5. Sciopero

Diritto di sciopero ed eccezione di inadempimento

Sommario: **5.1.** Posizione del problema. – **5.2.** Spazi e limiti per il ricorso alla eccezione di inadempimento.

5.1. In relazione ai casi, sempre più numerosi, di astensione collettiva dal lavoro a seguito del ritardato pagamento delle retribuzioni dovute ai lavoratori, la Commissione di Garanzia ha sin qui ritenuto applicabile, senza alcuna eccezione, la l. n. 146/1990 e successive modifiche e integrazioni (in 🕮 indice A-Z, voce *Sciopero*). In almeno due delibere (n. 342/1998 e n. 10 del 12 gennaio 2005, in 🕮 indice A-Z, voce *Sciopero*) la Commissione ha infatti precisato che «il ritardo nel pagamento degli stipendi, o di altri emolumenti, non è, di per sé, una motivazione tale da esimere le organizzazioni sindacali ed i lavoratori dal rispetto della legge n. 146/1990». Della gravità dell'inadempimento datoriale potrà semmai «essere tenuto conto, da parte della Commissione, nella valutazione del comportamento delle parti ai sensi dell'articolo 4, comma 4-*quater* della legge n. 146/1990».
Questa impostazione è stata recentemente contestata da alcuni gruppi di lavoratori (vedi le delibere di apertura di procedimento di valutazione n. 08/266 e n. 08/267 del 2008, in 🕮 indice A-Z, voce *Sciopero*), che, a fronte di un ritardo nella corresponsione delle retribuzioni, hanno *espressamente* inteso qualificare il loro comportamento in termini di eccezione di inadempimento, in applicazione di quanto disposto e previsto dall'art. 1460 c.c. Ciò sul presupposto che il richiamo al principio civilistico della eccezione di inadempimento non comporterebbe, a parere dei lavoratori, la perdita della retribuzione al contrario di quanto si verifica nel caso di azione di sciopero.
Invero, nell'unico precedente che risulta, la Corte di Cassazione, pur avendo ammesso la legittimità del ricorso allo strumento civilistico di cui all'art. 1460, ha parificato le conseguenze pratiche del ricorso alla eccezione di inadempimento allo sciopero, disponendo anche in questo caso per la perdita della retribuzione nel periodo di astensione dal lavoro: «il rifiuto, da parte del lavoratore, della prestazione lavorativa in caso di inadempimento o di ritardo del datore di lavoro nell'adempimento retributivo, visto nell'ambito della eccezione di inadempimento, costituisce una forma di tutela volontariamente scelta dal contraente adempiente in sostituzione della normale tutela giurisdizionale che, mentre non fa venir meno il diritto al risarcimento del danno subito per il ritardo nella corresponsione della retribuzione, esclude che il lavoratore abbia diritto ad alcunché, sia pure a titolo di risarcimento del danno, per la perdita della retribuzione nel periodo di astensione lavorativa» (Cass. 9 novembre 1981, n. 5940).
L'unico precedente della Corte di Cassazione in materia è tuttavia assai risalente nel tempo per poter trarre delle solide conclusioni in una materia che tocca, indubbiamente, i diritti della persona, costituzionalmente tutelati, di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 146/1990 e successive modifiche e integrazioni, ma anche, e in posizione certo non subordinata, il diritto costituzionale del prestatore di lavoro a una retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36 Cost.). Per un verso, infatti, il precedente della Corte di Cassazione, che legittima l'autotutela individuale del prestatore di lavoro alla stregua del principio civilistico della eccezione di inadempimento, è antecedente all'intervento del legislatore in materia di esercizio del diritto di sciopero nell'ambito dei servizi pubblici essenziali. Così come è però vero, per altro verso, che nulla esclude, sul piano pratico, un (futuro) diverso indirizzo della Corte di Cassazione in punto di perdita della retribuzione in caso di astensione dal lavoro qualificata non come sciopero quanto, appunto, come eccezione di inadempimento.

Per impostare correttamente il problema, che involge rilevanti interessi e diritti di rango costituzionale, occorre allora rifuggire dall'impiego *a contrario*, da parte della Commissione, di una «tecnica definitoria», volta a porre limiti interni alla nozione di sciopero, da tempo superata tanto in dottrina che in giurisprudenza.
Invero, a quanti qualificano meccanicamente l'astensione dal lavoro a seguito del ritardato pagamento della retribuzione come "sciopero", in quanto azione concertata dal lavoro per la tutela di un interesse professionale collettivo (secondo la nota definizione di Francesco Santoro Passarelli), si potrebbe replicare (sempre utilizzando la nota elaborazione di Francesco Santoro Passarelli) che le controversie giuridiche, a differenza di quelle economiche, non possono essere sottratte alla potestà giurisdizionale dello Stato, cui sono naturalmente soggette. Seguendo questa linea di ragionamento, trattandosi di un diritto retributivo già maturato e per di più di rilevanza costituzionale, sarebbe pertanto da escludere la legittimità (o quantomeno l'obbligatorietà) della «azione diretta» (leggasi sciopero), sen non «dentro i limiti del principio di diritto comune *inadimplenti non est adimplendum*», ammissibile invece per la sola modificazione della vigente disciplina di lavoro ovvero per la formulazione di una nuova disciplina collettiva (F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1973, qui 54).
Così ragionando, tuttavia, si finirebbe, in un senso o nell'altro, per riproporre l'impiego di una classica "tecnica definitoria", presentando cioè come mera operazione qualificatoria (si applica/non si applica la l. n. 146) una vera e propria operazione normativa: si dice ciò che lo sciopero è, ma, in realtà, si dice ciò che deve essere (G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, 238). Eppure, come chiaramente statuito dalla Corte di Cassazione (nella nota sentenza 30 gennaio 1980, n. 711) sia l'art. 40 sia gli artt. 15 e 28 Stat. lav. – e ora anche la l. n. 146/1990 – «non definiscono direttamente lo sciopero, il cui significato, anche agli effetti giuridici, è quindi quello che la parola, ed il concetto ad essa sotteso hanno nel comune linguaggio adottato nell'ambiente sociale».
L'analisi comparata conferma quanto sin qui rilevato posto che, in un numero rilevante di ordinamenti, la sospensione della attività lavorativa per mancata corresponsione delle retribuzioni non rientra (necessariamente) nella nozione legale o giurisprudenziale di sciopero.
Così è per esempio, in assenza di una espressa disposizione di legge, in Svezia. In Germania, per contro, il § 273 del BGB legittima espressamente il ricorso alla eccezione di inadempimento sia in caso di mancato pagamento delle retribuzioni sia, più in generale, quale risposta all'inadempimento da parte del datore di lavoro di altri obblighi nascenti dal contratto (esempio l'obbligo di sicurezza), salvo che non si tratti di questioni di ordine puramente secondario. Diversa è la situazione presente in Francia, dove però la giurisprudenza non esita a riconoscere che, in caso di sciopero per mancato pagamento della retribuzione, il prestatore di lavoro non perde il diritto alla remunerazione per il giorno (o i giorni) di astensione dal lavoro (si veda, al riguardo, la rassegna in V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004, qui 256-257).
5.2. Alla luce delle considerazioni sin qui sviluppate non si può pertanto aprioristicamente escludere, in assenza di un intervento sindacale diretto o di una proclamazione di sciopero, che un gruppo di lavoratori possa qualificare deliberatamente la propria astensione dal lavoro richiamandosi non al diritto (e alla correlativa tutela) costituzionale di sciopero, ma, più semplicemente, e anche in vista di una (possibile) posizione giuridica più favorevole (leggasi mancata perdita della retribuzione), ai principi civilistici della eccezione di inadempimento per ottenere la tutela di un diritto costituzionale già pienamente maturato senza alcuna intenzione di muoversi, sul piano tradizionale delle relazioni industriali, per la modifica o il miglioramento delle condizioni normative e retributive di lavoro.

Sarebbe del resto paradossale, nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco, che, per tutelare i diritti di terzi, di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 146/1990, venisse compresso unicamente il diritto costituzionale del prestatore di lavoro, lasciato così privo (talvolta per un numero rilevante di mesi) del necessario sostentamento vitale, a fronte di un comportamento palesemente inadempiente del soggetto erogatore del servizio pubblico essenziale.
Ciò è del resto quanto riconosce, pur entro limiti ben definiti, lo stesso legislatore italiano con riferimento alla legittimità del ricorso alla autotutela in caso di pericolo grave e immediato per la tutela della salute e la sicurezza sul lavoro.
È pur vero, infatti, che il comma 7 dell'art. 2 della l. n. 146/1990 dispone un regime agevolato, in punto di preavviso minimo e indicazione della durata, per azioni collettive di «protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori». Ma ciò vale solo nella ipotesi in cui i lavoratori intendano ricorrere all'esercizio del diritto di sciopero per «protesta» rispetto a un interesse collettivo alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, fermo restando che, sul piano civilistico della eccezione di inadempimento, resta pur sempre valido il diritto dei prestatori di lavoro – ora sancito nel d.lgs. n. 81/2008, ma già espressamente contemplato nell'art. 14 del d.lgs. n. 626/1994 (in 🕮 indice A-Z, voce *Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro*) – di rifiutare l'adempimento della prestazione lavorativa in caso di «pericolo grave e immediato» con ciò superando in radice l'impostazione della l. n. 146/1990 e, segnatamente, l'obbligo, implicito nel comma 7 dell'art. 2, delle prestazioni indispensabili. L'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008 (in 🕮 indice A-Z, voce *Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro*), rubricato *Diritti dei lavoratori in caso di pericolo grave e immediato*, dispone infatti che il lavoratore, come singolo o come gruppo organizzato, «che in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato, si allontana dal posto di lavoro o da una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa» (cfr. A. CORVINO, *Diritti del lavoratore in caso di pericolo grave e immediato*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, 473 ss.).
Tale facoltà di astensione dalla esecuzione di prestazioni che possano rivelarsi rischiose per la tutela della salute e sicurezza del lavoratore comporta, inevitabilmente, un giudizio prognostico circa la pericolosità delle prestazioni stesse e quindi sull'inadempimento datoriale dell'obbligo di garanzia.
La giurisprudenza intervenuta in materia ha peraltro più volte evidenziato come occorra valutare la situazione di pericolo non dal mero punto di vista oggettivo, rilevando anche l'elemento soggettivo, che potrebbe indurre il lavoratore in errore, colpevole o meno, circa la effettiva sussistenza di una situazione di fatto idonea a giustificare il comportamento tenuto. Altra giurisprudenza, nel bilanciamento degli interessi in gioco, ha peraltro anche precisato che «atteso che la sicurezza del lavoratore costituisce un bene di rilevanza costituzionale (art. 41 comma 2 che espressamente impone limiti all'iniziativa privata per la sicurezza) che impone – a chi si avvalga di una prestazione lavorativa eseguita in stato di subordinazione anteporre al proprio (legittimo) profitto – la sicurezza di chi tale prestazione esegua, adottando ogni cautela che lo specifico contesto lavorativo richieda» (Cass. 30 agosto 2004 n. 17314).
Ed è in questa direzione che si propone ora di ricercare la soluzione del problema della qualificazione della astensione dal lavoro in caso di mancato adempimento della prestazione retributiva da parte del datore di lavoro, ammettendo cioè, pur entro precisi limiti, anche il ricorso al principio della eccezione di inadempimento, ciò almeno nei casi in cui siano gli stessi lavoratori a segnalare di volersi sottrarre dal diverso percorso di autotutela di cui all'art. 40 Cost.

Esclusa una aprioristica e meccanica qualificazione del comportamento di autotutela, compito della Commissione dovrebbe pertanto essere, nei casi in esame, quello di pervenire a un equo bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco. Utile, in questa prospettiva, è la giurisprudenza che si è sviluppata proprio sul ricorso alla eccezione di inadempimento in caso di pericolo grave e immediato per la salute e sicurezza delle persone.
Significativa, tra le altre, è la sentenza della Corte di Cassazione 7 novembre 2005, n. 21479, secondo cui: «nei contratti a prestazioni corrispettive, quando una delle parti giustifica il proprio inadempimento con l'inadempimento dell'altra, occorre procedere alla valutazione comparativa del comportamento dei contraenti non soltanto in riferimento all'elemento cronologico delle rispettive inadempienze, ma anche in relazione ai rapporti di causalità e di proporzionalità di tali inadempienze rispetto alla funzione economico-sociale del contratto al fine di stabilire se effettivamente il comportamento di una parte giustifichi il rifiuto dell'altra di eseguire la prestazione dovuta, tenendo presente che va, in primo luogo, accertata la sussistenza della gravità dell'inadempimento cronologicamente anteriore perché quando questo non è grave, il rifiuto dell'altra parte di adempiere non è di buona fede e, quindi, non è giustificativo». Secondo questa sentenza della Corte di Cassazione va inoltre aggiunto che «il requisito della buona fede previsto dall'art. 1460 c.c. per la proposizione dell'eccezione "*inadimplenti non est adimplendum*" sussiste quando nella comparazione tra inadempimento cronologicamente anteriore e prestazione corrispettiva rifiutata, il rifiuto sia stato determinato non solo da un inadempimento grave, ma anche da motivi corrispondenti agli obblighi di correttezza che l'art. 1175 c.c. impone alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità da questo perseguite. In particolare con riferimento al contratto di lavoro l'ipotesi del sopravvenuto venir meno in modo totale o parziale della prestazione lavorativa tale da giustificare il licenziamento *ex* art. 18 legge 20 maggio 1970 n. 300 [in 🕮 indice A-Z, voce *Fonti*] per giusta causa o per giustificato motivo ai sensi dell'art. 3 legge 15 luglio 1966 n. 604 [in 🕮 indice A-Z, voce *Licenziamento individuale*] non è ravvisabile se il mancato o non completo adempimento del lavoratore trova giustificazione nella mancata adozione da parte del datore di lavoro delle misure di sicurezza che, pur in mancanza di norme specifiche, il datore di lavoro è tenuto ad osservare a tutela dell'integrità fisica o psichica del prestatore di lavoro e se quest'ultimo prima dell'inadempimento secondo gli obblighi di correttezza informa il datore di lavoro circa le misure necessarie da adottare a tutela dell'integrità fisica e psichica del lavoratore, sempre che tale necessità sia evidente o comunque accertabile o accertata».
La legittimità del comportamento dei lavoratori, e dunque la validità del richiamo al principio civilistico della eccezione di inadempimento, potrebbe pertanto essere valutata in funzione della gravità e/o sistematicità del ritardo nella corresponsione delle retribuzione, anche in considerazione dello specifico settore di riferimento e della entità dei trattamenti retributivi, scaricando semmai sul datore di lavoro (e non sul prestatore di lavoro) eventuali responsabilità per il danno causato agli utenti dei servizi essenziali.
Un siffatto orientamento risponde a molteplici esigenze legate non solo alla opportunità di evitare di fare ricadere – in modo invero assai poco equo – sui prestatori di lavoratori, a cui viene negato il diritto al sostentamento vitale, le conseguenze del comportamento del soggetto erogatore del servizio pubblico essenziale. Trattandosi, di regola, di appalti di servizi a favore di soggetti pubblici (specie nel settore dell'igiene ambientale), la mancata erogazione del servizio potrebbe del resto operare come strumento di coazione psicologica sul responsabile della erogazione del servizio stesso che diventerebbe responsabile del disservizio di fronte alla opinione pubblica.
Ciò, invero, potrebbe anche consentire di superare quella finzione, che ha dato luogo a non poche incertezze interpretative e a repentini mutamenti di indirizzo in seno alla Commissione, che impone di aprire il procedimento di valutazione per poi giungere ine-

vitabilmente a chiuderlo, stante le motivazioni del conflitto, senza delibera di valutazione negativa.
È sufficiente ricordare, al riguardo, che la Commissione era inizialmente orientata a qualificare la «particolare gravità» dell'inadempimento a fronte di periodi assai considerevoli di ritardo nella corresponsione delle retribuzioni (i sedici mesi di cui alla delibera n. 98/342 del 18 giugno 1998) per poi giungere, più recentemente, alla decisione di astenersi dalla valutazione negativa a fronte di ritardi anche di pochissimi mesi.
Non si spiegherebbe del resto la coerenza di un diverso orientamento con quanto già deliberato dalla Commissione in materia di rifiuto da parte dei prestatori di lavoro, intesi collettivamente, di prestazioni di lavoro straordinario. Si vedano, al riguardo, le *Linee guida per le valutazioni di comportamento (deliberate dalla Commissione e inserite nella Relazione sul periodo 1996-1997).* Al punto 4.2.4. si legge infatti: «la Commissione ritiene che nei servizi pubblici essenziali *l'astensione dallo straordinario legittimamente richiesto* costituisca sciopero e, quindi, ad essa si applichino le regole sul preavviso, sulla indicazione della durata massima dello sciopero e sulla garanzia delle prestazioni indispensabili. La Commissione ritiene che la dedotta illegittimità della richiesta possa determinare la sottrazione dell'astensione collettiva dal lavoro straordinario dall'area di applicabilità della l. n. 146/1990 soltanto nel caso in cui l'astensione sia specificatamente motivata quale reazione alla richiesta dello stesso lavoro straordinario, configurandosi in tal caso non una forma di sciopero, *ma un rifiuto collettivo di prestazioni giudicate non dovute*» (in questo senso vedi anche, tra le altre, la delibera n. 97/136 del 6 febbraio 1997, in 🕮 indice A-Z, voce *Sciopero*).
E ancora recentemente, con delibera n. 03/107 del 19 giugno 2003 (in 🕮 indice A-Z, voce *Sciopero*), la Commissione ha ammesso astensioni collettive dal lavoro non riconducibili al diritto di sciopero e ai relativi limiti. In questa delibera si legge infatti: «la Commissione di garanzia ha costantemente considerato sciopero l'astensione dal lavoro straordinario quando esso è "legittimamente richiesto", reputando altresì dirimente la qualificazione del rifiuto di prestazioni straordinarie come forma di astensione ovvero come somma di rifiuti individuali di prestazioni lavorative ritenute non dovute» (cfr. delibera n. 97/136; delibera n. 02/34; delibera n. 02/76, tutte).
Non si vede pertanto come la Commissione possa consentire l'autoqualificazione del rifiuto di prestazioni straordinarie e non invece l'autoqualificazione della astensione dalla prestazione di lavoro a fronte della mancata corresponsione del diritto, di rilevanza costituzionale, alla retribuzione. Ciò ovviamente a condizione che il rifiuto della prestazione sia effettivo e cioè non intermittente, a discrezione dei lavoratori, ma continuo fino all'adempimento della controparte (vedi ora, in questo senso, la delibera n. 08/518 del 20 ottobre 2008 della Commissione, in 🕮 indice A-Z, voce *Sciopero*, secondo cui, «per integrare la fattispecie della eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., il rifiuto della prestazione non potrebbe essere intermittente e a scelta dei lavoratori, ma continuo fino all'adempimento della controparte e nel caso in esame è stata constatata una continuità sino al pagamento delle retribuzioni»).

Michele Tiraboschi
Professore ordinario di diritto del lavoro – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia