

$$\frac{A_{I2}}{280}$$

Paolo Pizzuti

SCIOPERO ARTICOLATO E PRESTAZIONI IMPRODUTTIVE



Copyright © MMX
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-3057-8

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: agosto 2009
II edizione: febbraio 2010

INDICE

CAPITOLO I IL TEMA DELL'INDAGINE

1. Sciopero articolato e ore di lavoro improduttivo	9
2. Le ipotesi in cui si verifica il fenomeno delle ore improduttive	17
3. Il rifiuto delle prestazioni improduttive	26

CAPITOLO II EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI SCIOPERO E ORE DI LAVORO IMPRODUTTIVE

1. Lo sciopero articolato come comportamento “sleale”..	29
2. Sospensione della produzione e conseguenze sui rapporti di lavoro	37
3. Il progressivo riconoscimento costituzionale degli scioperi articolati	42
4. La svolta della giurisprudenza sulle ore di lavoro improduttivo. La teoria della prestazione proficua	48
5. Segue. La “inutilizzabilità” della prestazione	55
6. Offerta “irregolare” della prestazione e carenza oggettiva di interesse da parte del datore di lavoro	61
7. Il cosiddetto sciopero delle mansioni	65

CAPITOLO III
PRESTAZIONE PROFICUA
E INTERESSE TIPICO DEL DATORE DI LAVORO

1. Teorie “istituzionalistiche” e debito di lavoro	73
2. Funzione organizzativa del contratto di lavoro e <i>mora accipiendi</i>	79
3. “Coordinabilità” della prestazione di lavoro e funzione del contratto	87
4. Le critiche alla teoria della prestazione proficua. La tesi del “risultato parziale”	96
5. La teoria della “nuova corrispettività dei sacrifici”	101
6. Segue. Rischio d’impresa e imputabilità dello sciopero	109
7. Sopravvenuta mancanza dell’interesse creditorio e fallimento del programma negoziale	116

CAPITOLO IV
SCIOPERO ARTICOLATO E *MORA ACCIPIENDI*

1. Mora del creditore e impossibilità della prestazione ...	121
2. La teoria delle “opere perite”. Critica	126
3. L’impossibilità temporanea della cooperazione creditoria	132
4. La inutilizzabilità della prestazione da parte del datore di lavoro	138
5. Il concetto di motivo legittimo	143
6. Motivo legittimo e principio di buona fede	146
7. Inutilizzabilità delle prestazioni e inesigibilità della cooperazione	149
8. Il bilanciamento tra valori costituzionali	152

CAPITOLO V
I RIMEDI SINALLAGMATICI

1. L'adempimento parziale	163
2. L'eccezione di inadempimento	171
3. Segue: l'eccezione di inadempimento nel rapporto di lavoro	178
4. Segue: il limite della buona fede	182
<i>Bibliografia</i>	187

CAPITOLO PRIMO

IL TEMA DELL'INDAGINE

SOMMARIO: 1. Sciopero articolato e ore di lavoro improduttivo. – 2. Le ipotesi in cui si verifica il fenomeno delle ore improduttive. – 3. Il rifiuto delle prestazioni improduttive.

1. Sciopero articolato e ore di lavoro improduttivo

È ormai acquisito alla cultura giuridica che lo sciopero non ha più limiti di esercizio¹, se non quelli derivanti dalla necessità

¹ Il definitivo abbandono della teoria sui limiti interni si deve – come è noto – a Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, in *Giust. civ.*, 1980, I, 803.

Sul tema, in generale, si v. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 2009; ID., *Autoregolamentazione dello sciopero ed efficacia del contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 1989, I, 6 ss.; ID., *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Dir. lav.*, 1992, I, 13 ss., qui 16: “la giurisprudenza costituzionale e quella ordinaria, nonostante le oscillazioni che hanno caratterizzato, e caratterizzano, il percorso di quest’ultima, sono giunte a conclusioni sostanzialmente simmetriche: tanto per lo sciopero dei dipendenti da privati che per lo sciopero dei dipendenti pubblici, non esistono limiti «intrinseci» allo sciopero, ma esistono limiti esterni o «coessenziali». Il diritto di sciopero non può, infatti, essere legittimamente esercitato quando leda, anche per le modalità del suo esercizio, altri diritti costituzionalmente protetti e garantiti e, cioè, quando può ledere diritti e interessi potenzialmente configgenti, ma che, a differenza dell’interesse del datore di lavoro al profitto, ricevono dall’ordinamento tutela prioritaria o, quanto meno, paritaria”; BETTINI, *Associazioni professionali e sindacato*, Milano, 1991, 83, con particolare riferimento al raffronto tra sciopero e serrata nel nostro ordinamento; PESSI, *Autonomia collettiva e governo del conflitto*, Napoli, 1988.

V. anche PERA, *Sciopero (diritto di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, vol. XLI, 699; GAROFALO, *Forme anomale di sciopero*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale*, vol. VI, Torino, 278; GAROFALO, GENOVIVA, *Lo sciopero*, Torino, 1984; GAETA, *Le teorie dello scio-*

di tutelare altri diritti previsti dalla Costituzione². Si può, infatti, considerare definitivamente consegnata alla storia la lunga vicenda sui cosiddetti “limiti interni” allo sciopero³, caratterizzata

pero nella dottrina italiana, una guida alla lettura, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 139 ss.; SANTONI, *Lo sciopero*, Napoli, 1999.

² Come è stato detto, “è per proprio per questa via che la giurisprudenza ha saputo dare un fondamentale contributo alla civiltà del diritto. Essa, infatti, ha aperto la prospettiva nella quale è stato possibile dare rilevanza e tutela agli interessi dei terzi, rispetto alle parti del conflitto sindacale, e, cioè, agli interessi degli utenti”: PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, cit., 16. Come è noto, questi interessi superiori sono stati codificati nella disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (art. 1, comma 1, legge 12 giugno 1990, n. 146), nonché – con riferimento al valore della “produttività” dell’impresa – dalla giurisprudenza: v. la sentenza della Suprema Corte n. 711 del 1980, citata nella nota 1.

³ Sul significato del diritto di sciopero e i suoi limiti v. SANTORO PASSARELLI F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1949, 138 ss.; CARNELUTTI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, 221 ss.; più di recente v. PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, cit., 3 ss., secondo cui “Il riconoscimento costituzionale dello sciopero come diritto (art. 40 Cost.) ebbe, ed ha, una elevata valenza politica, non è sufficiente, però, da solo, ad individuarne la nozione e, quindi, i limiti, mentre mai sono state emanate quelle leggi che, per esplicita previsione del legislatore costituente, avrebbero dovuto regolarne l’esercizio. Né il vuoto normativo avrebbe potuto essere colmato con il riferimento alla nozione di sciopero desumibile dall’esperienza storica e comune. Quest’ultima, se mai, può essere accertata soltanto *ex post* restando, comunque, condizionata dalla costante evoluzione delle concezioni, anche politiche, alle quali la lotta sindacale può essere ispirata”; v. anche CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro, I Il diritto sindacale*, Torino, 2006, 245 ss.: gli autori fanno riferimento al significato comune del termine sciopero ma con la precisazione che “se il referente del diritto deve essere dato dal significato corrente nel sociale, questo non può essere tutto quel che vien via via battezzato come sciopero dai lavoratori o anche dai sindacati ma solo quello che appare consolidato come tale nel sentire e nella prassi sociale, cioè, oggi come oggi, un comportamento riconducibile nel suo nucleo essenziale ad un’astensione, sia pure diversamente tipizzata”, sicché il riferimento torna ad essere la nozione indicata dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 711 del 1980, cit..

dalle teorie del danno ingiusto e della corrispettività dei sacrifici⁴.

La definizione del concetto di sciopero-diritto, e dei suoi limiti, omessa dalla Costituzione, è stata affidata ad una vivace elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, che ha avuto il compito di segnare il confine tra la nozione di sciopero desumibile dall'esperienza storica e comune⁵, e la (più circoscritta) nozione di sciopero "consentita e protetta"⁶ dall'art. 40 della Costituzione.

D'altra parte, la Costituzione utilizza il termine sciopero senza definirlo, e quindi rinvia al "fatto nella sua essenza, e nei suoi elementi costitutivi, quali emergono dalla esperienza economi-

⁴ Sul tema la letteratura è amplissima: v. PROSPERETTI U., *Sullo sciopero "a singhiozzo" di dieci minuti*, in *Mass. giur. lav.*, 1971, 33; PERA, *Serrata e diritto di sciopero*, Milano, 1969, 81 ss.; ZANGARI, *Diritto di sciopero e «corrispettività dei sacrifici»*, in *Dir. lav.*, 1969, I, 81 ss.; MAZZONI, *Ancora sullo sciopero a singhiozzo come comportamento contrattuale illecito*, in *Mass. giur. lav.*, 1973, 36; GHEZZI, *Cooperazione del creditore all'adempimento, serrata di ritorsione e cosiddette forme abnormi di lotta sindacale*, in *Giur. it.*, 1967, 1, 2, 803; TARELLO, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Milano, 1967; NATOLI, *Legittimità dello sciopero e danno del datore di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, II, 88; OFFEDDU, *Alcuni rilievi in tema di sciopero a scacchiera*, in *Ann. Fac. Ec. Comm. Univ. Padova*, 1965-66, 9; MONTUSCHI, *Il diritto di sciopero e il c.d. danno ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 49; GHERA, *Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero*, in *AA.VV., Indagine sul sindacato*, 1970, 279 ss.

⁵ Nozione che rimane "condizionata dalla costante evoluzione delle concezioni, anche politiche, alle quali la lotta sindacale può essere ispirata, a loro volta, influenzate dal mutevole contesto dei rapporti economici e sociali che fanno, necessariamente, da sfondo alla dimensione aziendale nella quale, lo sciopero si esercita", così PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, cit., 13 e nota 2.

⁶ Sono i termini utilizzati da SANTORO PASSARELLI F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, cit., 138, nonché in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 177 ss., il quale chiarisce che il riconoscimento del diritto di sciopero "comporta, nel pubblico interesse, una determinazione dell'azione consentita e protetta".

ca-sociale”⁷, ma tali elementi assumono rilievo giuridico attraverso la mediazione della norma, nel contenuto consolidato che essa ha acquisito attraverso l’attività di interpretazione, alla quale è affidato “il compito di risolvere le incertezze di significato che il termine stesso presenta quando viene utilizzato nella lingua naturale dalla quale proviene”⁸.

Di conseguenza, i mutamenti che via via si verificano nel giudizio e nel sentimento sociale rispetto alla natura ed ai connotati del fenomeno naturale cui la norma rinvia (lo sciopero), non alterano il contenuto precettivo della norma stessa sino a quando non vengono recepiti dall’ordinamento attraverso l’attività di interpretazione (cioè sino a quando non muta il c.d. “diritto vivente”⁹).

⁷ SCOGNAMIGLIO, *Una nuova svolta nella giurisprudenza del Supremo Collegio in tema di limiti di legittimità dello sciopero*, in *Mass. giur. lav.*, 1986, 472 ss., qui 473.

⁸ GAROFALO, *Forme anomale di sciopero*, cit., 280.

⁹ MENGONI, *Diritto vivente*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale*, vol. VI, Torino, 1997, 445 ss. L’autore afferma che “il diritto vivente è una formula che sintetizza il complesso problema della partecipazione del giudice alla formazione del diritto (posto che egli trae la regola di decisione non solo dalle norme legali, ma anche dai dati extratestuali della realtà sociale determinata dalla norma come proprio ambito di applicazione” (p. 448), per poi concludere che “il diritto vivente è lo stesso diritto vigente come interpretato e applicato dalla giurisprudenza” (p. 450), intesa sia dal punto di vista quantitativo, cioè come giurisprudenza “consolidata... qualificata da una serie continua di pronunce uniformi”, che dal punto di vista qualitativo, basato “sul grado e sulla funzione rivestiti dall’autorità giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa”. Si v. anche ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione, problemi giuridici*, I, Milano, 1959; ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 288: “diritto vivente è formula che allude alle applicazioni del diritto formalmente vigente, di per sé in attesa di vivere nelle sue applicazioni”; SANTORO PASSARELLI F., *A proposito del «diritto vivente»*, in *Ordinamento e diritto civile, Ultimi saggi*, Napoli, 1988, 41 ss.; con particolare riferimento al diritto del lavoro v. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 613 ss.

In altre parole, “il fatto, nella specie la prassi sindacale, non può assurgere a diritto sino a quando non dia vita a norme consuetudinarie”, mentre è “l’atteggiamento della giurisprudenza che può finire per modificare il quadro, dacché l’attività giurisprudenziale, quando dia vita ad interpretazioni innovative consolidate, costituisce una vera e propria fonte di nuovo diritto”¹⁰.

Se così non fosse, i soggetti tutelati dal diritto, lavoratori e organizzazioni sindacali, potrebbero attraverso la prassi stabilire l’ampiezza ed i limiti del diritto stesso, la qual cosa è logicamente, ancor prima che giuridicamente, inaccettabile.

Tanto più se si tiene conto che lo sciopero non è espressione di autotutela in senso stretto, costituendo piuttosto una forma di pressione¹¹ verso la controparte, che non presuppone necessariamente un fatto illecito a cui reagire, né un rapporto di “proporzionalità” rispetto “all’entità del pericolo”¹², che sono caratteristiche tipiche dell’autotutela di diritto privato¹³. Ne consegue

¹⁰ CATAUDELLA, *Sciopero e inadempimento (una panoramica)*, in *Dir. Lav.*, 1975, I, 90.

¹¹ Come è stato rilevato in dottrina, si può fondatamente dubitare che lo sciopero configuri una ipotesi di autotutela in senso stretto, essendo invece più genericamente “uno, per quanto efficace, strumento di pressione”: BIGLIAZZI GERI, *Autotutela, (II Diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IV, 3. La medesima formula è utilizzata da GIUGNI, *Diritto sindacale*, 2007, Bari, 223: “L’autotutela degli interessi collettivi costituisce una delle manifestazioni essenziali della coalizione sindacale. Essa può esprimersi in una varietà di comportamenti il cui unico denominatore comune è nella loro direzione ad esercitare una pressione nei confronti della controparte...per indurla a fare o a non fare qualcosa e per determinare in tal modo un differente equilibrio tra i fattori della produzione”.

¹² Secondo l’impostazione classica, anche quando sussistono tutti i presupposti legali dell’autotutela, questa rimane comunque un “potere-mezzo” strettamente coordinato al diritto da tutelare, e per tale motivo deve risultare in qualche modo “proporzionato all’entità del pericolo”: BETTI, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 530.

¹³ In generale, sull’autotutela nel rapporto di lavoro v. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004, in particolare 239 ss.

che la misura in cui tale pressione è consentita dall'ordinamento risulta inevitabilmente "provvisoria"¹⁴ e contingente rispetto al momento storico¹⁵.

Tra i risultati più significativi dell'elaborazione giurisprudenziale, vi è il riconoscimento della legittimità degli scioperi a prescindere dalle loro modalità, compresi i cosiddetti scioperi articolati, a scacchiera o a singhiozzo. La vicenda degli scioperi articolati è paradigmatica di quali siano "i limiti del diritto di fronte alla realtà e, nel contempo, l'apporto che questa offre alla definizione della regola"¹⁶, al punto che, nel giro di qualche lustro, lo sciopero articolato si è trasformato da comportamento illecito, abnorme e sleale¹⁷, a vero e proprio diritto costituzionale.

¹⁴ Come è stato detto, "lo sciopero è intrinsecamente materia incandescente nel suo substrato sociale, naturalmente restia a calarsi, quindi, nelle forme tradizionali delle categorie giuridiche", sicché "ogni costruzione dello sciopero appare come una sintesi provvisoria per definizione non conclusiva": PERA, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Milano, 1960, 167.

¹⁵ MAGRINI, *Intervento*, in *Impianti di produzione a ciclo continuo e relazioni industriali*, *Atti del Seminario di studi S. Margherita di Pula 29/30 maggio 1987*, Roma, 1989, 66: rileva che "lo sciopero, concetto cosiddetto liminale dell'ordinamento, valvola di sfogo, è un istituto che è intriso di contenuti sindacali o politico-sindacali, che è strettamente condizionato nella sua vita concreta dal momento storico concreto".

¹⁶ In questi termini, con riferimento proprio alla materia dello sciopero, SENESE, *Il diritto di sciopero ieri e oggi*, in *Foro it.*, 1988, I, 1231.

¹⁷ L'espressione è ancora di SANTORO PASSARELLI F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, cit., 138 ss., qui 151, ma il concetto viene ripreso dalla Corte di Cassazione sin dalle prime pronunce: v. ad esempio Cass. 4 marzo 1952, n. 584, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 321, secondo cui "...se è vero che scioperare costituisce l'esercizio di un diritto, è vero pure che tale esercizio dev'essere attuato con mezzi leciti ed onesti. Lo sciopero è, in sostanza, una lotta che i lavoratori ingaggiano contro gli imprenditori che non intendono piegarsi con altri mezzi di persuasione, e come lotta apertamente combattuta, essa dev'essere leale. E' precisamente la lealtà del comportamento dei lavoratori che rende possibile il riconoscimento del diritto di sciopero". Per un approfondimento sul punto v. il n. 4 del capitolo secondo.

L'imprenditore è, quindi, tenuto a subire anche scioperi esercitati per disorganizzare i programmi di lavoro, ed a sopportare il danno prodotto dalla sospensione della produzione per un tempo superiore allo sciopero e quello derivante dai tempi di fermata e di riattivazione degli impianti.

Al datore di lavoro è concesso soltanto, ed entro certi margini, di contrastare gli effetti dello sciopero attraverso la riorganizzazione interna dell'impresa¹⁸, ovvero – molto più raramente – attraverso la c.d. serrata difensiva diretta a scoraggiare l'attività conflittuale dei lavoratori, che costituisce comunque un illecito contrattuale.

Rimangono fermi i cosiddetti limiti esterni allo sciopero, cioè quei limiti imposti dalla necessità di tutelare gli altri diritti garantiti dalla Costituzione, in base alla regolamentazione introdotta dalla legge 12 giugno 1990, n. 146¹⁹. Tra i limiti esterni, la giurisprudenza annovera anche il diritto dell'impresa di conservare la propria capacità produttiva (art. 41 Cost.)²⁰, intesa come

¹⁸ E' dominante in giurisprudenza la tesi della legittimità del c.d. crumiraggio "interno" per contenere gli effetti dannosi dello sciopero: v., da ultimo, DELLA ROCCA, *Crumiraggio e condotta antisindacale*, e SCIME', *Crumiraggio indiretto/interno anche con assegnazione di mansioni inferiori: cronaca di un non facile bilanciamento*, entrambe in *Mass. giur. lav.*, 2008, rispettivamente pag. 7 e 9; v. anche GALLO, *L'utilizzazione del personale non scioperante: l'orientamento della Cassazione*, nota a Cass. 4 luglio 2002, n. 9709, in *Lav. giur.*, 2003, 138 ss.

¹⁹ Su cui v. PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, cit., 13 ss.; TREU, *Le prestazioni indispensabili (artt. 2, 3, 19)*, in AA.VV., *Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario sistematico*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1991, 13 ss.; BETTINI, *La legge 12 giugno 1990, n. 146, nell'opinione degli interpreti: lo stato dell'arte*, in *Riv. giur. lav.*, 1991, I, 479 ss.; ID, *Minimi di servizio e precettazione: la legge n. 146/1990 rivisitata dai giudici*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 911 ss.

²⁰ Corte Cost. 28 dicembre 1962, n. 124, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 1119 ss.; Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, cit., 809 ss., secondo il quale occorre considerare, tra i danni provocati dallo sciopero, anche "l'arresto della produzione, l'aumento dei costi, lo scadimento dei prodotti", e valutare i "riflessi che ciò

“possibilità per l’imprenditore di continuare a svolgere la sua iniziativa economica”²¹.

In tale quadro, la problematica più rilevante²², ed ancora non del tutto risolta²³, è se l’imprenditore abbia o no il diritto di non

può avere sulla sopravvivenza, sia tecnica sia economica o commerciale, dell’impresa: ad esempio per il deterioramento degli impianti o delle scorte, l’irrimediabile «emarginazione» dal mercato, la perdita di indispensabili finanziamenti”. *Contra* GAROFALO, *Forme anomale di sciopero*, cit., 278 ss., qui 286 ss.

²¹ V. ancora Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, cit..

²² Come è stato osservato da GAROFALO, *Forme anomale di sciopero*, cit., 289, “è sufficiente, infatti, una scorsa sommaria dei repertori di giurisprudenza degli ultimi anni per rendersi conto che, dopo la sentenza n. 711/1980 della Suprema Corte, l’oggetto centrale del contenzioso giudiziario si è spostato dalle controversie sulla legittimità o illegittimità dello sciopero alle controversie sulla legittimità o illegittimità del rifiuto dell’imprenditore di ricevere la prestazione di lavoro offerta in tempi contigui allo sciopero”.

²³ La rilevanza della questione viene puntualmente segnalata dalla dottrina. In particolare, cfr. ZOLI, *La revisione dei limiti apposti al diritto di sciopero e l’autoregolamentazione “guidata”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 806 ss., secondo cui “La problematica relativa alle c.d. forme anomale di lotta sindacale e, in particolare, agli scioperi articolati costituisce attualmente uno degli argomenti centrali e maggiormente scottanti in tema di sciopero, tenuto conto della tipologia estremamente varia assunta dal conflitto collettivo, della ormai palese preferenza che i sindacati ripongono in tali forme di agitazioni rispetto a quelle tradizionali, nonché del rilievo pregnante rivestito dalla componente ideologico-politica in sede di valutazione del fenomeno”. Più di recente v. DEL PUNTA, *Lo sciopero*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di Franco Carinci, Tomo I, *Il diritto sindacale*, Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone, vol. XXIV, secondo cui “il problema senza dubbio più discusso, tanto a livello teorico quanto (almeno sino ad un certo periodo) giurisprudenziale, è quello degli effetti dello sciopero articolato e parziale nei confronti di lavoratori *non scioperanti*”. E’ stato da altri rilevato che – con la avvenuta acquisizione di un concetto stabile di sciopero, dimostrata dalla scarsità delle decisioni in materia – quello del rifiuto delle prestazioni “è oggi il tema intorno al quale ruota la disciplina che delimita i confini di praticabilità del conflitto nel settore privato”: ORLANDINI, *Sciopero articolato e rifiuto delle prestazioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 1, 149 ss., qui 184. Infine, PERA, *Compendio di diritto del lavoro*, Milano, 2003, 83, segnala i-

corrispondere la retribuzione per le ore di lavoro divenute improduttive a causa della disorganizzazione creata dallo sciopero.

Prima di approfondire tale aspetto, che costituisce il tema centrale della nostra indagine, occorre richiamare brevemente quali sono le ipotesi in cui il fenomeno delle ore di lavoro improduttivo si verifica, e quali le ragioni oggettive che inducono l'imprenditore a "mettere in libertà" i lavoratori.

2. Le ipotesi in cui si verifica il fenomeno delle ore improduttive

Nella nostra esperienza sindacale, l'ipotesi in cui la sospensione del lavoro colpisce la capacità produttiva dell'impresa, rendendo inutili anche le prestazioni dei lavoratori non scioperanti, si verifica solitamente nei casi di sciopero a singhiozzo o a scacchiera e negli impianti con lavorazioni a ciclo continuo.

Nello sciopero a singhiozzo, può risultare improduttiva la prestazione offerta dai dipendenti negli intervalli dello sciopero, o comunque, in base alle caratteristiche della singola lavorazione, anche nelle fasi precedenti e successive ai momenti di astensione.

Ciò avviene, ad esempio, quando la particolarità delle mansioni o la natura del lavoro esige un'applicazione continuativa per un tempo superiore a quello dell'intervallo di non-sciopero²⁴; ovvero quando l'offerta della prestazione lavorativa

casticamente che il capitolo della reazione datoriale all'offerta delle prestazioni improduttive in caso di sciopero articolato "è ognora aperto".

In realtà, negli ultimi anni la questione sul piano statistico si è certamente ridimensionata, conservando però sia la sua potenziale rilevanza pratica, sia una notevole importanza teorica per le indicazioni circa il contenuto della obbligazione di lavoro ed il risultato atteso dal creditore della prestazione (su cui v. in particolare il capitolo terzo).

²⁴ Cfr., ad esempio, Pret. Trento 16 dicembre 1981, in *Orient. giur. lav.*, 1982, 222, per un'ipotesi relativa alla produzione e montaggio di *caravans* e

negli intervalli è inutile a ragione della inattività precedente²⁵; ovvero ancora quando gli intervalli sono comunque così brevi da non consentire l'utilizzo proficuo della prestazione da parte del datore di lavoro²⁶. In questo ultimo caso, l'unità temporale messa a disposizione dal lavoratore può risultare così ridotta da far perdere alla prestazione la normalità tecnica e, con essa, la propria identità originaria²⁷.

roulettes in cui alcune fasi della lavorazione (ad es. lo “attacco della base di fiancata al telaio della caravan” ovvero la “siliconatura lungo le linee di connessione”) richiedeva un tempo di lavoro continuativo superiore ai quindici minuti dell'intervallo lavorato, e le interruzioni determinavano danni alle cose; v. anche Cass. 10 aprile 1978, n. 1683, in *Foro it.*, 1978, I, 2404, per un'ipotesi in cui l'interruzione della lavorazione, che lasciava il metallo fuso nei crogiuoli, alterava le caratteristiche della lega, mentre i semilavorati in ferro in corso di verniciatura venivano danneggiati dall'essiccamento delle vernici.

²⁵ Trib. Monza 25 marzo 1982, in *Orient. giur. lav.*, 1982, 673, per uno sciopero a singhiozzo nel quale i lavoratori distribuiti su due turni giornalieri, astenendosi nelle ore di preparazione dei pasti, hanno reso inutile la loro prestazione nelle ore di distribuzione dei pasti stessi; Pret. Monza 28 maggio 1981, in *Orient. giur. lav.*, 1981, 863, per un caso in cui l'astensione effettuata in alcune ore del giorno ha privato di utilità le prestazioni offerte dagli scioperanti nel tempo residuo.

²⁶ In tal caso in dottrina si dubita persino che si tratti di vero e proprio sciopero articolato, tutelato dalla Costituzione. Secondo SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Roma-Bari, 2003, 231, “si deve escludere senz'altro che rientri nel legittimo esercizio dello sciopero l'autoriduzione dell'impegno lavorativo, fino al segno di rendere la prestazione offerta non più proficua o utilizzabile dal datore di lavoro...”.

In giurisprudenza, cfr. Cass. 2 novembre 1978, n. 4983, in *Foro it.*, 1978, I, 2404, la quale – in ipotesi di sciopero a singhiozzo – afferma che “...nel periodo d'intervallo, soprattutto quando le astensioni si susseguano a brevi intervalli (nella specie, dieci minuti per ogni ora), la prestazione può assumere un carattere solo formale con riferimento alla particolarità delle mansioni cui i dipendenti sono addetti ed alla natura del lavoro. In tal caso l'impresa può rifiutare la prestazione in quanto difforme da quella dovuta”.

²⁷ Nello sciopero intermittente, la prestazione può risultare inutile non in relazione al contesto produttivo, ma di per sé. In dottrina, è noto l'esempio del cuoco che sciopera prima che gli spaghetti vengano a cottura, come para-

Nello sciopero a scacchiera, invece, l'astensione dei lavoratori addetti ad un settore del ciclo produttivo può paralizzare o rallentare l'attività degli altri reparti o settori dell'azienda, in cui i lavoratori restano a disposizione per lavorare²⁸.

Accanto alle forme tradizionali di sciopero a scacchiera, vi sono altre ipotesi che determinano effetti non dissimili: si pensi, ad esempio, all'astensione del personale direttivo dell'azienda

digma di una prestazione la cui utilità è scesa al di sotto di quel "livello di normalità tecnica mancando la quale la prestazione perde la sua stessa identità originaria": l'esempio è in GIUGNI, *Diritto sindacale*, 1975, Bari, 202, ripreso da GHERA, LISO, *Mora del creditore (dir. lav.)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 990, nota 52 (gli autori parlano di *aliud pro alio*, ammettendo la possibilità per il datore di lavoro di non corrispondere la retribuzione, v. nota 51).

²⁸ Ciò può avvenire sia in funzione di un preciso piano strategico delle maestranze, volte ad arrecare il massimo danno all'impresa con il minimo "sacrificio", ovvero può avvenire spontaneamente per effetto del necessario collegamento tra i settori dell'impresa, di modo che la sospensione di una lavorazione o di una mansione paralizzava altre lavorazioni o mansioni cui sono addetti lavoratori in servizio.

Ad esempio, se il reparto "a monte" che realizza prodotti alimentari deteriorabili è in perfetta efficienza, ma è in sciopero il reparto a valle che si occupa della immediata conservazione dei prodotti, il funzionamento del primo reparto – che potrebbe, in astratto, operare normalmente – non presenta alcuna utilità economica per l'impresa, ed anzi comporta delle perdite perché il prodotto è destinato a perire (a meno che non si predisponga un sistema alternativo di conservazione, alterando il normale ciclo produttivo). E' il caso affrontato da Cass. 1 settembre 1997, n. 8273, in *Notiz. giur. lav.*, 1997, 708: i lavoratori del reparto a monte (reparto laminatoio) di quello interessato allo sciopero (reparto trattamento termico) hanno prestato regolarmente servizio per i primi due turni, mentre i lavoratori del terzo turno sono stati messi in libertà; il datore di lavoro è riuscito a dimostrare che per utilizzare anche le maestranze del terzo turno occorrevano almeno 3/4 ore di lavoro per modificare l'assetto dell'impianto di laminazione, ed il giorno successivo si sarebbe dovuto di nuovo modificare l'assetto dell'impianto perdendo altre 3/4 tre o quattro ore di lavoro; la Cassazione ha rigettato il ricorso affermando che per "oggettiva impossibilità di ricevere la prestazione" si deve intendere la "inutilizzabilità" di essa, ovvero la "irrealizzabilità dell'utilità alla quale è normalmente preordinata la prestazione".

che impedisce l'esecuzione della prestazione lavorativa degli altri dipendenti, ancorché presenti in servizio²⁹; alla mancanza degli allievi che non consente agli istruttori di tenere le lezioni³⁰; allo sciopero di tutti i dipendenti dell'azienda, tranne uno che offre la prestazione³¹.

Non di rado, poi, si può verificare la combinazione di scioperi a scacchiera ed a singhiozzo, sempre con l'intento di incidere negativamente sul collegamento delle varie fasi di lavorazione e sui reparti aziendali anche non direttamente interessati dallo sciopero.

Classica è, inoltre, l'ipotesi delle lavorazioni a ciclo continuo³², ove gli impianti richiedono tempo per essere fermati e, poi, riattivati³³. Talora, per creare la disorganizzazione, non è

²⁹ Per questa ipotesi v. Cass. 13 agosto 1981, n. 4903, in *Giust. civ.*, 1982, I, 448, e in *Dir. lav.*, 1982, II, 202, nonché in *Orient. giur. lav.*, 1982, 226.

³⁰ Cfr. Cass. 21 novembre 1981, n. 6213, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 28.

³¹ Cfr. Pret. Casale Monferrato 3 maggio 1982, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2204, per uno sciopero continuativo di dieci giorni di tutti i lavoratori dell'azienda, fatta eccezione per un solo dipendente che ha invece offerto la prestazione (con rifiuto dell'azienda stessa, considerato legittimo dal Pretore).

³² La questione è oggetto di numerosi studi da parte della dottrina: si v. il volume *Impianti di produzione a ciclo continuo e relazioni industriali*, *Atti del Seminario di studi S. Margherita di Pula 29/30 maggio 1987*, cit.; si v., in particolare, le *Relazioni* di PERSIANI e FANELLI (rispettivamente pp. 39 e 33).

Sul tema, con posizioni però diverse in merito alla possibilità per il datore di rifiutare le prestazioni improduttive offerte dai dipendenti in occasione degli scioperi, v. anche ALLEVA, *L'esercizio del diritto di sciopero nelle aziende con impianti a ciclo continuo*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, I, 311; LUCIFREDI, *Sciopero nelle lavorazioni «a catena» e sospensione dell'attività lavorativa non utilizzabile*, in *Mass. giur. lav.*, 1986, 173; ID, *Tutela della produzione e diritto di sciopero*, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 32.

³³ Cfr. per ipotesi di sciopero articolato in impianti di produzione a ciclo continuo: Cass. 7 febbraio 1987, n. 1331, in *Dir. lav.*, 1988, II, 20 ss. (con alternanza di un quarto d'ora di lavoro e di uno di astensione); Cass. 4 aprile 1987, n. 3303, in *Riv. giur. lav.*, 1987, II, 242 (con astensione di quattro ore per turno); Cass. 27 luglio 1983, n. 5167, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, II, 394;

neppure necessario ricorrere allo sciopero a scacchiera o a singhiozzo³⁴, essendo sufficiente programmare l'astensione collettiva dal lavoro a scadenze fisse nella giornata, purché ciò determini sempre l'interruzione delle lavorazioni a ciclo continuo³⁵.

La problematica è ancor più delicata quando la sospensione dell'attività (ad esempio, degli altiforni) cagiona danni agli impianti, ovvero quando per l'impresa è preferibile che si continui la produzione in luogo della sospensione, poiché l'arresto, anche di un solo giorno, determinerebbe una attesa ben più lunga per la ripresa dell'attività. In tal caso, la questione centrale diventa quella "del necessario contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero da parte dei lavoratori, da un lato, e dell'integrità dell'apparato produttivo dall'altro"³⁶.

Cass. 1 settembre 1982, n. 4757, in *Dir. lav.*, 1983, II, 398; Pret. Gaeta 14 gennaio 1981, in *Dir. lav.*, 1981, II, 104 (con astensione di mezz'ora per turno, ad ogni fine turno); Cass. 13 febbraio 1978, n. 688, in *Riv. giur. lav.*, 1978, II, 894 (con astensione di un'ora per ciascun turno di lavoro).

³⁴ Proprio questa considerazione – cioè che anche lo sciopero normale può cagionare, in determinate situazioni, un danno ulteriore rispetto alla mera perdita della produzione – viene utilizzata da ALLEVA, *L'esercizio del diritto di sciopero nelle aziende con impianti a ciclo continuo*, cit., 371 ss., per criticare l'orientamento giurisprudenziale dominante in materia di rifiuto delle prestazioni improduttive; la questione sarà affrontata più avanti, nel capitolo terzo.

³⁵ Come rileva PERA, *Serrata e diritto di sciopero*, cit., 91-92, facendo riferimento allo sciopero attuato nelle due ultime ore di ogni turno di lavoro ed allo sciopero del lavoro straordinario quando, per ogni turno di lavoro, esso è normalmente praticato in aggiunta all'orario normale; inoltre "se si ha l'accortezza di distribuire lo sciopero a determinate scadenze, ad es. un giorno per settimana, si può ottenere il pratico arrestarsi totale della lavorazione per intere settimane: insomma un giorno di sciopero provoca una settimana di blocco, a parte le spese da sostenere per la riattivazione degli impianti"; si v. anche ID., *L'esercizio del diritto di sciopero nella forma di rifiuto del lavoro straordinario*, in *Dir. lav.*, 1968, II, 203.

³⁶ La questione è affrontata da PERSIANI, *Relazione*, in *Impianti di produzione a ciclo continuo e relazioni industriali*, cit., qui 41 ss..

La soluzione, di solito, viene trovata attraverso accordi aziendali in base ai quali un gruppo di lavoratori (c.d. “comandata”) non si astiene dal lavoro³⁷, essendo comune l’interesse ad evitare il fermo degli impianti e le ore improduttive che ne deriverebbero³⁸. Tuttavia, se non vi è accordo tra il datore di lavoro e i sindacati, si possono determinare situazioni che generano il fenomeno delle ore di lavoro improduttivo³⁹.

³⁷ Qui non si pone nemmeno il problema della efficacia soggettiva degli accordi sindacali, poiché, molto spesso, sono gli stessi sindacati a designare i componenti della comandata.

³⁸ Infatti, dall’interesse dei lavoratori “alla salvaguardia degli impianti e alla normalità della produzione...trae origine, per l’indubbia convergenza di interessi delle parti contrapposte, la regolamentazione, in sede di contrattazione collettiva, dell’esercizio del diritto di sciopero, prevedendosi quivi, ad es., che da parte dei lavoratori si assicuri un minimo di presenze per garantire la continuità delle lavorazioni che non possono essere ragionevolmente sospese e l’adozione di ogni cautela opportuna per evitare danni irreparabili agli impianti (c.d. «comandate»)”: PERA, *Serrata e diritto di sciopero*, cit., 93.

³⁹ Si fa riferimento all’ipotesi in cui il datore di lavoro, che intende fermare gli impianti, rifiuta la squadra di sicurezza. Tale comportamento è pacificamente considerato legittimo dalla giurisprudenza: v. ad esempio, Cass. 27 luglio 1983, n. 5167, cit., 394 ss., qui 400: “La scelta del se mantenere in funzione o meno questa o quella macchina in relazione alla particolare tecnologia degli impianti inerisce alla discrezionalità tecnica dell’imprenditore, che il giudice non può sindacare se non dimostrandone l’erroneità e l’irrazionalità sotto un profilo strettamente tecnico”; v. anche Cass. 1 settembre 1997, n. 8273, cit., 708, secondo cui l’imprenditore non ha l’onere di “apportare modificazioni sostanziali alla struttura produttiva tali da incidere sulla tecnologia degli impianti”; il principio in questione è ribadito anche da Cass. 26 novembre 1987, n. 8754, in *Notiz. giur. lav.*, 1988, 145 ss., con riferimento ad un caso in cui i lavoratori si erano sostituiti al datore di lavoro nella decisione di attivare un processo di produzione dismesso, frapponendo ostacoli materiali alla demolizione di impianti aziendali. Il rifiuto della squadra di sicurezza da parte del datore di lavoro può provocare anche la reazione dei lavoratori che – per evitare il determinarsi delle ore improduttive – non eseguono le disposizioni del datore di lavoro riguardanti la fermata degli impianti (ciò accade, in concreto, attraverso la proclamazione di un altro sciopero, ovvero mediante l’anticipazione dello sciopero già proclamato).

Del tutto peculiare è, infine, la situazione che può determinare lo sciopero dei marittimi⁴⁰. In questo settore, infatti, lo sciopero è escluso durante la navigazione, per non mettere in pericolo beni giuridici di rilievo costituzionale, primo fra tutti la salute del personale imbarcato ed eventualmente dei passeggeri⁴¹. D'altro canto, le Capitanerie di molti porti italiani, sempre per motivi di sicurezza, non consentono la "sosta in banchina" alle navi che trasportano merci pericolose, se non per il tempo strettamente necessario alle operazioni di carico o scarico.

Può, così, profilarsi una situazione in base alla quale la nave allontanata dal porto a causa della proclamazione dello sciopero si colloca in "rada", dove i lavoratori revocano lo sciopero (vietato in navigazione) e ottengono il risultato di paralizzare

Può, inoltre, capitare che siano le organizzazioni sindacali a rifiutare la comandata, mettendo a rischio la funzionalità degli impianti e, in alcuni casi, la stessa capacità produttiva dell'impresa. Anche qui, se si arriva alla fermata degli impianti, si determina la medesima situazione di inutilità delle prestazioni offerte prima e dopo lo sciopero, nonché di quelle offerte durante lo sciopero dai lavoratori estranei alla protesta.

⁴⁰ Sul punto v. MAIO, *Tempi e luoghi dello sciopero dei marittimi*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 1065 ss., che commenta una decisione (Trib. Ravenna, 18 gennaio 2001, *ivi*, 1113) relativa ad uno sciopero proclamato a bordo di una petroliera, il quale che ha determinato proprio la situazione descritta succintamente nel testo.

Il tema è stato oggetto di studi anche in tempi risalenti: v. AA.VV., *Lo sciopero dei marittimi*, Milano, 1963; PERA, *Sciopero dei marittimi e nei servizi pubblici secondo la Corte Costituzionale*, in *Dir. lav.*, 1963, 211; ESPOSITO, *Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale 28 dicembre 1962, n. 124 sulla possibilità dell'ammutinamento di marittimi scioperanti*, in *Giur. Cost.*, 1962, 1521. Più di recente, VALLEBONA, *L'autotutela collettiva nella giurisprudenza costituzionale*, in *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Milano, 1988, 109; LUCIFREDI, *Sciopero di solidarietà degli addetti ai rimorchiatori nel porto di Liverpool*, in *Dir. Marche*, 1984, 654.

⁴¹ Limitazioni che derivano dalla nota sentenza della Corte Cost. 28 dicembre 1962, n. 124, *cit.*, 1119 ss. Sul punto v. anche ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Milano, 2003, 159 e nota 367.

l'attività produttiva senza essere in sciopero, e compiendo soltanto le attività di sicurezza⁴². Così, finché non viene meno la protesta sindacale, la nave si trova "in stallo" fuori dal porto, senza poter effettuare le operazioni commerciali di scarico o carico. A loro volta, i lavoratori ottengono il risultato di paralizzare l'attività produttiva senza essere in sciopero, e compiendo soltanto le attività di sicurezza. Anche in tal caso, si determina il fenomeno delle ore di lavoro improduttive, che pone la questione della retribuzione da corrispondere ai lavoratori rimasti sulla nave formalmente a disposizione dell'armatore⁴³.

⁴² In particolare, si profila la seguente situazione: che i lavoratori proclamino lo sciopero senza astenersi dalle prestazioni, essendo in navigazione; che appena arrivati in banchina inizino l'astensione, subendo però l'ordinanza di "partenza immediata" da parte della Capitaneria; che la nave riprenda, dunque, la navigazione, collocandosi fuori dal porto ("in rada"), con la immediata e necessaria interruzione dello sciopero (non ammesso in navigazione); che, infine, la nave stessa non possa fare ritorno in porto, poiché ciò darebbe luogo alla ripresa dello sciopero, e quindi ad un altro provvedimento di allontanamento dell'Autorità marittima. Per tale motivo i lavoratori non hanno comunque alcun interesse a porre in essere lo sciopero "in rada", poiché sarebbero comunque tenuti alle operazioni di sicurezza, ma consumerebbero nel frattempo le giornate di sciopero, riducendo di molto il disagio dell'armatore. La situazione è descritta da MAIO, *Tempi e luoghi dello sciopero dei marittimi*, cit., 1065 ss.

⁴³ Nel caso esaminato da Trib. Ravenna 18 gennaio 2001, cit., il giudice ha negato la ordinaria retribuzione ai lavoratori, motivando che "una prestazione può non essere identica a quella legittimamente richiesta dal datore, e quindi può costituire inadempimento, anche se varia solamente il contesto spazio-temporale in cui è resa dal lavoratore, quando la diversa dislocazione impedisce il raggiungimento del risultato cui lo svolgimento della mansione è preordinato secondo la legittima pretesa dell'imprenditore... di conseguenza, in applicazione dell'art. 1460 Cod. Civ., è legittima la decurtazione retributiva dovuta alla minore proficuità della prestazione che ha prodotto un'utilità inferiore per il datore di lavoro".

Anche l'ipotesi dello sciopero dei marittimi si può inquadrare in questa ipotesi, poiché la situazione determinata dallo sciopero, cioè la forzata sosta in "rada" della nave, rende del tutto impossibili le operazioni di sbarco e im-

Dunque l'ipotesi che risulta essere più frequente nella esperienza degli scioperi articolati, è quella in cui le prestazioni offerte, pur tecnicamente possibili da eseguire, non possono essere utilizzate dal datore di lavoro nell'ambito del ciclo produttivo (disorganizzato dallo sciopero); queste prestazioni vengono definite, appunto, come inutilizzabili o improduttive e non proficue, perché non sono idonee ad apportare alcuna utilità all'impresa⁴⁴.

In altri casi, tuttavia, la disorganizzazione aziendale è tale da provocare l'impossibilità per il datore di lavoro di porre in essere quanto è necessario all'adempimento del lavoratore (art. 1206 Cod. Civ.), il quale risulta, a sua volta, impossibilitato ad eseguire la prestazione⁴⁵. E' il caso, ad esempio, in cui l'attività dei dipendenti che offrono le prestazioni è complementare con altre attività rimaste sospese in seguito allo sciopero, quando cioè lo sciopero articolato "faccia venir meno il substrato nella sua assenza materiale"⁴⁶.

barco delle merci, sicché – in quelle condizioni – l'armatore non potrebbe cooperare all'adempimento dei marinai neppure se volesse.

⁴⁴ Come detto, lo sciopero, ed in particolare lo sciopero a singhiozzo, può comportare anche che la prestazione scenda al di sotto della propria identità, riducendosi ad una mera erogazione di energie senza scopo. Qui la prestazione è improduttiva perché diversa da quella contrattuale e inadatta a produrre qualunque utilità, sicché si discute se il comportamento del lavoratore sia inquadrabile come vero e proprio sciopero a singhiozzo ovvero come esecuzione parziale delle mansioni.

⁴⁵ Cioè quando il lavoro delle maestranze in sciopero sia "complementare" a quello dei lavoratori attivi, di modo che risulti impossibile il funzionamento complessivo dell'impresa o l'uso degli strumenti di lavoro (e, quindi, la stessa prestazione di opere: l'esempio è di GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, 195-196).

⁴⁶ MENGONI, *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, in AA.VV., *Sciopero e serrata*, Lussemburgo, 1961, 247 ss., qui 303; GHERA, LISO, *Mora del creditore, cit.*, 990. Si tratta, per utilizzare le parole di GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro, cit.*, 64-65, dei casi in cui il datore di lavoro non potrebbe collaborare neppure se volesse (nei quali, secondo l'autore, è esclusa in radice la configurabilità della mora accipiendi): "Unico

3. Il rifiuto delle prestazioni improduttive

Come si è visto, la disorganizzazione aziendale provocata dallo sciopero rende le prestazioni di lavoro improduttive, o persino dannose, tanto che il datore di lavoro è indotto ad interrompere in tutto o in parte il ciclo produttivo. Di regola, quindi, l'imprenditore rifiuta la prestazione perché essa non fornisce più alcuna utilità all'organizzazione aziendale, per tutto il tempo in cui si protrae la disfunzione cagionata dallo sciopero.

In questo quadro, l'oggetto della nostra indagine consisterà nel verificare i presupposti giuridici che consentono al datore di lavoro di rifiutare le prestazioni improduttive, a causa della disorganizzazione creata dallo sciopero, negando la relativa retribuzione.

Ciò che emerge dall'esperienza sindacale è che il risultato materiale della prestazione, se inserito in un contesto disorganizzato, si rivela inidoneo a realizzare l'utilità attesa dal datore di lavoro, ed in alcuni casi persino dannoso per il sistema produttivo. Da qui la necessità dell'imprenditore di sospendere, in tutto o in parte, la produzione o di ritirare la direzione lasciando ogni responsabilità del funzionamento degli impianti agli stessi lavoratori.

Il fenomeno degli scioperi articolati costituisce, dunque, un valido banco di prova per verificare le condizioni necessarie affinché la prestazione sia in grado di soddisfare l'interesse dell'imprenditore⁴⁷. Infatti, dai riscontri empirici che emergono

limite della mora appare infatti l'impossibilità della prestazione dovuta dalla controparte: non si dà mora, insomma, là dove, anche nell'ipotesi di pronta collaborazione da parte del creditore, l'adempimento risulterebbe egualmente impossibile".

⁴⁷ La dottrina ha già chiarito che la prestazione è sempre finalizzata ad ottenere un risultato utile: GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, 581 ss., per l'autore in alcune ipotesi il comportamento del debitore è "ancorato ad un «risultato», che serve ad indicarne il contenuto. Si pensi, ad es., alla amplissima gamma di attività in cui può consistere il

dalla prassi sindacale può trarsi spunto per esaminare qual è l'utilità che il datore di lavoro attende dalla prestazione, e se essa può riferirsi ad un segmento limitato dell'impresa o è invece necessariamente riferita all'attività produttiva nel suo complesso⁴⁸.

La giurisprudenza, a partire dagli anni Settanta ha effettuato una precisa opzione interpretativa⁴⁹, in base alla quale l'oggetto della obbligazione di lavoro consiste in una prestazione proficua, cioè idonea ad essere utilizzata nel complessivo contesto produttivo. Secondo questa tesi, basata sui risultati teorici di una autorevole dottrina⁵⁰, la prestazione è destinata a coordinarsi con gli altri elementi dell'organizzazione, sicché la sua inutilizzabilità impedisce che si realizzi la causa del contratto e che venga soddisfatto l'interesse tipico del creditore.

Pertanto, sul presupposto della rilevanza che la proficuità della prestazione – intesa come idoneità di essa ad essere coordina-

comportamento del mandatario e del lavoratore subordinato”; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, 135 ss.; RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, 191; MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 105 ss.; DI MAJO, *Obbligazione: I) Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 21; CHECCHINI, *Prestazione: I) Diritto civile*, *ivi*, XXIV, Roma, 1991, 4.

⁴⁸ Soprattutto in una situazione di incertezza normativa, e di uno scenario in continua evoluzione, l'aspetto sociale del fenomeno appare essenziale per la comprensione giuridica: con riferimento all'interpretazione cui è chiamata la giurisprudenza, MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Saggi, Milano, 1996, 91 ss, qui 112-113, sottolinea che l'argomentazione dogmatica è “soggetta al controllo dell'argomentazione pratica, che ne è per così dire la pietra di paragone”, poiché “il controllo (esterno) dell'argomentazione pratica rimedia all'incapacità dell'argomentazione dogmatica di cogliere le trasformazioni sociali, impedisce che la tendenza della dogmatica a ridurre al già conosciuto anche ciò che non è riducibile si traduca in usi distorti delle categorie sistematiche o per nascondere i veri motivi della decisione”.

⁴⁹ V. capitolo secondo.

⁵⁰ PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, *cit.*

ta nel ciclo produttivo – assume nella struttura causale del contratto di lavoro⁵¹, si dovrà verificare quali sono gli effetti della disorganizzazione aziendale sulle obbligazioni delle parti.

Infatti, lo sciopero articolato impedisce il coordinamento tra le prestazioni e gli altri fattori produttivi, il che fa venir meno (temporaneamente) l'elemento funzionale del contratto e con esso l'interesse del creditore alla prestazione. Occorre, però, esaminare il meccanismo giuridico mediante il quale il creditore/datore di lavoro viene autorizzato a non cooperare all'adempimento del debitore/lavoratore.

La giurisprudenza e la dottrina prevalenti inquadrano il rifiuto delle prestazioni da parte del datore di lavoro come omessa cooperazione creditoria, con la conseguente applicazione delle norme sulla *mora accipiendi* (art. 1206 ss. Cod. Civ.), le quali escludono l'obbligo della retribuzione a carico del datore di lavoro in mora soltanto in presenza di un motivo legittimo di rifiuto della prestazione lavorativa (art. 1206 Cod. Civ.)⁵².

L'ultima parte del saggio è, dunque, incentrata sulla definizione del concetto di motivo legittimo, che, in base al principio di buona fede nella esecuzione del contratto, rappresenta lo strumento mediante il quale l'ordinamento tutela l'interesse (sovravvenuto) del creditore a non consentire l'esecuzione dell'obbligazione. In particolare, l'istituto verrà esaminato per stabilire se la inutilizzabilità della prestazione costituisca o no legittimo motivo per non corrispondere la retribuzione da parte del datore di lavoro.

⁵¹ V., sul punto, il capitolo terzo.

⁵² Cfr. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., 195-196; GHERA, LISO, *Mora del creditore*, cit., 990; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 54.