

Direttore scientifico
ORONZO MAZZOTTA

Direttore responsabile
ROBERTO ADAMI

QUESTIONE LAVORO

IN QUESTO NUMERO:

- *Il contratto di lavoro a tempo determinato tra flessibilità e sicurezza: profili giurisprudenziali*
- *Clausole di tregua ed evoluzioni del diritto di sciopero*
- *Le "prestazioni aggiuntive" e il diritto di sciopero*
- *Sui permessi studio ai lavoratori a tempo determinato*
- *Funzione e limiti dell'eccezione di inadempimento nella tutela dell'integrità fisica del lavoratore*
- *Mancata allegazione integrale del contratto collettivo e improcedibilità della domanda dinanzi alla Corte di cassazione*
- *Appalto illecito e versamento dei contributi da parte dell'appaltatore*
- *Trasferimento d'azienda e retribuzione di anzianità: qualche riflessione in merito ai c.d. diritti quesiti del lavoratore*

QUESTIONE LAVORO

Direttore scientifico

ORONZO MAZZOTTA

Direttore responsabile

ROBERTO ADAMI

Comitato scientifico

MARIA TERESA CARINCI – LUIGI DE ANGELIS – RICCARDO DEL PUNTA
ARTURO MARESCA – LUCA NOGLER – MARCELLO PEDRAZZOLI
ADALBERTO PERULLI – FRANCO SCARPELLI – CARLO ZOLI

Redazione

Pasqualino ALBI (coordinatore) – Maurizio FALSONE – Raffaele GALARDI
Gabriella MAZZOTTA – Fausto NISTICÒ – Elisabetta TARQUINI

Hanno collaborato a questo numero:

Valerio Berti – Matteo Borzaga – Riccardo Diamanti
Maurizio Falsone – Paola Ghinoy – Alberto Mattei
Vincenzo Antonio Poso – Luca Ratti – Marco Rocca

SAGGI

Il contratto di lavoro a tempo determinato tra flessibilità e sicurezza: profili giurisprudenziali

PAOLA GHINOY

PAG. 1

FOCUS

Clausole di tregua ed evoluzioni del diritto di sciopero

MARCO ROCCA

PAG. 19

GIURISPRUDENZA

Le "prestazioni aggiuntive" e il diritto di sciopero

MAURIZIO FALSONE

PAG. 39

Sui permessi studio ai lavoratori a tempo determinato

ALBERTO MATTEI

PAG. 46

Funzione e limiti dell'eccezione di inadempimento nella tutela dell'integrità fisica del lavoratore

LUCA RATTI

PAG. 55

Mancata allegazione integrale del contratto collettivo e improcedibilità della domanda dinanzi alla Corte di cassazione

VALERIO BERTI

PAG. 61

Appalto illecito e versamento dei contributi da parte dell'appaltatore

RICCARDO DIAMANTI

PAG. 71

Trasferimento d'azienda e retribuzione di anzianità: qualche riflessione in merito ai c.d. diritti quesiti del lavoratore

MATTEO BORZAGA

PAG. 81

ANTOLOGIA DI GIURISPRUDENZA

PAG. 88

Indice analitico delle sentenze

PAG. 93

Indice cronologico delle sentenze

PAG. 94

Notizie sugli autori

PAG. 95

Elenco delle abbreviazioni

PAG. 96

I

CORTE DI CASSAZIONE; sentenza 14 giugno 2011, n. 12978 – Pres. Foglia – Rel. Tricomi – P.M. Finocchi Gherzi (concl. conf.) – P. R. c. Poste italiane s.p.a.
Conferma Corte d'appello di Brescia, 7 aprile 2007.

Lavoro (rapporto) – Obbligo contrattuale di sostituzione di collega assente – Prestazione aggiuntiva – Astensione collettiva da tale prestazione – Sciopero – Configurabilità – Esclusione – Conseguenze – Sanzioni disciplinari – Legittimità.

In tema di astensione collettiva dal lavoro e con riferimento al caso in cui un accordo collettivo contenga una disposizione che obblighi il dipendente a sostituire, oltre la sua prestazione contrattuale già determinata, in quota parte oraria, un collega assente, remunerandolo con una quota di retribuzione inferiore alla maggiorazione per lavoro straordinario, la relativa astensione collettiva da tale prestazione non attiene al legittimo esercizio del diritto di sciopero, ma costituisce inadempimento parziale degli obblighi contrattuali, sicché non sono di per sé illegittime le sanzioni disciplinari irrogate dal datore ai dipendenti che hanno rifiutato la prestazione aggiuntiva loro richiesta.

II

CORTE DI CASSAZIONE; sentenza 3 maggio 2011, n. 9714 – Pres. Foglia – Rel. Mancino – P.M. Finocchi Gherzi (concl. conf.) – A. A. c. Poste italiane s.p.a.
Conferma Corte d'appello di Milano, 29 ottobre 2007.

Lavoro (rapporto) – Obbligo contrattuale di sostituzione di collega assente – Prestazione aggiuntiva – Astensione collettiva da tale prestazione – Sciopero – Configurabilità – Esclusione – Conseguenze – Sanzioni disciplinari – Legittimità.

Conf. a Cass., 14 giugno 2011, n. 12978.

III

CORTE DI CASSAZIONE; sentenza 12 gennaio 2011, n. 548 – Pres. Miani Canevari – Rel. Curzio – P.M. Destro (concl. conf.) – COBAS CUB Cremona c. Poste italiane s.p.a.
Conferma Corte d'appello di Brèscia, 7 aprile 2007.

Lavoro (rapporto) – Obbligo contrattuale di sostituzione di collega assente – Prestazione aggiuntiva – Astensione collettiva da tale prestazione –

Sciopero – Configurabilità – Esclusione – Condotta antisindacale – Insussistenza.

In tema di astensione collettiva dal lavoro e con riferimento al caso in cui un accordo collettivo contenga una disposizione che obblighi il dipendente a sostituire, oltre la sua prestazione contrattuale già determinata, in quota parte oraria, un collega assente, remunerandolo con una quota di retribuzione inferiore alla maggiorazione per lavoro straordinario, la relativa astensione collettiva da tale prestazione non attiene al legittimo esercizio del diritto di sciopero, ma costituisce inadempimento parziale degli obblighi contrattuali, sicché non sono di per sé illegittime le sanzioni disciplinari irrogate dal datore ai dipendenti che hanno rifiutato la prestazione aggiuntiva loro richiesta e il comportamento datoriale non è antisindacale.

I

MOTIVI DELLA DECISIONE. *Omissis.* – I suddetti articolati motivi di ricorso, proposti dalla ricorrente in ordine alla sentenza della Corte d'Appello di Brescia, hanno un punto di chiara intersecazione consistente nelle questioni relative, sotto più profili, alla qualificazione della prestazione lavorativa il cui mancato adempimento ha determinato l'irrogazione della sanzione datoriale.

Pertanto, la Corte è chiamata a stabilire se, in ragione della disciplina in questione, l'astensione dal lavoro oggetto di questa controversia rientri o meno nel concetto di sciopero. Se il comportamento dei lavoratori che hanno aderito all'astensione proclamata da COBAS è una forma di sciopero, la sanzione disciplinare è illegittima e la sua applicazione costituisce violazione della L. n. 300 del 1970, art. 28, in quanto lo sciopero è un diritto costituzionalmente sancito e il suo esercizio sospende il diritto al corrispettivo economico, ma rende immune il comportamento da sanzioni. Se, al contrario, non è sciopero, il rifiuto della prestazione costituisce inadempimento parziale degli obblighi contrattuali e l'applicazione della sanzione disciplinare è legittima.

8. Su tale punto, la Corte, condividendolo, richiama il recente orientamento (Cass., sentenze n. 548 del 2011 e n. 547 del 2011) che ha affermato quanto segue.

Non esista una definizione legislativa dello sciopero. I lineamenti del concetto sono stati individuati sul piano giuridico tenendo conto della storia e delle prassi delle relazioni industriali.

Lo sciopero nei fatti si risolve nella mancata esecuzione in forma collettiva della prestazione lavorativa, con corrispondente perdita della relativa retribuzione. Questa mancata esecuzione si estende per una determinata unità di tempo: una giornata di lavoro, più giornate, oppure periodi di tempo inferiori alla giornata, sempre che non si vada oltre quella che viene definita "minima unità tecnico temporale", al di sotto della quale l'attività lavorativa non ha significato esaurendosi in una erogazione di energie senza scopo.

In tale logica, la giurisprudenza, dopo alcune oscillazioni, riportò entro la nozione di sciopero anche la mancata prestazione del lavoro straordinario (Cass., n. 2480 del 1976).

L'astensione anche in questo caso ha una precisa delimitazione temporale e concerne tutte le attività richieste al lavoratore.

Al contrario, ci si colloca al di fuori del diritto di sciopero quando il rifiuto di rendere la prestazione per una data unità di tempo non sia integrale, ma riguardi solo uno o più tra i compiti che il lavoratore è tenuto a svolgere. E il caso del c.d. sciopero delle mansioni, comportamento costantemente ritenuto estraneo al concetto di sciopero e pertanto illegittimo dalla giurisprudenza (Cass., n. 2214 del 1986).

Tanto premesso, questa Corte, nel condividere la giurisprudenza di legittimità sopra richiamata (sentenze n. 548 del 2011 e n. 547 del 2011), ritiene che il rifiuto di effettuare la consegna di una parte della corrispondenza di competenza di un collega assegnatario di altra zona della medesima area territoriale, in violazione dell'obbligo di sostituzione previsto dal contratto collettivo non è astensione dal lavoro straordinario, né astensione per un orario delimitato e predefinito, ma è rifiuto di effettuare una delle prestazioni dovute. Situazione assimilabile a quella del c.d. sciopero delle mansioni, perchè, all'interno del

complesso di attività che il lavoratore è tenuto a svolgere, l'omissione concerne uno specifico di tali obblighi.

L'astensione pertanto non può essere qualificata sciopero e resta un mero inadempimento parziale della prestazione dovuta. Di conseguenza, la sanzione disciplinare non è illegittima e il comportamento datoriale non è antisindacale. Questa conclusione non solo è in linea con le coordinate generali prima tracciate, ma anche con la specifica giurisprudenza di legittimità sull'argomento: Cass. n. 17995 del 2003, concernente il sistema di sostituzioni entro l'ambito della c.d. areola (antecedente dell'area territoriale nell'organizzazione delle Poste), ha affermato che il rifiuto di effettuare la sostituzione del collega assente, è "rifiuto di esecuzione di una parte delle mansioni, legittimamente richiedibili al lavoratore" e "non costituisce esercizio del diritto di sciopero", con la conseguenza che deve escludersi l'antisindacalità della scelta datoriale di applicare una sanzione disciplinare.

La sentenza da ultimo richiamata (Cass. 17995 del 2003), in particolare, ha affermato che la richiesta di consegna della corrispondenza in zone di recapito diverse da quelle abitualmente assegnate non costituisce, di per sé, richiesta di prestazioni di lavoro straordinario, ma rientra nei poteri riservati al datore di lavoro che conserva la facoltà non solo di strutturare ed organizzare la propria azienda, ma anche quella di stabilire l'orario e di adeguare le prestazioni dei dipendenti in relazione alle esigenze della stessa, ancorchè, ovviamente, nel rispetto dei limiti previsti dalla legge e dalle norme contrattuali vigenti. Del tutto legittima appariva, pertanto, la determinazione della società di prolungare nel tempo il sistema originariamente introdotto previo accordo sindacale per il recapito della corrispondenza nella cosiddetta areola. In caso di impedimento di un portalettere titolare, questa attività si aggiungeva a quella di recapito nella zona assegnata al portalettere individualmente, ed era ridistribuita tra i portalettere presenti in servizio. Il riconoscimento di un premio, collegato al raggiungimento dell'obiettivo - smaltimento del corriere - non intendeva compensare una prestazione lavorativa di maggior durata, rispetto all'orario di lavoro ordinario, bensì una prestazione che, pur svolgendosi interamente in detto orario, assumeva necessariamente maggiore intensità e gravosità, ricomprendendo - seppure in parte - il lavoro di competenza di altro lavoratore assente.

Il rifiuto di esecuzione di una parte delle mansioni, legittimamente richiedibili al lavoratore, attuato senza perdita della retribuzione, non costituisce esercizio legittimo del diritto di sciopero e può configurare una responsabilità contrattuale e disciplinare del dipendente.

In conseguenza di ciò, il comportamento tenuto dal datore di lavoro non poteva integrare un comportamento antisindacale. - *Omissis*.

11. Correttamente, con argomentazioni interpretative della complessiva disciplina in esame che trovano conferma nei principi sopra enunciati, i quali, attribuiscono alle stesse coerenza di sistema, la Corte d'appello di Brescia, nella sentenza impugnata, con motivazione congrua ed esente da vizi, ha affermato che la prestazione del portalettere è commisurata sul piano della durata al tempo stimato necessario per il recapito in un determinata area territoriale, secondo criteri puramente statistici di stima della corrispondenza destinata all'area medesima. Pertanto, la stessa è suscettibile di una durata giornaliera e settimanale inferiore o superiore a quella stimata, in ragione del carico di corrispondenza da recapitare, variabile da giorno a giorno, da settimana a settimana, da mese a mese. In ragione di ciò, con l'accordo 29 luglio 2004, necessariamente vincolante per tutti i dipendenti della società, indipendentemente dalla iscrizione ai sindacati stipulanti - in quanto non contenga disposizioni sostanzialmente e globalmente peggiorative per talune categorie di essi - in quanto destinato a regolare uniformemente indivisibili interessi collettivi di tutti i lavoratori (Cass., sentenza n. del 12647 del 2004), le parti firmatarie del CCNL hanno previsto che l'orario di lavoro giornaliero possa essere di mezz'ora superiore o inferiore alle sei ore, e che, fermo restando le 36 ore settimanali, oltre le quali il lavoro diventa straordinario, la società datrice di lavoro ha il potere di chiedere, con il limite di due ore giornaliere e di dieci ore mensili, che i portalettere smaltiscano, ripartendosi, anche la corrispondenza delle aree territoriali coperte da colleghi assenti.

Del tutto congruamente e in conformità alla giurisprudenza di legittimità sopra richiamata, quindi, il giudice di appello ha dato rilievo alla mancata prova, da parte del lavoratore, della circostanza che la prestazione lavorativa in questione costituisse lavoro straordinario ulteriore rispetto alle 36 ore settimanali.

In ragione del suddetto percorso argomentativo, quindi, la Corte d'appello ha ritenuto la illegittimità del rifiuto di una parte della prestazione dovuta con la conseguente legittimità della applicazione di sanzioni disciplinari da parte del datore di lavoro, nell'impossibilità di scorporare dall'orario di lavoro un tempo corrispondente alla prestazione accessoria negata con riduzione della retribuzione.

Nè è condivisibile la dedotta censura relativa al non avere la Corte d'appello tenuto conto dell'assenza di colpa del lavoratore. Ed infatti, con motivazione del tutto coerente e che non viola le disposizioni invocate dalla ricorrente, la pronuncia impugnata afferma che l'adesione allo sciopero indetto da COBAS PT non è una circostanza da cui si possa desumere l'assenza di colpa nell'inadempimento, in quanto l'adesione allo sciopero è atto volontario e l'eventuale errore circa la legittimità dell'astensione, è quanto meno ascrivibile a colpa non essendo ignote alla lavoratrice, o comunque, non potendo essere presunte tali in assenza di prova contraria, le circostanze in cui il rifiuto della prestazione in sostituzione veniva posto in essere e le conseguenze dello stesso sul piano di organizzazione del lavoro per la datrice sia della impossibilità di procedere a una decurtazione della retribuzione. - *Omissis*.

II

MOTIVI DELLA DECISIONE. *Omissis*. - 11. Come già ritenuto da questa Corte in altre controversie in parte sovrapponibili al presente giudizio, con decisione alla quale il Collegio intende uniformarsi (v. Cass. 547/2011), la prima questione, in ordine logico sistematico, è quella di stabilire se l'astensione dal lavoro di cui si tratta rientri o meno nel concetto di sciopero.

Ciò perché se il comportamento dei lavoratori che hanno aderito all'astensione proclamata dal Cobas è una forma di sciopero, la sanzione disciplinare è illegittima, in quanto lo sciopero è un diritto costituzionalmente sancito e il suo esercizio sospende il diritto al corrispettivo economico, ma rende immune il comportamento da sanzioni. Se, al contrario, non è sciopero, il rifiuto della prestazione costituisce inadempimento parziale degli obblighi contrattuali e l'applicazione della sanzione disciplinare è legittima.

12. Invero, non esiste una definizione legislativa dello sciopero. I lineamenti del concetto sono stati individuati sul piano giuridico tenendo conto della storia e delle prassi delle relazioni industriali. Peraltro, la stessa dottrina che chiede all'interprete questa attenzione al dato storico-sociologico ed una particolare duttilità ermeneutica, al tempo stesso precisa che non può essere definita sciopero ogni manifestazione di lotta che i soggetti agenti designino come tale.

13. Lo sciopero si risolve, nei fatti, nella mancata esecuzione in forma collettiva della prestazione lavorativa, con corrispondente perdita della relativa retribuzione. La mancata esecuzione si estende per una determinata unità di tempo: una giornata di lavoro, più giornate, oppure periodi di tempo inferiori alla giornata, sempre che non si vada oltre quella che viene definita "minima unità tecnico temporale", al di sotto della quale l'attività lavorativa non ha significato esaurendosi in un'erogazione di energie senza scopo.

14. In tale logica, la giurisprudenza, dopo alcune oscillazioni, riportò entro la nozione di sciopero anche la mancata prestazione del lavoro straordinario (Cass., 28 giugno 1976, n. 2480).

L'astensione anche in questo caso ha una precisa delimitazione temporale e concerne tutte le attività richieste al lavoratore.

15. Al contrario, ci si colloca al di fuori del diritto di sciopero quando il rifiuto di rendere la prestazione per una data unità di tempo non sia integrale, ma riguardi solo uno o più tra i compiti che il lavoratore è tenuto a svolgere. È il caso del c.d. sciopero delle mansioni, comportamento costantemente ritenuto estraneo al concetto di sciopero e pertanto illegittimo dalla giurisprudenza (Cass., 28 marzo 1986, n. 2214).

16. Il rifiuto di effettuare la consegna di una parte della corrispondenza di competenza di un collega assegnatario di altra zona della medesima area territoriale, in violazione dell'obbligo di sostituzione previsto dal contratto collettivo, non è astensione dal lavoro straordinario, né astensione per un orario delimitato e predefinito, ma è rifiuto di effettuare una delle prestazioni dovute. Situazione assimilabile a quella del c.d. sciopero delle mansioni perché, all'interno del complesso di attività che il lavoratore è tenuto a svolgere, l'omissione concerne un aspetto specifico di tali obblighi.

17. L'astensione, pertanto, non può essere qualificata sciopero e resta un mero inadempimento parziale della prestazione dovuta. Di conseguenza, la sanzione disciplinare non è illegittima.

18. Questa conclusione non solo è in linea con le coordinate generali prima tracciate, ma anche con la specifica giurisprudenza di legittimità sull'argomento: Cass. 25 novembre 2003, n. 17995, occupandosi di una situazione analoga, concernente il sistema di sostituzioni entro l'ambito della c.d. areola (antecedente dell'area territoriale nell'organizzazione delle Poste), ha affermato che il rifiuto di effettuare la sostituzione del collega assente, è "rifiuto di esecuzione di una parte delle mansioni, legittimamente

richiedibili al lavoratore" e "non costituisce esercizio del diritto di sciopero", con la conseguenza che deve escludersi l'antisindacalità della scelta datoriale di applicare una sanzione disciplinare.

19. Escluso, pertanto, che si sia trattato, nella specie, di esercizio del diritto di sciopero, tutte le altre censure correlate all'esercizio del diritto di sciopero, sollevate da parte ricorrente, rimangono assorbite. – *Omissis*.

30. L'ultima questione da risolvere concerne la rilevanza scriminante del putativo esercizio del diritto di sciopero, al fine di ritenere incolpevole l'inadempimento parziale del lavoratore.

31. Al riguardo, osserva il Collegio che, in tema di obbligazioni, lo stato soggettivo di buona fede non è idoneo, di per sé solo, ad escludere l'imputabilità dell'inadempimento, essendo a tal fine necessaria, per converso, la prova, da parte del debitore, che l'inadempimento stesso (o anche il semplice ritardo) siano stati determinati da impossibilità della prestazione derivata da causa oggettivamente non imputabile all'obligato, situazione, quest'ultima, non riconducibile alla mera condizione psicologica (di buona fede) del debitore, e rapportabile, invece, all'impegno di cooperazione che, tenuto conto della natura del rapporto e delle circostanze del caso concreto (nonché delle qualità soggettive del debitore), l'obligato stesso è tenuto ad esplicare.

32. L'impegno di cooperazione non è stato, nella specie, esplicito, tanto che il lavoratore si è anche rifiutato di presenziare alla richiesta audizione ove, invece, avrebbe potuto palesare, ben prima della sede giudiziaria, la propria condizione soggettiva di incolpevole affidamento. L'inadempimento parziale del lavoratore non può, pertanto, ritenersi incolpevole.

33. Il ricorso, nel suo complesso, è infondato e deve essere respinto, con le conseguenze previste dal codice in ordine alle spese del giudizio. – *Omissis*.

III

FATTO E DIRITTO. – 1. Il COBAS PT, Coordinamento di base dei delegati P.T., aderente alla CUB di Cremona e provincia, chiese al giudice del lavoro del Tribunale di Cremona di dichiarare antisindacale il comportamento di Poste italiane spa consistente nell'applicazione di sanzioni disciplinari ad alcuni portalettere che, in adesione ad una astensione dal lavoro proclamata contro l'accordo collettivo 29 luglio 2004, si erano rifiutati di eseguire le prestazioni accessorie (ogni prestazione accessoria comunque denominata) a partire dal 25 ottobre 2005 per 27 giorni; astensione proseguita per periodi successivi per 21 mesi.

2. Con l'accordo l'azienda e le organizzazioni sindacali firmatarie del cenì, avevano stabilito che l'agente di recapito (portalettere), titolare di una "zona" ricompresa all'interno di un'"area territoriale" (costituita dall'accorpamento di un numero di zone da 4 a 7, di massima 6), fa parte di un "team", costituito da tutti gli agenti assegnati alle zone che compongono l'area territoriale. I portalettere che fanno parte di questo "team" sono tenuti a sostituire gli agenti titolari di altre zone dell'area territoriale in caso di loro assenza dal servizio, entro un limite individuale mensile di 10 ore e con il limite giornaliero di 2 ore. Per tali sostituzioni veniva previsto "un importo complessivo pari a 35 Euro, da ripartire tra coloro che partecipano alla sostituzione dell'agente assente".

3. Il giudice del lavoro con decreto emesso ai sensi dell'art. 28 Stat. Lav. respinse il ricorso. Il Cobas propose opposizione, che venne respinta dal Tribunale. Propose quindi appello, anche questo respinto dalla Corte d'appello di Brescia con sentenza pubblicata il 7 aprile 2007.

4. Il Cobas ricorre per cassazione, articolando tre motivi di ricorso. – *Omissis*.

17. Sfrondata dalle parti inammissibili, il ricorso pone due questioni, peraltro di grande rilievo.

18. La prima questione, in ordine logico sistematico, è quella posta con il terzo motivo, che il ricorrente conclude con il seguente quesito di diritto: "laddove un accordo collettivo contenga una disposizione che obblighi il dipendente a sostituire, oltre la sua prestazione contrattuale già determinata, in quota parte oraria, un collega assente, remunerandolo con una quota di retribuzione inferiore alla maggiorazione per lavoro straordinario, la relativa astensione collettiva da tale prestazione attiene al legittimo esercizio del diritto di sciopero".

19. La questione è di fondo. Se il comportamento dei lavoratori che hanno aderito alla astensione proclamata dal Cobas ricorrente è una forma di sciopero, la sanzione disciplinare è illegittima e la sua applicazione costituisce violazione della L. n. 300 del 1970, art. 28, in quanto lo sciopero è un diritto costituzionalmente sancito e il suo esercizio sospende il diritto al corrispettivo economico, ma rende immune il comportamento da sanzioni. Se, al contrario, non è sciopero, il rifiuto della prestazione

costituisce inadempimento parziale degli obblighi contrattuali e l'applicazione della sanzione disciplinare è legittima.

20. Non esiste una definizione legislativa dello sciopero. I lineamenti del concetto sono stati individuati sul piano giuridico tenendo conto della storia e delle prassi delle relazioni industriali. Peraltro, la stessa dottrina che chiede all'interprete questa attenzione al dato storico-sociologico ed una particolare duttilità ermeneutica, al tempo stesso precisa che non può essere definita sciopero ogni manifestazione di lotta che i soggetti agenti designino come tale.

21. Lo sciopero nei fatti si risolve nella mancata esecuzione in forma collettiva della prestazione lavorativa, con corrispondente perdita della relativa retribuzione. Questa mancata esecuzione si estende per una determinata unità di tempo: una giornata di lavoro, più giornate, oppure periodi di tempo inferiori alla giornata, sempre che non si vada oltre quella che viene definita "minima unità tecnico temporale", al di sotto della quale l'attività lavorativa non ha significato esaurendosi in una erogazione di energie senza scopo.

22. In tale logica, la giurisprudenza, dopo alcune oscillazioni, riportò entro la nozione di sciopero anche la mancata prestazione del lavoro straordinario (Cass., 28 giugno 1976, n. 2480).

L'astensione anche in questo caso ha una precisa delimitazione temporale e concerne tutte le attività richieste al lavoratore.

23. Al contrario, ci si colloca al di fuori del diritto di sciopero quando il rifiuto di rendere la prestazione per una data unità di tempo non sia integrale, ma riguardi solo uno o più tra i compiti che il lavoratore è tenuto a svolgere. È il caso del c.d. sciopero delle mansioni, comportamento costantemente ritenuto estraneo al concetto di sciopero e pertanto illegittimo dalla giurisprudenza (Cass., 28 marzo 1986, n. 2214).

24. Nel caso in esame, la Corte d'appello di Brescia ha accertato e motivato il perché l'astensione "non ha avuto per oggetto il lavoro straordinario, né prestazioni individuabili e suscettibili di essere rifiutate in via autonoma rispetto alla prestazione ordinaria normalmente retribuita".

25. Il rifiuto di effettuare la consegna di una parte della corrispondenza di competenza di un collega assegnatario di altra zona della medesima area territoriale, in violazione dell'obbligo di sostituzione previsto dal contratto collettivo, pertanto, non è astensione dal lavoro straordinario, né astensione per un orario delimitato e predefinito, ma è rifiuto di effettuare una delle prestazioni dovute. Situazione assimilabile a quella del c.d.

sciopero della mansioni, perché, all'interno del complesso di attività che il lavoratore è tenuto a svolgere, l'omissione concerne uno specifico di tali obblighi.

26. L'astensione pertanto non può essere qualificata sciopero e resta un mero inadempimento parziale della prestazione dovuta. Di conseguenza, la sanzione disciplinare non è illegittima e il comportamento datoriale non è antisindacale.

27. Questa conclusione non solo è in linea con le coordinate generali prima tracciate, ma anche con la specifica giurisprudenza di legittimità sull'argomento: Cass. 25 novembre 2003, n. 17995, occupandosi di una situazione analoga, concernente il sistema di sostituzioni entro l'ambito della c.d. areola (antecedente dell'area territoriale nell'organizzazione delle Poste), ha affermato che il rifiuto di effettuare la sostituzione del collega assente, è "rifiuto di esecuzione di una parte delle mansioni, legittimamente richiedibili al lavoratore" e "non costituisce esercizio del diritto di sciopero", con la conseguenza che deve escludersi l'antisindacalità della scelta datoriale di applicare una sanzione disciplinare. - *Omissis*.

Le "prestazioni aggiuntive" e il diritto di sciopero

di MAURIZIO FALSONE

I CASI

Alcuni agenti di recapito di Poste italiane s.p.a. (i c.d. portalettere) avevano aderito ad uno sciopero proclamato, in numerosi luoghi di lavoro, dai sindacati di base. Lo sciopero consisteva in una particolare forma di astensione dal lavoro: il rifiuto di eseguire, per diversi giorni consecutivi, alcune specifiche prestazioni "aggiuntive" previste da un accordo collettivo sottoscritto nel 2004 da sigle sindacali diverse da quello promotrici dello sciopero. Poste Italiane s.p.a. ha reagito irrogando una sanzione disciplinare a tutti i lavoratori che avevano attuato la particolare forma di sciopero proclamata.

Per quanto concerne il giudizio conclusosi con la Cass. 548/2011 occorre mettere in rilievo che il sindacato promotore dello sciopero ha agito ai sensi dell'art. 28 st. lav. nei confronti di Poste Italiane affinché fossero dichiarate illegittime (perché antisindacali) le sanzioni disciplinari inflitte ai lavoratori, con ogni conseguenza. La domanda del sindacato è stata rigettata nei giudizi di merito e la Cassazione ha confermato la sentenza d'appello.

I giudizi conclusi con Cass. 9714/2011 e Cass. 12978/2011, invece, scaturiscono dalle domande di Poste italiane s.p.a. volte ad ottenere l'accertamento della legittimità delle sanzioni disciplinari inflitte ad alcuni lavoratori che avevano partecipato all'astensione dal lavoro di cui si è detto. I giudici di merito, hanno accolto le domande di parte datoriale. La Cassazione ha respinto il ricorso dei lavoratori che lamentavano, fra le altre cose, il denegato riconoscimento del proprio diritto di sciopero e, in ipotesi, "la rilevanza scriminante del putativo esercizio del diritto di sciopero" (Cass. 9714/2011) e la "mancanza di colpa" necessaria per il legittimo esercizio del potere disciplinare (Cass. 12978/2011).

LE ARGOMENTAZIONI

Le sentenze in commento condividono un medesimo *iter* argomentativo sulla questione che sarà ora esaminata.

La Cassazione ha sciolto preliminarmente il nodo della qualificazione della condotta dei lavoratori destinatari delle sanzioni disciplinari.

L'alternativa è secca: dall'inclusione o meno della condotta entro il protettivo guscio del diritto costituzionale di sciopero, dipende la (il)legittimità della reazione datoriale e l'eventuale sua antisindacalità.

La Corte ricorda che non esiste una definizione legale di sciopero e che, pertanto, la dottrina propone di utilizzare, con elasticità, i dati storico-sociologici a disposizione, senza però dilatare la nozione inglobando qualunque forma di lotta esercitata. Il giudice di legittimità offre, poi, una definizione generale secondo cui è sciopero la mancata esecuzione in forma collettiva della prestazione lavorativa, con conseguente perdita della relativa retribuzione. Tale astensione può anche avere durata minore dell'intera giornata lavorativa ma non essere inferiore alla "minima unità tecnico temporale", che consiste nel tempo minimo necessario per erogare una prestazione utile.

La Corte continua individuando due casi limite posti a ridosso del crinale della nozione di sciopero: da un lato l'astensione dal lavoro straordinario, considerato pacificamente una forma legittima di sciopero, dall'altro l'astensione da mansioni specifiche, ritenuto, a dire della Corte costantemente, estraneo al concetto di sciopero.

Poiché la condotta dei lavoratori esaminata dai giudici di merito non rientra nell'ambito del legittimo sciopero del lavoro straordinario e non incide su un orario di lavoro predefinito e delimitato, la situazione è assimilabile a quella del c.d. sciopero delle mansioni. Pertanto i lavoratori sono responsabili di inadempimento parziale della propria obbligazione contrattuale: ne consegue la legittimità della reazione disciplinare del datore di lavoro.

IL QUADRO DI RIFERIMENTO

Le sentenze commentate si pongono sulla stessa linea di un precedente analogo: Cass., 25 novembre 2003, n. 17995, in *RIDL*, 2004, II, 525 con nota di DIAMANTI.

Tale precedente esprime un orientamento diverso rispetto a quello prevalente. Quest'ultimo, infatti, accoglie una "moderna concezione del diritto di sciopero" che non interferisce sulle modalità intrinseche con cui lo stesso viene esercitato, valendo solo il limite della tutela della capacità produttiva potenziale dell'impresa e degli altri diritti costituzionali di pari rilevanza (i c.d. limiti esterni). Cfr. Cass., 6 ottobre 1999, n. 11147, in *RIDL*, 2000, II, 32 con nota di PERA, Trib. Milano, 12 agosto 2006, in *OGL*, 2006, I, 740 e, lungo lo stesso solco, ma in riferimento a modalità di sciopero delle mansioni diverse da quella che ci occupa, vedi: Cass., 9 maggio 1984, n. 2840, in *FI*, 1984, I, 2513 con nota di MAZZOTTA, e, per il giudizio di merito, Trib. Milano, 7 gennaio 2002, in *D&L*, 2002, 82 e Trib. Milano, 27 dicembre 2000, in *D&L*, 2001, 382. Lo sciopero attuato con riduzione delle prestazioni dovute, dunque, è, secondo questo punto di vista, una forma legittima di sciopero anche perché "il meno sta nel più" (così Cass., 6 ottobre 1999, n. 11147, cit.). Tale posizione è apparsa ad alcuni semplicistica ed eccessiva: la pronuncia del 1999 ha addirittura attratto gli strali di alcuni studiosi che l'hanno definita

“rivoluzionaria” (PERA, nota a Cass., 6 ottobre 1999, n. 11147, cit., 35) e “sconcertante” (ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2003, 174).

La dottrina non è giunta a soluzioni univoche sul tema dello sciopero delle mansioni: alcuni lo collocano nell’ambito delle forme legittime di sciopero (PERSIANI, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2009, 200), altri in quello delle forme di sciopero “particolari” (BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2010, 361), o delle “forme di astensione dal lavoro” (BELLOCCHI, *sub art. 40 Cost.*, in AMOROSO, DI CERBO, MARESCA, *Costituzione, Codice civile e leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2009, 382) o, più nettamente, delle “forme di lotta diverse dallo sciopero” (MAZZOTTA, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2010, 197; GALANTINO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2009, 255; FRANZA, *sub art. 40 Cost.*, in GRANDI-PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2009, 119). Altri autori mantengono un atteggiamento aperto e problematico, a causa della vaghezza del riconoscimento costituzionale del diritto di sciopero e in considerazione della nota lacuna legislativa in materia. Cfr. DEL PUNTA, *Lo sciopero*, in *Il lavoro subordinato*, I, *Tratt B*, Giappichelli, Torino, 2007; BORGOGELLI, *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino, 1998.

La maggior parte delle elaborazioni sul tema si rifanno all’insegnamento oramai classico secondo cui lo sciopero è un semplice fatto da elevare a diritto soggettivo di rango costituzionale, così come si realizza e fatti salvi i limiti relativi al contesto ordinamentale in cui è esercitato (GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2010, 240). In base a questa tesi, avallata dall’arcinota Cass., 30 gennaio 1980, n. 711 (in *FI*, 1980, I, 25) lo sciopero consiste in una *condotta necessariamente omissiva*, per una “unità temporale minima” tale da permettere una *proporzionale decurtazione* della retribuzione dovuta; ovviamente, in relazione ad una astensione collettiva per ragioni attinenti a *interessi comuni*. Nulla di più! Per dirla diversamente, c’è sciopero quando il lavoratore *si sottrae* del tutto (anche se per un breve lasso di tempo) al potere datoriale sulla gestione del lavoro nell’impresa e non quando *condiziona* con la propria condotta (omissiva o non) l’esercizio dello stesso potere.

Tornando alle sentenze in commento per offrirne una lettura alla luce degli orientamenti delineati, possiamo elaborare le seguenti considerazioni.

La Corte approva l’assunto dei giudici di merito secondo cui l’astensione non ha avuto per oggetto “il lavoro straordinario, né prestazioni individuabili e suscettibili di essere rifiutate in via autonoma rispetto alla prestazione ordinaria normalmente retribuita” (Cass. 548/2011) e “per un orario delimitato e predefinito” (Cass. 9714/2011 e Cass. 12978/2011) e ne trae le dovute conseguenze giuridiche.

Considerando i casi relativi alle sentenze in commento e i dati fattuali e contrattuali a nostra disposizione, ci pare però possibile qualificare diversamente i fatti sottoposti al giudizio.

Non v’è dubbio che nei casi che ci interessano non si trattava di lavoro straordinario: la questione infatti non era neanche controversa in giudizio.

Ci pare però che la prestazione rifiutata sia ben distinguibile rispetto a quella ordinaria sia in termini spaziali che temporali, nonché valutabile economicamente ai fini del calcolo della retribuzione da decurtare e non possa essere pertanto assimilata allo sciopero illegittimo delle mansioni.

La prestazione aggiuntiva rifiutata, infatti, è quella prevista da alcune disposizioni del CCNL del 29 luglio 2004 che, come correttamente rilevato dalla stessa Cass. 548/2011, prevede un sistema di aree territoriali composte da zone assegnate ai portalettere. La prestazione aggiuntiva consiste nell'obbligo di sostituire i colleghi assenti in zone limitrofe nell'ambito di un'area (cfr. sez. II.1 CCNL). La durata della prestazione aggiuntiva è individuata convenzionalmente e varia (fra un'ora e due ore) in base all'ampiezza della zona da "coprire", con il limite massimo di 10 ore individuali al mese e due ore individuali al giorno; oltre tali soglie la sostituzione è possibile solo con il consenso espresso del lavoratore. Ciò implica un continuo aggiornamento del conto delle ore aggiuntive (sez. III.2). La prestazione riferita all'obbligo aggiuntivo di sostituzione è retribuita con un importo complessivo di 35 euro da ripartire tra coloro che partecipano alla sostituzione. Addirittura, le ore aggiuntive di sostituzione sono ricomprese nel limite individuale di lavoro straordinario pari a 250 ore previste dal CCNL vigente (sez. III.3). Pertanto, ci pare chiaro che la prestazione non è affatto erogata nell'ambito del normale orario di lavoro, entro cui l'adempimento dell'obbligazione lavorativa è stato invece garantito totalmente.

Né vale richiamare la precedente Cass., 25 novembre 2003, n. 17995, cui le nostre sentenze intendono adeguarsi, poiché essa si riferisce sì ad un caso analogo nei fatti, ma entro un contesto contrattuale precedente e decisamente diverso: l'obbligo di sostituzione consisteva, infatti, nell'obiettivo, posto dalla direttiva interna n. 2 del 25 ottobre 1996 come modificata dalla circolare n. 30 del 1999, di garantire la consegna di tutta la posta da recapitare quotidianamente, nelle zone "scoperte" dai portalettere assenti. Al raggiungimento dell'obiettivo corrispondeva un premio di produttività da calcolare evidentemente a posteriori. E' chiaro che in quel contesto, la prestazione aggiuntiva non è facilmente distinguibile poiché consiste in un obiettivo generale da raggiungere nell'ambito del normale orario di lavoro e la questione della retribuzione da decurtare rimane irrisolvibile: infatti, in quell'occasione la Corte sottolineò apertamente che l'astensione fu attuata "senza perdita della retribuzione".

In Cass. 12978/2011 in commento, la questione dell'impossibilità di decurtare la retribuzione viene affrontata più apertamente in risposta ad uno specifico motivo di ricorso presentato dal lavoratore sanzionato: la Corte afferma che la durata ordinaria della prestazione dei portalettere è definita secondo criteri puramente statistici e che nell'ambito di essa il datore può richiedere, entro specifici limiti concordati, prestazioni aggiuntive che non necessariamente eccedono l'orario di lavoro normale. Aggiunge la Corte che doveva essere premura del lavoratore provare che l'astensione non riguardava l'orario normale di lavoro ma ricadeva in quello straordinario, ipotesi in realtà espressamente esclusa dal ricorrente. *Tertium non datur?*

Il caso che ci riguarda, in realtà, può essere collocato senza difficoltà nell'interstizio fra la fattispecie dello sciopero dello straordinario e quella del c.d. sciopero delle mansioni. Come propone il ricorrente, la fattispecie rientra nella categoria dello "sciopero delle prestazioni aggiuntive". Ammesso che non sia corretto, in ogni caso, riconoscere legittimità allo "sciopero con riduzione delle prestazioni dovute" e si preferisca propugnare un sistema, anche rigoroso, di limiti interni alla nozione di sciopero, la nostra fattispecie sembra assimilabile alla categoria dello sciopero dello straordinario con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano (illegittimità delle sanzioni disciplinari e antisindacalità della condotta datoriale) e non allo sciopero delle mansioni. La prestazione interessata è infatti isolabile dalle altre perché distinta sia sotto il profilo spaziale (si lavora straordinariamente in altre zone) che temporale (si è obbligati entro un preciso limite orario convenzionale), la retribuzione relativa è convenzionalmente individuata dalla contrattazione collettiva, la condotta è evidentemente omissiva.

In conclusione, le sentenze commentate intendono rivitalizzare la teoria dei limiti interni alla nozione di sciopero. Il rischio alla lunga è che si possa ricadere nella logica della tecnica definitoria che sacrifica il necessario approccio casistico, sempre opportuno per la delicatezza della questione in assenza di appigli nel diritto positivo. Si ripropone dunque il contrasto fra la tendenza alla fissità necessaria alla certezza del diritto e la sfida incessante dei fatti (SENESE, *Il diritto di sciopero ieri e oggi*, in *FI*, 1988, I, 1231). Sfida complessa in questo caso, visto che, quanto meno nel settore dei servizi pubblici essenziali (<http://www.commissione-garanziasciopero.it/scioperoList>), lo sciopero delle prestazioni aggiuntive continua ad essere praticato.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

