

06

Settembre 2024

04

La Cassazione e l'eterno ritorno dei limiti interni al diritto di sciopero

di *Giovanni Calvellini*

07

Il c.d. Decreto "Salva infrazioni" aumenta l'indennizzo spettante nei casi di contratto a termine illegittimo (ma non evita il deferimento alla Corte di giustizia)

di *Andrea Ranfagni*

11

Malattia, attività extra-lavorative e doveri di correttezza e buona fede del lavoratore: la Cassazione fa il punto

di *Francesca Bassetti*

13

La mancata facoltà del lavoratore assunto illegittimamente a termine di optare per una totale indennitaria è incostituzionale? La Consulta non si pronuncia

di *Luigi PellICCIA*

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

FLASH

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato di Redazione

Andrea Danilo Conte (PRESIDENTE)
Francesca Bassetti
Giovanni Calvellini
Giulia Frosecchi
Mariagrazia Lombardi
Ivan Petrone
Andrea Ranfagni
Marco Tufo

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

Centro Studi
Diritti & Lavoro

Piazza dei Rossi, 1
50125 - Firenze

web: dirittilavoro.it

email: dirittilavoro@gmail.com

Questo periodico è iscritto al
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

Crediti fotografici

Per le immagini senza crediti
l'editore ha ricercato con ogni
mezzo i titolari dei diritti fotografici
senza riuscire a reperirli.
È ovviamente a completa
disposizione per l'assolvimento di
quanto occorre nei loro confronti.

La Cassazione e l'eterno ritorno dei limiti interni al diritto di sciopero

di
Giovanni
Calvellini

Dopo le tensioni dello scorso autunno, con il Ministro Salvini e la Commissione di Garanzia impegnati a ricercare pretesti per precettare i lavoratori del settore dei trasporti, il diritto di sciopero torna a far parlare di sé per una discutibile presa di posizione della Cassazione. In essa fanno capolino spettri del passato, impostazioni condivisibilmente superate che però, di tanto in tanto, riemergono nella casistica giurisprudenziale.

Il caso è quello di un gruppo di lavoratori, addetti ai caselli autostradali, che, in due occasioni, dopo aver richiesto agli uffici aziendali preposti l'invio di personale aggiuntivo a supporto in un momento di grandissima affluenza di automobilisti ed essersi sentiti

opporre un rifiuto, avevano deciso di sospendere la prestazione, chiudendo le piste alle quali erano assegnati e lasciando aperta una pista attraverso la quale i viaggiatori transitavano senza pagare il pedaggio. Il datore di lavoro non aveva apprezzato e aveva irrogato ai dipendenti coinvolti la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio per alcuni giorni per aver essi abbandonato senza preventiva autorizzazione il posto di lavoro.

Il ricorso dei lavoratori avverso tali provvedimenti disciplinari veniva accolto dal Tribunale di Roma. Invece, la Corte d'Appello capitolina, adita dalla società soccombente in primo grado, riteneva fondata l'impugnazione e dichiarava la legittimità della sanzione, seppur riducendo la misura della stessa a un solo giorno di sospensione.

La Suprema Corte, con l'ordinanza

del 12 settembre 2024, n. 24473, qui in commento, conferma la decisione d'appello. La (scarna) motivazione - che ricalca in buona parte quella della sentenza impugnata - desta comunque qualche perplessità. Pur non venendo mai citata, e, anzi, essendo dichiarata apertamente l'adesione all'orientamento opposto, nell'ordinanza riecheggia la teoria dei limiti interni al diritto di sciopero. L'astensione spontanea di un gruppo di lavoratori per far valere un interesse collettivo non è qualificabile come sciopero - e di conseguenza non costituisce esercizio di un diritto - perché manca di una «deliberazione di natura collettiva di indizione»: questo il succo della motivazione, della quale comunque è utile ripercorrere i passaggi argomentativi.

Ebbene, dopo aver ricordato che lo sciopero è un diritto individuale

da esercitarsi collettivamente in quanto diretto alla tutela di un interesse collettivo, la Cassazione puntualizza che per l'attuazione dello stesso, ancorché non sia richiesta una formale proclamazione né una preventiva comunicazione al datore di lavoro (salvo che ci si trovi nell'ambito di applicazione della legge n. 146/1990 sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali), «è necessario che l'astensione, totale o parziale, del lavoro sia collettivamente concordata, a prescindere da chi prenda l'iniziativa della sua attuazione, in presenza di una situazione conflittuale implicante la tutela di un interesse collettivo». Fin qui nulla di sconvolgente: non è sciopero se la decisione di astenersi non è presa concordemente da un gruppo di lavoratori per promuovere un interesse di quella stessa collettività. L'esistenza di una deliberazione collettivamente assunta «risulta infatti funzionale a dar conto proprio della diffusività dell'interesse (anche se riferito solo a un gruppo di lavoratori addetti a una singola funzione) e della natura collettiva dell'azione dimostrativa».

La motivazione scricchiola però laddove la Corte di legittimità pretende di sindacare le modalità con cui questa decisione concordata viene assunta. Non si mette in discussione, infatti, che questa deliberazione ci sia stata, ma che essa non sia avvenuta in un certo modo. È eloquente in questo senso il passaggio dell'ordinanza in cui si fa applicazione al caso di specie dei principi di diritto ricordati: «La valutazione del giudice d'appello, considerando il concreto atteggiarsi delle modalità decisorie dell'astensione in questione, solo successivamente comunicata dai lavoratori ai rappresentanti sindacali e dunque priva della valenza

effettivamente collettiva nel senso sopra indicato, risulta pertanto coerente con i principi enucleati e con la qualificazione di semplice astensione individuale dal lavoro». Tradotto: lo sciopero estemporaneo e spontaneo non è sciopero, e quindi non gode della tutela dell'art. 40 Cost., perché indetto senza il previo coinvolgimento e il coordinamento dei rappresentanti sindacali. Solo quando questi ultimi sono parte attiva del processo decisionale l'astensione di un gruppo di lavoratori acquista la dignità di sciopero soggetto a tutela.

Inutile dire che si tratta di un'impostazione che non si può condividere. Essa, come si è anticipato, sembra affondare le radici nella teoria che legittimava la tutela costituzionale di un'astensione collettiva solo se rispettosa di limiti interni. In sostanza, ci si diceva ciò che lo sciopero doveva essere, individuando tutta una serie di requisiti costitutivi ed escludendo dalla tutela tutto il resto. Proprio quello che si fa nell'ordinanza in esame, che non ritiene si possa parlare di «sciopero» in caso di totale spontaneità dell'agitazione.

Senonché, la teoria che valorizza i limiti interni è da ritenersi assolutamente superata sin da una celebre sentenza spartiacque del 1980 (Cass. 30 gennaio 1980, n. 711), con la quale si è preso atto del fatto che non esiste una definizione normativa di sciopero e che il concetto di esso deve ricavarsi dalla prassi delle relazioni industriali. Gli unici limiti ammessi sono quelli esterni, cioè quelli derivanti dalla necessità di coordinare il riconoscimento del diritto di sciopero con gli altri valori costituzionali che possono entrare in gioco, come l'incolumità personale e la libertà di iniziativa economica. Quest'ultima, in particolare, quale

bene che lo sciopero non deve ledere, viene protetta tracciando il confine tra danno alla produzione, ovvero il pregiudizio (ammesso) alla possibilità di ricavare un risultato economico dall'impresa in una determinata circostanza, e danno alla produttività, cioè l'irreparabile nocumento (non ammesso) alla capacità dell'imprenditore di continuare a svolgere la sua attività economica (v. da ultimo Cass. 14 marzo 2024, n. 6787).

A questi consolidati approdi giurisprudenziali l'ordinanza in commento rende formalmente omaggio affermando che il diritto di sciopero ex art. 40 Cost. «non incontra [...] limiti diversi da quelli propri della *ratio* storico-sociale che lo giustifica e dell'intangibilità di altri diritti o interessi costituzionalmente garantiti». Tuttavia, quando si tratta di passare dalle parole ai fatti, viene esclusa la qualificazione dell'astensione come sciopero perché «solo successivamente comunicata dai lavoratori ai rappresentanti sindacali», come se ciò fosse sufficiente a smentire l'esistenza dell'elemento veramente decisivo ai fini in esame: la natura collettiva e non individuale dell'interesse perseguito con la sospensione della prestazione. Un'indagine rigorosa sul punto avrebbe richiesto, ad esempio, di identificare l'interesse alla base dell'agitazione – apparentemente quello a una più razionale organizzazione che escluda il verificarsi di situazioni in cui il personale in servizio ai caselli sia sottodimensionato rispetto al traffico – e di motivare le ragioni della sua ritenuta natura individuale o collettiva, senza dedurre questo elemento dal «concreto atteggiarsi delle modalità decisorie

dell'astensione in questione». Peraltro, sembra significativa per dimostrare il rilievo collettivo della vertenza la circostanza che una O.S., successivamente all'astensione, esprimeva con dei comunicati sindacali condivisione per l'iniziativa assunta dai lavoratori che si erano allontanati dal proprio posto.

Va detto che non è la prima volta che la Cassazione dimostra un po' di nostalgia per i limiti interni. Non molto tempo fa, ad esempio, il Supremo Collegio ha affermato l'illegittimità di uno sciopero proclamato a oltranza e lasciando di fatto i lavoratori liberi di aderirvi come, quando e quanto avrebbero voluto (Cass. 3 dicembre 2015, n. 24653, richiamata anche dall'ordinanza in esame). Sebbene la

Corte abbia sostenuto che questa sorta di proclamazione "in bianco" avesse determinato il superamento del limite esterno del danno alla produttività, a ben vedere ciò che viene utilizzato per motivare la decisione è la violazione di un limite interno: quello secondo cui lo sciopero deve essere organizzato (e proclamato) in modo da consentire al datore di lavoro di conoscerne gli effetti. D'altronde il giudizio della Corte si è basato sull'atto di proclamazione, indipendentemente dalle modalità e dalle conseguenze effettive dell'astensione; mentre una reale valutazione dell'esistenza di un danno alla produttività non avrebbe potuto prescindere dall'esame di come lo sciopero poi si era concretamente svolto. Anche in questo caso, dunque, come

con l'ordinanza in commento, dietro la dichiarata adesione/applicazione alla/della teoria dei (soli) limiti esterni, si è fatta passare la sanzione di un'astensione collettiva difforme da una preconcetta definizione pretoria di sciopero. **D&L**

FLASH

Le clausole sociali inserite nella nuova regolazione delle concessioni balneari

Il d. l. n. 131 del 16 settembre (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano), oltre alle disposizioni relative al contratto a termine (commentate in questo numero) contiene anche alcune norme di rilievo lavoristico nell'ambito della controversa nuova disciplina relativa alle concessioni balneari (più precisamente, alle "concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive"). In particolare, si prevedono specifiche clausole sociali, da inserire nei bandi predisposti dall'ente concedente la concessione. La prima finalizzata a favorire l'occupazione dei giovani di età inferiore a 36 anni, la seconda finalizzata a garantire la continuità dell'occupazione nei cambi di concessione. Entrambe le disposizioni presentano profili problematici e sollevano dubbi in merito alla loro concreta applicazione.

Dette clausole sono inserite nell'art. 6, con il quale vengono elencati alcuni criteri di aggiudicazione, che si aggiungono a quelli previsti per la generalità delle concessioni (ex d.lgs. 36/23). La disposizione in parole infatti prevede che "Ai fini della valutazione delle offerte, l'ente concedente applica anche i seguenti criteri di aggiudicazione, nel rispetto del principio di parità di trattamento, di massima partecipazione e di proporzionalità: [...] g) l'impegno ad assumere, in misura prevalente o totalitaria, per le attività oggetto della concessione, personale di età inferiore a trentasei anni; [...] m) il numero di lavoratori del concessionario uscente, che ricevono da tale attività la prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare, che ciascun offerente si impegna ad assumere in caso di aggiudicazione della concessione". Posto che la portata di entrambe le clausole dipenderà dal peso che, nel giudizio di aggiudicazione, viene dato ai due criteri resta poco chiaro in che modo questi si debbano raccordare, dal momento che il rispetto del primo può produrre il ridimensionamento del secondo. Il limite di età così configurato, rischia poi di incappare nel divieto di discriminazione per età nell'accesso al lavoro di derivazione euro-unitaria, già costato all'Italia una recente condanna davanti alla Corte di giustizia (sentenza VT c. Ministero dell'interno del 17 novembre 2022).

Quanto alla clausola sociale tesa a garantire la continuità dell'occupazione, appare invece sufficientemente flessibile da non sollevare alcun dubbio di compatibilità con i vincoli euro-unitari. Piuttosto, proprio la sua flessibilità giustifica dubbi circa la sua reale portata precettiva: a ben vedere con essa non si impone infatti alcun obbligo di riassunzione, ma si prevede semplicemente che nell'aggiudicazione della gara si tenga conto del fatto che l'offerente si impegni (eventualmente) a riassumere uno o più lavoratori precedentemente occupati, e sempre a condizione (di non agevole accertabilità) che questi traggano dall'attività svolta (di norma stagionale) la prevalente fonte di mantenimento del proprio nucleo familiare.