortuito si è abbattuto su di lui, ovverosia "in caso di diminuzione del lavoro decisa unilateralmente anche a seguito di dissesto dell'azienda o crisi industriale". Ed infatti, egli prosegue, sebbene "il principio della reciprocità delle prestazioni esigerebbe la proporzionale riduzione della mercede" questo andrebbe contro quell'altra regola che le parti si sono date per cui "la diminuzione della mercede non può che essere convenuta d'accordo"¹⁴¹.

Quanto al lavoratore, per Barassi, egli perde inevitabilmente la retribuzione ogni volta che il caso fortuito non gli ha consentito lo svolgimento dell'opera perché "l'impedimento sorto nella persona del lavoratore" implica che sia egli a subirne le conseguenze economiche "anche se l'operaio o l'impiegato siano scevri di colpa"¹⁴².

A parte il cinismo o lo scarso senso di equità sociale o le distorsioni rispetto alla concezione civilistica della corrispettività - che implicherebbe non solo la simultaneità fra prestazioni ma

¹³⁹ Ed infatti egli dirà che "in fondo questa regola della postnumerazione non è che il risultato pratico di un andamento che in sostanza finisce coll'escludere la regola fondamentale dei contratti a titolo oneroso o sinallagmatici, secondo la quale le due prestazioni vanno eseguite simultaneamente", salvo, poi, cercare di conciliare affermando che essendo essa "un puro precetto di carattere dispositivo, è lecito il contrario volere delle parti". L. Barassi, in *op.cit.*, p. 733.

¹⁴⁰ Sembra qui richiamare la fattispecie della "*mora credendi*".

¹⁴¹ Le parole sono di Barassi, in *op.cit.*, p. 442.

¹⁴² È interessante notare come in base alla ricostruzione fornita da L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 54 già nei primi del '900 la giurisprudenza si muoveva in direzione completamente opposta alla teoria di Barassi affermando in varie pronunce quali, ad esempio, quella della Corte di Appello di Napoli del 7 agosto 1906, commentata in Riv. Dir. Comm., 1907, II, p. 153 che nelle ipotesi di cause non imputabili a nessuno dei contraenti è dovuta agli operai un'equa indennità perché non siano posti immediatamente in uno stato di privazione dei mezzi di sussistenza.

anche e soprattutto che “la retribuzione vada corrisposta non nella misura in cui il datore di lavoro abbia utilizzato la prestazione lavorativa bensì quando sussista inalterato l’obbligo di corrisponderla”¹⁴³ - le affermazioni fin qui riportate a sintetizzare il pensiero “barassiano” potevano ancora in qualche maniera “reggere”, ovverosia essere sostenibili, in un contesto normativo, quale quello dei primi del novecento, caratterizzato, come visto, dall’assenza di norme specifiche in materia di lavoro.

La tesi classica di Barassi della “corrispettività pura” nel contratto di lavoro con i vari corollari brevemente riportati inizia, invece, a “scricchiolare” sempre di più nel momento in cui entrano in vigore dapprima il codice civile del 1942 e poi la Costituzione del 1948.

In primo luogo, infatti, il codice civile vigente infligge un iniziale “duro colpo” nel momento in cui all’art. 2110, primo comma, stabilisce che: “in caso di infortunio, malattia, di gravidanza o puerperio, 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”.

Di fronte a tale norma Barassi, pur di non ammettere l’evidente discrasia con le sue costruzioni dogmatiche, sosterrà, forse non credendoci neanche egli fino in fondo, che l’art. 2110 del codice civile riconosce al lavoratore ammalato, infortunato o alla lavoratrice in gravidanza “un’indennità a scopo di sostentamento”¹⁴⁴ statale o comunque legata ad un autonomo sistema previdenziale che in nulla tange il datore di lavoro e che non è né potrà mai essere retribuzione, dato che non c’è stata prestazione lavorativa e lo stesso lavoratore non la accetterebbe perché pure in egli è diffusa l’idea che la retribuzione gli può derivare solo *direttamente* dal lavoro.

Riportando testualmente le parole di Barassi rispetto al disposto di cui all’art. 2110 del cod. civ., le indennità ivi previste “non hanno il carattere di una retribuzione, che dovrebbe trovarsi in relazione sinallagmatica col dovere del lavoratore di prestare le sue energie. Non vi è affatto, perciò, una deroga al solito rigore logico del principio di proporzionalità, come se la

¹⁴³ Così il civilista A. Di Majo, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in Riv. Giur. Lav., 1974, p. 265, che critica il Barassi proprio per aver tentato di imputare al diritto comune dei contratti una regola in esso non rinvenibile quale quella della corrispondenza biunivoca tra prestazione e lavoro effettivo. Ed, infatti, per il Di Majo legare la retribuzione al “lavoro effettivo” e, quindi, ad un “*quid novi* rispetto ai principi del diritto comune dei contratti” potrebbe essere tutt’al più una scelta politica ma non certo di diritto, tanto che afferma a chiare lettere che il principio per cui la retribuzione deve sempre seguire la prestazione di lavoro effettivo “non è affatto ricompreso nel diritto comune che disciplina i contratti ed i rapporti di scambio”.

¹⁴⁴ Tal è la definizione del Barassi, in *op.cit.*, p. 203.

tutela consistesse appunto nell'attribuire al lavoratore la retribuzione nonostante manchi il lavoro ... La realtà della logica giuridica finisce col riprendere il sopravvento fatalmente"¹⁴⁵.

In realtà che si tratti di un estremo tentativo di stravolgere la norma facendole dire esattamente l'opposto di ciò che ella afferma è abbastanza evidente dal suo stesso tenore letterale.

Ed infatti l'art. 2110 del cod. civ. pone come regola generale proprio quella per cui il datore deve pur sempre adempiere all'obbligazione retributiva (non a caso si parla espressamente di retribuzione) anche quando il lavoratore non può prestare la propria opera perché ammalato, infortunato o, nel caso della dipendente, in gravidanza tranne che – ma questa sembra essere un'ipotesi residuale e non necessaria- non intervenga già il legislatore a stabilire forme equivalenti di previdenza o assistenza.

Sul fatto che quella erogata al prestatore impossibilitato a lavorare sia a tutti gli effetti retribuzione concordano, peraltro, sia la dottrina che la giurisprudenza, ma su quest'aspetto meglio si vedrà nel prosieguo.

Simile discorso si applica, poi, rispetto all'art. 2111 del codice civile. Anche qui il legislatore ha inferto altro "duro colpo" alle tesi del Barassi nel momento in cui ha esteso, tramite espresso rinvio "al primo ed al terzo comma dell'articolo precedente"¹⁴⁶ pure al servizio militare la garanzia del posto di lavoro e della retribuzione sebbene in assenza della prestazione di lavoro.

Ma non è tutto. Come si accennava, con la nascita e l'entrata in vigore della Costituzione la tesi del Barassi entra ancor più in crisi in quanto in aperto contrasto con il rinnovato quadro normativo che pone al suo centro proprio il "cittadino – lavoratore" sin dai suoi primissimi articoli tanto da fondare la Repubblica sul lavoro¹⁴⁷.

In particolare, al fine di consentire realmente "*l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*" superando "*gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini,*

¹⁴⁵ L. Barassi, in *op. cit.*

¹⁴⁶ Così l'art. 2111 del cod. civ.

¹⁴⁷ Ancora una volta valga la pena ricordare che solo per pochi voti non passò la versione dell'art. 1 della Cost. che parlava di una "Repubblica di lavoratori" e si giunse, quindi, a quel primo "compromesso storico" che portò, poi, all'attuale formulazione dell'art. 1 della Cost.

*impediscono il pieno sviluppo della persona umana*¹⁴⁸ e, quindi, rendono più arduo il contributo di ciascuno verso “il progresso materiale o spirituale della società”¹⁴⁹, l’art. 36 della Cost., primo comma, fonda il principio cardine per cui la retribuzione deve essere non solo e non tanto erogata in proporzione alla quantità e qualità del lavoro svolto ma deve essere “*in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé ed alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa*”.

Come fa notare autorevole dottrina¹⁵⁰, sorge, dunque, accanto ad un’ “obbligazione retributiva corrispettiva” - che continua a pagare la quantità, ovverosia il tempo, e la qualità, intesa come la professionalità insita nella mansione, del lavoro - una fondamentale “obbligazione retributiva sociale” che a prescindere dal quanto e dal come si è lavorato va, comunque, garantita perché rappresenta “il” mezzo per attuare l’eguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, secondo comma, della Cost. ovverosia per rendere il lavoratore e la sua famiglia *liberi*¹⁵¹ di far parte attivamente della società e quindi di “partecipare alla vita economica, politica e sociale del Paese”. Molto di più, dunque, dell’assicurare il mero sostentamento.

Che il modello di società caro ai costituenti fosse basato sulla valorizzazione del “cittadino – lavoratore” parte attiva della società e non riducibile a merce di scambio all’interno di un contratto strettamente corrispettivo – anche e soprattutto perché, in un’epoca post-fascista, questa appariva l’unica via in grado di scongiurare il ritorno a regimi autoritari- è, poi, confermato anche dal terzo comma del medesimo art. 36 della Cost. che sancisce il diritto *irrinunciabile* “al riposo settimanale ed alle ferie annuali *retribuite*”¹⁵².

Pure in questo caso, dato che il Costituente aveva usato proprio il termine “retribuite” il Barassi si è visto costretto a fare i salti mortali per continuare a sostenere la sua tesi della corrispettività “pura”. Egli, dunque, è giunto ad affermare che la retribuzione legata alla domenica piuttosto che ai giorni festivi o di ferie, non potendo non collegarsi in qualche modo ad una prestazione di lavoro, andava vista come una sorta di “pagamento posticipato” su

¹⁴⁸ Così all’art. 3 della Costituzione, secondo comma.

¹⁴⁹ L’espressione è ricavata dall’art. 4 della Cost. che sancisce, al primo comma, il diritto al lavoro che la Repubblica deve riconoscere a tutti i cittadini, promuovendo le condizioni che rendano effettivo questo diritto ed al secondo il dovere di ogni cittadino di “svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un’attività o una funzione che concorra (appunto) al progresso materiale o spirituale della società”.

¹⁵⁰ Ed il riferimento è anzitutto a L. Zoppoli, in *op.cit.*

¹⁵¹ Non a caso la parola “libertà” è usata sia al primo comma dell’art. 36 della Cost. che al secondo comma dell’art. 3 della Cost.

¹⁵² Dottrina e giurisprudenza concordano, peraltro, nel ritenere nulla la rinuncia al riposo feriale e illecito in quanto contrastante con l’art. 36, terzo comma, della Cost. il lavoro feriale. Il rinvio è per la dottrina a L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 111 e per la giurisprudenza a Cass. S. U. n. 10420/2001. Sull’irrinunciabilità del diritto alle ferie si vedano anche fra le ultime Cass. 29 novembre 2007, n. 24905 e Cass. 7 ottobre 2008 n. 24712.

prestazioni che nel passato erano state sicuramente rese in eccesso perché di certo sarà capitato al lavoratore di dare, in alcune giornate, qualcosa in più rispetto a quanto doveva.

Sulla non sostenibilità di tale tesi molto si è scritto, specie in dottrina, principalmente partendo da quell'assunto basilare per cui "l'obbligatorietà e la prevedibilità" di un evento, quindi, di una festa "non può essere sufficiente ad attribuire ad un compenso la natura giuridica di corrispettivo accantonato perché, diversamente, dovrebbero essere classificate tali anche tutte le somme corrisposte dal datore a titolo di anticipazione di prestazioni previdenziali ed assistenziali come indennità di malattia, di maternità, assegni familiari, anticipi di cassa integrazione guadagni e simili"¹⁵³. Inoltre, a dimostrare che il pagamento sulle festività non può essere considerato una sorta di retribuzione posticipata vi è l'ovvietà per cui " il compenso è insensibile alle anomalie della prestazione antecedente o successiva al giorno festivo" ed infatti "il diritto al compenso non sorge se il rapporto si estingue, per qualunque ragione, in un momento anche immediatamente antecedente alla festività o se l'assenza del lavoratore è dovuta ad una ragione diversa da quelle indicate all'art. 2 della l. 21 marzo 1954, n. 90 (ad esempio ad assenza ingiustificata, sciopero, sanzione disciplinare)"¹⁵⁴. Pure in riferimento alle ferie è ormai desumibile da varie leggi¹⁵⁵, anche per come interpretate dalla giurisprudenza, il principio generale per cui " per determinare la durata delle ferie ed il relativo compenso vanno considerati non solo i periodi di lavoro effettivo nel corso dell'anno di riferimento ma anche una serie di periodi di sospensione del rapporto tutelati (infortunio, gravidanza e puerperio)"¹⁵⁶. Pertanto appare ovvio che " non può considerato come corrispettivo un compenso che ha come specifico periodo di riferimento un periodo in cui la prestazione di lavoro è giuridicamente impossibile"¹⁵⁷.

Ma il contrasto tra la tesi della corrispettività "pura" del Barassi e le norme costituzionali emerge anche guardando agli artt. 37, 39 e 40 della Cost.

¹⁵³ Così L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 94.

¹⁵⁴ Le espressioni sono di L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 94.

¹⁵⁵ Ed *in primis* dalle leggi sulla tutela della maternità confluite nel d.lgs. n. 151 del 2001.

¹⁵⁶ Ancora L. Zoppoli, in *op.cit.*, p.102. L'autore, riprendendo Treu, peraltro, aggiunge che: "alla stregua di varie norme la retribuzione feriale tenderebbe ad essere ragguagliata, al pari di altri elementi retributivi c.d. "differiti" (gratifiche e mensilità aggiuntive, indennità di anzianità, ecc.) alla durata del rapporto come tale e non alla prestazione di lavoro, secondo una logica irriducibile, pena cadere in evidenti finzioni, a quella civilistica che regola le prestazioni corrispettive e la loro misura". Inoltre l'estraneità del diritto alle ferie rispetto al sinallagma contrattuale si rileva pure guardando all'obiettivo dello stesso consistente nel reintegrare le energie psico-fisiche del lavoratore anche in vista della loro migliore utilizzazione alla ripresa dell'attività. Una funzione sociale volta a garantire al cittadino-lavoratore il diritto al riposo come momento di partecipazione alla vita sociale e di cura dei propri interessi, dunque, più che "radicata nel regolamento di interessi negoziali".

¹⁵⁷ Le parole sono sempre di L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 109.

In particolare, nel momento in cui l'art. 37 della Cost. introduce il principio di parità retributiva delle donne e dei minori, affermando che “ a parità di lavoro”, intesa come “ parità di mansioni” e, dunque, “ parità di professionalità”, essi devono ricevere lo stesso salario¹⁵⁸, sta in realtà ancora una volta sganciando l'obbligazione retributiva dall'effettivo lavoro svolto, ovverosia dal rendimento.

Simile discorso vale pure rispetto agli artt. 39 e 40 della Cost. che riconoscendo rispettivamente al lavoratore il diritto di far parte di “libere” organizzazioni sindacali¹⁵⁹ e quello allo sciopero, quale principale strumento di difesa dei propri interessi, gli consentono, per tale via, di avvalersi di periodi di assenza da lavoro che, tuttavia, non potranno avere alcuna implicazione rispetto all'esistenza del contratto e, quindi, del rapporto di lavoro stesso¹⁶⁰.

D'altra parte, come fa notare un autore¹⁶¹, nel momento in cui si mette nelle mani di parti collettive il diritto – dovere di stabilire “dall'alto” i trattamenti economici e normativi da applicare ai lavoratori di un certo settore, si riduce automaticamente lo spazio lasciato all'autonomia negoziale del singolo datore e del singolo prestatore di lavoro con il contratto

¹⁵⁸ Principio tra l'altro oggi molto più articolato ad opera dalla giurisprudenza comunitaria che in varie sentenze, tra cui causa 43/75 *Defrenne contro Sabena*, causa 129/78 *Macarthys*, causa 157/86 *Murphy*, causa c-320/00 *Lawrence*, causa causa c- 256/01 *Allonby*, ha stabilito che la comparazione fra retribuzioni di uomini e donne, necessaria per stabilire quale sia il salario che a parità di lavoro va erogato alla dipendente, può avvenire addirittura anche rispetto a lavori non uguali ma “*di pari valore*” svolti presso *datori differenti*. Si consenta il rinvio a C. Amato, “*La giurisprudenza comunitaria in materia di discriminazioni di genere (massimario)*”, in *Diritti, lavori, mercati*, n. 2/2008.

¹⁵⁹ Si ricordi, peraltro, che a prescindere dalle singole iscrizioni le OO.SS. dovrebbero comunque tutelare l'interesse di tutti i lavoratori di un determinato settore o categoria specie nel momento in cui si rinnovano i contratti collettivi nazionali di lavoro ad oggi ogni tre anni sia per la parte economica che per la parte normativa stante l'Accordo Interconfederale del 2009.

¹⁶⁰ Che lo sciopero non possa essere in alcun modo considerato un inadempimento contrattuale tale da poter risolvere il contratto di lavoro è dato acquisito sia in dottrina che in giurisprudenza. Rispetto a quest'ultima basti citare, tra le altre, Cass. n. 23552 del 17 dicembre 2004 che sancisce che “il diritto di sciopero non incontra limiti diversi da quelli propri della *ratio* storico-sociale che lo giustifica e dell'intangibilità di altri diritti o interessi costituzionalmente garantiti”; Cass. n. 10624 del 2006 che afferma che: “il diritto di iniziativa economica dell'imprenditore, pur essendo costituzionalmente garantito all'art. 41 e sussistente anche in presenza di uno sciopero indetto dai lavoratori, trova in quest'ultimo il suo limite” e Cass. n. 26368 del 16 dicembre 2009 che nel sottolineare quanto lo sciopero non sia affatto un inadempimento va, anzi, a precisare che: “il comportamento antisindacale del datore di lavoro, in relazione ad uno sciopero indetto dai lavoratori, è configurabile” non solo quando assume lavoratori per sostituire gli scioperanti ma anche “allorché il contingente affidamento delle mansioni svolte dai lavoratori in sciopero al personale rimasto in servizio avvenga in violazione di norme di legge, (nel caso di specie quelle inerenti al divieto di demansionamento) o del contratto collettivo”. Quanto, poi, all'art. 39 della Cost., come meglio si vedrà in seguito, i vari permessi retribuiti per cariche sindacali certamente si giustificano alla luce del principio di “libertà sindacale” ivi contenuto.

¹⁶¹ Il riferimento è a L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 38.

individuale¹⁶² e si sta sancendo una sorta di “definitiva sconfitta” del concetto civilistico di corrispettività in ambito di diritto del lavoro specie se lo stesso è inteso, con la migliore dottrina¹⁶³, come “lo scambio di sacrifici” che intanto avviene in quanto ciascuna parte vuole che anche l’altra si sottometta a sua volta a “costrizioni” in grado di soddisfare un suo bisogno, magari preesistente al contratto stesso e, quindi, in un’ottica di valutazione dei reciproci bisogni o interessi *assolutamente autonoma*.

Nonostante le forzature e le contraddizioni “interne ed esterne” al suo pensiero siano sempre state sotto gli occhi di tutti, la tesi “classica” di Barassi ha, tuttavia, continuato ad essere seguita ancora per tutti gli anni ’50 e ’60, quasi si trattasse di un “dogma intangibile”¹⁶⁴.

Solo quando nel 1970 entra in vigore la legge n. 300, meglio nota come “Statuto dei Lavoratori”, che amplia ulteriormente le fattispecie di erogazione della retribuzione pur in assenza della prestazione lavorativa, peraltro, in attuazione pur sempre di principi costituzionali, si riapre in dottrina il dibattito sulla portata “realmente” corrispettiva del contratto individuale di lavoro.

¹⁶² Si noti che anche le deroghe alla contrattazione collettiva ad opera della contrattazione aziendale di cui al recente art. 8 del d.l. n. 138/2011 convertito in legge n. 148/2011 alla luce dei limiti che incontrano nella Costituzione e negli scopi delle direttive europee (di cui non a caso lo stesso legislatore ha dovuto tener conto) non potranno mai essere tali da ricondurre realmente l’universo dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto alla mera volontà del datore e del prestatore di lavoro. Quindi neppure l’attuale quadro normativo potrà riuscire nell’intento di ridurre semplicisticamente il contratto individuale di lavoro alla stregua di qualsiasi altro contratto corrispettivo di diritto comune.

¹⁶³ Ed in primis si veda in tal senso R. Sacco, *Il contratto. La qualificazione*, in Tratt. Dir. priv. Diretto da P. Rescigno, Torino, 1982.

¹⁶⁴ Riprendendo l’espressione di L. Zoppoli, in *op. cit.* In particolare, l’autore sottolinea come la maggior parte della dottrina degli anni ’50 non ha fatto altro che cercare conferme alla tesi del Barassi rinvenendole, peraltro, principalmente nell’art. 2094 del cod. civ. che, a loro dire, chiarirebbe definitivamente che la causa tipica del contratto di lavoro è proprio “lo scambio tra lavoro e retribuzione...vincolato alla reciprocità, per cui l’obbligazione e prestazione di una parte è in funzione dell’obbligazione e della prestazione dell’altra”. La stessa Riva Sanseverino, illustre civilista, dirà che: “la struttura del contratto di lavoro quale contratto a titolo oneroso risulta confermata, analogamente a quanto accadeva vigente il precedente codice, dal codice attuale, il cui art. 2094 parla esplicitamente del prestatore di lavoro subordinato come di chi “si obbliga, mediante retribuzione, a collaborare nell’impresa”, le due prestazioni, lavoro e retribuzione, sono dunque in funzione reciproca l’una dell’altra, quantunque la retribuzione sia andata e vada sempre più perdendo il suo carattere di compenso per una determinata prestazione di lavoro”.

1.2.2 La tesi “derogatoria” dei primi anni ’80.

L’opera che tra le prime, non a caso nel 1968, ovverosia in prossimità dell’entrata in vigore della legge n. 300/70¹⁶⁵, cerca di ripensare la tesi “classica” di Barassi partendo da un’analisi specifica del concetto di retribuzione, appartiene al prof. Treu¹⁶⁶.

In essa egli sottolinea e contemporaneamente prende atto di quell’ “ambiguità”, caratterizzante la materia del lavoro subordinato, per cui sovente il datore si trova a dover adempiere all’obbligazione retributiva pur in assenza della controprestazione lavorativa. Esemplari in tal senso sono proprio norme, pur sempre del codice civile, sul trattamento retributivo della malattia, dell’infortunio, della gravidanza e del servizio militare, quali gli artt. 2110 e 2111 cod. civ., oltre all’art. 36, terzo comma, della Cost. che espressamente parla di ferie e festività “retribuite”.

Per rispondere ad una sorta di “onestà intellettuale”, l’autore si trova nella condizione di non poter negare *l’inesistenza di qualsiasi forma di sinallagma*, sia esso genetico ovvero funzionale¹⁶⁷, nei casi disciplinati nelle norme suddette. Tuttavia, invece di prendere del tutto le distanze da una concezione che colloca il contratto individuale di lavoro fra quelli sinallagmatici, quale, appunto, quella “classica” la rende solo maggiormente “elastica” aprendo a deroghe.

Detto in altri termini, per Treu in linea di massima e, quindi, come principio generale, vale la ricostruzione del contratto di lavoro subordinato come contratto di diritto comune ed in particolare di scambio, ovvero “ a prestazioni corrispettive”, stante anche la lettera di cui all’art. 2094 del cod. civ.¹⁶⁸, salva, però, la possibilità di avere delle deroghe a siffatto inquadramento che di volta in volta la realtà può presentare e che il legislatore si trova a disciplinare.

Riprendendo le parole dell’autore, “la contraddizione (tra differenti funzioni della retribuzione) esisterebbe solo se il principio di corrispettività fosse un principio logico

¹⁶⁵ Valga la pena ricordare che nel 1968 - 1969 già esisteva una bozza di Statuto dei Lavoratori alla quale stava lavorando un’apposita commissione nazionale presieduta dal prof. Giugni.

¹⁶⁶ Ci si riferisce a T. Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968.

¹⁶⁷ Si ricordi che per “sinallagma genetico” s’intende la relazione di interdipendenza fra obbligazioni al momento della stipula del contratto, mentre il “sinallagma funzionale” è il nesso di reciprocità fra prestazioni derivanti da obbligazioni interdipendenti.

¹⁶⁸ Si ricordi che l’art. 2094 del cod.civ. nel definire il lavoro subordinato, anche e soprattutto in un’ottica di distinzione dal lavoro autonomo, parla di uno scambio di retribuzione *versus* lavoro.

assoluto e, come tale, non suscettibile di deroghe. Esso ha invece un valore pratico e relativo e può quindi essere operante solo in certe ipotesi e non in altre: *con la conseguenza che la retribuzione può continuare ad essere dovuta, nonostante la sospensione del lavoro, senza per ciò stesso cambiare natura*. Le due connotazioni (quella strettamente corrispettiva e quella “alimentare” riconducibili alla retribuzione) sono cioè conciliabili solo che *si eviti di applicare al contratto di lavoro e alla retribuzione la prospettiva concettuale insita nella idea usuale di corrispettività* e si riconosca che la prestazione fondamentale del datore di lavoro, in conseguenza della particolare disciplina del rapporto, risponde ad una logica in parte diversa dalle altre prestazioni sinallagmatiche, rivestendo il carattere dell’onerosità, ma sfuggendo, nei casi eccezionali esaminati (ferie, festività, sospensioni del rapporto) all’interdipendenza con la contrapposta attività di lavoro”¹⁶⁹.

Per l’autore non sarebbe, peraltro, rinvenibile una “*ratio* giuridica unitaria” rispetto alle varie ipotesi in cui il datore deve comunque corrispondere la retribuzione nonostante la mancanza del lavoro, ma, viceversa, la stessa “ragione” della deroga andrebbe ricercata caso per caso, sebbene ponendosi principalmente nell’ottica della necessità di soddisfare in taluni momenti del rapporto di lavoro anche le esigenze personali del dipendente in considerazione della “dedizione della stessa persona nel rapporto, sia pure nei limiti richiesti dallo svolgimento della prestazione”¹⁷⁰.

In sintesi, la tesi di Treu è che nella disciplina dei rapporti di lavoro esistono varie e significative deroghe al principio di corrispettività che restano, tuttavia, circoscritte ed eccezionali e che in linea di massima trovano la loro ragione d’essere in esigenze di tutela di interessi personali del lavoratore senza che ciò tolga natura retributiva alle somme la cui erogazione resta dovuta.

Come sottolineato da un autore¹⁷¹, il tentativo, dunque, sembrerebbe quello di “ammodernare la configurazione strutturale del contratto di lavoro” senza forzare i concetti civilistici di sinallagma e corrispettività - che, tuttavia, restano il “faro” da cui partire ed al quale ricondurre la disciplina in materia di diritto del lavoro- per spiegare le anomalie del contratto di lavoro subordinato¹⁷².

¹⁶⁹ Così T. Treu, in *op.cit.*, p. 355.

¹⁷⁰ L’espressione è di T. Treu, in *op.cit.*, p.345.

¹⁷¹ L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 125.

¹⁷² Detto in altri termini, T. Treu in *op.cit.*, se da un lato non mette in dubbio l’appartenenza del contratto individuale di lavoro alla categoria dei contratti di scambio, dall’altro lato non nega le devianze da un siffatto

Per il suo maggior “equilibrio”, non comportante, come appena detto, la necessità di forzature pur di far rientrare l’impossibile nell’assunto di base, la tesi cosiddetta “derogatoria” è stata molto seguita sia in dottrina che in giurisprudenza.

In riferimento alla dottrina, molti sono stati gli autori¹⁷³ che hanno ritenuto innegabile il *carattere derogatorio* specie degli artt. 2110 e 2111 del cod. civ. rispetto agli articoli 1463 e 1464 del cod. civ. disciplinanti, come visto ai precedenti paragrafi, l’impossibilità sopravvenuta in quanto i primi “impediscono sia l’estinzione del contratto, sia il rifiuto della prestazione divenuta impossibile, sia il recesso per carenza di interesse apprezzabile all’adempimento parziale”.

Tali autori, dunque, rispetto alle vicende sospensive della prestazione di lavoro hanno “ammesso”, con Treu, che vi sia una deroga evidente “*per esigenze di tutela della persona ma soprattutto per riequilibrare la situazione di minore forza contrattuale del prestatore di lavoro*”¹⁷⁴ non solo “in generale” rispetto alle norme codicistiche sulla corrispettività ma “in particolare” in relazione alle norme sull’impossibilità sopravvenuta ed hanno anche, in qualche maniera, sottolineato che tanto più il diritto del lavoro si allontana dal diritto civile quanto più vi è un’impossibilità di veder estinta l’obbligazione alla controprestazione e sciolto il contratto stante la “liberazione” dai relativi obblighi della parte la cui prestazione è divenuta impossibile.

Quanto alla giurisprudenza, la tesi derogatoria è ancora oggi quella maggiormente utilizzata per addivenire alla risoluzione della stragrande maggioranza delle controversie in materia di lavoro.

inquadramento in presenza di talune fattispecie e, conseguentemente, prende le distanze da quelle teorie che tentano ad ogni costo di salvare la configurazione “puramente sinallagmatica” del contratto di lavoro affermando, ad esempio, che l’obbligazione retributiva persistente in capo al datore pur in assenza della prestazione di lavoro, ad es. per malattia, maternità ecc., è comunque una sorta di corrispettivo che paga la soggezione del lavoratore piuttosto che la sua “appartenenza” all’azienda come sostenuto da L. Riva Sanseverino, *Il lavoro subordinato*, p. 319 e ss. Secondo la ricostruzione fatta da L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 127 Treu vuole evitare che dilatando a dismisura il concetto di “corrispettività” per giustificare e per farvi rientrare le anomalie proprie delle vicende sospensive della prestazione di lavoro si finisca per perdere la stessa nozione di corrispettivo.

¹⁷³ Tra i quali sicuramente L. Mengoni, *Note sull’impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, Bologna 1953, IV, p. 274 e ss.; A. Di Majo, *Adempimento parziale e rapporti di lavoro (sull’uso ed abuso delle categorie giuridiche)* in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1975, p. 38 e ss.; M. Rusciano, voce *Sospensione*; G. Ghezzi ed U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Milano, pp. 266-267.

¹⁷⁴ L’espressione è di E. Ghera, *Diritto del lavoro*, cit., p.245 e ss.

In particolare, ogniqualvolta vi è un ricorso del lavoratore volto ad ottenere il risarcimento del danno nella misura di tutte le retribuzioni perse suo malgrado¹⁷⁵ i giudici, specie di legittimità, nelle valutazioni circa il suo eventuale accoglimento, partono sempre da quel “principio cardine” per cui: stante “la regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni nel rapporto di lavoro” “*al di fuori di espresse deroghe legali o contrattuali*, la retribuzione spetta soltanto se la prestazione di lavoro viene effettivamente eseguita, salvo che il datore di lavoro versi in una situazione di *mora accipiendi* nei confronti del dipendente”¹⁷⁶.

In pratica la giurisprudenza è, ormai, ferma nell’ammettere due sole circostanze in cui è possibile condannare il datore all’erogazione verso il lavoratore di retribuzioni a cui egli aveva diritto pur in assenza della prestazione di lavoro ovvero: 1) quando si versa in una di quelle vicende sospensive della prestazione tutelate per espressa previsione legale con il mantenimento del posto di lavoro e della retribuzione stessa, sebbene con gli “ampliamenti concettuali” apportati dall’evoluzione giurisprudenziale medesima¹⁷⁷, (es. malattia, infortunio, gravidanza, maternità e simili); 2) quando il datore *in maniera unilaterale* ha deciso di sospendere la prestazione di lavoro dei suoi dipendenti i quali ultimi erano, invece, pronti a lavorare avendo manifestato tale volontà espressamente. Tali casi integrano l’ipotesi della “*mora credendi*” o “*mora accipiendi*”.

Alle vicende sospensive della prestazione di lavoro è dedicato l’intero capitolo successivo e, quindi, per il momento si superano valutazioni in merito.

Appare, viceversa, indispensabile un chiarimento in relazione alla “mora” del datore già più volte citata.

Essa ha un’importanza centrale non solo nei casi di contratti a termine o di somministrazione illegittimamente stipulati al fine di capire se oltre alla conversione in tempo indeterminato il lavoratore debba avere pure tutte le retribuzioni perse ma anche nei casi di ricorso ad istituti quali, ad esempio, la cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria.

Ed infatti l’orientamento prevalente della giurisprudenza, ancora ad oggi confermato¹⁷⁸, è nel senso di ritenere sussistente l’obbligazione retributiva in capo al datore anche quando la

¹⁷⁵ In pratica in tutti i casi di impugnazione di contratti a termine, magari già convertiti dai giudici di merito in tempo indeterminato in quanto ne è stata riconosciuta l’illegittimità ed in tutti i casi di impugnazione di licenziamenti che si ritengono privi di giusta causa o di giustificato motivo oggettivo e soggettivo ex lege n. 604/66.

¹⁷⁶ Così Cass. Sez. Lavoro 5 dicembre 2008, n. 28847 che nel caso di specie ha ritenuto non spettante il risarcimento del danno sotto forma di corresponsione delle retribuzioni perse al lavoratore che allo scadere del suo contratto a termine non si era messo a disposizione del datore mettendolo in mora. Come si diceva

¹⁷⁷ Si pensi, ad esempio, all’ampliamento del concetto di malattia che ha portato la giurisprudenza costituzionale a far rientrare nello stesso anche le cure termali. Così Corte Costituzionale 18 dicembre 1987, n. 559.

¹⁷⁸ Si vedano tra le ultime le sentenze della Corte di Cassazione n. 6225 del 13 marzo 2009; n. 9475 del 21 aprile 2009; n. 15207 del 23 giugno 2010; n. 13960 del 24 giugno 2011.

richiesta di cassa integrazione non è stata accolta o è stata accolta solo in parte o non si è ottenuta la proroga. Ciò perché se già “in linea di principio la sospensione disposta unilateralmente dal datore di lavoro non fa mai venir meno l’obbligo alla retribuzione pur in assenza della prestazione”¹⁷⁹ tanto più nel caso di mancata autorizzazione alla cassa integrazione o alla sua proroga “poiché il provvedimento di ammissione alla cassa integrazione guadagni ha efficacia costitutiva del rapporto previdenziale e derogatoria della disciplina del rapporto di lavoro, in caso di successivo provvedimento che, respingendo la domanda di rinnovo e prosecuzione del beneficio, dispone la cessazione dello stesso a partire da una determinata data, *il datore di lavoro è non di meno esonerato dagli obblighi retributivi per il periodo compreso tra la cessazione del beneficio ed il provvedimento di diniego ove vi sia stata una sospensione del rapporto di lavoro pur non addebitabile a colpa del datore di lavoro e sia mancata l’offerta da parte dei lavoratori di riprendere il proprio lavoro con la messa a disposizione delle energie*”. Quindi addirittura a prescindere dalla “colpa” datoriale e dalla messa a disposizione “effettiva” del lavoratore al servizio dell’azienda basta la mera sospensione del rapporto di lavoro, creatasi per effetto di un provvedimento di diniego alla cassa integrazione, a porre in mora il datore e conseguentemente a far “riaffiorare” il suo obbligo retributivo anche in assenza della prestazione di lavoro.

Per la verità, come sottolineato da un noto autore¹⁸⁰ il ricorso all’istituto della “*mora credendi*” di cui all’art. 1206 del cod. civ., spesso abusato dalla giurisprudenza per risolvere i casi più disparati, come fin qui si è cercato di dimostrare, sotto un profilo strettamente teorico non sarebbe neppure corretto in quanto essendo oggetto dell’obbligazione di lavoro proprio la “continua attitudine d’offerta da parte del lavoratore” o comunque la “semplice disponibilità delle energie lavorative”¹⁸¹ e non, invece, l’effettivo lavoro svolto, già nella normalità del rapporto e senza essere in mora, il datore va a pagare i suoi dipendenti per il semplice fatto di esserci a prescindere cioè da momenti in cui non è arrivato loro lavoro.

Riprendendo le parole dell’autore in esame, “il debitore esegue la sua prestazione anche solo detenendosi a disposizione del creditore: se allora l’attività di adempimento viene impedita dal creditore, la prestazione va considerata egualmente come conseguita ed il corrispettivo è dovuto per intero senza alcuna detrazione. In questo caso il creditore non è in mora: egli ha semplicemente omesso di servirsi dell’attività posta a sua disposizione dal debitore”. Viene, dunque, riportato l’esempio del principale che non dà nulla da scrivere alla dattilografa e che

¹⁷⁹ Così al punto 2 della sentenza della Corte di Cassazione, sez. lavoro n. 9475 del 21 aprile 2009.

¹⁸⁰ Il riferimento è a G. Cattaneo, *La cooperazione*, p. 78 e ss.

¹⁸¹ Entrambe le definizioni sono di Ghezzi, come riportato da L. Zoppoli, in *op. cit.*, p. 145.

non può considerarsi in mora perché “la dattilografa ha adempiuto tenendosi a disposizione del datore di lavoro e già solo per questo deve essere retribuita”.

Onde evitare, tuttavia, di cadere nel rischio di far diventare la prestazione lavorativa non un “facere” ma un qualcosa di “passivo”, un altro illustre autore¹⁸² cerca di “correggere il tiro” nel senso di sostenere che oggetto dell’obbligazione di lavoro è più che altro l’ “*organizzabilità* della propria prestazione” nel senso che, a seconda della mansione concreta, l’adempimento può passare attraverso una semplice messa a disposizione, come nell’esempio sopra riportato potrebbe essere il caso della dattilografo o del tecnico che fa assistenza a pc, oppure attraverso l’effettivo lavoro svolto, come nel caso del giornalista che deve consegnare un certo numero di pezzi entro la giornata.

Restano, comunque, le difficoltà per la dottrina, ma evidentemente non tanto per la giurisprudenza, di applicare l’istituto della “*mora credendi*” al rapporto di lavoro in quanto diventa difficile capire se la permanenza dell’obbligazione retributiva in queste ipotesi si giustifichi riconducendola all’interno del sinallagma genetico oppure all’interno del sinallagma funzionale¹⁸³.

Nel sottolineare con un autore¹⁸⁴ che le vicende sospensive della prestazione di lavoro così come quelle relative alla “*mora credendi*” - sulla quale si è fin qui aperta una parentesi- sarebbero da considerare non delle “deroghe eccezionali” ad un principio di corrispettività valevole anche nei rapporti di lavoro sotto forma di “corrispondenza biunivoca” ma delle rappresentazioni tangibili che consentono “la contestazione dell’impostazione tradizionale della corrispettività nel contratto di lavoro, secondo cui il diritto alla retribuzione sorge solo ove si sia concretamente avverata la prestazione lavorativa”¹⁸⁵, si passa, quindi, ad esaminare i limiti della “tesi derogatoria”.

¹⁸² Il riferimento è a L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 149.

¹⁸³ Il problema è posto da L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 158. L’autore riprendendo il pensiero di Ghera per cui la costituzione in mora del datore si ha con la mera prontezza ad adempiere che “certo non costituisce di per sé normale esecuzione della prestazione” ritiene che seguendo questo ragionamento “sembrerebbe che Ghera propenda per una motivazione basata sulla permanenza del sinallagma genetico anche durante la *mora credendi*”, tuttavia, lo stesso autore finisce in contraddizione nel momento in cui dice che la mera prontezza ad adempiere potrebbe essere “equiparata all’adempimento dell’obbligazione proprio ai fini della sussistenza in concreto del nesso di corrispettività tra le prestazioni in funzione del loro reciproco realizzarsi” spostando l’asse sul sinallagma funzionale.

¹⁸⁴ F. Liso, come ripreso da L. Zoppoli in *op.cit.*, p. 159

¹⁸⁵ Così F. Liso. Nella ricostruzione del pensiero di Liso operata da L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 160, quest’ultimo non manca di sottolineare che per l’autore in esame nei casi di “*mora credendi*” non è ravvisabile alcuna deroga al principio di corrispettività anche e soprattutto perché “ il creditore rifiutando la prestazione in un certo senso dispone già dell’utilità che gli deriverebbe dal contratto; l’obbligo di retribuire il lavoratore non dà, quindi, luogo ad alcun arricchimento ingiusto”.

Il primo limite evidente consiste in quell'osservazione che si potrebbe definire quasi "empirica" inerente all'innalzamento sia sotto un profilo strettamente quantitativo che sotto un profilo qualitativo delle ipotesi di persistenza dell'obbligazione retributiva pur in assenza della prestazione di lavoro. Detto in altri termini, dal 1970 –anno dello Statuto dei Lavoratori– fino ai primi anni del 2000 – non in tempi più recenti nei quali, invece, il diritto del lavoro ha compiuto diversi passi indietro, ma su questo meglio si dirà alla fine della ricerca– si è assistito ad un incremento numerico delle ipotesi in cui è consentito al lavoratore di sospendere la propria attività mantenendo la retribuzione (ad esempio, si ricordano i vari permessi per motivi di studio o per funzioni pubbliche elettive o per donatori di sangue o midollo osseo oppure ancora legati alla disabilità o si pensi ai congedi parentali) al quale si è accompagnata anche una crescita "qualitativa" riassumibile nel passaggio anche proprio terminologico da "sospensioni" a "congedi". Il che equivale a dire che negli anni si è prestata maggiore attenzione pure al "ruolo" del lavoratore rispetto alle ipotesi sospensive cercando di superare l'iniziale passività propria ad esempio della malattia, dell'infortunio che rappresentavano eventi non voluti e subiti *in primis* dal lavoratore stesso per addivenire alla *scelta volontaria e consapevole* di fermare, in taluni momenti della vita, l'attività lavorativa per esercitare propri diritti costituzionali, ad esempio quello sancito all'art. 30 della Cost. di cura dei figli come avviene nel caso dei congedi parentali.

Una siffatta evoluzione non può, quindi, conciliarsi con una visione che tende a ridurre a mere deroghe circoscritte ed eccezionali le vicende di sospensione della prestazione di lavoro.

Altro limite della tesi "derogatoria" consiste poi nel suo poggiare principalmente su: 1) dati storici e 2) su di un'unica norma quale l'art. 2094 del cod. civ.

Quanto al primo punto si può obiettare che se è certamente vera la ricostruzione di Treu per cui "una ininterrotta tradizione storica risalente all'inquadramento romanistico del contratto di lavoro nello schema della *locatio operarum*"¹⁸⁶ ha condotto all'individuare la fonte del rapporto di lavoro pur sempre in un contratto di diritto comune, è parimenti vero che da un lato bisogna guardare all'ordinamento giuridico attuale e al diritto positivo per come si presenta nel contingente e che d'altra parte lo stesso diritto civile si è molto evoluto da mero "diritto dei mercati" ad una sorta di branca del "diritto sociale" che si apre sempre più al diritto costituzionale¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Così T. Treu, in *op.cit.*, p. 215.

¹⁸⁷ Esempio in tal senso è la normativa in materia di tutela del consumatore in quanto "parte debole" nel contratto. D'altra parte un illustre civilista quale il Di Majo già nel 1985 parlava di un "*modello sociale delle obbligazioni civili*" che "non può non implicare il necessario ridimensionamento di una visuale atomistica e parcellizzata del singolo rapporto obbligatorio...più in generale può dirsi che l'obbligazione deve farsi carico

In riferimento al secondo punto appare evidente la debolezza di una tesi che si fonda in fin dei conti su di un solo articolo per di più mal interpretato nel suo tenore letterale. Ed infatti, come fa notare un illustre autore quando l'art. 2094 del cod.civ. definisce il lavoratore subordinato come colui che “si obbliga *mediante* retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore” si sta riferendo non ad uno scambio tra retribuzione e lavoro ma ad un soggetto che si impegna “per mezzo di retribuzione” a lavorare per altri. Ed infatti il termine “mediante”, da dizionario della lingua italiana, non significa affatto “dietro” o “in cambio di” ma vuol dire “per mezzo di” nel senso di “con il sostegno”. Semmai potrebbe dare un senso diverso a quel “mediante” solo la *ratio* legislativa¹⁸⁸.

Peraltro, una differente norma del codice civile sembrerebbe confermare l'interpretazione appena detta, ovverosia l'art. 2120, secondo comma, del cod. civ. Esso, in materia di trattamento di fine rapporto (tfr), sancisce il principio per cui tutto quanto è corrisposto “*in dipendenza* del rapporto di lavoro” confluisce nella retribuzione annua costituente la base di calcolo del tfr medesimo. Anche qui il significato letterale della parole utilizzate per come connesse fra di loro, porterebbe a ritenere l'obbligazione retributiva nascente non “in cambio” della prestazione lavorativa ma, appunto, “in dipendenza” del rapporto di lavoro. Come a dire che per il sol fatto che esiste un rapporto di lavoro, paradossalmente prescindendo persino da un contratto scritto, va data la retribuzione.

In qualche modo lo stesso Treu si trova ad ammettere che ci sono prestazioni, come quelle legate alla malattia, alla maternità ed all'infortunio, che vanno date solo *in quanto esiste un contratto di lavoro* e che egli ritiene “assimilabili alla retribuzione per quanto riguarda la loro destinazione ... soddisfacendo allo stesso interesse contrattuale del lavoratore”. Ma a parte la considerazione per cui una simile ricostruzione quasi vanifica l'interesse contrattuale del lavoratore facendovi rientrare tutto o niente¹⁸⁹, non appare condivisibile la soluzione di

*non solo dell'interesse di scambio ma anche di interessi diversi (ad esempio di protezione di persone o di cose) che debbono ritenersi ad essa sottesi....*Il punto di attrito maggiore potrebbe essere rappresentato da una interpretazione delle norme sull'obbligazione che implichi il superamento della tradizionale indifferenza dell'obbligazione rispetto alle condizioni (sociali ed economiche) dei soggetti. Ma anche una tale operazione è da ritenere consentita ove essa si appoggi a valori normativamente riconosciuti e purchè tecnicamente essa si serva dell'ausilio fonito dalle clausole generali”. Così A. Di Majo, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 68.

¹⁸⁸ Ed infatti ai sensi del'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale “nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore.

¹⁸⁹ Come nota L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 136 “non è esattamente la stessa cosa se l'interesse (alla retribuzione del lavoratore) è tutelato *sub specie* di interesse a percepire il controvalore dell'attività lavorativa erogata oppure è interesse a vedersi garantito un reddito purchessia in costanza del rapporto di lavoro. E neanche è irrilevante che il datore si faccia carico di soddisfare solo il primo o entrambi gli interessi dell'altra parte contrattuale”.

relegare siffatte ipotesi a “deroghe eccezionali” -come visto- invece di mettere in discussione la collocazione del contratto di lavoro all’interno della categoria dei contratti a prestazioni corrispettive.

Lo stesso errore, peraltro, viene compiuto partendo dal medesimo assunto in esame circa l' da quell’orientamento dottrinale che prenderà il nome di “neo-classico” ed a cui è dedicato il paragrafo che segue.

1.2.3 La tesi “neoclassica” degli anni ’90.

Come visto, nonostante dei limiti abbastanza evidenti, la tesi “derogatoria” di Treu ha, tuttavia, riscosso molti consensi fra la dottrina maggioritaria almeno per tutti gli anni ’70 e parte degli ’80, restando, peraltro, ancora oggi molto seguita dalla giurisprudenza ed ha in

qualche maniera fatto da “spartiacque” tra il “vecchio”, ovverosia la tesi “classica” di Barassi, ed il “nuovo” ovvero la tesi che, principalmente grazie ad un autore¹⁹⁰, prenderà il nome di “neo-classica” in materia di corrispettività nel contratto di lavoro¹⁹¹.

Quest’ultimo filone di pensiero nasce, dunque, a cavallo fra la seconda metà degli anni ’80 ed i primi anni del ’90 quando in epoca “post- statutaria”¹⁹² si conferma la legittimità dell’avvenuto ampliamento delle ipotesi di interruzione della prestazione di lavoro con il mantenimento della garanzia retributiva. Di qui, appunto, si avverte la necessità di riavviare la discussione attorno alla natura stessa del contratto di lavoro subordinato.

Partendo da una riflessione sulla ben differente tematica del tempo della prestazione di lavoro, il prof. Ichino¹⁹³ tenta di introdurre nell’ordinamento giuridico una nuova visione del contratto di lavoro. Alla luce di essa, egli propone, quindi, un’innovativa teoria avente, per l’ennesima volta, l’obiettivo di “conciliare”, per quanto possibile, l’inquadramento del contratto di lavoro fra quelli sinallagmatici e le vicende, come si diceva sempre più numerose, di sospensione del lavoro che contraddicono lo stesso.

L’autore prendendo atto “dell’imponente insieme di norme”¹⁹⁴ che tutelano la personalità del lavoratore subordinato “prevedendo la legittima astensione dal lavoro in funzione di esigenze familiari, culturali, sindacali, politiche e di altro genere”¹⁹⁵ con salvaguardia del posto e della retribuzione, ritiene necessario ripensare al contratto di lavoro subordinato a partire dal porre l’accento sul sinallagma “genetico” a discapito di quello “funzionale”¹⁹⁶. Solo per tale via appare possibile offrire una soluzione non inappagante volta a tenere in vita la “classica”

¹⁹⁰ Il riferimento è a L. Zoppoli, in *op.cit.*

¹⁹¹ Tale funzione di “spartiacque” o di cesura non è, peraltro, riconosciuta alla tesi di Treu da tutta la dottrina. In particolare, secondo il prof. R. Del Punta, in *op.cit.*, p. 414, le tesi che sono seguite a quella di Treu e che si sono fatte rientrare nell’orientamento “neoclassico” in realtà non hanno fatto altro che estremizzare quel “ritorno” al sinallagma genetico in qualche maniera già invocato da Treu medesimo. Per Del Punta, dunque, le tesi “neo-classiche” non rappresentano altro che “una radicalizzazione ed esplicitazione” della tesi di Treu nella misura in cui “ciò che è *deroga* nel sinallagma funzionale è *specialità* nel sinallagma genetico o comunque è semplicemente un effetto legale che si caratterizza sia sotto il profilo del contenuto, nella misura in cui esso è modellato secondo paradigmi diversi da quello dell’eguaglianza dei contraenti, che sotto quello della sua forza giuridica”.

¹⁹² Con tale espressione intendendosi gli anni successivi all’entrata in vigore della legge n. 300/70 meglio nota come “Statuto dei Lavoratori”.

¹⁹³ P. Ichino, *Il tempo della prestazione di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1984.

¹⁹⁴ L’espressione è di P. Ichino, in *op.cit.*, p.82.

¹⁹⁵ Ancora P. Ichino, in *op.cit.*

¹⁹⁶ Valga la pena ricordare che il sinallagma genetico nascente all’atto della stipula del contratto è l’interdipendenza tra obbligazioni, mentre il sinallagma funzionale consiste nella relazione di reciprocità fra prestazioni che si ha in fase esecutiva del contratto medesimo.

costruzione del contratto di lavoro come contratto sinallagmatico pure in una realtà sempre più attenta alle esigenze personali del lavoratore spesso prevalenti su quelle aziendali.

Tradotto in termini pratici, per Ichino guardando, ad esempio, al trattamento riservato alla malattia piuttosto che alla gravidanza è innegabile che in esse è assente qualsiasi nesso di reciprocità tra prestazione e controprestazione (sinallagma funzionale) e ciò nonostante il datore ha comunque l'obbligo di versare la retribuzione pur in mancanza del lavoro perché ciò rientra nel suo "rischio d'impresa" e nella causa del contratto di lavoro subordinato (sinallagma genetico).

Egli afferma, dunque, che la causa del contratto di lavoro "nel nostro attuale ordinamento non può essere individuata soltanto nella soddisfazione dell'interesse del datore di lavoro ad avvalersi della prestazione lavorativa coordinandola in funzione delle proprie esigenze produttive aziendali ... ma rientra nella causa del contratto anche la soddisfazione di un interesse di «sicurezza» del lavoratore"¹⁹⁷.

Essendo, poi, oggetto del contratto non l'esecuzione rigida del lavoro bensì "lo svolgimento di un'attività lavorativa generalmente soggetta a dilazioni, 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" da qui deriva che " *la sospensione del lavoro nei casi previsti ed alle condizioni stabilite dalla disciplina legislativa e collettiva non costituisce una vicenda modificativa del rapporto di lavoro ma ... costituisce semplicemente una possibilità prevista dal contratto e coerente con la sua causa tipica*"¹⁹⁸.

L'operazione compiuta da Ichino va, dunque, ad intervenire su due piani: 1) da un lato egli riconduce tutto l'universo di diritti ed obblighi nascenti da un contratto di lavoro subordinato all'interno del solo "sinallagma genetico" ovverosia nel "voluto" delle parti manifestato con lo "scambio negoziale puro" che si ha al momento della stipula del contratto, così sancendo il principio della massima libertà ed autonomia contrattuale delle parti ed implicitamente escludendo che possano sorgere "nuovi" diritti e doveri in capo alle stesse se non per loro volere "in corso d'opera"¹⁹⁹; 2) dall'altro lato ed in connessione con il primo punto, ritiene

¹⁹⁷ Così P. Ichino, in *op.cit.*, p. 88.

¹⁹⁸ P. Ichino, in *op.cit.*, p. 89.

¹⁹⁹ Riprendendo la sintesi efficace operata da L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 165 per Ichino "nel contratto individuale di lavoro sarebbe già racchiuso in *nuce* tutto il patrimonio di tutele degli interessi e dell'organizzazione aziendale e della persona del lavoratore".

che, sempre in fase di stipula del contratto, quando il datore assume la propria principale obbligazione retributiva lo fa nella consapevolezza che potrebbero intervenire vicende sospensive della prestazione di cui dovrà comunque farsi carico ed accetta ciò in quanto pure esse fanno parte della “causa” del contratto.

Si assiste, dunque, ad una dilatazione enorme della causa del contratto di lavoro comprensiva delle stesse vicende sospensive riportate alla “normalità” del rapporto di lavoro. Ed infatti, l’autore afferma che: “le fattispecie più comuni di sospensione occasionale del lavoro (malattia, maternità, permessi sindacali, assemblea, ecc.) lungi dal costituire un vizio funzionale della causa del contratto, ne costituiscono, invece, un’espressione del tutto fisiologica”²⁰⁰.

La tesi fin qui brevemente descritta, consegue una certa approvazione nella dottrina e viene ripresa, negli stessi anni, con ulteriori approfondimenti, da almeno altri tre autori, quali: la prof.ssa Ballestero, il prof. Cinelli ed il prof. Del Punta.

Quanto alla prima autrice, essa sostiene che la principale obbligazione datoriale ovverosia quella retributiva nasce al momento della stipula del contratto e, quindi, in presenza di un sinallagma che può essere solo “genetico”, come “corrispettivo di un tempo di lavoro che comprende insieme al tempo di lavoro in senso stretto anche un tempo di non lavoro ... per rispondere alla funzione di sostentamento che la Costituzione le assegna”.

Senza parlare esplicitamente di “causa” del contratto, appare, comunque, evidente la posizione consistente pur sempre nel ritenere non delle anomalie ma, viceversa, delle vicende normali nel rapporto di lavoro quelle sospensioni già in qualche maniera contemplate dall’azienda al momento dell’assunzione di un dipendente.

Di qui appunto l’affermazione per cui *“a definire le obbligazioni corrispettive delle parti ed a prefigurare la permanenza dell’obbligo retributivo anche in ipotesi di assenza della prestazione lavorativa è già lo stesso regolamento contrattuale, così come integrato da fonti eteronome”*. Pertanto “la mancata esecuzione della prestazione nelle ipotesi previste dal regolamento contrattuale (come integrato dalla legge e dalla contrattazione collettiva) non costituisce inadempimento perché è previsto che ricorrendo quelle ipotesi, il lavoratore non

²⁰⁰ P. Ichino, in *op.cit.*, p. 267.

esegua la prestazione; la prestazione non è «dovuta», continua, invece, ad essere «dovuta» la retribuzione che è dunque fin dall'inizio compenso di lavoro e di non lavoro»²⁰¹.

In tal modo, dunque, anche secondo la Ballestero, non si verrebbe a determinare alcun contrasto tra le vicende sospensive della prestazione lavorativa ed il concetto di corrispettività.

Rispetto alla tesi del prof. Cinelli, pur'essa per la verità scaturente da una riflessione sulla tematica dei permessi, come evolutisi con lo Statuto dei Lavoratori²⁰², è possibile così sintetizzarla: 1) il sinallagma “genetico” e quello “funzionale” non sono, per l'autore, due realtà distinte ma l'uno è proiezione dell'altro nel senso che *il secondo comprende solo ciò che è impresso dal primo*; 2) per poter adeguatamente apprezzare le modalità secondo le quali il vincolo contrattuale è destinato ad operare nel momento funzionale del rapporto bisogna andare a vedere quello che le parti hanno negoziato all'atto della stipula del contratto; 3) normalmente i permessi sono già contemplati dalle parti nel momento in cui stipulano tra di loro il contratto di lavoro, ovverosia in presenza del “sinallagma genetico”, pertanto essi non solo non sono estranei all'assetto del contratto di lavoro ma anzi realizzano di fatto quanto previamente concordato.

È indubbio il tentativo di ricondurre i permessi – che l'autore pur distingue dalle sospensioni²⁰³ - nel sinallagma “genetico”. Lo stesso Cinelli, infatti, dirà a chiare lettere che: *“così come le ferie e i riposi settimanali (che sono considerati dalla dottrina come limitazioni della durata delle prestazioni che il lavoratore deve eseguire) ...i permessi sono contrattualmente previsti e, quindi, si prospettano non già come fenomeni sospensivi dell'operosità del rapporto ma, al contrario, attuativi di singole realtà da quello (esplicitamente o implicitamente) contemplate”*²⁰⁴.

Più in generale, dunque, l'autore sancisce il principio per cui il contratto di lavoro è “puramente corrispettivo” - tanto che “se il principio di corrispettività si presenta in maniera

²⁰¹ Così M.V. Ballestero, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1985, p.393.

²⁰² M. Cinelli, *I permessi nelle vicende sospensive del rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1984. Il che, peraltro, conferma la centralità delle vicende sospensive nelle discussioni intorno alla corrispettività del contratto di lavoro perché evidentemente esse sono la contraddizione maggiore e lo scoglio principale contro cui si infrange qualsiasi visione strettamente corrispettiva del rapporto di lavoro.

²⁰³ Come fa notare parte della dottrina ed *in primis* L. Calafà, in *op. cit.*, p. 147 a differenza di Ichino che non distingue più tra permessi, riposi e vicende sospensive pur molto differenti tra di loro quanto a scopi ed a norme di riferimento inserendo tutto nella causa del contratto, Cinelli, invece, sebbene giunga alla medesima conclusione di ricondurre tutto alla causa contrattuale cerca ancora di distinguere i permessi dalle sospensioni perché, a suo dire, i primi nascono da un' *inesigibilità* della prestazione per prevalenza di interessi costituzionalmente protetti laddove i secondi derivano da una vera e propria oggettiva impossibilità a prestare la propria opera.

²⁰⁴ Così M. Cinelli, in *op.cit.*, p. 204.

«particolare» nel rapporto di lavoro ciò dipende non già da un particolare atteggiarsi di quel principio o da un suo allentamento o da un suo cedere a motivi di deroga, bensì dalla qualità stessa dei beni»²⁰⁵ - anche quando il datore adempie all'obbligazione retributiva pur in assenza della prestazione lavorativa- perché è corrispettivo non solo e non tanto la retribuzione che si lega al lavoro effettivo ma tutto quanto “ va corrisposto in virtù dell'esistenza del contratto di lavoro”.

Riprendendo le sue parole: “con il contratto di lavoro (all'atto della stipula dello stesso e quindi a livello di sinallagma genetico) il lavoratore nominalmente si impegna soltanto alla erogazione di energie lavorative, mentre in realtà, insieme a queste, necessariamente impegna parte dei suoi interessi personali, dei suoi rapporti individuali e con la società: impegna, in definitiva, parte della sua vita; è «giusto», dunque, che il valore di scambio non si limiti al solo computo del valore materiale di quelle energie, ma ... si determini ponendo sul piatto della bilancia, a contrappeso dell'obbligazione retributiva, anche quanto possa garantire un livello minimale di soddisfazione degli interessi sacrificati (il «costo del lavoro» per il lavoratore), il che non è poi affatto ontologicamente diverso da quanto comunemente avviene in uno qualsiasi degli altri contratti appartenenti alla medesima categoria alla quale appartiene il contratto di lavoro”²⁰⁶.

In sostanza, si rafforza l'idea che nella classificazione di un contratto come “a prestazioni corrispettive” ciò che conta è la verifica circa l'esistenza di un'interdipendenza tra obbligazioni opportunamente “bilanciate” (il sinallagma “genetico”) mentre trascurabile è la presenza pure di un nesso di reciprocità tra prestazione e controprestazione in fase esecutiva (il sinallagma “funzionale”)²⁰⁷.

Venendo all'altro autore che, come anticipato, si è inserito in questo “nuovo” orientamento, ovverosia il prof. Del Punta, egli, pur conscio del rischio per cui una dilatazione della causa del contratto di lavoro va inevitabilmente a determinare il superamento e, quindi, la scomparsa di categorie giuridiche autonome in essa assorbite quali *in primis* quella delle

²⁰⁵ M. Cinelli, *op.cit.*

²⁰⁶ M. Cinelli, in *op.cit.*

²⁰⁷ Come sottolineato da L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 170 è chiara l'influenza nel pensiero di Cinelli dell'assunto di base da cui partiva il Di Majo, nella formulazione della propria teoria, per cui il datore deve retribuire il lavoratore non solo in relazione alla prestazione di lavoro ma anche a prescindere da essa ogniqualvolta un tale obbligo gli provenga direttamente dal contratto. Non condivisibile a parere di Zoppoli è, tuttavia, l'interpretazione che di siffatto pensiero ne dà il Cinelli specie nel momento in cui si spinge fino a ritenere l'assoluta inutilità della relazione di reciprocità tra prestazioni specie dopo la “normativizzazione” dei rimedi sinallagmatici operata dal codice civile del 1942. Ed infatti il sinallagma funzionale, a suo dire, poteva essere utile solo in assenza di specifiche norme in grado di tutelare le parti da inadempimenti; non più quando le stesse sono intervenute.

“sospensioni”²⁰⁸, finisce comunque per supportare un’estensione del sinallagma “genetico” coincidente con la “causa” contrattuale.

Detto in altri termini, quasi “perfezionando” il pensiero di Ichino, egli ritiene che tutte le funzioni ulteriori attribuite nel tempo alla retribuzione, accanto ed oltre alla funzione strettamente corrispettiva, fanno parte del “sinallagma genetico” ovverosia della “causa” del contratto ma non allo stesso livello²⁰⁹.

Di qui, per Del Punta, è possibile definire il contratto di lavoro come “*a struttura causale graduata*”²¹⁰, nel senso che in esso vi è sia una causa “principale” consistente nello scambio tra retribuzione e lavoro sia una causa “secondaria” inerente alla correlazione tra retribuzione ed interessi del lavoratore costituzionalmente protetti e prevalenti rispetto al dovere di lavorare. L’obbligazione di lavorare resta, dunque, quella fondamentale in subordine alla quale possono collocarsi una o più vicende sospensive non “patologiche” e neppure “fisiologiche” ma semplicemente *tollerate*.

Per l’autore, “permane nel rapporto (di lavoro) una irriducibile compresenza di entrambe queste zone, le quali sono divise da una frontiera mobile e storicamente determinata ...tale situazione non determina particolari tensioni nella struttura del contratto, sol che ci si abitui a non valutarlo come un’entità per forza unitaria”²¹¹. La “convivenza”, sebbene a livelli differenti, tra natura sinallagmatica del contratto di lavoro e norme apparentemente in contraddizione con essa in quanto per il loro tramite “l’ordinamento legislativo si è aperto verso una sempre maggiore realizzazione del principio di tutela della personalità” quasi a discapito della prestazione effettiva di lavoro e dell’utilità che da essa ricava l’impresa, è meno ardua di quello che sembra perché in fondo non è difficile da accettare “l’idea di un assetto contrattuale storicamente dato nel quale, pur operando di massima la regola della corrispettività, vengono stabiliti una serie di limiti all’utilizzazione del lavoratore (operanti sulla base di specifici presupposti e secondo diverse modalità) che, essendo collegati alla tutela dei suoi interessi costituzionalmente rilevanti, comportino, oltre che una *temporanea* prevalenza sull’interesse all’adempimento dell’obbligazione di lavoro, una permanenza dell’obbligo retributivo”²¹².

²⁰⁸ Ed infatti espressamente dice che: “quando nello schema causale del contratto di lavoro ovvero nel suo sinallagma genetico si comprendono a pieno titolo anche valori ulteriori rispetto allo scambio lavoro-retribuzione e quindi l’unità di misura di quest’ultima è fissata in funzione di un articolato complesso di interessi del lavoratore anche di natura strettamente personale, si arriva a svalutare il concetto di sospensione del rapporto e comunque a negare che i permessi possano essere riportati a tale categoria”. Così R. Del Punta, in *op.cit.*

²⁰⁹ Di qui, a differenza di Ichino, per Del Punta le vicende sospensive della prestazione di lavoro non sono tanto “fisiologiche” quanto “tollerate” all’interno del rapporto di lavoro.

²¹⁰ Le parole sono, appunto, quelle testuali utilizzate dall’autore.

²¹¹ R. Del Punta, in *op.cit.*, p. 462.

²¹² Così R. Del Punta, in *op.cit.*, p.475.

Come fa notare parte della dottrina²¹³, gli “aggiustamenti” apportati da Del Punta al pensiero dei suoi predecessori se da un lato tentano di rispondere con maggiore efficacia pur sempre allo stesso scopo consistente nel “blindare” la natura contrattuale e sinallagmatica del rapporto di lavoro, dall’altro lato fanno qualcosa in più e cioè cercano di porre un argine ad eventuali ulteriori estensioni delle ipotesi di sospensioni retribuite rimarcando la necessità di interventi legislativi in tal senso. Chiara in questa direzione è l’affermazione di Del Punta per cui dietro un caso di mantenimento della retribuzione sebbene in assenza della prestazione lavorativa deve esservi *effettivamente* una norma *ad hoc* “ per disciplinare sia la regola che l’eccezione e non rileva, al limite, che essa venga tratta direttamente dall’arsenale lavoristico oppure, nel caso che essa offra soluzioni specifiche, dalla normativa civilistica”²¹⁴.

Prima di porre in luce quelli che appaiono come i “punti deboli” dell’orientamento “neo-classico”, per rispondere ad esigenze di completezza del discorso, si ritiene utile fare, anche in questa sede, un passaggio sull’eventuale recepimento delle idee portanti di tale costruzione dottrinarina nella giurisprudenza.

A differenza della tesi derogatoria che, come ampiamente detto, è stata ed è ancora oggi molto utilizzata dalla giurisprudenza ogniqualvolta si trova a doversi pronunciare su ricorsi inerenti a pretese risarcitorie avanzate dal lavoratore nella misura di tutte le retribuzioni perse per un’interruzione del rapporto di lavoro o non dipesa da egli o derivante dalla sua persona ma tutelata da leggi specifiche in materia con la garanzia retributiva, la tesi “neo-classica” non sembra essere stata usata dai giudici a supporto delle loro decisioni. Anzi la sensazione è di una “critica” operata verso il tentativo di far rientrare direttamente nella causa contrattuale casi “eccezionali” quali le varie ipotesi sospensive. Ancora nel 2009, ad esempio, la Corte di Cassazione, Sezione lavoro in varie pronunce²¹⁵ insiste nel ritenere “causa” del contratto di lavoro unicamente lo scambio tra prestazione lavorativa e retribuzione di cui “alla regola generale di effettività e corrispettività nel rapporto di lavoro” al punto da ritenere che normalmente non andrebbe data la retribuzione “in caso di sospensione volontaria della prestazione ...*finché il lavoratore non provveda a mettersi nuovamente a disposizione del datore (necessità della mora credendi), ...salve deroghe espresse legali o contrattuali*”²¹⁶ e

²¹³ Il riferimento è principalmente a L. Calafà, in *op.cit.*, p. 161.

²¹⁴ R. del Punta, in *op.cit.*, p. 462.

²¹⁵ Tra cui la n. 6010 del 12 marzo, la n. 12011 del 25 maggio e la n.15515 del 2 luglio.

²¹⁶ Così Cass. sez. lav. 2 luglio 2009 n. 15515.

che anche quando la sospensione proviene dal datore, il lavoratore non ha, a ben vedere, diritto alle retribuzioni ma ad un risarcimento del danno²¹⁷.

Insomma sebbene molto suggestiva, la tesi neo-classica è stata scarsamente applicata dagli operatori del diritto.

Il vero tallone d'achille dell'orientamento "neo-classico" non è, tuttavia, nel suo carente utilizzo presso la giurisprudenza, quanto nel: 1) non tener debitamente conto della circostanza per cui al momento della stipula del contratto le parti non hanno una reale autonomia negoziale ed il contratto, per dirla con un autore, è una "scatola vuota"²¹⁸; 2) non considerare l'impossibilità, quasi oggettiva, per il datore di impegnarsi all'atto della definizione del contratto, rispetto a vicende, quali quelle sospensive, che benché prevedibili sono in quel momento *inesistenti* e soprattutto non è detto che si realizzeranno mai nel corso di quel singolo rapporto di lavoro; 3) sottovalutare l'insegnamento civilistico per cui non può bastare il solo sinallagma genetico, in assenza o "semi-assenza" di quello funzionale, ad inquadrare correttamente un contratto fra quelli a prestazioni corrispettive ai sensi degli artt.1406, 1448, 1453 e ss., 1463 e ss., 1467 del cod. civ.

Quanto al primo punto, valorizzando ed ampliando quasi a dismisura il sinallagma "genetico", normalmente corrispondente al "voluto" delle parti, si produce inevitabilmente il risultato di sminuire quel particolare che tale, ovviamente, non è, per cui i casi in cui dare comunque la retribuzione pur in assenza della prestazione di lavoro non sono affatto frutto di un "negoziato puro" tra datore e prestatore di lavoro ma sono imposti o quantomeno previsti dalla legge. Detto in altri termini, far entrare nella "causa" del contratto, intesa come funzione scelta dalle parti, qualcosa che, invece, prescinde da qualsiasi volontà perché ci sarebbe comunque per derivazione diretta legale come le sospensioni "retribuite", appare un non senso leggibile al più come un tentativo di manipolazione della realtà²¹⁹. Per riprendere le parole di un noto

²¹⁷ Cass. Sez. Lavoro 14 settembre 2009 n. 19770. Molto importante in tal senso è la recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 303 dell'11 novembre 2011 che ha ritenuto non costituzionalmente illegittimi i commi 5, 6 e 7 dell'art. 32 della legge n. 183/2010 introducendo un tetto minimo di risarcimento del danno di 2,5 mensilità e massimo di 12 mensilità, riducibili a 6 mensilità in presenza di accordi aziendali, territoriali o nazionali di "assorbimento", per il lavoratore a termine che si è già visto convertire il contratto illegittimamente stipulato in tempo indeterminato. Ed infatti il principale argomento usato dalla Corte nel sostenere la legittimità costituzionale delle norme è incentrato proprio sulla sussistenza in tali casi di un diritto del lavoratore non alle retribuzioni bensì ad essere protetto in primo luogo con la conversione del contratto ed in secondo luogo con il riconoscimento di un'indennità che in quanto tale può ben avere un minimo e massimo purché "agganciati" a criteri non discrezionali come, a parere della Corte, certamente sono quelli di cui all'art. 8 della legge n. 604/66 sui licenziamenti individuali.

²¹⁸ L'espressione è di L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 168.

²¹⁹ Ed in effetti, come sopra visto, quando la prof.ssa Ballestrero parla dell'importanza del regolamento contrattuale "*così come integrato da fonti eteronome*" sembra tentare l'operazione volta a relegare in un angolo

autore: “ricollegare alla causa, cioè alla funzione tipica di un contratto, effetti che hanno origini e finalità squisitamente eteronome ... può essere metodologicamente e logicamente non corretto” specie se è chiaro che “ il rapporto di lavoro, se nasce da un contratto, nasce da un contratto del tutto singolare in cui la dimensione dell’accordo e dello scambio è profondamente ridotta e condizionata”²²⁰.

Rispetto, poi, al secondo punto, in rapporto di stretta consequenzialità con il primo, a maggior ragione diventa insostenibile l’assunto volto a ricondurre l’impegno datoriale a garantire la retribuzione per vicende sospensive in un momento, quale quello della stipula del contratto, dove esse non ci sono e non è detto che interverranno mai al punto da “giustificare” pure un eventuale obbligo per il futuro. Come ampiamente sottolineato in dottrina,²²¹ l’idea di far rientrare le sospensioni nella causa contrattuale “non convince in quanto le sospensioni, di cui non si può *a priori* sapere se si verificheranno o meno nel corso del rapporto, non possono ritenersi scontate al momento della definizione del programma contrattuale; *la predeterminazione degli effetti delle cause di sospensione non significa eliminazione del carattere di eventualità delle stesse che sempre permane*”.

Venendo, infine, al terzo punto, affermare che “alla categoria civilistica della corrispettività è oggi sostanzialmente estranea la considerazione del *nesso tra le prestazioni* dei contraenti (sinallagma funzionale)”²²² contraddice le stesse norme civilistiche, così come concordemente interpretate da dottrina e giurisprudenza, che, come già ampiamente esaminato al paragrafo 1.1.1, attribuiscono pari rilevanza al sinallagma genetico ed a quello funzionale ai fini della qualificazione di un contratto come “ a prestazioni corrispettive”. D’altra parte, già dagli stessi manuali di diritto civile in uso è possibile apprendere che se esiste l’interdipendenza fra obbligazioni senza reciprocità fra prestazioni o viceversa non si è in presenza di un contratto realmente e pienamente “sinallagmatico”.

Il risultato quasi paradossale a cui giungono gli orientamenti “neo-classici” è, dunque, quello di perdere di vista già la stessa nozione civilistica di corrispettività nel mentre che cercano con torsioni e distorsioni varie di “salvarla” nell’ambito del lavoro subordinato.

gli obblighi legali che appaiono così solo una parte, e forse neanche quella più rilevante, del contratto di lavoro. Similmente, il prof. Del Punta nella sua costruzione del contratto di lavoro come “ a struttura causale graduata” pone la retribuzione legata a talune vicende sospensive non a caso nel “livello secondario” della causa contrattuale; al di sotto cioè della causa principale che resta lo scambio di retribuzione vs. lavoro effettivo. Pertanto rispetto a siffatti tentativi anche il prof. L. Zoppoli, in *op.cit.* non può non evidenziare che essi costituiscono l’ “ennesima finzione” volta ad accreditare i singoli episodi di sospensione tra i profili meramente attuativi od esecutivi di un programma negoziale al cui interno sono già state pianificate le relative previsioni legali e contrattuali.

²²⁰ Così L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 166.

²²¹ Il riferimento è a R. Santucci, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, Torino, Utet, 1993, p. 68

²²² Tale è la sintesi del pensiero di Cinelli come ricostruito da L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 169.

1.2.4 La tesi “classico - flessibile” della seconda metà del 2000.

Come fin qui visto, se un punto di contatto c'è tra le differenti tesi formulate negli anni sul concetto di corrispettività del contratto di lavoro, lo stesso è certamente rinvenibile nella volontà di non mettere seriamente in discussione e, dunque, nel tentare di tenere comunque in vita quella visione “classica” del rapporto di lavoro come scaturente da un contratto di diritto comune ed in particolare di scambio ovvero sia a prestazioni corrispettive. Tuttavia, sia l'orientamento “derogatorio” che quello “neo-classico” hanno provato a salvare il salvabile nella consapevolezza dei vari “ostacoli” di natura costituzionale e legislativa che, ponendo al centro il “cittadino-lavoratore”, hanno comportato l'inevitabile abbandono dei corollari della costruzione del Barassi quali, ad esempio, l'impossibilità della persistenza dell'obbligazione retributiva senza l'effettuazione della prestazione di lavoro e l'esatta proporzionalità tra il lavoro svolto e la paga data. In altre parole, gli orientamenti dottrinali sorti dal '50 almeno fino alla prima metà del 2000, non potendo non calarsi nella realtà dell'ordinamento giuridico esistente, o parlando di “deroghe” o ampliando la “causa” del contratto di lavoro, e dunque ricorrendo a diverse finzioni o forzature giuridiche, hanno pur sempre tenuto in considerazione ed, anzi, avvalorato l'esistenza di diritti individuali fondamentali del “cittadino –lavoratore” prevalenti sull'obbligo di lavorare.

Difficilmente si sarebbe immaginata la “messa in discussione” di quei diritti ed il ritorno ad una concezione del rapporto di lavoro spuria di qualsiasi attenzione verso la persona, ed in tal senso strettamente “barassiana”, in anni recentissimi. Ma tanto è, invece, accaduto.

Nasce, dunque, dal 2003 ad oggi, più che in dottrina, nella politica legislativa, supportata da taluni studi economici, peraltro prontamente smentiti dai successivi²²³, un nuovo filone di pensiero che potremmo definire “classico –flessibile”.

L'elemento di “classicità” sta nell'incredibile “*revival*” anche e soprattutto a scopo “propagandistico” di affermazioni del primo Barassi del 1915, mentre la “flessibilità”, termine a dir poco ambiguo²²⁴, diventa, come sottolineato da autorevole dottrina²²⁵,

²²³ Un'analisi dettagliata della situazione attuale in cui a definire l'agenda politica di Stati sovrani è la finanza ed in cui pochi studi economici, principalmente della BCE, basati sulla presunta equivalenza tra scarse tutele e maggiore occupazione, hanno assunto un ruolo chiave nella giustificazione ad opera del Governo italiano di interventi legislativi spinti verso un'assoluta flessibilità è contenuta nel saggio di A. Perulli e V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “Rivoluzione di Agosto” del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. It n. 132/2011. Gli autori non mancano di sottolineare l'esistenza di molti studi, pur sempre a carattere economico, tra i quali quelli condotti da Nickell e Layard nel 1998, che contrariamente a quelli presi in esame dal Governo negano qualsiasi correlazione tra livelli di tutela del singolo lavoratore e situazione occupazionale. La stessa Ocse nell'*Employment Outlook* del 1998 si trova ad affermare l'inesistenza di serie teorie economiche o di analisi econometriche volte a comprovare il nesso tra livelli occupazionali e discipline meno rigide del rapporto di lavoro.

²²⁴ A tal proposito B. Caruso, *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi*, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005, p. 503 sottolinea che non esiste un unico concetto di flessibilità ma essa è stata declinata in almeno cinque tipologie, ovvero sia la flessibilità organizzativa,

l'ideologia alla luce della quale ispirare qualsiasi intervento diretto a deregolamentare e destrutturare il diritto del lavoro.

Ma si intende procedere per ordine nell'analisi dei due termini che compongono il nuovo "pensiero unico", riprendendo l'espressione di taluna dottrina²²⁶, in materia di lavoro.

Dal 2009 ad oggi dapprima con l'Accordo Quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del gennaio per proseguire con l'Accordo Interconfederale dell'aprile dello stesso anno, venendo all'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 fino all'art. 8 del d.l. n. 138/11 convertito in legge n. 148/11 si è assistito ad un processo di "aziendalizzazione" del diritto del lavoro italiano²²⁷.

In origine l'Accordo Quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 al punto 16, ripreso nell'Accordo Interconfederale attuativo del 15 aprile dello stesso anno al punto 5, stabiliva che "al fine di governare direttamente nel territorio *situazioni di crisi aziendale o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'area*" erano possibili intese a livello territoriale fra parti sociali volte a "modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici o normativi disciplinati dal contratto collettivo nazionale di categoria. La capacità di modificare è esercitabile sulla base di *parametri oggettivi individuati nel contratto nazionale*, quali, ad esempio, l'andamento del mercato del lavoro, i livelli di competenze e professionalità disponibili, il tasso di produttività, il tasso di avvio e di cessazione delle iniziative produttive, la necessità di determinare condizioni di attrattività per nuovi investimenti. *In ogni caso, le intese così raggiunte per essere efficaci devono essere preventivamente approvate dalle parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro della categoria interessate*".

Viene introdotta, dunque, *la possibilità di derogare anche in pejus* a norme del contratto collettivo nazionale di categoria ad opera del livello territoriale di contrattazione. Apparentemente il contratto collettivo nazionale di lavoro resta quello "centrale", nei fatti si

dell'orario di lavoro, del salario, numerica e geografica. Parimenti non sembra rinvenibile una sola funzione della flessibilità ma, a seconda della manipolazione che il legislatore voleva operare nel contesto di riferimento, a questa sono stati attribuiti i più disparati compiti: dall'accrescimento della competitività e della produttività delle imprese, anche a costo di incrementare il lavoro precario, all'aumento dei tassi di occupazione, alla garanzia di maggiore adattabilità dell'organizzazione del lavoro ai bisogni del dipendente.

²²⁵ Il riferimento è anzitutto a B. Caruso, *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi*, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005.

²²⁶ Parlano di "mito della flessibilità" e di "pensiero unico" A. Perulli e V. Speciale in op.cit., p. 12.

²²⁷ L'espressione è di E. Ales, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro di prossimità, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.It, n.134/2011.

fa passare il messaggio per cui il “secondo livello” di contrattazione, ovverosia quello territoriale o aziendale, sia maggiormente adatto a gestire crisi e situazioni strettamente correlate alla competitività aziendale²²⁸.

Detto in altri termini, inizia a farsi largo l’idea che sia inevitabile un abbassamento delle tutele dei lavoratori, specie in contesti di crisi o di recupero di competitività, e che bisogna riportare a livelli quanto più vicini o “prossimi” possibili ai singoli datori e prestatori di lavoro l’universo di diritti ed obblighi nascenti da un contratto di lavoro subordinato.

Nonostante le spaccature all’interno del sindacato²²⁹, delle quali in qualche modo approfittano grandi aziende, come la Fiat²³⁰, ed il governo stesso che ancora con la legge n. 183/2010, meglio nota come “collegato lavoro”, continua l’opera di smantellamento delle tutele del lavoratore²³¹, in un clima caratterizzato dall’ineluttabilità di interventi peggiorativi sui diritti dei dipendenti, si arriva all’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011.

Con esso da un lato le parti sociali nazionali ritrovano l’unità, legate da una sorta di istinto di sopravvivenza e, conseguentemente, si danno regole certe sulla misurazione della rappresentatività, dall’altro provano a rispondere alle esigenze della Fiat senza, peraltro, assecondarle fino in fondo tanto che interverrà a loro sostegno il Governo medesimo, in persona del Ministro del Lavoro, con l’art 8, di cui nell’immediato prosiegua.

Il tutto va nella direzione di un ulteriore rafforzamento di quel fenomeno di “aziendalizzazione” in esame.

Riprendendo il punto 5 dell’Accordo Interconfederale del 2009, al punto 7 dell’Accordo del 2011 si afferma, infatti, che: “i contratti collettivi aziendali possono attivare strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di *aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi*. I contratti collettivi aziendali, possono, pertanto, definire in via sperimentale e temporanea, *specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali*”.

²²⁸ Come fa notare E. Ales, in *op.cit.*, p. 9 non è un caso che tra i parametri oggettivi individuati dal CCNL al fine di consentire la sua stessa deroga vi siano tutti elementi quali l’andamento del mercato del lavoro, i livelli di competenze, il tasso di produttività, ecc. in ultima istanza riconducibili alla “competitività che diventa, quindi, appannaggio esclusivo del livello territoriale e di singola impresa”.

²²⁹ Valga la pena ricordare che la Cgil non firma l’Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali.

²³⁰ Esemplari in tal senso sono gli accordi di Mirafiori e Pomigliano firmati con “chi ci sta” e sotto ricatto di delocalizzare l’attività produttiva. In dottrina si vedano, fra gli altri, i commenti di E. Ales, in *op.cit.*

²³¹ Si ricordi il caso sollevato dalla possibilità di introdurre la cosiddetta “clausola compromissoria” con la quale il lavoratore rinuncia per future controversie alla risoluzione in sede legale all’atto dell’assunzione e cioè nel momento di maggiore debolezza del dipendente.

Continuano, quindi, ad essere possibili deroghe peggiorative delle tutele derivanti dal contratto collettivo nazionale ad opera della contrattazione aziendale - stavolta non si parla di livello territoriale- senza che ci sia più bisogno di “parametri oggettivi”.

Non solo ma diventa possibile persino derogare *senza la previa autorizzazione del CCNL* nel periodo transitorio, ogniqualvolta “in attesa che i rinnovi definiscano la materia” ciò sia indispensabile al fine di “gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell’impresa” e rispetto a materie quali “la prestazione lavorativa, gli orari e l’organizzazione del lavoro”. In pratica tutto o quasi.

Evidentemente non pienamente soddisfatto dell’operato delle parti sociali che con l’Accordo del giugno 2011 pure hanno introdotto un sicuro “*allentamento dei vincoli imposti dal livello nazionale sul secondo livello, ora coincidente con la singola impresa*”²³², l’esecutivo interviene nuovamente sulla contrattazione di secondo livello all’interno, peraltro, di una manovra finanziaria emanata sull’onda emotiva di un rischio, vero o presunto, di fallimento dello Stato italiano. Esso inserisce, quasi sotto –banco e senza aver avviato alcuna discussione con le parti sociali nazionali, una norma che, nel nome e per conto della solita azienda automobilistica, va, dunque, ancora oltre.

Con l’art. 8 del decreto legge n. 138/2011 convertito in legge n. 148/2011, infatti, per la prima volta nella storia italiana viene stravolto il sistema delle fonti tanto che si autorizza un contratto aziendale non solo a derogare *in pejus* rispetto alle disposizioni del contratto nazionale, come fin qui visto, ma a derogare in senso peggiorativo persino rispetto alle leggi dello Stato.

Il comma 2-bis dell’art. 8 della l. n. 148/2011, che merita di essere riportato integralmente, sancisce che: “fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 *operano anche in deroga alle disposizioni di legge* che disciplinano le materie richiamate al comma 2 (impianti audiovisivi ed introduzione di nuove tecnologie; mansioni del lavoratore, classificazione ed inquadramento del personale; contratti a termine, ad orario ridotto, modulato o flessibile, regime di solidarietà negli appalti e casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; disciplina dell’orario di lavoro; *modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro*, comprese le collaborazioni continuate e continuative e le partite Iva, trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e *conseguenze del recesso del rapporto di lavoro*, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento

²³² Le parole sono di E. Ales, in *op. cit.*, p. 14.

della lavoratrice in concomitanza del matrimonio) ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro”.

L’evidente tentativo è quello di sottrarre in pratica tutto il diritto del lavoro al legislatore ed alle parti sociali nazionali per affidarlo al singolo imprenditore, fatta eccezione per il diritto antidiscriminatorio e per la normativa in materia di salute e sicurezza, che, come evidenziato da parte della dottrina, resterebbero gli unici “due pilastri” di ciò che resta del “diritto del lavoro universale” nel ventunesimo secolo²³³.

Ciò si evince sia dall’ampiezza delle materie derogabili in senso peggiorativo solo ad opera del livello secondario di contrattazione, sia dall’efficacia *erga omnes* assicurata a siffatti contratti aziendali sia dagli stessi limiti degli interventi in deroga che, in un’ottica di parificazione tra legge e contratto aziendale, coincidono con quelli a cui è usualmente soggetta la legge stessa, ovverosia il rispetto della Costituzione e delle normative comunitarie ex art. 117, primo comma, della Cost.

D’altra parte che questo fosse da sempre il disegno governativo è confermato anche dai contenuti del progetto di legge cosiddetto “Statuto dei Lavori”, presentato ufficialmente il 31 luglio 2010 e poi accantonato per il sopraggiungere di problemi politici, nel quale già si affermava a chiare lettere che il diritto del lavoro “universale” doveva essere riducibile a tre soli diritti, ovverosia sicurezza del lavoro e dell’ambiente; compenso equo e proporzionato ai risultati dell’impresa; formazione ed incremento delle conoscenze e delle competenze. Tutto il resto va lasciato alla discrezionalità dell’impresa ed al suo potere di auto-organizzazione sancito all’art. 41 della Cost.

Il datore di lavoro acquisisce, quindi, quella centralità nella gestione dei singoli rapporti di lavoro che aveva avuto forse solo con Barassi nei primi del ‘900.

Un balzo indietro notevole che fa parlare di una rinascita in toto della tesi “classica” con il suo disinteresse verso la persona del lavoratore di cui si è ampiamente discusso nei precedente paragrafi. Di qui, appunto, la parte “classica” del nuovo orientamento in materia di contratto di lavoro.

Passando, ora, all’altro termine del binomio ovverosia “flessibile”, come si anticipava anch’esso viene introdotto nel linguaggio e nelle logiche giuridiche per motivazioni “economiche” legate alla sopravvivenza del tessuto produttivo italiano in un contesto internazionale globalizzato dove molto forte è la concorrenza sleale.

²³³ Così, tra gli altri, E. Ales, in *op.cit.*, p. 21.

In particolare, soprattutto a partire dal cosiddetto “Libro Bianco del Lavoro” dell’ottobre del 2001, il governo all’epoca in carica inizia a ripetere, quasi fosse un mantra, il messaggio inerente alla necessità di “continuare ad accrescere la flessibilità del mercato del lavoro” per reggere al peso dei fenomeni di dumping sociale. Il che equivale a dire che bisogna passare “da una politica dei redditi ad una politica della competitività”, “dalla concertazione al dialogo sociale” il tutto per il tramite di una “rimodulazione delle tutele”²³⁴.

Si comprendono meglio i fatti che sono dietro il termine flessibilità con il disegno di decreto legge n. 848 presentato dall’esecutivo il 15 dicembre 2001 con il quale si chiarisce che s’intende attuare da un lato la cosiddetta “flessibilità in entrata” andando, cioè, ad introdurre accanto al contratto di lavoro standard, a tempo pieno ed indeterminato, una miriade di differenti tipologie contrattuali volte a rispondere alle esigenze meramente temporanee aziendali di assunzione, e dall’altro lato si punta alla cosiddetta “flessibilità in uscita” ovvero all’abrogazione dell’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori cosicché possa divenire più semplice e meno gravoso il licenziamento anche di personale inserito in imprese medio-grandi.

Come noto, la prima parte del progetto è stata ampiamente realizzata con la legge n. 30/2003, meglio nota come “legge Biagi”, e con il decreto legislativo n. 276/2003 che aprono alla possibilità per il datore di lavoro di assumere con un’infinità di tipologie contrattuali che spaziano dallo *job sharing* al lavoro occasionale, al lavoro intermittente o a chiamata, al part-time “elasticizzato”, alla somministrazione di manodopera anche a tempo indeterminato, per arrivare alla para-subordinazione propria dei contratti a progetto²³⁵. In riferimento invece alla seconda parte si è dovuto attendere il 2011 quando, come poco sopra visto, con l’art. 8 del d.l. n.138/11 convertito in l. n. 148/11 si rendono possibili accordi aziendali in deroga “*alle conseguenze del recesso del rapporto di lavoro*”. Una formula, peraltro errata²³⁶, per intendere che si possono non osservare le norme inerenti alle conseguenze del licenziamento illegittimo ovvero alla reintegra ed al risarcimento del danno di cui all’art. 18 della legge n. 300/70.

Da qui, dunque, traspare massimamente il legame tra la “classicità” e la “flessibilità” fuse in realtà in un’unica visione da molti definita come una “tardiva ed irrealistica imitazione del

²³⁴ Le espressioni virgolettate sono tratte da “*Libro Bianco sul mercato del lavoro. Alcune risposte a molti interrogativi*”. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 2001.

²³⁵ Tutte le tipologie contrattuali appena dette sono state, peraltro, vissute da gran parte della dottrina come forme di flessibilità spinte fino al completo arbitrio e pertanto da abrogare o comunque rivedere fortemente. Così L. Mariucci, “*Dopo la flessibilità cosa?*”, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005, p. 1118.

²³⁶ Come sottolinea parte della dottrina tra cui A. Maresca ed A. Perulli, V. Speciale in *op. cit.*, letteralmente “consequenze del recesso” sono solo il preavviso ed il trattamento di fine rapporto mentre la reintegra ed il risarcimento del danno sono conseguenze di un recesso *illegittimo*.

modello americano”²³⁷: abbassamento delle tutele del lavoro, negoziazione “one to one” direttamente tra singolo datore e singolo prestatore di lavoro dei diritti ed obblighi scaturenti dal rapporto di lavoro, frammentazione delle forme contrattuali a cui si collegano differenti stadi di protezione ne rappresentano i punti chiave. Il tutto per arrivare alla “atomizzazione individualistica del mercato del lavoro” non retta da alcuna una riforma degli ammortizzatori sociali né da serie politiche attive per il lavoro, priva cioè di quell’elemento di sicurezza imprescindibile per le istituzioni comunitarie²³⁸.

I limiti del nuovo orientamento “classico –flessibile” appaiono evidenti sia sotto il profilo teorico che sul piano strettamente empirico.

Dal punto di vista teorico e specie in riferimento alla componente “classica” del “pensiero unico” fin qui esaminato, è una contraddizione in termini parlare di deroghe peggiorative alla contrattazione collettiva nazionale ed alle leggi stesse sulla maggior parte delle materie costituenti il diritto del lavoro ma nel “rispetto della Costituzione e delle normative comunitarie”.

Ed infatti, come fa notare autorevole dottrina²³⁹, già aver legato le deroghe in *pejus* al livello aziendale ha implicato una violazione dell’art. 3 della Cost. Ed infatti, dare potenzialmente alla singola azienda il potere di regolare come meglio crede i rapporti di lavoro, a prescindere dal settore e dal territorio di riferimento, equivale a creare un diritto del lavoro “a pelle di leopardo” nel quale, in assenza di un “ombrello” universale, i livelli di garanzie dei singoli lavoratori sono assolutamente differenziati sulla base, peraltro, di meri rapporti di forza, ovverosia senza che vi siano criteri oggettivi, pure a parità di mansioni o di livello d’inquadramento presso simili datori e persino all’interno della stessa area geografica²⁴⁰. Si trattano, dunque, situazioni eguali in maniera differente in pieno contrasto con il principio di eguaglianza di cui all’art. 3 della Cost. per di più in assenza di una “ragionevolezza”

²³⁷ L’espressione è di L. Mariucci che la usava già in un’epoca *pre* “caso Fiat” nel saggio “*Dopo la flessibilità cosa?*”, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005, p. 1110. Parlano di una “americanizzazione delle relazioni collettive che non ha paragone con nessun sistema europeo” anche A. Perulli e V. Speciale in *op.cit.*, p. 26.

²³⁸ A livello europeo, infatti, si è sempre parlato di “*flexicurity*” guardando al modello danese e mai di una flessibilità fine a se stessa ma su tale manipolazione del concetto comunitario meglio si approfondirà nel prosieguo.

²³⁹ Ci si riferisce a A. Perulli e V. Speciale in *op.cit.*, p.30 e ss.

²⁴⁰ Secondo l’analisi effettuata da A. Perulli e V. Speciale in *op.cit.*, p. 27, peraltro, l’aver connesso le deroghe in *pejus* al solo “micro-interesse” della singola azienda può ingenerare fenomeni di concorrenza sleale tra imprese oltre che tra lavoratori stessi. Ed infatti ben potrebbe accadere che un imprenditore, a fronte di un’impresa limitrofa che applica consistenti deroghe al diritto del lavoro vigente, per puro effetto emulativo o per approfittare della situazione, vada anch’egli a chiedere delle deroghe peggiorative senza averne realmente bisogno con il risultato di non ottenere l’accordo. Di qui, dunque, l’impresa che ha ottenuto l’accordo con le deroghe in *pejus* godrà di un enorme vantaggio competitivo rispetto a quella che non è riuscita, invece, ad imporre alle proprie rappresentanze sindacali le medesime deroghe. In maniera non molto dissimile da quanto avviene nella competizione con la Cina si rischia di fondare la concorrenza sull’erosione dei diritti, tanto che i due autori parlano dell’art. 8 del d.l. n. 138/11, convertito in l. n. 148/11, come di una norma che “porta la Cina in casa”.

dell'intervento in deroga che semmai dovrà essere ricercata caso per caso dal giudice del lavoro²⁴¹.

Non solo ma “rispettare la Costituzione” vuol dire rendere inderogabili materie come la retribuzione (art. 36), le ferie, i permessi ed i riposi (art. 37), i congedi di maternità (art.31), la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (art.32), la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori anche per il tramite dei permessi di studio (art.35), i trattamenti di malattia, infortunio, invalidità (art.38), lo sciopero (art. 40).

Dovendo porre il vincolo del rispetto della Costituzione – sia per rispetto della gerarchia delle fonti sia perché è ormai consolidata la giurisprudenza che espressamente vincola anche le parti sociali a muoversi conformemente ad essa²⁴² - in qualche maniera il legislatore del 2011 ha finito per smentire se stesso e la sua stessa premessa di rendere derogabile in *pejus* tutto il diritto del lavoro racchiuso di fatto nell'espressione “modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro”.

Il campo delle possibili deroghe, peraltro, si restringe ulteriormente per effetto del richiamo anche ai “vincoli derivanti dalla normativa comunitaria e dalle convenzioni internazionali”.

Quelle materie che potevano non avere copertura costituzionale, come, ad esempio, la tutela dal licenziamento o la normativa in materia di contratti a termine diventano, infatti, comunque intangibili nel momento in cui sono “protette” dall'ordinamento comunitario o internazionale. Riprendendo gli esempi appena fatti, dunque, una deroga all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori potrebbe non essere possibile per contrasto con l'art. 30 della Carta di Nizza²⁴³ così come non sarebbe praticabile un accordo in deroga per lo sfioramento del tetto massimo dei 36 mesi di durata di più contratti a termine in quanto contrastante con la *ratio* di “scoraggiamento” di abusi nella reiterazione di contratti a tempo determinato espressa nella direttiva n. 70 del 1999. Similmente deroghe all'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori in materia di videosorveglianza potrebbero in realtà non essere attuabili per violazione di quel principio

²⁴¹ Il che comporterebbe, poi, quell'ulteriore effetto negativo dell'art 8 del d.l. n. 138/11, convertito in l. n. 148/11, consistente in un incremento del contenzioso perché per “giustificare” le deroghe in *pejus*, ovverosia il trattamento differente di lavoratori uguali, il giudice sarà costretto a valutare se nella singola fattispecie concreta è stato rispettato o meno il criterio di razionalità o ragionevolezza tra mezzo e fine, tanto più che è lo stesso articolo 8 a chiamare in causa un siffatto controllo nel momento in cui espressamente pone dei “vincoli di scopo” per la contrattazione in deroga. Così P. Ichino ed A. Perulli, V. Speciale in *op.cit.*, p. 30.

²⁴² Come richiamata da A. Perulli e V. Speciale, in *op.cit.*, si veda in particolare la sentenza della Corte Costituzionale n. 103 del 1989 che sancisce il dovere “per tutte le parti, *anche quelle sociali*, di rispettare i precetti della Costituzione” i quali assicurano che “il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana”.

²⁴³ L'art. 30 della Carta di Nizza, che ha oggi lo stesso valore giuridico dei Trattati per effetto dell'art. 6 del Trattato di Lisbona, dispone che: “ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione ed alle legislazioni e prassi nazionali”.

fondamentale di tutela della *privacy* sancito in varie direttive comunitarie oltre che nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia le cui sentenze sono, peraltro, pienamente equiparate negli effetti alle fonti comunitarie stesse. Ed ancora, non sono perseguibili deroghe all'orario di lavoro nella misura in cui va comunque garantito, per espressa previsione della direttiva n. 88 del 2003, un riposo giornaliero di 11 ore consecutive e settimanale di 24 ore non monetizzabile alla luce dell'obiettivo di rispettare "l'adeguamento del lavoro all'essere umano" e non viceversa. Ma l'elencazione potrebbe ancora proseguire a dimostrazione del fatto che tutto il sistema del diritto del lavoro è imperniato su norme costituzionali o comunitarie dirette a proteggere massimamente i diritti fondamentali del lavoratore che è *in primis* persona e cittadino. Dunque e riprendendo le parole di autorevole dottrina²⁴⁴ l'art. 8 del d.l. n. 138/11, convertito in l. n. 148/11, nella misura in cui va a completare l'orientamento "classico – flessibile" in materia di corresponsività dei contratti di lavoro "esprime una contraddizione logico – giuridica insanabile, in quanto autorizza ad una deroga generalizzata alla legge ma nel rispetto dei principi costituzionali, laddove non c'è norma di diritto che non possa essere riconducibile, più o meno direttamente, ai principi costituzionali medesimi".

Come a dire che se poteva reggere l'idea strettamente sinallagmatica del contratto individuale di lavoro basata su null'altro se non lo scambio puro tra retribuzione *versus* prestazione lavorativa nel quale non entrava minimamente la persona al tempo del primo Barassi, quando cioè non esisteva né il codice civile vigente né la Costituzione, la stessa non può essere certamente riproposta oggi per di più in chiave "flessibile" stante la maturità di un diritto del lavoro permeato non solo dai principi fondamentali costituzionali ma anche da quelli europei ed internazionali²⁴⁵.

Venendo, infine, ai limiti empirici dell'orientamento classico – flessibile appare ormai ampiamente dimostrata l'inesistenza di alcun nesso tra riduzione delle "rigidità" legate all'assunzione ed alle vicende proprie di un rapporto di lavoro ed aumenti occupazionali²⁴⁶.

²⁴⁴ Ci si riferisce a A. Perulli e V. Speciale in *op.cit.*, p. 50.

²⁴⁵ Verrebbe, dunque, da chiedersi il perché di questa norma. Ebbene, secondo parte della dottrina, tra cui A. Perulli e V. Speciale, in *op. cit.*, p.51 con essa il Governo voleva semplicemente mirare all'introduzione di deroghe all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori e completare il proprio disegno di flessibilità con il "pezzo mancante" della cosiddetta "flessibilità in uscita". Al riguardo ha, tuttavia, sottovalutato la portata non solo dell'art. 30 della Carta di Nizza sopra vista ma anche della Convenzione ILO n. 159 del 1982 sulla tutela dai licenziamenti che ha condotto alla dichiarazione di nullità ad opera della Corte di Appello di Parigi dei "contrats nouvelles embauches" molto simili al "contratto unico" di cui oggi tanto si discute proprio per contrarietà alle norme vincolanti di diritto internazionale del lavoro in essa contenute.

²⁴⁶ Confermando, quindi, nella realtà ciò che M. D'Antona già diceva nel 1993 a proposito del protocollo del 23 luglio e cioè che: "l'idea che quote aggiuntive di flessibilità possano produrre occupazione è palesemente obsoleta. Il mercato del lavoro in Italia è ormai flessibilizzato in misura più che adeguata alle esigenze effettive delle imprese e non vi sono margini ulteriori per creare convenienze nelle assunzioni". Così L. Mariucci, in *op. cit.*, p. 1107.

Ed infatti dal 2003 ad oggi sono aumentati incredibilmente i tassi degli inattivi e degli inoccupati a fronte di un ricorso massiccio a contratti atipici o “precari”.

Tanto per dare un’idea dell’abuso delle tipologie contrattuali flessibili specie nelle assunzioni di lavoratori di età compresa tra i 15 ed i 24 anni si possono riportare i dati forniti dall’Ocse ed aggiornati al 2010 che evidenziano il costante aumento percentuale dei giovani assunti con contratti cosiddetti “non standard” passati dal 42,3% nel 2007 al 43,3% nel 2008 al 44,4% nel 2009 ed infine al 46,7% nel 2010. Il tutto assume una portata ancor più sconvolgente nel raffronto con la percentuale pari solo al 16,7% dei giovani precari nel 1994 (epoca in cui già erano state iniettate forti dosi di flessibilità per rispondere ad una sorta di “necessità oggettiva”²⁴⁷).

D’altra parte che dietro la flessibilità italiana nuda e cruda ovverosia priva dell’elemento “sicurezza” non ci siano mai state, a ben vedere, serie ragioni economiche ma unicamente ideologiche volte non a rivedere, per meglio rispondere al contingente, l’antecedente modello sociale di lavoro fondato sul contratto a tempo indeterminato ma a sostituirlo del tutto, al fine di neutralizzarlo, è comprovabile anche su altri piani.

Come ampiamente mostrato sotto il profilo statistico, la flessibilità esasperata e senza reti di protezione non ha, infatti, mai assolto alla funzione di migliorare la capacità di un Paese di competere sui mercati. Ed infatti, dati Istat aggiornati al 2010 evidenziano che nonostante l’incremento di assunzioni con contratti atipici nel Mezzogiorno, lo stesso non ha ridotto i suoi tassi di disoccupazione né attratto investimenti. Ciò in quanto, come meglio esplicitato nel Report 2010-2011 del *World Economic Forum* di Ginevra i cosiddetti “fattori critici” che in Italia e, specie nel Sud, ostacolano la realizzazione di attività economiche riducendo la competitività sono principalmente: 1) l’inefficienza burocratica che pesa per il 19,3%; 2) le difficoltà nell’accesso al credito (15,2%); 3) l’elevata tassazione (14,9%); 4) la regolamentazione fiscale (13%); 5) l’inadeguatezza del livello delle infrastrutture (11,9%)²⁴⁸.

La scarsa incidenza delle cosiddette “rigidità del lavoro” sul livello di competitività di un Paese viene, inoltre, ulteriormente comprovata dai casi dei Paesi Scandinavi. Essi, infatti, si collocano ai vertici della graduatoria redatta dal “*The Global Competitiveness Report*” sugli

²⁴⁷ A tracciare la storia del concetto di flessibilità passata da “stigma negativo” negli anni ’70 a “male necessario” negli anni ’80 a “necessità oggettiva” negli anni ’90 ed infine ad “ideologia dominante” nel presente è B. Caruso, *La flessibilità ed il diritto del lavoro italiano*, cit.

²⁴⁸ I dati sono meglio discussi in A. Perulli e V. Speciale, in *op. cit.*, p. 18 che evidenziano come le rigidità della disciplina in materia di lavoro si collocano solo al 6° posto fra i fattori critici che scoraggiano gli investimenti nel nostro Paese.

Stati maggiormente competitivi ed attrattivi al mondo pur avendo norme in materia di lavoro molto restrittive e protettive dei diritti dei dipendenti²⁴⁹.

Di qui le conclusioni accolte dalla maggior parte degli economisti stessi per cui “ la moderna teoria economica ha messo in luce, al contrario, che lo spostamento dai lavoratori alle imprese dei costi associati alla riallocazione del lavoro può condurre ad un guadagno di efficienza produttiva”²⁵⁰.

Che l’attuale orientamento “classico – flessibile” sia destinato a non poter avere alcun seguito per tutti i motivi fin qui esposti ed *in primis* perché è giuridicamente impossibile ritornare in un’epoca post –costituzionale matura ed aperta all’integrazione con il sistema delle fonti comunitarie ed internazionali alle tesi del primo Barassi sulla corrispettività intesa come “scambio puro”, per cui il datore dà tanto quanto riceve senza riconoscere diritti legati a malattie, infortuni e simili vicende, appare ampiamente dimostrato.

Bisogna, dunque, cercare ancora altrove per una seria riflessione sulle caratteristiche che assume oggi il concetto di corrispettività.

1.2.5 La tesi dottrinale e giurisprudenziale della “corrispettività allargata”.

Gli orientamenti finora esaminati in merito al rapporto tra concetto civilistico di corrispettività e contratto di lavoro subordinato hanno mostrato limiti riconducibili ad una sorta di errore di fondo, ovverosia l’approccio “passivo” alla tematica, fondato sulla certa subalternità del diritto del lavoro al diritto civile.

²⁴⁹ Come riportato da A. Perulli e V. Speziale, in *op.cit.*, p. 18, dal Report del *World Economic Forum* di Ginevra si evince che la Germania si colloca al quinto posto come rigidità delle norme in materia di lavoro al mondo e la Finlandia al settimo posto ma ciò nonostante si ritrovano, poi, entrambi questi Paesi ai vertici delle classifiche sugli Stati maggiormente competitivi.

²⁵⁰ Le parole sono di M. Draghi, *Crescita, benessere e compiti dell’economia politica*, Lezione Magistrale tenuta in Ancona il 5 novembre 2010 e disponibile al sito www.bancaditalia.it.

Per dirla con un autore²⁵¹: “in tema di corrispettività, il riferimento alla dottrina civilistica è servito ai giuslavoristi per «rassicurarsi» sulla sostanziale conformità del diritto del lavoro, anche nei suoi più recenti sviluppi, ai principi della branca da cui proviene. Questo atteggiamento culturale e perfino psicologico non solo produce varie inesattezze e forzature, ma rende assai difficile condurre a fondo la verifica di quanto oggi rimane della corrispettività civilistica nella disciplina attuale del contratto di lavoro...Pertanto, anche per mettere a fuoco lo specifico significato che la corrispettività assume nel diritto del lavoro, è assolutamente necessario modificare l’approccio alla problematica”.

Fermo restando quanto già detto nei precedenti paragrafi circa l’impossibilità di applicare le norme sui contratti sinallagmatici di cui agli artt.1406 e ss., 1448, 1453 e ss., 1463 e ss., 1467 e ss. del codice civile ai rapporti di lavoro, l’analisi di quello che può essere “corrispettivo” condotta stavolta alla luce delle leggi fondamentali in materia di lavoro conduce ad una sola conclusione: se corrispettività c’è, è una corrispettività a metà o, se si preferisce guardarla in positivo, “allargata”.

Dalla legge n. 300/70, meglio nota come “Statuto dei Lavoratori” alla legge n. 604/66 sui licenziamenti individuali alla legge n. 223/91 sui licenziamenti collettivi, ed ancora alla legge n. 104/92 sulla disabilità, passando per la legge n. 53/2000 sui congedi parentali e per il diritto alla cura ed alla formazione, giungendo fino ai nostri giorni con il d.lgs. n. 81/08 sulla tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, giunge un unico messaggio - e non potrebbe essere altrimenti- : il lavoratore è anzitutto persona e cittadino, titolare, in quanto tale, di diritti fondamentali prevalenti rispetto alla stessa obbligazione di lavorare.

D’altro canto e come si è già avuto modo di sottolineare più volte finora, non c’è legge in materia di lavoro che non sia esplicitazione di principi costituzionali o che non abbia al suo interno norme che, direttamente o indirettamente, si richiamano alla Costituzione²⁵².

Se, dunque, appare scontato, e rispondente a quella logica definita “stringente ed elementare che i professori raccontano agli studenti di Giurisprudenza alla prima lezione del corso”²⁵³ che “un tizio disposto a lavorare per gli altri, nella stragrande maggioranza dei casi, è un soggetto debole sul mercato del lavoro – soprattutto se c’è crisi occupazionale- e chi ha la fortuna di essere assunto diventa debole perché sottoposto al suo datore di lavoro”²⁵⁴ altrettanto evidente

²⁵¹ Ci si riferisce a L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 212.

²⁵² Di qui, appunto, la principale critica mossa all’art. 8 del d.l. n. 138/11 convertito in l. n. 148/11.

²⁵³ Così M. Rusciano, *L’articolo 8 è contro la Costituzione*, in *Eguaglianza e Libertà*, rivista on line di critica sociale.

²⁵⁴ Le parole sono ancora di M. Rusciano, in *op.cit.*

è che “non può essere un semplice contratto tra i due a stabilire le regole del loro rapporto. Infatti, il timore di essere senza lavoro vizia la volontà del lavoratore e, quindi, fa presumere che tali regole non siano concordate ma dettate dal solo datore di lavoro”²⁵⁵. Di qui la necessità di norme costituzionali e legali inderogabili che “dall’alto”, riducendo l’autonomia contrattuale delle parti ed i contenuti dello stesso scambio negoziale, vadano a ripristinare una parità contrattuale, diversamente impossibile.

Ora che norme legali – come, *in primis*, gli artt. 2110 e 2111 del cod. civ. e gli artt. 3, 4, 35, 36, 37 della Costituzione, già ampiamente esaminati,- imponendo, in talune fattispecie, al datore di lavoro di adempiere comunque alla sua obbligazione retributiva anche in assenza della prestazione lavorativa rappresentino lo scoglio contro cui si infrange la tesi della “corrispettività pura” del contratto individuale di lavoro, è dato con il quale tutti i giuslavoristi hanno dovuto fare i conti. Solo che ai tanti che, come visto, hanno preferito negare o sottacere questa evidenza ricorrendo, di volta in volta, all’artificio diretto a relegare in un angolo questi casi (orientamento “derogatorio”) piuttosto che a farli finire nel calderone di una amplissima causa contrattuale (orientamento “neo-classico”) o addirittura volto a tentare di eliminarli dall’ordinamento giuridico a colpi di deroghe in *pejus* alle tutele dei lavoratori (orientamento “classico-flessibile”), si contrappongono quei “pochi” che, al contrario, ne hanno esaltato le caratteristiche.

Grazie a questa parte della dottrina²⁵⁶, nasce quella tesi che potremmo definire pro “corrispettività allargata”.

Detto in altri termini, senza abbracciare i postulati della teoria cosiddetta “acontrattualistica” di Scognamiglio²⁵⁷, ma partendo comunque dal presupposto che il contratto individuale di lavoro, come atto di autonomia negoziale, altro non è se non una mera “scatola vuota”²⁵⁸ - dato il peso assunto da quei precetti eteronomi che, condizionando alla radice il nesso tra retribuzione e prestazione di lavoro, annullano di fatto il “voluto delle parti” e dunque il “sinallagma genetico”- gli autori pro “corrispettività allargata” sostengono che, in conseguenza della premessa appena detta, anche a livello di sinallagma funzionale²⁵⁹, di fatto non può esserci sempre la reciprocità fra prestazione e controprestazione proprio per quelle

²⁵⁵ M. Rusciano, *op.cit.*

²⁵⁶ Ed il riferimento è sicuramente a L. Zoppoli, M. Rusciano, R. Santucci ed a L. Calafà, in *op.cit.*

²⁵⁷ Tesi che, come suggerisce la denominazione stessa, ritiene che il rapporto di lavoro non sia scaturente necessariamente da un contratto di diritto comune. Di qui, appunto, la sua natura non contrattuale.

²⁵⁸ L’espressione è di L. Zoppoli, in *op.cit.*, p.174.

²⁵⁹ Si noti che per L. Zoppoli, in *op.cit.*, il momento dell’esecuzione del contratto è quello che realmente definisce il rapporto tra le parti. In questo senso egli ritiene che, nei fatti, il sinallagma funzionale finisce per contare sempre molto di più rispetto a quello genetico.

stesse “intrusioni normative” di cui sopra necessarie in un’ottica di protezione del dipendente dal rischio di non poter esercitare i suoi diritti fondamentali. Ergo, fonti gerarchicamente superiori impongono che sia impossibile ed impraticabile una piena corrispettività nel contratto di lavoro.

Per meglio esplicitare tale pensiero, principalmente un autore²⁶⁰ porta l’esempio della disciplina in materia di retribuzione.

Ed infatti se da un lato è innegabile che gli artt. 2094 del cod. civ. e 36, prima parte del primo comma, della Cost. attribuiscono all’obbligazione retributiva la funzione di “corrispettivo” che, in quanto tale, si limita a pagare la quantità e la qualità del lavoro prestato, dall’altro lato è parimenti vero che il medesimo art. 36 della Cost. nella seconda parte del primo comma va ben oltre conferendo carattere “sociale” alla retribuzione. Ciò è evidente nel momento in cui, come già ampiamente commentato in precedenza, i padri costituenti usano, ai fini di una definizione dei requisiti della retribuzione medesima, l’espressione “*in ogni caso sufficiente ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa*”.

Tale dimensione sociale, che palesemente tutela interessi personali trascendenti il piano del lavoro e dell’autonomia negoziale privata, è anzi forse ancor più rilevante dell’aspetto strettamente corrispettivo della retribuzione perché, come si desume dalla lettura di alcune pagine di un noto autore²⁶¹, violare quest’ultimo implica una “non convenienza” del lavoro prestato gratuitamente laddove violare la sufficienza della retribuzione, mediante un compenso molto basso, equivale a ledere la dignità della persona ed a impedirle di partecipare attivamente alla vita della società; rende, cioè, il lavoro compensato al di sotto dei limiti della sufficienza “socialmente inaccettabile”²⁶².

Insomma per l’orientamento dottrinale “pro – corrispettività allargata” il contratto di lavoro non può essere strettamente corrispettivo semplicemente perché in esso è tale la convivenza fra pubblico e privato²⁶³ che persino la principale obbligazione scaturente da un contratto di lavoro, ovvero quella retributiva, pare perdere i “*suoi originari tratti privatistici e negoziali*

²⁶⁰ Il riferimento è a L. Zoppoli, in *op.cit.*, p.274 e ss.

²⁶¹ L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 282.

²⁶² L’espressione è di L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 282 che non a caso pone il diritto alla retribuzione sufficiente non tra i diritti della persona, categoria a suo dire “molto generica”, ma fra i diritti di cittadinanza sociale intesi, riprendendo la definizione di P. Barcellona nel saggio “*L’egoismo maturo e la follia del capitale*”, Torino, 1988 come “ l’insieme di aspettative che ciascun cittadino esprime verso lo Stato per ottenere le garanzie di sicurezza nella vita e nel lavoro che sono di volta in volta necessarie a dare contenuti di dignità e di libertà all’esistenza individuale”.

²⁶³ D’altra parte secondo L. Zoppoli, in *op.cit.*, p., 332 “ questa non è una grande novità per il diritto del lavoro in cui privato e pubblico si intrecciano spesso, fino a confondersi”.

per gravitare nell'area delle obbligazioni legali e, comunque, fortemente connotate in senso pubblicistico"²⁶⁴.

Di qui l'auspicato superamento della funzione strettamente "scambista" del contratto individuale di lavoro in favore di una funzione "*organizzativa*", intesa come "capace di raccordare la valenza economica del lavoro con quella socio-politica"²⁶⁵.

A conclusioni analoghe, peraltro, sembra essere pervenuta anche una certa parte della giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Riprendendo le parole di un'autrice²⁶⁶, "*in principio furono le cure termali*".

La Corte Costituzionale, infatti, apre la strada ad interpretazioni giurisprudenziali critiche rispetto alla "tradizionale" concezione della corrispettività nel rapporto di lavoro, proprio nel momento in cui è investita della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 32, 1° comma e 36, 3° comma della Cost., dell'art. 1 del d.l. n. 16 del 25 gennaio 1982 che aveva espressamente vietato la concessione di congedi straordinari per cure idrotermali.

Con la sentenza n. 559 del 18 dicembre 1987, quindi, i giudici della Consulta partendo dal presupposto che il diritto alla salute di cui all'art. 32 della Cost. ricomprende quello alle cure - le quali ultime, pertanto, non possono essere relegate al momento di godimento delle ferie che ex art. 36, 3° comma, della Cost. rispondono a ben altra funzione- giungono all'affermazione per cui: " il 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 ed implica una concezione della corrispettività diversa da quella presupposta dalle ordinanze di rimessione. Innanzitutto l'assumere che il principio di corrispettività nel rapporto di lavoro si risolve meccanicamente, salvo deroghe eccezionali, in una relazione biunivoca tra prestazione lavorativa e retribuzione urta con il concetto di retribuzione assunto dall'art. 36 Cost. che non è -come questa Corte ha più volte precisato- mero corrispettivo del lavoro, ma compenso del lavoro proporzionale alla sua quantità e qualità ed insieme mezzo normalmente esclusivo per sopperire alle necessità vitali del lavoratore e dei suoi familiari che deve essere sufficiente ad assicurare a costoro un'esistenza libera e dignitosa. Per realizzare tale funzione della retribuzione, il legislatore può provvedere non solo mediante strumenti previdenziali e di sicurezza sociale, ma anche imponendo determinate prestazioni

²⁶⁴ Così L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 333.

²⁶⁵ Le parole sono di L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 83. L'autore, peraltro, evidenzia che questo nuovo orientamento non dovrebbe apparire particolarmente "eretico" nel momento in cui è accolta dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza la concezione dell'elemento causale del contratto come strettamente legato al tipo di ordinamento giuridico in cui esso ci colloca. E, per Zoppoli, è palese che "il nostro ordinamento non è certo un ordinamento in cui il lavoro viene tutelato unicamente o principalmente come "merce" o come "fattore produttivo".

²⁶⁶ Il riferimento è a L. Calafà, in *op.cit.*, p. 162.

all'imprenditore: ciò per la ragione che nel rapporto di lavoro il lavoratore impegna non solo le proprie energie lavorative ma – necessariamente ed in modo durevole- la sua stessa persona, coinvolgendovi una parte dei suoi interessi e rapporti personali e sociali”.

A prescindere dall'ovvia bocciatura dell'art. 1 del d.l. n. 16/82 ciò che davvero rileva è l'accento posto dalla Corte sulla centralità della persona del lavoratore che non può essere mero oggetto di scambio all'interno di un contratto puramente sinallagmatico ed a riprova vi è, appunto, quell'aspetto “sociale” dell'obbligazione retributiva ex art. 36 della Cost. sul quale si è visto ampiamente convergere pure l'orientamento dottrinale denominato “pro – corrispettività allargata” .

Dato il la proveniente dalla Consulta, anche i giudici di legittimità accoglieranno, con minori tensioni, in varie pronunce questa rinnovata visione della corrispettività “ a metà” nel contratto di lavoro.

In particolare, se prima della sentenza n. 559/1987 della Corte Costituzionale, la Cassazione già aveva più volte ribadito che: “la retribuzione fissa mensile va a coprire le esigenze di tutti i giorni (trenta) dell'unità temporale cui si riferisce e non i giorni di lavoro effettivo (ventisei)” cosicché appare evidente che non c'è alcuna stretta corrispettività tra prestazione e controprestazione²⁶⁷, dopo di essa si spinge ben oltre sia con la sentenza n. 704/1997 sia con la n. 10420/2001.

In riferimento alla prima, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nel chiarire che il diritto alle ferie matura comunque anche in periodi di assenza da lavoro per malattia, colgono l'occasione per ribadire l'esistenza di diritti fondamentali (quale, nel caso di specie, quello alle ferie ex art. 36, 3° comma della Cost.) di cui il lavoratore è titolare per il solo fatto della sussistenza di un rapporto di lavoro ed a prescindere dall'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa. Conseguentemente, manca sovente qualsiasi nesso sinallagmatico fra ore di lavoro effettuate e maturazione di diritti.

Quanto alla seconda, le Sezioni Unite, chiamate ancora una volta a meglio definire i rapporti tra ferie e malattia²⁶⁸, prendono ora espressamente posizione sulla corrispettività nel contratto individuale di lavoro che, a loro dire, può essere solo parziale ovvero ampliata alla sfera sociale.

²⁶⁷ Così Cass. 14 febbraio 1987 n. 1656 ma similmente anche Cass. 10 marzo 1987 n. 2495 in *Mass. Giust. Civ.*

²⁶⁸ Con la sentenza n. 14020 del 12 novembre 2001 le Sezioni Unite della Cassazione ribadiscono che la malattia non interrompe la maturazione delle ferie perché queste ultime, così come tutelate dall'art. 36, 3° comma, della Cost. servono al lavoratore non solo e non tanto per recuperare le energie perse con il lavoro ma per soddisfare ad esigenze psicologiche inerenti ad una sua più incisiva partecipazione alla vita familiare e sociale.

Al punto 7 delle motivazioni, infatti, si legge che la concezione “classica” della corrispettività nel contratto di lavoro “è oggi recessiva” e da considerarsi superata²⁶⁹.

Riprendendo le stesse parole dei giudici “ *la nostra giurisprudenza di legittimità mantiene la concezione sinallagmatica ma non la irrigidisce: le prestazioni di lavoro non costituiscono così «un mero strumento per il raggiungimento di un risultato economico, ma esprimono piuttosto la presenza di un soggetto nell’organizzazione aziendale. Un soggetto che quivi opera mediante il vincolo del rapporto obbligatorio di scambio nella cui struttura sono però insite pause di varia durata (giornaliera, settimanale ed annuale) le quali non incidono sulla funzionalità del sinallagma (Cass. 13 novembre 1986 n. 6658)».* Una concezione ampliata del nesso di corrispettività, dunque.”

A tale conclusione i giudici di legittimità giungono, peraltro, dopo aver effettuato un’ interessante analisi storico – evolutiva delle ragioni che, secondo i loro studi, avevano originariamente ispirato e giustificato l’applicazione di uno stretto concetto di corrispettività anche nell’ambito dei rapporti di lavoro, le quali sono, però, attualmente venute meno.

Nel dettaglio, per la Corte “in passato si vide in essa (nella concezione strettamente corrispettiva del contratto di lavoro) una garanzia contro eventuali interventi arbitrari dell’autorità giudiziaria nell’equilibrio del rapporto di lavoro, nel senso che la rigida predeterminazione dei contrapposti diritti ed obblighi delle parti nelle norme di diritto o nei titoli negoziali evitava che attraverso le clausole generali legali (ad es. quella di buona fede) il lavoratore potesse veder limitati i propri diritti o aggravati i propri obblighi attraverso il richiamo ad un trascendente interesse della impresa – comunità, in realtà non considerato né dal legislatore né dalle parti. Specialmente in Germania si denunciava il pericolo che la *visione del contratto di lavoro come contratto non solo di scambio ma anche di organizzazione*, finalizzato all’interesse superiore dell’impresa o della produzione nazionale, potesse portare ad un potere incontrollabile del proprietario dei mezzi di produzione sul locatore di mera forza-lavoro. Queste preoccupazioni sono sopravvissute alla caduta degli ordinamenti autoritari ed hanno lasciato consistente seguito nella dottrina italiana che nel puro sinallagma contrattuale ravvisa una barriera contro una sottomissione del contraente-lavoratore alla gerarchia dell’impresa ossia contro eventuali ritorni a concezioni assolutistiche o almeno paternalistiche dell’impresa stessa. E ciò anche se oggi il pericolo di un abuso dei poteri imprenditoriali sia frenato anzitutto dai principi economici della Costituzione e poi da una folta normazione di dettaglio, specie extracodicistica.”

²⁶⁹ A supporto di tale affermazione i giudici di legittimità richiamano, peraltro, esplicitamente vari passi della sentenza n.559/1987 della Corte Costituzionale sopra riportati oltre alla loro stessa antecedente pronuncia n. 7755 del 7 agosto 1998.

L'importanza del capoverso appena riportato, oltre alla suggestiva ricostruzione storica già evidenziata, risiede, principalmente nel fare intravedere la visione, che anche taluna giurisprudenza sembra avere, in convergenza con la dottrina di cui sopra, del contratto di lavoro come in parte sinallagmatico o "a prestazioni corrispettive" ed in parte "*di organizzazione*".

Pur ammettendo con un'autrice che forse nel caso specifico la Corte ha usato l'espressione "contratto di organizzazione" travisando la ben differente teoria formulata da un noto autore²⁷⁰, resta ferma la volontà di tentare altre strade, ovverosia di cercare differenti collocazioni oltre a quella sinallagmatica al contratto individuale di lavoro in quanto "*fonte di un rapporto caratterizzato non solo dallo scambio di prestazioni ma anche dall'implicazione dell'intera personalità del lavoratore nell'organizzazione produttiva diretta dall'imprenditore e nella sua inserzione in una comunità in cui egli realizza i detti diritti fondamentali*"²⁷¹.

È il bisogno di tenere realmente insieme la parte privata e la parte pubblica, presenti inevitabilmente in qualsiasi rapporto di lavoro, a condurre quella dottrina e quella giurisprudenza definite "pro – corrispettività allargata" a non accontentarsi dell'inquadramento unicamente sinallagmatico del contratto individuale di lavoro o, se si preferisce, e riportando l'espressione di un autore²⁷², questa "è la spia del ripresentarsi (dopo le tesi acontrattualistiche di Scognamiglio) di un disagio teorico più profondo che si incentra non tanto sui profili contenutistici della disciplina (legale in materia di lavoro) quanto sulle sue modalità di penetrazione nel regolamento negoziale e sulla compatibilità tra queste ultime e la prospettiva contrattuale".

1.2.6 Corrispettività o proporzionalità nel contratto di lavoro?

²⁷⁰ Il riferimento va principalmente a L. Calafà, in *op.cit.*, p.163 che ha evidenziato come la Corte di Cassazione parlando del contratto di lavoro come di un "contratto di organizzazione" abbia in realtà mostrato, appunto, un travisamento delle pagine di M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1966 nelle quali l'autore affermava che: "la funzione del contratto di lavoro, in quanto da essa deriva l'obbligazione di lavorare in modo subordinato o fedele, consiste nel realizzare il coordinamento dell'altrui attività lavorativa nell'interesse del creditore e, in definitiva, nel porre in essere un'organizzazione" (così alla pag. 290). Ed in effetti, come meglio chiarito da una lettura completa del saggio, l'autore non solo non sosteneva affatto la tesi del contratto di lavoro come "contratto di organizzazione" ma, al contrario, cercava di dimostrare proprio che anche quando più persone sono coinvolte nel rapporto di lavoro (e di qui il senso della parola "organizzazione") il contratto di lavoro resta comunque un contratto sinallagmatico "puro". Di ciò si trova conferma nelle stesse parole di Persiani quando scrive: "la circostanza che i contratto di scambio siano tipicamente se non esclusivamente conclusi tra due sole parti... con interessi contrapposti...non è sufficiente ad escludere che la realizzazione di una funzione di scambio possa avvenire anche attraverso un'organizzazione di persone".

²⁷¹ Così Corte di Cassazione 12 novembre 2001, n. 14020, terzo capoverso del punto secondo delle motivazioni.

²⁷² Il riferimento è a R. Del Punta, in *op.cit.*, p. 411.

Da una lettura congiunta delle varie tesi, formulate dalla dottrina e recepite dalla giurisprudenza, sulla corrispettività del contratto di lavoro emerge, infine, un dubbio di fondo, ovverosia in ultima istanza: “cosa è corrispettivo di cosa?”²⁷³.

Come faceva notare un autore²⁷⁴, già nei primi anni novanta - e tralasciando in questa sede l'orientamento pro “corrispettività allargata” che, come visto, non accoglie una visione totalmente corrispettiva del contratto di lavoro- a questa domanda l'orientamento “classico” sembra rispondere che è corrispettivo “tutto ciò che si lega al lavoro effettivo”, laddove quello “derogatorio” ritiene che lo stesso corrisponda a quello che il datore deve dare “in virtù del rapporto”, mentre per il “neo-classico” è quanto l'imprenditore è tenuto a corrispondere se “vuole procurarsi un'utilità mediante il lavoro subordinato”²⁷⁵. Venendo, poi, all'attuale filone di pensiero “classico-flessibile” appare incontrovertibile la visione del corrispettivo come il “minimo sufficiente” da erogare per le singole ore di lavoro prestate in una condizione che, per il resto, è di massima precarietà del lavoratore.

La sensazione è, dunque, quella di una generale confusione tra i termini “corrispettività” e “proporzionalità”.

Pare, cioè, che seppure con diverse sfaccettature - tra chi estremizza in positivo il concetto di corrispettività per farvi entrare anche tutele eteronome (orientamento “neo – classico”) e chi, invece, lo estremizza in negativo per tagliare i “costi dei diritti” (orientamento “classico-flessibile”) - quanti hanno voluto salvare un inquadramento strettamente sinallagmatico del contratto individuale di lavoro, siano stati, in realtà, mossi dal bisogno di ribadire che il lavoro subordinato deve essere anzitutto *utile* per il datore. E, per essere tale, va *in primis* prestato con il bagaglio di professionalità ed il tempo propri del lavoratore. Solo così si avrà “pieno” diritto alla retribuzione.

Ma ciò, a ben vedere, altro non è se non quella “proporzionalità” di cui all'art. 36, primo comma, della Costituzione.

²⁷³ L'espressione è di L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 175.

²⁷⁴ Ci si riferisce ancora una volta a L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 175.

²⁷⁵ Gli autori cosiddetti “neo-classici” si spingono, infatti, fino al punto di ritenere “corrispettivo” anche la retribuzione versata dal datore in assenza della prestazione di lavoro (es. malattia, maternità, infortunio) perché ciò serve a fidelizzare il dipendente ed in qualche maniera a tutelarlo seppure indirettamente. Tale tesi che presuppone una classe imprenditoriale particolarmente “illuminata”, oltre a non avere un fondamento normativo specifico, si discosta completamente dalla realtà nel lasciar credere che sia il singolo datore a scegliere volontariamente di pagare pur sempre il dipendente, anche quando non lavora per motivi personali, laddove, invece, ciò gli viene semplicemente imposto dalla legge.

Come si ricorderà, la norma appena detta apre proprio con l'affermazione per cui la retribuzione, cui ha diritto il lavoratore, deve essere "proporzionata alla quantità ed alla qualità del lavoro"²⁷⁶.

Se l'obiettivo era, dunque, quello di far passare il messaggio del "nulla è regalato", non era in tal senso indispensabile enfatizzare un concetto di corrispettività, peraltro, sovente sottoposto a tante e tali torsioni da finire snaturato.

Non solo, ma per produrre un risultato già acquisito dall'ordinamento giuridico si sono introdotti elementi potenzialmente molto pericolosi come quell'equazione scambio *utile* per il datore di lavoro = corrispettività, che ha avuto un vero e proprio "effetto calamita"²⁷⁷ sulla maggior parte della dottrina²⁷⁸ e della giurisprudenza²⁷⁹.

Attraverso manipolazioni è, infatti, possibile far leva su quest'ultima per avvallare ulteriormente, stante il fondamento giuridico acquisito per il tramite delle norme civilistiche sulla corrispettività, pretese datoriali dirette a pagare solo in cambio di un certo *risultato*, magari legato a valutazioni discrezionali, per il raggiungimento del quale inevitabilmente potrebbero essere sacrificati i diritti fondamentali del lavoratore.

La non astrattezza di un siffatto rischio si coglie, d'altra parte, nelle recentissime vicende Fiat, quali gli ormai celebri casi di Pomigliano e Mirafiori, da cui, sono, poi, scaturiti i vari accordi interconfederali e l'art. 8 del d.l. n. 138/11, convertito in l. n. 148/11, in precedenza esaminati. Essi rappresentano il momento in cui si esprime al massimo la filosofia della corrispettività incardinata sull'unilaterale utilità datoriale.

²⁷⁶ Solo dopo l'art. 36, primo comma, della Cost. recita "e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé (il lavoratore) ed alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa". Tra le due parti della norma sembra quasi esserci un rapporto di genere a specie nel senso che il principio per cui la retribuzione debba essere in proporzione al quanto ed al come si è lavorato è quello basilare, a cui si aggiunge come *quid pluris* necessario la sufficienza, indispensabile per garantire realmente il pieno esercizio dei diritti civili e la partecipazione del lavoratore alla società.

²⁷⁷ L'espressione è di L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 76.

²⁷⁸ L. Zoppoli, in *op.cit.*, p. 73 evidenzia come hanno finito per declinare il termine corrispettività in utilità datoriale persino autori come Mancini che pur ritenevano non sufficiente né appagante la confluenza del rapporto di lavoro solo all'interno di un contratto di diritto comune senza considerare l'"organizzazione" come dato pregiuridico. Ed infatti, il Mancini dirà a chiare lettere che: "il fatto che il lavoratore sia inserito in un'organizzazione gerarchicamente ordinata non giunge fino a cancellare il momento contrattuale del suo rapporto che resta così soggetto per gran parte ai principi di diritto comune".

²⁷⁹ Riportare tutte le sentenze giurisprudenziali che approcciano alla "corrispettività" nel contratto di lavoro nei termini di scambio tra lavoro utile all'impresa *versus* retribuzione è praticamente impossibile dato che ogniquale volta i giudici di merito e di legittimità sono chiamati a risolvere controversie aventi ad oggetto rivendicazioni salariali del dipendente hanno sempre questo tipo di approccio. Basti qui ricordare, a titolo meramente esemplificativo, Cass. 12 marzo 2009, n. 6010; Cass. 21 aprile 2009, n. 9475; Cass. 25 maggio 2009 n. 12011; Cass. 2 luglio 2009, n. 15515 nelle quali si parte sempre dal presupposto che la regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni implica che la retribuzione spetti al lavoratore soltanto se ha correttamente eseguito il proprio lavoro.

Il lavoratore, cioè, intanto avrà diritto alla retribuzione ed alla conservazione del posto di lavoro, sotto minaccia di chiusura degli stabilimenti e conseguente delocalizzazione, in quanto adempia al dovere di svolgere non già, semplicemente, il suo lavoro bensì uno *utile*, ovverosia produttivo di particolari *risultati*. Il che attua la compressione di taluni diritti quali, nei casi di specie, lo sciopero ed i riposi²⁸⁰.

Come sottolineato da un autore²⁸¹, sembra, dunque, nascere con i casi Fiat un nuovo sinallagma tra investimenti datoriali *versus* rinuncia da parte dei lavoratori ai loro diritti.

Tagliare sui diritti dei lavoratori subordinati di “vecchia generazione”, ovverosia aventi ancora contratti di lavoro cosiddetti “standard”, sembra, d’altra parte, essere divenuta una necessità anche in un’ottica di risoluzione di quel fenomeno oggi definito, con espressione particolarmente suggestiva, “il dualismo del mercato del lavoro”.

Attuale è la discussione avente ad oggetto, per l’ennesima volta, l’art. 18 della legge n. 300/70 che sembrerebbe da cancellare dietro richiesta *ad hoc* dell’Europa formulata all’interno di una non meglio nota “lettera”²⁸².

Dopo aver fallito con la flessibilità in entrata, si tenta una miglior sorte con la cosiddetta “flessibilità in uscita”.

Il tutto sempre rigorosamente senza quelle garanzie che potrebbero aversi solo con una seria riforma degli ammortizzatori sociali, da tempo annunciata ma non ancora fatta.

Detto in altri termini, stante l’attuale livello quasi nullo di tutele dei giovani, cosiddetti “precari”, aventi contratti altamente flessibili come l’intermittente o a chiamata, lo job sharing, l’accessorio e simili, e la conseguente effettiva situazione di discriminazione tra lavoratori “di serie A” e di “serie B”, l’unica soluzione che si ritiene ancor oggi possibile non

²⁸⁰ In particolare con l’accordo separato siglato a Pomigliano d’Arco il 15 giugno 2010 viene concordato un “indurimento” dell’impegno lavorativo dei singoli dipendenti anche e soprattutto sotto forma di ore di straordinario obbligato, pur a costo di compromettere la salute e sicurezza psico-fisica dei singoli e con quello di Mirafiori del 23 dicembre 2010 si va ancora oltre nel senso di sancire l’uscita della Fiat dal sistema confindustriale e la conseguente applicazione di un proprio contratto di primo ed esclusivo livello dove si interviene in deroga persino sulle mansioni ma per maggiori approfondimenti si rinvia a F. Carinci, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in WP C.S.D. L. E. Massimo D’Antona.It n. 113/2011.

²⁸¹ Il riferimento è a F. Carinci, in *op. cit.*

²⁸² Sulla tecnica politica, oramai abusata, di far passare come “imposte dall’Europa” riforme volute solamente dal Governo nazionale ma non spendibili in tal senso perché palesemente inique ed impopolari tra gli elettori, si rinvia alle riflessioni di A. Perulli e V. Speciale, in *op.cit.* I due autori, tra l’altro, ritengono che la celebre “lettera” provenuta dalle istituzioni comunitarie e per molto tempo non resa pubblica contenga solo indicazioni, non vincolanti, per fronteggiare nell’immediato alla perdita di credibilità dell’Italia sui mercati finanziari. Essendo così strutturata fornisce “ricette generiche” che andrebbero bene per qualsiasi Stato occidentale. Quindi non solo non obbliga alla cancellazione dell’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori ma va presa con le pinze in quanto non è stata elaborata dopo studi specifici sul “caso Italia”. Ciò si noterebbe soprattutto nel passaggio in cui si auspica maggiore flessibilità in entrata, laddove l’Italia, ormai da anni, ha introdotto, sperimentato e consolidato le più disparate tipologie contrattuali per l’ingresso nel mercato sul lavoro, senza ottenere, peraltro, alcun positivo risultato in termini di riduzione dei livelli di disoccupazione e di inattività.

è alzare le tutele ai primi per renderle uguali a quelle dei lavoratori a tempo indeterminato ma togliere a tutti.

È un po' come chi "per far crescere i capelli ai calvi, rapa per forza coloro che ne hanno di più"²⁸³.

Restano, pertanto, finora non ascoltate le parole di Massimo D'Antona che già negli anni '90 esortava, invece, a riorganizzare il *corpus* delle regole del lavoro "in base ad una triplice polarità: le garanzie generali del lavoro senza aggettivi; le regole comuni alla famiglia dei contratti che realizzano l'integrazione onerosa del lavoro nell'attività economica del datore di lavoro; le garanzie specifiche del rapporto di lavoro connotato dalla subordinazione"²⁸⁴.

In particolare, quando egli parlava di "lavoro senza aggettivi" intendeva porre l'accento sulla visione costituzionale del lavoro come principale mezzo che permette alla persona di vivere della propria opera. "Il che se è troppo poco per dedurne senz'altro l'applicabilità di tutti gli *standard* protettivi a qualsiasi rapporto di lavoro, è, tuttavia, sufficiente di per sé a porre in dubbio che essi siano applicabili esclusivamente ai rapporti di lavoro subordinato tipici"²⁸⁵.

Ciò che in tempi recenti sembra sfuggire è, quindi, proprio l'abc. Ci si è, cioè, dimenticati che in fondo il lavoro è "oggettivamente uguale a se stesso, a prescindere dalla tipologia contrattuale"²⁸⁶ e, per il semplice fatto di esistere, è in automatico coperto dalle tutele costituzionali, a cui si aggiungono oggi quelle della Carta di Nizza e dei Trattati europei, inderogabili.

In conclusione, le teorie fin qui esaminate, tendenti, seppure con percorsi ed accenti differenti, a puntare tutto su di una visione rigidamente corrispettiva del contratto di lavoro e, quindi, privatistica a discapito della dimensione pubblicistica, hanno, loro malgrado, certamente retto il gioco a quanti, in mala fede, hanno cercato di dar vita a contemporanee finte crociate per la distruzione dei diritti dei lavoratori, da abbattere a colpi di deroghe.

Diventa, dunque, oggi, a maggior ragione, necessario spostare l'asse su di un "diritto costituzionale del lavoro"²⁸⁷ che tuteli il lavoratore in quanto tale senza, con ciò, nulla

²⁸³ L'espressione è di U. Romagnoli, in *op.cit.*, p. 1539.

²⁸⁴ M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in ID Opere, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, I, Milano, 2000.

²⁸⁵ Così P. Ichino, *Sul contenuto e sull'estensione della tutela del lavoro nel titolo III della Costituzione*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, I, Bari, 1999, p. 527.

²⁸⁶ Così U. Romagnoli, in *op.cit.*, p. 1538.

²⁸⁷ Non è un caso, infatti, che la maggior parte delle tesi contrarie ai contenuti dell'art. 8 del d.l. n. 138/11 convertito in l. n. 148/11 siano state fondate su argomenti inerenti proprio all'importanza delle tutele del lavoro nella Costituzione. In tal senso si muovono, ad esempio. M. Rusciano, in *op.cit.* ma anche A. Perulli e V. Speciale, in *op.cit.*

togliere alle esigenze produttive imprenditoriali stante la garanzia insita nella proporzionalità della retribuzione ex art. 36, primo comma, della Cost.

Capitolo Secondo: La corrispettività al vaglio delle vicende sospensive

Parte Prima: *Le sospensioni “classiche” e la categoria giuridica dell’impossibilità sopravvenuta*

2.1.1 La malattia, l’infortunio e relativi sviluppi

Prima di soffermarsi ad analizzare le caratteristiche, così come evolutesi, proprie delle primissime ipotesi sospensive della prestazione di lavoro, per tale ragione definite “classiche”, si ritiene utile una premessa d’ordine generale.

La scelta di dedicare il capitolo centrale del lavoro di ricerca alle sospensioni, dal lato del lavoratore, risponde alla visione di esse come una sorta di perno attorno al quale, inevitabilmente, finisce per ruotare qualsiasi riflessione sulla corrispettività nel contratto di lavoro.

Come in precedenza esaminato, infatti, tutti i vari orientamenti dottrinali sulla materia dal “classico”, al “derogatorio” al “neo-classico” fino ai più recenti “pro – corrispettività allargata” e “classico –flessibile” hanno dovuto fare i conti con quest’ultime, rappresentanti un vero e proprio scoglio contro cui è destinata ad infrangersi ogni visione strettamente e puramente sinallagmatica del contratto individuale di lavoro.

Tale scoglio è sempre apparso ai più ancor più difficile da aggirare se solo si tiene presente che è stato il legislatore ad imporre, in presenza di talune fattispecie, quali ad esempio proprio la malattia e l’infortunio, di cui più ampiamente nel prosieguo, la prestazione retributiva datoriale pur in assenza della controprestazione lavorativa.

Così, innanzitutto, si è dovuta giustificare una natura che si voleva, comunque, pienamente sinallagmatica del contratto individuale di lavoro nonostante le vicende sospensive, attraverso varie finzioni come il parlarne in termini di “deroghe” (orientamento “derogatorio” di Treu) o il farle confluire in un’amplissima causa contrattuale (orientamento “neo-classico” di Ichino) oppure ancora il negarle (orientamento “classico” di Barassi e “classico-flessibile” di Tiraboschi).

In secondo luogo, si è dovuto affrontare il “problema dei problemi”, ovverosia dare una credibile motivazione in termini civilistici alla stessa scelta imposta dal legislatore alle parti contrattuali nei termini suddetti.

Riconoscere che *in primis* il legislatore del codice civile, con gli artt. 2110 e 2111, e, soprattutto, poco dopo, i padri costituenti con gli artt. 3, 4, 30, 31, 32, 36, 37, 38, 39 della Carta Costituzionale intendessero semplicemente tutelare, con tali norme, il lavoratore in quanto persona e cittadino, parte debole nel contratto, avrebbe significato mettere in luce l'aspetto sociale del fenomeno del lavoro.

Occorreva, pertanto, trovare necessariamente un'altra soluzione che meglio poteva conciliarsi con un inquadramento privatistico.

Di qui, l'idea del ricorso alla categoria giuridica dell'impossibilità sopravvenuta.

La dottrina, specie degli anni '50 e '60, ovverosia in un'epoca precedente allo Statuto dei Lavoratori, ha fatto confluire in essa, con sempre maggiore convinzione ed insistenza, le principali vicende sospensive allora esistenti, quali, appunto, la malattia, l'infortunio, la gravidanza, il puerperio ed il servizio militare.

In effetti, i casi appena citati ben potevano essere tutti accomunati dall'essere "non voluti" ed in qualche modo subiti dal lavoratore stesso che, suo malgrado, per forza maggiore, si trova oggettivamente impossibilitato ad adempiere alla propria prestazione.

La sopravvenuta impossibilità oggettiva, dunque, libera legittimamente il lavoratore dalla sua obbligazione, esattamente come qualsiasi altro contraente ex art. 1256 del cod. civ.

Tuttavia, invece, di avere, poi, la possibilità anche per l'altra parte di non adempiere e la risoluzione del contratto per inadempimento ex art. 1453 del cod. civ. che, nel caso di specie, si andrebbe a tradurre nel recesso ex art. 2118 del cod. civ., si lascia che il contratto di lavoro continui a produrre i suoi effetti sia perché la prestazione coincide con il "soggetto passivo" che per primo subisce l'impossibilità, sia perché in questi casi nulla può essere preteso dal debitore impossibilitato e, quindi, esente da responsabilità, neppure sotto forma di risarcimento del danno ex art. 1218 del cod. civ.²⁸⁸

Il considerare la sospensione in generale come "vicenda patologica del rapporto di lavoro" strettamente legata all'oggettiva impossibilità, resta il punto fermo della dottrina maggioritaria fino alla prima metà degli anni sessanta²⁸⁹ che si troverà a riflettere principalmente intorno agli artt. 2110 e 2111 del cod. civ.

²⁸⁸ L'art. 1218 del codice civile intitolato "responsabilità del debitore" recita: " il debitore che non esegue correttamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". Su questo articolo del codice, dunque, come riportato di recente da T. Treu e M. Napoli, *Dalle ragioni del diritto del lavoro ad un diritto del lavoro ragionevole. Riflessioni sul pensiero di L. Mengoni*, in Jus, 1997, soprattutto il Mengoni ha costruito le sue teorie volte in primo luogo ad "umanizzarne" il concetto di impossibilità ivi contenuto ed una volta compiuta siffatta operazione, ad utilizzarlo per "giustificare" le anomalie proprie delle vicende sospensive.

²⁸⁹ Secondo la ricostruzione di L. Calafà, in *op. cit.*, p. 132, ancora Lavagnini e Branca distinguono all'interno delle assenze del lavoratore due macro-categorie ovverosia le interruzioni normali dell'attività lavorativa, quali le pause "fisiologiche", dalle interruzioni "patologiche" o comunque legate ad eventi modificativi del rapporto di

Si sottolinea ciò perché fissare un tale dato tornerà successivamente utile per meglio comprendere l'evoluzione quantitativa ma soprattutto qualitativa delle sospensioni.

Tanto premesso, si ritiene, ora, possibile esaminare rispettivamente la malattia e gli infortuni come tipiche vicende sospensive della prestazione di lavoro.

Come noto e fin qui più volte detto, la norma cardine in materia è l'art. 2110 del cod. civ. da leggere, nel caso della malattia, in combinato disposto con gli artt. 32 e 38 della Cost.

In primo luogo occorre osservare che l'art. 2110 del cod. civ. non fornisce alcuna definizione della malattia.

Essa deve, dunque, essere cercata altrove.

Fino al 1948 la malattia era per definizione assenza di salute nel corpo, essendo assolutamente non considerata la psiche del soggetto.

Con la fine della seconda guerra mondiale e l'istituzione delle Nazioni Unite (ONU) il tema della salute acquista, invece, assoluta centralità, tanto che viene istituita una agenzia tecnica *ad hoc* denominata Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS).

Nel preambolo della sua Costituzione si ha, dunque, la prima definizione universale del concetto di salute come *“stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solamente in una assenza della malattia o di infermità”*.

Ciò avrebbe dovuto, quindi, comportare, già dai primissimi anni '50, l'acquisizione di una visione della malattia come qualsiasi alterazione dello stato non solo fisico ma anche psichico o addirittura dei rapporti sociali della persona.

Ma tanto non è accaduto ed in parte non si è ancora realizzato, neppure ad oggi, nel diritto del lavoro italiano.

Detto in altri termini, solo in anni recentissimi, ovverosia con il d.lgs. n. 81/08, così come modificato con il d.lgs. n.106/09, e su spinta dell'Europa²⁹⁰, si è iniziato a considerare

lavoro coincidenti con le sospensioni. In particolare, Lavagnini, valutando gli effetti della sospensione, distingue tra una “sospensione massima” identificabile in una sorta di quiescenza, ed una minima, quando permangono quasi tutte le obbligazioni tipiche del rapporto di lavoro. Giorgio Branca, invece, proprio contestando le posizioni del Lavagnini, ritiene che sia necessario fondare eventuali classificazioni sul tempo come misura della prestazione di lavoro. Detto in altri termini, egli ritiene che mentre le pause ma anche le stesse ferie sono termini di misura della durata della prestazione in quanto rientrano a tutti gli effetti nello schema negoziale, essendo disciplinate nel contratto di lavoro, viceversa, le sospensioni in senso stretto non possono contribuire a misurare i tempi di lavoro perché hanno la capacità di determinare un diverso atteggiarsi del rapporto di lavoro data la loro imprevedibilità. Rimane fermo che per l'autore in entrambi i casi c'è una inoperosità a livello esecutivo del contratto di lavoro.

²⁹⁰ Ed infatti la tematica dello stress lavoro correlato è stata anzitutto disciplinata a livello europeo con l'accordo quadro fra le parti sociali comunitarie dell'8 ottobre 2004 da recepire, poi, nei vari ordinamenti giuridici nazionali.

“degno” di valutazione specifica anche il malessere psichico del soggetto, derivante dall’ambiente di lavoro, e consistente nel cosiddetto “stress da lavoro correlato”²⁹¹. Resta, invece, ancora privo di una specifica disciplina il fenomeno del “mobbing”²⁹² pur classificabile come forma di malattia, stante la definizione sopra riportata dell’OMS, in quanto consistente in una perdita di benessere psicologico del soggetto che si riflette anche nei rapporti fra colleghi, ma, più ampiamente, sociali, dando luogo ad una sua emarginazione²⁹³.

Appare, dunque, evidente la scelta a favore di una nozione di malattia nell’ambito del lavoro più ristretta rispetto a quella medico –legale fin qui brevemente esaminata.

La stessa dottrina²⁹⁴ concordemente ritiene che la malattia rilevante all’interno di un rapporto di lavoro coincide “esclusivamente con quelle situazioni nelle quali l’infermità abbia determinato, per intrinseca gravità e/o per incidenza sulle mansioni normalmente svolte dal dipendente, una concreta ed attuale, seppure transitoria²⁹⁵, *incapacità al lavoro* del medesimo”²⁹⁶.

²⁹¹ L’art. 28, commi 1 e 1 –bis, del d.lgs. n. 81/08, nella versione ultima così come modificata con il d.lgs. n. 106/09, intitolato “ oggetto della valutazione dei rischi”, stabilisce infatti che: “ la valutazione di cui all’articolo 17, comma 1, lettera a) ... deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori esposti a rischi particolari , tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro – correlato, secondo i contenuti dell’accordo quadro europeo dell’8 ottobre 2004 ... la valutazione dello stress lavoro – correlato di cui al comma 1 è effettuata nel rispetto delle indicazioni di cui all’art. 6, comma 8, lettera m-quater) e il relativo obbligo decorre dalla elaborazione delle predette indicazioni e comunque, anche in difetto di tale elaborazione, a far data dal 1° agosto 2010.

²⁹² Per “mobbing”, come di recente chiarito dalla Corte di Cassazione con la pronuncia n. 3785 del 17 febbraio 2009, si intende comunemente una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, sistematica e protratta nel tempo, tenuta nei confronti del lavoratore, nell’ambiente di lavoro, che si risolve in sistematici e reiterati comportamenti ostili che finiscono per assumere forme di prevaricazione o di persecuzione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale e l’emarginazione del dipendente, con effetto lesivo sul suo equilibrio psicofisico e del complesso della sua personalità. Ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro sono, pertanto, rilevanti: a) la molteplicità di comportamenti a carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se singolarmente considerati, che siano stati posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente con intento vessatorio; b) l’evento lesivo della salute e della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore o del superiore ed il pregiudizio all’integrità psicofisica del lavoratore; d) la prova dell’elemento soggettivo, ovverosia dell’intento persecutorio.

²⁹³ In assenza di norme *ad hoc* è da almeno un decennio, ovverosia dalla fine degli anni novanta in cui si iniziano ad avere le prime pronunce in materia, fra le quali si ricorda, ad esempio, quella del Tribunale di Torino del 16 novembre 1999 ad oggi che l’unica norma alla quale il lavoratore vittima di mobbing può “aggrapparsi” per avere un risarcimento danno è l’art. 2087 del codice civile concernente il dovere datoriale di tutela delle condizioni di lavoro.

²⁹⁴ All’interno della quale certamente si colloca un autore che varie monografie ha dedicato al tema delle sospensioni della prestazione di lavoro, ivi compresa la malattia, quale R. Del Punta.

²⁹⁵ La transitorietà o temporaneità è altra caratteristica fondamentale della malattia che consente di distinguerla dalle situazioni di inidoneità alla mansione. Detto in altri termini, se la patologia diventa stabile nel soggetto, ovverosia definitiva, va valutata dal medico competente nell’ambito della cosiddetta sorveglianza sanitaria di cui all’art. 41 del d.lgs. n. 81/08, nella versione ultima così come modificata con il d.lgs. n. 106/09. Bisognerà, infatti, capire se si versa in una situazione di inidoneità sopravvenuta alla specifica mansione che, a sua volta, potrà essere parziale, temporanea o permanente.

²⁹⁶ Così R. Del Punta, *La sospensione della prestazione di lavoro*, in www.unifi.it

Ora è evidente che l'incapacità a svolgere il proprio lavoro è connessa più che altro a questioni fisiche.

Anche la giurisprudenza, d'altra parte, sembra accettare questa concezione della malattia con varie pronunce²⁹⁷.

Non solo, ma essa si afferma pure sul terreno previdenziale. Ed infatti, in materia di assicurazione contro le malattie comuni, già l'art. 2 della legge n. 33 del 1980, confermato nella prima parte del primo comma dalle recenti norme sulla trasmissione telematica del certificato di malattia, richiede pur sempre che l'attestazione inerisca a "*casi di infermità comportanti incapacità lavorativa*"²⁹⁸.

Stesso discorso vale anche per le malattie professionali, certamente rientranti nell'art. 2110 del cod. civ. proprio perché la norma non fa alcuna distinzione relativamente all'eziologia, lavorativa o meno, dell'evento. Ancora rispetto ad esse, dunque, elemento imprescindibile per il relativo riconoscimento è *l'incapacità più che altro fisica a lavorare* per morbosità acquisita nell'ambiente di lavoro stesso, stante il nesso di causalità tra la patologia cui è affetto il soggetto e le mansioni svolte²⁹⁹.

Ma volendo andare oltre, pur a costo di anticipare parzialmente il discorso sugli infortuni, potremmo dire che persino nella definizione di infortunio ciò che rileva è *l'oggettiva incapacità fisica* a prestare la propria opera.

²⁹⁷ Tra le quali si ricordano, a titolo meramente esemplificativo, Cass. 27 maggio 2004 n. 10125; Cass. 14 dicembre 1999, n. 14065 e Cass. 23 agosto 1997, n.7908.

²⁹⁸ Valga qui la pena ricordare che proprio di recente con la modifica all'art. 2, primo comma, della legge n. 33/1980 avvenuta con l'art.1, comma 149, della legge n. 311 del 30 dicembre 2004 e con l'art. 55-*septies* del d.lgs. n. 165/2001 per il pubblico impiego e con l'art. 25 della legge 4 novembre 2010, n. 183, meglio nota come "collegato lavoro" per il privato- si è posto a carico del medico curante l'obbligo di trasmissione telematica, ovverosia *on line*, dell'attestazione di malattia del dipendente con indicazione della diagnosi, dell'inizio e della durata presunta della malattia medesima. Il tutto per consentire al datore di richiedere l'attestazione di malattia direttamente all'Inps semplicemente collegandosi al relativo sito. Non solo, ma oggi i medici non convenzionati con il Servizio Pubblico Sanitario potranno certificare esclusivamente l'assenza *inferiore ai 10 giorni*, mentre per gli altri casi sarà necessario rivolgersi ad un medico convenzionato o direttamente alle strutture pubbliche. Tali maggiori vincoli sono certamente spiegabili alla luce della volontà legislativa di arginare fenomeni di assenteismo. In siffatta direzione andava, tra l'altro, l'art. 71 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133 che, per i soli dipendenti pubblici, prevedeva l'invio del controllo sulla sussistenza della malattia anche per le assenze di un solo giorno ed ampliando l'arco di reperibilità in pratica a tutta la giornata, ovvero dalle ore 8.00 alle ore 13.00 e dalle ore 14.00 alle ore 20.00. Tale inasprimento della disciplina, considerato da molti irragionevole ed ingiustificatamente penalizzante, ha avuto breve vita in quanto questa parte della norma è stata abrogata con il d.l. 1° luglio 2009, n. 78, art. 17, comma 23°, lett. c). Tuttavia sulle fasce di reperibilità si è, poi, trovata una situazione di compromesso con il suddetto art. 55-*septies* del d.lgs. n. 165/2001, così come inserito dal d.lgs. n. 150/2009, il quale ha rimesso la fissazione di esse ad un successivo decreto del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione che si è tradotto effettivamente nel D.P.C.M. 18 dicembre 2009, n. 206. Pertanto, in caso di malattia nel settore pubblico, ad oggi le fasce di reperibilità sono dalle ore 9.00 alle 13.00 e dalle ore 15.00 alle 18.00.

²⁹⁹ Brevemente si ricorda che le malattie professionali sono tabellate, ovverosia elencate in apposite tabelle contenute da ultimo in un Decreto Ministeriale *ad hoc* del 9 aprile 2008 entrato in vigore il 22 luglio del medesimo anno. Esse consistono principalmente in patologie fisiche come varie forme di dermatiti, di tumori, di anemie e di problematiche sull'apparato muscolo-scheletrico piuttosto che su quello respiratorio.

Ed infatti, come fa notare un autore³⁰⁰, una delle tre componenti che concorrono alla descrizione della nozione di infortunio ai fini Inail ex artt. 2 e 210 del D.p.r. n. 1124/1965 è proprio l'inabilità al lavoro, permanente o temporanea, conseguente all'evento³⁰¹.

Ciò, d'altra parte, si può spiegare anche e soprattutto alla luce della sostanziale assimilazione avvenuta nella legislazione e, dunque, nella giurisprudenza tra l'infortunio extra-lavorativo e la malattia comune ovvero quello sul lavoro e la malattia professionale³⁰².

Sul perché, nonostante la ben più ampia nozione di salute proveniente dall'Oms, in qualche maniera accolta dallo stesso Costituente all'art. 32 della Cost.³⁰³, legislatore, dottrina e giurisprudenza, in materia di malattia ed infortuni del lavoratore, abbiano, invece, preferito restare ancorate al maggiormente restrittivo concetto di "*oggettiva incapacità fisica al lavoro*", molto ci si è interrogati.

Secondo l'autorevole opinione di un autore³⁰⁴ ciò è accaduto principalmente per due ragioni: a) è sembrato quasi doveroso, in un rapporto obbligatorio normalmente incentrato sull'utilizzazione continuativa delle *energie fisiche* della persona del debitore, quale certamente è il rapporto di lavoro, fissare come criterio di delimitazione delle ipotesi di legittima esenzione dallo svolgimento della prestazione di lavoro, qualcosa che desse immediatamente l'idea di una situazione nella quale il lavoratore *non sia ragionevolmente in grado* di svolgere la sua attività, ostandovi le sue stesse condizioni *fisiche*; b) data la fonte contrattuale del rapporto di lavoro e la conseguente forte influenza esercitata su di esso dalla disciplina di diritto comune, bisognava, a maggior ragione, sottolineare l'inesistenza di qualsiasi nesso tra malattia e volontà, quindi psiche, del lavoratore per scongiurare il rischio di licenziamenti.

Tali ragioni, però, specie in relazione alla protezione da licenziamenti pretestuosi, sembrerebbero essere oggi venute meno. Al riguardo basti ricordare l'art. 42 del d.lgs. n. 81/08, nella versione ultima così come modificata con il d.lgs. n. 106/09. La norma in esame, infatti, perfino nei casi di patologie divenute definitive e comportanti una sopravvenuta inidoneità alla specifica mansione, obbliga il datore di lavoro non già a liberarsi di quel

³⁰⁰ R. Del Punta, in *op.cit.*

³⁰¹ Le altre due componenti sono, rispettivamente, la causa violenta sulla quale si rinvia a Cass. 26 maggio 2006, n. 12559 ed il nesso di occasionalità con il lavoro, che è concetto ben più ampio della "causalità" richiesta nella malattia professionale. Per approfondimenti su quest'ultimo punto si rinvia, fra le altre, a Cass. 5 agosto 2005, n. 16417.

³⁰² Così R. Del Punta, in *op.cit.*, p. 4.

³⁰³ L'art.32, primo comma, della Costituzione sancisce, infatti, il diritto alla salute come "fondamentale", tanto che al secondo comma afferma che: "nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana".

³⁰⁴ Il riferimento è ancora una volta a R. Del Punta, in *op.cit.*

dipendente – non più adatto a prestare l’attività per la quale era stato originariamente assunto, al contrario, ad assegnargli altre mansioni, compatibili con il suo nuovo stato di salute, equivalenti o, in difetto, anche inferiori con conservazione del trattamento economico e normativo di provenienza. Il licenziamento diventa, dunque, *l’extrema ratio* a cui è possibile ricorrere solo se il datore non ha all’interno della realtà aziendale altre mansioni né equivalenti e neppure inferiori a cui assegnare il lavoratore, e sempre che sia in grado di provare siffatta circostanza in un’eventuale futura controversia.

Ciò nonostante si tende, purtroppo, probabilmente per motivi più ideologici che giuridici, a proseguire, invece, sulla “vecchia strada” dell’inserimento della malattia all’interno della categoria dell’oggettiva incapacità fisica.

Sebbene nei limiti derivanti dalla collocazione appena detta, una minima evoluzione si è, comunque, avuta soprattutto grazie alla Corte Costituzionale. Essa ha condotto non tanto ad una apertura verso aspetti psicologici e sociali ma ad un riposizionamento della concezione di malattia in chiave positiva.

Riportando le parole di un noto autore³⁰⁵ “ persino nella malattia l’accento sembra oggi cadere *in positivo* sulla tutela del diritto alla salute del lavoratore”.

Come si diceva, fondamentali in tal senso sono state due pronunce della Consulta intervenute, peraltro, a pochi giorni di distanza l’una dall’altra.

Sulla prima, ovverosia la pronuncia n. 559 del 18 dicembre 1987 si è brevemente accennato in precedenza perché “creatrice” anche di una visione più ampia del concetto di corresponsività, cosiddetta “allargata”, nel contratto individuale di lavoro.

Con essa i giudici delle leggi, a proposito della riconduzione delle cure termali all’interno dell’art. 2110 del cod. civ. hanno precisato che: “ la tesi secondo cui le assenze da lavoro per fruire di cure idrotermali non sarebbero riconducibili, ai fini retributivi, all’assenza per malattia di cui all’art. 2110 del cod. civ. è già sul piano lessicale contraddetta dalla loro qualificazione come «aspettative per infermità» o «permessi per malattia» ex art. 13 del D.L. 12 settembre 1983, n. 463, oltre che dall’essere motivate da «effettive esigenze terapeutiche o riabilitative» che ovviamente presuppongono uno stato patologico. *Evidente è, poi, il vizio logico insito nell’assumere a priori che l’art. 2110 del cod. civ. consideri malattia solo gli stati patologici acuti – cosa che non risulta affatto dal testo della norma – per desumerne che esorbitino dall’ambito della tutela ivi prevista i momenti curativi delle affezioni croniche: le quali, invece, non solo nel significato biologico, ma anche in quello proprio del linguaggio comune - cui in generale le norme giuridiche fanno riferimento - sono malattie allo stesso*

³⁰⁵ Il riferimento è a R. Del Punta, in *op.cit.*

titolo di quelle acute. La riprova di tale vizio sta nelle aberranti conseguenze cui la predetta tesi conduce. Alla stregua di essa, infatti, la tutela apprestata dall'art. 2110 del cod. civ. opererebbe rispetto alle assenze relative ad affezioni acute, magari di lieve entità, e non opererebbe, invece, rispetto a quelle conseguenti all'esigenza di sottoporsi ad accertamenti clinici resi necessari dall'insorgenza dei sintomi di malattie gravissime, ovvero rispetto ai periodi di degenza ospedaliera destinati agli accertamenti prodromici ad operazioni chirurgiche o, comunque, ad interventi terapeutici programmabili nel tempo: ipotesi queste, nelle quali – così come nel caso delle cure termali- non è ravvisabile un attuale impedimento alla prestazione di lavoro derivante «direttamente» dalla malattia».

Secondo la Corte, dunque, “dato il valore primario assegnato al diritto alla salute”³⁰⁶ dal Costituente, comportante “che la sua tutela debba spiegarsi non solo in ambito pubblicistico – al che si è provveduto con la riforma sanitaria n. 833 del 1978- ma anche nei rapporti fra privati”³⁰⁷, ne discende come naturale conseguenza che non può essere accolta un'interpretazione restrittiva del termine “malattia” coincidente solo con “affezione acuta temporanea”, ma in essa vanno necessariamente ricompresi anche i trattamenti pre o post operatori e terapeutici, quali, appunto, le cure termali³⁰⁸. Detto in altri termini tutto quanto discende *pure indirettamente* da una patologia rientra sempre nel campo di applicazione dell'art. 2110 del cod. civ.³⁰⁹.

Non solo, ma la Corte si spinge ancora oltre con la sentenza del 30 dicembre 1987, n. 616.

In essa si afferma, infatti, il principio generale per cui la malattia intercorsa durante un periodo feriale ne deve comportare la sospensione.

Nello specifico, essendo i giudici chiamati a pronunciarsi circa la compatibilità dell'art. 2109 del cod. civ., nel punto in cui non prevede espressamente la sospensione delle ferie per sopravvenuta malattia del soggetto, e gli artt. 3 e 36 della Cost., ritengono che effettivamente vi sia incostituzionalità in quanto togliendo ferie ad un lavoratore ammalato gli si impedisce, per tale via, di poter successivamente godere di un periodo di riposo necessario “non solo a

³⁰⁶ Così alla pag. 2 della sentenza 18 dicembre 1987, n. 559.

³⁰⁷ Ancora alla pag. 2 della sentenza 18 dicembre 1987, n. 559.

³⁰⁸ Si noti, peraltro, che dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 559 del 18 dicembre 1987, anche il legislatore è intervenuto sulle cure termali con l'art. 16 della legge 30 dicembre 1991 n. 412. Con esso si è stabilito che per poter essere retribuiti i permessi per cure vanno giustificati da una motivata attestazione di un medico specialista che dia atto del carattere “*determinante*” del trattamento idrotermale e della relativa esigenza di fruizione “*tempestiva*”.

³⁰⁹ Per la Corte Costituzionale, pag. 2 della sentenza 18 dicembre 1987, n. 559, ciò è tanto più necessario se si considera che “il perseguimento di una sempre migliore condizione sanitaria della popolazione è uno degli obiettivi primari che la Costituzione assegna alla Repubblica: è perciò interesse generale che per le malattie croniche e recidivanti – quali sono tipicamente quelle in discussione- siano tempestivamente apprestate cure idonee ad arrestarne il corso o ad impedirne l'aggravamento.”

ritemprare le sue energie psico-fisiche ma anche a soddisfare le sue esigenze ricreativo - culturali e più incisivamente di partecipare alla vita familiare e sociale”³¹⁰.

A prescindere dall’ampliamento del concetto di “ferie” sul quale si tornerà più avanti, ciò che qui rileva è, usando l’espressione di un illustre autore³¹¹, “l’altra nozione di malattia” come “*incapacità al riposo*”³¹².

Proseguendo, poi, sul filone evolutivo – giurisprudenziale, stravolta inerente non alla definizione di malattia ma alle sanzioni eventualmente da irrogare al dipendente ammalato non trovato a casa durante i controlli³¹³, pure qui decisiva è stata una pronuncia della Corte Costituzionale ovverosia la n. 78 del 26 gennaio 1988.

Per comprenderne appieno l’importanza, si ritiene anzitutto utile spendere qualche parola sulla disciplina sanzionatoria medesima.

Ai sensi e per gli effetti della legge n. 638/1983 e successive modifiche, i lavoratori ammalati hanno l’obbligo di reperibilità in determinate fasce orarie, salvo giustificato motivo³¹⁴, ai fini della sottoposizione a visita medica ex art. 4 del D.M. 15 luglio 1986, pena la decadenza da ogni trattamento economico fino a dieci giorni e la riduzione dello stesso alla metà per l’ulteriore periodo.

Ora, mentre la prima parte della disposizione è stata confermata dalla Consulta, tanto non è, invece, avvenuto sulla seconda.

Con la suddetta sentenza n. 78/88, infatti, i giudici delle leggi hanno ritenuto incostituzionale la perdita del 50% della retribuzione nei giorni successivi al decimo, per contrasto con gli artt. 3, 32 e 38 della Cost., dato che la stessa non scatta all’esito di una seconda visita medica di controllo.

Togliere al lavoratore assente ad una prima ed unica visita di controllo domiciliare non solo tutta la retribuzione per i primi dieci giorni, ma anche la metà di essa per i successivi è apparso “irrazionale” per almeno tre motivi, “*anzitutto perché anche questa decadenza è legata allo stesso fatto (irreperibilità non giustificata) la cui valenza e rilevanza sociale, invece, naturalmente diminuisce con il passar del tempo. Inoltre perché siccome connessa alla durata della malattia, che varia da lavoratore a lavoratore, la perdita del trattamento non risulta uguale per tutti... pur rimanendo conseguenza di un medesimo comportamento. Infine,*

³¹⁰ Così al punto 2 dei “considerato in diritto” della sentenza n. 616 del 30 dicembre 1987.

³¹¹ Ci si riferisce a R. Del Punta, in *op.cit.*

³¹² Anche tale espressione è di R. Del Punta, in *op.cit.*

³¹³ E fermo restando l’attuale orientamento giurisprudenziale per cui la richiesta datoriale di più visite di controllo non deve concretarsi in un comportamento vessatorio potendosi diversamente versare nella fattispecie del *mobbing*, con la conseguente risarcibilità dei danni non patrimoniali. Così R. Del Punta, in *op.cit.*

³¹⁴ Questo è riscontrabile in tutti i casi di necessità o forza maggiore come quelli connessi ad esigenze di carattere terapeutico, con onere della prova a carico del lavoratore. Si veda in tal senso e fra le altre Cass. 21 febbraio 2004, n. 3513.

... potendo essere la malattia anche molto lunga, *sussiste il pericolo che la perdita del trattamento economico, sia pure per la metà, diventi troppo gravosa e lo stesso trattamento non risulti più adeguato alle esigenze di vita del lavoratore che, invece, versa in uno stato di bisogno il quale, di contro, si aggrava sempre di più con il protrarsi della sospensione dell'attività lavorativa a causa della malattia*".

Pertanto, è solo grazie a questa sentenza che ad oggi il lavoratore ammalato, ad esempio per quindici giorni, non si vede più privato della metà della retribuzione dal decimo giorno in poi anche se è risultato assente ad una prima visita domiciliare³¹⁵.

Pur non essendo, quindi, ancora completamente avvenuto il tanto auspicato passaggio, in riferimento alla malattia del dipendente, dal concetto di "oggettiva impossibilità fisica" al lavoro a quello di "indisponibilità" anche soggettiva, ovvero psicologica e sociale, a lavorare in particolari momenti della vita della persona, le sentenze della Consulta fin qui riportate sembrano quantomeno aprire uno spiraglio. La loro rilevanza, come si è cercato di dimostrare, sta, infatti, nell'aver posto nuovamente al centro dell'attenzione il dipendente malato, che non può essere considerato mero soggetto "passivo" anche nel momento interruttivo del rapporto di lavoro per malattia, perché egli è prima di tutto un *cittadino* titolare di un diritto fondamentale quale quello alla salute ex art. 32 della Cost, e solo dopo un lavoratore subordinato.

Venendo ora agli infortuni si è già detto che anche rispetto ad essi non vi è una definizione ex art. 2110 del cod. civ. Ciò nonostante, similmente alla malattia, devono tradursi in una *impossibilità fisica oggettiva* del dipendente a lavorare affinché possano prodursi gli effetti di cui alla norma appena citata³¹⁶.

Tuttavia, la centralità dell'elemento della fisicità è in questi casi molto più agevole da comprendere.

Nel complesso, dunque, le evoluzioni sul concetto di infortunio potrebbero ritenersi ancor più soddisfacenti.

³¹⁵ Appare, in ogni caso, doveroso ricordare che la norma cardine in materia di accertamento sanitario è l'art. 5 della legge n. 300/70. Essa sancisce, al primo comma, il principio generale del divieto ad opera del datore o di suoi medici, come il cosiddetto "medico aziendale" oggi divenuto "medico competente", di accertamenti sulla inidoneità e sulla infermità per malattia o infortunio del lavoratore; quindi afferma la competenza solo dei servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti ad effettuare il controllo sulle assenze per malattia (così al secondo comma); infine, al terzo comma, pone in capo al datore di lavoro non l'obbligo ma solo la facoltà di far controllare l'idoneità fisica del dipendente sempre e solo da parte di enti ed istituti specializzati di diritto pubblico.

³¹⁶ Si ricordi che l'art. 2110 del cod. civ. lega all'insorgenza sia di una malattia che di un infortunio gli stessi effetti, ovverosia la garanzia retributiva, il diritto alla conservazione del posto ed il computo a tutti gli effetti del periodo di assenza da lavoro nell'anzianità di servizio.

Esse hanno seguito una duplice direzione: 1) in primo luogo si è stabilito il principio dell'applicazione dell'art. 2110 cod. civ. anche nel caso in cui l'infortunio sia avvenuto *per colpa* del dipendente³¹⁷; 2) in secondo luogo, si è ampliato il campo di applicazione del medesimo articolo pure rispetto alle fattispecie dei cosiddetti "infortuni in itinere", ovverosia occorsi durante il percorso dalla casa del soggetto al luogo di lavoro.

Quanto al primo punto, il lavoratore difficilmente è considerato responsabile del suo infortunio, soprattutto se lo stesso è avvenuto a seguito di incidente sul luogo di lavoro, stante la previsione di cui all'art. 2087 del cod. civ. che pone in capo al solo datore il dovere generale di sicurezza.

Come precisato dalla Corte di Cassazione con diverse pronunce³¹⁸, infatti, questa norma di chiusura del sistema antinfortunistico obbliga l'imprenditore ad adottare, ai fini della tutela delle condizioni di lavoro, non solo le misure tassativamente imposte dalla legge in relazione allo specifico tipo di attività esercitata, nonché quelle generiche dettate dalla comune prudenza, ma anche tutte le altre che si rendano necessarie in base alla particolarità delle lavorazioni, all'esperienza ed alla tecnica.

Sebbene in un primo momento l'orientamento giurisprudenziale era nel senso di non far discendere dalla norma in esame una responsabilità assoluta datoriale occorrendo, invece, che l'evento fosse riferibile a sua specifica colpa per violazione di obblighi concretamente individuati³¹⁹, esso è, poi, di recente completamente mutato.

Detto in altri termini, mentre fino ad un decennio fa³²⁰ la giurisprudenza era palesemente in difficoltà nell'ammettere che l'art. 2087 del cod. civ. potesse configurare un'ipotesi di

³¹⁷ Per la verità questo principio sarebbe teoricamente valido anche nei casi di malattia, anche se, empiricamente, è pressoché impossibile l'insorgere di una malattia "per colpa" del lavoratore, mentre più concreto è il caso di un infortunio accaduto anche per negligenza, imprudenza ed imperizia del dipendente medesimo.

³¹⁸ Fra le quali si ricorda Cass. 29-3-95 n. 3738 e Cass. 8-2-2005 n. 2444.

³¹⁹ Così Cass. 12-7-2004 che nel caso di specie non ritiene risarcibile il danno da infortunio sul lavoro chiesto da un lavoratore addetto ad una macchina di tintura in quanto il getto di liquido nocivo che gli aveva colpito agli occhi non era dipeso da cattivo funzionamento della pompa essendo stata la macchina revisionata poco prima dell'incidente.

³²⁰ Ancora con la sentenza del 30 agosto 2000 n. 11427 la Corte di Cassazione riteneva non delineabile un'ipotesi di responsabilità oggettiva del datore di lavoro nei casi di infortuni, nonostante il dovere datoriale generale di sicurezza ex art. 2087 del cod. civ. Ciò in quanto, a detta della Corte, in talune tipologie di attività, per le loro stesse caratteristiche, come lo svolgimento in ambienti sotterranei o in galleria, sono presenti rischi non eliminabili, in tutto o in parte, dal datore. Pertanto eventuali infortuni sarebbero da imputare alla responsabilità dell'imprenditore solo ove questo con comportamenti specifici ed anormali avesse determinato un aggravamento del tasso di rischio e di pericolosità ricollegato indefettibilmente alla natura dell'attività che il lavoratore è chiamato a svolgere.

cosiddetta “responsabilità oggettiva” del datore di lavoro³²¹, le ultime pronunce in materia lasciano intendere, all’opposto, che tale sarebbe il corretto inquadramento.

Ed infatti già con la sentenza del 14 febbraio 2005, n. 2930 i giudici di legittimità precisavano che *la responsabilità datoriale per infortuni sul lavoro è esclusa solo allorquando il rischio sia stato generato da un’attività che non abbia alcun rapporto con lo svolgimento di quella lavorativa o che esorbiti del tutto dai limiti di essa. Il tutto fermo restando che “l’eventuale colpa del lavoratore non è idonea ad escludere il nesso causale tra il verificarsi del danno e la responsabilità dell’imprenditore sul quale grava l’onere di provare di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno”*³²².

Ma la vera svolta si ha con la pronuncia n.19559 del 13 settembre 2006, a cui avevano fatto da ulteriore apripista talune simili sentenze di poco antecedenti³²³.

In essa, infatti, si afferma a chiare lettere che: “ *le norme dettate in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, tese ad impedire l’insorgenza di situazioni pericolose, sono dirette a tutelare il lavoratore non solo dagli incidenti derivanti dalla sua disattenzione, ma anche da quelli ascrivibili ad imperizia, negligenza ed imprudenza dello stesso, con la conseguenza che il datore di lavoro è sempre responsabile dell’infortunio occorso al lavoratore, sia quando ometta di adottare le idonee misure protettive, sia quando non accerti e vigili che di queste misure venga fatto effettivamente uso da parte del dipendente, non potendo attribuirsi alcun carattere esimente, per l’imprenditore, all’eventuale concorso di colpa del lavoratore, la cui condotta può comportare, invece, l’esonero totale del medesimo imprenditore da ogni responsabilità solo quando presenti i caratteri dell’abnormità, inopinabilità ed esorbitanza, necessariamente riferiti al procedimento lavorativo «tipico» ed alla direttive ricevute, così da porsi come causa esclusiva dell’evento*”³²⁴.

³²¹ Per “responsabilità oggettiva” si intende, specie nel diritto penale, “quella forma di responsabilità in virtù della quale un determinato evento viene posto a carico dell’autore in base al solo rapporto di causalità materiale, ovvero non si richiede né che l’evento costituisca oggetto di una volontà colpevole (dolo) né che sia conseguenza di una condotta contraria a regole di diligenza sociali o scritte (colpa)”; così G. Fiandaca e E. Musco “Diritto Penale, parte generale”, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 625.

³²² Così Cass. 14-2-2005 n. 2930 che, nel caso di specie, ha confermato la sentenza impugnata che aveva accertato la responsabilità dell’imprenditore nella dinamica del sinistro consistito nello schiacciamento e conseguente amputazione della mano di un operaio, impegnato nella riparazione di una pressa sita in una cabina non collegata né visivamente né acusticamente con l’addetto al quadro di comando, unico soggetto in grado di coordinarne i movimenti.

³²³ Ci si riferisce, rispettivamente, a Cass. 8 marzo 2006 n. 4980 e Cass. 14 marzo 2006 n. 5493. In entrambe la Suprema Corte aveva confermato le sentenze di merito ritenendo non esente da responsabilità il datore di lavoro per gravi infortuni – nel caso di cui alla pronuncia n. 4980/2006 l’infortunio era stato mortale- pur parzialmente dovuti ad iniziative non particolarmente sicure del lavoratore prese, però, per agevolarsi il lavoro.

³²⁴ Così Cass. 13 settembre 2006 n. 19559. Nel caso di specie, relativo al gravissimo infortunio occorso all’interno di un’officina ad un lavoratore che per spostarsi nell’ambito della zona di lavoro era salito in velocità su di un carrello elevatore, aggrappandosi alla maniglia, i giudici confermano la decisione di merito che aveva già escluso la responsabilità datoriale per l’imprevedibilità dell’anomala condotta del dipendente, espressamente vietata da appositi cartelli di avvertimento.

Nel momento in cui si dice apertamente che il datore di lavoro è sempre responsabile per l'infortunio del dipendente, tranne che questo non abbia tenuto una condotta del tutto *abnorme ed esorbitante*, è chiaro che si sta configurando un caso di responsabilità oggettiva.

Di ciò, tra l'altro, si trova conferma in successive sentenze della Cassazione, come la n. 7127 del 13 marzo 2007 - nella quale si insiste sul punto della onnipresente responsabilità datoriale per danni alla salute subiti dal lavoratore, a meno che il danno medesimo non sia stato procurato da una condotta di quest'ultimo "*del tutto atipica ed eccezionale*"³²⁵ - e nelle recenti nn. 6033 e 6632 rispettivamente del 6 e del 12 marzo 2008.

In esse si ribadisce che, stante l'*occasionalità necessaria* tra l'infortunio e le mansioni del dipendente³²⁶, l'imprenditore sarà sempre responsabile verso il lavoratore anche ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2049 del cod. civ.³²⁷

Pure in dottrina, poi, aumentano sempre di più gli scritti che sostengono la tesi della responsabilità oggettiva datoriale per infortuni³²⁸.

In riferimento, invece, al secondo oggetto dell'evoluzione giurisprudenziale sul concetto di infortunio, ovvero sia al suo ampliamento anche a quelli cosiddetti "in itinere", rientranti, per tale via, nel campo di applicazione dell'art. 2110 del cod. civ., esso è certamente figlio dell'ultimo decennio o poco più.

In effetti, nel Testo Unico in materia di infortuni sul lavoro, ovvero il D.p.R. 30 giugno 1965, n. 1124, prima della riforma del febbraio 2000, avvenuta con la legge n. 38, non vi era alcuna esplicita previsione rispetto a tale particolare tipologia di infortunio.

Ciò principalmente perché se poteva essere facilmente dimostrabile, alla luce del percorso seguito dalla vittima, la sussistenza di un nesso tra quell'incidente stradale ed il rapporto di lavoro, maggiori problemi si ponevano, invece, rispetto alla natura strettamente di "proprietà privata" del mezzo di trasporto impiegato per il raggiungimento del luogo di lavoro medesimo.

Poneva dubbi, cioè, ai fini del riconoscimento dell'incidente stradale come "infortunio sul lavoro" a tutti gli effetti di legge, la circostanza della mancata messa a disposizione dell'auto da parte del datore di lavoro al lavoratore, per lo svolgimento delle mansioni, di fatto sempre

³²⁵ Tale è l'espressione usata dagli stessi giudici di legittimità nella sentenza in esame.

³²⁶ Per "occasionalità necessaria" che evidentemente è un concetto più ampio di quello di "nesso di causalità" si intende che proprio per effetto delle incombenze attribuite dal datore di lavoro al lavoratore si è agevolata la consumazione di un fatto illecito con conseguente produzione di un evento dannoso.

³²⁷ L'articolo 2049 del cod. civ. intitolato "responsabilità dei padroni e dei committenti" stabilisce il principio generale per cui il padrone o il committente resta comunque responsabile per i danni arrecati da fatto illecito dei loro domestici, commessi nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti.

³²⁸ Tra gli ultimi si ricorda il saggio dell'avv. A. Pignataro in www.altalex.it

esistente ogniqualvolta la vettura propria del dipendente era usata semplicemente perché frutto di una sua libera scelta fra differenti opzioni quanto a mezzi di trasporto anche pubblici. Di qui, dunque, si sono dovute attendere le prime decisioni giurisprudenziali nel merito.

In particolare, nel 1998, con due pronunce temporaneamente piuttosto vicine, rispettivamente la n. 11148 e la n. 6449, dagli esiti, peraltro, opposti, la Corte di Cassazione ha dovuto introdurre, proprio in un'ottica di superamento delle problematiche appena illustrate, un nuovo concetto, ovverosia quello del cosiddetto "*uso necessitato*".

In altri termini, per la Suprema Corte, in tanto l'incidente con la propria auto, per recarsi sul luogo di lavoro, può essere riconosciuto come "infortunio sul lavoro", in quanto l'uso dell'autovettura privata sia reso, appunto, *obbligato* da particolari esigenze³²⁹ di natura sia oggettiva- come l'assenza di mezzi di trasporto pubblici - sia soggettiva – ad esempio, particolari condizioni fisiche - sia sociale – quale, esemplificativamente, l'importanza di un rientro celere per la lavoratrice madre.

A completare, tuttavia, il quadro dei requisiti necessari per la configurabilità di un infortunio in itinere, oltre all'uso necessitato, è, poi, intervenuta la sentenza, pur sempre della Corte di Cassazione, n. 5063/2000.

In essa, infatti, si precisa che l'incidente stradale, avvenuto con la propria autovettura, lungo la strada che collega la dimora del soggetto al luogo di lavoro, è equiparabile ad un infortunio sul lavoro solo se vi è: a) *un nesso causale tra il percorso seguito e l'evento-infortunio*, nel senso che tale percorso deve rappresentare per l'infortunato quello *normale* per recarsi al lavoro e per tornare alla propria abitazione; b) *un nesso almeno occasionale tra l'itinerario seguito e l'attività lavorativa*, tale per cui detto itinerario non sia percorso dal lavoratore per ragioni personali o in orari non collegabili all'attività lavorativa; c) la già detta *necessità dell'uso* del mezzo di trasporto privato, considerati gli orari lavorativi e quelli dei pubblici servizi di trasporto e tenuto conto della possibilità di stazionare in luogo diverso dalla propria abitazione, purché la distanza tra tali luoghi sia ragionevole³³⁰.

Continuano, dunque, ad essere esclusi dal concetto di infortunio gli incidenti "evitabili" o perché la distanza tra l'abitazione e il luogo di lavoro è percorribile a piedi – così, fra le altre, Cassazione dell' 11 dicembre 2001 n. 15617- o in quanto legati ad un utilizzo della vettura

³²⁹ Di qui, appunto, mentre con la sentenza n.11148/98 i giudici avevano riconosciuto l'indennizzabilità dell'incidente fatto con un'auto privata il cui utilizzo si rendeva indispensabile per esigenze di cura di un familiare disabile, viceversa, con la pronuncia n. 6449/98 non hanno ritenuto parimenti indennizzabile l'incidente occorso ad un lavoratore che avrebbe potuto recarsi a lavoro anche con mezzi pubblici il cui utilizzo non era affatto disagiata ed avrebbe anzi consentito di arrivare a casa in tempi eguali se non addirittura inferiori.

³³⁰ In maniera conforme si veda anche Cass. n. 6868/2001.

all'esterno dei locali aziendali per far fronte a un problema estraneo alle mansioni svolte e senza autorizzazione del datore di lavoro - in tal senso si ricorda la sentenza 8 settembre 2003 n. 13110 della Suprema Corte, oppure ancora perché avvenuti sotto l'effetto di sostanze psicotrope e stupefacenti.

Proprio sulla scia di questa giurisprudenza, si è avuto pure l'intervento del legislatore in materia con l'art. 12 del d.lgs. n. 38/00, che ha definitivamente sancito la configurabilità dell'infortunio in itinere come tipologia di infortunio sul lavoro ex art. 2110 del cod. civ.

La norma appena detta richiede che l'evento sia, però, avvenuto: - o durante il *normale percorso* di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro; - o durante il *normale percorso* che collega due luoghi di lavoro, se il lavoratore ha più rapporti di lavoro; oppure ancora - durante il *normale percorso* di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale del pasto, purché non sia previsto un servizio di mensa aziendale.

Per "normale percorso", infine, sempre grazie al contributo giurisprudenziale, si intende quello più breve e diretto, non implicante deviazioni non richieste da ragioni lavorative³³¹.

Ed infatti, se l'incidente stradale dovesse accadere durante un'interruzione o una deviazione dal normale percorso del tutto indipendente rispetto a motivi di lavoro, come il fermarsi al bar con amici, e non necessitata, quest'ultimo non sarà più riconosciuto come infortunio in itinere.

Con ordinanza n. 1/2005 la Corte Costituzionale è intervenuta, tuttavia, a stemperare interpretazioni eccessivamente restrittive del principio appena riportato, ritenendo comunque sussistente l'infortunio in itinere in presenza di un'interruzione del normale percorso di andata e ritorno di breve durata. Essa ha, infatti, precisato, che l'espressione "*normale percorso di andata e ritorno*", lungi dal doversi intendere come una qualsivoglia ipotesi di soluzione di continuità del tragitto, deve essere interpretata nel senso che *non integra l'ipotesi ostativa una breve sosta* (di cinque minuti, nella fattispecie in decisione) *che non alteri le condizioni di rischio* per l'assicurato, con una valutazione che deve tener conto delle peculiarità del caso concreto. Alla stessa soluzione si deve, inoltre, giungere se la deviazione è stata dovuta a cause di "forza maggiore", come la chiusura della strada solita o la necessità di affrontare un malore.

³³¹ Così Cass. n. 445/98 e Cass. n. 1320/02.

Da ultimo, anche in un'ottica di completezza del discorso, appare importante riportare l'ulteriore tassello aggiunto di recente, pur sempre dalla Corte di Cassazione, a tale già ampiamente evoluto discorso sugli infortuni in itinere, con la sentenza n. 10028 del 27 aprile 2010. In essa si sancisce il principio generale per cui un incidente stradale può essere considerato come "infortunio in itinere" solo se avvenuto sulla pubblica strada, non rilevando, invece, quello occorso in luoghi di proprietà esclusiva del lavoratore o di proprietà comune, quali, ad esempio, scale e/o cortili condominiali, piuttosto che il portone di casa o i viali di complessi residenziali.

2.1.2 La gravidanza e il puerperio

Anche la gravidanza in quanto ipotesi “classica” di sospensione del rapporto di lavoro, prevista pur sempre all’interno del medesimo art. 2110 del cod. civ., ha subito negli ultimi anni, una certa evoluzione, pure qui grazie principalmente all’opera della Corte Costituzionale, nonostante il sussistente pericolo a considerarla ancora essenzialmente nei termini di una “*sopravvenuta impossibilità fisica*”.

Partendo proprio dagli elementi in grado di dar luogo al pericolo appena detto - e riservando, dunque, ad una seconda parte del discorso l’esame delle sentenze della Consulta che hanno, invece, cercato di evolvere il concetto di gravidanza da “malattia” ad “evento a tutela del rapporto fra madre e nascituro”- essi si traducono principalmente nei vari divieti attualmente *imposti* alla gestante.

In primo luogo, vige un *divieto assoluto di adibizione al lavoro*, peraltro negli anni ampliato.

Ed infatti, mentre con i primissimi interventi legislativi in materia contenuti nella legge n. 242 del 1902, meglio nota come “legge Carcano”³³² e nel Regio Decreto n. 654 del 1934³³³ si vietava il lavoro esclusivamente nei giorni immediatamente successivi al parto, tanto che si parlava, non a caso, non di gestanti bensì di “puerpere”³³⁴, oggi, per effetto dei graduali contributi apportati prima dalla legge n. 860/1950 e, poi, specialmente dalla legge n. 1204/1971³³⁵, si stabilisce ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 16 del d.lgs. n. 151 del 26 marzo 2001 – cosiddetto “testo unico sulla maternità” - e successive modifiche, che la donna *non deve lavorare, sotto pena di arresto del datore fino a 6 mesi: a) nei due mesi precedenti la data presunta del parto; b) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente la data presunta e la data effettiva; c) nei tre mesi dopo il parto* (o quattro nel caso di

³³² Legge Carcano che andava a prevedere il divieto di adibire la donna al lavoro nel mese successivo al parto non essendo, invece, previsto alcun periodo di riposo nei mesi antecedenti ed imponeva al datore di lavoro di consentire l’allattamento alle operaie o mettendo a loro disposizione apposite stanze o facendole uscire in determinate fasce orarie.

³³³ Con il Regio Decreto del 22 marzo 1934 n. 654 il regime fascista istituiva un ente morale denominato “opera nazionale per la protezione della maternità e dell’infanzia” che aveva tra i suoi obiettivi l’assistenza alle gestanti ed alle madri bisognose ma soprattutto fissava in 6 settimane dopo il parto il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro.

³³⁴ La puerpera è la donna che ha appena partorito. Il puerperio, infatti, consiste nel periodo che va dal parto alla ripresa della normale attività ovarica.

³³⁵ La legge n.860/1950 introduceva il divieto di adibizione al lavoro della donna dal momento della presentazione del certificato di gravidanza fino ai 3 mesi successivi al parto, mentre la legge n.1204/1971 ha fissato il periodo di astensione obbligatoria nei 2 mesi antecedenti e nei 3 mesi successivi al parto, come è attualmente.

posticipazione del momento iniziale del congedo, ex art. 20 di cui nel prosieguo) d) *negli ultimi giorni non goduti prima del parto - qualora esso sia prematuro*³³⁶.

A tali “normali” collocazioni temporali del “congedo di maternità”³³⁷, secondo la nuova espressione introdotta dalla legge n. 53/2000 che ha sostituito l’originaria di “astensione obbligatoria”³³⁸, si aggiungono, poi, diverse “varianti”, per riportare il termine utilizzato da un noto autore³³⁹, nei casi previsti dagli artt. 17 e 20 del d.lgs. n. 151/2001 in esame.

Anzitutto, stante il disposto di cui al primo comma dell’art. 17 del testo unico, il divieto di adibizione al lavoro va *anticipato a tre mesi* dalla data presunta del parto quando le lavoratrici sono occupate in lavori particolarmente gravosi o pregiudizievoli, identificati da decreti specifici del Ministero del lavoro, sentite le organizzazioni sindacali nazionali maggiormente rappresentative.

In assenza di questi ultimi, peraltro, la competenza è posta in capo al servizio ispettivo del medesimo Ministero del lavoro.

Sempre nell’ambito delle “anticipazioni”, lo stesso servizio ispettivo potrà anche eventualmente disporre la cosiddetta “*interdizione anticipata*” di cui al secondo comma della norma in esame quando ricorrono i seguenti motivi: a) *gravi complicanze della gestazione o di preesistenti forme morbose che si presume possano essere ulteriormente aggravate dallo stato di gravidanza*. Il relativo provvedimento presuppone un conforme accertamento medico, le cui indicazioni debbono essere seguite dal servizio ispettivo, e per il quale esso è sollecitato ad avvalersi, come di consueto, dei competenti organi del Servizio sanitario nazionale (così al terzo comma dell’art. 17 in esame); b) *quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino*; nonché c) *quando la lavoratrice sia adibita a lavori pregiudizievoli o rischiosi e non sia trasferibile ad altre*

³³⁶ Si noti, peraltro, che tale ultima disposizione è stata oggetto di una recente pronuncia di incostituzionalità con la sentenza della Corte Costituzionale n. 116 del 4 aprile 2011, di cui più ampiamente nel prosieguo, ed era stata introdotta per porre rimedio all’originario *deficit* di tutela sui parti prematuri, a cui per molto tempo è stata equiparata l’interruzione di gravidanza verificatasi dopo il 180° giorno dalla gestazione, oggetto, ora, di un recente intervento legislativo *ad hoc* con il d.lgs. n. 119/11.

³³⁷ La cui attivazione è resa possibile dall’onere della lavoratrice di consegnare al datore, oltre che all’INPS, il certificato medico attestante la data presunta del parto, ed, entro trenta giorni dal medesimo, il certificato di nascita del figlio o una dichiarazione sostitutiva di responsabilità.

³³⁸ Per sottolineare che con la legge n. 53/2000 per la prima volta viene data una certa flessibilità alla donna che può *scegliere* se usufruire dei periodi “tipici” di astensione quali i 2 mesi antecedenti al parto ed i 3 successivi oppure lavorare fino ad 1 mese prima del parto ed avere 4 mesi di non lavoro dopo di esso. Ma sul punto meglio si dirà successivamente.

³³⁹ Ci si riferisce a R. Del Punta in *op.cit.*

mansioni, anche inferiori, con conservazione, ovviamente del livello e della retribuzione di provenienza, per inesistenza obiettiva delle medesime.

Nelle ipotesi sub b) e c) l'astensione può essere disposta, d'ufficio o su istanza della lavoratrice, dal servizio ispettivo pure nella propria ordinaria attività di vigilanza, e, dunque, a prescindere da un accertamento medico (così all'art. 17, 4° comma del d.lgs. n. 151/01). In quella sub c), in particolare, il provvedimento può riguardare anche una lavoratrice puerpera, sino al settimo mese di età del figlio, stante il necessario coordinamento fra il disposto in esame e gli artt. 7, 6° comma; 12, 2° comma, e infine, risalendo la catena dei rinvii, l'art. 6, 1° comma, del d.lgs. n. 151/01.

Accanto a tali ipotesi di anticipazione dei mesi di astensione da lavoro per gravidanza, la legge n. 53 del 2000, confluita sotto questo aspetto nell'art. 20, 1° comma, del T.U., ha introdotto un caso di possibile *posticipazione* del congedo.

In particolare, all'art. 12 della legge n. 53/00 già si affermava che: *“Ferma restando la durata complessiva dell'astensione, le lavoratrici hanno la facoltà di astenersi dal lavoro a partire dal mese precedente la data presunta del parto e nei quattro mesi successivi, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro”*.

Tale disposizione è stata, quindi, confermata nel decreto legislativo attuativo n. 151/01 all'art. 20.

La sua importanza sta, dunque, nell'aver dato *per la prima volta* voce in capitolo alla donna, in un contesto in cui sembra che tutto le venga imposto. Ed infatti, se ella dovesse ritenerlo opportuno e la gravidanza dovesse consentirglielo, non ponendo particolari problemi, potrà decidere di rimanere al lavoro sino all'ottavo mese di gravidanza per poter avere, poi, più tempo successivamente al parto, godendo non di tre ma di quattro mesi di astensione da lavoro.

Il vero problema è che per far ciò deve munirsi di un duplice conforme accertamento medico – quello del medico del servizio sanitario nazionale e quello del medico competente-attestante l'*inesistenza di pregiudizi* che difficilmente viene rilasciato, sia perché spesso i medici non vogliono una tale responsabilità sia perché sovente è proprio in tali circostanze che magari si scopre che l'azienda presso cui opera la lavoratrice non è neppure “in regola” con le norme di cui al d.lgs. n. 81/08, nella versione ultima così come modificata con il d.lgs.

n. 106/09, sulla salute e sicurezza, non avendo neanche un medico competente nonostante l'obbligo di sorveglianza sanitaria.

La disposizione in esame, inoltre, non precisa il termine entro il quale la lavoratrice debba comunicare la volontà di posticipare il congedo. Al riguardo, tuttavia, è intervenuta una circolare ministeriale, ovverosia la n. 86 del 6 dicembre 2000, a precisare che deve essere presentata un'istanza scritta prima della scadenza del settimo mese di gravidanza.

Una successiva circolare dell'INPS ha, poi, "corretto il tiro", stabilendo che la domanda di posticipazione è accoglibile anche se presentata oltre tale momento, purché le relative attestazioni ginecologiche siano state acquisite entro il settimo mese; qualora siano state, al contrario, acquisite dopo, la domanda potrà essere approvata unicamente rispetto ai giorni successivi al rilascio delle stesse³⁴⁰.

Restano, poi, sempre e comunque escluse dalla facoltà in esame, di posticipazione dell'astensione dal lavoro ex art. art. 20, 2° comma del d.lgs. n. 151/01, le lavoratrici addette a particolari tipologie di lavori individuati, sentite le parti sociali, da un decreto del Ministero del lavoro, adottato di concerto con i Ministri della sanità e per la solidarietà sociale. Tale decreto non è stato ancora emanato, ma, secondo il legislatore, ciò non osta all'immediata precettività della norma³⁴¹.

Oltre al non poter lavorare in taluni mesi antecedenti e successivi al parto, a prescindere dalla sua reale volontà, la donna gestante "subisce" anche ulteriori divieti.

In particolare, il capo II del d.lgs. n. 151 del 2001, prevede una serie di misure, che sebbene in un'ottica di "tutela della salute e della sicurezza della lavoratrice", come da titolo, impongono varie restrizioni alla lavoratrice, che abbia informato il datore di lavoro del proprio stato, durante tutto il periodo di gravidanza e sino a sette mesi di età del figlio³⁴².

Esse sono inerenti al contenuto, oltre che alle modalità temporali, della prestazione lavorativa, al fine di garantire che l'esecuzione del lavoro non comporti pregiudizi di sorta alla salute della lavoratrice e, durante il periodo della gestazione, del nascituro.

Per espressa previsione del secondo comma dell'art. 6 del d.lgs. n. 151/01 tali misure si applicano anche alle lavoratrici che hanno ricevuto bambini in adozione o in affidamento, sino al compimento dei sette mesi di età.

³⁴⁰ Vedi Circolare Inps n. 8/2003.

³⁴¹ Alla luce di quanto sottolineato sia dal Ministero del Lavoro con circolare 7 luglio 2000 n. 43 che dall'Inps con circolare del 4 settembre 2000, n. 152.

³⁴² Così all'art. 6 del d.lgs. n. 151/01.

La prescrizione principale è quella del *divieto di adibizione a determinati lavori ritenuti pregiudizievoli*.

L'art. 7 del T.U. stabilisce sia un divieto generico di adibire le lavoratrici al trasporto e al sollevamento di pesi, sia uno specifico di assegnazione ai lavori "pericolosi, faticosi e insalubri", di cui all'elenco contenuto nella vecchia disciplina regolamentare (art. 5, d.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026), riportata nell'all. A del Testo unico, e sottoposto ad aggiornamenti periodici. Un ulteriore divieto può, poi, scaturire da un provvedimento amministrativo costitutivo *ad hoc*, adottato dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, allorché questi accerti, d'ufficio o su istanza della lavoratrice, che "le condizioni di lavoro o ambientali sono pregiudizievoli alla salute della donna"³⁴³.

Ma tali divieti non esauriscono la gamma delle protezioni verso la donna.

Ed infatti, se in seno alla valutazione specifica sui rischi per le gestanti, alla cui effettuazione il datore di lavoro è obbligato - nell'ambito della più ampia valutazione dei rischi di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 81/08 - ex art. 11 del d.lgs. n. 151/01 dovessero effettivamente emergere pericoli per la lavoratrice, questa dovrà *veder mutate sia le condizioni che l'orario di lavoro* (così al successivo art. 12 del medesimo T.U.).

Come si anticipava, tutti questi divieti imposti dall'alto alla donna, trattata di fatto come "malata" e, quindi, obbligata a stare a casa in determinati periodi che potrebbero non coincidere con le sue effettive esigenze, rendono bene l'idea della ancora attuale visione di fondo della maternità come "*impossibilità oggettiva fisica*" della donna a prestare la propria opera.

Se qualche evoluzione a livello legislativo negli ultimi anni c'è stata, nei termini di una flessibilità dell'astensione obbligatoria ex artt. 12 della legge n. 53/00 e 20 del d.lgs. n. 151/01 sopra visti, a cui si è riaggianciato da ultimo il legislatore dell'aprile del 2011 con l'art. 2 del d.lgs. n. 119/11 circa la fattispecie dell'aborto e del decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità³⁴⁴, ciò è avvenuto per adeguamento della normativa sulla

³⁴³ Così al quarto comma dell'art. 7 del d.lgs. n. 151/01.

³⁴⁴ Pur non richiamando espressamente gli artt. 12 della legge n. 53/00 e 20 del d.lgs. n. 151/01, il legislatore del 2011 di fatto usa la stessa loro disciplina riconoscendo alla donna la cui gravidanza si è interrotta, spontaneamente o per fini terapeutici, dopo il 180° giorno dall'inizio della gestazione o il cui bambino è deceduto alla nascita o durante il congedo di maternità "la facoltà di riprendere in qualunque momento l'attività lavorativa, con preavviso di dieci giorni al datore di lavoro, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato ed il medico competente ... attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute". Valga qui la pena sottolineare che tale intervento legislativo non modifica ma si aggiunge alla disciplina di base in materia di interruzione di gravidanza, nel senso di dare alla donna la possibilità, se preferisce e non vi ostano condizioni di salute, di rientrare prima al lavoro fermo restando il suo

maternità alle varie sentenze di incostituzionalità, per contrasto con gli artt. 3, 30, 31 e 37 della Cost., pronunciate nel tempo dalla Consulta.

Sin dal 1987, con la sentenza del 14 gennaio n. 1, la Corte Costituzionale ha assunto il compito di ampliare il concetto di maternità nel senso di garantire una tutela non solo e non tanto all'integrità fisica della donna, ma, specialmente, al bambino appena nato.

Nel caso di specie, infatti, essa ha ritenuto incostituzionale l'art. 7 della legge 9 dicembre 1977, n.903 nella parte in cui non prevedeva che il diritto all'astensione da lavoro ed al godimento di riposi giornalieri, riconosciuti unicamente alla madre, rispettivamente ex artt. 6 della legge 903/77 e 10 della legge n. 1204/71, potessero essere anche del padre lavoratore ove l'assistenza al minore ad opera della madre fosse divenuta impossibile per suo decesso o grave infermità.

I giudici delle leggi, in particolare, sono arrivati a tale conclusione proprio partendo dal presupposto che: *“L'astensione obbligatoria, disposta dall'art. 4 lett. c) della legge n. 1204 del 1971, certamente ha il fine di tutelare la salute della donna nel periodo immediatamente susseguente al parto, onde consentirle di recuperare le energie necessarie per riprendere il lavoro. La norma, tuttavia, considera e protegge anche il rapporto che in tale periodo necessariamente si svolge tra madre e figlio, e tanto non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente biologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino.*

La tutela della madre, in altri termini, non si fonda solo sulla condizione di donna che ha partorito, ma anche sulla funzione che essa esercita nei confronti del bambino: sì che la norma protegge i diritti di entrambi, e di entrambi tutela la personalità e la salute. ... Questa natura dell'istituto della astensione obbligatoria dal lavoro nei primi tre mesi dopo il parto, questa sua aderenza ad un ampio spettro di valori e di interessi, già rilevata - anche se con contrasti - dalla giurisprudenza ordinaria antecedente alla legge n. 903 del 1977, ha trovato nell'art. 6 di quest'ultima piena conferma. Attribuendo alle lavoratrici che abbiano adottato bambini o che li abbiano ottenuti in affidamento preadottivo la facoltà di avvalersi - nei tre mesi successivi all'ingresso nella nuova famiglia del bambino adottivo o affidatario - dell'astensione obbligatoria dal lavoro e del relativo trattamento economico, la legge n. 903 del 1977 ha infatti chiaramente confermato che *l'istituto dell'astensione dal lavoro è*

diritto a vedersi applicata la normativa in materia di congedo di maternità se l'aborto è intervenuto dopo il 180° giorno dall'inizio della gestazione, e quella relativa alla malattia se, invece, l'aborto si è avuto prima del 180° giorno detto (così all'art. 19 del d.lgs. n. 151/01).

considerato dal legislatore non solo un presidio della salute della madre (che infatti in casi di questo genere non viene neppure in gioco, mancando l'elemento fondamentale dell'evento del parto), ma anche un valido mezzo per consentire lo stringersi di rapporti affettivi indispensabili per lo sviluppo della personalità del bambino sia nella famiglia naturale che anche in quella adottiva.

In altri termini, lo sganciamento dell'astensione dal lavoro dal fatto materiale del parto si riverbera sulla funzione complessiva dell'istituto, che viene ormai a incentrarsi anche (ove dell'astensione benefici la madre naturale) od esclusivamente (ove si tratti invece di madre adottiva o affidataria) su quell'interesse di peculiare pregio costituzionale che, per costante giurisprudenza di questa Corte (v. da ultimo le sentenze nn. 185 e da 196 a 199 del 1986), è la tutela del minore”.

Da tale pronuncia, dunque, è disceso quell' “adeguamento normativo” consistente nella previsione legislativa del cosiddetto “congedo di paternità” di cui originariamente all’art. 13 della legge n. 53/00 ed ora disciplinato all’interno degli artt. 28, 29 e 30 del d.lgs. n. 151/01³⁴⁵.

Ma la Corte si è spinta ancora oltre con la sentenza n. 270 del 30 giugno del 1999.

In essa, infatti, ha ritenuto discriminatoria e quindi incostituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 30, 31 e 37 della Cost., la normativa all’epoca vigente sui periodi di astensione obbligatoria, ovverosia i “rigidi” 2 mesi antecedenti e 3 mesi successivi al parto, nella parte in cui non teneva conto e, dunque, non si adattava ai diversi tempi legati a parti prematuri.

Di qui, appunto, la Corte ha sollecitato un intervento legislativo, poi arrivato con la legge n. 53/00 ed il decreto legislativo n. 151/01, diretto a “flessibilizzare” ovverosia a rendere meno rigidi e più rispondenti alle esigenze effettive della donna e del minore, i periodi di astensione in esame, accanto all’introduzione di una specifica previsione per i parti prematuri.

Ma è forse il caso di riportare sull’argomento, data la sua decisiva importanza, le stesse parole dei giudici: *“Giova premettere che la lavoratrice madre è destinataria di una specifica legislazione protettiva, che trova ampia giustificazione nelle norme costituzionali di cui agli artt. 3, 2° comma, 4, 31, 32 e 37 della Costituzione. Il nostro ordinamento giuridico risulta inoltre integrato dalle fonti normative comunitarie e internazionali dirette ad una incisiva tutela degli interessi sia delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (Direttiva del Consiglio, 19 ottobre 1992, n. 92/1985, recepita con il decreto legislativo 25*

³⁴⁵ Non ci si sofferma ora sul congedo di paternità in quanto sarà oggetto di apposito successivo paragrafo.

novembre 1996, n. 645), sia del figlio (Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo resa esecutiva con la legge 27 maggio 1991, n. 176).

In questo quadro, l'istituto dell'astensione obbligatoria dal lavoro "post partum" previsto dalla norma impugnata - come osservato dalla giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 332/1988 e n. 1/1987) - oltre ad essere volto a tutelare la salute della donna, considera e protegge il rapporto che, in tale periodo, necessariamente si instaura tra madre e figlio, anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono decisive sia per un corretto sviluppo del bambino, sia per lo svolgimento del ruolo della madre.

L'art. 4, 1° comma, della legge n. 1204/1971, nel prevedere due periodi di astensione obbligatoria (uno anteriore e uno posteriore al parto) contiene una formulazione letterale che appare rigidamente determinata sia in ordine alla durata, che alla decorrenza. Ciò è confermato dall'art. 6 del D.P.R. 25 novembre 1976, n. 1026 (Regolamento di esecuzione della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, sulla tutela delle lavoratrici madri) che individua nel giorno successivo al parto il "dies a quo" del secondo periodo di astensione dal lavoro; ma tale rigidità rivela aspetti irragionevoli in relazione a casi di parto prematuro.

In questa ipotesi è notoriamente indispensabile che il bambino - per un periodo talvolta lungo - sia affidato alle cure di specialisti ed all'apparato sanitario, mentre la madre, una volta dimessa e pur in astensione obbligatoria dal lavoro, non può svolgere alcuna attività per assistere il figlio ricoverato nelle strutture ospedaliere; ed è invece obbligata a riprendere l'attività lavorativa quando il figlio deve essere assistito a casa. E' pertanto innegabile che detta situazione contrasti sia col principio della parità di trattamento, sia col valore della protezione della famiglia e con quello della tutela del minore, con violazione dei parametri costituzionali invocati. Va pertanto dichiarata l'incostituzionalità della norma censurata.

E' appena il caso di accennare che da tempo è stata rilevata l'incongruenza della disposizione in parola nell'ipotesi di parto prematuro, e si propongono diverse soluzioni con specifico riguardo alla decorrenza del periodo di astensione, normale; la prima soluzione è analoga a quella relativa all'ipotesi di affidamento preadottivo spostandone l'inizio o al momento dell'ingresso del neonato nella casa familiare, o alla data presunta del termine fisiologico di una gravidanza del neonato (sentenza n. 332/1988). La seconda è parsa meritevole di essere seguita dal disegno di legge n. 4624 che detta "Disposizioni per sostenere la maternità e la paternità e per armonizzare i tempi di lavoro, di cura e della famiglia" presentato dal Governo alla Camera dei Deputati in data 3 marzo 1998. La scelta fra le diverse possibili soluzioni spetta al legislatore".

Come si anticipava, dunque, ancora una volta è solo a seguito di questa sentenza che il legislatore, recepito il messaggio della finalità “relazionale” del congedo di maternità *superiore* rispetto alla tutela fisica della donna, introdurrà la “flessibilità” nell’astensione obbligatoria consistente nel cosiddetto “1 + 4” di cui agli artt. 12 della legge n. 53/00 e 20 del d.lgs. n. 151/01 sopra visti e, soprattutto, interverrà, con una specifica norma, sui parti prematuri.

In riferimento ad essi, infatti, dapprima all’art. 11 della legge n. 53/00, e, poi, con il comma 1, lett. d) dell’art. 16 del testo unico, si sancisce il principio di base per cui i giorni di astensione da lavoro non goduti prima del parto, perché avvenuto prematuramente, si aggiungono al periodo di congedo di maternità successivo al parto ovvero ai 3 mesi.

Di recente, tuttavia, anche questa soluzione sembra non essere propriamente in linea con la tutela del minore e della famiglia espressa all’interno degli artt. 30 e 31 della Cost.

Chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla normativa in materia di astensione obbligatoria nei casi di parto prematuro, solo pochi mesi fa con la sentenza n. 116 del 4 aprile 2011, stranamente poco commentata in dottrina, la Corte Costituzionale ha ritenuto possibile ed anzi doveroso, far godere alla madre che ha partorito prematuramente tutti i 5 mesi di astensione obbligatoria dopo il parto e, quindi, in un’unica soluzione di continuità, al fine di assicurare realmente la maggior tutela sia alla madre stessa sia, soprattutto, al bambino.

Nel dettaglio, i giudici, pur riprendendo espressamente l’antecedente pronuncia n. 270/99, poco sopra esaminata, anche nella parte in cui dava al legislatore la possibilità di scegliere tra diverse opzioni sul momento a partire dal quale far decorrere l’astensione obbligatoria di una madre che ha partorito prematuramente, finiscono di fatto per superarla prendendo, stavolta, una ben precisa posizione nel merito. Essi, cioè, affermano, ora espressamente, che l’unica soluzione possibile conforme alla Costituzione è quella di far decorrere l’intero periodo di astensione obbligatoria, in caso di parto prematuro, *dal giorno di effettivo ingresso nella famiglia del neonato*.

Secondo la Consulta, infatti, ancorare il *dies a quo* alla data presunta del parto sarebbe in simili fattispecie palesemente una finzione giuridica dato che: “questo criterio è giustificato per calcolare i due mesi precedenti la data presunta del parto (art. 16, lettera a), d.lgs. n. 151/2001), perché è l’unico utilizzabile in relazione ad un evento non ancora avvenuto, il cui avveramento però è ragionevolmente certo e riscontrabile. *Non altrettanto può dirsi nel caso di parto prematuro, perché in detta circostanza con il richiamo alla data presunta si opera un riferimento ipotetico ad un evento che, in realtà, è già avvenuto, onde il criterio si risolve in una "mera fictio" che non consente la verifica della sua idoneità ad assicurare una tutela*

piena ed adeguata della madre e del bambino per l'intero periodo di spettanza del congedo. Del resto, lo stesso legislatore, collegando rigidamente il decorso del congedo "post partum" alla data del parto, mostra di volere per la detta decorrenza un riferimento certo. Pertanto, per individuare il "dies a quo" della decorrenza del periodo di astensione in caso di parto prematuro, resta la soluzione di ancorare - al termine del ricovero - la relativa data all'ingresso del neonato nella casa familiare, vale a dire ad un momento certo, sicuramente idoneo a stabilire tra madre e figlio quella comunione di vita che l'immediato ricovero del neonato nella struttura ospedaliera non aveva consentito. Tale soluzione, dunque, appare l'unica percorribile”³⁴⁶.

Probabilmente, dati i tempi stretti³⁴⁷, l'esecutivo che da ultimo è intervenuto a riordinare la normativa in materia di congedi, aspettative e permessi con il già citato d.lgs. n. 119/11³⁴⁸, non ha avuto modo o forse non ha avuto voglia o, magari, cognizione della necessità di adeguamento della lett. d) del primo comma dell'art. 16 del d.lgs. n. 151/01 al nuovo disposto proveniente dalla Corte Costituzionale. Certo è che, per come è ancora oggi scritta, la norma è incostituzionale e va, prima o poi, cambiata.

Chissà che non possa essere quella l'occasione per meglio rivedere l'intera disciplina sul congedo di maternità nel senso di sottolineare sia la centralità in esso assunta dal rapporto tra madre e neonato sia la conseguente necessità di una *reale scelta*, sul come e sul quando avvalersene, da parte della donna senza bisogno di tante, troppe, “attestazioni” di fatto solo ostative.

³⁴⁶ Così ai punti 2 e 3 dei considerato in diritto della sentenza della Corte Costituzionale n. 116/11 in commento.

³⁴⁷ La sentenza della Consulta, come visto, è del 4 aprile 2011 mentre il decreto legislativo di riordino della normativa sui congedi, aspettative e permessi è del 18 luglio 2011.

³⁴⁸ Su delega del Parlamento contenuta all'interno dell'art. 23 della legge del 4 novembre 2010 n. 183 meglio nota come “collegato lavoro”.

2.1.3 Il Servizio militare

Tra le primissime ipotesi sospensive della prestazione di lavoro e, quindi, “classiche” contemplate dal legislatore vi è, infine, il servizio militare.

Ad esso, infatti, è riservata una norma *ad hoc* quale l’art. 2111 del codice civile del 1942, tuttora vigente.

In realtà, il primo comma dell’originaria versione dell’art. 2111 cod. civ. disponeva che in caso di chiamata alle armi, per adempiere agli obblighi di leva, di regola il contratto di lavoro andava risolto, salve diverse disposizioni delle norme corporative che restavano, dunque, un’eccezione rispetto al principio di base. Tuttavia già solo dopo pochi anni, con la caduta del fascismo, il d.lgs. n. 303 del 1946 intervenne ad abrogare, seppure implicitamente, il primo comma dell’art. 2111 cod. civ. stabilendo all’articolo 1 che, viceversa, la chiamata alle armi dovesse sempre implicare non la risoluzione bensì la sospensione del rapporto di lavoro per tutto il periodo del servizio militare di leva con diritto del lavoratore alla conservazione del posto.

In ogni caso, e quasi a voler fugare ogni possibile dubbio, di lì a poco anche i padri costituenti interverranno nel merito della questione con l’art. 52 della Cost. che al secondo comma espressamente sancisce l’impossibilità dell’adempimento del servizio militare a pregiudicare in alcun modo la posizione di lavoro del cittadino³⁴⁹.

Di qui e stante l’orientamento formatosi in giurisprudenza, vige, di conseguenza, l’illegittimità del licenziamento intimato per un siffatto motivo³⁵⁰.

Non solo, ma a parere dei giudici di legittimità la disposizione di cui al secondo comma dell’art. 52 della Cost. in esame si applica pure nella fase prodromica all’instaurazione di un rapporto di lavoro, ogniqualevolta l’aspirante ad un determinato posto si venga a trovare in una situazione tale da poterne pretendere l’assegnazione. Pertanto, ad esempio, il vincitore di un concorso avrà comunque diritto ad essere assunto al pari degli altri e nell’ordine di graduatoria, sebbene nel mentre impegnato ad assolvere ai doveri di leva³⁵¹.

³⁴⁹ Secondo l’interpretazione che i giudici di legittimità, con la sentenza del 25 gennaio 1986 n.507, danno all’art. 52 della Cost., dunque, al cittadino chiamato a prestare il servizio militare obbligatorio va garantita non solo la conservazione del posto ma anche l’anzianità di servizio e la carriera effettivamente ricoperta al momento dell’inizio del servizio di leva.

³⁵⁰ Così, fra le ultime, Cass. 5 marzo 2007, n. 5050.

³⁵¹ In tal senso si esprime, fra le altre, Cass. Sez. Un. 2 aprile 1980 n. 2128 ripresa in Cass. 16 gennaio 1987 n. 345 nella quale si sancisce la nullità della clausola del bando di concorso diretta a subordinare l’assunzione dei vincitori all’avvenuto adempimento del servizio militare.

La legge n. 303 del 1946 sopra citata è stata, quindi, estesa anche ai cosiddetti “obiettori di coscienza”, ovvero a coloro che svolgevano servizio sostitutivo civile ed a coloro che si dedicavano al servizio di volontariato civile nei paesi in via di sviluppo, con legge del 1998 n. 230³⁵².

Attualmente, a seguito della trasformazione progressiva dello strumento militare in professionale di cui al d.lgs. n. 215/2001, dell'introduzione di una specifica disciplina del servizio civile nazionale con il d.lgs. n. 77/2002 e della conseguente “sospensione”, in realtà, vera e propria abolizione del servizio di leva, avvenuta con la legge 23 agosto 2004, n. 226 l'applicazione pratica di tale norme è pressoché nulla.

Detto in altri termini, l'unico caso che si potrebbe concretamente verificare è solo quello del richiamo alle armi. Esso, infatti, comprende tutte quelle forme di diversa imposizione del servizio militare inerenti a mobilitazioni, controlli o altri simili motivi (così all'art. 119 ss. del d.p.r. 14 febbraio 1964, n. 237). Teoricamente, dunque, le soluzioni giurisprudenziali adottate per il servizio di leva potrebbero oggi avere rilevanza per quest'unica ipotesi sopravvissuta.

Il lavoratore richiamato alle armi, quindi, conserverebbe il diritto al posto di lavoro, con garanzia anche dell'anzianità di servizio ed impossibilità, come visto, di essere sottoposto a licenziamento durante tali periodi, tranne che l'azienda non versi in una situazione di fallimento o non ricorra una giusta causa.

Vari problemi si sono, invece, posti per i lavoratori a tempo determinato.

In particolare, ci si è chiesti se fosse o meno opportuno “richiamarli alle armi” sapendo che magari nel mentre il loro contratto poteva scadere e non subire alcuna proroga. Per essi, cioè, potrebbe non esserci alcuna garanzia di “*conservazione del posto di lavoro*”.

In assenza di norme specifiche sul punto, dietro suggerimento della dottrina, si è applicato per analogia l'art. 29, primo comma, della l. n. 653/1940, il quale, sebbene rispetto al differente caso dei lavoratori stagionali, prevede l'estinzione del contratto solamente per il rapporto appunto strettamente “stagionale”, sancendosi invece *la sospensione della decorrenza del termine* nei casi pur sempre di rapporti a tempo determinato non coincidenti però con la stagione (così ai commi secondo e terzo dell'art. 29 in esame).

³⁵² Ancora ad oggi ai sensi dell'art. 33, primo comma, della legge 26 febbraio 1987 n. 49 è riconosciuto un particolare trattamento a coloro che svolgono un'attività di volontariato presso Paesi in via di sviluppo. Essi, infatti, hanno diritto ad un'aspettativa non retribuita con conservazione del posto di lavoro, secondo, appunto, le medesime norme valevoli per i lavoratori chiamati a svolgere il servizio di leva oggi abolito. È, inoltre, prevista in favore dei datori di lavoro privati la possibilità di sostituire tali dipendenti con personale con contratto a tempo determinato.

È stato, perciò, sostenuto che la regola riferita dalla legge ai rapporti “stagionali”, dovrebbe applicarsi a molte, se non a tutte, le ipotesi giustificative dell’apposizione del termine di cui al d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368.

Valga, infine, la pena sottolineare che un trattamento economico, seppure di natura previdenziale, pari all’intera retribuzione per i primi due mesi e alla differenza fra il trattamento erogato dall’amministrazione militare e la retribuzione precedentemente goduta per il restante periodo, a carico di un’apposita Cassa, è, comunque, previsto dagli artt. 1 e 3 della legge n. 653/1940 per chi è richiamato alle armi.

Ciò per rispondere di fatto a quell’obbligo retributivo sancito - similmente ai casi di malattia, infortunio, gravidanza e puerperio- all’art. 2110, primo comma, richiamato espressamente dal secondo comma dell’art. 2111 del cod. civ.

Parte Seconda: *Le sospensioni “statutarie” e la categoria giuridica dell’inesigibilità.*

2.2.1 I permessi studio per lavoratori studenti

Prima di addentrarsi nell’esame della fattispecie dei permessi per lavoratori studenti, si ritiene necessario sottolineare e ribadire come la natura “passiva” delle primissime ipotesi sospensive fin qui viste, quali la malattia, l’infortunio, la gravidanza ed il puerperio, ben si prestasse a giustificazioni della sospensione della prestazione lavorativa, alla luce di un concetto, pur sempre di diritto civile, quale quello di impossibilità sopravvenuta.

D’altra parte lo stesso Barassi, nell’epoca post costituzionale, tra le mille contraddizioni volte a tentare di proteggere ad ogni costo la tesi della corrispettività “pura” dagli “attacchi” del codice civile del 1942 e della costituzione medesima, arriva ad ammettere la possibilità per il lavoratore di non prestare la propria opera quando si è abbattuto su di lui un “*caso fortuito*”, con retribuzione se la colpa dell’impossibilità di lavorare è stata del datore (casi di fallimento o chiusura dell’azienda) e senza retribuzione se, invece, l’impedimento è sorto nella sua persona (malattia, infortunio e gravidanza).

Con l’ampliamento non solo e non tanto quantitativo ma, soprattutto, qualitativo delle ipotesi sospensive avvenuto con la legge n. 300 del 1970, meglio nota come “Statuto dei Lavoratori”, rappresentante “la massima espressione applicativa della Costituzione nell’ambito disciplinare dei rapporti interprivati”³⁵³, l’equivalenza sospensione = impossibilità sopravvenuta diventa, invece, del tutto inapplicabile.

Ed infatti in casi quali proprio i permessi di studio, le assemblee, i permessi per cariche pubbliche e simili non si può dire che il dipendente sia fisicamente impossibilitato a lavorare, piuttosto egli è dispensato dal lavoro principalmente perché altrimenti non potrebbe esercitare taluni diritti fondamentali pur riconosciutigli dall’ordinamento giuridico.

Di qui, dunque, le sospensioni da vicende “patologiche” diventano vicende “necessarie” sorrette dalla nuova teoria cosiddetta della “inesigibilità della prestazione” del Prof. Smuraglia³⁵⁴.

³⁵³ L’espressione è di L. Calafà in *op.cit.*, p. 129.

³⁵⁴ C. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, 1967 Milano, Giuffrè.

In base ad essa, infatti, si ritiene del tutto superata la centralità dell'impossibilità sopravvenuta nelle vicende sospensive³⁵⁵ e si sposta l'asse, appunto, sulla differente figura - peraltro non normativa ma dogmatica e di importazione tedesca, come fa notare un autore³⁵⁶ - di non esigibilità, in talune circostanze, della prestazione di lavoro, pur astrattamente possibile, per il prevalere di interessi più elevati.

Tale passo in avanti appare all'autore doveroso in quanto, e riportando le sue stesse parole, "se è sempre difficile applicare il diritto comune ad una materia particolare come il diritto del lavoro, è naturale che le difficoltà aumentino a dismisura quando si tratta di inserire ipotesi dotate di cospicua singolarità (quale quella degli impedimenti personali del prestatore) in schemi tutt'altro che precisi e definiti e comunque sottoposti a continui dibattiti, a revisioni critiche, a ritorni di antiche teorie, ad elaborazioni di costruzioni nuove"³⁵⁷.

Come chiarirà sul punto anche il prof. Rusciano, soprattutto dopo il definitivo riconoscimento in capo al dipendente di diritti individuali, di diretta discendenza costituzionale, avvenuto con lo Statuto dei Lavoratori, si ritiene "nell'ordine naturale delle cose che nel corso di un siffatto rapporto giuridico (il rapporto di lavoro) si possano verificare eventi prevedibili o imprevedibili - ma comunque indipendenti dalla mera volontà delle parti - tali da rendere «inesigibile» l'adempimento della prestazione di lavoro"³⁵⁸. L'inesigibilità si ha cioè quando l'ordinamento giuridico "valuta come prevalente, rispetto all'adempimento della prestazione di lavoro (che non è impossibile) l'esercizio da parte del prestatore d'opera di diritti fondamentali della personalità (come i diritti di attività sindacale, di studiare, di assolvere funzioni pubbliche, ecc.) o l'adempimento di altri doveri inderogabili (come l'assistenza al figlio malato nei primi anni di vita)"³⁵⁹.

Detto in altri termini, essa "da un punto di vista generale, non è che *lo strumento che consente al diritto del lavoro di sganciarsi dal diritto comune dei contratti e altro non è, ancora, che un'applicazione peculiare di una generale logica di bilanciamento* tale per cui quando vi è un conflitto di interessi - dei quali alcuni prevalenti sulla base dell'ordinamento positivo- si determina nel debitore un comportamento diverso da quello dovuto"³⁶⁰.

In buona sostanza, come evidenziato da una nota autrice³⁶¹, "dall'impostazione di Smuraglia sull'inesigibilità emerge una valorizzazione della dimensione etico-sociale del diritto dei

³⁵⁵ Centralità che, peraltro, nelle ricostruzioni di Smuraglia, in *op.cit.*, p. 230 era stata già messa ampiamente in discussione da precedenti illustri autori quali il Mancini ed il Mengoni.

³⁵⁶ Il riferimento è a R. Del Punta, in *op.cit.*

³⁵⁷ Così C. Smuraglia, in *op.cit.*, p. 231.

³⁵⁸ M. Rusciano, voce *Sospensione del rapporto di lavoro*, in Enc. Giur, Treccani, 1993.

³⁵⁹ Così ancora M. Rusciano, in *op.cit.*

³⁶⁰ L'espressione è di L. Calafà, in *op.cit.*, p. 135.

³⁶¹ Il riferimento è ancora a L. Calafà, in *op.cit.*, p. 136.

contratti che viene proposta in Italia, non a caso, nel momento di massima valorizzazione e della Costituzione e della teoria di integrazione del contratto sulla base della buona fede che vede in Rodotà il principale artefice” e che ritiene “la pretesa creditoria del datore non illimitata... se è vero che ogni contraente ha diritto al rispetto ed alla considerazione della sfera di interessi concernenti la propria personalità”³⁶².

La valutazione di preminenza di taluni diritti sul dovere di lavorare insita, come visto, nella concreta applicazione del concetto di inesigibilità, che a tanto si riduce, va, quindi, condotta seguendo delle linee direttrici di fondo individuate dallo stesso Rodotà appunto “nella generale esigenza di rispetto della personalità del soggetto, nella tutela predominante degli interessi attinenti alla sfera personale dell’individuo, nel dovere inderogabile di esercitare le proprie pretese senza recare danno ad altri e senza eccedere rispetto al normale contenuto di esse”³⁶³.

Pure la giurisprudenza, peraltro, sembra aver seguito, specie di recente, tale nuovo approccio alle sospensioni nel momento in cui ha affermato, tra le ultime, in un’importante sentenza del 2005³⁶⁴, meglio approfondita nel prosieguo in quanto inerente ai permessi per lavoratori studenti, che: “ *di certo l’obbligo di retribuire i permessi giornalieri per sostenere prove d’esame costituisce eccezione alla tradizionale impostazione del contratto di scambio e si pone – unitamente ad altre norme dello Statuto dei Lavoratori- come temperamento dell’astratto equilibrio dei contrapposti interessi delle parti giustificato da un’utilità sociale che trascende i limiti del sinallagma rigidamente inteso attenuando la rigida corrispettività fra prestazione e retribuzione*”³⁶⁵.

Tutte le fattispecie sospensive introdotte dallo Statuto dei Lavoratori, dunque, che saranno di qui in poi esaminate, pur nella loro diversità di struttura e di finalità, causa quest’ultima di non poche difficoltà nella costruzione di una teoria unitaria in materia³⁶⁶, sono accomunate: 1) dal costituire un’evoluzione nel senso di un definitivo superamento del concetto di impossibilità sopravvenuta; 2) dall’essere momenti interruttivi del normale svolgimento dell’attività lavorativa, in sé possibile, dovuti al dipendente per l’effettiva tutela di beni preminenti; 3) dal rompere innegabilmente qualsivoglia sinallagma contrattuale, strettamente inteso.

³⁶² Le ultime parole sono di Rodotà come riportate da L. Calafà, in *op.cit.*, p. 136.

³⁶³ Come da L. Calafà, in *op.cit.*, p. 136.

³⁶⁴ Ci si riferisce a Cass. Sez. Lav. 25 ottobre 2005, n. 20658.

³⁶⁵ Così al decimo capoverso dei motivi della decisione della sentenza di cui alla precedente nota.

³⁶⁶ Gli unici autori che hanno tentato di costruire una teoria unitaria in materia di sospensioni, quali P. Ichino ed M. Cinelli, R. Del Punta in *op.cit.* hanno finito, paradossalmente, per distruggere questo stesso concetto facendo confluire, specie Ichino e Del Punta, in maniera indistinta tutte le fattispecie sospensive nella causa contrattuale che, assorbendole, le fa di fatto scomparire.

Tanto premesso, si ritiene ora possibile analizzare le varie ipotesi sospensive, cosiddette “statutarie”, partendo, come da titolo, dai permessi per motivi di studio.

Al fine di calare effettivamente nel mondo del lavoro le previsioni di cui agli artt. 9 e 34 della Cost., rispettivamente in materia di promozione della cultura e di diritto allo studio, il legislatore del 1970 con l’art. 10, inserito, non a caso, nel titolo I della legge 300/70 dedicato alla libertà e dignità del lavoratore, ha posto in capo al lavoratore studente “una serie di posizioni soggettive attive a garanzia del suo diritto allo studio, mediante la tecnica della diretta imputazione di diritti soggettivi perfetti”³⁶⁷.

In particolare, al primo comma dell’art. 10 in esame, si riconosce al lavoratore regolarmente iscritto e frequentante *corsi regolari di studio* in scuole di istruzione primarie, secondarie e di qualificazione professionale - sia statali che pareggiate o comunque legalmente riconosciute o abilitate al rilascio di titoli di studio legali- il diritto a turni di lavoro che agevolino la frequenza ai corsi e la preparazione degli esami ed il diritto a non essere obbligati a prestazioni di lavoro straordinarie o durante i riposi settimanali.

Al secondo comma, poi, il medesimo art. 10 della legge 300/70 attribuisce a tutti i lavoratori studenti, compresi quelli universitari, l’ulteriore diritto potestativo a permessi giornalieri retribuiti per sostenere prove d’esame.

A meglio specificare le disposizioni appena riportate sono, quindi, intervenute negli anni sia le parti sociali nazionali che la giurisprudenza.

Quanto alle prime, nell’autunno del 1973 il sindacato metalmeccanico riuscì a far inserire nel contratto collettivo di categoria la previsione di un monte di 150 ore retribuite, da godere su più anni (solitamente in un triennio) o anche in un solo anno, per la frequenza a corsi e lezioni speciali, anche diversi da quelli di cui all’art. 10 dello Statuto dei Lavoratori. A partire da questa esperienza trainante, dunque, tutti i contratti collettivi si sono allineati, andando spesso anche oltre³⁶⁸.

Di qui, pertanto, è possibile affermare che solo grazie al contributo delle parti sociali nazionali, firmatarie i vari CCNL di categoria, è sorto e si è definitivamente acquisito l’istituto cosiddetto delle “150 ore” ormai vero e proprio caposaldo in materia di diritto allo studio.

³⁶⁷ Così Caruso e Lo Faro, *I Lavoratori studenti*, in EGT, XVIII, Roma, 1990.

³⁶⁸ Così, ad esempio, nel CCNL delle lavanderie industriali che riconosce 250 ore di permesso retribuito, elevabili a 300 nel triennio, comprensive delle prove di esame, a ciascun lavoratore straniero frequentante rispettivamente corsi di studio della lingua italiana o corsi di alfabetizzazione.

In riferimento alla giurisprudenza, poi, anch'essa ha apportato numerosi contributi, ampliando vari concetti di cui all'art. 10 dello Statuto.

In primo luogo, già nei primi anni '80, la Corte di Cassazione è stata investita della questione circa la possibilità di allargamento del campo di applicazione soggettivo, ovverosia anche ad autodidatti, quindi non iscritti a regolari corsi di studi, specie delle agevolazioni di cui al secondo comma dell'art. 10 della legge 300/70.

Con la sentenza n. 52 del 14 gennaio 1985, partendo dal presupposto che la *ratio* del legislatore dell'art. 10 suddetto è palesemente quella di premiare i lavoratori che compiono il sacrificio di ritagliare spazio allo studio nonostante il lavoro e così migliorare, con non pochi sforzi, il proprio livello culturale, con positivi riflessi sulla società, essi giungono alla conclusione che ogni lavoratore che ha realizzato un qualsiasi percorso di studio, *seppure da solo*, ha diritto ai permessi retribuiti per sostenere prove d'esame, pure da privatista.

In secondo luogo, è spettato sempre ai giudici delle leggi il compito di fornire un'interpretazione non restrittiva dell'espressione di cui al primo comma, art. 10 St. dei Lav., "*corsi regolari di studio*".

Nel caso di specie ad un dipendente non erano mai stati riconosciuti permessi retribuiti per gli esami sostenuti, sul presupposto che il corso di studi biennale svolto presso la Scuola diretta a fini speciali in tutela delle risorse territoriali di L'Aquila, con rilascio del diploma di esperto in tutela ambientale, non fosse equiparabile ad un corso universitario.

Ebbene la Corte di Cassazione rilevando che al di là del *nomen juris* attribuito si trattava di un corso di studi gestito ed organizzato dalla facoltà di Ingegneria dell'Università di L'Aquila, non solo ha accolto il ricorso del lavoratore ma ha definitivamente chiarito che: 1) "*il diritto ai permessi giornalieri retribuiti spetta a tutti i dipendenti che intendano dedicarsi allo studio, per conseguire la possibilità di affrontare gli esami per ottenere titoli riconosciuti dall'ordinamento giuridico statale, senza che la categoria dei soggetti legittimati possa essere limitata ai soli studenti iscritti e frequentanti corsi regolari di studio in scuole statali, pareggiate o comunque abilitate al rilascio di titoli legali di studio*"³⁶⁹, con ciò, peraltro, riprendendo testualmente un passo dell'antecedente pronuncia n. 52 del 1985 appena sopra vista; 2) sono da considerare "*regolari corsi di studio*" anche quelli organizzati dalle scuole di specializzazione in quanto in base all'art. 1 del d.p.r. n. 162 del 10 marzo 1982 "*le scuole dirette a fini speciali ... fanno parte dell'ordinamento universitario e concorrono a determinare i fini istituzionali delle Università al pari delle scuole di specializzazione e dei corsi di perfezionamento*".

³⁶⁹ Così al primo punto delle motivazioni della sentenza della Cass. Sez. Lavoro 25 ottobre 2005 n.20658.

Non solo, ma stante anche il disposto dell'art. 10 del d.p.r. succitato che equipara gli studenti dei corsi delle scuole speciali agli universitari, in riferimento alle norme ad essi applicabili, a maggior ragione, per i giudici delle leggi, vanno sempre riconosciuti i permessi giornalieri retribuiti anche a lavoratori iscritti a siffatte scuole.

Infine, altro ambito in cui è intervenuto un importante chiarimento giurisprudenziale è quello dell'eventuale perdita alle agevolazioni di cui all'art. 10, secondo comma, dello Statuto dei Lavoratori per il dipendente che ha già uno o più titoli e ne vuole conseguire altri.

Nel dettaglio, la Corte di Cassazione con una decisiva pronuncia³⁷⁰ ha qui risolto la questione nel senso che *hanno diritto ai permessi retribuiti pure quei lavoratori studenti aventi già altro diploma di laurea o titolo equipollente. Ciò perché “ se lo scopo della norma in esame (art. 10 della legge n. 300/70), in armonia con gli articoli 34 e 41 della Costituzione, è quello di accrescere la professionalità del lavoratore o più in generale il suo patrimonio culturale, non è possibile limitarne l'applicazione ad un unico corso di studi”*. Così, ad esempio e riportando il caso di specie, un ingegnere iscrittosi alla facoltà di fisica ha per tale via riacquisito lo *status* di studente universitario ed ha, conseguentemente, diritto ai permessi retribuiti ex art. 10, secondo comma, legge 300/70. Ad opinione della Corte, infatti, il diritto allo studio va inteso come *“diritto soggettivo di raggiungere i gradi più alti degli studi anche attraverso il conseguimento di più lauree.. essendo lo strumento di maggiore elevazione della libertà e dignità del soggetto* contro cui non può andare l'iniziativa economica privata” stante l'art. 41 della stessa Carta Costituzionale³⁷¹.

Sempre in un'ottica di “alti titoli di studio” ma ritornando adesso ai profili strettamente legislativi, particolare attenzione era dedicata dalla legge n. 476 del 1984 alla ricerca e relativo dottorato, soprattutto nell'ambito del pubblico impiego.

In particolare, ai pubblici impiegati risultati vincitori di un dottorato di ricerca spettava di diritto un congedo non retribuito, se avevano già la borsa di studio universitaria, o, addirittura, retribuito se senza borsa. Il tutto senza particolari limitazioni né inerenti alla persona del dipendente né riguardanti il percorso di ricerca ed in linea, quindi, con la giurisprudenza poco sopra vista.

Ad oggi, purtroppo, il quadro è molto cambiato e certamente rende bene l'idea circa lo scarso peso che è attualmente dato all'attività di ricerca.

Anzitutto con la cosiddetta “riforma Gelmini”, ovvero la legge n. 240 del 2010, si è intervenuti a restringere la possibilità di accesso per i pubblici dipendenti ai corsi di dottorato

³⁷⁰ Ci si riferisce a Cass. Sez. Lav. 25 ottobre 1991 n. 11342.

³⁷¹ Così al terzultimo punto delle motivazioni della sentenza n.11342/91.

agendo in due direzioni, non senza qualche dubbio di costituzionalità. Da un lato, infatti, si subordina l'accogliibilità della domanda del dipendente, che intenda partecipare ad un bando per un dottorato di ricerca, alla valutazione discrezionale del datore di lavoro pubblico circa l'eventuale compatibilità con non meglio definite "esigenze dell'amministrazione"; dall'altro lato si preclude la partecipazione ai corsi di dottorato – per il tramite di uno specifico divieto di congedo sia retribuito che non retribuito- ai dipendenti che abbiano già conseguito il titolo di dottore di ricerca o che siano stati già iscritti ad un corso di dottorato per almeno un anno accademico, beneficiando del congedo (in netta contrapposizione, peraltro, con l'orientamento giurisprudenziale di cui poco sopra).

In secondo luogo, con l'art. 5 del d.lgs. n. 119 del 18 luglio 2011, si è apportata altra modifica in senso peggiorativo all'art. 2 della legge n. 476 del 13 agosto 1984 in esame nel senso di imporre al dipendente di "qualsiasi amministrazione pubblica" la ripetizione di tutti gli importi che sono stati versati in suo favore laddove nei due anni successivi al conseguimento del dottorato di ricerca decida per sua volontà di cessare il rapporto d'impiego con la p.a.³⁷².

Si ricorda, infine, per esigenze di completezza del discorso, che un altro legislatore, in tempi molto meno recenti, per rispondere ad esigenze di formazione del lavoratore, ha introdotto con la legge n. 53 del 2000, all'articolo 5, e quasi ad integrazione delle norme in materia di diritto allo studio fin qui illustrate, un'ulteriore fattispecie di sospensione quale il cosiddetto "*congedo di formazione*". Esso può essere, quindi, riconosciuto ai lavoratori con almeno 5 anni di anzianità di servizio per una durata non superiore ad undici mesi, continuativi o frazionati, nell'arco dell'intera vita lavorativa.

Sullo stesso, però, meglio si approfondirà nel prosieguo all'interno del capitolo dedicato alle cosiddette "sospensioni potestative" o di ultima generazione.

³⁷² Si noti che nella versione originaria, ante riforma, l'art. 2 della legge n. 476 del 1984 recitava: " qualora, dopo il conseguimento del dottorato di ricerca, il rapporto con la pubblica amministrazione cessi per volontà del dipendente nei due anni successivi, è dovuta la ripetizione degli importi corrisposti ai sensi del secondo periodo". Non c'era quindi l'ampliamento a qualsiasi amministrazione pubblica.

2.2.2 Le assemblee ed i referendum

L'art. 20 della legge n. 300/70, costituente esplicitazione del diritto all'attività sindacale di cui all'art. 39 della Costituzione, sancisce il diritto dei lavoratori di riunirsi nel luogo in cui prestano la propria opera senza alcun limite, fuori dell'orario di lavoro, viceversa senza perdere la retribuzione per *dieci ore annue* se si riuniscono durante l'orario di lavoro medesimo. Per esplicita previsione di cui al primo comma della norma in esame, possono essere stabilite migliori condizioni dalla contrattazione collettiva.

Sul se le 10 ore annue retribuite, appena dette, vadano riconosciute ai singoli lavoratori o, invece, alla generalità di essi, si è di recente pronunciata la Cassazione, da ultimo con la sentenza del 22 luglio 2010 n.17217.

In essa la Corte stabilisce che non configura attività antisindacale il diniego da parte di una società datrice di lavoro dell'assemblea per avvenuto esaurimento, ad opera della generalità dei dipendenti, delle 10 ore annue. A tale conclusione si arriva in quanto per i giudici delle leggi: *“in tema di diritto dei lavoratori a riunirsi in assemblea durante l'orario di lavoro, il limite temporale di dieci ore annue retribuite, previsto dalla L. n. 300 del 1970, art. 20, comma 1, con salvezza delle migliori condizioni previste dalla contrattazione collettiva, va riferito alla generalità dei lavoratori dell'unità produttiva e non ai singoli lavoratori, e nella suddivisione del monte ore tra organizzazioni e rappresentanze sindacali trova applicazione unicamente il criterio della prevenzione nelle convocazioni, dovendo escludersi che l'accordo interconfederale 20 dicembre 1993 (che ha riservato sette ore annuali di assemblea retribuita alle RSU e le ulteriori tre ore ai sindacati stipulanti il c.c.n.l. applicato nell'unità produttiva) abbia attribuito il monte ore complessivo a ciascuna organizzazione sindacale. Nè tale disciplina contrasta con i principi costituzionali di uguaglianza, ragionevolezza, tutela sindacale e tutela dei lavoratori, non avendo essa ad oggetto il diritto all'assemblea in sè, ma quello all'assemblea retribuita (...) nè può sottacersi che una siffatta interpretazione del dato normativo trova conforto - come emerge anche dai lavori preparatori - in un corretto ed equilibrato bilanciamento tra due interessi a copertura costituzionale; bilanciamento che impedisce che negli stabilimenti o nelle diverse unità produttive di una azienda, possano essere indette assemblee sindacali a ripetizione, con una minima percentuale di lavoratori aventi diritto, e con l'ulteriore conseguenza della non consumazione del monte ore finchè l'ultimo lavoratore, partecipante in concreto all'assemblea, non abbia esaurito le dieci ore. Circostanza inoltre quest'ultima non verificabile dal datore di lavoro per non avere costui il potere di controllare se e quali lavoratori partecipano ad una determinata assemblea (cfr. anche sul punto Cass. 17 maggio 1985 n. 3038; Cass. 7 maggio 2000 n. 5442).*

Così risolta la questione sulle dieci ore annue retribuite che, tra l'altro, ben evidenzia come pur essendo la titolarità del diritto all'assemblea in capo al singolo di fatto il suo esercizio è, però, condizionato dalla collettività³⁷³, tale ultima "particolarità" si rileva pure guardando a chi ha, appunto, concretamente il potere di indire l'assemblea.

Al secondo comma, l'art. 20 in esame attribuisce, infatti, il compito di convocare le riunioni – che, peraltro, come sopra accennato, possono riguardare sia la generalità dei lavoratori che una parte soltanto di essi- alle rappresentanze sindacali, "*singolarmente o congiuntamente*". Ciò equivale a dire che ove sia presente una Rsu questa subentra alla Rsa nel potere di indizione delle assemblee. Non solo, ma, sempre in anni non lontani, la giurisprudenza ha dovuto chiarire pure se, alla luce della natura per definizione "unitaria" delle Rsu, possa essere sufficiente o meno l'indizione da parte di un singolo componente.

Sul punto sono, quindi, intervenute due fondamentali sentenze, quali Cass. 1892 del 2005 e Trib. di Crema 27 gennaio 2006.

In entrambe è stato riconosciuto il potere di indire l'assemblea in capo al singolo, non dovendo in questo caso la Rsu funzionare necessariamente come organo collegiale. Ciò per due ragioni: una di dato letterale e l'altra di logica sistematica. Quanto alla prima, i giudici di merito hanno sottolineato che nel momento in cui l'art. 20 dello Statuto dei Lavoratori parla di una indizione singolarmente "oppure" congiuntamente, sta così aprendo a due strade che valgono tanto in seno alla Rsa quanto rispetto alla Rsu. In riferimento, invece, al dato logico anche qui sarebbe apparso a dir poco contraddittorio riconoscere in favore della Rsa l'indizione da parte di un singolo e non farlo per le Rsu laddove, invece, l'Accordo Interconfederale del 1993 replicava sul punto la medesima espressione già usata in riferimento alle Rsa dall'art. 20 dello Statuto dei Lavoratori.

In ogni caso, la convocazione dell'assemblea deve, poi, essere sempre comunicata in maniera previa al datore di lavoro per permettergli di predisporre le misure organizzative necessarie a far fronte alla sospensione dell'attività lavorativa. A tal fine quasi tutti i contratti collettivi stabiliscono precisi termini di preavviso, solitamente piuttosto brevi³⁷⁴.

Alle assemblee possono partecipare – e quindi possono accedere in azienda- anche sindacalisti esterni (così al terzo comma dell'art. 20 in esame).

³⁷³ In tal senso si è espressa anche la Corte Costituzionale che con ordinanza n. 170 del 16 maggio 1995 ha definito proprio il diritto di assemblea come "dei lavoratori ad esercizio collettivo".

³⁷⁴ Nel CCNL 15 dicembre 2009 delle lavanderie industriali, ad esempio, si stabilisce un termine di 2 giorni riducibili ad 1 solo giorno in caso di urgenza.

Quanto, infine, al campo soggettivo di applicazione della norma si è detto che coincide con tutti i lavoratori dell'unità produttiva. Ma essi devono essere impiegati o meno?

Ancora una volta a fornire dei chiarimenti in merito è stata la Cassazione con le sentenze nn. 7859/1995 e 11352/1995.

Con la prima pronuncia, i giudici delle leggi hanno precisato che possono partecipare alle assemblee anche *i dipendenti in cassa integrazione a zero ore* sul presupposto che essi conservano tutti i diritti sindacali; mentre con la seconda si è evidenziato che *anche i lavoratori in sciopero possono comunque riunirsi in assemblea* sempre in quanto “*Durante lo sciopero, mentre restano sospese le obbligazioni relative alla prestazione di lavoro e al pagamento delle retribuzioni, non restano sospesi gli altri diritti ed obblighi costituenti il contenuto del rapporto di lavoro, estranei all'interruzione della prestazione lavorativa; la sospensione del lavoro non può quindi incidere sulla sfera dei diritti sindacali non collegati direttamente con l'esecuzione della prestazione, ed in particolare sull'attuazione del diritto di assemblea garantito dall'art. 20 Statuto Lavoratori, che ha anzi un nesso immediato con l'esercizio del diritto di sciopero, come con ogni iniziativa per la tutela di interessi collettivi dei lavoratori nelle situazioni di conflitto*”³⁷⁵.

Si noti, dunque, che la *ratio* di entrambe le pronunce è fondamentalmente la stessa: riconoscere il diritto all'assemblea, in quanto diritto fondamentale del lavoratore discendente dall'art. 39 della Cost., a tutti i dipendenti ivi compresi quelli non prestanti momentaneamente la propria opera presso il datore.

Venendo al diritto al referendum – in quanto strumento principale di “democrazia diretta” negli ambienti di lavoro - esso è sancito all'interno del successivo art. 21 della legge n. 300/70.

Al primo comma, dunque, l'art. 21 suddetto stabilisce che il datore di lavoro *deve* consentire nell'ambito aziendale – mettendo a disposizione i locali, garantendone l'accesso e la sorveglianza, e fornendo le attrezzature necessarie, quali, ad esempio, l'illuminazione ed il riscaldamento, sotto pena di configurabilità di condotta antisindacale- lo svolgimento, *esclusivamente fuori dall'orario di lavoro*, di referendum, sia generali che per categoria, *su materie inerenti all'attività sindacale*, indetti da tutte le rappresentanze sindacali aziendali tra i lavoratori, con diritto di partecipazione di tutti gli appartenenti all'unità produttiva ed alla categoria particolarmente interessata, anche non iscritti al sindacato.

³⁷⁵ Così nelle motivazioni della sentenza della Cassazione n.11352 del 1995.

Detto in altri termini, ancora una volta possono indire il referendum solo le Rsa o le Rsu ma, stavolta, necessariamente in maniera congiunta³⁷⁶. Ed ancora, analogamente all'assemblea, possono partecipare al referendum pure i lavoratori posti in cassa integrazione, posto che essi conservano tutti i diritti "autonomi" rispetto all'effettuazione della prestazione di lavoro, mentre, a differenza di quest'ultima, il referendum può avere ad oggetto unicamente materie definite "sindacali".

Su cosa debba intendersi per "materie inerenti all'attività sindacali" è intervenuta negli anni la giurisprudenza in maniera indubbiamente estensiva.

Esse, infatti, non dovrebbero essere intese strettamente come tematiche riguardanti la vita delle organizzazioni sindacali o tipici diritti ad esercizio collettivo come lo sciopero o l'assemblea stessa, ma come tutto quanto è in grado di modificare, principalmente tramite accordi tra le parti sociali, l'organizzazione del lavoro con riflessi, ad esempio, sull'orario di lavoro piuttosto che sulle mansioni. D'altra parte, i recenti casi Fiat che hanno mostrato, peraltro, il pericolo di inconsistenza ed evanescenza del referendum quando di fatto i lavoratori sono "sotto ricatto", rappresentano una conferma in tal senso.

Valga la pena ricordare, inoltre, un'importante sentenza della metà degli anni '80, per la verità, poi, poco seguita, che addirittura aveva allargato le materie di cui all'art. 21, primo comma, della legge n. 300/70 a tutte quelle suscettibili di un giudizio del lavoratore in quanto cittadino che, ex art. 1 della medesima legge, ha il *diritto di manifestare liberamente il suo pensiero nei luoghi dove presta la propria opera*³⁷⁷.

Quanto agli effetti del referendum, in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale si ritiene che essendo esso uno "strumento politico" non possa espletare efficacia vincolante ed invalidante rispetto all'atto, solitamente all'accordo fra le parti sociali, oggetto dello stesso³⁷⁸.

Al secondo comma, infine, l'art. 21 dello Statuto dei Lavoratori rinvia alla contrattazione collettiva "*anche aziendale*" la definizione di ulteriori modalità di svolgimento del referendum.

Ciò nonostante, specie i contratti collettivi nazionali, si limitano spesso a riprodurre il testo dell'art. 21 della legge n. 300/70 senza nulla aggiungere. Anche e soprattutto alla luce della pressoché inesistente disciplina contrattuale, ancora oggi la regolamentazione in materia di referendum appare, dunque, piuttosto scarna.

³⁷⁶ Si veda in tal senso la sentenza della Cass. 28 novembre 1994, n. 10119.

³⁷⁷ Così Pret. Milano, 21 agosto 1984 che aveva giudicato *antisindacale* la condotta di un datore di lavoro che non aveva consentito lo svolgimento di un referendum sull'installazione degli euromissili in Italia in quanto non attinente alla propria attività d'impresa.

³⁷⁸ Confronta tra le altre la sentenza del Pretore di Torino del 14 maggio 1988.

2.2.3 I permessi per l'espletamento di cariche sindacali e di funzioni pubbliche elettive

Volendo chiudere il cerchio delle fattispecie sospensive introdotte dallo Statuto dei Lavoratori e perciò definite "statutarie" restano da esaminare, quindi, rispettivamente i permessi per l'espletamento di cariche sindacali e di funzioni pubbliche.

In riferimento ai primi va detto, anzitutto, che il titolo III della legge n. 300/70 contiene varie norme che riconoscono una serie di diritti in capo ai lavoratori che esercitano la funzione di "rappresentanti sindacali".

E così, in primo luogo, l'art. 23 dello Statuto dei Lavoratori stabilisce che il lavoratore – sindacalista ha diritto a *permessi retribuiti* per l'espletamento del mandato, ovvero per il libero svolgimento dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro.

Il cosiddetto "monte ore" di permessi retribuiti varia, poi, a seconda della grandezza dell'unità produttiva e della categoria in cui opera il rappresentante sindacale, fermo restando il minimo di otto ore mensili nelle grandi aziende dai 3.000 dipendenti e di un'ora all'anno per dipendente nelle aziende medie fino a 200 dipendenti. Si tenga presente che solitamente la contrattazione collettiva di livello nazionale interviene nel merito con clausole di miglior favore. Nel CCNL del settore tessile, ad esempio, sono riconosciuti ai lavoratori membri dei comitati direttivi delle confederazioni sindacali o nazionali di categoria e dei sindacati provinciali, ed a prescindere dalle dimensioni aziendali, permessi retribuiti fino ad una giornata lavorativa al mese e le ore di permesso sono cumulabili quadrimestralmente.

Resta fermo che il lavoratore che intenda avvalersi dei permessi fin qui visti ne deve dare *comunicazione* al datore di lavoro di regola 24 ore prima tramite le rappresentanze sindacali aziendali.

In secondo luogo, il successivo art. 24 dello Statuto attribuisce ancora ai dirigenti sindacali aziendali il diritto a permessi stavolta non retribuiti per la partecipazione alle trattative sindacali o a convegni e congressi, in misura non inferiore ad otto giorni l'anno.

Anche qui i lavoratori dovrebbero comunque darne *comunicazione* al datore almeno tre giorni prima per ragioni meramente organizzative.

Appare doveroso a questo punto sottolineare che i permessi in esame costituiscono oggetto di un *diritto potestativo* del dipendente sul cui esercizio il datore di lavoro non deve intromettersi né esprimersi.

Tanto è stato ribadito di recente pure nella pronuncia della Cassazione n. 11759 del 2003. In essa i giudici delle leggi hanno, infatti, affermato che il datore di lavoro non può far dipendere la concessione dei permessi da un preliminare esame della domanda e da un'eventuale positiva valutazione sui contenuti ovvero da un controllo in via preventiva sul se la richiesta del permesso sia o meno preordinata allo svolgimento dell'attività sindacale. Si assiste, quindi, ad una *“situazione di soggezione del datore di lavoro, non essendo previsto il suo consenso per produrre l'effetto giuridico di esonero della prestazione lavorativa”*³⁷⁹.

Al lavoratore componente di organi direttivi delle associazioni sindacali firmatarie il CCNL di categoria applicato nella sua unità produttiva sono riconosciuti ai sensi e per gli effetti dell'art. 30 della legge n. 300/70 ulteriori permessi retribuiti, secondo le norme dei contratti di lavoro medesimi, per la partecipazione alle riunioni degli organi suddetti.

Pure in questa fattispecie, il rinvio alla contrattazione collettiva deve intendersi come finalizzato unicamente alla quantificazione delle ore di permesso retribuito, non potendo essa *“rendere facoltativa la concessione dei suddetti permessi ovvero condizionare il riconoscimento del diritto all'assenza di impedimenti di ordine tecnico - aziendale, devoluti alla discrezionale valutazione del datore di lavoro, risultando in tal modo pregiudicato, l'interesse, costituzionalmente garantito, sotteso all'art. 30 dello statuto”*³⁸⁰.

Laddove, invece, la contrattazione collettiva non dovesse dire nulla sul punto, sarà compito del giudice del lavoro quantificare le ore di permesso ex art. 30 della legge in esame secondo i principi generali di cui all'art. 1374 c.c., ovvero sia in conformità agli usi o all'equità nel rispetto dell'obbligo reciproco di correttezza delle parti³⁸¹.

Per la verità, in base ad orientamenti più recenti della Corte di Cassazione³⁸², il giudice - in assenza di specifiche disposizioni contrattuali - potrebbe anche fare riferimento, in via analogica, alla disciplina degli artt. 22 e 23 della medesima legge.

Ciò pur tenendo a mente che: “I permessi di cui agli artt. 23 e 24 si differenziano da quelli ex art. 30 stat. lav. per spettare i primi a coloro che possono definirsi, seppure con qualche approssimazione, "sindacalisti endo - aziendali", cioè a coloro che sono deputati a svolgere la propria attività all'interno dell'impresa, e per essere invece i secondi riconosciuti a quanti possono qualificarsi "sindacalisti extra - aziendali" cui, appunto, i benefici in questione vengono attribuiti in ragione soprattutto del necessario coordinamento tra singole unità produttive e centri decisionali a carattere territoriale delle organizzazioni sindacali, ed in

³⁷⁹ Così nella massima della sentenza Cass. n. 11759/2003.

³⁸⁰ Si vedano in tal senso Cass. 5 agosto 1988 n. 5029; Cass. 18 gennaio 1991 n. 435; Cass. 20 luglio 1989 n. 3430.

³⁸¹ Così Cass. 12 dicembre 1989 n. 5520.

³⁸² Espresso sia nella sentenza di cui alla nota precedente sia nella pronuncia n.3430 del 1989.

considerazione altresì dell'esigenza che rivendicazioni lavorative locali e settoriali vengano filtrate ed armonizzate nel più ampio quadro delle politiche generali delle suddette organizzazioni. Nella indicata differenziazione trova fondamento, pertanto, la statuizione secondo cui i permessi sindacali previsti dall'art. 30 stat. lav. per i dirigenti provinciali e nazionali delle organizzazioni sindacali possono essere utilizzati soltanto per la partecipazione a riunioni degli organi direttivi, come risulta dal raffronto con la disciplina dei permessi per i dirigenti interni, collegati genericamente all'esigenza di espletamento del loro mandato e come è confermato dalla possibilità per i dirigenti esterni di fruire dell'aspettativa sindacale”³⁸³.

Come anticipato nell'ultimo passaggio della sentenza di Cassazione appena riportata, i sindacalisti cosiddetti “esterni”, ovverosia chiamati a coprire cariche sindacali a livello provinciale e nazionale, hanno diritto, ex art. 31 dello Statuto dei Lavoratori, anche ad un periodo di aspettativa considerato utile ai fini previdenziali ed assistenziali, nel senso che qualora si ammalassero durante l'aspettativa avrebbero comunque diritto alle prestazioni a carico dei competenti enti previdenziali ed assistenziali, come confermato, tra l'altro, dalla Cassazione con la sentenza n. 5335 del 1999.

Accanto ai diritti ai permessi, sia retribuiti che non retribuiti, ai lavoratori sindacalisti sono, infine, riconosciuti particolari trattamenti circa la modifica del luogo di lavoro ed il licenziamento, allo scopo di evitare che la comunità dei lavoratori possa perdere ingiustamente il proprio rappresentante.

L'art. 22 dello Statuto dei Lavoratori stabilisce, dunque, che il trasferimento dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali da un'unità produttiva ad altra può essere disposto dall'imprenditore *solo previo nulla osta da parte dell'associazione sindacale di appartenenza*; mentre l'art. 18 della medesima legge, ai commi da sette a dieci, sancisce il principio cardine per cui su istanza del lavoratore e del suo sindacato, il giudice investito della controversia circa il licenziamento di quest'ultimo, può disporre con ordinanza, nel corso del giudizio di merito, *l'immediata reintegra del sindacalista* se ritiene *prima facie* irrilevanti o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro.

Passando, ora, ai permessi per cariche pubbliche elettive appare evidente il legame tra le norme statutarie in materia e l'art. 51, comma terzo, della Cost. che afferma: “chi è chiamato

³⁸³ Cass. 24 marzo 2001 n. 4302.

a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro”.

Dunque è solo in un’ottica attuativa del disposto appena riprodotto che è intervenuto principalmente l’art. 31, commi primo, terzo e quarto, della legge n. 300/70.

Esso sancisce il diritto potestativo del lavoratore eletto come membro del Parlamento nazionale o europeo oppure all’interno di assemblee regionali ovvero chiamato ad altre funzioni pubbliche elettive quali, ad esempio, quelle nelle amministrazioni locali, ma il legislatore ha poi ampliato persino ai casi di componente della giuria della Corte d’Assise³⁸⁴, ad un’*aspettativa non retribuita* per tutta la durata del mandato³⁸⁵.

Come già visto in relazione al caso dei sindacalisti provinciali e nazionali, di cui al secondo comma della medesima norma, pure nella fattispecie in esame i periodi di aspettativa sono utili e ai fini previdenziali - in quanto coperti da contribuzione figurativa commisurata sia alla retribuzione in atto al momento della sospensione del rapporto sia a quella eventualmente incrementatasi negli anni³⁸⁶- e assicurativi, consentendo il trattamento a carico degli enti preposti per eventuali malattie o infortuni³⁸⁷. Il lavoratore non conserva, invece, il diritto ai trattamenti di malattia, infortunio e simili solo se sono già previste in suo favore forme previdenziali *ad hoc* in relazione all’attività pubblica espletata durante il periodo di aspettativa. La *ratio* della norma è ovviamente quella di evitare delle duplicazioni di prestazioni.

Molto si è discusso, poi, sul se computare o meno i periodi di aspettativa anche ai fini dell’anzianità di servizio.

Dopo il formarsi di una cospicua giurisprudenza a favore di un simile riconoscimento³⁸⁸, il legislatore ha definitivamente risolto la questione con l’art. 2 della legge n. 816/1985. In esso si stabilisce, quindi, che il periodo trascorso in aspettativa, da parte dei lavoratori dipendenti chiamati a ricoprire cariche elettive di amministratori locali, è considerato a tutti i fini *come servizio effettivamente prestato*. In seguito, con una legge di interpretazione autentica, quale la n. 68 del 1993, si è resa applicabile la predetta previsione “a tutti i

³⁸⁴ Si veda in tal senso l’art. 2-*bis* della legge del 24 marzo del 1978 n. 74 che ha equiparato i lavoratori - giudici popolari a quelli chiamati a ricoprire una carica pubblica elettiva.

³⁸⁵ Anche in questo caso la giurisprudenza ha ritenuto che, nonostante l’espressione “ *possono, a richiesta, essere collocati in aspettativa*”, l’art. 31 dello Statuto dei Lavoratori introduca, invece, un vero e proprio diritto potestativo in capo al dipendente eletto, per il cui esercizio è sufficiente la sua manifestazione di volontà, non potendo il datore opporre eventuali esigenze aziendali ostative. Così Cass. 1° marzo 1984 n.1454.

³⁸⁶ Così Circolare Inps 18 gennaio 1995 n. 13.

³⁸⁷ Il lavoratore eletto conserva durante il periodo di aspettativa anche tutti i diritti concernenti la maternità equiparata alla malattia ex art. 31, quarto comma, dello Statuto dei Lavoratori.

³⁸⁸ V. Cass. 7 maggio 1997, n. 4006; Cass. 29 aprile 1997, n. 3719; Pret. Milano 12 marzo 1996, in *Lav. giur.*, 1996, 638.

lavoratori dipendenti *pubblici o privati* senza esclusione alcuna”. Con l’abrogazione della legge n. 816/1985, una disposizione del tutto analoga è stata, comunque, riprodotta all’art. 81 del già citato d.lgs. n. 267/2000.

Sebbene l’aspettativa in esame sia non retribuita, come da premessa al discorso, è, però, compensata da un’indennità di carica e, specie nel caso dei dipendenti pubblici, ex art. 68 del d.lgs. n. 165 del 2001, è possibile optare in luogo dell’indennità di carica suddetta per la conservazione del trattamento economico in godimento presso la pubblica amministrazione di appartenenza.

Inoltre, nel caso dei lavoratori eletti alla carica di consigliere comunale o provinciale, essi possono evitare di chiedere di essere posti in aspettativa ed essere così autorizzati ad assentarsi per il tempo strettamente necessario all’espletamento del mandato *senza alcuna decurtazione della retribuzione* (in tal senso si esprime l’art. 32, primo comma, dello Statuto dei Lavoratori).

Sul *quantum* delle ore in cui si è legittimamente dispensati dalla prestazione di lavoro per l’espletamento di un mandato pubblico sono, infine, intervenute varie leggi speciali, molte delle quali già accennate, come la n. 816 del 1985 e la n. 265 del 1999 oltre al d.lgs. n. 267 del 2000 in riferimento, quest’ultimo, alle amministrazioni locali.

Esse disciplinando nel dettaglio le eventuali ore di permesso, retribuito o non retribuito, spettanti al lavoratore eletto presso una certa istituzione hanno per tale via superato l’originaria previsione di cui al secondo comma dell’art. 32 della legge n. 300/70 che, per i soli eletti alla carica di sindaco o di assessore comunale, ovvero di presidente della giunta provinciale o di assessore provinciale prevedeva il diritto a permessi non retribuiti per un minimo di trenta ore mensili.

Ad oggi, pertanto, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 79 e 80 del d.lgs. n. 267/2000 i lavoratori dipendenti, sia pubblici che privati, eletti nei consigli comunali, provinciali, metropolitani, delle comunità montane e delle unioni di comuni, nonché nei consigli circoscrizionali dei comuni con popolazione superiore a 500.000 abitanti, *hanno diritto ad assentarsi per l’intera giornata in cui sono convocati i rispettivi consigli, con conservazione della retribuzione*. Ai dipendenti facenti parte delle giunte comunali, provinciali, metropolitane, delle comunità montane, nonché degli organismi esecutivi dei consigli circoscrizionali, dei municipi, delle unioni di comuni e dei consorzi fra enti locali, ovvero facenti parte delle commissioni consiliari o circoscrizionali formalmente istituite nonché delle

commissioni comunali previste dalla legge, ovvero membri delle conferenze dei capigruppo e degli organismi di pari opportunità, previsti dagli statuti e dai regolamenti consiliari è, invece, riconosciuto il diritto di assentarsi dal servizio per il tempo strettamente necessario a raggiungere il luogo della riunione e rientrare al posto di lavoro.

Sono poi garantiti altri permessi retribuiti, cumulabili con quelli appena descritti, fino al raggiungimento di *un tetto massimo di ventiquattro ore lavorative al mese, aumentate a quarantotto per i sindaci, i presidenti delle province, i sindaci metropolitani, i presidenti delle comunità montane, i presidenti dei consigli provinciali e dei comuni con popolazione superiore a 30.000 abitanti.*

Oltre a quelli retribuiti, sono previsti anche permessi non retribuiti, ex art. 79, 5° comma, del d.lgs. n. 267/2000. In particolare, tutto il tempo utilizzato per attività diverse, ad esempio, dalla partecipazione a riunioni, ma, comunque, relative all'incarico elettivo ed in tal senso necessarie è coperto da permessi non retribuiti.

2.2.4 Le fattispecie “pre-statutarie” dei permessi per motivi elettorali, del congedo matrimoniale e delle ferie e festività

Sebbene previste all'interno di leggi intervenute prima dello Statuto dei Lavoratori, vi sono, infine, delle fattispecie sospensive alle quali difficilmente sarebbe applicabile il concetto di impossibilità sopravvenuta mentre meglio si adatterebbe quello di inesigibilità. Di qui, dunque, la scelta di collocarle a chiusura di quella parte di lavoro dedicata a sospensioni già qualitativamente evolute verso una preminenza di taluni diritti della persona sul dovere di lavorare.

Rientrano, dunque, all'interno di siffatte ipotesi anzitutto i cosiddetti “permessi per motivi elettorali”.

Essi, sorti con la denominazione di “ferie elettorali”, erano originariamente disciplinati all'art. 119 del d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, il quale disponeva che *“in occasione delle elezioni politiche, le Amministrazioni dello stato, gli Enti pubblici e i privati datori di lavoro sono tenuti a concedere ai propri dipendenti, chiamati ad adempiere funzioni presso gli uffici elettorali, tre giorni di ferie retribuite, senza pregiudizio delle ferie spettanti ai sensi di legge o di accordi sindacali o aziendali in vigore”*.

Tale disposizione, elaborata per le elezioni relative alla Camera dei deputati, è divenuta poi applicabile, ex lege 64/1958, anche in caso di elezioni per il Senato, di referendum, ex art. 51 della legge n. 18/1979 ed in riferimento alle elezioni per il Parlamento europeo, oltre a quelle comunali, provinciali e regionali, come da legge n. 178/1981. Su di essa è, quindi, intervenuto l'art. 11 della l. 21 marzo 1990, n. 53 che ha interamente sostituito il vecchio art. 119.

Al primo comma del vigente disposto, pertanto, il legislatore ha specificato che tra coloro che, adempiendo a funzioni elettorali, hanno diritto ad assentarsi dal lavoro *per tutto il periodo corrispondente alla durata delle relative operazioni*, debbono essere ricompresi anche *“i rappresentanti dei candidati nei collegi uninominali e di lista o di gruppo nonché, in occasione di referendum, i rappresentanti dei partiti o gruppi politici e i promotori del referendum”*. Si è così risolta la questione, fino ad allora incerta, sul se tra i beneficiari dovessero essere compresi solamente i componenti necessari dell'Ufficio, ovvero sia quelli nominati per atto formale della P.A. o anche i rappresentanti di lista, designati non dall'amministrazione, ma dai partiti politici tramite i delegati.

Come intuibile dalle precedenti affermazioni, è, poi, oggi venuto meno il riconoscimento dei tre giorni di ferie retribuiti a seguito di modifica sul punto ad opera del secondo comma

dell'art. 11 della legge n. 53/90, allo scopo, si è detto, di meglio ridistribuire l'onere economico tra datore di lavoro e lavoratore.

Attualmente, quindi, al lavoratore “scrutinante”, certamente non fisicamente né mentalmente impossibilitato allo svolgimento della prestazione lavorativa, sarà riconosciuta unicamente una causa di giustificazione dell' “assenza dal lavoro” per i giorni corrispondenti alla durata delle operazioni elettorali, da considerare come giorni di attività lavorativa a tutti gli effetti³⁸⁹. A seguito di alcune pronunce di merito³⁹⁰ che avevano escluso, in base ad un'interpretazione letterale della l. n. 53/1990, il diritto del lavoratore di godere del riposo compensativo, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 36, 3° comma, della Cost., del nuovo testo dell'art. 119, nella parte in cui non prevedeva che la domenica dedicata alle operazioni elettorali potesse essere recuperata come giorno di riposo dal lavoratore dipendente addetto a tali operazioni.

Con sentenza interpretativa di rigetto³⁹¹ la Corte Costituzionale ha, pertanto, affermato *il diritto del lavoratore al recupero immediato del riposo festivo*, sottolineando come esso scaturisca “*dalla voluta parificazione legislativa tra attività al seggio e prestazione lavorativa, rispetto alla quale la garanzia del riposo deriva direttamente da un precetto costituzionale (art. 36)*”.

Ma i problemi relativi alla fattispecie dei permessi elettorali non si possono dire esauriti.

Successivamente, infatti, il secondo comma dell'art. 119 d.p.r. n. 361/1957, come sostituito dall'art. 11 della l. n. 53/1990, è stato oggetto di interpretazione autentica ex art. 1 della legge 29 gennaio 1992, n. 69, la quale ultima ha precisato che *i lavoratori impegnati nelle operazioni di scrutinio hanno diritto al pagamento di specifiche quote retribuite, in aggiunta all'ordinaria retribuzione mensile, ovvero a riposi compensativi, per i giorni festivi o non lavorativi eventualmente compresi nel periodo di svolgimento delle operazioni elettorali*.

La Cassazione ha interpretato tale disposizione nel senso che le giornate festive o non lavorative dedicate all'espletamento delle funzioni elettorali danno luogo al prolungamento del periodo feriale in altrettante giornate, ovvero al pagamento dell'indennità sostitutiva³⁹².

Secondo la dottrina maggioritaria³⁹³, tuttavia, una tale ricostruzione andrebbe contro la *ratio* della pronuncia della Corte Costituzionale poco sopra riportata, nella quale si era sancito il

³⁸⁹ Si vedano in tal senso le recenti pronunce della Corte di Cassazione nn. 8400 e 8712 rispettivamente del 12 e del 17 giugno del 2002 che hanno chiarito che ove le operazioni elettorali si sviluppino solo per un limitato numero di ore, la causa di giustificazione dell'assenza dal lavoro deve essere riferita all'intera giornata, così come in relazione ad essa deve essere corrisposta la retribuzione.

³⁹⁰ Ci si riferisce a. Pret. Milano 31 ottobre 1991, in *Not. giur. lav.*, 1991, 787; Pret. Ferrara 9 novembre 1991, *ivi*, 1991, 786.

³⁹¹ Corte Costituzionale 13 dicembre 1991, n. 452.

³⁹² Così Cass. 29 gennaio 2000 n.1062 e Cass. 8 agosto 2000 n.10441.

³⁹³ All'interno della quale si inserisce certamente il prof. R. Del Punta, in *op.cit.*

ben differente diritto al riposo compensativo *immediato*, laddove, invece, il periodo di godimento delle ferie non solo non è subito usufruibile ma soprattutto rientra nella disponibilità del datore di lavoro. Inoltre, nel momento in cui sembrerebbe porsi un'alternativa perfetta tra monetizzazione e godimento del periodo di riposo, andrebbero così a crearsi problemi di coordinamento rispetto alla disciplina generale in materia di ferie la quale esclude categoricamente che la misura minima legale delle stesse possa essere sostituita dal pagamento di un'indennità, se non al momento della risoluzione del rapporto³⁹⁴. In conclusione, per un autore³⁹⁵: “l'unico pregio della ricostruzione operata dalla Cassazione sembra dunque l'aver fatto chiarezza sul *quantum* della quota aggiuntiva di retribuzione, corrispondente all'indennità sostitutiva relativa al mancato godimento delle ferie, comprensiva sia della paga base che di ogni emolumento accessorio”.

Altra fattispecie sospensiva “pre –statutaria” ma rientrante già tra quelle “evolute” è, poi, quella del congedo matrimoniale³⁹⁶.

Ritenendo il diritto alla famiglia - definita come “società naturale fondata *sul matrimonio*”, ex art. 29, primo comma, della Costituzione- prevalente sul dovere di lavorare e dato l'impegno della Repubblica nel senso di “*agevolare con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia*” ai sensi dell'art. 31, primo comma, della Carta Costituzionale, già nel 1941 le parti sociali nazionali, con specifico accordo interconfederale, riconoscevano ai lavoratori non in prova un periodo di astensione dal lavoro a causa di matrimonio peraltro differente, ovverosia di 15 giorni retribuiti per gli impiegati e di 8 giorni retribuiti per gli operai, dipendenti da aziende industriali, artigiane o cooperative. La contrattazione collettiva nazionale, nel complesso, ha negli anni uniformato i trattamenti ed in genere esteso anche agli operai la durata di 15 giorni di calendario da godere continuativamente subito dopo il matrimonio o al massimo entro 30 giorni dallo stesso, qualora per motivi inerenti alla produzione aziendale non fosse possibile avvalersene nell'immediato.

Appare doveroso evidenziare che, analogamente al caso dei permessi elettorali, durante i giorni di congedo matrimoniale il lavoratore, pur non oggettivamente impossibilitato né fisicamente né psicologicamente alla prestazione lavorativa, è da considerarsi a tutti gli effetti “come in servizio”, nel senso che oltre ad essere retribuito matura anche le ferie, le mensilità

³⁹⁴ Può essere sufficiente in tal senso ricordare l'art. 10, secondo comma, del d.lgs. n.66/2003.

³⁹⁵ Il riferimento è a R. Del Punta, in *op.cit.*

³⁹⁶ Originariamente disciplinato nel Regio Decreto 24 giugno 1937, n. 1334.

aggiuntive e tutti gli altri istituti contrattuali non strettamente legati alla presenza fisica. Il periodo di congedo, pertanto, non potrà assolutamente essere scalato dalle ferie.

Se durante tale periodo egli dovesse, poi, ammalarsi o infortunarsi non è, però, prevista la possibilità di duplicare i compensi per le due assenze, e, quindi, il lavoratore avrà diritto esclusivamente alla retribuzione che si lega al congedo a meno che non decida di fruire dello stesso in un momento successivo e sempre che esso non abbia ancora avuto inizio. In caso, invece, di festività cadenti durante il periodo in esame, queste gli dovranno comunque essere pagate in più. Ai lavoratori sospesi o non più occupati spetta pur sempre la cosiddetta “indennità di matrimonio” - stavolta erogata direttamente dall’Inps e non per il tramite del datore di lavoro, come di consueto avviene proprio al fine di sottolinearne la natura retributiva al di là del *nomen* - se hanno avuto un valido rapporto di lavoro di almeno 15 giorni nei 90 giorni precedenti la data del matrimonio.

Non solo, ma ad oggi hanno diritto al congedo retribuito pure gli apprendisti, i lavoratori domestici ed a domicilio e i dirigenti, ovverosia tutti i lavoratori che contraggono, appunto, un matrimonio avente validità civile, non essendo, viceversa, il matrimonio religioso di per sé direttamente produttivo di effetti giuridici ma solo in quanto trascritto nei registri di stato civile.

Per i lavoratori cittadini di uno Stato che ammette la poligamia è previsto l’accesso al congedo matrimoniale *per una sola volta*, salvo il caso di un successivo matrimonio a seguito di morte del coniuge o di divorzio. Ed infatti, anche per i cittadini italiani, il diritto al congedo matrimoniale retribuito per un secondo matrimonio è previsto solo se esso avviene dopo un divorzio o altra legittima causa di scioglimento.

Agli extracomunitari legalmente residenti in Italia ed alle loro famiglie è, quindi, garantita la piena parità di trattamento e, pertanto, avranno diritto al cosiddetto “assegno matrimoniale” anche se dovessero decidere di contrarre matrimonio all’estero.

Per l’accesso al pagamento dell’assegno il lavoratore deve sempre presentare *entro 60 giorni dalla celebrazione del matrimonio* al datore la certificazione comprovante l’avvenuto matrimonio eventualmente accompagnata dal certificato tradotto e vistato dall’ambasciata per l’extracomunitario.

In caso di mancata presentazione della documentazione nei termini suddetti, l’importo eventualmente già corrisposto sarà recuperato a valere sulle successive retribuzioni.

Data la centralità dell’evento del matrimonio nella costruzione della famiglia, di cui in premessa, l’ordinamento giuridico, oltre all’istituto del congedo matrimoniale fin qui

esaminato, prevede in favore del dipendente che decida di sposarsi pure una specifica tutela da eventuali licenziamenti.

In particolare, come di recente affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 31 agosto 2011 n.17845, *il licenziamento intimato*, in assenza dei presupposti previsti dalla legge per il legittimo recesso datoriale, *nel periodo che va dalla richiesta delle pubblicazioni ad un anno dalla celebrazione delle nozze è sempre nullo*.

Per i giudici delle leggi, infatti, la tutela di cui alla legge 9 gennaio 1963, n. 7 per le lavoratrici che contraggono matrimonio si basa *sull'elemento oggettivo della celebrazione delle nozze e non è subordinata all'adempimento di obblighi di comunicazione da parte della prestatrice di lavoro*. Di conseguenza il non aver informato il datore delle prossime nozze o l'essere stati licenziati dopo le pubblicazioni sono circostanze irrilevanti, essendo, invece, sufficiente a fare evincere il carattere discriminatorio dell'evento il fatto oggettivo dell'avvenuta intimazione del licenziamento nel periodo compreso, come si diceva, tra la data in cui sono state richieste le pubblicazioni e l'anno successivo alla celebrazione del matrimonio.

Si ricordi, inoltre, che sull'assenza di qualsiasi dovere in capo al lavoratore di comunicazione delle imminenti nozze al datore o di decisione congiunta in riferimento al periodo di congedo matrimoniale si era già espressa la Corte di Cassazione nel 1984 con la pronuncia n. 10.

In essa, quindi, si afferma definitivamente la nullità –in coerenza con i precetti di cui agli artt. 2, 3, 29, 30, 31 e 37 della Cost.- di eventuali clausole inserite in un contratto di diritto comune (nel caso di specie si trattava degli artt. 43 e 45 del CCNL 25 settembre 1976 per i dipendenti da aziende commerciali) dirette a consentire il licenziamento della lavoratrice che non concorda con il datore di lavoro il periodo di congedo matrimoniale.

Restano, infine, da analizzare le ipotesi relative alle ferie e festività.

In riferimento alle prime, ancora una volta, e come anticipato in precedenti paragrafi, è già la stessa Costituzione all'art. 36, terzo comma, a sancire il diritto personale ed *irrinunciabile* del lavoratore al riposo settimanale ed alle *ferie annuali retribuite*.

Il vigente d.lgs. n. 66 del 2003 sull'orario di lavoro, di recepimento della direttiva n. 104 del 1993, è di conseguenza intervenuto più che altro a definire una durata minima delle stesse pari

alle attuali quattro settimane di cui due da godere necessariamente nell'anno di maturazione e le restanti *due non oltre i diciotto mesi successivi* al termine suddetto³⁹⁷.

Siccome, dunque, le parole usate dal Costituente, specie circa la copertura retributiva legata a siffatte vicende sospensive, lasciavano ben poco spazio all'interpretazione, autori, come il Barassi, hanno cercato di giustificare la palese deroga ad un principio generale di corrispettività del contratto di lavoro ricorrendo ad artifici quali il dire che quella retribuzione era da intendersi come "differita" per antecedenti prestazioni sicuramente rese in eccesso. Sui limiti di una simile ricostruzione non è il caso di ritornare dati gli approfondimenti fatti nel primo capitolo.

Che il lavoratore abbia il diritto al riposo perché la prestazione oggetto del contratto coincide con la sua stessa persona è un fatto incontestabile soprattutto oggi che la giurisprudenza ne ha anche fornito una motivazione più complessa ed articolata.

Detto in altri termini, mentre originariamente esso sembrava servire solo in un'ottica di ripristino delle energie fisiche spese, più di recente, ed a partire dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 616 del 1987 e n.158 del 2001, se ne riconosce soprattutto la finalità relativa al soddisfacimento di esigenze psicologiche e sociali.

Ed infatti, con la prima delle sentenze citate, già i giudici della Consulta affermavano che: "il diritto del lavoratore a fruire di un congruo periodo di riposo con conseguente sottrazione al lavoro" è fondamentale sia affinché "egli possa ritemprare le energie psico-fisiche usurate dal lavoro" ma anche e soprattutto perché "*possa altresì soddisfare le sue esigenze ricreativo - culturali e più incisivamente partecipare alla vita familiare e sociale*".

Con la pronuncia n.158 del 22 maggio 2001 essi sono, poi, andati ben oltre sancendo anche in capo al lavoratore detenuto un siffatto diritto proprio perché egli possa dedicarsi nel "tempo libero" ad altre attività come la lettura, la pittura o comunque ai suoi interessi personali da tutelare tanto più alla luce della funzione rieducativa della pena.

Riportando le parole della Corte, dunque, "*il diritto al riposo annuale integra appunto una di quelle "posizioni soggettive" che non possono essere in alcun modo negate a chi presti attività lavorativa in stato di detenzione. La Costituzione sancisce chiaramente (art. 35) che la Repubblica tutela il lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni", e (all'art. 36, terzo comma) che qualunque lavoratore ha diritto anche alle "ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi"; garanzia che vale ad assicurare il soddisfacimento di primarie esigenze del*

³⁹⁷ Valga qui la pena ricordare che essendo il diritto alle ferie irrinunciabile non può essere sostituito da indennità economiche tranne nel caso di risoluzione del rapporto ex art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 66/03. Quanto alla scelta del periodo in cui godere delle ferie essa è anche nella disponibilità del datore nel senso che sarà egli a fissare il periodo di ferie "tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore" come recita l'art. 2109 del cod.civ.

lavoratore...E' ovvio che le rilevate peculiarità del rapporto di lavoro dei detenuti comportano che le concrete modalità (di forme e tempo) di realizzazione del periodo annuale continuativo retribuito (con sospensione dell'attività lavorativa), dedicato al riposo o ad attività alternative esistenti nell'istituto carcerario, devono essere compatibili con lo stato di detenzione. Esse possono, quindi, diversificarsi a seconda che tale lavoro sia intramurario (alle dipendenze dell'amministrazione carceraria o di terzi), oppure si svolga all'esterno o in situazione di semilibertà; diversificazioni che spetta al legislatore, al giudice o all'amministrazione precisare... ma in ogni caso il ruolo assegnato al lavoro nell' ambito di una connotazione non più esclusivamente afflittiva della pena comporta che, ove si configuri un rapporto di lavoro subordinato, questo assuma distinta evidenza dando luogo ai correlativi diritti ed obblighi. D'altro lato, la garanzia del riposo annuale - imposta in ogni rapporto di lavoro subordinato, per esplicita volontà del Costituente - non consente deroghe e va perciò assicurata "ad ogni lavoratore senza distinzione di sorta" (sentenza n. 189/1980), dunque anche al detenuto, sia pure con differenziazione di modalità".

A partire da queste illuminate sentenze della Consulta, dunque, l'orientamento che si è andato a consolidare fra i giudici di merito e di legittimità³⁹⁸ è assolutamente rivolto a sottolineare come l'interruzione del lavoro in taluni periodi dell'anno sia necessaria non solo e non tanto perché così dispone il terzo comma dell'art. 36 della Cost., anche per esigenze di tutela della salute ex art. 32 della Cost., ma perché, per tale via, la norma appena detta cerca di rispondere fattivamente al principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, secondo comma, della Costituzione, ovverosia di porre il lavoratore - che è in primo luogo un cittadino- nella condizione di partecipare attivamente alla vita della comunità a cui appartiene.

³⁹⁸ Tra le altre si ricordano Cass. n. 3603/1986 con la quale si è ritenuto spettante il diritto alla ferie anche ai lavoratori in cassa integrazione ad orario ridotto; Cass. n.13175/1991 che ritiene l'istituto delle ferie incompatibile con la fattispecie dei permessi per cure idrotermali rispondendo a ben altre finalità; Cass. n.15597/2001 che apre alla possibilità, in sede di contrattazione collettiva nazionale, di superare il rigido principio di proporzionalità fra ferie e durata della prestazione lavorativa nel senso di poter legittimamente prevedere anche un periodo di ferie a favore dei dipendenti più lungo di quello che risulterebbe dalla indicata proporzione; Cass. n. 14020/2001 che, partendo dal presupposto per cui l'istituto delle ferie è ricollegabile non solo ad una funzione di corrispettivo dell'attività lavorativa, ma altresì - come riconosciuto dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 616 del 1987 e n. 158 del 2001 - al soddisfacimento di esigenze psicologiche fondamentali del lavoratore, il quale - a prescindere dall'effettività della prestazione - mediante le ferie può partecipare più incisivamente alla vita familiare e sociale e può vedersi tutelato il proprio diritto alla salute nell'interesse dello stesso datore di lavoro; da ciò consegue che la maturazione di tale diritto non può essere impedita dalla sospensione del rapporto per malattia del lavoratore e che la stessa autonomia privata, nella determinazione della durata delle ferie ex art. 2109, capoverso, cod. civ., trova un limite insuperabile nella necessità di parificare ai periodi di servizio quelli di assenza del lavoratore per malattia.

Quanto alle festività, esse si aggiungono al riposo settimanale (di norma coincidente con la domenica) ed annuale retribuito di cui al terzo comma dell'art. 36 della Costituzione fin qui illustrato³⁹⁹.

La disciplina legale in materia è, dunque, contenuta rispettivamente nelle leggi nn. 260/1949 e 90/1954; la prima introduttiva di quattro giorni di festività nazionale e la seconda aggiuntiva di ulteriori undici festività infrasettimanali. Tali ultime festività erano, poi, state ridotte a nove con la legge n. 54 del 1977, preceduta da ampio confronto con il sindacato, che si era detto favorevole sul punto, principalmente al fine di combattere il fenomeno cosiddetto "dell'assenteismo post-festivo".

Il d.p.r. del 1985 n. 792 ha, tuttavia, riportato alle originarie undici le festività infrasettimanali ancora oggi composte da quattro civili e sette religiose.

L'orientamento di politica legislativa che tendeva a ridurre le festività infrasettimanali è stato, quindi, ulteriormente corretto ad opera della legge n. 336 del 2000 che ha ripristinato la festività del 2 giugno.

Da ultimo, eccezionalmente per l'anno 2011, al fine di celebrare il 150° anniversario dell'unità d'Italia, con il decreto legge n. 5/2011, convertito in legge n. 47 del 21 aprile del medesimo anno, è stata dichiarata festa nazionale anche quella del 17 marzo⁴⁰⁰.

Sebbene la tesi prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, fondata sul disposto di cui all'art. 5, secondo comma, della legge n. 260/1949, sia nel senso della legittimità dell'eventuale prestazione resa durante una giornata pur rossa da calendario con le maggiorazioni di cui ai CCNL di riferimento è, d'altro canto, indubbio che il dipendente abbia un vero e proprio *diritto soggettivo di astensione dal lavoro festivo*, indisponibile per le organizzazioni sindacali ed implicante la facoltà di rifiutare la prestazione mantenendo comunque la normale retribuzione globale fissa.

All'uopo risultano essere altamente chiarificatrici le parole dei giudici di legittimità - contenute nella pronuncia n.16634 dell'8 agosto 2005 della Corte di Cassazione- riepilogative dell'evoluzione nel merito: *"Al riguardo questa Corte non può che confermare la propria giurisprudenza a mente della quale è stato statuito che ai lavoratori viene riconosciuto il*

³⁹⁹ Per esigenze di completezza valga qui la pena ricordare che il lavoratore ha anche diritto ad un riposo giornaliero di 11 ore consecutive sulle 24, ex art. 7 del d.lgs. n. 66/2003, ed a una pausa- solitamente di mezz'ora, ma le modalità e la durata sono definite dalla contrattazione collettiva- qualora l'orario di lavoro ecceda il limite di 6 ore consecutive.

⁴⁰⁰ Il tutto non senza polemiche sui maggiori oneri a carico delle imprese che hanno portato il governo all'epoca in carica ad una sorta di marcia indietro nel senso che la festa del 17 marzo è, poi, divenuta sostitutiva a tutti gli effetti rispetto a quella del 4 novembre.

"diritto soggettivo" di astenersi dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose (Cass. n. 4435/2004, Cass. n. 9176/1997, Cass. n. 5712/1986). In particolare: a) con la più remota di tali decisioni è stato significativamente e pragmaticamente affermato, che "la possibilità di svolgere attività lavorativa nelle festività infrasettimanali non può giustificare la conclusione del Tribunale che tale trasformazione da giornata festiva a lavorativa possa avvenire "evidentemente" per libera scelta del datore di lavoro; altrettanto "evidentemente" - potrebbe sostenersi - la trasformazione dovrebbe avvenire per libera scelta del lavoratore: in verità, se alle parole della legge "giorni festivi" ed alla frase "agli effetti della osservanza del completo orario festivo" si dà il senso che ad esse è proprio, non può che concludersi che il legislatore ha voluto attribuire al lavoratore il diritto di astenersi dal lavoro in quei giorni ... e del resto, in varie occasioni questa Suprema Corte ha affermato che le norme sopra citate hanno attribuito a tutti i lavoratori indistintamente il diritto soggettivo di astenersi dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali" (Cass. n. 5712/1986); b) con la sentenza n. 9176/1997 è stato più ampiamente statuito che "il senso proprio delle parole "giorni festivi" e la frase "agli effetti della osservanza del completo orario festivo", adoperate dall'art. 2 della legge n. 260/1949, non poteva che essere quello di attribuire al lavoratore il diritto di astenersi dal lavoro nei giorni indicati dalla stessa legge, e doveva escludersi che siffatta volontà della legge potesse essere posta nel nulla dal datore di lavoro, e che la rinunciabilità al riposo nelle festività infrasettimanali non è rimessa né alla volontà esclusiva del datore di lavoro, né a quella del lavoratore ma al loro accordo". In tal senso la normativa (specif. legge n. 260/1949), che ha individuato le festività celebrative di ricorrenze civili e religiose con il conseguente diritto del lavoratore di astenersi dal prestare lavoro in dette festività, è su tale punto completa e non necessita di integrazione in sede di applicazione giudiziaria"; c) nella già menzionata più recente decisione di questa Corte in argomento (Cass. n. 4435/2004) è stato, altresì, precisato che - nel caso, trattato in quel particolare giudizio, di contrattazione collettiva di categoria che aveva espressamente previsto che la fruizione delle festività infrasettimanali fosse subordinata alle esigenze aziendali - "il rapporto tra norma legale e norma contrattuale rispetta la dicotomia regola - eccezione: la regola generale (di fonte legale) è quella dell'astensione dal lavoro; l'eccezione (di fonte contrattuale collettiva) è quella dell'obbligo per il lavoratore di effettuare la prestazione lavorativa anche nel giorno festivo, (per cui) l'esistenza di "esigenze aziendali", prevista dalla normativa contrattuale collettiva, costituisce il presupposto perché dall'applicazione della regola si passi all'applicazione dell'eccezione, talché chi invoca la norma contrattuale (di eccezione) per paralizzare la norma legale (di riconoscimento in

generale del diritto del lavoratore ad astenersi dalla prestazione lavorativa) deve provarne i presupposti: dall'evidenziato rapporto regola - eccezione discende che è il datore di lavoro che alleggi l'applicazione della norma contrattuale, che tale eccezione rechi alla regola legale, a dover provare la sussistenza del presupposto di fatto, ossia le esigenze aziendali" (Cass. n. 4435/2004 cit.).

Siccome una tale prova è pressoché impossibile, ciò vale a confermare l'indirizzo giurisprudenziale a mente del quale le associazioni sindacali non possono derogare in senso peggiorativo ad un diritto del singolo lavoratore, se non nel caso in cui il titolare del diritto abbia conferito loro esplicito mandato (cfr., ex plurimis, Cass. n. 6749/1999, Cass. n. 6150/1990, Cass. n. 537/1987), non appartenendo all'autonomia sindacale il potere di disporre di diritti già sorti in capo ai lavoratori per l'avvenuto perfezionamento delle relative fattispecie costitutive".

Non solo, ma come di recente affermato anche dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 146 del 16 maggio 2008, in base ad un'interpretazione “ adottata stabilmente dalla Corte di Cassazione da più di un decennio e che può dirsi costituire «diritto vivente»”⁴⁰¹, nel caso di coincidenza della festività con la domenica “*deve essere sempre corrisposta un'aliquota giornaliera aggiuntiva a tutti i lavoratori salariati in misura fissa per il solo fatto della coincidenza stessa, in quanto la finalità del legislatore è quella di compensare il lavoratore della giornata di riposo persa*”⁴⁰².

Gli strappi rispetto ad un rigido principio di corrispettività nel contratto di lavoro sono anche qui evidenti e non raggirabili neppure attraverso l'introduzione di “norme in deroga alla legge” poste in accordi nazionali o eventualmente “di prossimità”⁴⁰³. Ecco perché recenti interventi legislativi⁴⁰⁴ che sembrerebbero, viceversa, consentire deroghe alle leggi nazionali

⁴⁰¹ A partire dalla sentenza delle sezioni unite civili 26 ottobre 1995 n. 11117, seguita dalla giurisprudenza successiva: cfr., ad es. Cass. sentt. nn. 14088/09, 17938/06, 15331/06, 17764/04, 2918/04, 12142/03 e 10309/02, il compenso aggiuntivo, previsto dalla seconda parte della L. 27 maggio 1949, n. 260, art. 5, comma 3, come modificato dalla legge 31 marzo 1954 n. 90, si riferisce alle giornate di festività nazionali cadenti di domenica non lavorate e spetta al lavoratore "retribuito in misura fissa" senza distinzione nell'ambito delle categorie previste dall'art. 2095 c.c.

⁴⁰² Così al punto 1.1 dei “considerato in diritto” della sentenza della Consulta n. 146/2008.

⁴⁰³ Espressione oggi molto di moda per indicare gli accordi aziendali o territoriali che dovrebbero essere più vicini, ovverosia “*prossimi*” alla singola realtà aziendale e quindi meglio rispondenti alle sue esigenze.

⁴⁰⁴ Il riferimento è all'art. 8 del decreto legge n. 138 del 2011 convertito in legge n. 148/2011 che al comma 2-bis recita: “fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 (intese territoriali o aziendali) operano anche in deroga alle disposizioni di legge..”

ad opera di contratti di secondo livello non possono avere nessun'altra funzione se non quella propagandistica.

Parte Terza: Le sospensioni “potestative” e l’assenza di una categoria giuridica giustificatrice.

2.3.1 I congedi di maternità, paternità e parentali.

Come detto in premessa all’antecedente parte seconda, le fattispecie sospensive hanno subito negli anni una certa evoluzione non solo nel senso di un accrescimento numerico ma anche e soprattutto in termini di sviluppo qualitativo.

Fin qui si è visto che esse sono passate da vicende “*patologiche*” subite dallo stesso lavoratore - quali i casi “originari” di cui all’art. 2110 del cod. civ. della malattia, infortunio, gravidanza e puerperio- a vicende “*necessarie*” imposte dal Costituente - cui risponde il legislatore del 1970 con la legge n. 300- per consentire al dipendente, che è in primo luogo cittadino, l’effettivo esercizio di diritti individuali fondamentali preminenti sul dovere di lavorare.

In entrambi i casi, comunque, non sembrava essere data molta voce in capitolo al lavoratore stesso che o non poteva lavorare perché impossibilitato fisicamente o in quanto la sua prestazione era possibile ma non esigibile stante la valutazione dell’ordinamento giuridico in questa direzione.

È, dunque, solo a cavallo tra la fine degli anni novanta e l’inizio del duemila che la volontà del dipendente sembra acquisire un’assoluta centralità nella scelta sul se, come e quando interrompere la propria prestazione lavorativa.

Sulla scia di vari studi stranieri e principalmente francesi di sociologia del lavoro⁴⁰⁵ si sostiene che è il lavoratore che dovrebbe “riprendersi” il proprio tempo sia lavorativo che personale, i cui confini sono, per la verità, piuttosto labili.

Ciò in quanto appare evidente che il principale ostacolo nell’accesso al mercato del lavoro, specie per le donne, è rappresentato da una ingiustificata rigidità di orario – sensata in epoca fordista “quando lo squillo della sirena si sostituiva al campanile”⁴⁰⁶ molto meno nell’attuale società dei servizi⁴⁰⁷ - che collide con il lavoro di cura, avente, esso sì, rigidi orari (si pensi

⁴⁰⁵ Si ricorda in primis il cosiddetto “rapporto Supiot”.

⁴⁰⁶ Riportando l’espressione di V. Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 14.

⁴⁰⁷ Sugli svantaggi inerenti all’applicazione di un rigido orario di lavoro non solo per i lavoratori ma anche per le stesse imprese si rinvia a V. Ferrante, in *op.cit.* . L’autore, appunto, fa notare come data la trasformazione del sistema produttivo in un “*just in time*” dove ad essere venduti sono servizi, più che beni, soggetti ai gusti mutevoli del consumatore, tutte le aziende sono divenute “stagionali” nel senso che hanno picchi di attività

all'uscita dei bambini da scuola o ai ben precisi tempi da rispettare nell'ambito di una cura medica di un anziano). L'ovvia conseguenza, considerata anche la scarsità di servizi alla persona e la tendenza a riversare le politiche di welfare sulla famiglia, è il cosiddetto "effetto scoraggiamento" che porta, appunto, soprattutto le donne, ad essere inattive⁴⁰⁸ ovvero a non cercare neanche più un lavoro essendo quest'ultimo di fatto incompatibile con quella forma di volontariato, riconosciuta come tale dalla dottrina maggioritaria⁴⁰⁹, che si diceva essere il lavoro di cura ed assistenza dei minori e degli anziani.

È a partire da tali riflessioni, dimostrate da numerose rilevazioni empiriche, che si impone, come si anticipava, all'attenzione del legislatore di fine anni '90 – primi del 2000, il tema della conciliazione fra vita professionale, privata e familiare⁴¹⁰.

Esso viene affrontato *in primis* a livello europeo con l'accordo quadro fra le parti sociali confluito nella direttiva n. 96/34 sui congedi parentali - oggi abrogata dalla direttiva n. 18 dell'8 marzo 2010- che attua il disposto dell'art. 16 della Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori⁴¹¹. In secondo luogo e, di conseguenza, a livello nazionale con la

concentrati principalmente in alcuni mesi dell'anno. Di conseguenza anche per esse può risultare conveniente avere dipendenti non legati ad un rigido orario giornaliero ma in grado di riequilibrare la durata della propria prestazione lavorativa a seconda delle effettive esigenze per il tramite di istituti quali la banca delle ore, l'adozione di calendari multiperiodali, la reperibilità e simili. Puntare, invece, sui contratti atipici per rispondere alle stesse esigenze di celerità suddette non ha, per l'autore, molta convenienza in quanto "innanzitutto non è facile reperire personale dotato di sufficiente qualificazione per potersi inserire senza difficoltà nell'organizzazione produttiva", bisognerebbe, quindi, formarlo ma ciò comporta il secondo inconveniente ovvero "i tempi di addestramento potrebbero essere troppo lunghi in relazione all'urgenza dell'esigenza produttiva" ed infine vi è un problema di scarsa affezione del lavoratore che sa di non essere stabile e che ad esempio "potrebbe venire a conoscenza di segreti industriali suscettibili di essere sfruttati in una successiva occupazione".

⁴⁰⁸ Recenti studi statistici condotti dall'Istat ed aggiornati al 2010 dimostrano che almeno un quarto degli inattivi lavorerebbe se potesse ridurre il tempo dedicato all'attività di cura dei figli e degli anziani.

⁴⁰⁹ Si pensi tra gli altri a V. Ferrante, in *op.cit.*, p. 17 che afferma: "anche nella letteratura giuridica si è da tempo posto in rilievo come accanto ad un lavoro salariato esistono altre forme di attività retribuite eppure meritevoli di tutela...sulla scorta delle acquisizioni sociologiche si è così enucleato, nell'ambito della generica nozione di "tempo libero" il concetto di "lavoro di cura" come attività svolta prevalentemente a titolo gratuito in seno alla famiglia o alla collettività. Si tratta di una forma specifica di volontariato in quanto indirizzata stabilmente verso determinati soggetti in conseguenza del sussistere di rapporti di tipo familiare o *lato sensu* affettivo".

⁴¹⁰ Si noti, peraltro, che una nozione legale di conciliazione non è rinvenibile nel nostro ordinamento giuridico essendo invece diffusa una "nozione convenzionale e descrittiva secondo cui quest'ultima consiste nell'esercizio combinato di diritti fondamentali quali la tutela della vita familiare, la protezione della donna lavoratrice e la garanzia della parità di trattamento fra i sessi". Così, M. Novella nel saggio "Diritto alla conciliazione, conciliazione contrattata e conciliazione octroyée" p. 134 e ss in "Persone, lavori, famiglia" a cura di M. V. Ballestrero, Torino, Giappichelli, 2009.

⁴¹¹ In particolare, il punto 16 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, relativo alla parità di trattamento tra uomini e donne, stabiliva tra l'altro che "è altresì opportuno sviluppare misure che consentano agli uomini e alle donne di conciliare meglio i loro obblighi professionali e familiari". Ad oggi la Carta di Nizza del 2000 che ha lo stesso valore giuridico dei trattati, ex art. 6 del Trattato di Lisbona del 2007, all'art. 33 dedicato proprio alla "vita familiare e vita professionale", come da titolo, al secondo comma, afferma che: "Al fine di poter conciliare vita familiare e vita professionale ogni persona ha diritto di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità ed il diritto ad un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio".

legge n. 53 del 2000 trasfusa nel d.lgs. n. 151/2001, meglio noto come “ Testo Unico in materia di maternità e paternità” di cui già si è detto in precedenza.

Sono, dunque, proprio i “congedi” anche definiti da parte della dottrina⁴¹² “*sospensioni potestative*”- per metterne in evidenza la centralità dell’elemento della libertà di scelta e di accesso da parte del singolo lavoratore ivi contenuto- a rappresentare finora il punto più alto dell’evoluzione del concetto generale di sospensione⁴¹³.

Come fa notare un’autrice⁴¹⁴, nel nostro ordinamento giuridico il definitivo abbandono di categorie come quelle di “impossibilità sopravvenuta” e di “inesigibilità” per giustificare le sospensioni in quanto vicende certamente interruttrive del sinallagma contrattuale, risulterebbe già dalle discussioni che hanno accompagnato il passaggio dell’allora disegno di legge n. 4275 dalla Camera al Senato⁴¹⁵ contrassegnate dalla sostituzione del termine “*astensione*” - “che aveva sempre rinviato a sospensioni del rapporto di lavoro *per impossibilità o inesigibilità della prestazione*”⁴¹⁶ - con quello di “*assenza*”. Tale ultimo termine, infatti, “anche se potrebbe non produrre alcun significativo impatto nel complesso finale della regolamentazione dei congedi parentali, formativi e familiari”⁴¹⁷ ben rappresenta una “*nuova filosofia della soggettività* di cui risulta portatrice l’intera legge n. 53 del 2000”⁴¹⁸.

Alla luce di tutto quanto detto, a partire dal 2000 la sospensione sembrerebbe essere divenuta lo strumento, posto direttamente nelle mani del lavoratore, per l’attuazione di quel principio cardine di “*adeguamento del lavoro all’essere umano*”, e non viceversa, peraltro, ripreso espressamente in norme comunitarie⁴¹⁹.

⁴¹² Il riferimento è principalmente a L. Calafà, in *op.cit.*

⁴¹³ Si noti, peraltro, che il termine “congedo”, di chiara derivazione comunitaria, è apparso per la prima volta già nel Trattato istitutivo della CEE di Roma del 1957. Ed infatti l’art. 120 del TCEE stabiliva che “gli Stati membri si adoperano a mantenere l’equivalenza esistente nei regimi di *congedo retribuito*”. Un successivo studio della Commissione del 1967 definiva, poi, come “congedi” “*tutte le assenze da lavoro regolarmente o anticipatamente stabilite, purché si continui a corrispondere al lavoratore la sua retribuzione*”.

⁴¹⁴ Ci si riferisce a L. Calafà, in *op.cit.*, p.124.

⁴¹⁵ Disegno di legge n. 4275 che diventerà poi la legge n. 53/2000.

⁴¹⁶ L’espressione è di L. Calafà, in *op.cit.* p. 124.

⁴¹⁷ Così L. Calafà, in *op.cit.*, p. 123.

⁴¹⁸ Ancora una volta le parole sono di L. Calafà, in *op.cit.*, p.124.

⁴¹⁹ Ci si riferisce all’art. 13 della direttiva n. 104 del 23 novembre 1993 sull’orario di lavoro, oggi abrogata per effetto della direttiva n. 88 del 4 novembre 2003, che recitava: “gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché il datore di lavoro che prevede di organizzare il lavoro secondo un certo ritmo tenga conto del *principio generale di adeguamento del lavoro all’essere umano*, segnatamente per attenuare il lavoro monotono e ripetitivo a seconda del tipo di attività e delle esigenze in materia di salute e sicurezza, in particolare per quanto riguarda le pause durante l’orario di lavoro”. Valga la pena qui brevemente ricordare che tale norma di estrema

Il che effettivamente appariva ed appare come un passo in avanti “obbligato” in una società moderna aperta e caratterizzata da sempre maggiori aspirazioni e bisogni della personalità a cui comunque un contratto di lavoro deve saper rispondere.

Di qui la necessità di “*ripensare i termini dello scambio, smettendo di identificare l’obbligazione di lavoro nella messa a disposizione di mere energie psico-fisiche*”⁴²⁰ e la legge n. 53/2000 provava a fare ciò⁴²¹.

Purtroppo, e ciò spiega l’uso dei verbi al condizionale, questo disegno non si è compiuto fino in fondo.

Le novità introdotte dalla legge n. 53/2000 più volte citata, come meglio si dirà nel prosieguo, sono state presto abbandonate anzi, peggio, manipolate specie in riferimento alla parola “flessibilità” che dall’originario significato di “libertà di scelta *dell’orario di lavoro*” è divenuta “flessibilità della tipologia contrattuale”, ovverosia introduzione di forme atipiche o precarie di lavoro.

Lasciando ad una terza parte della ricerca il discorso sulla manomissione delle parole per ritornare, invece, all’evoluzione del concetto di sospensione è qui importante ribadire - ai fini della corretta contestualizzazione e comprensione delle tipologie di congedi, che saranno ora esaminate- il forte *imprinting* comunitario della n. 53 del 2000, espressione di un *nuovo modello*, definito non a caso da parte della dottrina⁴²² “*europeo*” di *sospensione* che ritiene tali vicende interruttrive della prestazione “*naturali*”, quindi non “patologiche” né “imposte”, data la prevalenza che la dimensione sociale del rapporto di lavoro dovrebbe avere su quella economica ex artt. 1 e ss. della Carta di Nizza nel cui preambolo si dichiara espressamente che “*l’Unione si fonda sui valori indivisibili ed universali della dignità umana, della libertà, dell’uguaglianza e della solidarietà*”.

D’altra parte, che la legge suddetta tenti, per la prima volta, di disciplinare i rapporti di lavoro non in quanto scaturenti da un qualsiasi contratto di diritto comune ma perché riguardanti una *persona* lavoratrice divenuta più che un “contraente debole” un “*soggetto poliedrico*”⁴²³

importanza è stata, tuttavia, scarsamente diffusa perché interpretata da ampia dottrina in maniera riduttiva ovverosia limitatamente alla materia dei turni data la sua posizione sotto la rubrica “ritmo di lavoro”.

⁴²⁰ U. Romagnoli, *Il secolo del diritto. E poi?* In *Diritto del mercato del lavoro*, 1999.

⁴²¹ D’altra parte è solo attribuendo ulteriori diritti al lavoratore verso la controparte datoriale che può seriamente realizzarsi la conciliazione in quanto “*esercizio combinato di diritti fondamentali*” così come viene generalmente definita. Si veda in tal senso il contributo di M. Novella, in *op.cit.* p. 135.

⁴²² Il riferimento è principalmente a L. Calafà, in *op.cit.*

⁴²³ Riprendendo l’espressione di L. Calafà, in *op. cit.*, p. 25.

diviso fra l'essere nello stesso tempo un genitore, una persona in formazione ed un cittadino titolare di diversi diritti ed obblighi, lo si evince già dal primo articolo⁴²⁴.

Il dovere di conciliare i tempi di vita con quelli di lavoro porta, come detto, all'introduzione di specifici istituti, quali *in primis* il congedo parentale e formativo, potenzialmente in grado di inserire o far rientrare nel mercato del lavoro quei soggetti, ed il riferimento è specialmente alle donne, aventi maggiori difficoltà. Il tutto, comunque, in un contesto generale di supporto alla famiglia che dovrebbe essere caratterizzato da politiche attive congrue inerenti anche a differenti tempi delle città⁴²⁵.

Pur rispondendo ad un'unica finalità di valorizzazione della persona e della personalità del lavoratore, i congedi di cui alla legge n. 53/2000 possono essere, comunque, schematicamente distinti in tre gruppi a seconda delle esigenze concrete che vanno a soddisfare ovverosia: “*family friendly*” o *lato sensu familiari*⁴²⁶; *formativi* e di *solidarietà sociale*.

Rientrano certamente nel primo gruppo i congedi di maternità, paternità e parentali a cui è dedicato il presente paragrafo.

Del congedo retribuito di maternità - di regola pari a due mesi antecedenti alla data presunta del parto e tre mesi successivi ad esso, salvo il caso relativo alla cosiddetta “flessibilità dell'astensione obbligatoria” di cui all'art. 12 della legge n. 53/2000⁴²⁷- si è già parlato quando si è trattata la tematica della gravidanza come causa interruttiva della prestazione

⁴²⁴ L'art. 1 della legge n. 53/00 recita: “*la presente legge promuove un equilibrio tra tempi di lavoro, di cura, di formazione e di relazione mediante: a) l'istituzione di congedi dei genitori e l'estensione del sostegno ai genitori di soggetti portatori di handicap; b) l'istituzione del congedo per la formazione continua e l'estensione dei congedi per la formazione; c) il coordinamento dei tempi di funzionamento delle città e la promozione dell'uso del tempo per fini di solidarietà sociale.*”

⁴²⁵ Riportando le parole di una nota autrice, ovverosia di L. Calafà, in *op.cit.*, p. 33 la legge n. 53/2000, certamente influenzata dallo studio francese “*Echanges et Projectes*” del 1980 e dai ragionamenti sulla qualità della vita di Amartya Sen, cerca di porre in stretta relazione il lavoro con il benessere personale, il “che si manifesta in un'interpretazione non formale dei diritti e in una valorizzazione accesa dell'individualità delle singole persone”. Essa tenta cioè di “superare quella razionalità utilitaristica che ha portato ad una identificazione piena ed incontestata della razionalità economica con la razionalità *tout cour* e ad una schiacciante e conseguente valorizzazione dell'interesse e dell'efficienza contro ogni autonomia dell'individuo. Un sistema nel quale, per dirla con A. Sen, « le persone sono viste come localizzazioni delle rispettive utilità e quindi non contano come individui più dei singoli serbatoi di petrolio nell'analisi del consumo nazionale».

⁴²⁶ Come correttamente fa notare L. Calafà in *op.cit.*, p.72 la differenza risiede nel fatto che i congedi definiti dal legislatore “*familiari*” sono solo quelli legati a gravi eventi quali la morte o l'infermità del coniuge, del convivente o del parente entro il secondo grado. Pertanto, onde evitare qualsiasi equivoco, è sembrato opportuno trovare un'altra espressione per identificare i congedi di maternità, paternità e parentali. Di qui, l'utilizzo della dicitura “*family friendly*” in riferimento a quest'ultima tipologia di congedi.

⁴²⁷ Come già in precedenza visto, l'art. 12 della legge n. 53/2000 dà alla lavoratrice la possibilità di astenersi dal lavoro a partire dal mese precedente la data presunta del parto e nei quattro mesi successivi ad esso se non vi ostano problemi di salute.

lavorativa ex art. 2110 del cod. civ. In quell'occasione si è posto in evidenza il ruolo centrale della giurisprudenza costituzionale nell'evoluzione del concetto di maternità con le relative ripercussioni sull'ampliamento del campo oggettivo e soggettivo di applicazione delle norme in materia, oggi racchiuse nel d.lgs. n. 151/2001. Si è visto, infatti, che solo a seguito di talune pronunce quali, tra le altre, le nn. 1/1987, 332/1988 e 270/1999 si è data la possibilità di ricorrere al congedo di maternità anche rispettivamente ai padri, ai genitori adottivi ed affidatari oltre che alle lavoratrici autonome. Ciò sulla base del medesimo presupposto per cui va tutelata la maternità non solo e non tanto in quanto fatto biologico, che potrebbe arrecare problemi di salute alla donna gestante, ma perché c'è di mezzo un minore i cui diritti ed i cui bisogni in termini affettivi e relazionali sono preminenti non foss'altro che per le ovvie implicazioni sullo sviluppo della personalità⁴²⁸. Si è inoltre parlato delle recenti norme (art. 2) del d.lgs. n. 119 del 18 luglio 2011 inerenti ai casi di decesso o aborto intervenuti alla nascita o durante il congedo di maternità che, in buona sostanza, hanno recepito l'indirizzo giurisprudenziale per cui se questi eventi si verificano prima del 180° giorno la donna è coperta dal trattamento di malattia, viceversa se si hanno successivamente ella sarà comunque considerata a tutti gli effetti in congedo di maternità fino alla fine⁴²⁹ a meno che non voglia, per sua libera scelta, riprendere prima l'attività lavorativa e sempre che non vi ostino problemi di salute. Ed ancora, rispetto al caso di parto prematuro, si è riportato l'ultimo orientamento della Consulta sul tema contenuto nella sentenza, di pochi mesi fa, n. 116 del 4 aprile 2011 che, anche stavolta per rispondere a primarie esigenze di tutela del minore, apre alla possibilità di godere dei cinque mesi di astensione obbligatoria in un'unica soluzione di continuità dopo il parto quando il bambino è nato prematuramente, posto che solitamente nei primi mesi di vita egli è tenuto sotto osservazione in ospedale senza che la madre possa fare alcunché.

Per esigenze di completezza del discorso si può, a questo punto, solo aggiungere che ci si attende sia dalla giurisprudenza comunitaria che nazionale un'attività interpretativa e propulsiva ancor più pregnante dato il valore giuridico pari a quello dei Trattati acquisito dalla Carta di Nizza – ex art. 6 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, meglio noto

⁴²⁸ Può essere di interesse anche riportare l'affermazione contenuta nella sentenza della Corte Costituzionale n. 341 del 1991 per cui una normativa che riconosca alla sola lavoratrice madre il diritto di astensione dal lavoro contrasta con “gli interessi ed i valori costituzionalmente protetti che tendono ad una completa tutela dell'interesse del minore *attraverso una più piena realizzazione dei principi di uguaglianza sostanziale dei coniugi e di una loro paritaria partecipazione alla cura e assistenza*”. Tale pronuncia è richiamata anche da Silvia Borrelli nel saggio “*Il padre lavoratore nella giurisprudenza costituzionale*” in “*Paternità e lavoro*” a cura di L. Calafà, Bologna, Il Mulino, 2007.

⁴²⁹ Tanto, per la verità, era già stabilito dall'art. 19 del d.lgs. n. 151/2001 ma limitatamente alla fattispecie dell'interruzione di gravidanza.

come “Trattato di Lisbona”- il cui art. 33 pone in capo alla “*persona*”, sia essa un lavoratore “standard” o “precario”, donna o uomo, un vero e proprio *diritto non solo al congedo di maternità e parentale ma anche a non essere licenziato per motivi inerenti alla nascita e crescita di un figlio*⁴³⁰. Tale ruolo, tuttavia, sembra essere stato già acquisto dai giudici, specie nazionali, i quali con recenti pronunce hanno tentato di ampliare ulteriormente il sistema di protezione a favore del lavoratore –genitore.

Ed infatti, da un lato con varie sentenze⁴³¹ relative al part-time, ma contenenti principi generali applicabili a qualsiasi tipo di contratto, hanno ritenuto indispensabile la specificazione per iscritto nel contratto degli orari effettivi di lavoro del dipendente al fine di evitare abusi o raggiri a danno della sua organizzazione extra-lavorativa e dall’altro hanno interpretato in una maniera restrittiva i casi in cui è possibile derogare al divieto generale di licenziamento della lavoratrice in gravidanza fino ad un anno di età del bambino.

Sull’ultimo punto le maggiori novità sono contenute nella recente sentenza del Tribunale di Frosinone del 9 agosto 2011.

In essa i giudici di merito, riprendendo l’orientamento della Cassazione espresso anche nelle pronuncia n.10391/2005, hanno definitivamente chiarito che pure in caso di cessazione dell’attività dell’azienda il datore non è automaticamente autorizzato a licenziare la lavoratrice in gravidanza o in congedo parentale o comunque avente un bambino con meno di 1 anno - come sembrerebbe ad una lettura superficiale dell’art. 54, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 151/2001- ma solo se si ha una *chiusura totale e definitiva* senza alcun trasferimento aziendale ex art. 2112 del cod. civ. Se, infatti, viene soppresso o trasferito ad altri un singolo reparto ciò non vale a sostenere un eventuale licenziamento della lavoratrice data la possibilità di spostarla in altro reparto e fermo restando che “*è comunque inoperante la deroga al divieto di licenziamento allorquando il reparto sia trasferito ad altra azienda, prevedendosi in tal*

⁴³⁰ Questa norma, peraltro, assume nel nostro ordinamento giuridico un’importanza ancora maggiore se letta in combinato disposto sia con l’art. 37 della Cost. che con l’art. 54 del d.lgs. n. 151/2001. Ed in effetti, il primo articolo citato, quasi ad integrazione del disposto comunitario, si concentra sulle “normali giornate lavorative” al di là dei periodi di astensione dal lavoro ponendo, sempre e comunque, in capo alla lavoratrice madre ma, data la parità fra i coniugi, ciò vale anche per il lavoratore padre, una speciale protezione consistente nell’avere ogni giorno diritto a condizioni lavorative tali da consentire “*l’adempimento della sua essenziale funzione familiare ed al bambino una speciale ed adeguata protezione*”. Il secondo articolo, poi, ovvero sia l’art. 54 del T.U. sulla maternità e paternità pone pure a livello nazionale un espresso divieto di licenziamento della lavoratrice in gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione dal lavoro e più in generale fino al compimento di un anno d’età del bambino, sotto pena di nullità del licenziamento stesso. Esistono, tuttavia, delle deroghe a siffatto principio generale in quattro casi coincidenti con: a) la colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro; b) la cessazione dell’attività dell’azienda; c) la scadenza del termine nel caso di lavoratrice a tempo determinato; d) il mancato superamento della prova, fermo restando il divieto di discriminazione di cui all’art. 4 della legge n. 125/1991.

⁴³¹ Tra le prime di ricorda la sentenza della Corte Costituzionale n. 210/1992.

*caso la continuazione ex articolo 2112 del cod. civ. dell'attività e dei rapporti di lavoro con il cessionario*⁴³².

Quanto ai congedi di paternità è bene chiarire da subito che, ad avviso della scrivente, essi nel nostro ordinamento sono al momento inesistenti se intesi in senso stretto, ovvero come *diritto esclusivo ed intrasferibile* del padre ad assentarsi *obbligatoriamente* dal lavoro e *conservando la piena retribuzione* per la cura del neonato.

Vi è, in particolare, un disegno di legge⁴³³ che, sul modello della *ley orgánica* spagnola n. 3/2007⁴³⁴, vorrebbe introdurla al fine di perseguire la parità di genere anzitutto riequilibrando le responsabilità all'interno della famiglia, ma lo stesso non risulta essere stato ancora approvato. Analoga situazione si registra a livello di Unione Europea dove si è spesso parlato di una proposta di direttiva sul congedo di paternità - peraltro, già presente non solo in Spagna ma nella maggior parte dei Paesi Scandinavi – e pur tuttavia non sembrano esserci documenti ufficiali in merito.

Ciò che, dunque, esiste oggi in Italia è una mera “*astensione dal lavoro del padre*”, per riportare l'espressione utilizzata all'art.13 della legge n. 53/00, *alternativa* rispetto a quella della madre.

Detto in altri termini, a partire dalla sentenza della Consulta n. 1204 del 1971 - esaminata nella parte antecedente della ricerca- si è introdotta la possibilità per il padre di astenersi dal lavoro nei tre mesi successivi alla nascita del bambino *esclusivamente quando manca l'assistenza al minore ad opera della madre per suo decesso, grave infermità o per abbandono*⁴³⁵.

⁴³² Cass. 22 giugno 2009, n. 14583.

⁴³³ Ci si riferisce al n. 784 del 13 giugno 2008 di Treu, Finocchiaro ed altri che all'art. 8 parla proprio dell'introduzione nel nostro ordinamento giuridico di *un congedo di paternità obbligatorio di dieci giorni lavorativi continuativi nei tre mesi successivi alla data del parto, previa mera comunicazione al datore di lavoro*. Trattano, invece, pur sempre della tematica della parità di genere ma senza accennare all'istituto del congedo di paternità il disegno di legge n. 1405 del 25 febbraio 2009 di Bugnano, Belisario, Carlino ed altri sugli incentivi all'occupazione femminile specie nel Mezzogiorno, nonché il n. 1718 del 28 luglio 2009 di Thaler Ausserhofer e Peterlini inerente unicamente all'innalzamento dell'età pensionabile per le donne.

⁴³⁴ Le *ley orgánica* n. 3/2007 sulla parità effettiva tra gli uomini e le donne è stata particolarmente innovativa in quanto, nel voler attuare il principio di pari opportunità e non discriminazione racchiuso nell'art. 14 della Costituzione spagnola in maniera sostanziale e non meramente formale, ha introdotto non solo un congedo di paternità obbligatorio ma anche un principio di presenza equilibrata fra uomini e donne nelle amministrazioni pubbliche e nei consigli di amministrazione delle società quotate in borsa oltre ad aver imposto alle aziende ed alle parti sociali di qualsiasi livello un obbligo di negoziare misure atte a promuovere la parità ed a prevenire le molestie sessuali sul luogo di lavoro.

⁴³⁵ Così all'art. 28, primo comma, del d.lgs. n. 151/2001 che, appunto, recita: “Il padre lavoratore ha diritto di astenersi dal lavoro per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe spettata alla

Lo stesso discorso vale per i permessi retribuiti di complessive due ore giornaliere fino ad un anno di età del bambino⁴³⁶ riconosciuti, ex art. 40 del d.lgs. n. 151/01, al padre solo se unico affidatario del bambino o in caso di morte o grave infermità della madre oppure in alternativa alla lavoratrice dipendente che decide di non avvalersene o ancora *se la madre non è una lavoratrice dipendente*.

Sull'ultimo punto, peraltro, sono di recente intervenuti importanti chiarimenti anche ad opera di enti statali⁴³⁷. Nel dettaglio, riprendendo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, ed in particolare il dispositivo della sentenza n. 4293 del 2008⁴³⁸, essi hanno accolto quell'interpretazione estensiva dell'art. 40 del T.U. sulla maternità, in esame, per cui al lavoratore padre vanno sempre concessi i riposi giornalieri quando la madre "*non è una lavoratrice dipendente*" nel senso che è una casalinga⁴³⁹ e questo vale "*senza eccezioni ed indipendentemente dalla sussistenza di comprovate situazioni che possano determinare l'oggettiva impossibilità della madre stessa di accudire il bambino*"⁴⁴⁰ onde evitare il rischio di discriminazioni fra una madre lavoratrice ed un'altra che ugualmente lavora sebbene in casa e così violare il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Cost.

Nei casi di adozione, inoltre, e sempre recependo un consolidato orientamento giurisprudenziale⁴⁴¹, da ultimo il legislatore nazionale con il d.lgs. n. 119 del 18 luglio 2011⁴⁴² ha ribadito che parimenti il padre potrà godere del congedo di massimo cinque mesi dall'ingresso nel minore nella famiglia, per le adozioni nazionali, o eventualmente suddiviso in alcuni mesi antecedenti ed altri successivi all'ingresso medesimo, per quelle internazionali,

lavoratrice in caso di morte o grave infermità della madre ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre". Le condizioni economiche sono le stesse dell'astensione obbligatoria della madre ovvero il pagamento dell'80% della retribuzione di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 151/01.

⁴³⁶ Raddoppiabili in caso di parto plurimo come dispone l'art. 41 del d.lgs. n. 151/2001.

⁴³⁷ Il riferimento è *in primis* alle circolari del Ministero del Lavoro n. 8494 del 12 maggio 2009 e C/2009 del 16 novembre 2009 che hanno scatenato una *querelle* con l'Inps fino ad arrivare alla recente nota operativa del 21 ottobre 2011 n. 23 dell'Inpdap.

⁴³⁸ Nel quale si sottolinea come la *ratio* dell'art. 40 del d.lgs. n. 151/2001 e dell'intera legge sia quella di dare sostegno alla famiglia in attuazione dell'articolo 31 della Costituzione.

⁴³⁹ In passato, invece, si tendeva a leggere la norma in maniera restrittiva ovvero si riteneva che il padre potesse vedersi riconosciuti i permessi giornalieri di cui all'art. 40 del d.lgs. n. 151/2001 solo quando la madre non era una lavoratrice dipendente perché era una libera professionista o comunque una lavoratrice autonoma quindi artigiana, commerciante e simili.

⁴⁴⁰ A differenza di quanto era stato originariamente sostenuto dall'Inpdap stesso con la nota del 13 ottobre 2011.

⁴⁴¹ Scaturite principalmente dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 104/2003 nella quale è stata dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 39, 40 e 41 nella parte in cui prevedevano che i riposi giornalieri fossero da riconoscere "fino ad un anno di vita del bambino" e non invece "entro il primo anno dall'ingresso del minore nella famiglia".

⁴⁴² D.lgs. n. 119 del 2011 che ha modificato gli artt. 39 e ss. del d.lgs. n. 151/2001 unicamente nel senso di sostituire il riferimento temporale prima espresso in *un anno di età* del bambino per il godimento di riposi giornalieri con quello in *un anno dall'ingresso del minore nella famiglia* per equiparare i genitori adottivi ai naturali come più volte chiesto dalla Corte Costituzionale. Si veda in tal senso l'antecedente nota.

di cui all'art. 26 del d.lgs. n. 151/01, *unicamente se la madre vi rinuncia* e ciò si applica pure ai riposi giornalieri di cui all'art. 40 del d.lgs. n. 151/01 sopra visti.

In buona sostanza il padre, naturale o adottivo, non può ad oggi assentarsi dal lavoro a seguito della nascita del figlio a meno che non si versi nei casi limite fin qui illustrati.

Tutt'al più egli potrà ricorrere al differente istituto del congedo parentale previsto per ambo i genitori.

Le differenze rispetto ad un congedo obbligatorio sono, tuttavia, notevoli.

In primo luogo il congedo parentale è meramente *facoltativo*, può avere una durata massima complessiva per entrambi i coniugi di dieci mesi - elevabili ad undici solo se il padre esercita il diritto di astenersi dal lavoro per un periodo non inferiore ai tre mesi⁴⁴³ - e comunque i genitori vi possono ricorrere solo fino agli otto anni di vita del bambino. Inoltre, e cosa ben più grave e scoraggiante, esso è coperto *al 30% della retribuzione fino al terzo anno di vita del bambino e per un periodo massimo complessivo tra madre e padre di sei mesi dopo di che non si ha più alcuna retribuzione*⁴⁴⁴.

Proprio per tale ultima ragione recenti statistiche, aggiornate al 2010, dimostrano che la percentuale dei padri che accedono a siffatta tipologia di congedo è bassissima, ovverosia pari *al 6,9%*⁴⁴⁵.

Il dato si commenta da sé.

D'altra parte questa realtà non è affatto nuova. Durante il decennio trascorso dall'entrata in vigore della legge n. 53/2000 è, infatti, stato più volte ed in diverse occasioni evidenziato il chiaro nesso di causalità esistente tra un basso reddito femminile ed una maggiormente semplice rinuncia ad ulteriori riduzioni salariali laddove, invece, l'uomo non vuole e non può tagliarsi lo stipendio essendo nel 90,6% dei casi la principale fonte di entrate per la famiglia.

Si è, dunque, discusso in varie sedi istituzionali, sia comunitarie che nazionali, sulla necessità di incrementare la percentuale di retribuzione a copertura dei periodi di astensione facoltativa per rendere il congedo parentale uno strumento di reale redistribuzione del lavoro di cura dei figli fra i genitori.

⁴⁴³ Tale ultima norma, contenuta nell'art. 3, comma 2, della legge n. 53/2000 ha evidenti finalità promozionali ovverosia cerca di incoraggiare i padri ad avvalersi del congedo parentale per periodi di tempo continuativi più lunghi.

⁴⁴⁴ Ed infatti per espressa previsione di cui all'art. 3, punto 4, della legge n. 53/2000 al di là del periodo massimo complessivo fra genitori di sei mesi nei primi tre anni di vita del bambino, si può avere l'indennità pari al 30% della retribuzione fino all'ottavo anno d'età del bambino o comunque per il restante periodo di astensione facoltativa solo se il reddito individuale del genitore interessato è particolarmente basso ovverosia "inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria".

⁴⁴⁵ Il dato è tratto dal Report dell'Istat su "*La conciliazione fra lavoro e famiglia*" dell'anno 2010.

Nel dettaglio, a livello comunitario le parti sociali si sono impegnate a rivedere la direttiva n. 96/34 sul congedo parentale, già in precedenza accennata, mentre in ambito nazionale è intervenuto anche sul punto quello stesso disegno di legge che, tra l'altro, cercava di introdurre il congedo di paternità di cui sopra⁴⁴⁶.

Inutile dire che in entrambi i casi l'obiettivo non è stato centrato. Tuttavia, mentre il disegno di legge nazionale tale è rimasto dal 2008 ad oggi, la volontà delle parti sociali europee di rivedere la materia del congedo in esame è stata rispettata nel senso che esse hanno prodotto un nuovo accordo quadro sul congedo parentale del 18 giugno 2009 attuato per il tramite della direttiva n. 18 dell'8 marzo 2010 che ha abrogato la n. 96/34⁴⁴⁷.

Dal confronto tra la vecchia e la nuova normativa comunitaria emerge che i cambiamenti hanno più che altro riguardato: 1) l'ampliamento del campo di applicazione soggettivo a tutti i lavoratori, ivi compresi quelli "atipici" ovverosia con contratti a tempo determinato, in somministrazione o a tempo parziale; 2) l'allungamento dagli originali tre a quattro mesi del periodo minimo di congedo parentale; 3) *l'introduzione della non trasferibilità da un genitore all'altro di almeno uno dei quattro mesi minimi di durata del congedo* in maniera tale che il padre si senta incentivato ad accedere al congedo medesimo⁴⁴⁸; 4) l'imposizione a carico degli Stati membri del duplice obbligo di adozione di tutte le misure necessarie per proteggere i lavoratori da *un trattamento meno favorevole* oltre che da un licenziamento causati dalla domanda o dall'esercizio del congedo parentale e di dotazione di un apparato sanzionatorio in caso di violazione della normativa sui congedi; 5) l'onere sempre a carico degli Stati membri di esaminare tutte le questioni di economia connesse al congedo parentale *tenendo conto, tra gli altri fattori, del ruolo del reddito nell'esercizio dei congedi parentali*; 6) la necessità, al fine di promuovere una migliore conciliazione, di una predisposizione da parte degli Stati membri e/o delle parti sociali nazionali di misure volte a garantire al lavoratore che rientra da un congedo parentale la possibilità di ottenere modifiche orarie o di organizzazione della vita professionale per un certo periodo.

⁴⁴⁶ Ci si riferisce, quindi, al disegno di legge n. 784 del 13 giugno 2008 di Treu, Finocchiaro ed altri.

⁴⁴⁷ In origine l'ETUC aveva proposto l'incremento fino al 50% della copertura retributiva del congedo parentale ma data la ferma opposizione sul punto da parte della Business Europe vi ha rinunciato giungendo a quel "compromesso" per cui sia in sede di "*considerando*" e particolarmente ai punti 19 e 10 che alla clausola n. 5 dell'accordo del 18 giugno 2009 le parti si sono comunque riconosciute espressamente che "*le esperienze negli Stati membri hanno dimostrato che il livello del reddito durante il congedo parentale costituisce uno dei fattori che ne influenzano l'esercizio da parte dei genitori, soprattutto dei padri*" e che, conseguentemente, "*durante la fase di attuazione del presente accordo gli Stati membri dovrebbero valutare il ruolo del reddito fra i vari fattori rilevanti per l'esercizio del congedo parentale*".

⁴⁴⁸ Sulla definizione delle concrete modalità di applicazione del periodo non trasferibile le parti sociali europee rinviano al legislatore o alla contrattazione collettiva dei singoli Stati membri. Si noti, inoltre, che alla clausola n. 2 dell'accordo quadro del 18 giugno 2009 le parti medesime espressamente affermano che il rendere non trasferibile e, quindi, esclusivo almeno uno dei quattro mesi minimi di durata del congedo parentale serve a "*incoraggiare una più equa ripartizione del congedo parentale tra i due genitori*".

Sebbene, dunque, il congedo parentale continui a non essere retribuito in una ben determinata percentuale standard per tutti i Paesi Ue, ciò nonostante la direttiva n. 18/2010 ha comunque avuto una certa rilevanza sia per talune tutele nuove offerte ai lavoratori – si pensi alla possibilità di accesso al congedo parentale anche da parte dei lavoratori “precari” o all’obbligo di previsioni sanzionatorie all’interno delle leggi sul tema- sia perché ha tentato di coinvolgere i padri per il tramite dello strumento della non trasferibilità.

Di fronte a tali nuove opportunità e dato l’obbligo di recepimento della direttiva in esame entro l’otto marzo 2012⁴⁴⁹ incuriosisce molto l’atteggiamento che sarà assunto di qui a poco dal legislatore italiano. Egli, infatti, potrebbe sciupare ancora una volta quest’occasione in linea di continuità con il pessimo lavoro compiuto con il d.lgs. n. 119/2011 oppure decidere di cambiare rotta e, ad esempio, intendere il dovere di “*tener conto del ruolo del reddito nell’esercizio dei congedi parentali*” sopra illustrato nel senso di portare finalmente dall’attuale 30% al 50%⁴⁵⁰ ed oltre la retribuzione garantita al genitore in astensione facoltativa.

⁴⁴⁹ Come previsto all’interno dell’art. 4 della direttiva n.18/2010.

⁴⁵⁰ Persegue l’obiettivo del passaggio dal 30% al 50% della retribuzione a copertura del periodo di congedo parentale lo stesso disegno di legge di Treu fin qui più volte detto.

2.3.2 I permessi per l'assistenza al figlio con handicap grave.

Trattando del congedo parentale nel paragrafo antecedente si è volutamente ommesso un pezzo importante di disciplina. Non ci si è, cioè, soffermati sul suo possibile prolungamento in favore dei genitori di minori con handicap grave⁴⁵¹.

Tale scelta è stata dettata dalla necessità di dedicare un *focus* specifico alla materia visti i recenti interventi di legge che l'hanno interessata.

Nella sua versione originaria l' art. 33, primo comma, del d.lgs. n. 151/01, sanciva, dunque, il diritto in capo ai genitori di un minore avente un grave handicap di prolungare, appunto, il periodo di congedo parentale *fino a tre anni* a condizione che il bambino non fosse ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati.

In alternativa, come precisato al secondo comma dello stesso art. 33 in esame - che operava un rinvio all'art. 42 del d.lgs. n. 151/01, espressamente dedicato ai riposi e permessi per i figli con handicap grave- essi potevano chiedere di fruire di *due ore di riposo giornaliero retribuito* fino al compimento del terzo anno di vita del bambino con handicap. Il tutto fermo restando il diritto *ai riposi*, previsti all'interno dell'art. 33 della legge n. 104 del 1992, *pari a tre giornate retribuite al mese, anche continuative, dopo il terzo anno di vita*.

In ogni caso, rimaneva inteso che tali benefici erano accessibili a ciascun genitore a prescindere dal fatto che l'altro ne avesse o meno diritto e che *si aggiungevano al "normale" congedo parentale* di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 151/01.

A meglio ribadire il concetto interveniva, infatti, l'ultimo comma dell'art. 33 del d.lgs. n. 151/01 che appunto precisava: *"il prolungamento di cui al primo comma decorre dal termine del periodo corrispondente alla durata massima del congedo parentale spettante al richiedente ai sensi dell'art. 32"*.

⁴⁵¹ All'art. 3, primo comma, la legge n. 104 del 1992 definisce persona con handicap "colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà nell'apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione". Si ha, dunque, una piena equiparazione tra invalidità fisica e psichica. L'handicap è considerato "grave" quando la minorazione, singola o plurima, abbia notevolmente ridotto l'autonomia personale in modo da rendere necessario, anche e soprattutto in relazione all'età, un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale e di relazione. La gravità così caratterizzata è accertata dalle Asl mediante le commissioni preposte agli accertamenti sanitari relativi alle domande per ottenere la pensione, l'assegno o le indennità di invalidità civile, integrate da un operatore sociale. Infine, è considerato "minore", sebbene ai fini della tutela del lavoro, la persona fino ai 15 anni d'età essendo, invece, "adolescente" chi ha fra i 15 ed i 18 anni d'età e non è più soggetto all'obbligo scolastico.

Detto in altri termini, quindi, il genitore di minore con handicap poteva: 1) aggiungere tre anni al congedo parentale - normalmente di dieci mesi elevabili ad undici, laddove il padre avesse usufruito di più di tre mesi di congedo parentale continuativamente- utilizzandoli anche in maniera frazionata per la cura del minore disabile pure eventualmente oltre gli otto anni d'età; 2) diversamente poteva cumulare al "normale" congedo parentale o al congedo per la malattia del figlio (non retribuito) permessi retribuiti per un totale di due ore al giorno fino a tre anni del minore. Godeva, inoltre, di tre giorni di permesso retribuito al mese dopo il terzo anno e fino alla maggiore età del figlio; ed eventualmente li manteneva anche dopo il 18° anno se il figlio restava convivente o comunque continuava a necessitare di assistenza esclusiva.

Dimostrando una scarsa sensibilità verso la difficile situazione del genitore che deve allo stesso tempo lavorare ed assistere un figlio disabile, l'estensore del d.lgs. n. 119 del 18 luglio 2011 invece di riordinare seriamente la normativa in materia di congedi, aspettative e permessi come chiesto, attraverso la delega, dal legislatore del 2010 all'art. 23 della legge n. 183 meglio nota come "Collegato Lavoro" mette le mani sugli artt. 33 e 42 del d.lgs. n. 151/01 fin qui brevemente riassunti, per riformularli in peggio⁴⁵².

Procedendo per ordine, con l'art. 3 del d.lgs. n. 119/2011 si interviene sull'art. 33 del d.lgs. n. 151/01 in un duplice senso, ovverosia da un lato si sostituisce con un nuovo testo il primo comma e dall'altro si sopprime il primo periodo del quarto comma. Ciò produce i seguenti effetti: a) con il nuovo primo comma si pongono una serie di limiti al prolungamento del congedo parentale che sarà valido solo: - *entro il compimento dell'ottavo anno del bambino*; - *per un periodo massimo comprensivo dei mesi del congedo parentale di cui all'art. 32 non superiore a tre anni*; b) sopprimendo il primo periodo del quarto comma si elimina quell'espressione "resta fermo il diritto di fruire del congedo di cui all'articolo 32" dalla quale si evinceva chiaramente che il prolungamento del congedo si aggiungeva, appunto, e non comprendeva i mesi di congedo parentale.

Ne esce stravolto un istituto.

Da oggi, pertanto, i genitori con figli in una condizione di handicap grave non disporranno più di tre anni + 10 mesi di congedo parentale per l'assistenza al minore disabile non ricoverato a tempo pieno presso istituti *ad hoc* ma al massimo potranno godere di tre anni *comprensivi dei*

⁴⁵² Il che tra l'altro fa sospettare una violazione dell'art. 76 della Costituzione nel momento in cui l'esecutivo è andato ben oltre la delega del Parlamento.

dieci o undici mesi massimi di congedo parentale. In pratica, è stata drasticamente tagliata la durata del prolungamento medesimo.

Quanto, poi, alle modifiche sull'art. 42 del d.lgs. n. 151/01 esse sono ancor più incisive.

In particolare, l'art. 4 del d.lgs. n. 119/11 sostituisce completamente i commi secondo e quinto, aggiunge i commi *5-bis*, *5-ter*, *5-quater* e *5-quinquies* ed abroga il sesto comma.

La norma, quindi, cambia totalmente.

Anzitutto il diritto ad usufruire delle tre giornate mensili retribuite dopo il compimento del terzo anno di vita del bambino viene riconosciuto *in alternativa* alle misure di cui al primo comma dell'art. 42 del d.lgs. n. 151/01 ovverosia *alle due ore di riposo giornaliero retribuito fino ai tre anni del figlio*⁴⁵³.

Se l'interpretazione letterale del nuovo secondo comma dell'art. 42 del d.lgs. n. 151/01 è corretta⁴⁵⁴ sembrerebbe essere venuto meno un diritto, nel senso che il genitore del minore con grave handicap dovrà scegliere se usufruire delle due ore di permesso giornaliero retribuite fino al terzo anno di età del bambino e rinunciare alle tre giornate mensili parimenti retribuite dopo il terzo anno di età suddetto o viceversa. In ogni caso nella scelta perde, appunto, quello che *ab origine* era un autonomo diritto.

In secondo luogo, si sancisce il principio cardine per cui qualsiasi diritto che si lega all'assistenza del figlio disabile sia esso il prolungamento "tagliato" al congedo parentale che il permesso retribuito delle due ore al giorno fino ai tre anni d'età del bambino oppure il permesso dei tre giorni mensili retribuiti, spetta ad entrambi i genitori, anche adottivi, i quali, però, possono esercitarlo *alternativamente*. Ed infatti, il nuovo comma *5-bis* all'uopo chiarisce che: "negli stessi giorni l'altro genitore non può fruire dei benefici di cui all'articolo 33, commi 2 e 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 e 33, comma 1, del presente decreto". Ancora una volta la parola chiave sembra essere "*alternanza*" fra diritti e fra soggetti titolari degli stessi per presunte esigenze di semplificazione che si traducono in realtà in un mero risparmio sulle tutele dei soggetti deboli.

⁴⁵³ Tanto sembrerebbe desumersi dalla nuova formulazione del secondo comma dell'art. 42 del d.lgs. n. 151/01 che per effetto dell'art. 4 del d.lgs. n. 119/11 diventa: " Il diritto a fruire dei permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e successive modificazioni, è riconosciuto in alternativa alle misure di cui al comma 1 ad entrambi i genitori, anche adottivi, del bambino con handicap in situazione di gravità, che possono fruirne alternativamente, anche in maniera continua nell'ambito del mese".

⁴⁵⁴ L'art. 4 del d.lgs. n. 119/11 al primo comma, lettera a), sancisce: " All'art. 42 del decreto legislativo 26 marzo 2001 n. 151 in materia di congedo per assistenza di soggetto portatore di handicap grave sono apportate le seguenti modifiche: a) il comma 2 è sostituito dal seguente: «2. Il diritto a fruire dei permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 e successive modificazioni, è riconosciuto, in alternativa alle misure di cui al comma 1, ad entrambi i genitori, anche adottivi, del bambino con handicap in situazione di gravità, che possono fruirne alternativamente, anche in maniera continuativa nell'ambito del mese».

Ma non è tutto.

In terzo luogo, dal tenore degli interventi effettuati sull'art. 42 del d.lgs. n. 151/01 sembra evincersi una certa confusione anche sull'istituto del congedo straordinario per l'assistenza al disabile di cui al quinto comma dell'articolo in esame.

In effetti, tale congedo originariamente riservato "*alla lavoratrice madre o in alternativa al lavoratore padre*" - per riportare l'espressione di cui all'*incipit* del comma 4-bis dell'art. 4 della legge n. 53/2000- della durata massima di due anni, da godere continuativamente oppure in maniera frazionata e retribuito con un'indennità pari all'ultima retribuzione di fatto nonché coperto da contribuzione figurativa⁴⁵⁵ - doveva servire a garantire una costante tutela al figlio disabile, divenuto nel mentre un adulto, senza incidere sull'economia generale della famiglia⁴⁵⁶.

Come chiarisce la stessa Corte Costituzionale il "*congedo straordinario per assistenza al disabile*" è stato ideato a partire dall'originario congedo "per motivi familiari" pur sempre di due anni *ma non retribuito* - di cui al secondo comma dell'art. 4 della legge n. 53/2000- per fornire: "*interventi economici integrativi alle famiglie di origine che si fanno carico dell'assistenza del disabile ... data la loro centralità nel soddisfacimento delle esigenze di socializzazione quale fondamentale fattore di sviluppo della personalità ed idoneo strumento di tutela della salute del disabile intesa nella sua accezione più ampia*"⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Il tutto entro un massimale che era di lire 70.000.000 divenute ad oggi 43.579,06 euro annui, da rivalutare annualmente sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati, ai sensi dell'art. 42, comma 5-ter, del d.lgs. n. 151/01 come modificato dall'art. 4 del d.lgs. n. 119/11.

⁴⁵⁶ Tanto si evinceva chiaramente anche dalla posizione fisicamente assunta dal quinto comma. Esso, non a caso, seguiva le disposizioni, sopra viste, inerenti al riconoscimento *in capo ai genitori del disabile* rispettivamente: a) del diritto al prolungamento del congedo parentale o alle due ore di riposo giornaliero fino a tre anni d'età del bambino (così al primo comma dell'art. 42 del d.lgs. n. 151/01); b) del diritto a permessi retribuiti per tre giorni al mese dopo il terzo anno di età del figlio disabile e fino alla maggiore età (così al secondo comma); c) del diritto pur sempre ai tre giorni mensili di permesso retribuito anche dopo il compimento del diciottesimo anno del figlio se convivente o necessitante di assistenza continua (così al terzo comma); d) della possibilità di cumulare con il congedo parentale ordinario e con quello per la malattia del figlio i tre giorni di permesso retribuiti mensili (così al quarto comma).

⁴⁵⁷ Così al punto 2.4 dei "considerato in diritto" della sentenza n. 158 dell'8 maggio 2007 della Corte Costituzionale. Si noti che nei punti antecedenti la Consulta ha proprio ripercorso la storia del congedo straordinario per assistenza al disabile sottolineando che: "L'istituto in esame era stato originariamente contemplato dall'art. 4, comma 4-bis, della legge 8 marzo 2000, n. 53 (Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città), finalizzato alla disciplina dei "congedi per eventi e cause particolari". Lo stesso istituto è stato successivamente regolato dall'art. 80, comma 2, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, contenente "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)", che ne ha ampliato i contenuti, accrescendo significativamente il numero e la qualità delle forme di tutela esistenti. In effetti, sulla base del combinato disposto delle due norme sopra citate, *si è attribuita la possibilità di fruire di un congedo di durata analoga a quello previsto per gravi motivi familiari - assistito dal diritto di percepire un'indennità corrispondente all'ultima retribuzione, nonché coperto da contribuzione figurativa - ai lavoratori dipendenti pubblici e privati, i cui figli si trovassero in situazione di disabilità grave da almeno cinque anni; disabilità accertata con le forme previste dagli artt. 3 e 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate). Detto beneficio spettava, alle medesime condizioni ed in via alternativa, anche ai fratelli o alle sorelle conviventi in caso di "scomparsa" dei genitori. Sin*

È solo grazie a due sentenze additive della Corte Costituzionale, quali la n. 223 del 2005 e la n. 158 del 2007 e nell'ottica della preminente necessità di *“assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza ed evitare vuoti pregiudizievoli alla salute psicofisica del soggetto diversamente abile”*⁴⁵⁸ a prescindere dal suo *status* di figlio di una certa età⁴⁵⁹, che si è esteso tale diritto prima rispettivamente ai fratelli o sorelle conviventi, rappresentanti pur sempre, però, la famiglia d'origine del disabile e poi al coniuge che, in quanto tenuto ex art. 433 del cod. civ. all'adempimento degli obblighi di assistenza morale e materiale verso il consorte, dovrebbe, a maggior ragione, per la Corte, essere al primo posto nell'assistenza, attraverso il congedo biennale retribuito, al marito con handicap grave.

Per completezza del discorso si ricorda, da ultimo, la recente pronuncia del 30 gennaio 2009, n. 19 con la quale i giudici della Consulta hanno compiuto quell'ulteriore passo in avanti consistente nel riconoscimento anche al figlio convivente della possibilità di accesso al congedo straordinario per cure sul presupposto della mancanza di altri soggetti *idonei* all'assistenza del genitore disabile⁴⁶⁰.

Tutto quanto detto serve a dimostrare l'indispensabilità assunta negli anni dal congedo straordinario; al punto che la Consulta è intervenuta, con le sentenze additive sopra esaminate, ad ampliare il campo di applicazione soggettivo dell'art. 42, quinto comma, del d.lgs. n. 151/01.

Nel recepire le indicazioni giurisprudenziali, dunque, il legislatore avrebbe dovuto semmai intervenire sulla norma nel senso di esaltarne la funzione. Ed invece, con il d.lgs. n. 119/11 si compie l'operazione esattamente inversa. Di qui la “confusione” sull'importanza dell'istituto di cui in premessa.

dal momento della sua introduzione, dunque, l'istituto in questione mirava a garantire l'assistenza della persona con handicap grave già in atto, pur limitando l'ambito di operatività del beneficio ai componenti (genitori e, in caso di loro scomparsa, fratelli o sorelle) della sola famiglia di origine del disabile. A seguito dell'emanazione del D.Lgs. n. 151 del 2001, l'istituto del congedo straordinario fu collocato al comma 5 dell'art. 42 con la rubrica “Riposi e permessi per i figli con handicap grave” e, con modifica operata dall'art. 3, comma 106, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)”, *riconosciuto a prescindere dal presupposto della permanenza da almeno cinque anni della situazione di disabilità grave*.

⁴⁵⁸ L'espressione è tratta dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 223/2005.

⁴⁵⁹ Nella sentenza n. 158/2007 la Corte Costituzionale dirà espressamente che pur essendo collocato nell'ambito di un corpo normativo in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità scopo della norma sul congedo straordinario per cure è quello di *“assicurare in via prioritaria la continuità nelle cure e l'assistenza del disabile che si realizzino in ambito familiare, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito”*.

⁴⁶⁰ La dottrina, tra l'altro, non ha mancato di sottolineare l'ambiguità del termine “idonei” specie in assenza di un chiarimento da parte della stessa Corte Costituzionale.

Quasi a voler scoraggiare il ricorso al congedo straordinario, ci si è preoccupati di rendere evidenti eventuali suoi “limiti”.

Esemplare in tal senso è il nuovo comma 5-*quinquies*, inserito ora a chiusura dell’art. 42 del d.lgs. n. 151/01, dove si evidenzia che il congedo straordinario per l’assistenza al disabile pur essendo retribuito “*non rileva ai fini della maturazione delle ferie, della tredicesima mensilità e del trattamento di fine rapporto*”.

L’impressione che l’estensore del d.lgs. n. 119/11 veda nei soggetti che assistono un disabile non delle risorse fondamentali per la società ma dei “furbetti” da neutralizzare è, poi, in qualche maniera confermata pure dalle modifiche apportate alla disciplina inerente ai tre giorni di permesso retribuiti al mese contenuta, come sopra visto, principalmente all’interno dell’art. 33, comma 3, della legge n. 104/92.

Ed infatti i nuovi commi ora immessi nella norma sono diretti a stabilire che: a) la parentela di terzo grado non è più valida ai fini del riconoscimento di tali permessi. Essi, pertanto, diventano riservati unicamente al coniuge ed al parente o affine entro il secondo grado del disabile⁴⁶¹; b) anche tra i soggetti legittimati il predetto diritto non può essere riconosciuto a più di un lavoratore dipendente per la stessa persona disabile; c) e cosa ben più grave, si minaccia il lavoratore che assiste la persona affetta da grave handicap di decadere immediatamente da tutti i suoi diritti, “*ferma restando la verifica dei presupposti per l’accertamento della responsabilità disciplinare*”, se “il datore di lavoro o l’Inps accertano l’insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la legittima fruizione dei medesimi”⁴⁶².

Insomma non poteva andar peggio a chi, assistendo un disabile, avrebbe diritto a benefici ulteriori rispetto a quelli introdotti più di un decennio fa, essendo certamente preminente nel suo caso l’adempimento del dovere di solidarietà sociale, ex art. 2 della Costituzione, sull’obbligo di lavorare.

⁴⁶¹ Il terzo grado di parentela è considerato utile ai fini del riconoscimento dei permessi ex art. 33, comma 3, della legge n. 104/92 solo se i genitori o il coniuge della persona con handicap grave hanno più di 65 anni d’età o sono a loro volta affetti da patologie invalidanti oppure sono deceduti o mancanti.

⁴⁶² Così al nuovo comma 7-bis dell’art. 33 della legge n. 104 del 1992 introdotto dall’art. 24, comma 1, della legge n. 183/10 meglio nota come “collegato lavoro” e rafforzato dal d.lgs. n. 119/11. Si noti che sul punto è anche intervenuta la Circolare n. 155 del 3 dicembre 2010 dell’Inps a chiarire che i presupposti oggettivi per il riconoscimento dei permessi retribuiti si riconducono principalmente al fatto che la persona con disabilità grave non sia ricoverata a tempo pieno presso istituti specializzati, salvo specifiche eccezioni e sempre che non sia comunque richiesta l’assistenza dai sanitari medesimi.

2.3.3 I congedi per eventi e cause particolari

Tra le sospensioni di ultima generazione o “potestative” attivabili dal lavoratore solo se e quando beni primari sullo svolgimento della prestazione lavorativa lo richiedano - ferma restando l’intangibilità del diritto che è a monte- rientrano, poi, i cosiddetti “congedi per eventi e cause particolari” pur sempre introdotti nel nostro ordinamento giuridico dalla legge n. 53 del 2000 all’art.4⁴⁶³.

Anch’essi sono, inoltre, collocabili nel “gruppo” dei congedi aventi finalità “familiari”.

Anzi, come fa notare parte della dottrina⁴⁶⁴, solitamente l’espressione “*congedi per gravi motivi familiari*” richiama alla mente proprio tali tipologie di sospensioni più che i congedi cosiddetti “*family friendly*” fin qui visti, in quanto il decreto ministeriale attuativo dell’art. 4 della legge n. 53/00 così definisce il congedo di massimo due anni connesso alla morte o alla grave patologia del coniuge, convivente o parente entro il secondo grado⁴⁶⁵.

Entrando nel dettaglio, essi si articolano, dunque, in: 1) permessi retribuiti pari a *tre giorni lavorativi* all’anno per decesso o documentata grave infermità del coniuge, anche legalmente separato, del convivente o di un parente entro il secondo grado (così al primo comma dell’art. 4 della legge n. 53/2000); b) congedo non retribuito, continuativo o frazionato, di massimo due anni per gravi e documentati motivi familiari (così al secondo comma dell’art. 4 della legge n. 53/2000); c) congedo straordinario per assistenza al disabile (così al comma 4-*bis* dell’art. 4 della legge n. 53/2000). Sull’ultimo già si è approfondito in occasione dei congedi e permessi dei genitori per assistenza del figlio con grave handicap. In questa sede, quindi, si focalizzerà l’attenzione sui primi due sottotipi.

Procedendo per ordine, quanto ai permessi vi è da chiarire che in caso di convivenza si potranno chiedere i tre giorni retribuiti all’anno – non comprensivi dei giorni festivi e di quelli non lavorativi- per morte o grave infermità del compagno solo se si è in presenza di una “*stabile convivenza risultante da certificazione anagrafica*”⁴⁶⁶. Sembrerebbe, dunque, necessaria la produzione di un certificato di stato di famiglia in quanto unico documento da cui si potrebbe evincere, appunto, una convivenza di un certo numero di anni. Il che se da un lato può essere discriminatorio rispetto al trattamento riservato al coniuge, anche separato, dall’altro lato diventa una cautela necessaria al fine di evitare situazioni imbarazzanti di abuso. Il dipendente che intenda fruire dei permessi in esame dovrà, inoltre, *comunicare* in

⁴⁶³ Così come integrata dal Decreto del Ministero della Solidarietà n. 278 del 21 luglio 2000.

⁴⁶⁴ Ed il riferimento è principalmente a L. Calafà, in *op.cit.*

⁴⁶⁵ In effetti l’art. 2 del dal Decreto del Ministero della Solidarietà n. 278 del 21 luglio 2000 si intitola proprio “*congedi per gravi motivi familiari*”.

⁴⁶⁶ Così all’articolo 1, secondo comma, del D.m. 278/00.

maniera previa al suo datore di lavoro l'evento che ne dà titolo ed i precisi giorni nei quali essi saranno utilizzati, dietro presentazione, anche qui, di idonea documentazione a supporto. In ogni caso, i permessi dovranno essere goduti *entro sette giorni* dal decesso oppure dall'insorgenza o della grave infermità in sé o della necessità a provvedere a conseguenti specifici interventi terapeutici⁴⁶⁷.

Unicamente rispetto alla fattispecie della grave infermità del coniuge, del convivente o del parente entro il secondo grado è, poi, data al lavoratore la possibilità *in alternativa ai tre giorni retribuiti* di concordare con il datore di lavoro diverse modalità di espletamento della prestazione lavorativa, anche su periodi superiori a tre giornate complessive⁴⁶⁸. Questa parte di norma suscita, tuttavia, varie perplessità in dottrina in quanto come evidenzia un autore⁴⁶⁹: “Non è ben chiaro, peraltro, a che cosa possa servire la soluzione «alternativa», visto che la norma *configura un diritto potestativo*, che non sembra lasciare alcuna discrezionalità autorizzatoria al datore di lavoro”. Che il datore non possa eventualmente negare al dipendente una diversa collocazione oraria della prestazione lavorativa in presenza di eventi particolarmente gravi nella vita di una persona quali un lutto o una grave patologia del familiare stretto è dato che sembra, oramai, acquisito pure dalla giurisprudenza⁴⁷⁰. Ciò nonostante vi sono talune formalità da rispettare quali la forma scritta dell'accordo da cui devono chiaramente desumersi i giorni di permesso sostituiti con riduzioni orarie. Il tutto, presumibilmente, per rispondere ad esigenze di trasparenza e di correttezza reciproca tra le parti⁴⁷¹.

Venendo, invece, al vero e proprio congedo per gravi motivi familiari esso è qualitativamente molto simile ai permessi –avendo la stessa *ratio* di valorizzazione delle istanze di cura delle persone care- cambiando più che altro solo l'estensione temporale e la natura di interesse

⁴⁶⁷ Tale limitazione temporale è stata introdotta dall'art.1, terzo comma, del D.m. n. 278/00.

⁴⁶⁸ Si veda in tal senso il secondo capoverso del primo comma dell'art. 4 della legge n. 53 del 2000.

⁴⁶⁹ Il riferimento è a R. Del Punta, in *op.cit.*, p.67.

⁴⁷⁰ Esempio in tal senso è la sentenza del Tribunale di Milano del 23 aprile 2003 che espressamente riconosce un vero e proprio diritto al lavoratore circa i permessi di cui all'art. 4 della legge n. 53/2000 tanto che nel caso in cui dovesse sopravvenire la morte o la grave infermità di un coniuge, convivente o parente entro il secondo grado durante un periodo di ferie queste si sospendono automaticamente.

⁴⁷¹ L'art. 1, comma quarto, del d.m. n. 278/00 sul punto stabilisce infatti che: “Nel caso di grave infermità dei soggetti di cui al comma 1, la lavoratrice o il lavoratore possono concordare con il datore di lavoro, in alternativa all'utilizzo dei giorni di permesso, diverse modalità di espletamento dell'attività lavorativa, anche per periodi superiori a tre giorni. L'accordo è stipulato in forma scritta, sulla base della proposta della lavoratrice o del lavoratore. Nell'accordo sono indicati i giorni di permesso che sono sostituiti dalle diverse modalità di espletamento dell'attività lavorativa; dette modalità devono comportare una riduzione dell'orario di lavoro complessivamente non inferiore ai giorni di permesso che vengono sostituiti; nell'accordo stesso sono altresì indicati i criteri per le eventuali verifiche periodiche della permanenza della grave infermità, ai sensi del successivo articolo 3, comma 4. La riduzione dell'orario di lavoro conseguente alle diverse modalità concordate deve avere inizio entro sette giorni dall'accertamento dell'insorgenza della grave infermità o della necessità di provvedere agli interventi terapeutici”.

legittimo più che di diritto potestativo desumibile dall'espressione utilizzata dal legislatore "possono chiedere" in luogo di "hanno diritto"⁴⁷².

In particolare, il dipendente, sia pubblico che privato, può chiedere, appunto, nell'arco della sua vita lavorativa di avvalersi di un congedo non retribuito⁴⁷³ di massimo due anni, continuativi o anche frazionati, calcolati secondo il calendario comune, per:

- a) necessità familiari derivanti dal decesso del coniuge, anche separato, del convivente, del parente o affine entro il secondo grado ;
- b) situazioni che comportano un impegno particolare del dipendente o della propria famiglia nella cura o nell'assistenza delle persone suddette;
- c) grave *disagio personale*, ad esclusione della malattia, nel quale incorra il dipendente medesimo;
- d) gravi patologie del coniuge, del convivente, del parente o affine entro il secondo grado consistenti in: 1) patologie acute o croniche che determinano temporanea o permanente riduzione o perdita dell'autonomia personale, ivi incluse le affezioni croniche di natura congenita, reumatica, neoplastica, infettiva, dismetabolica, post-traumatica, neurologica, neuromuscolare, psichiatrica, derivanti da dipendenze, a carattere evolutivo o soggette a riacutizzazioni periodiche; 2) patologie acute o croniche che richiedono assistenza continuativa o frequenti monitoraggi clinici, ematochimici e strumentali; 3) patologie acute o croniche che richiedono la partecipazione attiva del familiare nel trattamento sanitario; 4) patologie dell'infanzia e dell'età evolutiva aventi le medesime caratteristiche di assistenza continuativa necessaria o per le quali il programma terapeutico e riabilitativo richiede il coinvolgimento dei genitori o del soggetto che esercita la potestà.

Circa i singoli passaggi in cui potrebbe articolarsi il procedimento per la richiesta di siffatto congedo molto è lasciato alla contrattazione collettiva. Resta, tuttavia, fermo l'obbligo datoriale di esprimersi sull'istanza entro *dieci giorni* dal suo ricevimento e *dopo aver garantito il contraddittorio* al dipendente, necessario in un'ottica di contemperamento delle rispettive esigenze⁴⁷⁴. Inoltre, la decisione "parzialmente negativa" consistente nella concessione solo in parte o dilazionata nel tempo del congedo o "totalmente negativa" quale la proposta di rinvio in altro momento oppure il diniego assoluto, deve essere motivata sulla base di comprovate ragioni organizzative e produttive aziendali che non consentono la

⁴⁷² Come evidenziato anche dalla dottrina maggioritaria e principalmente da R. Del Punta in *op.cit.*, p.68.

⁴⁷³ Durante il quale, però, il dipendente conserva il suo posto di lavoro a patto che non svolga nel mentre altre attività lavorative.

⁴⁷⁴ Sulla necessità di una risposta celere da parte del datore all'istanza di congedo per gravi motivi familiari del lavoratore si era già espressa pure la giurisprudenza. In particolare, con la sentenza del 13 ottobre 2001, il Tribunale di Firenze ha messo in evidenza proprio come tale atto sia dovuto in quanto derivante dagli obblighi generali di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 del codice civile.

sostituzione del lavoratore. In questi casi, comunque, il dipendente potrà sempre “opporsi” chiedendo un riesame della domanda nei venti giorni successivi. Dal suo canto, il datore dovrà assicurare una coerenza ed una uniformità di comportamenti anche alla luce delle prassi aziendali consolidate.

Solo per i rapporti di lavoro a tempo determinato, e sempre garantendo il contraddittorio e la celere decisione, il datore di lavoro potrà negare il congedo per incompatibilità con la durata del contratto ovvero quando l’assunzione del lavoratore a termine è avvenuta proprio per sostituire altro dipendente a sua volta in congedo per motivi familiari.

Relativamente al caso del decesso, è possibile chiedere il congedo in esame anche e soprattutto se il dipendente non ha più la possibilità di utilizzare nello stesso anno i tre giorni di permesso retribuito *ad hoc* perché, ad esempio, li ha già goduti per la perdita di altra persona cara. In siffatte circostanze, anzi, la procedura da seguire si snellisce nel senso che quando la richiesta è riferita a periodi non superiori ai tre giorni, il datore di lavoro sarà tenuto ad esprimersi in merito entro 24 ore ed a motivare l’eventuale diniego sulla base di “*eccezionali ragioni organizzative*”, nonché ad assicurare che il congedo venga fruito entro i *successivi sette giorni*, esattamente come richiesto dalla disciplina in materia di permessi poco sopra vista.

A meno che non venga previamente fissata una durata minima del congedo, la lavoratrice e il lavoratore hanno diritto a rientrare nel posto di lavoro anche prima del termine dello stesso, dandone, però, preventiva comunicazione, almeno di sette giorni, al datore di lavoro cosicché questi, specialmente qualora abbia provveduto alla sostituzione del dipendente, abbia il tempo di meglio organizzarsi. Per rispondere alle stesse esigenze organizzative pure laddove sia stata individuata *ab origine* una ben precisa data di scadenza del congedo ed il dipendente intendesse, invece, ritornare prima alla sua attività lavorativa sarà, comunque, dovuto un preavviso sebbene di durata, stavolta, inferiore a sette giorni.

In ogni caso, al termine del rapporto di lavoro il datore dovrà sempre rilasciare al dipendente apposita attestazione relativa al periodo di congedo fruito⁴⁷⁵.

⁴⁷⁵ Per espressa previsione dell’art. 2, comma 2, del D.m. n. 278/00.

2.3.4 I congedi per la formazione.

Finora si sono esaminate quelle sospensioni “potestative” inerenti a diritti della persona *per la famiglia*.

La legge n. 53 del 2000, tuttavia, nel dare un nuovo ruolo, per così dire “da protagonista”, al dipendente titolare di diritti prevalenti sull’obbligo di lavorare attivabili solo se e quando egli stesso lo ritenga necessario, va certamente a prestare una particolare attenzione anche e soprattutto all’elevazione del livello culturale del lavoratore medesimo.

È in questo contesto, dunque, che si inserisce quel secondo “gruppo” di sospensioni “di nuova generazione” che già in premessa si è definito *formativo*.

La relativa disciplina è racchiusa negli artt. 5 e 6 della l. n. 53/00, rispettivamente sulla formazione specifica e continua.

In primo luogo, al fine di ampliare l’ambito operativo del diritto allo studio di cui all’art. 10 dello Statuto dei Lavoratori, illustrato in precedenza, il legislatore del 2000, all’art. 5 della legge n. 53, ha riconosciuto ai lavoratori *con almeno cinque anni di anzianità di servizio*, presso la stessa azienda o amministrazione, il diritto ad un congedo per la soddisfazione di esigenze formative *personali* di vario genere.

In particolare, tale congedo della durata massima di undici mesi, continuativi o frazionati, durante l’intero arco della vita lavorativa, potrà essere utilizzato per il completamento della scuola dell’obbligo oppure per il conseguimento del titolo di studio di secondo grado, del diploma universitario o di laurea⁴⁷⁶, ed infine per la partecipazione ad attività formative “*diverse da quelle poste in essere o finanziate dal datore di lavoro*”- per riportare l’espressione di cui all’art. 5 in esame-, ed alla natura delle quali la norma non pone limiti oggettivi⁴⁷⁷. Il tutto chiaramente in aggiunta rispetto a quanto riconosciuto dalla legge n. 300/70 e per sostenere in maniera ancor più pregnante le svariate, e spiccatamente personali, scelte formative.

Date tali premesse e stante, quindi, la *ratio* dell’istituto consistente nella possibilità di avere tempo da dedicare all’appagamento di attitudini personali che ben potrebbero non avere alcun

⁴⁷⁶ Valga la pena ricordare che in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale il lavoratore studente universitario ha sempre diritto al congedo di formazione di cui all’art. 5 della legge n. 53/00 a prescindere dal corso di studi frequentato e dalla circostanza che si tratta della prima o della seconda laurea o dal collegamento tra il corso frequentato e l’attività lavorativa. Per approfondimenti si rinvia a R. Del Punta, in *op.cit.*, p.65.

⁴⁷⁷ Tanto che parte della dottrina, si veda in tal senso R. Del Punta, in *op.cit.*, p. 65 ritiene astrattamente possibile chiedere il congedo di formazione di cui all’art. 5 della legge n. 53/2000 anche per un corso di cucina.

nesso con il tipo di attività lavorativa concretamente svolta, il diritto al congedo è sì prefigurato quale diritto potestativo, ma non è incondizionato. Ed infatti, per espressa previsione del quarto comma dell'art. 5 della l. n. 53/00 il datore di lavoro potrebbe anche non accogliere la richiesta di congedo per la formazione ovvero differirla nel caso di “*comprovate esigenze organizzative*”.

Al riguardo diventa molto importante il ruolo assunto dalla contrattazione collettiva.

Essa, infatti, è chiamata dal legislatore a disciplinare le modalità di fruizione del congedo, il numero massimo di lavoratori che contemporaneamente vi possono accedere ed a definire le ipotesi in cui è prospettabile un diniego o un differimento⁴⁷⁸. Inoltre, sarà sempre compito delle parti sociali nazionali prevedere un congruo termine di preavviso in ogni caso mai inferiore a trenta giorni⁴⁷⁹.

Sebbene il congedo per la formazione non sia per legge retribuito⁴⁸⁰, il dipendente vedrà nel mentre conservato il suo posto di lavoro e potrà riscattarsi questo periodo ai fini pensionistici. Egli avrà pure diritto a chiedere il differimento dell'età pensionabile così da raggiungere il livello pensionistico desiderato.

In secondo luogo, il legislatore del 2000 ad ulteriore conferma dell'*imprinting* comunitario della legge n. 53, più volte evidenziato, ha sentito il bisogno di garantire ai lavoratori una *formazione continua* – vero e proprio pilastro delle politiche occupazionali europee- intesa come apprendimento che copre tutti i periodi, sia di attività che di inattività, facenti inevitabilmente parte della vita lavorativa di un soggetto impiegato nel XXI secolo e, quindi, costretto a passare da un lavoro ad un altro con estrema facilità e probabilità.

⁴⁷⁸ Il vigente CCNL dei metalmeccanici del 15 ottobre del 2009, ad esempio, disciplina i congedi per la formazione all'art. 9. In esso si stabilisce che: “ il lavoratore dovrà presentare al datore la relativa *richiesta almeno 30 giorni prima per un congedo di durata fino a dieci giorni ed almeno 60 giorni prima per congedi di durata superiore ai 10 giorni*, specificandone i motivi ed allegando la documentazione a supporto dell'istanza. L'azienda valuterà l'accoglimento della richiesta tenuto conto delle esigenze tecnico-organizzative e in caso di diniego o differimento del congedo informerà l'interessato dei motivi che hanno determinato la decisione. Ferma restando la compatibilità dei congedi con lo svolgimento della normale attività produttiva, *i lavoratori che potranno contemporaneamente assentarsi dall'unità produttiva a questo titolo non dovranno superare l'uno per cento del totale della forza occupata*. Gli eventuali valori frazionari risultanti dall'applicazione della suddetta percentuale saranno arrotondati all'unità superiore”.

⁴⁷⁹ Tanto, infatti, dispone l'art. 5 della legge n. 53 del 2000 al comma quarto.

⁴⁸⁰ E per espressa previsione di cui all'art. 5, comma terzo, della legge n. 53 del 2000 non sia neppure cumulabile con le ferie, con la malattia e con gli altri congedi ma è prevista la sua possibile interruzione per il sopravvenire di una grave e documentata infermità.

L'art. 6 della legge n. 53/00, ribadisce proprio questo concetto nel senso che espressamente individua tra i destinatari di tale tipo di formazione anche i lavoratori *non occupati*⁴⁸¹, i quali, a maggior ragione, hanno bisogno di essere inseriti in percorsi formativi specifici diretti ad accrescerne la professionalità e a renderla più in linea con le mutevoli competenze richieste dal mercato del lavoro.

La principale differenza rispetto ai congedi per la formazione di cui sopra consiste proprio in ciò, ovverosia stavolta si terrà conto non solo delle attitudini e delle scelte autonome del dipendente ma soprattutto di cosa serve realmente all'azienda in cui si è già inseriti o verso la quale ci si dirige.

La formazione, dunque, è strettamente professionale e, per i soggetti già impiegati, è contenuta in appositi piani aziendali o territoriali all'uopo predisposti e spesso finanziati da Fondi Interprofessionali.

Quanto, invece, al monte ore da destinare a questi congedi, alla loro eventuale copertura in termini retributivi ed ai criteri in base ai quali selezionare i dipendenti da inserire in siffatti corsi formativi, anche in questo caso, è tutto demandato alla contrattazione collettiva. Solitamente le parti sociali nazionali istituiscono apposite commissioni interne proprio per il coordinamento e la definizione dei progetti formativi usufruibili dai lavoratori tramite *permessi retribuiti per un massimo di centocinquanta ore nell'arco di un triennio*⁴⁸².

Per i disoccupati è lo Stato che deve, assieme alle Regioni e agli Enti Locali, ex art. 6, primo comma, della l. n. 53/00 assicurare loro un'offerta formativa adeguata all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro, articolata sui singoli territori e sulla quale vanno sovente a confluire pure risorse di provenienza comunitaria, quali, principalmente, quelle derivanti dal Fondo Sociale Europeo⁴⁸³.

⁴⁸¹ Che la norma si rivolga anche e soprattutto ai lavoratori non occupati è chiaramente scritto al primo comma dell'art. 6 della legge n. 53/00.

⁴⁸² Come avviene in generale nell'ambito del diritto allo studio. Si muove certamente in tal senso il vigente CCNL dei metalmeccanici.

⁴⁸³ Su come le varie Regioni d'Italia spendano risorse del FSE per la formazione si consenta il rinvio alla ricerca di C. Amato dal titolo "Programmazione Europea. Azioni e politiche attive per il lavoro" in www.mezzogiornoeuropa.it.

2.3.5 I riposi giornalieri per donatori di sangue e di midollo osseo.

Resta, infine, da esaminare quel terzo “gruppo” di sospensioni “potestative” cosiddetto “*di solidarietà sociale*”.

Sebbene previsti in leggi diverse rispetto alla n. 53 del 2000⁴⁸⁴, appartengono, indubbiamente, ad esso i riposi giornalieri per donatori di sangue e di midollo osseo⁴⁸⁵.

Quanto ai primi, essi consistono nel diritto ad astenersi dal lavoro, pur conservando la retribuzione, nell'intera giornata in cui il lavoratore ha donato gratuitamente il sangue.

La retribuzione deve essere corrisposta direttamente dal datore di lavoro, il quale, però, ha facoltà di chiedere eventualmente un rimborso all'Istituto di assicurazione contro le malattie a cui è iscritto il donatore.

Nel regolamento di attuazione della norma di riferimento⁴⁸⁶, inoltre, si è anche precisato che la giornata di riposo decorre *a partire dal momento in cui il donatore si è assentato dal lavoro per l'operazione di prelievo del sangue*.

Inizialmente non era previsto alcunché in merito ad eventuali contributi previdenziali legati alla retribuzione corrisposta con riferimento alla giornata pur di riposo.

Tuttavia, sul punto è, poi, intervenuto il disposto di cui all'art. 13 della l. 4 maggio 1990, n. 107.

In base ad esso, quindi, ad oggi, e nonostante l'originaria “opposizione” dell'Inps, quest'ultimo Istituto statale ha l'obbligo di accreditamento figurativo dei contributi previdenziali relativi alla giornata in cui il dipendente ha donato il sangue, essendo essa considerata a tutti gli effetti di legge lavorativa⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Ci si riferisce, in particolare, alla legge 13 luglio 1967, n. 584, art.2, per i riposi per donatori di sangue ed alla legge 6 marzo 2001, n.52, art. 5, per i riposi per donatori di midollo osseo.

⁴⁸⁵ Possono, inoltre, rientrare in questo “gruppo” anche i permessi riconosciuti a volontari della Protezione Civile ai sensi della legge n. 266 del 1991 ed ai volontari del Club Alpino Italiano ex lege n. 162 del 1992. In particolare, ai primi sono riconosciuti massimo 90 giorni l'anno, di cui 30 continuativi, pagati dal datore ma rimborsabili dalla Protezione Civile, per assistenza in occasione di pubbliche calamità oltre a 30 giorni l'anno, di cui 10 continuativi, per attività di simulazione e di formazione teorico-pratica; ai secondi, invece, spettano permessi retribuiti dal datore, ma, anche qui, rimborsabili dall'istituto di previdenza cui il dipendente è iscritto, nei giorni effettivi in cui si svolgono operazioni di soccorso o di addestramento.

⁴⁸⁶ Ovverosia come detto nell'antecedente nota l'art. 2 della legge 13 luglio 1967, n. 584.

⁴⁸⁷ Si noti che ai sensi dell'art. 3 della legge n. 584 del 1967, l'Inps può a sua volta ottenere un rimborso dallo Stato, il quale si assume in ultima istanza i costi relativi a tutti i servizi sociali, ivi compresa la donazione di sangue.

Non solo, ma grazie alla sentenza della Corte Costituzionale del 18 febbraio 1992, n. 52 si è avuta una completa equiparazione tra la donazione di sangue e la malattia, ad ulteriore sostegno della necessità della copertura contributiva⁴⁸⁸.

Ed infatti, secondo i giudici delle leggi “*la donazione di sangue può considerarsi una malattia perché la perdita di sangue che il donatore subisce produce nel soggetto un indebolimento psico-fisico equiparabile allo stato di malattia per il quale è sempre prevista la contribuzione figurativa*”⁴⁸⁹.

In riferimento ai riposi per donatori di midollo osseo, similmente a quanto visto poco sopra, essi consistono in permessi *retribuiti* che coprono il tempo necessario per l’espletamento dei seguenti atti: a) prelievo finalizzato all’individuazione dei dati genetici; b) ulteriori prelievi indispensabili ai fini dell’approfondimento della compatibilità con i pazienti in attesa di trapianto; c) accertamento dell’idoneità alla donazione.

Il donatore ha, pertanto, diritto a conservare la normale retribuzione sia per le *giornate di degenza precedenti al prelievo di sangue midollare*, eseguito in regime di ospedalizzazione, sia *per quelle successive alla donazione*, fino al completo ripristino del suo stato fisico, secondo quanto certificato dall’equipe medica competente.

Anche in questo caso è garantita la copertura previdenziale per le stesse ragioni esposte in relazione alla donazione di sangue⁴⁹⁰.

Proprio a tal fine, al datore di lavoro sono certificati, a cura dei servizi che hanno reso le prestazioni sanitarie, l’accesso e le pratiche inerenti alla procedura di donazione cui si è sottoposto il dipendente.

⁴⁸⁸ Ovviamente garantire al lavoratore che dona il sangue non solo la retribuzione ma anche i contributi è apparso ai giudici della Consulta doveroso se si vogliono realmente incentivare tali atti da loro stessi definiti “ad elevato contenuto di solidarietà umana e di utilità sociale”. Si veda il punto n. 3 dei “considerato in diritto”.

⁴⁸⁹ Così al punto terzo dei “considerato in diritto” della pronuncia n. 52 del 1992 in esame.

⁴⁹⁰ Ai sensi dell’articolo 8 della legge 23 aprile 1981, n. 155.

Capitolo Terzo: Le vicende sospensive nelle prestazioni di lavoro altamente flessibili.

Parte Prima: *Il contesto storico-normativo di riferimento.*

3.1.1 Il rapporto *Supiot* e la rinnovata centralità della persona-lavoratore

Fin qui si è evidenziata l'evoluzione che il concetto di sospensione ha avuto nel nostro ordinamento, principalmente per dimostrare quanto, al giorno d'oggi, sia *giuridicamente impossibile* sostenere – sebbene taluni governi ci provino in tutti i modi, specie in tempi di crisi economica- che il contratto individuale di lavoro sia in nulla diverso dagli altri “strettamente” sinallagmatici⁴⁹¹.

Si è visto, infatti, che se tale tesi poteva avere un senso agli inizi del novecento - quando non esisteva né il codice civile vigente né la Costituzione e quindi non c'era alcuna disciplina dei rapporti di lavoro, neppure *in fieri*⁴⁹²-, essa diveniva difficile da accogliere già con il “secondo Barassi” ovvero sia a partire dagli anni cinquanta, dopo l'introduzione delle prime vicende interruttrive della prestazione di lavoro di cui agli artt. 2110 e 2111 del cod. civ. e soprattutto a seguito della centralità acquisita dagli *aspetti sociali* del lavoro con la Costituzione (basti qui ricordare il concetto di “*retribuzione minima sufficiente*” da garantire a prescindere dal come e dal quanto si è lavorato, ex art. 36, primo comma, della Cost.).

Ancora negli anni successivi, con lo Statuto dei Lavoratori prima e con la legge n. 53 del 2000 poi, si è assistito ad un continuo incremento, non solo in quantità ma soprattutto in qualità, dei casi in cui il lavoratore ha diritto alla retribuzione pur in assenza della controprestazione lavorativa.

Si è via via affermato il principio cardine per cui esistono dei diritti fondamentali – ad esempio, quello alla salute, alla famiglia, all'istruzione- che non possono non prevalere sull'obbligo di lavorare e che, peraltro, dovrebbero essere *liberamente accessibili* al dipendente in quanto *persona e cittadino*.

Dietro tali leggi, inoltre, c'è sempre stato l'apporto decisivo della giurisprudenza italiana nel senso di rendere sempre più “pubblica” e meno “privata” la natura delle sospensioni, data la concreta impossibilità di utilizzo di categorie civilistiche, quali *in primis* quella di impossibilità sopravvenuta, rispetto a molte di esse.

⁴⁹¹ Ciò nonostante, appunto, la tendenza attuale del Governo italiano - esemplare in tal senso è il recente art. 8 della legge n. 148 del 2011- a voler ridurre, invece, i rapporti di lavoro a meri “contratti di scambio” nei quali non dovrebbero entrare diritti sociali.

⁴⁹² Si ricordi che il codice civile del 1985, all'epoca vigente, non disciplinava affatto il fenomeno del lavoro.

D'altro canto, pure quella parte della dottrina notoriamente restia ad un superamento della visione corrispettiva del contratto di lavoro -ed in particolare un autorevole autore⁴⁹³- si è, poi, trovata ad ammettere che già nel momento in cui la Corte Costituzionale è intervenuta sulla legge n. 1204 del 1971, per adattare la normativa in materia di maternità ai principi costituzionali di eguaglianza fra i coniugi e, soprattutto, di tutela del figlio, qualcosa è cambiato.

Si è, cioè, creato “ *un altro genere di sospensione ... che riesce difficile, per non dire improprio, ricollegare a categorie civilistiche, avendo, invece, come fondamento un’esigenza di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti alla quale l’ordinamento ha deciso di venire incontro*”.

I riflessi di questo “sfaldamento” – per riprendere l’espressione di un’autrice⁴⁹⁴- si sono ancor di più amplificati, “legandosi alla natura di *diritto di scelta* del lavoratore”, proprio con l’introduzione dell’istituto dei congedi parentali con la direttiva n. 96/34 recepita, guarda caso, con la richiamata legge n. 53 del 2000.

Come sottolineato anche nei paragrafi precedenti, la legge suddetta, sulla base delle stesse premesse di *libera disponibilità dei diritti potestativi*⁴⁹⁵ di cui alla direttiva, ha cercato di andare oltre provando a costruire un *nuovo modello di sospensioni*, cosiddetto “*europeo*” - *per la sua chiara derivazione comunitaria*- di cui entrerebbero a far parte, appunto, accanto ai congedi parentali, e *lato sensu* “*familiari*”, quelli “*formativi*” e di “*solidarietà sociale*”.

Si è affermato, quindi, che gli spunti verso un tale modello di sospensione “*di ultima generazione*” - che vede nel lavoratore il “*soggetto attivo*” *libero di scegliere*, fra i diritti potestativi di cui è titolare, quelli attivabili in un certo momento senza possibilità di diniego datoriale - sono provenuti certamente dall’Europa. Essi non possono essere derivati, però, solo dalla direttiva n. 96/34 dedicata, come varie volte precisato, *esclusivamente ai congedi parentali* ma sono stati desunti anche e soprattutto da uno studio, sotto molti profili “rivoluzionario”, quale il cosiddetto “Rapporto Supiot”⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Il riferimento è a R. Del Punta, in *op.cit.*

⁴⁹⁴ L. Calafà, in *op.cit.*, p. 190.

⁴⁹⁵ Si ricorda che i diritti potestativi rappresentano una particolare tipologia di diritti soggettivi. Essi si caratterizzano per il fatto che il soggetto titolare può *in maniera unilaterale* con il loro esercizio creare, modificare o estinguere una determinata situazione giuridica senza che colui che ne subirà gli effetti possa fare nulla. Nel diritto del lavoro, dunque, ci si trova dinanzi ad un diritto potestativo del lavoratore ogni volta che non si assegna al datore di lavoro un ruolo determinante nel perfezionamento della fattispecie sospensiva come precisato dalla Corte di Cassazione con la sentenza dell’8 novembre 2000, n.14490.

⁴⁹⁶ Dal nome del professore di diritto del lavoro, di nazionalità francese, coordinatore del gruppo di ricercatori rappresentativi dei diversi Stati membri.

L'analisi inerente all'evoluzione delle sospensioni non sarebbe, dunque, completa senza un *focus* su questo Report. Non solo, ma le conclusioni a cui era pervenuto quel gruppo di ricercatori sono degne di nota perché permettono di capire pure fino a che punto taluni concetti sono stati poi manipolati.

Non potendo, tuttavia, riprodurre in questa sede l'intero studio di circa centosettanta pagine, si cercherà di riassumerlo evidenziandone i punti cruciali.

Verso la metà degli anni novanta, dunque, la Commissione Europea decise di assegnare a taluni professori universitari⁴⁹⁷ il compito di sviluppare una ricerca circa le caratteristiche che avrebbe dovuto assumere il diritto del lavoro "del futuro"⁴⁹⁸.

Stante il superamento del modello cosiddetto "fordista" di lavoro - i cui tratti salienti erano riconducibili ad un lavoro rigido, di forza muscolare, principalmente, se non esclusivamente, maschile, scandito dai ritmi della catena di montaggio, standardizzato pure dal punto di vista dei redditi e che non richiedeva particolari competenze⁴⁹⁹ - e l'avvento di una società caratterizzata da fenomeni quali la globalizzazione, l'informatizzazione ed la terziarizzazione ci si chiedeva, cioè, in che maniera fosse possibile per il diritto del lavoro continuare ad essere al passo con siffatti cambiamenti.

Si tenga presente che in quegli anni era già assolutamente in corso il dibattito sulla necessità di introdurre dosi ulteriori di flessibilità nel mercato del lavoro comunitario considerata, da molti, l'unica soluzione possibile⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Non solo di diritto del lavoro ma anche di sociologia e di economia per avere un approccio al tema interdisciplinare. Ci si riferisce in particolare ai professori: María Emilia Casas, Jean De Munck, Peter Hanau, Anders Johansson, Pamela Meadows, Enzo Mingione, Robert Salais, Alain Supiot e Paul van der Heijden.

⁴⁹⁸ Tale rapporto sarebbe, poi, dovuto servire alla "Direzione Generale Lavoro e politiche sociali" della Commissione Europea.

⁴⁹⁹ Per dirla con il prof. Mingione del gruppo di esperti coordinati da Supiot il modello fordista aveva dato vita ad un "*tipo di lavoro in cui il dipendente aveva rinunciato ad auto-organizzarsi*" essendo i suoi tempi tutti scanditi dalle macchine. Così nel saggio "*La regolazione del lavoro e le trasformazioni del welfare*" in www.fondazionemalagugini.it. p.2.

⁵⁰⁰ Ed in effetti, come fa notare B. Caruso in "*La flessibilità ed il diritto del lavoro italiano*" *op.cit.*, p. 507, "il concetto di flessibilità, come un virus, è stato inoculato nel dibattito scientifico e nelle concrete strategie regolative già nei primi anni 80".

Ora, lo studio che prenderà il titolo “*Al di là dell’impiego: trasformazioni del lavoro e futuro del diritto del lavoro in Europa*” e sarà consegnato alla Commissione nel 1999, andrà, sorprendentemente, in assoluta controtendenza rispetto alle aspettative.

Il *file rouge* della ricerca, infatti, è la convinzione degli esperti⁵⁰¹ che per continuare a sopravvivere – considerato il pericoloso fenomeno cosiddetto della “*fuga dal diritto del lavoro*” i cui tratti iniziavano ad emergere nitidamente- il diritto del lavoro non avesse altra scelta se non quella di *non* prestare più il fianco all’economia, smettendo di esserne l’ancella. Per gli studiosi, dunque, non poteva essere compiuto errore peggiore, dai vari governi nazionali, di quello di pensare ed elaborare, ancora una volta, le norme in materia di lavoro per rispondere non ai bisogni delle persone ma ad esigenze economiche, peraltro, “fittizie” perché frutto di un’economia “malsana” fatta da speculatori finanziari capaci di distruggere in pochi attimi società di un certo spessore.

Riprendendo le parole di uno dei componenti del gruppo, bisognava porre fine ad una realtà fatta di “*accordi di franchising e di subappalto, di scatole di controllo finanziario incrociato, di finanziari rapinatori che spezzano le imprese produttive e le svendono non tanto perché non sono competitive ma perché queste manovre sono vantaggiose in termini finanziari. Dov’è l’utilità marginale per la crescita e lo sviluppo di una economia quando uno speculatore, dato che il valore finanziario è più elevato di quello produttivo, distrugge un’attività pienamente competitiva per un vantaggio finanziario?*”⁵⁰².

Detto in altri termini, secondo il prof. Supiot, la priorità, per vincere le sfide del nuovo secolo, era *riporre al centro il lavoratore in quanto persona* e rendere il diritto del lavoro *prevalente* su di un’economia, come l’attuale, “*neo-classica e marginalista, insensibile al welfare ed alle politiche sociali*”⁵⁰³.

Cosa che non era certamente ottenibile con misure ispirate ad una maggiore flessibilità del lavoro sia in entrata che in uscita.

D’altra parte, per i ricercatori del ‘99 non vi erano dubbi circa “*l’inesistenza di qualsiasi automatismo tra flessibilità, licenziamenti facili e crescita dell’occupazione*”⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Alla quale essi arrivano dopo un lungo lavoro di comparazione fra ordinamenti giuridici.

⁵⁰² Così E. Mingione, nel saggio “*La regolazione del lavoro e le trasformazioni del welfare*” in www.fondazionemalagugini.it. p.2.

⁵⁰³ Le parole sono ancora una volta del prof. Mingione nel saggio “*La regolazione del lavoro e le trasformazioni del welfare*” in www.fondazionemalagugini.it.

⁵⁰⁴ Il prof. Mingione, in *op.cit.*, p. 2, infatti, afferma “*ormai dovremmo aver capito che non c’è alcuna relazione tra flessibilità, licenziamenti facili e crescita dell’occupazione*”. Tale frase, peraltro, acquista oggi un’importanza ancora maggiore dato che al momento in cui si scrive il Governo in carica, evidentemente non avendo recepito

La realtà di molti Paesi - dalla Danimarca, all'Olanda fino alla stessa Italia Settentrionale, dove si concentra la maggior parte delle aziende medio - grandi a cui si applica la legge n. 300/70 ma in cui la disoccupazione è certamente più bassa rispetto al Sud, nonostante le "difficoltà di licenziamento"- aveva già ampiamente messo in luce che si hanno incrementi occupazionali non con la cosiddetta "flessibilità in uscita" ma solo se si investe in un "*welfare rinnovato*" ovverosia incardinato sulla *formazione permanente e professionale, sui congedi parentali, familiari e per scopi culturali*.

Di qui, appunto, l'idea di base: garantire al lavoratore, sia esso subordinato, autonomo o un volontario - e, quindi, a prescindere dalla tipologia di contratto e dalla concreta attività svolta- (Supiot, infatti, si riferisce sempre ad un concetto di lavoro "*tout court*" ovverosia senza aggettivi) un sistema di "*sicurezze attive*"⁵⁰⁵ basato su di un primo *diritto ad accedere al lavoro* rafforzato da un *diritto alla continuità dello status professionale acquisito negli anni*. Il tutto, quindi, andando ben oltre l'erogazione di meri sussidi inerenti alla disoccupazione involontaria o altre simili forme di assistenza "passiva" per combattere, invece, a monte l'inoccupazione attraverso politiche attive.

Per realizzare ciò, il primo passo obbligato, per gli esperti, doveva essere quello di ripartire da una nuova concezione di "*Stato sociale*" per tale intendendosi non lo "*Stato Leviatano*" di Hobbes contrapposto allo "*Stato del laissez-faire*" ma, semplicemente, quello che guarda al *benessere* dei suoi cittadini, ne ha particolarmente a cuore la *dignità*, e *perseguendo realmente la parità di trattamento tra uomini e donne*⁵⁰⁶, in un'ottica di *mainstreaming*, garantisce diritti sociali fondamentali aventi una struttura simile a quella dei cerchi concentrici.

Nasce, così, la celebre "*teoria dei cerchi concentrici*" che rappresenta l'emblema, ovvero la parte più nota, del rapporto del '99.

tale insegnamento, pone al centro delle politiche del lavoro e quasi in chiave strategica proprio la flessibilità in uscita e l'abolizione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori considerata come la via maestra per un aumento dell'occupazione.

⁵⁰⁵ Indispensabile se si tiene presente che a differenza del passato, oggi il singolo lavoratore può trovarsi contemporaneamente di fronte a più datori di lavoro o committenti. Si pensi in tal senso alla somministrazione. Di conseguenza ha bisogno di maggiore forza contrattuale.

⁵⁰⁶ Secondo gli esperti, infatti, nel "nuovo" mercato del lavoro globalizzato le donne sono parimenti, se non forse ancor più, discriminate che in passato in quanto impiegate in lavori "precari" che non danno loro alcun diritto ed in ogni caso non le sostengono né dal punto di vista dello sviluppo professionale né sotto il profilo della carriera. Esse, infatti, per Supiot "*incontrano indubbiamente maggiori difficoltà di accesso rispetto agli uomini sia alle prestazioni sociali che ai diritti*". Così alla pag. 176 del Rapporto Supiot nella versione italiana del 2003.

Supiot immagina dei diritti “sociali” - nel duplice senso di aventi una natura pubblica e, quindi, “sociale” ma anche una utilità e degli obiettivi di miglioramento dell’intera società - come facenti parte di cerchi che via via si restringono.

Nel primo di essi, il più grande, colloca quei diritti sociali “*universali*” che andrebbero *garantiti alla persona indipendentemente dal fatto che sia o meno un lavoratore*. Ne dovrebbero far parte, ad esempio, *il diritto all’assistenza sanitaria obbligatoria, all’istruzione ed alla formazione continua* intesa, come altrove precisato, nel senso della garanzia di un apprendimento permanente mediante l’inserimento in percorsi formativi anche e soprattutto in periodi di inattività.

Il secondo cerchio, invece, leggermente più piccolo, racchiuderebbe i *diritti che si legano a qualsiasi tipo di lavoro, ivi compreso quello familiare, di volontariato o non retribuito*. Per Supiot, infatti, bisogna superare la tendenza a pensare al lavoro solo nei termini di un impiego retribuito e subordinato in quanto “la nozione di lavoro salariato si è costruita gettando *nell’ombra tutte le forme di lavoro non di mercato, quali l’autoformazione o il lavoro a titolo gratuito*. Essa si è costituita anche per opposizione al lavoro autonomo”. Nulla di più sbagliato. Di qui “*la difficoltà di oggi di riuscire a percepire la condizione lavorativa delle persone come qualcosa che oltrepassi l’impegno contrattuale del loro lavoro per abbracciare la diversità delle forme di lavoro sperimentate dalla vita umana*”⁵⁰⁷. Essendo, dunque, per l’autore, lavoro a tutti gli effetti pure, ad esempio, quello di cura dei figli o della famiglia o lo studio da autodidatta, specialmente in quei momenti la persona deve avere delle garanzie di accesso e di sostegno economico. Entrano a far parte di questo secondo cerchio, quindi, *i diritti ai congedi parentali, familiari, formativi, per attività di volontariato o per motivi di studio*.

D’altra parte, secondo l’*equipe* di esperti, non dovrebbe essere così difficile riconoscerli pure a chi lavora gratuitamente posto che vi sono già “*numerosi testi di legge che legano l’accesso a determinati diritti sociali (diritti previdenziali legati all’educazione dei bambini, diritto a borse di studio per chi si occupa di economia sociale e simili) all’esercizio di un’attività socialmente utile*”⁵⁰⁸.

All’interno del terzo cerchio, ancora più piccolino, Supiot inserisce i diritti che devono essere *comuni a qualsiasi attività professionale, pure autonoma o comunque non avente i caratteri della subordinazione “tradizionale”*. Qui andrebbero, quindi, posti principalmente quelli

⁵⁰⁷ Così alla pag. 22 del rapporto Supiot.

⁵⁰⁸ Rapporto Supiot, p.66

relativi *alla salute ed alla sicurezza sociale* da incentivare con sussidi ma soprattutto con sistemi di contribuzione all'avanguardia⁵⁰⁹.

Infine vi è il quarto cerchio, quello maggiormente ristretto. In esso entrerebbero *i diritti specifici connessi al lavoro retribuito ed, in linea di massima, stabile*. Essi, in quanto presuppongono una condizione di subordinazione, dovrebbero, poi, essere graduati a seconda dell'intensità della subordinazione stessa. Si pensi, ad esempio, al diritto ad un orario di lavoro certo, alla privacy e simili.

Sebbene lo Stato abbia un ruolo fondamentale nella realizzazione del disegno appena esposto, Supiot ritiene, comunque, indispensabile il coinvolgimento "attivo" di tutti i componenti la società, ivi comprese le imprese, che da centri di mera produzione dovrebbero divenire "centri di apprendimento e di ricerca", ed i sindacati che dovrebbero tutelare egualmente gli interessi del Lavoratore in quanto tale, specialmente se "atipico" o volontario, ovverosia dovrebbero *"aprirsi alla rappresentanza di nuovi soggetti, di nuove realtà e di nuovi bisogni, in particolare quelli connessi con la questione della parità tra uomini e donne"*⁵¹⁰.

Inoltre, data la sempre più frequente soggezione degli Stati al potere delle grandi multinazionali che di fatto impongono loro l'agenda politica, sarebbe opportuno che l'Europa intervenisse con fermezza a porre delle solide basi per l'affermazione dei diritti sociali nei diversi Paesi membri dando concretezza a quel concetto di *"cittadinanza sociale europea"* di cui già al Trattato di Maastricht⁵¹¹.

Se lo schema immaginato dal gruppo di professori fosse realmente seguito da un legislatore, avremmo come primo ed immediato risultato quello di far divenire realmente accessibili a chiunque molti diritti il cui esercizio, viceversa, ancora oggi è una prerogativa dei soli lavoratori subordinati⁵¹². Facendo riferimento alla disciplina italiana, ad esempio, sono

⁵⁰⁹ Da quanto appena detto si evince che per Supiot alcune realtà nazionali dovrebbero compiere passi in avanti per elevare il loro regime di sicurezza sociale a questo livello, uscendo da concezioni della sicurezza come diritto solo del lavoratore subordinato.

⁵¹⁰ A. Supiot, op.cit., p. 183. Sotto questo profilo, anzi, per il gruppo di esperti diventa necessaria la presenza delle donne nelle organizzazioni sindacali in quanto solo così la contrattazione collettiva può divenire realmente sensibile ad aperture verso misure, anche apparentemente di disparità, come le azioni positive.

⁵¹¹ Gli esperti, in buona sostanza, chiedevano nel 1999 una Carta Costituzionale di livello europeo a garanzia dell'effettivo accesso ai diritti sociali per tutti i cittadini europei. Le vicende successive hanno mostrato il fallimento di tale progetto di Costituzione europea, bocciato con referendum da taluni Stati membri stessi, timorosi di perdere parte della loro sovranità, ma è stato in qualche maniera ripristinato nel 2007 con l'art. 6 del Trattato di Lisbona che ha dato alla Carta di Nizza del 2000 lo stesso valore giuridico dei Trattati.

⁵¹² Ed infatti Supiot immagina una società in cui la gran parte dei diritti "sociali" intesi come diritti che producono benefici per la società stessa e per il suo sviluppo - tipico è il caso del diritto al congedo parentale o per motivi familiari- sono per tutti mentre solo una minoranza viene "riservata" al lavoratore salariato perché la

attualmente connessi allo *status* di lavoratore “dipendente”, diritti, pur fondamentali, come i congedi parentali o i permessi per motivi di studio oppure, ancora, i congedi familiari. Si noti che la logica ispiratrice è all’opposto rispetto a quella “al ribasso” propria di talune proposte legislative italiane che vorrebbero togliere diritti al lavoratore “standard” per equipararlo al “precario”.

In secondo luogo, poi, e cosa ancor più importante, *si sosterebbe sempre la persona*, valorizzando il suo bagaglio culturale e di esperienze, ovverosia, per usare l’espressione di Supiot, il suo “*status professionale*” in maniera tale da coprire “*i periodi di inattività propriamente detti tanto quanto i periodi di formazione, di lavoro dipendente retribuito, di lavoro indipendente o di lavoro fuori del mercato. Al paradigma del lavoro di mercato sarà così sostituito un paradigma della condizione lavorativa delle persone che non viene definita dall’esercizio di una professione o di un impiego determinato, ma che ingloba le diverse forme di lavoro (di mercato e non) che ogni persona è suscettibile di compiere nel corso della propria esistenza*”⁵¹³.

In terzo luogo, come facilmente desumibile da quanto da ultimo detto, non discriminando fra lavoro autonomo o subordinato o addirittura gratuito, tutti, in linea tendenziale, uguali in termini di diritti e di relativi “costi” per le imprese, ci si potrebbe assicurare che il passaggio da un impiego ad un altro sia davvero frutto di una *libera e consapevole scelta* della persona e non di “ricatti” o volontà unicamente datoriali.

Ed ancora, nel momento in cui si allarga la platea dei soggetti titolari di diritti sociali - aprendo anche a coloro che svolgono un “*lavoro non di mercato*” - verrebbe inevitabilmente meno quella visione di questi ultimi come una sorta di “*contropartita rispetto a situazioni particolari di soggezione*”⁵¹⁴. Di conseguenza, qualsiasi diritto sociale non sarebbe più il “contentino” da dare a chi ha lavorato subendo soprusi e frustrazioni ma diventerebbe un “*diritto di prelievo sociale*”, per riprendere le parole di Supiot.

Un diritto, cioè, non appartenente ad un lavoratore “passivo” - che corre contemporaneamente i rischi connessi sia al lavoro che alla sua stessa vita privata e familiare, sempre più sacrificata in nome di esigenze produttive “superiori”- ma spettante ad un soggetto “attivo” ovvero ad una *persona libera* che in quanto contribuisce con il suo lavoro, anche e soprattutto non retribuito, alla progressione della società accantona, appunto, *diritti sociali*, come i congedi di

loro struttura va realmente ad intaccare modalità di organizzazione ed attuazione proprie solo di un lavoro subordinato.

⁵¹³ Così alla pag. 66 del Rapporto Supiot nella versione tradotta in italiano del 2003.

⁵¹⁴ Come pure spesso i diritti sociali sono stati definiti. Il rinvio è ancora una volta al Rapporto Supiot nella versione tradotta del 2003.

maternità, di paternità, parentali o per la soddisfazione delle sue stesse aspirazioni personali *da prelevare* solo se e quando lo riterrà opportuno.

Che questa filosofia sia esattamente quella che ha ispirato la legge n. 53 del 2000 appare, a questo punto della trattazione, piuttosto evidente.

Commentando, infatti, la legge appena citata - che è un tutt'uno con il modello di sospensioni di "ultima generazione" che ha cercato di introdurre - si è più volte messo in risalto come elemento principale di novità sia proprio l'approccio alle vicende interruttive della prestazione di lavoro in chiave "positiva". Esse, in effetti, si è detto, per il legislatore italiano del 2000 non sono delle "patologie" del rapporto di lavoro ma dei preziosi strumenti posti direttamente nelle mani di un lavoratore responsabile e capace di auto-organizzarsi - che è in primo luogo persona e cittadino, ed in quanto tale, titolare di diritti potestativi fondamentali- il quale deve sentirsi libero di accedervi se, come e quando dovesse sentirne il bisogno.

La progressione rispetto al passato, quindi, è sintetizzabile in un'unica parola chiave: *libertà*.

3.1.2 La manipolazione del termine “libertà” divenuto “flessibilità”

Come si è potuti mai finire da siffatte idee di libertà di scelta del lavoratore al “mantra” della flessibilità o, per dirla con un autore, alla “flessibilità ridondante”⁵¹⁵, declinata a vantaggio delle sole imprese, e produttiva di precarietà per il lavoratore, è un pezzo di storia italiana da approfondire.

Nell’Ottobre del 2001, ovverosia dopo solo un anno dalla legge n. 53, il Governo all’epoca in carica presenta un documento che, riprendendo la terminologia comunitaria, viene definito un “Libro Bianco”⁵¹⁶ con sottotitolo “Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità”.

L’obiettivo era teoricamente quello di “*rendere partecipi tutti gli attori istituzionali e sociali delle riflessioni che il Governo ha svolto*”⁵¹⁷ sulla tematica del lavoro, alla luce degli *input* comunitari e *stante la fase successiva di predisposizione di iniziative legislative da presentare al Parlamento*.

In realtà, tale dibattito resterà nelle mere intenzioni scritte in premessa ma non si realizzerà mai dato il pensiero unico governativo circa la “*necessità oggettiva*”⁵¹⁸ di flessibilità cosiddetta “*in entrata*” nel nostro ordinamento giuridico.

Si disse, infatti, che siccome l’Italia “è il paese europeo con il più basso tasso di occupazione generale e femminile in particolare, il più alto livello di disoccupazione di lungo periodo, il più marcato divario territoriale”⁵¹⁹ non vi erano altre possibili vie d’uscita se non l’introduzione di nuove tipologie di contratto di lavoro – talune importate, come il lavoro temporaneo, e molte da pensare con il marchio “made in Italy”⁵²⁰ - capaci di combattere il lavoro nero e, comunque, di far rientrare nel mercato soprattutto quei soggetti da esso solitamente esclusi, quali *in primis* giovani, anziani e soprattutto donne.

Discorso aperto e chiuso, dunque.

⁵¹⁵ L’espressione è di B. Caruso, nel saggio “*La flessibilità ed il diritto del lavoro italiano*” in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005, p. 506.

⁵¹⁶ Si ricorda che in ambito europeo i cosiddetti “libri bianchi” sono quelli che precedono testi di legge.

⁵¹⁷ Così alla pag. 1 della “Presentazione” a cura dell’on. R. Maroni.

⁵¹⁸ Le parole sono ancora di B. Caruso, in *op.cit.*, p. 512.

⁵¹⁹ Così in premessa al Libro Bianco del 2001.

⁵²⁰ Rientrano in tale ultima categoria per B. Caruso, in *op.cit.*, p.514, ad esempio, le varie forme di tirocinio e di stage oltre ai cosiddetti “contratti di lavoro socialmente utile”, ai contratti di lavoro coordinato e continuativo.

Nessun riferimento al pur recente Rapporto Supiot – che il legislatore Biagi in persona dirà “non essere stato citato per vicende banali di rivisitazione frettolosa del testo”⁵²¹ - nonostante il continuo riferimento all’Europa ed a sue presunte “imposizioni”⁵²², né a quella ben differente forma di flessibilità, definita da un’attrice come “*temporale scelta*”⁵²³, intesa come *libertà del lavoratore di auto-organizzare il proprio tempo* e di *scegliere* fra i diversi strumenti a disposizione, che vanno dai “classici” congedi parentali ad istituti come la banche delle ore o l’orario flessibile in entrata ed in uscita oppure ancora all’orario concentrato o al telelavoro, di cui alla legge n. 53/00.

Viceversa, anzi, specie in riferimento al gentil sesso, si propone di seguire una direzione opposta per garantirne seriamente l’inserimento lavorativo.

Considerata la necessità, soprattutto in termini di ripresa economica, di una loro partecipazione al mercato del lavoro, bisognava, pertanto, “anzitutto *rimuovere* quei *fattori esterni* che influenzano negativamente la decisione delle donne di iniziare un’attività lavorativa”⁵²⁴.

I fattori esterni *negativi*, come facilmente intuibile, nell’ottica del Governo non potevano essere altro se non le esigenze di cura dei figli e della famiglia da superare, quindi, attraverso *una conciliazione tra tempi di vita e di lavoro tradotta in contratti a tempo parziale o, comunque, “ad orario modulato o flessibile”*⁵²⁵.

Di qui la più grande manipolazione.

Dalla “*flessibilità di orario*” all’interno di un contratto stabile, ovvero sia a tempo indeterminato, di cui al capo III, art. 9, della legge n. 53/2000 si è passati alla “*flessibilità del contratto ad orario parziale ovvero modulato o flessibile*”.

Lo stesso termine viene usato per produrre risultati opposti.

D’altra parte, come ben evidenzia un autore, la parola “flessibilità” si è sempre particolarmente prestata a siffatti giochi “non possedendo uniformità né regolarità

⁵²¹ M. Biagi, *Presentazione del Libro Bianco*, p. 3, in www.aidlass.org/associazione/memoria/Biagi.

⁵²² Lo stesso M. Biagi, commentando il Libro Bianco, dirà che l’orientamento a favore della flessibilità in entrata “è un orientamento che ci viene indotto, vorrei dire addirittura imposto dall’Unione Europea” *op.cit.*, p. 2.

⁵²³ L’espressione è di L. Calafà, *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2004, p. 270.

⁵²⁴ Così alla pag. 12 del Libro Bianco del 2001.

⁵²⁵ Per riprendere l’espressione dello stesso Governo.

concettuale, ma presupponendo soltanto una comune etimologia, dal latino *flectere* – *piegare*, *adattare*⁵²⁶.

Le donne, molto più che i giovani e gli anziani, e specialmente quelle del Sud Italia, diventano così la giustificazione principale all'introduzione nel nostro ordinamento giuridico di contratti atipici.

Al paragrafo II.4 del Libro Bianco si afferma, infatti, a chiare lettere che le politiche di pari opportunità vanno incentrate – oltre che sulla normativa antidiscriminatoria- sulla necessità di “*flessibilità dei contratti atipici (part-time)* nonché su politiche sociali di sostegno alle donne *sposate* che lavorano”.

A parte quella che ci si augura essere stata una svista sul sostegno da dare solo a donne “sposate” e non, invece, alle conviventi o alle ragazze madri, è apparsa da subito evidente l'intenzione del Governo del 2001 di non sollevare affatto il sesso femminile dagli impegni di cura dei figli e della famiglia, in un'ottica di riequilibrio delle responsabilità familiari tra madre e padre. Non a caso, non c'è spazio nel Libro Bianco per un congedo di paternità, degno di questa espressione, o anche solo per una valorizzazione dei congedi parentali di cui alla legge n. 53/00 perché in fondo si dà per scontato che debba essere unicamente la donna a lavorare in casa ed eventualmente fuori.

Così stando le cose, quindi, diventa quasi una conseguenza logica necessaria vedere in forme altamente flessibili di lavoro, come lo *job sharing*, il lavoro intermittente o a chiamata e simili, l'unica soluzione per cercare di dare una mano a quante sono *costrette*, da una cultura estremamente maschilista, ad affrontare da sole il c.d. “*doppio ruolo*” di lavoratrice e madre. Ma, cosa ancora più grave, dietro questa scelta governativa sembrerebbe esserci pure una buona dose di malafede.

Alla pagina 10 del Libro Bianco, infatti, è possibile leggere: “La crescita della presenza femminile nel mercato del lavoro che ha interessato pressoché tutte le classi d'età e, particolarmente nel Centro-Nord, sembra comportare una modifica strutturale nel modello della presenza femminile nel mercato del lavoro lungo il ciclo di vita. *Opportunità importanti, atte a conciliare vita familiare e presenza nel mercato del lavoro, sono discese anche dallo sviluppo del part time, sostenuto proprio per le donne con figli minori a carico ...* La maggiore presenza femminile, favorita dagli strumenti di flessibilità all'ingresso oltre che da

⁵²⁶ B. Caruso, in *op.cit.*, p. 503.

mutamenti tecnologici e culturali, *non appare aver portato a fenomeni di accentuata precarizzazione della componente femminile nel mercato*. Come detto, nel *part time* è particolarmente bassa l'incidenza della componente *involontaria* proprio nel caso delle donne. L'aumento dell'occupazione femminile non è, inoltre, andato a discapito della retribuzione relativa delle donne, anche se rimane un divario di circa venti punti percentuali nei salari maschili e femminili”.

Due osservazioni: in primo luogo nel documento stranamente non ci sono dati a sostegno del presunto nesso tra crescita dell'occupazione femminile *al Nord* e contratti di lavoro a tempo parziale, mentre vi è una generica tabella sui tassi di occupazione e disoccupazione in Italia ed in Europa. In secondo luogo, nel momento in cui il Governo dice che non sembrerebbero esserci stati fino a quel momento *fenomeni di precarizzazione* delle donne aventi un contratto di lavoro a tempo parziale sta chiaramente ammettendo il problema, come se essi fossero insiti nelle forme cosiddette “*non standard*” di lavoro e, quasi eccezionalmente, non ancora emersi.

L'insegnamento del gruppo di Supiot circa la grande pericolosità di contratti atipici che renderebbero le donne ancor più discriminate che in passato rispetto agli uomini, sia sotto il profilo dello sviluppo della carriera sia, soprattutto, nell'accesso ai diritti, quindi, era forse anche noto ma sicuramente subito cancellato dalla mente.

Pochi anni dopo, con il cosiddetto “*Libro Bianco sul Welfare*” del 2003, si va avanti imperterriti sulla stessa linea.

Esso che apparentemente sembra essere un documento tutto incentrato sull' “*importanza della famiglia*”⁵²⁷ - da far comprendere soprattutto alle imprese non sempre sensibili sul punto - finisce per riproporre la “solita” soluzione: per garantire una vera conciliazione tra i due ruoli della donna è necessario introdurre *contratti “flessibili”* ben diversi dal tempo indeterminato – *full time*.

Si arriva, in tale contesto, all'approvazione della legge n. 30 del 2003, meglio nota come “legge Biagi”.

Quest'ultima, che è una legge – delega ex art. 76 della Cost., contiene, fra le altre, una serie di deleghe, appunto, al Governo rispettivamente in materia di: 1) somministrazione di lavoro, *aperta anche al tempo indeterminato* in presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo,

⁵²⁷ Tale espressione, infatti, è tra le più citate all'interno del Libro Verde.

organizzativo; 2) contratti a contenuto formativo e di tirocinio, ivi comprese “*misure di inserimento al lavoro, non costituenti rapporto di lavoro, di durata variabile fra uno e dodici mesi, ovvero ventiquattro per i disabili*”; 3) riforma della disciplina del lavoro a tempo parziale, nel senso di *agevolare il ricorso al lavoro supplementare nel part-time orizzontale e a forme flessibili ed elastiche del lavoro a tempo parziale verticale o misto o comunque a tempo determinato*; 4) *introduzione delle tipologie di lavoro a chiamata, con indennità per il lavoratore che si renda disponibile; occasionale ed accessorio, da retribuire con voucher; a prestazioni ripartite fra due o più lavoratori obbligati in solido per l’esecuzione di un’unica prestazione lavorativa*; 5) *collaborazioni coordinate e continuative, per lavori prevalentemente propri e senza vincoli di subordinazione, regolamentate da un contratto scritto da cui devono risultare la durata, determinata o determinabile, della collaborazione, la riconducibilità ad uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso, con indicazione del corrispettivo.*

Si apre, quindi, alle più svariate tipologie di contratti di lavoro, sempre ufficialmente per inserire o far rientrare nel mercato del lavoro i soggetti “deboli” ed in particolare le donne che hanno, come visto, il difficile compito – tutto loro- di dividersi tra lavoro e casa.

In pochissimi mesi, tanto che parte della dottrina osserverà proprio come difficilmente si sia assistito ad attività portate a termine con tanta celerità⁵²⁸, il Governo darà alla luce il d.lgs. n. 276 del 2003 di attuazione della legge n. 30/2003.

Ancora nella Relazione di accompagnamento al decreto, come fa notare un’autrice⁵²⁹, la locuzione “*conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*” compare immediatamente prima dell’espressione “*miglioramento della qualità della vita*” *esclusivamente al fine di giustificare la sperimentazione del lavoro accessorio, occasionale, intermittente e ripartito.*

Rispetto a tali prestazioni cosiddette “altamente flessibili” si sottolinea, infatti, nel medesimo documento che “*l’adozione di misure che agevolano l’accesso a contratti ad orario modulato e flessibile rappresenta una importante strategia di azioni positive finalizzate, attraverso la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, alla lotta contro le discriminazioni indirette nei confronti delle donne*”.

Come evidenzia un’altra nota autrice⁵³⁰, quindi, diventano addirittura “*azioni positive*” trattamenti normativi *sub-standard*; “*esempio macroscopico del rovesciamento di prospettiva*

⁵²⁸ Fra gli altri, B. Caruso, in *op.cit.*

⁵²⁹ Il riferimento è a L. Calafà, in *op.cit.*, p. 273.

⁵³⁰ Ci si riferisce a G. De Simone, “*Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili fra diritto comunitario e diritto interno*”, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005, p. 657.

del Governo rispetto all'obiettivo di garantire quella che le direttive del 2000 chiamano «l'effettiva e completa parità»⁵³¹.

Siccome, però, il processo di manipolazione dei termini andava sostenuto, o, forse, mascherato fino in fondo, quasi come se ci si credesse sul serio, nella Relazione di accompagnamento in esame, si arriva persino a scrivere che: “ *sarà dunque proprio sul versante del lavoro femminile che si potrà misurare – attraverso i numerosi strumenti di monitoraggio messi in campo dal Governo – la efficacia e la effettività della riforma del lavoro a tempo parziale e la introduzione di tipologie ad orario modulato o flessibile come il lavoro intermittente o il lavoro ripartito*”.

A prescindere dal fatto che, come fa correttamente notare un illustre autore⁵³², “gli obiettivi di inclusione sociale andrebbero, comunque, perseguiti nel rispetto delle *libertà e dei diritti sociali* dei lavoratori, nella prospettiva di renderli maggiormente effettivi” e superando anche l'odiosità di interventi legislativi che usano le differenze, principalmente di genere, come basi per riformare il diritto del lavoro in maniera tale da rispondere unicamente ai bisogni di imprese che “invece di puntare su di un'adeguata capacità di prevedere gli eventi economici e di adattare, di conseguenza, la loro organizzazione in modo ad essi compatibile” vanno a focalizzare l'attenzione su “richieste di modifiche legislative in direzione della deregolazione e della destrutturazione dei rapporti di lavoro”⁵³³, si ritiene possibile andare a vedere ora, dopo quasi dieci anni dalla legge n. 30/03 e dal d.lgs. n. 276/03, cosa è davvero successo rispetto ai tassi di occupazione femminili.

Ebbene recenti statistiche dimostrano l'assoluto fallimento del c.d. pensiero unico “più flessibilità \approx più occupazione”⁵³⁴.

In particolare, nel 2008 il tasso di disoccupazione è addirittura cresciuto dal 6,1% del 2007 al 6,7% accentuando ulteriormente le differenze di genere in quanto risultano disoccupate l'8,5% delle donne contro il 5,5% degli uomini. Anche guardando alla percentuale di occupazione femminile, le donne occupate sono solo il 47,2% mentre gli uomini sono il 70,3%⁵³⁵.

⁵³¹ G. De Simone, *op.cit.* p. 654.

⁵³² Il riferimento è a L. Zoppoli, Gli obiettivi di inclusione sociale nella riforma del mercato del lavoro, in www.unicz.it, 2004.

⁵³³ B. Caruso, *op.cit.*, p. 506.

⁵³⁴ L'espressione è di B. Caruso, in *op.cit.*, p. 503.

⁵³⁵ Dati Istat contenuti nel Report “*Noi Italia*” del 2010.

Riprendendo le parole di un noto autore, dunque, non si può non convenire “sul fatto che l’affermazione che legittima la riduzione delle tutele individuali, in vista del conseguimento di un distinto bene collettivo, secondo la c.d. *insider/outsider theory*, può accettarsi solo nella misura in cui una simile operazione consenta *in concreto* di incrementare il saldo totale attivo degli occupati”. Viceversa “ *se un tale risultato non è conseguito, poiché gli effetti di aumento dell’occupazione si dimostrino incerti o marginali, si dovrà con chiarezza riconoscere a norme che dispongano la riduzione di tutele solo il ruolo di segnare un diverso equilibrio nel bilanciamento fra i contrapposti interessi delle parti e, dunque, nell’ottica del prestatore, un arretramento della tutela*”⁵³⁶.

D’altra parte, come si poteva pensare seriamente di incrementare l’occupazione, specialmente femminile, con un part-time che concilia ben poco se la lavoratrice è costretta al lavoro supplementare fino al raggiungimento dell’orario normale di lavoro⁵³⁷, quando non a prestazioni straordinarie⁵³⁸ e può veder variare – senza diritto al ripensamento⁵³⁹ e ricevendo solo un preavviso di appena due giorni- con le clausole elastiche e flessibili, rispettivamente la collocazione temporale e la durata in aumento della sua prestazione di lavoro?⁵⁴⁰. Per non parlare, poi, del lavoro intermittente. Come fa a rispondere ad esigenze di conciliazione uno

⁵³⁶ V. Ferrante, “*Il tempo di lavoro fra persona e produttività*”, Torino, Giappichelli, 2008, p. 39.

⁵³⁷ Peraltro, e cosa ancor più grave, senza neppure avere sul lavoro supplementare le stesse maggiorazioni del lavoro straordinario. È, infatti, ben possibile che un CCNL non preveda alcuna maggiorazione per il lavoro supplementare in quanto la stessa Corte di Giustizia Europea nel caso *Helming*, sentenza del 15 dicembre 1999, causa C-399/92, non ha ritenuto contrastanti con l’art.119 del TCE norme di un contratto collettivo che non riconoscono alcuna maggiorazione per il lavoro supplementare, posto che per la Corte “ non c’è disparità di trattamento tutte le volte in cui la retribuzione totale pagata ai lavoratori a tempo pieno non sia più elevata, a parità di ore prestate, rispetto a quella versata ad un lavoratore a tempo parziale”.

⁵³⁸ Si noti che con gli interventi del d.lgs. n. 276/07 sull’art. 3 del d.lgs. n. 61 del 2000, di recepimento della direttiva n.97/81, scompare sia il tetto massimo al lavoro supplementare originariamente fissato al 10% dell’orario pattuito, sia la fissazione al 50% della retribuzione oraria globale per le ore aggiuntive.

⁵³⁹ Come era già stato segnalato all’interno del Libro Bianco, il legislatore del 2003 fa effettivamente sparire il cosiddetto “diritto al ripensamento” originariamente previsto in favore del lavoratore che aveva dato il consenso a clausole elastiche corrispondenti alle attuali “flessibili” ovvero sia di mera variazione della collocazione temporale della prestazione. Ed in effetti la cosiddetta “denuncia del patto” è stata sostituita da una procedura che richiede la formalizzazione del consenso del lavoratore all’interno di un apposito patto scritto reso con l’assistenza di un componente della rappresentanza sindacale aziendale indicato dal lavoratore medesimo.

⁵⁴⁰ Valga qui la pena ricordare brevemente che le clausole che originariamente potevano essere inserite in un contratto di lavoro a tempo parziale erano solo quelle elastiche che potevano cioè comportare una mera variazione della collocazione temporale della prestazione. Per effetto del d.lgs. n. 276 del 2003 esse sono divenute le attuali “clausole flessibili” mentre sono divenute clausole cosiddette “elastiche”, dapprima inesistenti, quelle che comportano un vero e proprio aumento della durata della prestazione di lavoro. Queste ultime, peraltro, possono essere inserite in contratti a tempo parziale di tipo verticale o misto oppure a tempo determinato. Si è, tuttavia, opposta ad un potere unilaterale datoriale di mutamento dell’orario di lavoro a tempo parziale la Corte Costituzionale con la sentenza n. 210/1992. In essa, infatti, i giudici delle leggi affermano chiaramente che: “l’ammissibilità di un contratto di lavoro a tempo parziale nel quale sia riconosciuto il potere del datore di lavoro di determinare o variare unilateralmente, a proprio arbitrio, la collocazione temporale della prestazione lavorativa, sarebbe del resto in contraddizione con le ragioni alle quali è ispirata la disciplina di tale rapporto”.

strumento che non permette alla lavoratrice di sapere neppure quando lavorerà e, per di più, la obbliga alla prima eventuale chiamata datoriale a scappare via mollando la casa, i figli e tutto il resto?⁵⁴¹.

⁵⁴¹ Il tutto in cambio di retribuzioni sovente bassissime che generano quel vero e proprio paradosso, ben denunciato da un autore, per cui la lavoratrice “precaria” dovrà lavorare per una quantità del proprio tempo di molto maggiore al fine di ottenere lo stesso stipendio di un lavoratore “standard”. Così V. Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 25.

3.1.3 Dalla *flexicurity* alla flessibilità senza sicurezza

Si è visto, dunque, come dapprima con la legge n. 30 e poi con il d.lgs. n. 276 del 2003, di attuazione della stessa, si è introdotta nel nostro ordinamento giuridico, per il tramite di una molteplicità di tipologie contrattuali, la cosiddetta “*flessibilità in entrata*” considerata “oggettivamente necessaria” per aprire il mercato del lavoro italiano anche a quei soggetti normalmente da esso esclusi, quali *in primis* le donne.

Si è anche detto che il Governo ha sostenuto di adeguarsi, attraverso tali riforme del mercato del lavoro italiano, alle decisioni assunte in ambito comunitario ed alla relativa politica definita da un autore di “*neo laissez-faire*” o del “*ce lo impone l’Europa*”⁵⁴².

Per capire se il richiamo all’Europa sia stato o meno strumentale al fine di giustificare scelte politiche meramente interne ed ideologicamente orientate, basta guardare ai fatti.

Di fatto, appunto, e come fa notare un’autrice⁵⁴³, con la legge n. 30 ed il d.lgs. n. 276 del 2003 si sono create delle forme di lavoro che potremmo definire *ad hoc* per soggetti ben individuati. Si pensi, ad esempio, al part-time per le “*donne sposate*”⁵⁴⁴, al lavoro accessorio per le *casalinghe* o i disabili, piuttosto che al lavoro a chiamata per *i disoccupati di lunga durata*, anche qui soprattutto donne.

Detto in altri termini “*si differenziano i modelli contrattuali sulla base di requisiti squisitamente personali che coincidono in larga parte con fattori d’identità personale che non potrebbero, in forza del diritto discriminatorio e dunque del principio di eguaglianza formale, essere considerati come legittime basi di differenziazione*”⁵⁴⁵.

Non solo ma “*si consentono trattamenti differenziati e peggiorativi per coloro che, presentando determinate caratteristiche personali e sociali, possono avere diritto solo ad un rapporto di lavoro non standard*”⁵⁴⁶ quasi a voler dire che non meritano un contratto di lavoro stabile.

Già sotto questo profilo, appare, quindi, altamente improbabile che sia stata l’Europa ad imporci siffatte modifiche del diritto del lavoro⁵⁴⁷.

⁵⁴² Così B. Caruso, in *op.cit.*, p. 532.

⁵⁴³ Il riferimento è a G. De Simone, “*Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili fra diritto comunitario e diritto interno*”, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005, p. 658.

⁵⁴⁴ Riprendendo la gaffe già evidenziata sopra del Governo nel Libro Bianco del 2000.

⁵⁴⁵ Le parole sono ancora di G. De Simone, “*Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili fra diritto comunitario e diritto interno*”, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005, p. 658.

⁵⁴⁶ D. De Simone, *op.cit.*, p. 658.

⁵⁴⁷ Come, invece, più volte scritto già nel Libro Bianco del 2001.

Sembra qui doveroso ricordare che, al contrario, le varie istituzioni comunitarie, e specialmente la Corte di Giustizia europea, hanno da sempre mostrato un atteggiamento di particolare cautela verso le forme atipiche di impiego ed in particolare verso il part-time proprio perché riguardanti solitamente il sesso femminile.

Ed in effetti, la Corte suddetta ha costruito la nozione di “discriminazione indiretta”⁵⁴⁸ proprio a partire da casi di norme inerenti al lavoro a tempo parziale formulate in maniera apparentemente neutra ma in realtà produttive di trattamenti di sfavore per le donne. Esemplari in tal senso sono, tra le altre, le celebri pronunce Jenkis⁵⁴⁹, Bilka⁵⁵⁰, Kowalska⁵⁵¹ in cui i giudici comunitari hanno riconosciuto la violazione del principio di parità di trattamento uomo – donna ex art. 119 del TCE rispettivamente nel caso di: a) una norma contrattuale che introduceva una differenza di retribuzione oraria tra il lavoro ad orario ridotto e quello ad orario pieno; b) una regola aziendale che escludeva i dipendenti ad orario ridotto dal proprio regime pensionistico integrativo; c) una disposizione del contratto collettivo del pubblico impiego nazionale che consentiva al direttore di escludere i lavoratori part-time dal godimento di una indennità temporanea in caso di cessazione del rapporto di lavoro.

D'altra parte, anche a prescindere dall'attività della Corte di Giustizia, sarebbe, comunque, difficile credere ad una “imposizione” comunitaria nel senso di creare nei vari Paesi membri tipologie contrattuali “su misura”, anche e soprattutto alla luce di quel *principio fondamentale di non discriminazione contenuto all'interno dell'art. 21 della Carta di Nizza*⁵⁵².

In quel documento- che indubbiamente rappresenta il perno attorno al quale sono state e sono ancora da costruire le politiche sociali europee- all'esatto opposto rispetto alle dichiarazioni del Governo italiano, l'unica strada che, in maniera inequivoca, sembrerebbe essere indicata per incrementare l'occupazione in generale e quella femminile in particolare è nella necessità

⁵⁴⁸ Si noti che a costruire la nozione di discriminazione sia diretta che indiretta è stata negli anni la stessa Corte di Giustizia a partire dall'art. 119 del TCE. In particolare si ha una discriminazione diretta quando una donna è stata o è o potrebbe essere trattata meno favorevolmente dell'uomo in ragione del sesso; mentre si ha una discriminazione indiretta quando si è in presenza di un criterio o di una regola apparentemente neutri ma in realtà produttori di effetti sfavorevoli nei confronti delle donne. Per maggiori approfondimenti sull'evoluzione giurisprudenziale in materia si consenta il rinvio a C. Amato, “La giurisprudenza comunitaria sulle discriminazioni di genere”, in Diritti, Lavori, Mercati, n.2/2008.

⁵⁴⁹ Corte di Giustizia 31 marzo 1981, causa 96/80.

⁵⁵⁰ Corte di Giustizia 13 maggio 1986, causa 180/84.

⁵⁵¹ Corte di Giustizia 27 giugno 1990, causa C-33/89.

⁵⁵² In particolare, l'art. 21 della Carta di Nizza recita: “ è vietata qualsiasi discriminazione fondata, in particolare sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale”. Si ricordi, inoltre, che per effetto dell'art. 6 del Trattato di Lisbona la Carta ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati.

di introdurre con leggi statali *non* nuovi contratti di lavoro bensì una serie di “*misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato*”.

All’art. 23 della medesima Carta di Nizza del 2000, e quindi pressoché in contemporanea con la stesura del Libro Bianco, si suggerisce, infatti, agli Stati Membri di incentrare le future politiche inerenti al mercato del lavoro sulle cosiddette “*azioni positive*”⁵⁵³.

Ed ancora al successivo art. 33 – collocato non a caso nel titolo IV sulla *solidarietà*- si insiste su di una *conciliazione tra vita privata e vita familiare* che va garantita ad ogni *persona* – maschio o femmina che sia- *sotto forma di diritto ad essere tutelati contro il licenziamento per motivi familiari e di diritto ad un congedo parentale dopo la nascita o l’adozione di un figlio*⁵⁵⁴.

In nessuna norma di quel documento fondamentale è, cioè, possibile trovare alcun riferimento ad un presunto bisogno di flessibilità del lavoro o dei lavori a discapito dei diritti. Viceversa, la via da percorrere sarebbe proprio quella che stava cercando di tratteggiare, nel nostro ordinamento, la legge n. 53 del 2000, troppo presto accantonata.

Quanto appena detto, inoltre, può assumere un valore ancora maggiore se si tiene presente che dopo queste indicazioni racchiuse nella Carta dei diritti sociali fondamentali l’Europa non è più intervenuta in maniera “*hard*” sulla normativa in materia di lavoro⁵⁵⁵, avendo vissuto una fase di grandi difficoltà circa il suo futuro in ambito sociale⁵⁵⁶ il cui primo segnale di superamento si ha solo nel 2007⁵⁵⁷.

È proprio di quell’anno, infatti, il c.d. Libro Verde “*Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*” con cui la Commissione Europea, dopo un lungo

⁵⁵³ Si definiscono azioni positive ex art. 141, paragrafo 4, del TCE tutte quelle misure che prevedono, appunto, dei “vantaggi specifici diretti a facilitare l’esercizio di un’attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali”. Dunque, esse consistono in misure apparentemente di diritto diseguale, come pur sono state definite, che danno alle donne dei benefici aggiuntivi rispetto alla garanzia dell’applicazione del principio di non discriminazione. Perseguono, cioè, non tanto l’uguaglianza formale ma quella sostanziale. La loro *ratio* è nella logica di N. Bobbio, “Eguaglianza e libertà”, Torino, Einaudi, 1995, per cui ci sono delle “diseguaglianze che diventano strumenti di eguaglianza per il semplice motivo di correggere diseguaglianze precedenti così che la nuova eguaglianza è il risultato del pareggiamento di due diseguaglianze”.

⁵⁵⁴ Così all’art. 33 della Carta di Nizza che, come già visto in antecedenti paragrafi, garantisce, ovviamente, anche il diritto per la donna ad un congedo di maternità *retribuito*.

⁵⁵⁵ Sebbene anche la Carta di Nizza originariamente non avesse efficacia vincolante i principi in essa sanciti sono, però, da subito stati riconosciuti come *fondamentali* anche e soprattutto nell’ambito giurisprudenziale.

⁵⁵⁶ Basti pensare alla bocciatura del progetto di Costituzione Europea con i referendum di Francia e Paesi Bassi nel 2005.

⁵⁵⁷ Negli anni 2001, 2002 e 2003, quindi, l’Europa non interveniva granché sulle tematiche del lavoro, restando fermi i principi cardine in materia espressi nella Carta di Nizza.

periodo di stasi, cerca di riaprire un discorso sulle politiche sociali a partire, appunto, dalle caratteristiche che avrebbe dovuto assumere il mercato del lavoro comunitario.

Date le lungimiranti conclusioni espresse nel Rapporto Supiot, in precedenza esaminate, ci si attendeva una “ripartenza” dalle stesse. Ed invece, il concetto chiave che sembra emergere è quello di “flessibilità nella sicurezza” ovvero di “*flexicurity*”⁵⁵⁸.

Ecco che ritorna, dunque, la parola “flessibilità” ma in stretta correlazione con il termine “sicurezza”. Il che se da un lato rappresenta certamente un ossimoro⁵⁵⁹ - la sicurezza è, infatti, l’antitesi della flessibilità- , dall’altro rende subito l’idea dell’approccio completamente differente rispetto a quello del legislatore italiano.

Tuttavia, come messo in evidenza da un gruppo di studiosi già all’indomani della pubblicazione del Libro Verde⁵⁶⁰, per comprendere fino in fondo il concetto di “flessibilità nella sicurezza” di cui parla la Commissione e “toccare con mano” le sue differenze rispetto al tipo di flessibilità introdotta in Italia, bisogna analizzarlo sia nella sua dimensione “macro” che in quella “micro”.

Brevemente⁵⁶¹, in ambito “macro” la *flexicurity* sembrerebbe rinviare ad un sistema integrato di relazioni industriali e di welfare dove, similmente all’esperienza di vari Paesi del Nord Europa ed *in primis* danese, “la regolazione flessibile del rapporto di lavoro è direttamente proporzionale alla capacità di protezione del lavoratore ad opera di istituzioni controllate

⁵⁵⁸ Nota come punto debole del Libro Verde della Commissione proprio l’accantonamento dello studio dell’equipe di Supiot lo stesso Comitato Economico e Sociale Europeo nel “Parere in merito al Libro Verde” pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. C 175 del 27/07/2007, p.0065 – 0073 e disponibile sul sito di Eur-lex. In particolare al punto 2.11 è possibile leggere: “ Il Comitato ritiene che la Commissione debba inquadrare il dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro ... ispirandosi alle esigenze di parità, di libertà, di sicurezza individuale, di diritti collettivi” di cui al Rapporto Supiot. Ed al punto 2.14 rincara affermando: “*Il Comitato giudicherebbe semplicistica l’idea di considerare come un impedimento alla crescita ed alla occupazione il diritto del lavoro che eserciti funzioni di tutela: significherebbe interpretarlo in maniera riduttiva, come semplice strumento della politica del mercato o variabile economica*”.

⁵⁵⁹ Come detto da F. Gaudu, “*De la flexicurity a la sécurité sociale professionnelle. L’emploi entre mobilité et stabilité*” in Formation Emploi, n. 101, 2008.

⁵⁶⁰ Ci si riferisce a vari professori tra cui M. Barbera, A. Alaimo, L. Calafà, S. Giubboni, D. Izzi, F. Guarriello, A. Lo Faro, L. Mariucci, G. Natullo, P. Pascucci, M. Rusciano, B. Veneziani, L. Zoppoli nella nota di commento al Libro Verde rilasciata nel marzo 2007.

⁵⁶¹ La tematica di per sé implicherebbe trattazioni lunghissime che non possono essere svolte in questa sede. Per approfondimenti si rinvia dunque al libro a cura di M. Delfino ed L. Zoppoli, “*Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico ed atipico in Italia e Germania*” Napoli, Ediesse, 2008.

direttamente dai sindacati⁵⁶² e generosamente finanziate dallo Stato con la fiscalità generale⁵⁶³.

In poche parole, i vari Stati membri dovrebbero in primo luogo garantire ai lavoratori tutti – ovverosia a prescindere dal tipo di contratto e dall’attività svolta- servizi efficienti di cura, di formazione continua, di sostegno effettivo nei periodi di inattività oltre a solidi ammortizzatori sociali, e poi potrebbero introdurre gradualmente dosi di flessibilità intesa, comunque, come *possibilità per la persona - sia essa uomo, donna, giovane o anziano- di passare facilmente da un lavoro ad un altro pur sempre di qualità.*

Ovviamente per realizzare ciò è necessario che lo Stato non abbia debiti così da rimanere privo delle risorse necessarie a costruire una seria rete di garanzie per il lavoratore e soprattutto non può essere fortemente squilibrato al suo interno con un Sud che produce meno della metà del Nord.

Ecco perché già sotto tale aspetto “macro” la *flexicurity*, pur molto diversa dalla flessibilità nostrana tradotta in contratti precari con la scusa di far accedere le donne nel mondo del lavoro, difficilmente avrebbe potuto e potrà funzionare in Italia.

Tuttavia, l’unico elemento che poteva essere recepito nel nostro ordinamento giuridico non è mai interessato a nessuno.

Certamente non all’esecutivo del 2001 e del 2003 che ne era già a conoscenza, ma neppure al Governo attuale che mai ne ha parlato. Esso consiste nell’*estensione* - per regolare seriamente le transizioni nelle situazioni lavorative- *a tutti i lavoratori in quanto tali di un insieme di diritti, tutele e di protezioni fondamentali in modo da ridurre le situazioni di rischio di espulsione dal mercato del lavoro e da riequilibrare l’occupazione tra i sessi o, ancora, da favorire una mobilità realmente scelta dalla persona, come, avviene, appunto, nei Paesi Scandinavi.*⁵⁶⁴

Si è, quindi, esattamente agli antipodi della flessibilità che toglie diritti e tutele praticata in Italia.

⁵⁶² Nei Paesi Scandinavi, infatti, i sindacati gestiscono dei propri fondi contro la disoccupazione a cui vengono direttamente iscritti coloro che prendono la tessera. Tali fondi, sebbene alimentati dalla contribuzione volontaria di tutti i lavoratori, ricevono anche un forte sostegno statale per il tramite di una elevata fiscalità generale.

⁵⁶³ Le parole sono tratte dalla nota di commento del gruppo di esperti di cui sopra.

⁵⁶⁴ Esattamente come suggerito da Supiot già nel 1999. L’osservazione è contenuta nella nota di commento del gruppo di esperti, p. 6.

Anche nella dimensione “micro”, nel senso di inerente ai riflessi sui singoli istituti del rapporto di lavoro, si nota, che l’idea europea di *flexicurity* è molto diversa dal precariato generato nel nostro Paese.

A tale livello, infatti, essa andrebbe vista come l’insieme di quegli strumenti che, ancora una volta *senza nulla togliere ai diritti fondamentali del lavoratore*, possono consentire nello stesso tempo di meglio rispondere sia alle esigenze aziendali sia a quelle del dipendente con un diverso uso del tempo.

Ne sarebbero, pertanto, classici esempi l’istituto della banca delle ore, i regimi di orario “personalizzabili”, i contratti a contenuto formativo, il tele-lavoro, lo stesso part-time ma con le garanzie inerenti alla volontarietà ed al rispetto del principio di non discriminazione di cui si è sopra detto⁵⁶⁵.

Non si parla, dunque, di collaborazioni, di lavori intermittenti o altre simili tipologie contrattuali, non si accenna mai cioè a quei paradossi di un lavoro senza un lavoro.

In buona sostanza, nonostante tutti i suoi limiti⁵⁶⁶ dovuti all’essere il frutto di un evidente compromesso in un momento storico particolarmente delicato dove l’allora Unice (attuale BusinessEurope) ed il Governo britannico minacciavano continuamente il sabotaggio del documento⁵⁶⁷, il Libro Verde della Commissione Europea conferma, comunque, il forte sospetto che il Governo Italiano dei primi del duemila non abbia raccontato proprio la verità.

Esso, infatti, pur tra mille contraddizioni, continua ad insistere su di un punto: *la necessità per l’Europa di combinare sempre la “flessibilità” anche intesa come “competitività aziendale” con la “sicurezza”*.

Ora se si considera, come sottolineato da autorevole dottrina⁵⁶⁸, che “il secondo concetto – nel vecchio continente - da tempo si esprime attraverso la semantica dei diritti fondamentali” si percepisce immediatamente la distanza con la visione della flessibilità recepita in Italia.

⁵⁶⁵ Ancora una volta con analogie unicamente rispetto alla legge n. 53 del 2000.

⁵⁶⁶ Legati principalmente ad una visione della “modernizzazione” del mercato del lavoro ancora unilaterale ed appiattita sulle esigenze economiche da soddisfare prima di ogni altra cosa. In alcuni punti del documento, infatti, si suggerisce di allentare i vincoli nei rapporti di lavoro standard, specialmente con riguardo alla disciplina del licenziamento, a fronte di interventi più protettivi nel mercato del lavoro in modo da garantire maggiore mobilità e con essa l’occupabilità dei singoli lavoratori e l’incremento dei tassi occupazionali. Il tutto senza tener conto né dello studio di Supiot né di più recenti studi Ocse che hanno dimostrato a partire dal caso dell’Olanda- la quale ha un indice di rigidità delle norme sul licenziamento del 5,5 contro l’1,5 dell’Italia ma è anche il Paese con uno tra i più elevati tassi di occupazione dell’Europa - che non esiste alcuna relazione tra flessibilità in uscita ed aumento dell’occupazione.

⁵⁶⁷ Tanto che la Commissione ha dovuto rinunciare a scrivere nel documento la sua posizione di assoluta contrarietà verso il proliferare in Europa di contratti atipici così come non ha potuto manifestare apertamente la volontà di arrivare ad una nozione comunitaria di lavoratore economicamente dipendente ed alla previsione di un sistema di tutele minime di stampo universalistico ed inclusivo.

⁵⁶⁸ Il riferimento è agli autori di cui all’antecedente nota n. 66.

Una *flessibilità senza sicurezza*, come si anticipava nel titolo al presente paragrafo, che per rispondere a richieste unicamente datoriali, non solo non tiene conto dei valori costituzionali sia europei che italiani ma che, all'opposto, cerca di metterli in ombra, se non, come avvenuto ancora recentemente, di rinnegarli e distruggerli a colpi di deroghe⁵⁶⁹.

Che specie i contratti di lavoro c.d. "*altamente flessibili*" si caratterizzino esclusivamente per il fatto di togliere tutele e diritti ai lavoratori così assunti è, purtroppo, una realtà voluta solo dal nostro Governo e sulla quale si ritiene doveroso soffermarsi in maniera maggiormente dettagliata nella seguente ultima parte della ricerca.

⁵⁶⁹ Basti qui ricordare l'art. 8 della d.l. n. 138 convertito in l. n. 148 del 2011, più volte citato.

Parte seconda: *La difficoltà di sospensioni di prestazioni altamente flessibili.*

3.2.1 Le vicende sospensive nello job sharing

I contratti cosiddetti “*altamente flessibili*” o, per riprendere l’espressione di un’autrice⁵⁷⁰, “*duttili*” introdotti in Italia dalla legge n. 30 e dal d.lgs. di attuazione n. 276 del 2003, come anticipato, sono, dunque, l’emblema della manipolazione del termine “libertà” divenuto “flessibilità”⁵⁷¹. E non una flessibilità nella sicurezza⁵⁷² ma una flessibilità fine a se stessa ovverosia “*ideologica e ridondante*” che serve unicamente a rispondere “*alla continua domanda in tal senso proveniente da certi settori imprenditoriali, prontamente accolta dal Governo di centro-destra insediatosi all’inizio del secolo*”⁵⁷³.

Riprendendo le parole di un noto autore si assiste ad una “profonda destrutturazione di alcune delle istituzioni basilari del diritto del lavoro italiano che finora non erano state oggetto di precedenti riforme”⁵⁷⁴.

In pratica si tolgono diritti e la sicurezza si dilegua.

Per capire cosa effettivamente accade all’interno di queste nuove tipologie contrattuali si ritiene necessario soffermarsi sulla disciplina delle stesse a partire dal cosiddetto lavoro ripartito o “*job sharing*”.

Esso nasce nell’esperienza anglosassone per regolamentare i rapporti di portierato⁵⁷⁵ e viene importato in Italia con la c.d. “legge Biagi” ufficialmente per rispondere ad “*una logica di solidarietà, soprattutto fra le lavoratrici, che consenta un miglioramento della qualità della vita personale e familiare*”⁵⁷⁶.

⁵⁷⁰ Il riferimento è a L. Calafà, in *op.cit.*, p. 288.

⁵⁷¹ Basti qui ricordare che nella Relazione di accompagnamento alla legge n. 30 del 2003 si giustificava l’introduzione del lavoro intermittente, accessorio e ripartito proprio alla luce della necessità di conciliare i tempi di vita con quelli di lavoro.

⁵⁷² Sulla quale si rinvia al paragrafo antecedente.

⁵⁷³ B. Caruso, in *op.cit.*, p.505.

⁵⁷⁴ Così B. Caruso, in *op.cit.*, p. 522 che osserva anche come la c.d. “riforma Biagi” abbia rappresentato “un mutamento di ampia portata, paragonabile quanto a profondità dell’intervento regolativo e a quantità degli istituti coinvolti a quel che avvenne con lo Statuto dei Lavoratori nel 1970 ma con un segno di politica del diritto invertito”.

⁵⁷⁵ Dove spesso il portiere veniva sostituito in talune attività dalla moglie che pur non aveva alcuna copertura in termini assicurativi e previdenziali.

⁵⁷⁶ Così nella Relazione di accompagnamento alla legge n. 30 del 2003.

La principale caratteristica è nell'essere un contratto "speciale"⁵⁷⁷ in cui due lavoratori⁵⁷⁸ si dividono un'unica ed identica prestazione di lavoro della quale sono responsabili in solido⁵⁷⁹. La misura percentuale e la collocazione temporale del lavoro giornaliero, settimanale, mensile o annuale che si prevede venga svolto da ciascuno sono, quindi, rimesse ad un accordo interno fra i coobbligati – da recepire nel contratto scritto⁵⁸⁰ – che possono in qualsiasi momento apportarvi modifiche ed adattamenti, fermo restando il diritto del datore di lavoro di pretendere sempre l'adempimento per intero della prestazione e non solo una parte di essa⁵⁸¹.

Detto in altri termini, la vera e propria peculiarità risiede nel fatto che sin dal momento della definizione del programma negoziale, i soggetti coobbligati si impegnano a svolgere la prestazione *pro quota*, ciascuno durante l'orario di lavoro individuato nel contratto, di modo che il singolo lavoratore normalmente "non dovrebbe essere tenuto e nemmeno legittimato, se non previo accordo, ad adempiere l'obbligazione lavorativa nei momenti assegnati all'altro"⁵⁸².

Il fatto di essere in presenza di due soggetti che si dividono la stessa obbligazione, ha posto da subito una serie di problemi "di gestione" del contratto a cui ha tentato di rispondere il d.lgs. n. 276/03 di attuazione della legge n. 30/03.

⁵⁷⁷ Come viene definito dallo stesso legislatore all'art. 41, primo comma, del d.lgs. n. 276/03.

⁵⁷⁸ La possibilità originariamente prevista di aprire anche a più di due soggetti la stessa prestazione lavorativa inizialmente contenuta nella legge delega n. 30 ed ancora nella prima bozza dell'art. 41, primo comma, del d.lgs. n. 276/2003 è stata poi definitivamente accantonata nella versione del medesimo comma dell'articolo suddetto licenziata dal Consiglio dei Ministri in data 31 luglio 2003. Pertanto ad oggi lo *job sharing* può essere solo "di coppia".

⁵⁷⁹ Diversamente dallo "*job splitting*" in cui non c'è alcuna responsabilità in solido tra lavoratori che risultano titolari di distinti rapporti di lavoro a tempo parziale. Si noti, peraltro, che secondo una parte della dottrina non si è in presenza di una vera e propria responsabilità solidale perché l'adempimento da parte di un coobbligato non produce l'effetto di liberare l'altro *partner* dall'obbligo di prestare la propria attività lavorativa. In tal senso, fra le altre, B. Orlandi, "*Il contratto di lavoro ripartito*" in "*I nuovi contratti di lavoro*", a cura di M. Persiani, Utet, 2010, p. 416.

⁵⁸⁰ In cui dovranno essere anche indicati rispettivamente il luogo di lavoro, nonché il trattamento economico e normativo spettante a ciascun lavoratore e le eventuali misure di sicurezza specifiche da adottare necessariamente alla luce del tipo di attività svolto. La forma scritta è richiesta dal legislatore *ad probationem*, in mancanza della quale, ferma restando la validità e l'efficacia del contratto, dovranno intervenire in sede processuale le prove legali e testimoniali nei limiti di cui all'art. 2725 del cod. civ.

⁵⁸¹ Sul punto, dunque, si è acceso un forte dibattito in dottrina tra chi come G. Pellacani, "*La ripartizione dell'obbligazione lavorativa tra più lavoratori: spunti ricostruttivi sul job sharing*" ha sostenuto che in fondo il contratto di lavoro ripartito non fosse altro che una *species* del più ampio *genus* del lavoro a tempo parziale e chi all'opposto ne ha messo in evidenza la riconducibilità ai contratti atipici di cui all'art. 1322, secondo comma, del cod. civ.

⁵⁸² Le parole sono di M. Dell'Olio, "*I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma*", in ADL, 2005, p. 69 e ss.

Esso, però, come meglio si vedrà di qui a poco, ha generato regole ancor più confuse e contraddittorie tali da “*celare male un del tutto gratuito intento repressivo nei confronti dei lavoratori*”⁵⁸³.

Pure a voler sorvolare sull’annosa questione inerente al come coordinare siffatta tipologia contrattuale con la nozione di subordinazione di cui all’art. 2094 del cod. civ.⁵⁸⁴, restavano in piedi due grossi problemi.

In primo luogo, infatti, non era facilmente intuibile dalla legge n. 30 del 2003, il trattamento del coobbligato in caso di licenziamento del *partner*.

In secondo luogo, e punto ancor più delicato ai fini della presente ricerca, non si capiva bene neppure cosa succedesse all’interno del rapporto di lavoro “diviso” in ipotesi di malattia, maternità o simili vicende interruttrive della prestazione di lavoro, specie se riguardanti contemporaneamente entrambi i componenti la coppia.

Ebbene, ancora una volta, la soluzione del d.lgs. n. 276/03 si è tradotta nel semplice non riconoscere diritti.

Partendo dal presupposto che la disciplina generale in materia di rapporto di lavoro subordinato può applicarsi alla fattispecie in esame solo se “*compatibile con la particolare natura del rapporto di lavoro ripartito*”⁵⁸⁵, il decreto di attuazione della legge n. 30 del 2003 risponde, infatti, al nostro primo interrogativo stabilendo che: “ fatto salvo un diverso accordo fra le parti (previo, ovvero da concordare già in sede di stipula del contratto) *le dimissioni o il licenziamento di uno dei lavoratori coobbligati comporta l’estinzione dell’intero vincolo contrattuale*”⁵⁸⁶.

In questa maniera, quindi, appare evidente il ricatto, soprattutto psicologico, compiuto a danno di ognuno dei lavoratori della coppia, il quale ben si vedrà dal porsi anche solo minimamente “in contrasto” con il proprio datore sapendo che persino un licenziamento

⁵⁸³D. Gottardi, “*Orari flessibili, regole contraddittorie e punitive*”, in *Unità*, inserto, 12 agosto 2003.

⁵⁸⁴ In un certo senso superata dalla Circolare del Ministero del lavoro n. 43 del 7 aprile 1998 con la quale si è presa posizione nel senso dell’ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico del contratto a lavoro ripartito, all’epoca in assenza di una fonte legislativa in materia, proprio stante il carattere comunque personale della prestazione che non verrebbe meno nonostante la contitolarità del contratto dal momento che per il Dicastero “ogni lavoratore resta personalmente e direttamente responsabile dell’adempimento dell’intera obbligazione”. La stessa formula è stata, poi, ripresa anche al secondo comma dell’art. 41 del d.lgs. n. 276/2003.

⁵⁸⁵ Così all’art. 43, secondo comma, del d.lgs. n. 276/2003.

⁵⁸⁶ Art. 41, quinto comma, del d.lgs. n. 276/2003.

disciplinare, in teoria personalissimo, potrebbe travolgere pure l'altra persona per nulla "colpevole".

L'assurdità di tale norma è stata più volte denunciata dalla dottrina che ha mirato, infruttuosamente, quantomeno ad una restrizione del suo campo di applicazione ai soli licenziamenti per giustificato motivo oggettivo o per riduzione del personale⁵⁸⁷.

Non solo ma data la mancanza di volontà del legislatore di distinguere fra i vari motivi di licenziamento, è ben possibile che si giunga all'estinzione del contratto di *job sharing* persino nei casi di superamento del periodo di comporta. Il che da un lato rende ancora di più l'idea di quanto possano essere sotto pressione questi lavoratori, timorosi addirittura di ammalarsi, e dall'altro rappresenta una situazione, come si diceva, realmente paradossale soprattutto nei confronti di quel lavoratore coobbligato che pur avendo preso su di sé, per molto tempo, l'intera prestazione lavorativa si vedrà, alla fine, comunque licenziato⁵⁸⁸.

Ed in effetti, come in parte appena anticipato, sicuramente in caso di malattia, infortunio, gravidanza, ovvero nelle fattispecie c.d. "tipiche" di sospensione, mentre dubbi nascono in riferimento alle vicende sospensive cosiddette "di ultima generazione" - ovverosia i congedi che, per loro natura, avendo tempi di assenza più lunghi, ben potrebbero porre in crisi il contratto in esame per come è strutturato- il d.lgs. n. 276/03 risolve la seconda problematica introducendo la regola generale per cui *dovrà* essere sempre il coobbligato non ammalato o infortunato o incinta ad assolvere temporaneamente all'intera prestazione lavorativa⁵⁸⁹.

Questo accade perché si pone un *divieto assoluto di far entrare un terzo nel contratto in sostituzione del coobbligato assente* ex art. 41, quarto comma, del decreto in esame⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ I quali unici effettivamente potrebbero giustificare l'estinzione dell'intero contratto. Proponeva una tale soluzione, fra gli altri, G. Pellacani in *op.cit.*, p. 324.

⁵⁸⁸ A meno che il datore di lavoro, all'apice della sua discrezionalità, magari perché preso da particolari rimorsi, non decida spontaneamente di proporre al coobbligato non "colpevole", formulando apposita richiesta, un nuovo contratto di lavoro, a tempo pieno o parziale, stavolta avente i requisiti della subordinazione "classica" ex art. 2094 del cod. civ. e quest'ultimo accetti. Così, infatti, dispone l'art. 41 del d.lgs. n. 276/2003 al secondo capoverso del quinto comma.

⁵⁸⁹ Ovviamente fermo restando l'adeguamento retributivo sul quale, tuttavia, *non vi saranno maggiorazioni* perché similmente al caso del lavoro supplementare nel part-time *non si riconosce la natura di "straordinario" alle ore prestate in più dal coobbligato per coprire l'assenza del partner* dato che rientrano, pur sempre, nella "normale" obbligazione lavorativa.

⁵⁹⁰ Non solo ma il lavoratore coobbligato ammalato dovrà comunicare immediatamente il suo stato al *partner* per fare in modo che quest'ultimo sia in grado di sostituirlo immediatamente diversamente potendo incorrere in sanzioni disciplinari per aver lasciato sprovvisto, anche solo per poche ore, il datore dell'intera prestazione a cui ha diritto. Ed infatti il datore di lavoro potrà assumere il rischio del ritardo nella sostituzione del prestatore malato soltanto quando le disfunzioni connesse all'avvicendamento tra i lavoratori non siano imputabili ad un difetto di coordinamento ovvero non dipendano da comportamenti contrari alla correttezza e buona fede. In altri termini, potrà evitare di irrogare provvedimenti disciplinari solo se il lavoratore ammalato si sia effettivamente

Due osservazioni sono a questo punto da fare: 1) cosa può mai “conciliare” un contratto di lavoro che obbliga, sin dalla sua stipula, un lavoratore a svolgere non la sua parte bensì l’intera prestazione di lavoro quando il *partner* si ammala o si infortuna o è incinta senza, peraltro, che questi eventi siano minimamente prevedibili?.

Non a caso la maggior parte della dottrina non ha mancato di sottolineare come si è in presenza di una vera e propria forma di lavoro “*a comando*” rispetto alla quale sembra difficile negare che “*il tempo libero del lavoratore a coppia goda di falsa libertà, ossia di una libertà a dir poco condizionata perché ipotecata dalla responsabilità solidale debitoria in ragione della quale sono comprensibili i dubbi sulla legittimità costituzionale*”⁵⁹¹. Sotto tale ultimo profilo, infatti, si ricorda l’orientamento della Corte Costituzionale che, sebbene in materia di part-time, ha comunque fissato il principio generale per cui l’inserimento in un contratto di lavoro ad orario ridotto di disposizioni che prevedano unicamente una durata complessiva della prestazione senza stabilirne la collocazione esatta nella unità temporale minore è incostituzionale ex art. 36, secondo comma, della Cost. nella misura in cui *impedisce al lavoratore di programmare la gestione del proprio tempo*⁵⁹².

2) L’ambiguità di fondo della disciplina in materia di *job sharing* fin qui denunciata diventa, poi, completa perdita di diritti nel caso in cui entrambi i componenti la coppia dovessero malauguratamente ammalarsi o essere nello stesso periodo infortunati o in gravidanza.

In tali ipotesi, infatti, “riesumando un articolo praticamente mai applicato al contratto di lavoro”⁵⁹³ ovvero l’art. 1256 del cod. civ., al sesto comma dell’art. 41 del d.lgs. n. 276/03 si fa divenire la maternità piuttosto che la malattia o l’infortunio dei coobbligati una “impossibilità temporanea” capace, però, di risolvere il contratto.

Per essere puntuali, richiamando la norma codicistica suddetta, il legislatore del 2003 sta affermando che l’impedimento, anche temporaneo, di entrambi i coobbligati può comportare l’estinzione dell’obbligazione, in relazione al suo titolo o alla natura dell’oggetto, che

trovato *nell’oggettiva impossibilità* di avvertire tempestivamente sia il datore stesso che l’altro coobbligato della propria assenza.

⁵⁹¹ Le parole sono di M. Filadoro, “*Job sharing: un primo approccio della Cassazione*” in *GuLav*, 25, 1999, p.36 e ss.

⁵⁹² Sentenza della Corte Costituzionale n. 210 dell’11 maggio 1992. Non solo ma la Corte ritiene incostituzionale il non sapere precisamente qual è il proprio orario di lavoro ridotto anche sotto il profilo strettamente retributivo e quindi per violazione del primo comma dello stesso articolo 36 della Cost. Ed infatti partendo dal presupposto che un lavoro a tempo parziale difficilmente può garantire da solo una retribuzione “sufficiente ad assicurare un’esistenza libera e dignitosa” e che essa potrà, invece, essere al più raggiunta con più lavori ad orario ridotto a maggior ragione il dipendente non a tempo pieno ha diritto a non veder mutato il proprio orario ridotto come da contratto perché deve avere la possibilità di trovarsi altri lavori nel “tempo risparmiato”.

⁵⁹³ Le parole sono di L. Calafà, in *op.cit.*, p. 324.

liberando il debitore dall'adempimento della propria prestazione rende, di conseguenza, possibile per il datore, non avente più la prestazione o non più interessato al conseguimento della stessa, la risoluzione del contratto.

In buona sostanza, dunque, l'evoluzione sulle sospensioni descritta nei capitoli precedenti viene qui cancellata con un colpo di spugna e si ritorna in un attimo al Barassi "peggiore" ed alla visione di esse non in quanto eventi prevalenti sull'obbligazione di lavoro perché espressione di diritti potestativi fondamentali, rispettivamente alla salute piuttosto che alla famiglia, ma come vicende altamente "patologiche" che, infatti, portano direttamente alla fine del rapporto di lavoro.

È difficile da credere, soprattutto se si tiene presente la palese violazione di articoli della Costituzione come il 31 per quanto riguarda la tutela della maternità ed il 38, secondo comma, in riferimento al *diritto a mezzi adeguati al soddisfacimento delle esigenze di vita in capo ai lavoratori ammalati, infortunati* o in situazioni di invalidità, ma di fatto, per come è scritta la norma, soprattutto se letta in combinato disposto con l'art. 44, primo comma del medesimo d.lgs. n. 276/2003, che non garantisce ai *job sharers* la parità di trattamento se non quando lavorano concretamente⁵⁹⁴, ancora ad oggi di fatto i lavoratori con un contratto a prestazioni ripartite potrebbero non avere fino in fondo un vero e proprio diritto né ad ammalarsi e neppure alla maternità⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ In particolare, l'art. 44, primo comma, del d.lgs. n. 276 del 2003 stabilisce che "fermi restando i divieti di discriminazione diretta ed indiretta.. il lavoratore coobbligato non deve ricevere, *per i periodi lavorati*, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte". Non solo, ma quasi a voler meglio spiegare il concetto al comma seguente si precisa che: " *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori coobbligati è riproporzionato, in ragione della prestazione effettivamente eseguita, in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa, nonché delle ferie e dei trattamenti per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale e congedi parentali*".

⁵⁹⁵ Senza contare gli svantaggi connessi anche al profilo previdenziale in quanto all'art. 45, il d.lgs. n. 276 del 2003 dispone che: "ai fini delle prestazioni della assicurazione generale e obbligatoria per la invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, della indennità di malattia e di ogni altra prestazione previdenziale e assistenziale e delle relative contribuzioni connesse alla durata giornaliera, settimanale, mensile o annuale della prestazione lavorativa *i lavoratori contitolari del contratto di lavoro ripartito sono assimilati ai lavoratori a tempo parziale. Il calcolo delle prestazioni e dei contributi andrà tuttavia effettuato non preventivamente ma mese per mese, salvo conguaglio a fine anno a seguito dell'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa.* Il che, ovviamente, equivale a dire che non si terrà conto ai fini del calcolo della prestazione previdenziale dei periodi non lavorati, anche se dovessero legarsi ad eventi non imputabili al prestatore. Ed ancora la stessa Corte di Cassazione con la pronuncia n. 11913 del 7 agosto 2003 ha escluso anche per i coobbligati e, pure in questo caso, similmente ai lavoratori a tempo parziale verticale il diritto a percepire l'indennità di disoccupazione nei periodi in cui non lavorano perché si tratterebbe, appunto, non di una disoccupazione *involontaria* ma di una vera e propria previsione in tal senso del loro stesso contratto ad orario ridotto a cui, tra l'altro, hanno liberamente aderito.

3.2.2. (Segue) ... nel lavoro accessorio ...

Una situazione, purtroppo, non molto dissimile rispetto a quella appena esposta in riferimento al contratto a prestazioni ripartite è, poi, rinvenibile nei casi di lavoro accessorio.

Essi, anzi, rappresentano forse ancor meglio la strana logica di un legislatore che, come anticipato, dimenticando la normativa antidiscriminatoria, fa di fattori d'identità personale i presupposti necessari per accedere ad attività lavorative che, a loro volta, non nascendo da un contratto, non possono conciliare proprio nulla in quanto la persona non sa neppure quando potrà svolgere una prestazione meramente *occasionale*.

Quest'ultima, inoltre, dati i suoi limiti, specie in termini di reddito massimo percepibile, non può essere definita neppure un "vero e proprio" lavoro e, di conseguenza, a maggior ragione non potrebbe dare diritto ad alcunché.

Ma per meglio comprendere tali affermazioni, è necessario soffermarsi anche solo brevemente sulla disciplina in materia contenuta al capo II, artt. 70 – 74, del d.lgs. n. 276/2003 nella sua versione ultima.

Anzitutto, come si diceva, si definiscono prestazioni di lavoro accessorio "*attività di natura meramente occasionale rese da soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro ovvero in procinto di uscirne*"⁵⁹⁶.

Seguono, dunque, una serie di precisazioni.

In primo luogo l'occasionalità si ha quando la persona anche con più attività e pure presso differenti datori *non è comunque arrivata a guadagnare durante l'anno più di cinquemila euro a committente*⁵⁹⁷.

Si tratta, dunque, di "lavoretti" più che lavori.

⁵⁹⁶ Così al primo comma dell'art. 70 del d.lgs. n. 276/2003.

⁵⁹⁷ Massimo diecimila euro nel caso di attività presso un'impresa familiare. Tanto recita, infatti, l'attuale secondo comma dell'art. 70 del d.lgs. n. 276/2003 come modificato dalle leggi nn. 80, 248 e 266 del 2005 nonché dalla legge n. 248 del 2006 di conversione del d.l. n. 223/2006. Si noti che in passato i limiti erano molto più stringenti nel senso che nella sua originaria versione l'art. 70 del d.lgs. n. 276/2003 definiva le prestazioni occasionali quelle con meno di 30 giorni l'anno lavorati con un reddito complessivamente inferiore ai tremila euro annui.

In secondo luogo, le prestazioni in esame possono essere rese esclusivamente in taluni ambiti, come i piccoli lavori domestici, ivi compresa l'assistenza ad anziani, ammalati o soggetti con handicap, l'insegnamento privato supplementare, il giardinaggio, la realizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli, la collaborazione con enti ed associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza come quelli dovuti a calamità naturali o eventi improvvisi o di solidarietà. Tale elenco tassativo è stato, tuttavia, negli anni ampliato così da comprendere oggi le attività di maneggio e scuderia, ma anche i lavori effettuati di sabato, domenica o in periodi di chiusura delle scuole, dai *giovani di età compresa tra i 16 ed i 25 anni, regolarmente iscritti ad un corso di studio*, piuttosto che le attività agricole stagionali svolte da *casalinghe o pensionati* o la consegna porta a porta e la vendita ambulante di stampa quotidiana e periodica oppure ancora l'esecuzione di vendemmie di breve durata ed a carattere saltuario effettuata sempre da *studenti e pensionati*⁵⁹⁸.

In terzo luogo, come già si è potuto evincere dall'ambito oggettivo di applicazione della norma, anche dal punto di vista soggettivo, per accedere al lavoro occasionale bisogna necessariamente rientrare in talune categorie "protette" ovvero essere disoccupati da oltre un anno, oppure casalinghe, pensionati o giovani studenti, o ancora disabili e soggetti in comunità di recupero o, infine, lavoratori extra-comunitari, regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro. Queste persone, se interessate, dovranno comunicare la loro disponibilità a prestazioni occasionali ai servizi per l'impiego territorialmente competenti o ai soggetti privati accreditati nel settore dell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro. Sarà, di conseguenza, rilasciata *a loro spese* una tessera magnetica *dalla quale risulti la loro condizione*⁵⁹⁹.

In quarto luogo, e punto decisivo, si anticipava che il lavoro accessorio non scaturisce da un contratto.

Essendo le prestazioni meramente eventuali ed occasionali esse saranno, infatti, pagate, solo se e quando effettuate, attraverso appositi *buoni*⁶⁰⁰ che il datore comprerà sotto forma di uno o più *carnet* presso i rivenditori autorizzati ed il cui valore nominale - che dovrebbe essere

⁵⁹⁸ Eccezionalmente per gli anni 2009, 2010 e 2011 si è reso possibile far effettuare lavori accessori in qualsiasi settore produttivo ai lavoratori a tempo parziale ed ai percettori di prestazioni integrative del salario o a sostegno del reddito, per questi ultimi nel limite massimo di tremila euro. Inoltre per i soli pensionati dovrebbe ancora oggi essere possibile impiegarli in maniera occasionale in ogni settore produttivo, ivi compresi gli enti locali.

⁵⁹⁹ Queste sono le testuali parole usate all'art. 71, secondo comma, del d.lgs. n. 276/2003. Verrebbe da dire oltre il danno, la beffa.

⁶⁰⁰ Ininfluenti ai fini del trattamento di disoccupazione ed esenti da qualsiasi imposizione fiscale ex art. 72, comma terzo, del d.lgs. n. 276/2003.

fissato dal Ministero del Lavoro *tenendo conto della media delle retribuzioni rilevate per le attività lavorative affini*⁶⁰¹ - è attualmente pari a *dieci, venti o al massimo cinquanta euro*.

Non solo ma ai fini della riscossione il lavoratore dovrà consegnare i buoni ricevuti dal datore beneficiario della sua prestazione occasionale ai c.d. “concessionari” ovvero ai medesimi rivenditori autorizzati – Inps, banche o, come anticipato, tabaccherie- che all’atto del pagamento delle spettanze dovranno versare i contributi per fini previdenziali – presso la gestione separata dell’Inps- nella misura del *13% del valore del buono* e per fini assicurativi contro gli infortuni – quindi, all’Inail- nella misura del *7% sempre rispetto al valore del buono*. Il tutto, ovviamente, con garanzia, si badi bene per la banca o l’Inps o il tabaccaio, di una somma a titolo di rimborso spese da trattenere nella misura massima autorizzata da apposito decreto ministeriale⁶⁰².

In poche parole unicamente il *75%* dei dieci, venti o cinquanta euro va nelle tasche del lavoratore in quanto la restante parte è divisa nelle percentuali appena viste tra i contributi Inps ed Inail più un *5%* che va sempre all’Inps per la gestione del servizio.

Tanto premesso circa l’attuale disciplina dei rapporti di lavoro occasionale, è ben possibile ora capire cosa conviene e a chi.

I vantaggi che tale tipologia di lavoro apporta per il datore sono certamente innumerevoli ed anzi sono stati spesso sottolineati dal Governo e, per ovvi motivi, dall’Inps per far decollare lo strumento.

Come si diceva non c’è un contratto o lettera di assunzione che dir si voglia, non c’è un prospetto paga da elaborare, non si deve denunciare nulla ai vari istituti competenti e non ci sono neppure contributi da versare.

All’esatto opposto, come si anticipava in premessa, il lavoratore così impiegato in pratica non ha diritti, non avendo un vero e proprio lavoro⁶⁰³.

Non potrà assentarsi o ammalarsi neppure un giorno senza perdere la retribuzione sotto forma del suo bel *voucher* da dieci euro. Non ha diritto ad una formazione, né ad un riconoscimento tangibile – magari sotto forma di attestato che dà diritto a crediti- delle sue esperienze lavorative che possa realmente spendere in futuro per ottenere “veri” contratti.

⁶⁰¹ Così al comma secondo dell’art. 72 del d.lgs. n. 276/2003.

⁶⁰² Art. 72, comma quarto, del d.lgs. n. 276/2003.

⁶⁰³ D’altro canto persino l’Inps nella circolare n. 88 del 2009 ha espressamente definito il lavoro accessorio *non riconducibile a categorie contrattuali tipiche di lavoro né subordinato né autonomo*.

Sembra davvero essere ridotto a mera merce di scambio. Pagato per quello che ha fatto, forse addirittura anche a prescindere dal come lo ha fatto, punto e basta⁶⁰⁴.

La minima copertura che al momento del pagamento dei buoni ovvero sia a fine lavoro, gli verrà versata vale, infatti, unicamente ai fini pensionistici ed infortunistici; il che, ovviamente, significa che non gli darà titolo ad alcuna prestazione né di malattia né di maternità.

Riprendendo le parole di una nota autrice: “ nell’ottica degli atti caratterizzanti il diritto del lavoro della XIV° legislatura la *flessibilità* temporale arriva ad apparire non solo unidirezionale ma altresì sterile, nel senso di appiattita sui meri interessi dell’impresa e quindi non in grado di garantire quell’incremento occupazionale sul quale si fonda l’interesse pubblico che sostiene l’approvazione della legge n. 30 del 2003”⁶⁰⁵.

Forse davvero non servono altre parole per far capire quanti passi indietro siano stati compiuti e quanto si rischia con siffatte tipologie di lavoro di lasciare solo sulla carta diritti pur fondamentali come quelli di cui agli artt. 2, 3, 4 , 30, 31, 32, 36 e 37 della Cost.

⁶⁰⁴ Valga qui la pena ulteriormente sottolineare, infatti, che se il prestatore non lavora non gli verrà dato il voucher.

⁶⁰⁵ L. Calafà, in *op.cit.*, p. 300.

3.2.3 (Segue) ... e nel lavoro intermittente o a chiamata.

Venendo all'ultima tipologia "altamente flessibile" di lavoro, ovverosia quello c.d. "intermittente" o "a chiamata"⁶⁰⁶, è possibile da subito anticipare che essa è in perfetta sintonia con le precedenti quanto a mancanza di diritti, specie connessi alle vicende sospensive di interesse.

Per dirla con un'autrice, rappresenta certamente "la tipologia di lavoro più flessibile e più discussa in assoluto"⁶⁰⁷.

Si caratterizza, infatti, per l'aver fisiologicamente dei "tempi di lavoro" alternati a "tempi di non lavoro" o di "mera attesa" durante i quali non è, appunto, riconosciuto al dipendente alcun diritto⁶⁰⁸.

Anche in questo caso, tuttavia, per una migliore comprensione, è necessario partire dalla sua "travagliata" storia - fatta di morte e di resurrezione- e disciplina che è in apertura del titolo V del d.lgs. n. 276/2003 dedicato ai tipi di contratto ad "*orario ridotto, modulato e flessibile*"⁶⁰⁹.

All'art. 33 del decreto suddetto (dapprima abrogato dal 45° comma dell'art. 1 della l. n. 247/07 e poi reintrodotta dal combinato disposto dei commi 10, lett. m) ed 11 dell'art. 39 del d.l. n. 112/08 convertito in l. n. 133/2008) si definisce lavoro intermittente "il contratto, anche a tempo determinato"⁶¹⁰, mediante il quale *un lavoratore si pone a disposizione* di un datore di lavoro" che ne può utilizzare la prestazione entro *alcuni limiti*. Questi ultimi, come precisato

⁶⁰⁶ Espressione quest'ultima che il legislatore tenta di evitare di usare in quanto richiama alla mente quella forma di part-time al quale veniva apposta una clausola elastica formulata in maniera tale da obbligare il lavoratore a essere sempre disponibile ritenuta già incostituzionale con la sentenza n. 210 del 1995 della Consulta, fin qui più volte vista.

⁶⁰⁷ Le parole sono di A. Bruno, "*Il contratto di lavoro intermittente*" in "I nuovi contratti di lavoro" a cura di M. Persiani, Utet, 2010, p. 383.

⁶⁰⁸ Tranne, come meglio si vedrà nel prosieguo, quello all'indennità di disponibilità pari al 20% della retribuzione che spetterebbe da contratto, unicamente in favore di coloro che si obbligano a rispondere a qualsiasi eventuale chiamata datoriale.

⁶⁰⁹ Si è parlato di una "travagliata" storia perché gli articoli da 33 a 40 del d.lgs. n. 276/2003 sul lavoro intermittente sono stati dapprima abrogati dalla legge n. 247 del 2007 e poi reintrodotti dall'art. 39, comma undicesimo, del d.l. n. 112 del 2008 convertito in legge n. 133/08. Pertanto si è avuto di fatto un blocco degli stessi solo dal 1° gennaio 2008 al 24 giugno del medesimo anno.

⁶¹⁰ Senza peraltro preoccuparsi delle incompatibilità tra la struttura del contratto in esame e quello a tempo determinato di cui al d.lgs. n. 368/2001 prima fra tutte il fatto di non avere nel contratto intermittente sempre un'attività lavorativa ma anche dei periodi più o meno lunghi di mera messa a disposizione. Non si capisce, cioè, se un eventuale contratto intermittente a tempo determinato debba o meno essere sottoposto alla stessa disciplina in materia, ad esempio, di proroghe del lavoro a termine. D'altro canto, come nota G. Pellacani, "*Il lavoro intermittente o a chiamata*" in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005, p. 1343 "il legislatore non si è preoccupato nemmeno di dettare regole in ordine alla compatibilità della figura in esame con altre figure contrattuali tipiche o atipiche quali ad esempio il lavoro a domicilio, il lavoro domestico, l'apprendistato, né di fornire indicazioni per quanto riguarda le assunzioni obbligatorie.

al successivo art. 34 del d.lgs. n. 276/2003, consistono nella natura stessa dell'attività che deve necessariamente essere *discontinua* ovvero *intermittente*⁶¹¹.

Similmente al lavoro accessorio, esistono dei soggetti "privilegiati" nell'accesso a siffatti contratti quali i *giovani con meno di venticinque anni di età oppure i lavoratori con più di 45 anni, anche eventualmente pensionati* che potranno essere così impiegati "*in ogni caso*"⁶¹².

Quasi a voler far finta di selezionare gli imprenditori "virtuosi" degni di avvalersi del lavoro intermittente, il legislatore vieta espressamente il ricorso ad esso in tre casi corrispondenti rispettivamente: a) alla sostituzione del lavoratore in sciopero; b) ai casi di datori che nei sei mesi precedenti abbiano proceduto a licenziamenti collettivi o a contratti di solidarietà o a sospensioni verso lavoratori adibiti alle stesse mansioni per le quali si vorrebbero assumere gli intermittenti; c) alle imprese che non hanno mai effettuato la valutazione dei rischi.

L'art. 35 del decreto pone, poi, l'obbligo della forma scritta *ad probationem*, ovvero per garantire la prova dei seguenti elementi: a) l'indicazione della durata e delle ipotesi, oggettive o soggettive, fin qui viste, che consentono la stipulazione del contratto; b) il luogo e la modalità della *disponibilità, eventualmente garantita* dal lavoratore, *e del relativo preavviso di chiamata del lavoratore* che in ogni caso non può essere inferiore a un giorno lavorativo; c) il trattamento economico e normativo spettante al lavoratore per la prestazione eseguita e la *relativa indennità di disponibilità, ove prevista*; d) *l'indicazione delle forme e modalità, con cui il datore di lavoro è legittimato a richiedere l'esecuzione della prestazione di lavoro, nonché delle modalità di rilevazione della prestazione*; e) i tempi e le modalità di pagamento della retribuzione e *della indennità di disponibilità*; f) le eventuali misure di sicurezza specifiche necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto.

È possibile immediatamente notare l'utilizzo di talune espressioni dapprima sconosciute al linguaggio del diritto del lavoro come, ad esempio, "*indennità di disponibilità*" o "*preavviso di chiamata*"⁶¹³.

Questo accade perché il contratto di lavoro intermittente, pur nell'unica definizione di cui sopra, si scompone al suo interno in tre "sottotipi". Può essere, cioè: 1) *con obbligo di risposta*; 2) *senza obbligo di risposta*; 3) *per periodi predeterminati*.

⁶¹¹ In particolare, per effetto del Decreto del Ministero del Lavoro del 24 ottobre 2004, in attesa di specifiche previsioni ad opera della contrattazione collettiva, si sono individuate come attività per loro natura discontinue tutte quelle di cui al regio decreto 6 dicembre 1923 n. 2657 tra le quali le attività di barbieri, parrucchieri, personale addetto alla toeletta (manicure, pettinatrici) nonché le attività inerenti al cinema, a spettacoli teatrali o televisivi e simili.

⁶¹² Così al secondo comma dell'art. 34 del d.lgs. n. 276/2003.

⁶¹³ Tutt'al più riconducibili al ben differente istituto della reperibilità.

Nel primo caso il lavoratore si obbliga a restare a disposizione del datore in cambio di una congrua indennità cosiddetta “*di disponibilità*” – ammontante a circa il 20% della retribuzione prevista dal CCNL applicato- impegnandosi, pertanto, a rispondere alle chiamate ed a non svolgere altre attività presso terzi nei periodi in cui di fatto è lasciato a casa⁶¹⁴. Egli, quindi, non sa né *se* né *come* né *quando* lavorerà ma nel preciso momento in cui dovesse ricevere una o più chiamate datoriali⁶¹⁵ dovrà immediatamente andare nei luoghi indicati a rendere la propria prestazione lavorativa e solo per le ore o i minuti di effettivo lavoro potrebbe maturare diritti *riproporzionati*.

Nella seconda fattispecie, invece, il dipendente si dichiara sì disponibile verso il datore ma restando libero di accettare o meno eventuali chiamate⁶¹⁶. Egli, di conseguenza, *non* ha diritti – neppure in relazione all’indennità di disponibilità- ma semplicemente sarà pagato se e quando lavorerà.

Infine, nella terza ipotesi, che secondo parte della dottrina è completamente autonoma ed indipendente rispetto alle altre fin qui esaminate⁶¹⁷, il lavoratore sa sin dall’inizio che dovrà lavorare per quel datore solo in alcuni giorni della settimana, del mese o dell’anno già stabiliti al momento della stipula del contratto ed, ancora una volta, unicamente in relazione ad essi maturerà diritti riconducibili alla mera retribuzione⁶¹⁸.

In buona sostanza, e come meglio si chiarirà nel prosieguo, il tratto comune a tutte le possibili “sfaccettature” di lavoro intermittente è che nei periodi di non lavoro ovvero di disponibilità,

⁶¹⁴ Tale ultima disposizione è gravissima in quanto non dando la possibilità all’intermittente che si obbliga a rispondere alle chiamate di svolgere pure altri lavori nei cosiddetti “tempi morti” gli si impedisce di raggiungere una retribuzione sufficiente a garantire a lui ed alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa in violazione del disposto di cui all’art. 36, primo comma, della Cost.

⁶¹⁵ Il datore non dovrà, infatti, stipulare un nuovo contratto ad ogni chiamata ma quando il lavoratore si è reso disponibile sarà in automatico tenuto a rispondere a tutte le chiamate.

⁶¹⁶ Per la verità, come fa notare G. Pellacani, “*Il lavoro intermittente o a chiamata*” in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005, p. 1339, la dottrina è ancora divisa sul se considerare il lavoro intermittente senza obbligo di risposta come una figura ulteriore e diversa dalla versione “normale” caratterizzata dalla obbligatorietà della risposta ovvero come la possibilità per le parti, all’interno della fattispecie “classica”, di concordare anche eventualmente la non obbligatorietà della risposta alla chiamata, ovvero di introdurre una sorta di “obiezione” a maggior ragione consentita al lavoratore in quanto comportante la “penale” della perdita dell’indennità di disponibilità. Inoltre, si nutrono forti dubbi sul se inserirlo fra i rapporti di lavoro autonomi o subordinati. Se da un lato la libertà di non rispondere ad una chiamata potrebbe essere indice di autonomia, dall’altro il lavorare di fatto per un certo numero di ore alla settimana per lo stesso datore restando comunque a disposizione per il tempo rimanente sebbene senza obbligo di rispondere alle chiamate, è un chiaro indice della subordinazione di cui all’art. 2094 del cod. civ.

⁶¹⁷ Nel senso che si rivolge principalmente ai giovani studenti che lavorano durante i fine settimana o nei periodi di chiusura estiva e natalizia delle scuole a prescindere anche dalla concreta attività svolta che potrebbe pure di per sé non avere una natura discontinua, come, ad esempio, nel caso dei camerieri.

⁶¹⁸ A cui, infatti, si accompagna solo l’indennità di disponibilità.

non sono riconosciuti diritti potestativi in capo al lavoratore, neppure quelli fondamentali di cui allo Statuto dei Lavoratori ed alla legge n. 53/2000.

D'altro canto, all'art. 36 del d.lgs. n. 276/2003 si sottolinea che *pure l'eventuale indennità di disponibilità* da erogare solo a coloro che si sono obbligati a rispondere alle chiamate - la cui misura, divisibile in quote orarie, è da definire ad opera della contrattazione collettiva ed è in linea di massima, come anticipato, pari al 20% della retribuzione di cui al CCNL applicato⁶¹⁹ - *è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo e sulla stessa vanno versati contributi solo per il loro effettivo ammontare, anche in deroga alla normativa in materia di minimale contributivo.*

Ed ancora al quarto comma la medesima norma evidenzia che: *“In caso di malattia o di altro evento che renda temporaneamente impossibile rispondere alla chiamata, il lavoratore è tenuto a informare tempestivamente il datore di lavoro, specificando la durata dell'impedimento. Nel periodo di temporanea indisponibilità non matura il diritto alla indennità di disponibilità”*. Non solo ma il lavoratore *perderà il diritto alla indennità di disponibilità per un periodo di quindici giorni*, salva diversa previsione del contratto individuale, se non avvisa subito il datore della propria malattia e del periodo in cui, di conseguenza, non potrà essere a disposizione⁶²⁰.

Siccome, poi, non c'è mai fine al peggio addirittura si prevede la *risoluzione del contratto con obbligo di restituzione della quota di indennità di disponibilità da ultimo goduta, nonché un congruo risarcimento del danno nella misura fissata dai contratti collettivi o, in mancanza, dal contratto di lavoro* per colui che, pur essendone obbligato, non ha risposto anche ad una sola chiamata in maniera ingiustificata⁶²¹.

Tali problemi non possono, invece, appartenere ai lavoratori che, come sopra visto, non si sono obbligati a rispondere o hanno delle prestazioni ben definite nel tempo perché questi sanno sin dall'inizio di *non aver diritto a nulla* nei periodi di “mera attesa” dell'eventuale chiamata datoriale.⁶²²

Come espressamente sancito all'ultimo comma dell'art. 38 del d.lgs. n. 276/2003, infatti, per essi vale la regola generale succitata per cui *“per tutto il periodo in cui il lavoratore*

⁶¹⁹ Come chiarito dal Ministero del Lavoro con la Circolare del 10 marzo 2004.

⁶²⁰ Art. 36, sesto comma, del d.lgs. n. 276/2003.

⁶²¹ Così al medesimo sesto comma dell'art. 36 del d.lgs. n. 276/2003.

⁶²² Lo stesso art. 37 del d.lgs. n. 276 del 2003, formulato in maniera certamente vaga ed atecnica, stabilisce, infatti, che al lavoratore intermittente con prestazioni da erogare solo nel fine settimana o nei periodi delle ferie estive o delle vacanze natalizie e pasquali sarà corrisposta l'indennità di disponibilità unicamente in caso di effettiva chiamata e, quindi, assieme alla retribuzione.

*intermittente resta disponibile a rispondere alla chiamata del datore di lavoro non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati né matura alcun trattamento economico e normativo*⁶²³.

Il rapporto di lavoro, in pratica, in quei frangenti, non esiste⁶²⁴.

Da tutto quanto detto, pertanto, si evince chiaramente che la tipologia contrattuale in esame, da taluna parte della dottrina definita provocatoriamente “a squillo”⁶²⁵, forse ancor più delle altre non riconosce diritti personali, pur fondamentali, ad un lavoratore che da subito viene privato della propria dignità già per il solo fatto di essere per definizione “uno a disposizione”.

Pur sorvolando sull’ovvia circostanza per cui anche in questo caso ci si trova di fronte ad un contratto che non è in grado di conciliare alcunché considerato che il dipendente non conosce neppure l’*an*, il *quomodo* ed il *quantum* della prestazione⁶²⁶, ciò che davvero lascia perplessi è, appunto, il ridurre a mere vicende private eventi che, invece, per altri lavoratori, magari aventi le stesse mansioni, assurgono al rango di diritti potestativi fondamentali certamente prevalenti sull’obbligo di lavorare con mantenimento della garanzia retributiva.

In spregio della normativa antidiscriminatoria⁶²⁷, quindi, i lavoratori intermittenti non hanno davvero alcun diritto: “una gravidanza, un corso di formazione, la cura dei congiunti sono assolutamente irrilevanti per il possibile datore di lavoro”⁶²⁸.

⁶²³ A dirla tutta, anche quando lavora l’intermittente non è comunque titolare degli stessi diritti di un lavoratore a tempo pieno ed indeterminato in quanto ai sensi dell’art. 38, secondo comma, del d.lgs. n. 276/2003 la sua retribuzione totale sarà riproporzionata alle ore effettivamente prestate così come subiranno un “riproporzionamento” le sue singole componenti, ivi comprese le ferie ed eventuali trattamenti di malattia, infortunio e maternità. Di qui l’osservazione di A. Bruno, in *op.cit.*, p. 402 per cui non è ben chiaro come si possano “riproporzionare” diritti fondamentali per loro natura irriducibili come il diritto al congedo di maternità o parentale – sul piano delle tutele individuali- ovvero il diritto di godere delle tutele di cui al titolo III dello Statuto dei Lavoratori- sul piano collettivo.

⁶²⁴ Non a caso, taluna parte della dottrina ritiene che il contratto di lavoro intermittente, specie quando senza obbligo di risposta, non possa essere considerato un vero e proprio contratto di lavoro in quanto privo di obblighi ben precisi per entrambe le parti e caratterizzato solo da due clausole potestative tali per cui il lavoratore eseguirà la prestazione solo “se vorrà” ed il datore parimenti lo chiamerà a lavorare “se vorrà”. Di qui l’idea di inserirlo tra i cosiddetti “*contratti normativi*” ovvero sia quegli accordi che valgono come intese preparatorie tra i medesimi soggetti interessati per futuri contratti. Così, tra gli altri, G. Pellacani, in *op.cit.*, p.1341.

⁶²⁵ Ci si riferisce a Nisticò, “Largo agli impiegati a squillo” in www.diario.it

⁶²⁶ Il che farebbe pensare ad una palese violazione dell’art. 3 della Cost. nella misura in cui per i lavoratori a tempo parziale la Corte Costituzionale è intervenuta con la sentenza n. 210 del 1992, più volte citata, a disporre l’incostituzionalità di clausole elastiche che, limitandosi a determinare la durata del periodo lavorativo senza specificarne la dislocazione esatta nell’unità di tempo precisa, finiscono per comprimere eccessivamente il diritto del lavoratore alla sua vita privata.

⁶²⁷ Secondo S. Renga “*Proporzionalità, adeguatezza ed eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*” in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005, p. 1449 il principio di non discriminazione viene di fatto sempre violato anche sotto un profilo strettamente previdenziale ogni volta che si adotta la regola del cosiddetto “riproporzionamento”,

L'evoluzione delle vicende sospensive, di cui agli antecedenti capitoli, arrivata fino al punto da far credere quasi definitivamente superata la visione del lavoratore come "contraente debole" perché finalmente "esiste la *persona* che lavora"⁶²⁹, sembra essere stata dimenticata o volutamente relegata in un angolo buio.

Si torna indietro ad una subordinazione che è "esistenziale" prima ancora che "temporale" così da ridurre la *persona* ad il "*jolly o tappabuchi temporaneo*" di turno⁶³⁰.

Ai lavoratori a chiamata aventi un "*contratto di lavoro senza lavoro*" viene tolta persino "*quell'implicita certezza che soddisfaceva anche il loro interesse di debitori di lavoro, ovverosia che al di fuori ed oltre il tempo di lavoro il potere dell'imprenditore potesse venire meno*"⁶³¹.

Essi, insomma, si ritrovano incastrati all'interno di quel vero e proprio paradosso per cui da un lato hanno "spazi aperti e di finta libertà" all'interno del rapporto di lavoro, fino al limite dell'ingestibile, e dall'altro lato, all'opposto, hanno restrizioni e nuove soggezioni all'esterno di esso ovvero nel loro essere *cittadini*.

Mai come in questo caso "*emerge in maniera lampante la soggezione nuda del lavoratore ... quasi a ripensare la prestazione come privazione della libertà*"⁶³² e dei diritti. Una beffa tanto più grave quanto più si ritorna alla suddetta *ratio* di conciliazione e di maggiore libertà che il legislatore ha proclamato aver ispirato l'istituto⁶³³.

come nei casi dei contratti "altamente flessibili" fin qui descritti, in luogo del principio della *adeguatezza* della prestazioni sociali che andrebbe a garantire quantomeno il minimo vitale.

⁶²⁸ Si noti che queste parole di L. Calafà, in *op.cit.*, p. 326, riguardano principalmente i lavoratori intermittenti c.d. "senza obbligo di chiamata" e quelli anche con obbligo di risposta ma nei periodi di non lavoro.

⁶²⁹ Utilizzando una celebre espressione di M. D'Antona pronunciata nel corso del X congresso Aidlass.

⁶³⁰ Le parole sono di A. Accornero, "*Il mondo della produzione*", 1994, Bologna, Il Mulino, p. 268 e ss.

⁶³¹ L. Calafà, in *op.cit.*, p. 311.

⁶³² Le parole sono ancora di L. Calafà, in *op.cit.*, p. 314.

⁶³³ D'altra parte già all'indomani dell'approvazione della legge n. 30 del 2003, gran parte della dottrina avvertiva circa il pericolo insito nelle forme di lavoro c.d. "altamente flessibili" di maggiore alienazione della persona del lavoratore che non in passato, dietro, peraltro, le mentite spoglie di una più elevata libertà.

CONCLUSIONI

Gli spunti per riprendere un tema un po' accantonato dalla dottrina maggioritaria quale quello della corrispettività del contratto di lavoro specie in relazione alla sue vicende sospensive, sono provenuti dalla recentissima realtà del diritto del lavoro italiano.

Una realtà purtroppo buia, fatta di regressi e di forti spinte verso l'atomizzazione e l'individualizzazione dei rapporti di lavoro. Rappresenta in questo senso solo la punta di un *iceberg* l'ormai celebre articolo 8 del d.l. n.138/11 convertito in legge n. 148/11 che, come noto, allo scopo dichiarato di sostenere la cosiddetta "contrattazione collettiva di prossimità" le consente di derogare in moltissime materie a norme sia di legge che della contrattazione collettiva nazionale.

Proprio nel momento in cui sembra essere sempre più vicina la realizzazione di relazioni di lavoro improntate tutte ad un mero scambio tra prestazione e retribuzione, si è sentito il bisogno di ricostruirne il passato per provare a comprenderne il futuro.

Il *file rouge* delle riflessioni risiede, dunque, nel costante interrogativo di fondo sul se sia davvero possibile nel XXI secolo cancellare, con un colpo di spugna, interi decenni di lotte e di conquiste per ritornare alla cosiddetta "teoria classica" del giurista Lodovico Barassi – formulata all'inizio del novecento- circa la corrispettività pura del contratto individuale di lavoro.

Dal punto di vista metodologico si è, quindi, ritenuto indispensabile un approccio interdisciplinare e comparato volto a coniugare la storia del diritto del lavoro con le fondamenta del diritto civile in un continuo raffronto con il presente fatto di una costellazione di tipologie contrattuali di lavoro, all'insegna della flessibilità.

Nel merito, invece, si sono seguite tre direzioni: 1) capire quanto della normativa civilistica sui contratti sinallagmatici sia applicabile al fenomeno del lavoro; 2) analizzare le teorie che la dottrina ha man mano elaborato per "adeguare" la natura sinallagmatica del contratto di lavoro alle crescenti evoluzioni normative inerenti alle vicende sospensive; 3) soffermarsi, appunto, sul come impattano le sospensioni rispetto ad una presunta corrispettività pura non più solo "del" contratto di lavoro ma "dei" contratti ad oggi esistenti.

Sotto il primo profilo ci si è presto resi conto che la maggior parte degli articoli del codice civile sui contratti sinallagmatici non si applicano al contratto di lavoro.

In particolare, non sono applicabili gli artt. 1406 e ss. del cod. civ. sulla cessione del contratto perché il lavoratore non ha evidentemente il potere di far entrare un terzo nel rapporto di lavoro al suo posto al fine di fargli rendere la prestazione lavorativa; mentre il datore può sì cedere ad altri la propria obbligazione retributiva ma tale caso integra palesemente gli estremi del trasferimento d'azienda regolamentato da norme speciali quali gli artt. 2112 e ss. del cod. civ. oltre che gli artt. 47 della l. n.428/90, tutti del d.lgs. n. 18/2001 e 32 del d.lgs. n. 276/2003 (questi ultimi attuativi della direttiva n. 23/2001).

Stesso discorso vale in riferimento alla fattispecie dell'azione generale di rescissione per lesione, anche detta "rescissione per lesione *ultra dimidium*", di cui all'art. 1448 del cod. civ. Di tale istituto, infatti, chiaramente non può avvalersi il datore di lavoro ma eventualmente potrebbe solo il lavoratore. Ciò perché l'azione di rescissione per lesione costituisce un rimedio per i più gravi squilibri economici nella conclusione del contratto, quando una parte abusi dello stato di bisogno dell'altra. Pure il lavoratore, però, non ha una reale convenienza a chiedere la rescissione perché se dovesse essere sottopagato per più della metà gli converrebbe giovare delle maggiori tutele legate alla nullità del contratto per violazione di norme imperative e, nel caso di specie, dell'art. 36, primo comma, della Cost. e dell'art. 2103 del cod. civ. Senza considerare l'ovvia circostanza per cui sarebbe comunque un assurdo, al fine di ripristinare una situazione di equità, vedersi dichiarato nullo il proprio contratto di lavoro. Centrerrebbe meglio l'obiettivo, dunque, chiedere al giudice un adeguamento della retribuzione ai minimi di cui al CCNL di riferimento invocando anche direttamente in giudizio quel principio fondamentale di sufficienza della retribuzione di cui al primo comma dell'art. 36 della Cost.

Per identici motivi, appare quantomeno improbabile che un dipendente possa agire giudizialmente al fine di ottenere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 del cod. civ. Essa sarebbe eventualmente a disposizione del datore ma, anche qui, presupponendo un nesso causale tra l'eccessiva onerosità ed il sopravvenire di eventi straordinari ed imprevedibili e comunque eccedenti i limiti della normale alea contrattuale, si finisce di fatto per vedere coincidere tali eventi con i casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ancora una volta disciplinati da un'apposita legge speciale quale la n. 604/66.

Di notevole rilievo è, poi, la difficoltà di applicare al contratto di lavoro le norme in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta di cui agli artt. 1256-1258 e 1463-1464 del

codice civile. Avendo l'obbligazione retributiva datoriale carattere meramente pecuniario, raramente potrà verificarsi una circostanza, per di più non imputabile all'imprenditore, in grado di liberarlo dalla propria obbligazione *in maniera definitiva*. Egli, piuttosto, potrà conoscere situazioni di perdite economiche coincidenti, al massimo, con talune ipotesi di accesso alla cassa integrazione guadagni ordinaria e/o straordinaria di cui, ancora una volta, alla legge speciale n. 223/91. Viceversa, essendo oggetto dell'obbligazione del lavoratore non un bene fungibile come il denaro ma la sua stessa persona, egli teoricamente ben potrebbe non avere più la forza di lavorare e versare in un'impossibilità sopravvenuta. Basti pensare al riguardo ad eventuali malattie, infortuni o gravidanze. In siffatte ipotesi, tuttavia, come noto, ci si trova dinanzi alle cosiddette fattispecie "classiche" di sospensione del rapporto di lavoro disciplinate già all'art. 2110 del cod. civ. che, appunto, pur liberando temporaneamente il debitore dalla propria prestazione di lavoro non comportano affatto la risoluzione del contratto bensì solo la sua sospensione per di più con obbligo datoriale di continuare ad adempiere all'obbligazione retributiva nonostante l'assenza della controprestazione lavorativa. Per l'ennesima volta, pertanto, si registra la prevalenza di norme speciali in materia di lavoro su quelle generali di cui agli artt. 1256 e ss. e 1463 e ss. del cod. civ.

Per completezza del discorso, valga la pena ricordare che pure in relazione alla risoluzione per inadempimento ex art. 1455 del cod. civ. si ha una sua totale inapplicabilità ai rapporti di lavoro in quanto insensata per il lavoratore che piuttosto agirà in giudizio, per recuperare ex art. 36 della Cost. le retribuzioni perse, e superata per il datore dalle norme speciali in materia di licenziamento di cui alla predetta legge n. 604/66 ed all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. Ugualmente per le cosiddette "eccezioni dilatorie" di cui all'art. 1460 del cod. civ. Esse non sono azionabili perché il dipendente, pur volendo, non potrebbe non erogare la propria prestazione per timore di non ricevere la controprestazione retributiva o fare pressione per essere pagato prima della propria opera stante la c.d. regola della "postnumerazione", che, notoriamente, gli impone sempre di fare credito, così come il datore non potrebbe non pagare o minacciare il mancato versamento della retribuzione per una prestazione che teme non essere stata resa fino in fondo dovendo, invece, in questi casi eventualmente esercitare il potere disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300/70. Anche rispetto ad un'ipotetica assenza inaspettata del lavoratore perché in sciopero, il datore non potrà eccepire alcunché dato che quest'ultimo non può essere considerato un inadempimento contrattuale essendo, al contrario, un diritto della persona ex art. 40 della Cost. ed ora anche ai sensi dell'art. 28 della Carta di Nizza.

Dopo aver così tentato di dimostrare che già sul piano del diritto civile il contratto di lavoro difficilmente può essere considerato “strettamente e puramente” sinallagmatico, riguardando non una merce qualsiasi ma una *persona*, si è ritenuto, a maggior ragione, necessario ricostruire il perché di tale inquadramento storico-normativo. Quasi come natural conseguenza, si sono, poi, analizzati i vari filoni di pensiero dottrinali susseguitisi negli anni sul tema oggetto della ricerca per capire pure fino a che punto essi potevano continuare a “giustificare” questa collocazione nonostante le evoluzioni in atto o già da registrare.

Come sopra accennato, la prima teoria sviluppata in riferimento alla natura del contratto individuale di lavoro risale ai primi del novecento ed è opera di un celebre giurista quale il Lodovico Barassi.

In un momento in cui in Italia l’unico vero testo normativo di riferimento era il codice civile del 1865 che non si occupava affatto del fenomeno del lavoro - nemmeno per il tramite di una definizione della subordinazione- limitandosi a distinguere, in maniera piuttosto vaga, tra la “*locatio operis*” e la “*locatio operarum*”, fu anche piuttosto semplice per il Barassi creare, letteralmente dal nulla, una nuova visione di esso.

Negli anni a cavallo fra i ’20 ed i ’30 e, quindi, in epoca pre -costituzionale, quando c’era, appunto, proprio da costruire e da plasmare un diritto del lavoro pressoché inesistente, egli sviluppò la tesi c.d. “*classica*” della “*corrispettività pura*”.

In base ad essa si considera il rapporto di lavoro, nascente da un contratto, retto unicamente sullo scambio oneroso e bilaterale tra prestazione fisica e retribuzione. Di qui, l’idea - abbracciata finanche in tutti i suoi possibili corollari, ed *in primis che non vi dovesse essere retribuzione ogniqualvolta non vi fosse stata la prestazione lavorativa*- della sua corretta collocazione fra i contratti sinallagmatici piuttosto che fra le compravendite o le locazioni d’opera, come, peraltro, sembrava aver fatto il legislatore di metà ‘800.

La motivazione storica dell’attribuzione del carattere sinallagmatico al contratto di lavoro sembra, dunque, ridursi, semplicisticamente, ad un nome.

Ora se la teoria del Barassi poteva reggere in un contesto in cui, si diceva, non esistevano norme specifiche sul lavoro, essa, inevitabilmente, ha iniziato a perdere colpi con la venuta alla luce delle stesse.

In particolare, già con l’emanazione del codice civile vigente del 1942 si è posto un primo grave problema di coordinamento con l’art. 2110.

Quest'ultimo, infatti, stabilisce espressamente che in caso di infortunio, malattia, gravidanza e puerperio è dovuta al prestatore la *retribuzione*, ferma restando, ovviamente, la conservazione del posto di lavoro, momentaneamente solo sospeso, con mantenimento di tutti i diritti, fra i quali certamente anche il riconoscimento del periodo di assenza ai fini del computo dell'anzianità di servizio.

Questo “duro colpo” alla tesi di Barassi, si è, poi, “amplificato” con l'entrata in vigore della Costituzione che cerca di sottrarre, per quanto possibile, la disciplina del lavoro al diritto civile per porla al centro del diritto pubblico, ovvero, appunto, del diritto da essa stessa discendente: quello costituzionale.

Non a caso, sin dal suo primo articolo, il lavoro diventa “il” diritto sociale per eccellenza.

Ciò in quanto - come emerge sia dagli atti dell'assemblea costituente che da una lettura congiunta dell'art. 3, secondo comma e dell'art. 36, primo comma, della Cost. - si vede in esso il principale strumento in grado di garantire al *cittadino* quella *dignità* e quella *libertà necessaria per partecipare attivamente all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*. Il tutto, chiaramente, sempre che vi sia una retribuzione intesa non solo e non tanto come “obbligazione corrispettiva” - che paga la prestazione in proporzione alla sua quantità e qualità- ma, soprattutto, come “obbligazione solidale”, capace di essere *comunque sufficiente* ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia, appunto, quell' “*esistenza libera e dignitosa*” di cui al precitato art. 36, primo comma, della Cost.

Alla luce di quanto appena detto, dunque, non possono certamente meravigliare quelle disposizioni costituzionali che, ancora una volta, pongono in capo al datore l'obbligo di adempiere alla propria prestazione retributiva sebbene in assenza della controprestazione lavorativa. Basti in tal senso ricordare, ad esempio, l'art. 36, terzo comma, della Cost. circa il diritto ad un riposo settimanale ed a ferie annuali retribuite o l'art. 38, primo comma, secondo capoverso, della Cost. in riferimento al diritto all'ottenimento di mezzi adeguati a soddisfare le esigenze di vita in favore dei lavoratori infortunati, ammalati, invalidi.

Pur di non ammettere le evidenti discrasie tra la sua tesi e la normativa in materia di lavoro -di cui al codice civile ed alla Carta Costituzionale- nel frattempo intervenuta, il cosiddetto “secondo Barassi” arrivò ad evidenti forzature quali il negare - palesemente contro la lettera dell'art. 2110 del cod. civ.- la natura retributiva dei trattamenti di malattia, di infortunio o di maternità o il considerare una sorta di “pagamento posticipato”, per prestazioni sicuramente

rese prima in eccesso, la retribuzione connessa alle ferie, al riposo settimanale ed alle festività.

Più che la mancanza di autocritica di un autore divenuto anche di una certa età, ciò che realmente sorprenderà sarà, però, l'atteggiamento assunto dalla dottrina successiva.

Per tutti gli anni quaranta, cinquanta e sessanta, essa continuerà a non mettere mai in dubbio, quasi si trattasse di un dogma, la tesi classica della "corrispettività pura" del contratto di lavoro. Almeno fino all'approvazione della legge n. 300 del 1970.

Con lo Statuto dei Lavoratori, infatti, proprio a partire da diritti fondamentali costituzionali - quali quello alla salute, all'istruzione, alla famiglia o alla libertà sindacale- nascono nuove ed ulteriori ipotesi sospensive della prestazione di lavoro che danno, comunque, diritto alla retribuzione.

Si assiste, evidentemente, ad uno sviluppo delle sospensioni - anche se, per ora, inerente più che altro ad un profilo quantitativo- che fa inevitabilmente venir meno qualsiasi idea di uno "stretto" sinallagma nel contratto di lavoro.

Di fronte a tale mutato quadro normativo, non era davvero possibile continuare a far finta di nulla. Di qui, e per venire al secondo punto oggetto delle riflessioni nel merito, iniziano a sorgere in dottrina delle nuove teorie sulla corrispettività che tentano, per così dire, di "conciliare l'inconciliabile".

Prima fra esse è quella cosiddetta "derogatoria" del prof. Treu elaborata a ridosso dell'entrata in vigore della legge n. 300/70.

Per l'illustre autore, il contratto individuale di lavoro deve continuare ad essere inquadrato fra quelli sinallagmatici specie alla luce della nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 del cod. civ. incentrata, pur sempre, sul nesso tra prestazione lavorativa e controprestazione retributiva. Tuttavia, siccome l'oggetto dell'obbligazione lavorativa coincide con una persona che è *in primis* un cittadino titolare di ben precisi diritti, sono consentite delle "deroghe" che passano, appunto, attraverso le sospensioni.

Questa tesi, nonostante dei primi successi, già dopo pochi anni, non appare molto convincente.

Si comprende presto che non possono essere ridotte a mere "eccezioni" ad un principio generale, vicende che, peraltro, continuano ad aumentare, ad esempio, per effetto della legge n. 104 del 1992.

Si passa così, verso la fine degli anni ottanta ed i primi del novanta, all'elaborazione di un altro filone di pensiero, definito da taluna parte della dottrina "neo-classico", riconducibile principalmente al prof. Ichino.

In base ad esso - e di qui l'elemento di "classicità"- si riparte dalla natura strettamente e puramente sinallagmatica del contratto di lavoro mai derogata né derogabile, mentre la novità rispetto al Barassi è la giustificazione sul come conciliare con siffatta visione le sempre più "ingombranti" interruzioni della prestazione del lavoratore.

Ebbene, per Ichino, ma similmente anche per il prof. Del Punta, queste ultime non sono in grado di far venir meno la natura corrispettiva del contratto di lavoro perché, sin dal momento della stipula del contratto individuale, ovverosia a livello di sinallagma genetico, il datore sa che esistono dei casi in cui dovrà comunque retribuire il lavoratore anche in assenza della controprestazione lavorativa e lo accetta come parte della sua obbligazione, all'interno del cosiddetto "rischio d'impresa". Entrando direttamente nell'obbligazione datoriale, le sospensioni ne sono letteralmente fagocitate fino a scomparire.

La perdita di vita "autonoma" delle fattispecie sospensive sembra, tuttavia, già *prima facie* una forzatura della realtà normativa. Non solo ma, come evidenziato da altra parte della dottrina, è pressoché impossibile nella pratica far rientrare nella *causa* del contratto eventi per loro natura non negoziabili tra le parti perché semplicemente inesistenti all'atto della stipula.

Di qui la difficoltà di aderire pure a questo orientamento dottrinale.

Sembrerebbe, quindi, solo da accettare quel "dato di fatto" per cui il contratto individuale di lavoro non può e mai potrà essere *in toto* sinallagmatico perché pur ammettendo un'interdipendenza fra obbligazioni manca sovente la reciprocità tra le prestazioni. Il che equivale a dire che può esserci tutt'al più il sinallagma genetico ma non quello funzionale. E le sospensioni sono la riprova di ciò.

Tale considerazione viene in qualche maniera rafforzata - per venire al nostro terzo punto di strutturazione del discorso- dall'evoluzione che esse hanno avuto negli anni. Un'evoluzione, come si diceva, non solo quantitativa ma soprattutto *qualitativa*.

Le vicende sospensive, in effetti, non sono solo aumentate numericamente, principalmente per effetto della legge n. 300 del 1970 introduttiva, tra gli altri, dei permessi per motivi di studio, per cariche elettive e sindacali, per l'esercizio del diritto di assemblea e referendum; bensì sono divenute indispensabili per l'esercizio autonomo e *libero* da parte della persona che lavora di propri diritti potestativi. Esse da iniziali eventi "*patologici*" subiti in maniera

“passiva” dallo stesso lavoratore, come i primi casi inerenti alla malattia ed all’infortunio, sono passate a vicende dapprima “*tollerate*” dalle parti perché imposte dal Costituente piuttosto che dal legislatore ordinario fino ad essere considerate “*necessarie*” con tanto di ruolo “attivo” per il dipendente che le aziona liberamente se, come e quando lo ritiene opportuno. A tale ultimo *step*, si giunge, in particolare, con la legge n. 53 del 2000 introduttiva di quelle fattispecie sospensive cosiddette “di ultima generazione” quali i *congedi* parentali, formativi e per cause ed eventi particolari.

Recependo gli indirizzi provenienti dall’Europa ed in particolare dal *Report*, redatto nei primi anni novanta, su *input* della Commissione, dal gruppo coordinato dal prof. Alain Supiot, si comprende che per continuare a sopravvivere il diritto del lavoro del futuro deve per prima cosa riporre al centro il lavoratore in quanto *persona*. Quest’ultimo, dunque, necessita di essere titolare di taluni diritti potestativi fondamentali a prescindere dal tipo di lavoro svolto e dal grado di subordinazione e persino nei periodi di inattività, anzi specialmente in essi, ne dovrebbe poter godere fino in fondo.

Proprio quando questo modello cosiddetto “*europeo*” di sospensioni – caratterizzato, come visto, da una rinnovata libertà e centralità della *persona* del lavoratore- sembrava prendere piede nel nostro ordinamento giuridico, si è, tuttavia, cambiata repentinamente rotta accantonando la legge n. 53/00 per “manipolare” il termine “libertà” in “flessibilità”.

Nascono così dei nuovi rapporti di lavoro, all’interno di una diversa concezione d’insieme definibile “classico-flessibile”.

In buona sostanza, con il cosiddetto “Libro Bianco” del 2001, precursore della legge n. 30 del 2003 e del relativo decreto legislativo di attuazione n. 276/03, si cerca di rendere, specialmente i nuovi rapporti di lavoro c.d. “*altamente flessibili*”, realmente ispirati ad un principio di stretta sinallagmaticità, tale per cui il lavoratore non ha altri diritti se non quello alla retribuzione solo se e quando effettivamente lavora.

Seppure questa tesi sia riuscita, purtroppo, a lasciare la sua impronta sulla disciplina del lavoro intermittente o a chiamata piuttosto che del lavoro accessorio o dello *job sharing*, di contro, e fortunatamente, vi si oppongono da subito diversi elementi.

Essi consistono, innanzitutto, nei vari diritti potestativi fondamentali costituzionali fin qui più volte accennati e nel dettaglio riguardanti: una retribuzione sufficiente (art. 36 Cost.), le ferie, i permessi ed i riposi (art. 37 Cost.), il congedo di maternità, paternità e parentale (art. 31

Cost.), la salute (art. 32 Cost.), la formazione ed l'elevazione professionale (art. 35 Cost.), i trattamenti di malattia, infortunio, invalidità (art. 38 Cost.), lo sciopero (art. 40 Cost.).

Inoltre, continuano ad impedire un ritorno ad una concezione puramente e rigidamente corrispettiva del rapporto di lavoro anche la giurisprudenza nonché quell' "ombrello comunitario" che è la Carta di Nizza.

Quanto alla prima, essa ha avuto un ruolo cardine in tal senso sin dalla seconda metà degli anni ottanta quando la Corte Costituzionale - chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 32, 1° comma e 36, 3° comma della Cost., dell'art. 1 del d.l. n. 16 del 25 gennaio 1982 che aveva espressamente vietato la concessione di congedi straordinari per cure idrotermali- con la sentenza n. 559 del 18 dicembre 1987, riconosceva la prevalenza del diritto alla salute di cui all'art. 32 della Cost. sull'obbligo di lavorare.

Già in quella sentenza si sottolineava, cioè, che " il 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 ed implica *una concezione della corrispettività diversa da quella presupposta dalle ordinanze di rimessione. Innanzitutto l'assumere che il principio di corrispettività nel rapporto di lavoro si risolve meccanicamente, salvo deroghe eccezionali, in una relazione biunivoca tra prestazione lavorativa e retribuzione urta con il concetto di retribuzione assunto dall'art. 36 Cost. che non è –come questa Corte ha più volte precisato- mero corrispettivo del lavoro, ma compenso del lavoro proporzionale alla sua quantità e qualità ed insieme mezzo normalmente esclusivo per sopperire alle necessità vitali del lavoratore e dei suoi familiari che deve essere sufficiente ad assicurare a costoro un'esistenza libera e dignitosa. 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: ciò per la ragione che nel rapporto di lavoro il lavoratore impegna non solo le proprie energie lavorative ma – necessariamente ed in modo durevole- la sua stessa persona, coinvolgendovi una parte dei suoi interessi e rapporti personali e sociali*".

Dato, quindi, il favore della Consulta per un superamento della concezione strettamente sinallagmatica del contratto individuale di lavoro ed il nascere di un nuovo orientamento definibile "pro – corrispettività allargata" a maggior ragione i giudici di legittimità aderiranno ad esso in molte successive sentenze, fra le quali si possono certamente ricordare la n. 704/1997 e la n. 10420/2001.

Con la n. 704 suddetta le Sezioni Unite della Corte di Cassazione - nel chiarire che il diritto alle ferie matura comunque anche in periodi di assenza da lavoro per malattia- ribadiranno l'esistenza di taluni diritti fondamentali di cui il lavoratore è titolare per il solo fatto della sussistenza di un rapporto di lavoro ed a prescindere dall'effettivo svolgimento della sua opera. Molto di più sarà affermato con la pronuncia del 12 novembre 2001. In essa le medesime Sezioni Unite - chiamate ancora una volta a meglio definire i rapporti tra ferie e malattia - prenderanno espressamente posizione sulla corrispettività nel contratto individuale di lavoro che, a loro dire, può essere solo "parziale" ovvero ampliata alla sfera sociale.

Diranno, cioè, apertamente che la concezione "classica" della corrispettività nel contratto di lavoro "è oggi recessiva" e da considerarsi superata e che "la nostra giurisprudenza di legittimità mantiene la concezione sinallagmatica ma non la irrigidisce: le prestazioni di lavoro non costituiscono così «un mero strumento per il raggiungimento di un risultato economico, ma esprimono piuttosto la presenza di un soggetto nell'organizzazione aziendale. Un soggetto che quivi opera mediante il vincolo del rapporto obbligatorio di scambio nella cui struttura sono però insite pause di varia durata (giornaliera, settimanale ed annuale) le quali non incidono sulla funzionalità del sinallagma (Cass. 13 novembre 1986 n. 6658)». Una concezione ampliata del nesso di corrispettività, dunque."

Il che inequivocabilmente comporta la "visione del contratto di lavoro come contratto non solo di scambio ma anche di organizzazione", per riprendere ancora le testuali parole dei giudici di legittimità.

In riferimento, infine, a quell'altro vero e proprio documento ostativo al ritorno a concezioni "barassiane" del rapporto di lavoro, quale la Carta di Nizza - avente oggi la stessa efficacia giuridica dei Trattati ex art. 7 del Trattato di Lisbona - basti qui ricordare che dedica un intero titolo (il secondo) alla *libertà* del lavoratore declinata, tra gli altri, in *diritti: alla sicurezza* (art. 6); *al rispetto della vita privata e familiare* (art.7); *a sposarsi ed avere una famiglia* (art.9); *alla riunione ed all'associazione* (art. 12); *all'istruzione* (art. 14); *alla libertà professionale ed al diritto di lavorare* (art. 15) *a condizioni di lavoro giuste ed eque* (art. 31), ovvero senza discriminazioni (art. 21) e nel rispetto della parità tra uomini e donne (art. 23).

Appare, in conclusione del lavoro di ricerca, e ferme restando tutte le argomentazioni fin qui brevemente riprodotte, ad oggi impossibile giuridicamente ma anche insensato logicamente ed eticamente ridurre il contratto individuale di lavoro ad un mero scambio tra prestazione lavorativa *versus* retribuzione.

Come messo in evidenza ancora pochi mesi fa dal prof. Supiot, il diritto del lavoro non può essere considerato un prodotto in competizione su scala mondiale, dove si opererebbe la selezione naturale degli ordinamenti che meglio si adattano alle esigenze di rendimento finanziario, pena la scomparsa delle democrazie moderne rette, a differenza dei regimi dispotici, proprio sulla necessità di una *giustizia sociale* che nasca dal basso sotto forma di diritti e di libertà che permettano in qualsiasi momento ai “deboli” di opporre ai “forti” la loro rappresentazione dell’equità.

Detto in altri termini, la realizzazione, che sembrerebbe sempre più vicina, di quella tesi di Friedrich von Hayek cosiddetta della “democrazia limitata” in cui si ha la “detronizzazione della politica” e la selezione naturale delle regole e delle pratiche mediante la messa in concorrenza dei diritti e delle culture su scala internazionale, non sarebbe razionalmente possibile perché palesemente capace di generare solo violenza, scontri di massa fino all’assurdo di nuove guerre, privando gli ordinamenti giuridici civilizzati del principio cardine della dignità umana.

Bibliografia

Accornero A., *Il mondo della produzione*, 1994, Bologna, Il Mulino, p. 268 e ss.

Ales E., *Dal “caso Fiat” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro di prossimità, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona.It, n.134/2011.

Alessi C., *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona.It, n.123/2011.

Amato C., *La giurisprudenza comunitaria in materia di discriminazioni di genere (massimario)*, in Diritti, lavori, mercati, n. 2/2008.

Assanti C., *Le sanzioni disciplinari*, Milano, Giuffrè 1963, p.108

Ballestero M.V., *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1985, p.393.

Ballestero M.V., *Le “energie da lavoro” tra soggetto e oggetto*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona.It, n.134/2011.

Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milano, 1901.

Barbera M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007.

Biagi M., *Presentazione del Libro Bianco*, in www.aidlass.org.

Bobbio N., *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 1995.

Borrelli S., *Il padre lavoratore nella giurisprudenza costituzionale in Paternità e lavoro*, a cura di L. Calafà, Bologna, Il Mulino, 2007.

Bruno A., *Il contratto di lavoro intermittente*, in *I nuovi contratti di lavoro*, a cura di M. Persiani, Utet, 2010, p. 385 e ss.

Calafà L., *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2004.

Calafà L., *Paternalità e lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2007.

Carinci F., *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.It n. 113/2011.

Caruso B., *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi*, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005.

Caruso B. - Lo Faro A., *I Lavoratori studenti*, in EGT, XVIII, Roma, 1990.

Caruso B., *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'articolo 18: riformarlo senza cambiarlo*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.It n. 140/2012.

Cattaneo G., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 78 e ss.

Cinelli M., *I permessi nelle vicende sospensive del rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1984.

D'Antona M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in ID Opere, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, I, Milano, 2000.

Delfino M. - Zoppoli L., *Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico ed atipico in Italia e Germania*, Napoli, Ediesse, 2008.

Dell'Olio M., *I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma*, in ADL, 2005, p. 69 e ss.

Del Punta R., *La sospensione della prestazione di lavoro*, in www.unifi.it.

De Simone G., *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili fra diritto comunitario e diritto interno*, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, Milano, 2005, p. 637 e ss.

Di Majo A., *Adempimento parziale e rapporti di lavoro (sull'uso ed abuso delle categorie giuridiche)* in Riv. Trim. dir. proc. Civ., 1975, p. 38 e ss.

Di Majo A., *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in Riv. Giur. Lav, 1974, p. 265 e ss.

Di Majo A., *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 68.

Draghi M., *Crescita, benessere e compiti dell'economia politica*, in www.bancaditalia.it.

Fabris P., *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*, Milano, 1978.

Ferrante V., *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, Giappichelli, 2008.

Ferrante V., *Lodovico Barassi e l'Università Cattolica*, in *La nascita del diritto del lavoro. Il contratto di lavoro di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, a cura di M. Napoli, Milano, 2003.

Filadoro M., *Job sharing: un primo approccio della Cassazione* in *GuLav*, 25, 1999, p.36 e ss.

Garilli A., *L'articolo 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, WP C.S.D. L. E. Massimo D'Antona.It n. 139/2012.

Gaudu F., *De la flexicurité a la sécurité sociale professionnelle. L'emploi entre mobilité et stabilité* in *Formation Emploi*, n. 101, 2008.

Ghera E., *Diritto del Lavoro*, Bari, Cacucci, 1990.

Ghezzi G. – Romagnoli U., *Il rapporto di lavoro*, Milano, Zanichelli, 1995.

Gorla G. , *Del rischio e del pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934.

Gottardi D., *Orari flessibili, regole contraddittorie e punitive*, in *Unità*, inserto, 12 agosto 2003.

Grasso B., *Successione particolare nel debito corrispettivo, successione nel sinallagma e regime delle eccezioni*, in *Rass. dir. lav.* 1982.

Ichino P., *Il tempo della prestazione di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1984.

Ichino P., *Sul contenuto e sull'estensione della tutela del lavoro nel titolo III della Costituzione*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*, I, Bari, 1999, p. 527.

Istat, *La conciliazione fra lavoro e famiglia*, 2010.

Izzi D., *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro: il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005.

Mariucci L., *Dopo la flessibilità cosa?*, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, 2005, p. 1118.

Mengoni L., *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in Scritti giuridici in onore di A. Scialoja, Bologna 1953.

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Libro Bianco sul mercato del lavoro. Alcune risposte a molti interrogativi*, 2001.

Monda P., *La sorveglianza sanitaria* in AA.VV. (a cura di L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo) *Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori*, Milano, Ipsoa, 2011.

Mortati C., *Problemi di politica costituzionale, Raccolta di scritti*, Milano, 1972. p. 187 e ss.

Nisticò F., *Largo agli impiegati a squillo*, in www.diario.it

Novella M., *Diritto alla conciliazione, conciliazione contrattata e conciliazione octroyée* p. 134 e ss., in *Persone, lavori, famiglia*, a cura di M. V. Ballestrero, Torino, Giappichelli, 2009.

Orlandi B., *Il contratto di lavoro ripartito* in *I nuovi contratti di lavoro*, a cura di M. Persiani, Utet, 2010, p. 416.

Pellacani G., *Il lavoro intermittente o a chiamata (c.d. job on call)*, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, Milano, 2005, p. 1338 e ss.

Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1966.

Perulli A. – Speciale V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "Rivoluzione di Agosto" del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. It n. 132/2011.

Renga S., *Proporzionalità, adeguatezza ed eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, Milano, 2005, p. 1449.

- Roccella M. – Treu T., *Il diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, Cedam, 2001.
- Romagnoli U., *La costituzione delegittimata*, in Studi in onore di Giorgio Ghezzi, Milano, Cedam, 2005, p. 1516 e ss.
- Romagnoli U., *Il secolo del diritto. E poi?* In Diritto del mercato del lavoro, 1999.
- Rusciano M., *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, in Eguaglianza e Libertà, rivista on line di critica sociale.
- Rusciano M., voce *Sospensione del rapporto di lavoro*, in Enc. Giur, Treccani, 1993.
- Sacco R., *Il contratto. La qualificazione*, in Tratt. Dir. priv. diretto da P. Rescigno, Torino, 1982.
- Santucci R., *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, Torino, Utet, 1993.
- Smuraglia C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1967.
- Supiot A., *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, Mondadori, 2005.
- Supiot A., *Il futuro del lavoro*, Carocci, 2003.
- Tarello G., *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete*, in *ID Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974.
- Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998.
- Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 2001.
- Treu T. – Napoli M., *Dalle ragioni del diritto del lavoro ad un diritto del lavoro ragionevole. Riflessioni sul pensiero di L. Mengoni*, in Jus, 1997.

Treu T., *Onerosità e corresponsività nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968.

Vardaro G., *Il diritto del lavoro*, Milano, 1989, p. 41

Vecchio G., *Giustizia sociale, Stato, Diritti*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. It n. 120/2011.

Zagari E., *Corporativismo e teoria economia*, in *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di Mazzacane, Napoli, 2002, p.67.

Zoppoli A., *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale* in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. It n. 131/2011.

Zoppoli L., *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

Zoppoli L., *Lavoro, impresa e Unione Europea. La tutela dei lavoratori nell'Europa in trasformazione*, Milano, Franco Angeli, 2006.

Zoppoli L., *Contrattazione collettiva e Unità d'Italia*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. It n. 130/2011.