

I CONGEDI DEL LAVORATORE

Presentazione della ricerca

La presente ricerca prende avvio dall'esigenza di aggiornare l'elenco di quelle ipotesi indicabili genericamente di "assenza" del lavoratore. Per evitare che il loro studio si riduca in un asettico inventario, si rende necessario attribuire una fisionomia più precisa ad una questione ancora non pienamente valutata e valorizzata: se questa lievitazione continua sia idonea a produrre un impatto "qualitativo" sulle ricostruzioni teoriche che tradizionalmente si sono occupate di fornire una lettura giuridica a simili fenomeni. La ricostruzione di un tal quadro ragionato impone, innanzitutto, il confronto con le teorie della sospensione del rapporto di lavoro e del legame tra queste e le ipotesi di giuridica impossibilità di svolgere la prestazione; da un diverso punto di vista, la ricerca vorrebbe concorrere a dissipare alcuni equivoci innestati dall'utilizzo del termine di origine comunitaria "congedo", nell'ordinamento del nostro Paese conosciuto ed utilizzato tradizionalmente nella disciplina del pubblico impiego.

In estrema sintesi, la ricerca si articolerà in tre parti. La prima è fondamentalmente ricostruttiva, avente la finalità di fornire un aggiornamento del quadro delle c.d. "esenzioni condizionali" dal lavoro, sia di origine legislativa che contrattuale, riproponendo solo per cenni quelle più tradizionali (malattia; maternità; servizio militare); in questo più ampio ambito si è scelto di attribuire rilevanza soprattutto alle assenze legate alla cura della famiglia, alla formazione professionale e allo svolgimento di lavoro volontario o di carattere "sociale".

La seconda parte è di carattere prevalentemente speculativo. Con il supporto delle diverse teorie dottrinali elaborate in tema di corrispettività delle prestazioni, tempo di lavoro e di non lavoro e di sospensione del rapporto di lavoro, che verranno accuratamente passate in rassegna, si cercherà l'impalcatura teorica più adeguata a supportare queste moderne forme di "congedi" del lavoratore, per rovesciare, in seconda battuta, la questione e valutare se e come queste moderne forme di congedi siano a loro volta idonee a produrre un impatto qualitativo sulle ricostruzioni teoriche tradizionali, come si è poco sopra indicato.

La terza parte della ricerca ha una finalità propositiva, almeno laddove tenterà di dare forma ad un'intuizione: quella che vede un'impalcatura teorica unitaria di "tempo di non lavoro", dai caratteri ancora da individuare, contenere sia le molteplici forme di "assenze" del lavoratore sia la modulazione dell'orario di lavoro, la massiccia progettazione contrattuale delle c.d. "banche del tempo", l'articolazione e la flessibilizzazione del tempo di lavoro. Questa convergenza teorica

potrebbe avvenire all'insegna della valorizzazione del principio contenuto nell'art. 13 direttiva n. 93/104/CE dell'adeguamento del lavoro all'essere umano.

Del percorso che si intende seguire si è cercato già di abbozzare una traccia ancora da sviluppare adeguatamente, contenente anche alcune sollecitazioni di carattere comparato, soprattutto con il diritto francese, e comunitario e qualche indicazione bibliografica.

I° parte: Una mappa aggiornata del tempo di non lavoro.

1. I congedi parentali.

Nella costruzione di una composita griglia di riferimento delle assenze del lavoratore, non poteva prescindere dalla considerazione della nuova direttiva dell'Unione dedicata al tema dei congedi parentali, la prima approvata mediante recepimento di un accordo quadro concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces¹.

Più di un dato ricavabile dalla direttiva risulta interessante ai fini dell'impostazione della presente ricerca.

Il primo è quello legato alla nozione di "congedo" che "ricorre nella maggior parte degli altri ordinamenti, non lo è affatto in Italia dove la normativa introduce piuttosto un sistema di 'astensioni facoltative'. Per consuetudine, nelle analisi comparate, queste passano per quelli. Ad una attenta analisi (...), si potrebbe dubitarne". Innanzitutto perché nel nostro Paese si tratta di un "diritto attribuito alla donna e questa condizione deve essere rispettata anche nel caso in cui, dietro sua rinuncia, vi acceda, in tutto o in parte, il padre lavoratore subordinato". E' la titolarità del "congedo" a differire, quindi, e la conseguente "trasferibilità" dello stesso che è esclusa dalla direttiva².

Combinando i due versanti, italiano ed europeo, della regolamentazione dei congedi, riesce a concludersi che il congedo è 'un'assenza dal lavoro' (retribuita, indennizzata oppure no) che ha la finalità ultima di "agevolare la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari dei genitori che lavorano" (clausola n. 1 dell'accordo quadro) e che essendo, di regola, non trasferibile dovrebbe "promuovere la parità di opportunità e di trattamento tra gli uomini e le donne".

¹ Direttiva 96/34/CE del Consiglio del 3 giugno 1996 concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces il 14 dicembre precedente (COM(83)686); per un primo, anticipato, commento italiano, Gottardi 1996. Delle riserve espresse dai datori di lavoro nei confronti dell'adozione dello strumento legislativo v. una sintesi in *Lettre sociale européenne*, giugno 1995, n. 53, p. 16. Per una presa di posizione negativa della Confindustria italiana seguente all'emanazione della Direttiva v. Il Sole 24 ore del 14 giugno 1996. In relazione alla procedura seguita per l'approvazione della direttiva, che è quella prevista dal protocollo di Maastricht sulla politica sociale, va ricordato che la Commissione europea ha inviato il 22 febbraio 1995 una lettera del commissario Pdraig Flynn alle parti sociali, accompagnata da uno studio sulla situazione di ciascuno Stato membro dell'Unione sulla situazione dei congedi parentali. Il commissario europeo per gli Affari sociali pone loro una serie di questioni che possono essere riassunte nella seguente: "souhaitez-vous qu'au niveau de l'Union une action soit entreprise afin que progresse la 'réconciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale', notamment grace au congé parental"? (*Lettre sociale européenne*, marzo 1995, n. 50, inserto). Sui vari significati del termine 'conciliazione' va ricordata la recente rassegna critica di Annie Junter-Loiseau e Crista Tobler (1996).

² Per un ricostruzione delle astensioni per maternità e di cura nel nostro Paese, v. Ballestrero 1990b; 1992.

La stretta aderenza al tema della ricerca impone di soffermarsi più “sull’intensificazione dell’attività di ripensamento della normativa (*italiana*) sulle astensioni dal lavoro”, che non sulla collegata affermazione che la disciplina italiana "risulta migliorativa solo se una parte di essa viene confrontata con lo standard minimo previsto nelle direttive, ma che non lo è più se messa in relazione nel suo complesso al sistema di agevolazioni vigente nella maggior parte dei Paesi europei" (Gottardi 1996, p. 26). Tale legame consente però di osservare che tali problematiche sono idonee ad accrescere di un ulteriore significato quell’assenza della prestazione lavorativa che si è valutata fino ad ora, in generale, e quella di maternità, in particolare.

L'emersione di queste nuove istanze (conciliazione di lavoro e famiglia e, contemporanea, promozione di parità di opportunità e di trattamento tra uomini e donne) induce a considerare che il rapporto di lavoro nel complesso si faccia carico non solo di un "semplice" coinvolgimento della persona in gravidanza o puerperio oppure con dei figli piccoli da accudire, ma arrivi a considerare più marcatamente ed esplicitamente la *complessità* della vita del lavoratore, in tutte le sue molteplici sfaccettature. Il legislatore, inoltre, cerca di attribuire un'impronta specifica alla risoluzione di tale complessità, nel senso che cerca per parte sua di concorrere a quello scopo del raggiungimento di pari opportunità tra uomini e donne nella *vita familiare* (e non più solo nel luogo di lavoro), proprio mediante la ristrutturazione delle assenze della prestazione lavorativa.

Sull'adeguatezza della scelta si può discutere e sarà certamente discusso in futuro (Supiot 1995b; Fagnani 1995), come si discuterà del progetto di attuazione nel nostro Paese della direttiva cui ci si riferisce (d.d.l n. 4624, di cui si analizzeranno attentamente i contenuti).

Al riguardo occorre ammettere che rinnovato vigore acquistano le considerazioni svolte da Ballestrero, Sciarra e Scarponi (1990) sulla proposta delle donne comuniste in materia di orari (Ichino 1990). In effetti, se da una parte, non si può dubitare che di questa istanza di uguagliamento si facciano carico le nuove ipotesi di "assenze" di derivazione comunitaria, dall'altra, il fatto che siano "intrasferibili" induce a ritenere che tale uguaglianza divenga (parafrasando Maria Vittoria Ballestrero) *anche nell'immediato, non solo apparente* (Ballestrero 1990a, p. 66). Un elevato margine di rischio permane dato che "il nuovo tempo di lavoro è essenzialmente un tempo garantito e assistito di non lavoro" al quale rimangono interessate prevalentemente le donne "alle quali i nuovi istituti (...) consentirebbero di continuare a vivere le loro molte dimensioni senza l'affanno di oggi. Ma queste misure cambierebbero nel senso desiderato il tempo di lavoro di tutti, uomini e donne?". La risposta negativa ha una chiara ragione: "le donne, ancor più garantite nel diritto all'assenza, pagherebbero certamente l'esercizio di questo diritto con una crescente segregazione qualitativa e fors'anche quantitativa" nel lavoro (Ballestrero 1990a, p. 66).

2. Il capitolo "formazione"

Per questo argomento, quello della formazione professionale, risulta necessario raccordare l'ordinamento nazionale con quello comunitario, appropriandoci contemporaneamente delle esperienze legislative straniere più sviluppate; ci si riferisce ad una in particolare: quella francese. Solo dopo queste avvertenze preliminari è possibile spaziare anche oltre l'ordinamento italiano, che sembra, allo stato attuale, situato a metà strada esatta tra presente e futuro.

Della rilevanza nell'ambito dell'Unione del diritto alla formazione professionale, soprattutto dopo le modifiche ai trattati concordate ad Amsterdam, ci sono tracce indubitabili. L'art. 127 del Trattato, così come modificato dal protocollo di Maastricht, e l'art. 128, in particolare, devono essere segnalati. Del primo, in particolare, vanno riportati quei passaggi che indirizzano l'azione della Comunità a "facilitare l'adeguamento alle trasformazioni industriali, in particolare attraverso la formazione e la riconversione professionale" oppure "a migliorare la formazione professionale iniziale e la formazione permanente".

Le indicazioni di principio contenuti nei trattati costitutivi non esonerano però da ogni preoccupazione applicativa. "Le principe de subsidiarité devrait conduire ici à un effort communautaire particulier pour assurer le droit à la formation continue des travailleurs précaires, par exemple sous la forme de droits spécifiques à congés ou de crédits-formation. C'est là en effet que se situent les principales lacunes des droits nationaux en la matière" (Supiot 1995, p. 953).

Il sistema italiano di formazione professionale

Nel nostro sistema della formazione professionale è fortemente avvertita la necessità di svecchiamento e di rinvigorismento. Indicativo è al riguardo il recente ed ampio riconoscimento in tal senso contenuto nel Accordo del settembre 1996. Dal capitolo dedicato appositamente alla formazione, non solo professionale, possono trarsi alcune dichiarazioni d'intenti di notevole interesse. Innanzitutto quella di "assicurare continuità di accesso alla formazione per tutto l'arco della vita, anche in relazione alle trasformazioni del contesto competitivo, del mercato del lavoro caratterizzate da mobilità, da lavori che richiedono adattabilità e continua capacità di apprendere" (I). Un'altra osservazione è dedicata alla necessità di "procedere alla revisione della legge 845/78 e alla disciplina delle interconnessioni tra i vari canali formativi (alternanza, rientri, valutazione e certificazione dei crediti formativi), anche sulla base degli orientamenti del Comitato nazionale di concertazione istituito presso il ministero del lavoro e della previdenza sociale" (II); largo lo spazio dedicato alla formazione continua (IV) qualificata come "nuova prospettiva strategica della formazione" cui si aggiunge "l'affermazione del diritto del cittadino alla qualificazione e

all'arricchimento della propria professionalità", che "deve essere agevolata (*anche*) dall'adozione di un sistema di crediti formativi, secondo la logica proposta dai più recenti orientamenti dell'UE".

Le lacune presenti nel nostro ordinamento ci fanno collocare un po' più indietro rispetto agli altri Paesi europei con riguardo allo sviluppo del sistema di formazione professionale: in effetti non conosciamo molti strumenti che consentano ai lavoratori di interrompere l'attività lavorativa per dedicarsi ad attività formativa collocabile in un contesto di formazione continua. Il sistema è tutto incentrato sulla legge-quadro del 1978, cui si è appena accennato, che ha tra l'altro esteso a tutti coloro che frequentano i corsi di formazione professionale, le agevolazioni previste dall'art. 10 dello Statuto dei lavoratori per gli studenti iscritti e frequentanti corsi regolari di studio, in scuole di istruzione primaria e secondaria. Ci si riferisce, in particolare, al diritto a turni di lavoro che agevolino la frequenza ai corsi e la preparazione degli esami cui si aggiunge la possibilità di essere esonerati da prestazioni di lavoro straordinario o durante i riposi settimanali. Spettano permessi retribuiti, inoltre, a tutti quegli studenti, anche universitari, che devono sostenere prove d'esame (Niccolai 1996). Il nostro ordinamento ha dimostrato anche recentemente (d.l. 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236, art. 9, commi da 1/18) di prediligere il sostegno ad interventi formativi indirizzati a lavoratori in cassa integrazione guadagni o iscritti nelle liste di mobilità. Per ciò che concerne gli interventi di formazione continua, il suddetto articolo 9, si limita a prevedere una rete articolata di sostegni al finanziamento di iniziative cui partecipano vari attori (Stato, Regioni, province autonome, centri di formazione professionale, parti sociali), senza predisporre particolari strumenti come i congedi o crediti formativi, di cui ha sentito il bisogno di parlare invece il Patto per il lavoro del settembre del 1996³. Per ciò che concerne la contrattazione collettiva, poi, questa "ha operato su diverse direttrici, da un lato sviluppando ed arricchendo i contenuti della disposizione di legge" (art. 10 Statuto dei lavoratori), "dall'altro apportando discipline migliorative del tutto svincolate dalla previsione normativa nell'ambito di una gestione collettiva del 'diritto di studio'" (significativa al riguardo l'esperienza delle 150, oggi prevalentemente 250, ore) (Niccolai 1996, p. 493). Da un primo, parziale, affondo nella disciplina contrattuale collettiva emerge soprattutto un ampliamento di stampo 'quantitativo' delle possibilità offerte dall'art. 10 dello Statuto ai lavoratori studenti (Niccolai 1996; Caruso, Lo Faro 1990), ma non una rilevante modifica 'qualitativa' dell'intervento. Gli strumenti offerti per la formazione

³ Come già aveva fatto il precedente Protocollo del luglio del 1993 che sul punto (capitolo dedicato al SOSTEGNO AL SISTEMA PRODUTTIVO, 1, lett. d) aveva previsto che la necessità di modernizzare il sistema di formazione professionale con la revisione della legge quadro del 1978. Tra le linee di intervento figuravano il rilievo dell'orientamento professionale come fattore essenziale e l'avvio della formazione continua (prima ed ultima direttiva). Sono numerose le disposizioni contratti collettivi dedicate alla formazione professionale. L'art. 19 del c.c.n.l. per i dipendenti dai Consorzi di bonifica prevede che i quadri abbiano diritto a permessi retribuiti, non superiori a 15 giorni in un biennio, per la partecipazione a corsi di aggiornamento o formazione, di carattere generale o su temi specifici. Il c.c.n.l. dei dipendenti delle aziende municipalizzate del gas e degli acquedotti, invece, prevede varie iniziative per favorire lo sviluppo e la riconversione delle singole professionalità aziendali che la continua evoluzione tecnologica impone.

continua permangono senza dubbio inadeguati e tale stato di cose è anche attribuibile all'assenza di un quadro di istituti di riferimento progettati a livello legislativo (sia nazionale che regionale); la conseguenza più ovvia è che non si possono che rintracciare numerose dichiarazioni d'intenti⁴. Da evidenziare, comunque, il contenuto dell' art. 6, del d.d.l. C.4624, dedicato appunto ai congedi per formazione. Il contenuto è il seguente: *1. I dipendenti da datori di lavoro pubblici o privati, che abbiano almeno cinque anni di anzianità di servizio presso la stessa azienda o amministrazione, possono richiedere, una sola volta nell'intera vita lavorativa, una sospensione del rapporto di lavoro per un congedo di formazione, continuativo o frazionato, non superiore ad undici mesi. 2. Per "congedo di formazione" si intende quello finalizzato al completamento della scuola dell'obbligo, al conseguimento del titolo di studio di secondo grado, del diploma universitario o di laurea, alla partecipazione ad attività formative diverse da quelle poste in essere o finanziate dal datore di lavoro. 3. Durante il periodo di congedo per formazione il dipendente conserva il posto di lavoro e non ha diritto alla retribuzione. Tale periodo non è computabile nell'anzianità di servizio, non è cumulabile con le ferie, con la malattia e con altri congedi. Una grave e documentata infermità intervenuta durante il periodo di congedo, di cui sia data comunicazione scritta al datore di lavoro, dà luogo ad interruzione del congedo medesimo. 4. Il datore di lavoro può non accogliere la richiesta di congedo ovvero può differirne l'accoglimento nel caso di comprovate esigenze organizzative. I contratti collettivi prevedono le modalità di fruizione del congedo stesso, individuano le percentuali massime dei lavoratori che possono avvalersene, disciplinano le ipotesi di differimento o di diniego all'esercizio di tale facoltà e fissano i termini del preavviso, che comunque, non può essere inferiore a trenta giorni. 5. Il lavoratore può procedere al riscatto del periodo di cui al presente articolo, ovvero al versamento dei relativi contributi, calcolati secondo i criteri della prosecuzione volontaria.*

Il fatto che le modifiche al sistema legislativo italiano siano ancora in discussione, rende la comparazione con le esperienze straniere non solo proficua, ma altresì necessaria. Solo che il raccordo del tema della formazione professionale con il percorso avviato nella presente ricerca, impone una sintesi sommaria dell'articolato sistema francese, quello prescelto in prima battuta cui si affiancherà l'analisi di quello scandinavo, che verrà ridotto ai termini minimi sufficienti a valutare i riflessi prodotti sul contratto di lavoro delle assenze dalla prestazione di lavoro in senso stretto dovute a formazione professionale. Questo specifico rapporto, ha indotto chi lo ha vagliato di recente (Iriart 1996, p. 94), ad affermare che "la relation de travail ne se limite donc pas à une dimension univoque".

⁴ Lo spazio e il contenuto dedicato alla formazione nei recenti c.c.n.l. dei dipendenti dei consorzi di bonifica (del 1° gennaio 1994), dei dipendenti delle aziende municipalizzate del gas e dell'acqua (del 1° gennaio 1995), dei dipendenti dalle piccole e medie aziende manifatturiere delle pelli e del

Il sistema francese di formazione professionale

Per ciò che concerne la formazione professionale, Iriart effettua una distinzione fondamentale (che si fonda sul disposto L 900-2 del codice del lavoro) tra la formazione professionale di chi un lavoro ce l'ha e di chi, invece, lo sta cercando (Iriart 1996, p. 56). E' in quest'ultima connotazione che la formazione professionale è riconducibile al contratto, e può essere configurabile come un dovere per l'imprenditore (formazione alla sicurezza sul luogo di lavoro) oppure una necessità (formazione per consentire al lavoratore il miglior adempimento possibile dell'obbligazione di lavoro, in un'epoca di mutamenti tecnologici continui).

Una puntualizzazione, in particolare, risulta importante ai fini della presente ricerca. La Corte di cassazione francese ha stabilito che "l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois"⁵. Come ha scritto al riguardo Antoine Lyon Caen, dal punto di vista del contratto, questa statuizione rappresenta senza dubbio alcuno un *arricchimento*. Le parti non hanno concluso un contratto di lavoro *solo* per ottenere una prestazione in senso stretto contro remunerazione; esse con la conclusione del contratto si trovano inserite in una relazione di scambio che hanno il dovere di rendere durevole, anche mediante l'adattamento professionale del lavoratore (Lyon Caen 1992).

A questo settore, qualificabile dell'*envoi en formation*, si aggiunge la formazione riconducibile all'iniziativa del lavoratore stesso (*congés de formation*).

Il sistema di *crédit-formation* è stato ideato da Michel Rocard nel 1987 e tradotto in disposizione legislativa nel 1990, legge 12 luglio 1990 (Rocard 1987; Luttringer 1991). Esso si inserisce nello schema dell'educazione permanente, che si propone di rinvigorire, ed è strutturato in modo tale da favorire soprattutto i lavoratori senza qualifica. Consiste, nelle parole del suo ideatore, in uno strumento che "permettrait à chacun de disposer d'une sorte de créance sur la collectivité qui assure un certain nombre d'années de formation". La finalità non è comunque riconducibile solo all'acquisizione di una qualifica per chi non l'ha ottenuta prima del lavoro, dato che sempre il codice del lavoro (L 900-4) permette tra le attività formative anche quelle di carattere sportivo oppure consente di consacrare certi periodi alla ricerca o all'insegnamento. Questa libertà nella scelta (pur con una rete di sicurezza posta per il datore di lavoro) produce riflessi diversi sul contratto, di cui può rappresentare, per la giurisprudenza, una forma alternativa di esecuzione solo nelle ipotesi in cui il lavoratore sia indotto alla scelta per la formazione dalle esigenze, più o meno straordinarie, incontrate nell'esercizio della sua professione (Iriart 1996, p. 63 e ss). A questo sistema fanno capo

cuoio (del 1° luglio 1995), sono indicativi di tali affermazioni.

⁵ Soc. 25 février 1992, in *DS*, 1992, p. 379, con nota di A. Lyon Caen, p. 573.

una serie di istituti: il *bilan professionnel* o *de competence*, il *projet personnalisé de formation* e i *congé-formation* (Lyon Caen, Péllissier, Supiot 1996 p. 189). Al concreto utilizzo di questi congedi sono posti una serie di limiti quali un certo quantitativo di l'anzianità di servizio maturata, una franchigia tra un congedo e l'altro cui deve aggiungersi il consenso del datore di lavoro da fornire mediante autorizzazione, che può essere negata nel caso di contrasto tra la scelta formativa e l'interesse dell'impresa (Ortscheidt 1996, p. 449). Per una sintesi del sistema di formazione professionale continua: Lyon Caen, Péllissier, Supiot 1996, p. 178 e ss. Il *bilan professionnel* è nato come una riflessione preventiva alla rottura del contratto in un periodo di ristrutturazione, ha visto poco alla volta allargare la sua finalità originaria fino a perdere qualsiasi collegamento con la il rischio di perdita dell'impiego. Oggi è una misura contro la *marginalizzazione nell'impiego*, formalizzata nella legge 31 dicembre 1991 che ha istituito un *congé de bilan de compétences*, collocandolo nel libro IX del codice del lavoro dedicato alla formazione professionale (L 900-2). Consiste in un'assenza temporanea dal lavoro per permettere ai lavoratori di un'impresa in condizioni economiche non completamente positive "d'analyser leurs compétences professionnelles et personnelles ainsi que leurs aptitudes et leurs motivations afin de définir un projet professionnel, et le cas échéant, un projet de formation". Il *congé individuel de formation* (L 931-1, che deve essere riaccordato con la disposizioni generali previste nell'articolo L 900-2) è stato oggetto di numerosi accordi tra le parti sociali e di interventi legislativi a partire dal 1966 (Luttringer 1991). E' rintracciabile più di una finalità (acquisizione di professionalità più elevata, accessione ad iniziative culturali, fronteggiare un eventuale licenziamento,...). La legge pone dei limiti sia finanziari che per impedire la simultanea assenza di un numero elevato di lavoratori; oltre a ciò l'impresa, come si è appena osservato, può rifiutare l'autorizzazione quando la domanda proposta non è seriamente riconducibile ad un'azione di formazione professionale. I *congés d'enseignement et de recherche* (art. L 931-28) hanno durata di un anno a tempo pieno oppure otto ore la settimana oppure quaranta ore al mese a tempo parziale. E' interessante notare che il legislatore francese non riserva al solo personale addetto normalmente alla ricerca il secondo tipo di congedo. E' stata la *loi quinquennale* del 1993 ad inserire tali figure strutturalmente nel codice, nonostante abbiano una finalità differente dagli altri tipi di congedi dato che sono volti a permettere a certi lavoratori non di "imparare", ma di "dispensare" conoscenza oppure di effettuare attività diverse da quelle abituali (Iriart 1996). Questo strumento è complementare alla scelta compiuta dall'ordinamento francese e dell'Unione europea a favore della formazione continua, dato che consente il reclutamento di quegli insegnanti che possono condurre i corsi di formazione. In questo sistema si inseriscono a pieno titolo anche il *congé examen* (art. L 931-1 al. 3, simile al nostro art. 10 della legge n. 300 del 1970) e il *congé*

jeune travailleur (art. L 931-29). In buona parte ancora da definire è l'istituto denominato *capital de temps de formation* (Arbant 1994; Lyon Caen, Pélissier, Supiot 1996), introdotto dalla *loi quinquennale* del 1993 in virtù della quale (art. L 932-2) il lavoratori possono beneficiare di un tempo di formazione cumulabile nel corso della loro vita professionale.

Il rilevante impatto sulle ricostruzioni teoriche della prestazione di lavoro che presuntivamente produrrà il sistema di formazione professionale continua o permanente in via di progettazione nel nostro ordinamento, induce ad anticipare alcune delle considerazioni che saranno sviluppate nel prosieguo della ricerca, cristallizzando altresì alcune delle osservazioni ricavabili dallo studio dell'assetto francese della formazione professionale.

Pierre Iriart (1996, p. 94) cercando degli esempi di compatibilità dell'*inattività* del lavoratore con l'esecuzione del contratto di lavoro, è arrivato a concludere che "dans un objectif de stabilité du rapport contractuel, la multiplication des situations d'inexécution de la prestation ne remet pas en cause l'existence du contrat de travail. Le contrat de travail, dont l'objet essentiel est l'accomplissement d'une prestation, permet tout autant son contraire, c'est à dire l'éclosion de périodes d'inactivité. L'admission de l'inactivité va jusqu'à en rendre les effets comparables à ceux du travail. L'adéquation entre le travail et les revenus, ou le travail et l'ancienneté ne sont plus absolues; l'inactivité peut produire des effets comparables". E' lecito a questo punto domandarsi se tutto ciò arriva a mettere in dubbio il carattere sinallagmatico del contratto. Egli risponde con un tranquillo: "Il nous semble que non. Ce qui change, ce sont les termes de l'échange. Le contrat de travail n'a plus seulement pour objet l'accomplissement d'une prestation, mais un engagement de poursuivre la relation, quelles que soient les interruptions auxquelles les parties ont intérêt" (Iriart 1996, p. 343). Il rinvio alle considerazioni che saranno svolte sul *droit de retrait* appare a questo punto doveroso, come doveroso diviene ricordare il folto quantitativo di obblighi formativi che incombono sul datore di lavoro italiano a seguito del recepimento della direttiva 89/391 e delle collegate direttive figlie nel d.lgs. n. 626 del 1994⁶. Tra breve si offrirà una sintesi delle diverse posizioni espresse dalla dottrina italiana sul tema della corresponsività e delle relazione tra causa del contratto e connotati della prestazione di lavoro. Con riguardo al ruolo della formazione nel contratto è stato affermato che l'impegno "oneroso e continuo del datore" ad informare e formare, concorre a determinare quell'"intreccio stretto e indissolubile fra diritto ed obbligazione, abbastanza inconsueto secondo i classici modelli dello *jus civile*": "le nuove disposizioni normative incidono (con rilevanti effetti modificativi) sull'esecuzione della prestazione di lavoro e sulle vicende relative al rapporto" (Montuschi 1995, p. 420).

La memoria, dopo aver letto questa serie di osservazioni, non può che tornare ancora una volta a quelle impostazioni teoriche che in Italia hanno valorizzato il momento genetico del contratto di lavoro, mediante la proposizione di uno stretto legame tra la prestazione (mutata) di lavoro e il principio di corrispettività (che è comunque da mantenere) (Zoppoli 1988). Montuschi, come si è appena visto, si limita a parlare di 'esecuzione' della prestazione di lavoro, con ciò lasciando in ombra eventuali modifiche dal punto di vista genetico della prestazione. Con la premessa che queste relazioni verranno approfondite accuratamente, si può già sottolineare che la posizione assunta dall'autore francese, invece (Iriart 1996, p. 343), pare esplicitamente allinearla tra i sostenitori della *valorizzazione del momento genetico*. Questa convergenza sulla prestazione appare ancora più chiara quando si aggiunge che (l')"étude de l'inactivité du salarié apporte de ce fait plusieurs éclairages sur le contenu de la prestation, et la nature de l'engagement des parties. (...) L'échange que réalise le contrat de travail ne se réduit plus à la réalisation d'une prestation commandée contre une rémunération. Il ne permet plus, de ce fait, de se limiter à ce qui représente la notion de travail effectif. C'est ce qui explique que l'inactivité ne réalise pas le gel des relations, la léthargie du contrat, mais qu'elle soit source d'obligations réciproques, et qu'elle puisse produire des effets identiques à ceux du travail" (Iriart 1996, p. 344 e p. 345).

Ad un attento osservatore non può sfuggire una differenza fondamentale rispetto alle conclusioni raggiunte dagli autori italiani. L'autore francese usa il plurale e parla di "parti" e non di una sola "parte" del contratto di lavoro; a ciò aggiunge la conseguente considerazione sulla reciprocità delle obbligazioni nascenti dall'*inattività*.

Questa differenza rispetto alle teorie prima ricordate non è di poco conto. Ha contribuito a determinarla proprio una ricerca *allargata* dell'assenza della prestazione di lavoro in senso stretto, senza aprioristiche esclusioni. La ricostruzione è spaziata infatti dai connotati del "droit de retrait" fino alla formazione professionale fino ancora alle ipotesi di *inattività* ad iniziativa del datore di lavoro, e non è stata limitata solo ai diritti di più varia natura del lavoratore, che pure sono compresi.

Che una considerazione 'ampliata' delle ipotesi di assenza della prestazione di lavoro in senso stretto abbia la capacità di modellare diversamente, rispetto alle scelte interpretative compiute fino ad oggi dalla dottrina, il versante ricostruttivo teorico è avvalorato anche da un particolare riconoscimento effettuato con riguardo al diritto di studio. "Accanto al diritto *individuale* allo studio, emerge un più generale interesse della *collettività* alla elevazione del livello culturale,

⁶ Ci si riferisce alle disposizioni contenute nel capo IV del d.lgs. n. 626 del 1994 dedicato all'*informazione e formazione dei lavoratori*; l'art. 22 rende in particolare obbligatoria la formazione del lavoratore soprattutto "nelle diverse fasi di mobilità aziendale o in occasione dei mutamenti di posizione e di contenuto dell'obbligazione" (Montuschi 1995, p. 420).

nonché un interesse dello stesso datore di lavoro alla qualificazione e preparazione dei propri dipendenti"⁷.

Se non vi è nessuna difficoltà a ricondurre la categoria *envoi en formation* all'esecuzione del contratto, dato che si tratta di ipotesi che hanno all'origine una decisione, più o meno libera del datore di lavoro (e questo sarebbe già sufficiente per la nostra ricerca, dato che tale affermazione è idonea di per sé a mettere in crisi la tradizionale equivalenza: assenza della prestazione di lavoro in senso stretto - inutilità dal punto di vista datoriale), lo stesso non può dirsi per i *congés de formation*. In entrambe le ipotesi, durante il congedo di formazione, l'esecuzione del contratto di lavoro è sospesa, ma l'art. L. 931-7 stabilisce che il periodo di congedo è assimilato ad un periodo di lavoro per ciò che concerne la maturazione dell'anzianità di lavoro e delle ferie retribuite. La remunerazione al lavoratore è corrisposta da un fondo finanziato anche dai datori di lavoro⁸, cui si può accedere solo se vi è l'autorizzazione di un comitato paritetico a ciò preposto. E' interessante notare, altresì, che la subordinazione al datore di lavoro permane, ma è tramutata in un'obbligazione di frequenza e di assiduità al corso di formazione professionale (Lyon Caen, Pélissier, Supiot 1996, p. 190 e p. 191).

Nonostante numerose disposizioni che inducono a preferire una ricostruzione unitaria delle due categorie dell'*envoi* e del *congé* (equiparazione al lavoro effettivo ai fini della maturazione del diritto alle ferie e dell'anzianità; finanziamento, diretto o indiretto da parte del datore di lavoro della formazione), permangono comunque degli ostacoli ricostruttivi. La giurisprudenza francese tende, ad esempio, a separare nettamente le due ipotesi, che Iriart, come si è appena visto, propone di unificare. La giurisprudenza, più specificamente, distingue tra quelle assenze che hanno un'utilità per l'impresa (e che quindi sono riconducibili al contratto) e quei tipi di formazione a cui solo il lavoratore ha interesse. "Ces dernières correspondraient réellement à la logique à laquelle devrait aboutir les congés, c'est à dire qu'on serait en présence d'une inactivité que le code du travail rend compatible avec le contrat de travail" (Iriart 1996, p. 92). Una via per il superamento di questo genere di ostacoli ricostruttivi è già stata, non senza difficoltà, indicata da una parte della nostra dottrina, quella maggiormente predisposta all'utilizzo della causa del contratto o, che dir si voglia, del concetto globale di prestazione di lavoro.

⁷ Cit. Niccolai 1996, p. 490 che richiama, sul punto specifico Scognamiglio 1992, p. 326 e ss. Questo riconoscimento si collega a quello effettuato da Montuschi (1995, p. 419) in relazione al nuovo sistema della sicurezza di origine comunitaria sul luogo di lavoro. L'avversione della maggior parte della dottrina giuslavorista nei confronti della teoria acontrattuale del rapporto di lavoro, ha impedito di sondarne alcune delle potenzialità, tra le quali la valorizzazione di aspetti diversi dalla mera prestazione di lavoro in senso stretto. Ancora una volta si dimostra, comunque, che seguendo il percorso di ricerca prescelto si arriva proprio a sfiorare tale concezione del rapporto di lavoro, senza con ciò farsi travolgere. In effetti è sufficiente aver chiara, come ha scritto Maria Vittoria Ballestrero (1989) "l'alternativa definitoria" cui ci si pone di fronte: "o abbandonare la via contrattuale (così pare D'Antona 1988) o rimeditare la causa di scambio (Zoppoli 1988 e, *aggiungiamo*, 1991). Per mantenere immutata la logica del contratto, ciò che viene modificata è quindi l'usuale concezione della prestazione. Questioni di "così enorme portata", non possono che essere accennate in questo contesto (v. negli stessi termini, nota n. 19).

In sede di conclusioni meramente interlocutorie può affermarsi che parte di questa globalità è anche l'*inattività* del lavoratore, intesa nel doppio senso di *inoperosità*, dal punto di vista effettuale tradizionale del rapporto di lavoro, e di *operosità*. Pur non adempiendo la prestazione di lavoro in senso stretto, il lavoratore svolge un diverso tipo di attività (nel caso specifico, di formazione professionale).

3. La legge n. 266 del 1991 sul lavoro volontario e la solidarietà sociale.

A riprova che non tutte le assenze dal luogo di lavoro sono legate al particolare e diretto coinvolgimento della persona del lavoratore nel rapporto di lavoro, come insegna la dottrina tradizionale, può richiamarsi una serie di ipotesi di recente confezionamento.

Si tratta di quell'insieme di agevolazioni riconducibili alla generica insegna di 'volontariato', sotto la quale si collocano anche più specifiche attività quale quella di protezione civile, di soccorso alpino e speleologico e la cooperazione internazionale⁹.

Per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo, gratuito e deve essere animata da fini di 'solidarietà', come recita l'art. 2, 1° comma della legge 11 agosto 1991, n. 266¹⁰. E' estremamente difficile concretizzare in maniera appagante il significato di questa impegnativa finalità. Di certo non è "metafora di confederalità", come afferma alla fine di un percorso tutto lavorista Aris Accornero (1992), nonostante la riconosciuta latitudine di significati a questa riconducibili; l'unico dato certo è il perseguimento di tale finalità frapponesse pesanti interferenze tra 'l'esterno' e il rapporto di lavoro, soprattutto subordinato.

I volontari ex legge 11 agosto 1991, n. 266 hanno diritto ad usufruire delle forme di flessibilità di orario di lavoro o delle turnazioni previste dai contratti o dagli accordi collettivi, compatibilmente con l'organizzazione aziendale (art. 17). Questa norma non istituisce permessi specifici, al contrario di quella che regola i rapporti di lavoro di coloro che si dedicano al soccorso alpino e speleologico. In base alla legge 18 dicembre 1992, n. 162 (art. 1, comma 1), i volontari del CAI (Club alpino italiano), hanno diritto ad astenersi dal lavoro nei giorni in cui svolgono le operazioni di soccorso o nelle giornate delle relative esercitazioni, nonché nel giorno successivo ad operazioni di soccorso che si siano protratte per più di otto ore ovvero oltre le ore 24. Ai volontari che siano lavoratori dipendenti compete l'intero trattamento economico e previdenziale. La retribuzione è corrisposta direttamente dal datore di lavoro che ha la facoltà di chiederne il rimborso all'istituto di previdenza

⁸ Sul datore di lavoro non grava nessuna obbligazione diretta, ma un forte incentivo dato che l'impresa o concorre al finanziamento della formazione del suo personale, stanziando una percentuale fissata dalla legge in un minimo da calcolare sulla massa dei salari, oppure deve pagare una tassa di equivalente valore (*notion de dépense imputable*) (Lyon Caen, Pélissier, Supiot 1996, p. 183 e p. 184).

⁹Le ipotesi classiche (adibizione ai seggi; servizio militare; ...) sono riepilogate da Rusciano 1993; Santucci 1992.

cui il lavoratore è iscritto. I lavoratori autonomi, invece, percepiranno dal Ministero del lavoro una indennità di mancato reddito (comma 1,2,3)¹¹. Per chi si impegna in attività di protezione civile la legge n. 266/1991 e il D.p.r. n. 613 del 1994 prevedono che i datori di lavoro, sia pubblici che privati, siano tenuti a consentire l'impiego dei loro dipendenti fino ad un massimo di 90 giorni all'anno, 30 continuativi, per attività di effettivo soccorso e assistenza in occasione di pubbliche calamità; per attività di simulazione e di formazione teorico-pratica i giorni sono ridotti a 30 in un anno e a 10 continuativi. La retribuzioni versate dal datore di lavoro saranno, anche in questo caso, rimborsate, ma dalla Protezione civile.

In base all'art. 33 della legge 26 febbraio 1987, n. 49, ancora diversa è la situazione dei volontari in servizio di cooperazione. Essi sono collocati in aspettativa senza assegni, ma il periodo di tempo trascorso in aspettativa è computato per intero ai fini della progressione della carriera, della attribuzione degli aumenti periodici di stipendio e del trattamento di quiescenza e previdenza (comma 1, lett. a).

Una serie di problemi che Mengoni si era posto nel 1953, e la relativa prospettazione delle soluzioni, trova in questo contesto una rinnovata attualità. Nel corso della ricerca si approfondiranno quelle prescrizioni dettate contro un arbitrario rovesciamento del procedimento logico-argomentativo dell'interprete quando deve affrontare lo studio delle diverse ipotesi di assenza delle prestazione di lavoro al fine di valutare se siano o meno giustificate. Prima di tutto occorre cercare la disposizione positiva che giustifica l'attenuazione, rintracciando nel contempo l'aggancio costituzionale cui ricondurla.

L'art. 2 del d.l. 10 giugno 1940, n. 653 equipara(va) al richiamo alle armi l'arruolamento volontario, come causa non imputabile di impossibilità sopravveniente della prestazione. Se, da una parte, non vi erano dubbi sulla prevalenza del dovere di prestare servizio per la patria sull'obbligazione di prestare lavoro, dall'altra "la peculiarità sta(va) in ciò, che la nascita di un tale dovere, incompatibile con la prestazione lavorativa, è (*era*) determinata da un fatto volontario del debitore". A questo punto, per Mengoni, soccorreva la valutazione della diligenza ad evitare la responsabilità del lavoratore; l'inerenza alla persona del debitore del contenuto della prestazione può modulare il limite di tale dovere al fine di evitare il *casus culpa determinatus*: "la legge ha considerato che il dovere di diligenza, per conservarsi in grado di adempiere l'obbligazione di operae, non può essere così assorbente della personalità del lavoratore, da impedirgli, come cittadino, la manifestazione concreta di elevato sentimento patriottico" (Mengoni 1953, p. 267)

¹⁰ Pubblicata nella G.U. 22 agosto 1991, n. 196.

¹¹ Le formalità da adempiere e le specificazioni applicative sono contenute nel d.m. 24 marzo 1994, n. 379.

Con la modificazione della costruzione della prestazione di lavoro, le teorie più recenti sulla valorizzazione del momento genetico rendono superfluo tale ultimo passaggio, non annullando comunque la necessità di ricercare un supporto costituzionale che giustifichi una tale interferenza nelle relazioni di lavoro. Se nel caso degli obblighi militari viene in rilievo l'art. 52, 2° comma della Costituzione (Rusciano 1993), nelle ipotesi riconducibili alla solidarietà sociale diventa fondamentale invece l'art. 2 della Costituzione (D'Alessio 1990).

II° parte

Tempo di non lavoro: un primo approccio al tema.

Esigenze di proficuità della ricerca, più che di corretta impostazione metodologica, impongono di rovesciarne ed allargarne l'impostazione all'ampio tema del "tempo di non lavoro" pur con la consapevolezza che non esiste uno studio unitario del tempo di non lavoro e nemmeno, probabilmente, un riconoscimento scientifico di una simile "categoria rovesciata" di ricerca. Solo una simile scelta consente, infatti, di passare al vaglio il più alto numero di teorie, tutte legate dal filo sottile della corrispettività, che si è scelto come criterio teorico per sondare l'ampia materia di cui si intende dar conto.

Non è che, in verità, un qualsiasi supporto scientifico ad una tale impostazione manchi. Qualche esempio dell'utilizzo di tale incerta categoria può essere fornito.

Già nella prima edizione del manuale di Ghezzi e Romagnoli (Ghezzi, Romagnoli 1984, p. 169), esisteva uno spazio appositamente dedicato a tale tema, allargato nell'ultima edizione fino a comprendervi una serie di considerazioni sul passaggio *Dalla riduzione alla riorganizzazione del tempo di lavoro* (Ghezzi, Romagnoli 1995, p. 201).

In questo spazio dedicato al tempo di non lavoro si trovano collocate "pause di durata e con finalità variabili. Esse sono suddivisibili in tre categorie: pause programmate (giornaliere od anche orarie, settimanali, annuali), pause non programmabili e pause programmabili a metà. La loro somma dà la misura del tempo di non-lavoro" (Ghezzi, Romagnoli 1995, p. 202).

La scelta di un criterio distintivo quale quello della "programmabilità", formulato da Ichino nella prima metà della sua monografia dedicata al *Tempo della prestazione nel rapporto di lavoro* (Ichino 1984 e 1985a, 1° vol., a partire da p. 71), è però destinata a mettere in dubbio la rigida partizione teorica con la sospensione del rapporto di lavoro¹², che nel manuale si è cercato invece di mantenere, in omaggio alla tradizionale riconducibilità di quest'ultima figura all'impossibilità

giuridica di svolgere la prestazione. E' infatti proprio la riproposizione delle "fattispecie sospensive (...) incerte sia nell'*an* che nel *quando*" (Ichino 1984, p. 95) sotto le "mentite" spoglie delle pause non programmabili (Ghezzi, Romagnoli 1995, p. 214), che rende evidente tale contrasto. Se le pause programmabili "sono connesse funzionalmente con le esigenze di vita materiale e biologica dell'obbligato" e variano solo di entità anche se "in crescita tendenziale", quelle non programmabili provocano al datore di lavoro "danni non fronteggiabili in anticipo mediante un esercizio accorto del potere direttivo". Il numero di queste "si è moltiplicato e, per giunta, la loro regolamentazione ne trascura spesso l'incidenza negativa sulla gestione dell'impresa, siglando non di rado il disagio del potere direttivo. Ce n'è per ogni evenienza: non solo per motivi sindacali o politici, ma anche per motivi strettamente personali o familiari" (Ghezzi, Romagnoli 1995, p. 214).

E' proprio nella successiva elencazione di tali ipotesi che l'annidato contrasto si estrinseca, anche se non platealmente. Infatti, nonostante i tentativi accurati di evitare ogni sovrapposizione tra le ipotesi di sospensione del rapporto e le misure della prestazione, queste si manifestano in più di un punto. Nell'occuparsi dell'attenzione che il legislatore e la giurisprudenza costituzionale dedicano all'assistenza del bambino in tenera età, si rinvia infatti proprio a quel capitolo 5° dedicato alle sospensioni del rapporto, contribuendo, seppur involontariamente, a consolidare le fondamenta di quell'impalcatura teorica unitaria a cui si è accennato nell'introduzione, su cui ci soffermeremo tra breve, di cui Pietro Ichino è uno degli artefici (Ichino 1984; Cinelli 1984; *contra* Santucci 1989 e 1992).

La sensazione che si riceve dallo studio delle ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro è che la centralità degli artt. 2110 e 2111 non rappresenti che una sorta di arroccamento derivante dalla centralità attribuita agli artt. 2110 e 2111 del c.c.; ciò impedisce una valutazione serena di una serie di connessi movimenti interpretativi e induce la dottrina ad adottare un atteggiamento prudentemente difensivo, se non del tutto indifferente, nei confronti delle modifiche del panorama delle assenze del lavoratore.

Sintomi ed indicatori della crisi della tradizionale bipartizione sono da valutarsi, ad esempio, il continuo assottigliarsi delle canoniche ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro, che tra l'altro contrasta apertamente con l'aumento di pause con qualunque finalità e denominazione, che arrivano in più punti ad intersecarsi con le prime (Ghezzi, Romagnoli, p. 305). A ciò deve aggiungersi il connesso problema dello spazio dell'impossibilità di svolgimento della prestazione che diviene sempre meno chiaramente delimitato e definito (Mazzotta 1988; De Simone 1989).

¹² Rintracciabile nel manuale al capitolo n.5.

Proprio perché non ci si è preoccupati affatto di tali partizioni giuridiche interne, simili problemi non emergono invece dall'altro contributo in cui più di recente si è cercato di tracciare i confini del tempo di non lavoro (Cester 1995).

Il tema di fondo "volto a scandagliare i confini fra i tempi di lavoro e i tempi di non lavoro e di vita dei lavoratori" è stato sviluppato pressoché esclusivamente con riguardo alla "linearità del processo di riduzione dei tempi di lavoro e di correlativa espansione dei tempi di vita", con un occhio di riguardo a problemi di politica del diritto, ma senza fornire un chiaro metodo di lettura giuridica dell'intricato e, per più versi, inesplorato problema "del lavoro e tempo libero nell'esperienza giuridica" (Cester 1995, spec. p. 18).

Nella ricostruzione dei tempi di non lavoro egli utilizza il criterio della "fisiologica programmazione" che pare essere il risultato *ibrido* della sovrapposizione delle tradizionali pause fisiologiche e patologiche (v. Branca 1971; Vaccaro 1983; Santucci 1992) e del diverso criterio della "programmabilità", a cui si è appena fatto riferimento. Ciò del resto forse spiega il risultato ottenuto: un insieme di ipotesi diverse (quali i riposi, la maternità, le ferie, congedi per cura degli handicappati, ecc.), contenute in un elenco che non si limita al solo ordinamento italiano, ma coinvolge anche istituti di diversi paesi (Cester 1995, p. 11). I tempi di non lavoro "al di fuori di una fisiologica programmazione" possono essere "in funzione o di una situazione di impossibilità giuridica che investe l'obbligazione di lavoro (caso generalizzato: la maternità) o di situazioni di disagio (...) o di tutela di interessi del lavoratore estranei al rapporto (...) o, viceversa, da questo coinvolti e sovente addirittura originati, com'è per le sospensioni dell'obbligo lavorativo per l'esercizio di diritti di natura sindacale" (Cester 1995, p. 11). All'assenza di un chiaro filo conduttore nella sequenza delineata dei tempi di non lavoro si aggiunge anche un'altra considerazione.

Dopo aver inventariato tutte le ipotesi di "non lavoro", egli scrive: le "forme di tutela sono, nei vari ordinamenti, anche sensibilmente diversificate, ma riposano su un comune presupposto: in base a previsioni normalmente tassative, spesso anche solo collettive, il tempo di lavoro cede, sia pur entro limiti predeterminati, di fronte ad esigenze considerate preminenti. Queste ipotesi realizzano una separazione netta tra ambienti di lavoro e ambienti di vita in generale" (Cester 1995, p. 11). Qualche paragrafo dopo aggiunge che è "chiaro che l'ordinamento giuridico non può concedere a tutte queste esigenze tutela completa e diretta. Metterebbe in forse la natura corrispettiva del rapporto di lavoro e l'equilibrio fra le due prestazioni" (Cester 1995, p. 22).

Sono numerose le osservazioni utili alla presente ricerca che tale approccio al problema suggerisce.

La prima, la più ovvia, è che tali istituti più che realizzare una separazione netta tra (*ambienti di*) lavoro e non lavoro, veicolano le esigenze di vita nel (contratto di) lavoro, attuando non una netta cesura, ma una sorta di reciproco condizionamento.

Le altre riflessioni sono occasionate da quell'ultimo accenno alla corrispettività, in funzione di indicatore e limite dei possibili interventi normativi sul tempo liberato.

Così come impostata, la questione della corrispettività rappresenta uno scontato punto di partenza, un principio inossidabile che impedisce ai nodi e conflitti che "si aggrumano intorno ad alcuni punti caldi del rapporto quali la sospensione, l'impossibilità sopravvenuta, la retribuzione del "tempo liberato" (ferie, festività, riposi)" (Mazzotta 1988, c. 2154) di emergere.

Il tentativo di delineare un quadro del tempo di non lavoro così impostato si rivela quindi come *sovrastrutturato* ad un altro problema, definito e chiaro, i cui termini non vanno ripercorsi: quello della corrispettività. Così facendo Cester finisce inevitabilmente per occuparsi di problemi di politica del diritto e per sfiorare appena le problematiche giuridiche di fondo. Il risultato raggiunto è quello di offuscare "problemi di carattere eminentemente interpretativo, che riguardano l'analisi ricostruttiva delle ipotesi normative nelle quali viene formalmente codificato il distacco o un certo allontanamento dalle regole generali del diritto delle obbligazioni (il pensiero corre alla ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro)", ma non solo. In questo modo si svaluta anche un altro livello di indagine giuridica: quello che impone di interrogare "il diritto dei contratti nella prospettiva di acquisire una risposta appagante" alle "situazioni non regolate specificamente" (Mazzotta 1988, c. 2155).

Pur non sviluppando i nodi della corrispettività, si percepisce che gli stessi sono sottesi a tutto il contributo; tracce chiare in questa direzione si rinvengono, ad esempio, nelle proposte di un giudizio di bilanciamento tra istanze contrapposte; oppure nella convergenza con le osservazioni e i temi affrontati da Caruso in un saggio contenuto nello stesso numero dei *Quaderni* (Orario di lavoro 1995) dedicato alla retribuzione (Caruso 1995), che una lettura congiunta non può non evidenziare.

Questa sequenza di motivi rende preferibile optare per un percorso d'indagine di cui diventino parte integrante anche le riflessioni sulla corrispettività, con la consapevolezza "che si tratta di una problematica di estrema delicatezza i cui effetti riflessi sono destinati a propagarsi nelle più disparate e lontane direzioni" (Mazzotta 1988, c. 2155).

Le costruzioni giuridiche tradizionali e le impostazioni più recenti. Alcune indicazioni preliminari

Dalle osservazioni appena effettuate emergono con chiarezza alcune delle ragioni del disagio che emerge quando si cerca di condurre un'indagine dedicata all'incerta categoria del "tempo di non lavoro".

Non solo si desume che evitando di inserirsi nelle discussioni svolte attorno alla questione della corrispettività tra prestazioni nel contratto di lavoro si finisce per inventariare genericamente tutte le ipotesi di assenza della prestazione lavorativa, che finiscono per essere elencate una di seguito all'altra senza un filo logico, tanto da potervi inserire accanto alle "pause fisiologiche" e "al di fuori di una fisiologica programmazione", senza spiegazione alcuna, anche i tempi di preparazione alla prestazione, gli equiparati obblighi di reperibilità e le zone di incerto confine del concetto di lavoro effettivo (Cester 1995, p. 11 e p. 12).

Dagli stessi sintetici rilievi emerge altresì che l'utilizzazione di distinzioni teoriche preconfezionate rappresenta una scelta solo apparentemente tranquilla, in quanto già contenute in sé il germe del suo stesso superamento, che un'indagine appena un po' approfondita è in grado di localizzare (Ghezzi, Romagnoli 1995).

L'analisi delle teorie della corrispettività consente quindi di vagliare alla radice i diversi inquadramenti teorici. Se, del resto, l'aumento delle ipotesi di assenza della prestazione di lavoro, pur permanendo l'obbligazione retributiva, ha rappresentato per numerosi autori (Zoppoli 1991 e, in termini più sintetici, Zoppoli 1994, p. 93) un forte incentivo ad interrogarsi sulla portata effettiva della corrispettività nel contratto di lavoro, non meno vero è anche il contrario. Ripercorrendo gli interrogativi sull'esistenza (o persistenza) del nesso di corrispettività e sulla modifica funzionale dell'obbligazione del datore di lavoro, può infatti prestarsi attenzione anche al lato riflesso, cercando di mettere ordine tra tutte le numerose e diverse ipotesi di assenza della prestazione di lavoro.

Pur essendo la "determinazione delle obbligazioni corrispettive delle parti (...) uno dei nodi più controversi dell'intera disciplina del contratto di lavoro" (Ballestrero 1985, p. 390), non può prescindere.

Le potenzialità di un'indagine così orientata sono, infatti, maggiori dei rischi connessi, anche se a questi direttamente proporzionali. E' proprio l'estrema complessità delle questioni coinvolte che impone una scelta: o sfiorarle appena oppure darne minuziosamente conto. Alla superficialità della prima impostazione e alla illimitatezza della seconda, si può cercare di rispondere scegliendo un percorso d'indagine dal taglio problematico, che si coordini con la finalità di questa prima parte della ricerca: capire se ed in quali termini si parla di tempo di non lavoro nel nostro ordinamento giuridico.

La consapevolezza dell'essenzialità di un simile percorso argomentativo, fondamentale per ricavare (anche se per sottrazione) alcuni riferimenti utili alla ricostruzione di un tale concetto giuridico, impone quindi di esorcizzare i rischi, sempre in agguato, a cui si appena fatto cenno.

Una breve carrellata di affermazioni rilevanti consente di accedere prudentemente al tema della corrispettività, confermando nel contempo la bontà di un simile approccio.

Con riguardo all'inquadramento delle prestazioni monetarie che il datore di lavoro deve erogare in costanza di rapporto, ma non "correlate rigidamente con la prestazione di lavoro", si è scelto di partire dall'impostazione teorica prescelta da quell'autore che, con riguardo alla corrispettività delle prestazioni, è stato considerato il vero "spartiacque" tra passato e futuro (Treu 1968 e 1979). Per Treu, con riguardo a questo tema, vengono in rilievo innanzitutto le ipotesi di sospensione della prestazione di lavoro per cause non dipendenti dal datore di lavoro e "anzi di massima attinenti direttamente o indirettamente alla persona del lavoratore". Si tratta dei casi regolati dagli artt. 2110-2111 del c.c. (che rappresentano il nucleo originario) cui devono aggiungersi "vari tipi di congedi e permessi di più recente diffusione nella legge e nei contratti collettivi per motivi sindacali, politici, di studio ecc.". La direttiva del costituente, naturalmente contenuta nel 2° comma dell'art. 36, "sottrae la misura della retribuzione al principio dell'equivalenza scambistica col lavoro. Queste 'deroghe' alla disciplina sinallagmatica si spiegano per una ragione comune, essere la retribuzione prestazione compensativa del lavoro umano e mezzo normalmente esclusivo per sopperire alle necessità vitali del lavoratore e della sua famiglia, concorrendo ad attribuire alla retribuzione funzioni (anche) previdenziali e latu sensu alimentari" (1979, p. 108 e p. 109). Prosegue, negli stessi termini di Santoro-Passarelli, affermando che "la corrispettività nel rapporto di lavoro non riguarda solo l'attività del lavoro oggettivamente considerato, ma anche l'attività del lavoratore secondo le necessità dello stesso, sia personali che familiari" (cit. Treu 1979, p. 111; Santoro Passarelli 1980). L'opinione che sembra riscuotere più largo credito, già dal finire degli anni Settanta, "intende la retribuzione come corrispettivo di un tempo di lavoro che comprende, insieme al tempo di lavoro in senso stretto, un tempo di non lavoro (anch'esso dedotto in obbligazione). La retribuzione è il compenso del dispendio di energie, ma anche del coinvolgimento della persona nell'attività lavorativa" (cit. Ballestrero 1985, p. 391 che richiama sia Treu 1979, che Ghera 1974). Sulla corrispettività, nella stessa sede, Maria Vittoria Ballestrero continua affermando che non è solo cambiando la concezione della retribuzione che si abbandona "il vecchio schema dello scambio tra prestazioni corrispettive" e che per "uscire dalle strettoie in cui si è chiusa la rielaborazione teorica della nozione di retribuzione, occorre verificare quanto fondato sia il presupposto da cui tale rielaborazione muove" e cioè "la corrispettività come interdipendenza sul piano dell'esecuzione

delle prestazioni, presupposta regola generale dei contratti a prestazioni corrispettive" (Ballestrero 1985, p. 392).

E' quindi all'operatività del meccanismo della 'deroga' che occorre prestare attenzione.

Non si deve al riguardo confondere il sinallagma genetico e quello funzionale; nella "elaborazione di una nozione di retribuzione (obbligo del datore di lavoro) si deve guardare alla conclusione del contratto. E' infatti il regolamento contrattuale, che definisce le obbligazioni corrispettive delle parti", e quindi anche quella del lavoratore, "a prefigurare la permanenza dell'obbligo retributivo anche in ipotesi di assenza della prestazione lavorativa"; tale "mancata esecuzione della prestazione nelle ipotesi previste dal regolamento contrattuale (come integrato dalla legge e dalla contrattazione collettiva) non costituisce 'inadempimento'. Poiché è previsto che, ricorrendo quelle ipotesi, il lavoratore non esegua la prestazione 'dovuta'; continua invece ad essere dovuta la retribuzione: che è dunque, fin dall'inizio, compenso di lavoro e non lavoro" (Ballestrero 1985, p. 392 e p. 393).

La ricerca-setaccio dei diversi inquadramenti teorici dell'assenza del lavoratore parte proprio da questo punto.

Alcuni dei nodi interpretativi ricorrenti sono già in parte emersi, come è del resto già emerso il loro stretto e reciproco condizionamento.

Le questioni concatenate l'una all'altra, da affrontare sono quelle dell'esistenza o meno di criteri distintivi tra sospensioni e pause o interruzioni della prestazione (Ichino 1984 e 1985; Santucci 1989 e 1992; Branca 1971; Vaccaro 1983), che a sua volta si collega a quello dell'inquadrabilità dei permessi (Cinelli 1984). A queste se ne aggiunge anche un'altra: quella delle differenze da chiarire tra la figura della sospensione "del rapporto" e la sospensione "dal lavoro" (Ballestrero 1985)¹³.

Sullo sfondo di questi inquadramenti il collante, anche se indebolito, della corrispettività (Giugni 1979, p. 49) e un confronto inevitabile: quello con la causa del contratto.

Come fa argutamente notare Riccardo Del Punta (1992, p. 415) "il concetto di causa del contratto è destinato a tornare inevitabilmente in gioco non appena si alza la prospettiva sistematica". Insieme a questa, anche una seconda osservazione del medesimo autore, va riportata. Quando nello "schema causale del contratto di lavoro", ovvero nel "suo sinallagma genetico", si comprendono "a pieno titolo anche valori ulteriori rispetto allo scambio lavoro-retribuzione" e quindi "l'unità di misura di quest'ultima è fissata in funzione di un articolato complesso di interessi del lavoratore anche di natura strettamente personale", si arriva a "svalutare il concetto di sospensione del rapporto e comunque a negare che i permessi possano essere riportati a tale categoria".

¹³ Unanimità di vedute nel respingere la categoria della sospensione "del contratto", valutata come impropria dato che non può che riferirsi alla "sospensione dell'esecuzione del contratto" e quindi al rapporto (Ballestrero 1985, p. 118); negli stessi termini Ichino 1984, p. 98 che ritiene caduto nello stesso genere di equivoco Yamaguchi 1963. Della stessa opinione Iriart 1996, p. 20, anche se è da rilevare che la dottrina francese fa spesso ricorso a tale locuzione.

Il riferimento a Cinelli (1984) e Ichino (1984) è esplicito, anche perché la loro posizione è la più chiara sul punto; quella espressa (o, meglio, sottesa) da Maria Vittoria Ballestrero (1985) deve, invece, essere ricavata da un contesto nel quale il tema dell'inquadramento della sospensione del rapporto non viene affrontato direttamente.

Per spiegarle si può riprendere la tripartizione ricostruttiva degli orientamenti dottrinali sulla corrispettività effettuata da Zoppoli, che, anche se negata e criticata (Del Punta, 1992), mantiene un indubbio valore di sintesi (Zoppoli 1991, a partire da pag. 89).

Zoppoli ha distinto tra orientamento classico, derogatorio e neoclassico della corrispettività nel contratto di lavoro. Sintetizzando ulteriormente, se il primo tende a "negare le anomalie" del sinallagma funzionale integrale, riconducendole nell'alveo "o dei principi generali del diritto delle obbligazioni oppure al rapporto giuridico previdenziale, che affianca quello di lavoro, ma con esso non si identifica"¹⁴, il secondo invece amplia la nozione e la funzione della retribuzione, affermando che la "corrispettività è soggetta a deroghe e non riassume tutta la disciplina positiva del rapporto" (cit. Treu 1968, p. 341; Zoppoli 1991). Il limite di questa teoria contenuta in una "celebre e celebrata monografia degli anni Sessanta" di Treu (Mazzotta 1988, c. 2157) è, non troppo paradossalmente, dipendente proprio dall'assenza di un affrancamento completo da quell'aspetto che si è cercato di valorizzare: il significato della nozione di retribuzione di derivazione costituzionale.

Di un tentativo di affrancamento da una posizione meramente ricognitiva, si fa portatrice la dottrina successiva, non senza difficoltà.

E', infatti, proprio sul tentativo di superare i limiti di una riflessione incentrata sul solo piano "dell'indagine intorno alla natura giuridica delle somme dovute dal datore, senza la prospettazione di una coerente proposta di risistemazione della nuova dimensione della corrispettività nel contesto dell'obbligazione lavoristica", che insistono Ballestrero, Cinelli e, possiamo aggiungere, Ichino "pur ragionando (*pressoché contemporaneamente*) su 'insiemi' normativi disparati" (Mazzotta 1988, c. 2157): cassa integrazione guadagni, natura giuridica dei più vari permessi e durata della prestazione di lavoro.

L'aver accomunato, da parte di numerosi autori (Mazzotta 1988; Zoppoli 1991; Del Punta 1992¹⁵; Santucci 1988 e 1992), le considerazioni svolte nel medesimo periodo da autori diversi su questi istituti, ha rappresentato una delle molle che, scattando nella fase iniziale della ricerca, ha indotto ad approfondire in maniera composita il versante dell'assenza della prestazione lavorativa, ma non solo. Ha confermato altresì che l'unico percorso in grado di dare conto di così complicati intrecci era quello che finiva per innestarsi sulle problematiche della corrispettività.

¹⁴ Per una completa ricostruzione della dottrina più datata Zoppoli 1991, soprattutto a partire da pag. 91.

¹⁵ I numeri di pagina del saggio di Del Punta si riferiscono all'edizione provvisoria.

Pur permanendo delle indubbie e rilevanti differenze, ciò che accomuna le proposte formulate nella seconda metà degli anni Ottanta da Cinelli (1984 e 1986), Ichino (1984 e 1985a) e Ballestrero (1985), è la svalutazione della corrispettività nel piano dell'esecuzione della prestazione ed una proiezione della stessa nell'orbita del programma negoziale. E' il riconoscimento del passaggio alla "sfera genetica delle obbligazioni" e il contemporaneo abbandono di quella delle prestazioni che caratterizza le teorie di questi autori (cit. Zoppoli 1991, p. 163, ma altresì Mazzotta 1988 e Del Punta 1992).

Approfondire a questo punto se queste elaborazioni si distacchino (Zoppoli 1991) o costituiscano piuttosto uno svolgimento della precedente teoria di Treu (Del Punta 1992), non risulta necessario in quanto non idoneo ad influire in maniera determinante sul prosieguo della ricerca¹⁶. Di fondamentale importanza risulta, invece, sottolineare il tratto comune che caratterizza queste elaborazioni: la convergenza sull'oggetto della prestazione, la cui configurazione tipica viene superata, facendo emergere "il punto massimo di intreccio tra la tematica della corrispettività e quello dell'oggetto dell'obbligazione di lavorare" (Zoppoli 1991, p. 162)¹⁷. Come sintetizza Cinelli (1984, p. 264), "se il principio di corrispettività si presenta in maniera 'particolare' nel rapporto di lavoro (...), ciò dipende non già da un particolare atteggiarsi di quel principio o da un suo 'allentamento' o da un suo cedere a motivi di deroga, bensì dalla qualità stessa dei 'beni' che in esso vengono impegnati e dei quali le stesse contrapposte posizioni soggettive obbligatorie risultano in definitiva caratterizzate".

E' in base a questo tipo di considerazioni che si arriva a sostenere che il "termine corrispettività conservi pienamente (...) la sua pertinenza": si può invece rilevare che "si fa fatica a cogliere, perché difficile da materializzare (...) il termine che trascende la mera erogazione di energie lavorative al quale la retribuzione si rapporta, anche perché mutevole nel tempo, con il mutare delle condizioni storiche e socio economiche" (Cinelli 1984, p. 267)¹⁸.

¹⁶ Non riconosce un ruolo di netta cesura tra le posizioni del passato e quelle successive alla teoria di Treu, Del Punta (1992, p. 414) che ritiene che "le tesi dei più recenti di alcuni autori (n.d.a. si riferisce a Ballestrero 1985; Cinelli 1984; Ichino 1984 ed altresì a Ghera 1996), nelle quali si è particolarmente insistito sul "ritorno" al sinallagma genetico, talora anche in termini di contrapposizione dichiarata nei confronti della tesi di Treu, in realtà non rappresentino altro che una radicalizzazione ed esplicitazione dei presupposti di quest'ultima, che poi a loro volta (...) trovavano parziali agganci nella dottrina precedente". In particolare ciò che egli sostiene è che le impostazioni successive non sono che esplicitazioni o perfezionamenti della tesi di Treu. "In sostanza, ciò che è 'deroga' nel sinallagma funzionale, è 'specialità' nel sinallagma genetico, o comunque è, semplicemente (...), un effetto legale che si caratterizza (...) sia sotto il profilo del contenuto, nella misura in cui esso è modellato secondo paradigmi diversi da quello dell'eguaglianza dei contraenti (come invece avviene nell'art. 1463), che sotto quello della sua forza giuridica" (Del Punta 1992, p. 418).

¹⁷ Ghera parla di superamento della corrispettività biunivoca (Ghera 1996).

¹⁸ Per ciò che concerne la presentazione del problema della struttura del rapporto, anche le considerazioni di Cinelli prendono l'avvio dal collegamento tra la retribuzione che il datore di lavoro eroga e un "qualcosa" che trascende la mera somma delle energie lavorative del prestatore di lavoro (Cinelli 1984, p. 17). Egli scrive che i "permessi non si distinguono necessariamente dalle altre vicende che vedono la prosecuzione della prestazione retributiva pur nella (momentanea) assenza della prestazione lavorativa", ma contemporaneamente non si identificano con nessuna delle altre situazioni; "non solo essi (...) si pongono in una logica di sviluppo del principio che ispira l'art. 2087 c.c., ma soprattutto, rispetto ai vincoli di orario della prestazione lavorativa, alle ferie, alle pause e ai riposi in genere, essi rappresentano, sì, al pari di questi, un 'limite negativo' dell'obbligazione lavorativa ('misura', cioè, della prestazione impegnata), ma anche un 'limite positivo' dell'oggetto del rapporto di lavoro, considerato che, a differenza dei suddetti, non si limitano ad indurre una soluzione di continuità nella relazione di stretta, materiale equivalenza tra retribuzione ed erogazione di energie lavorative, ma contribuiscono anche (...) a variare i termini stessi dello scambio" (Cinelli 1984, p. 18). Non può non passare inosservata la concezione restrittiva (in quanto meramente negativa) delle altre ipotesi di assenza della prestazione considerate da questo autore, scelta da valutare oggi comestoricamente datata e quindi sorpassata. Sulla rilevanza della persona del lavoratore nel rapporto di lavoro: Santoni 1979.

E' proprio da questo passaggio, più che da ogni altro precedente, che si coglie la spiccata modernità dell'impostazione, che si esprime in una consapevolezza di fondo: quella della difficoltà estrema di aggiornare (il contenuto del)la prestazione di lavoro, ma anche della sua contemporanea inevitabilità. Ciò di cui ci si rende conto (ed in questo giudizio vanno uniti a Cinelli anche Ghera, Ichino e Ballestrero) è che la prestazione di lavoro non può essere esonerata dal subire gli effetti riflessi della complessità sempre crescente sia del mondo del lavoro che della società civile. Riconoscendo questo intreccio, si arriva parallelamente a sancire la centralità della prestazione di lavoro, del suo contenuto, della sua strutturazione nella costruzione dell'impianto di quel ramo del diritto che se ne occupa.

Di un'ulteriore e più complicato passaggio di questo sviluppo, che prende l'avvio da posizioni "empiriche" o "pragmatiche", come ha fatto notare Zoppoli (1991, p. 78 e p. 79)¹⁹ si cercherà di dare conto nel prossimo paragrafo, non senza aver prima ribadito che sono proprio, non troppo paradossalmente, le letture teoriche dell'assenza della prestazione di lavoro a rappresentare il punto di osservazione privilegiato dei movimenti interni della prestazione stessa. Zoppoli critica le posizioni espresse dai tre autori appena sopra elencati (cui aggiunge Ghera 1996; Ghera, Liso 1976), perché se da una parte impostano in maniera condivisibile l'approccio al profilo civilistico, dall'altra, schematizzando, "finiscono per trascurare due tratti salienti di questa branca del diritto: la scarsa rilevanza del 'contenuto' negoziale nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato e l'importanza quasi assorbente che invece assume nella fase dell'*esecuzione* del medesimo rapporto" (Zoppoli 1991, p. 169).

Che il limite delle teorie della *valorizzazione del momento genetico* sia rappresentato dalla 'ennesima finzione' che sono costrette ad accreditare, assumendo che i singoli episodi di sospensione del rapporto costituiscano solo i profili attuativi o esecutivi di un programma negoziale al cui interno sono pianificate le correlative previsioni della contrattazione collettiva e della legge" (Mazzotta 1988, c. 2157), è un rilievo che accomuna più di uno scettico nei confronti di queste impostazioni²⁰.

Sull'affermazione che vede il contratto come atto di autonomia negoziale sempre più una *scatola*

¹⁹ Egli scrive, infatti, che "l'approccio ai problemi di individuazione dell'oggetto della prestazione è sostanzialmente diverso da quello dogmatico tradizionale, che fa leva sul diritto positivo per trarne indicazioni sulla configurazione giuridica del contratto di lavoro. Qui al contrario, il riferimento è alla percezione, sul piano delle volontà contrattuali, delle tendenze evolutive in atto (...). Perciò si è convenuto di definire, con qualche forzatura e nessuna accezione negativa (anzi) tale approccio come di tipo 'pragmatico' o 'empirico'. D'altronde la vivacità del dibattito succintamente riportato è la miglior prova della fecondità dell'approccio" (Zoppoli 1991, p. 78 ep. 79)

²⁰ Il rifiuto di inserire le ipotesi di sospensione nel programma contrattuale dipende, per Santucci, dall'impossibilità di *programmare*. Egli scrive: "l'idea non convince, in quanto le sospensioni di cui non si può a *priori* sapere se si verificheranno o meno nel corso del rapporto non possono ritenersi 'scontate' al momento della definizione del programma contrattuale; la predeterminazione degli effetti delle cause di sospensione non significa eliminazione del carattere di 'eventualità' delle stesse, che sempre permane" (Santucci 1989, p. 51 e p. 67). La stessa linea di pensiero riceve poco oltre un'ennesima rinvigorita: il 'divario' tra obbligazioni contrapposte non è perfettamente determinato "fin dal momento dell'instaurazione del vincolo contrattuale", o almeno non lo è per la maggior parte delle ipotesi di sospensione, ad esclusione dei permessi per motivi sindacali regolati dall'art. 23 dello Statuto dei lavoratori. Per spiegare tale affermazione l'Autore scrive: il "comporto indica infatti il limite massimo del *quantum*, ma

vuota "ed ancora più vuota senza la corrispettività biunivoca" (Zoppoli 1991, p. 168), si tornerà nel prossimo paragrafo. A questo punto si rivela necessario riprendere un altro aspetto che si è solo temporaneamente accantonato. Poco sopra si è sottolineato come la svalutazione della figura della sospensione, chiaramente rintracciabile in Cinelli e Ichino, sia una diretta conseguenza della "complessità della posta di scambio cristallizzata" a livello di sinallagma genetico (Del Punta 1992, p. 417). Il problema della riconducibilità alla causa del contratto di lavoro di valori ulteriori rispetto allo scambio lavoro-retribuzione (Del Punta 1992, p. 417) si lega strettamente a quello delle diverse e possibili letture di un medesimo fatto giuridico, l'assenza di prestazione di lavoro, fino ad influire in maniera determinante sulla loro sistemazione finale. Chiarire questa connessione risulta di fondamentale importanza per riallacciarsi al principale filo conduttore di questa ricerca e cioè la comprensione del significato giuridico di tempo di non lavoro, che dipende a sua volta proprio dal legame tra quest'ultimo e il contratto²¹.

In base a tali premesse, si comprende perché sia non solo interessante chiarire se ci sono differenze tra sospensioni ed interruzioni, ma addirittura essenziale al fine di comprendere i legami tra tempo di non lavoro e contratto. A queste considerazioni se ne aggiunge una ulteriore. Si è consapevoli della semplificazione estrema, quasi elementare, con cui di darà conto di questioni complesse e che unitariamente considerate costituiscono uno dei capitoli più tormentati degli studi giuslavoristi o, utilizzando le parole di Cinelli (1984, p. 205), "impegnativo e travagliato". Le classificazioni al riguardo si sprecano e va rilevato che non ve ne sono due che coincidano completamente. Senza la pretesa di essere esaustivi, se ne possono proporre alcune. Per Branca (1971), le sospensioni sono legate alla capacità di determinare un diverso atteggiarsi del rapporto a differenza delle mere interruzioni della prestazione; i permessi sono compresi in questo schema regolativo, dato che hanno identità di natura con le ferie annuali, i riposi periodici e le altre pause in genere: sono cioè termini di misura della durata. Per Cinelli (1984, p. 199) i permessi non sono riconducibili ad una situazione di impossibilità oggettiva di prestare la propria attività lavorativa, ma solo ad una indisponibilità soggettiva del lavoratore ad impiegare la proprie energie nell'attività contrattualmente impegnata; egli stacca dall'impossibilità i permessi, ma non nega che la sospensione sia riconducibile a questa fattispecie (fa l'esempio della gravidanza); è concorde con Santoro Passarelli Nozioni, p. 196; Mancini 1957, p. 52; Mengoni 1953; Treu 1968, p. 201. Egli in questo modo apre un varco nelle tradizionali ricostruzioni, ma non lo supera: è in questo punto esatto che si individua chiaramente il limite della teoria di Cinelli. Afferma che i permessi non sono

nulla è possibile sapere sul 'se' si usufruirà del comparto ma soprattutto sul 'numero' di lavoratori che ne beneficeranno" (Santucci 1989, p. 68). La domanda che sorge spontanea è quella se è esatto far dipendere dalla teorica usufruibilità di un diritto rilevanti conseguenze qualificatorie.

²¹ Del Punta 1992, p. 417; poco oltre ribadisce il concetto, laddove afferma che l'attribuzione di funzioni ulteriori alla retribuzione oltre quella corrispettiva (come avviene nell'ipotesi del trattamento di malattia) sono "saldamente radicate nel sinallagma genetico del contratto di lavoro".

estranei all'assetto del contratto di lavoro, ma sono al contrario attuativi di singole realtà da quello (esplicitamente o implicitamente) contemplate. Li comprende nello schema operativo del contratto, ma contemporaneamente li distingue (a contrario di Branca) dalle ferie e dai riposi perché "non hanno la finalità di recupero delle energie". Cinelli, come si era già evidenziato nella nota n. 18, rimane sui binari tracciati dalla dottrina tradizionale dato che attribuisce valore determinante, per escluderne l'identità, altresì, alla doppia indeterminazione dei permessi (an e il quantum). Solo Ichino (1984) esplicita in maniera sufficientemente chiara queste condizioni. Cinelli, invece, ammette implicitamente, e riduttivamente che è *solo* "la normativa sui permessi che risponde ad una logica di progresso delle disciplina del rapporto di lavoro". Questa rilevante affermazione, in negativo, dipende dall'assenza di affrancamento dall'euforia interpretativa post-Statuto, tipico atteggiamento di un periodo in cui era esaltato, anche a dismisura (per una recente rilettura Zoli 1997). Questo limite si riflette anche nel dimensionamento alle sole situazioni costituzionalmente rilevanti cui si agganciano i permessi regolati dalla legge n. 300 del 1970 (ad esempio quelli per motivi di studio), mentre, come emergerà in più punti della ricerca, la prospettiva può allargarsi anche alla salute del lavoratore (De Simone 1989).

Le sistemazioni teoriche, ancora diverse, offerte da Lavagnini nel 1961, da Vaccaro nel 1983 e da Santucci 1989 e 1992 verranno analizzate nel corso della ricerca.

Mario Rusciano offre una lettura ancora diversa del problema delle sospensioni (Rusciano 1992, p. 2). Egli distingue tra sospensione, che dal punto di vista giuridico "costituisce una vicenda anomala nella vita del rapporto, il cui contenuto risulta temporaneamente modificato", dalle "pause di lavoro per riposi giornalieri, settimanali e annuali, le quali attengono alle modalità di esecuzione della prestazione entro i limiti determinati dalla legge e dal contratto". La sospensione rappresenta, quindi, la reazione del rapporto al verificarsi di un determinato evento impeditivo: rientra "nell'ordine naturale delle cose che nel corso di un siffatto rapporto giuridico si possano verificare eventi prevedibili o imprevedibili - ma comunque indipendenti dalla mera volontà delle parti - tali da rendere, a seconda dei casi, 'impossibile' o 'inesigibile' l'adempimento della prestazione di lavoro" (Rusciano 1993, p. 1).

Nella situazione di inesigibilità l'ordinamento "valuta come prevalente, rispetto all'adempimento della prestazione di lavoro" (che non è impossibile) "l'esercizio da parte del prestatore d'opera di diritti fondamentali della personalità". Si riferisce in particolare al diritto di svolgere attività sindacale, di assolvere funzioni pubbliche, di studiare, e così via. In altri casi l'ordinamento "valuta come prevalente, rispetto al dovere di lavorare, l'adempimento di altri doveri inderogabili (come nel caso di assistenza al figlio malato nei primi tre anni di vita)" (Rusciano 1993, p. 3). Non in tutte

queste ipotesi ricorre il requisito dell'indipendenza dalla mera volontà delle parti; è in effetti annoverato tra le cause di sospensione del rapporto anche il congedo in occasione di matrimonio (Rusciano 1993, p. 3), che non pare un evento impeditivo indipendente dalla mera volontà delle parti, come in molte altre ipotesi di inesigibilità della prestazione legate all'esercizio di diritti del lavoratore (di studio, sindacali)²².

Con riguardo alla risistemazione della categoria della sospensione del rapporto di lavoro, pur senza ripercorrere tutti i passaggi del ragionamento, si è scelto di approfondire la posizione di Ichino (1984), che al riguardo è il più chiaro e categorico. Egli arriva a considerare priva di ogni ragione l'esistenza della distinzione tra interruzioni "fisiologiche" e "patologiche" dell'attività lavorativa.²³

Per ciò che concerne le premesse, egli chiaramente afferma che la dottrina non è stata in grado di tracciare una suddivisione appagante sia delle cause che degli effetti della sospensione. Le numerose sistemazioni teoriche si intersecano e si sovrappongono nei punti più disparati: dalle diverse collocazioni non vengono fatte discendere né "una apprezzabile diversità della disciplina applicabile, né una convincente definizione della differenza essenziale tra le fattispecie diversamente classificate" (Ichino 1984, p. 76).

La distinzione che propone, e a cui si è fatto riferimento più volte, è quella tra "pause" periodiche e prevedibili e "pause" eventuali ed occasionali: solo in maniera arbitraria e fuorviante queste ultime sono qualificate come eventi "patologici" dalla dottrina poco sopra citata.

Questa impostazione, vista come uno "smantellamento alquanto disinvolto dello schema tradizionale della sospensione e delle consuete distinzioni tipologiche tra le varie cause" (Santucci 1989, p. 39), indica il percorso per chiudere quel cerchio argomentativo che prende avvio e ritorna alla causa del contratto.

²² L'istanza di umanizzazione del "freddo criterio naturalistico dell'art. 1218" del codice civile, è stata da Mengoni (1953, p. 262 e ss.) associata al funzionamento di una logica di bilanciamento: il debitore è esonerato da responsabilità quando, pur inadempiente, si trovi in una situazione che, pur non incidendo gravemente sulla sua personalità, non si rifletta in impossibilità oggettiva ed assoluta della prestazione. Per ricavare in maniera completa la posizione espressa da questo autore, occorre sottolineare un altro dato. Egli spiega che non è sufficiente il mero riferimento all'immanenza della persona del debitore per modificare il concetto di impossibilità così come previsto dall'art. 1218 (accezione logico-naturalistica), ma occorre dimostrare "l'esistenza di una norma particolare, la quale dichiara, o almeno lasci indurre, la volontà del legislatore di modificare" tale concetto di impossibilità. A ciò aggiunge che l'immedesimazione del soggetto con la prestazione potrà fornire la "ratio della deroga", ma non consentire che, "in difetto di sostegno positivo" si ridimensioni il concetto di impossibilità; tali previsioni legislative non sono che specificazioni di previsioni costituzionali (Mengoni 1953, p. 264).

²³ Per le critiche indirizzate a tale impostazione da Santucci (1989), ci si è già soffermati nella nota n. 8.

La "sospensione stessa della prestazione lavorativa, e l'eventuale sospensione del contrapposto debito retributivo, devono considerarsi come momenti particolari *dell'attuazione* del rapporto nei modi e nei termini originariamente previsti dal contratto" (Ichino 1984, p. 98): "le fattispecie più comuni di sospensione occasionale del lavoro (malattia, maternità, permessi sindacali, assemblea, ecc.), lungi dal costituire vizio funzionale della causa del contratto, ne costituiscono invece una espressione del tutto 'fisiologica'" (Ichino 1984, p. 87). Nella causa del contratto non rientra *solo* "la soddisfazione dell'interesse del datore di lavoro ad avvalersi della prestazione lavorativa coordinandola in funzione delle proprie esigenze produttive aziendali", vi rientra *anche* " la soddisfazione di un interesse di 'sicurezza' del lavoratore (riconducibile al principio costituzionale di tutela della personalità umane anche in seno alle formazioni sociali intermedie in cui essa è inserita), che implica necessariamente *sempre* una certa elasticità del tempo della prestazione in funzione di esigenze vitali del lavoratore stesso" (Ichino 1984, p. 88).

Considerazioni dello stesso tenore, anche se limitate al solo ambito dei permessi, sono rintracciabili nella parte conclusiva del saggio di Cinelli (1984, p. 248 e 249). La sua ricerca di un aggancio positivo all'interpretazione dello scambio di prestazioni in termini globali, finisce con un recupero, simile a quello di Ichino, di un principio di sicurezza del lavoratore e riconducibile all'art. 2087 del codice civile. E' ancora una volta una disposizione dettata in tema di tutela dell'integrità fisica e della 'personalità morale' dei prestatori di lavoro a guadagnarsi le luci della ribalta. Non è azzardato ritenere che la plurima valorizzazione di tali principi sia una diretta conseguenza dell'elaborazione dei numerosi *inputs* che, nel decennio seguente all'approvazione dello Statuto dei lavoratori, erano da più parti inviati in questa direzione e che hanno trovato un'ovvia sistemazione a livello contrattuale nei reconditi meandri della causa²⁴.

Si rende a questo punto necessario un raffronto globale tra le due posizioni ricostruttive che più si allontanano l'una dall'altra: quella di Pietro Ichino (1984) e quella di Rosario Santucci (1989).

La finalità di una simile comparazione è, innanzitutto, quella di individuare quale delle due posizioni porta ad una svalutazione reale della categoria della sospensione del rapporto, focalizzandone contemporaneamente i motivi. Un ultimo passaggio può portare a valutare l'impatto complessivo sulle ricostruzioni teoriche che convergono sull'assenza di prestazione di lavoro di tali diverse letture fornite.

Anche dall'esiguità delle informazioni appena raccolte, emerge con chiarezza che Ichino allarga *solo apparentemente* l'ambito di rilevanza della figura della sospensione; negandone alla radice la

²⁴ Ci si riferisce, in particolare, a Smuraglia 1974. Cinelli (1984), nelle conclusioni, scrive: il "sinallagma genetico e il sinallagma funzionale non sono due realtà distinte, ma l'uno è la proiezione dell'altro in un diverso contesto di analisi: il secondo comprende solo ciò che è impresso dal primo, sicché è ai "termini di riferimento", come vengono posti in relazione dal primo, che bisogna guardare, per poter adeguatamente apprezzare le

configurazione tradizionale, finisce di fatto per farla sparire pur continuando ad utilizzare tale locuzione (Ichino 1984, p. 95)²⁵. Dall'altra parte, invece, Santucci tenta di tracciare i contorni di una figura unitaria di sospensione, finendo in questo modo per allargarne a dismisura l'ambito di rilevanza.

E' rintracciabile il passaggio esatto da cui scaturisce questo processo di diramazione della figura della sospensione: laddove egli afferma che "la funzione di conservazione del posto non rappresenta adeguatamente la *ratio* dell'istituto che, invece, in epoca recente appare caratterizzato da una *pluralità funzionale*" (Santucci 1989, p. 49)²⁶. E' questo argomento, più di quello dell'incompatibilità tra regolamento contrattuale e mera eventualità del verificarsi di determinate condizioni (v. nota n. 8), a sostenere *di fatto* il peso della separazione tra sospensione ed altre ipotesi di mera interruzione. Sul presupposto inespresso (e questa particolarità è comune a molti altri autori, tra i quali Branca 1971; Cinelli 1984), che tutte le altre ipotesi di assenza della prestazione lavorativa siano "funzionalizzate *solo* al rapporto di lavoro", che vi sia cioè *sempre e comunque* un effetto di ritorno al rapporto. Per l'approfondimento di questo particolare punto si rinvia alle conclusioni del capitolo.

Da una lettura combinata di questi diversi approcci emerge chiaramente che Ichino nei fatti svaluta le finalità della sospensione del rapporto, ma le inserisce in un contesto generale in cui sono rivalutate, al contrario, quelle delle altre 'interruzioni' della prestazione di lavoro. Che non rimangono più riduttivamente ancorate alla finalità 'del recupero di energie in vista della ripresa dell'attività lavorativa', ma ad un insieme composito di finalità. Egli individua, in particolare, tre ordini di esigenze che la disciplina limitativa della quantità di lavoro è chiamata a soddisfare: la tutela dell'integrità psicofisica dei lavoratori, la salvaguardia di adeguati spazi di tempo disponibile fuori dal lavoro per lo sviluppo della personalità e l'equa distribuzione delle occasioni di lavoro (Ichino 1985a, p. 267; per l'ultima finalità, in particolare, v. Scarponi 1988).

L'approccio unitario della materia dell'assenza della prestazione lavorativa non può, quindi, che divenire una ovvia conseguenza di questa valorizzazione positiva del tempo di non lavoro.

Alcune considerazioni vanno a questo punto effettuate sulla (perdurante o meno) rilevanza strutturante dell'impossibilità sopravvenuta di eseguire la prestazione di lavoro. La problematicità della materia impone di darne conto solo in maniera limitata. Si è deciso così di filtrarla e di

modalità secondo le quali il medesimo vincolo è destinato ad operare nel momento funzionale del rapporto". Il passaggio ulteriore non può che essere quello della proiezione nell'oggetto della prestazione, sul quale ci si è soffermati poco sopra.

²⁵ Egli infatti distingue le diverse 'fattispecie sospensive' a seconda che abbiano carattere periodico (predeterminate nell'*an* e nel *quando*; predeterminate solo nell'*an*), oppure che siano determinate da cause di inesigibilità (incerte sia nell'*an* che nel *quando*), cui aggiunge le fattispecie di sospensione della prestazione di lavoro nell'interesse del datore di lavoro ed i casi di impedimento temporaneo sopravvenuto della prestazione lavorativa (Ichino 1984, p. 95).

²⁶ "Infatti, accanto alla funzione di conservazione del posto di lavoro nelle vicende 'rischiose' della vita del lavoratore (malattia, infortunio, servizio militare, gravidanza), l'istituto svolge la funzione di rendere possibile la piena estrinsecazione della personalità del lavoratore attraverso l'esercizio di

ricavarne i nodi essenziali dalla valutazione di un caso concreto e molto dibattuto: quello dell'incidenza delle cure termali sul rapporto di lavoro.

Il superamento dell'unilateralità degli interessi da tutelare.

Seppur con sfumature diverse, tutte queste teorie appena passate in rassegna non rappresentano che una graduazione di diverse soluzioni ad uno stesso problema: quello legato alla costruzione di un sistema di inquadramenti giuridici adeguati all'assenza di prestazione lavorativa.

E' proprio l'aver posto l'accento in maniera diretta su questo aspetto 'rovesciato' e, per sua natura, generico, che consente di passare al vaglio così numerose e varie impostazioni teoriche. Un dato ricorrente ha consentito, inoltre, di trarre una conferma importante: il tempo di non lavoro è sempre inserito in analisi di "altri", a volte più ampi, ma sempre comunque diversi, contesti e, a parte le due eccezioni riportate all'inizio del capitolo (Ghezzi, Romagnoli 1995; Cester 1995), non pare registrarsi alcun approccio diretto, né precedente, né, almeno per il momento, successivo. Anche Ichino ha studiato qualcosa di diverso e cioè il tempo di lavoro (Ichino 1984 e 1985a).

Proprio una lettura combinata di così varie impostazioni teoriche, ha permesso di mettere in luce non solo la presenza di numerosi "compartimenti stagni" a livello interpretativo, ma anche come questo risultato non sia che frutto di più o meno consapevoli scelte parziali, cioè orientate ad attribuire rilevanza solo ad un certo ordine di cause.

E' proprio questo particolare collegamento che si intende ora mettere in risalto.

Le teorie che cercano di mantenere immutato il rapporto sospensione/impossibilità di svolgimento della prestazione, rimangono idealmente ancorate alle ipotesi codicistiche di gravidanza/puerperio, infortunio/malattia, servizio militare. Ciò comporta, come si è appena visto, o un graduale assottigliamento dello spazio dedicato a queste ipotesi, come nelle impostazioni manualistiche (Ghezzi, Romagnoli 1995) oppure, al contrario, un allargamento smisurato, idoneo a travolgere le fattispecie finitime (come in certe interpretazioni dottrinali dedicate al tema, isolatamente valutato, della sospensione del rapporto di lavoro: Santucci 1989).

Tutte le impostazioni dottrinali, e non solo quindi quelle classiche (appropriandoci della formulazione di Zoppoli 1991), appaiono *inoltre* influenzate dall'*unilateralità dell'interesse da tutelare*. L'unico interesse considerato è, infatti, quello del lavoratore, che può manifestarsi sotto diverse spoglie.

Se si cerca di tradurre in forma geometrica il processo di lievitazione delle cause giustificatrici di assenza della prestazione lavorativa, senza lasciarsi influenzare, almeno per il momento, dalle

una serie di diritti che non solo non 'producono' danno al datore ma non possono neppure considerarsi inadempimenti contrattuali" (Santucci 1989, p. 49).

eventuali diverse fonti di produzione (legge, contratto, consuetudine), si individua non uno sviluppo "in linea", bensì una crescita delle stesse a "cerchi concentrici".

Compilando una sorta di elenco a base storico-causale, viene in rilievo innanzitutto un nucleo fondamentale rappresentato dalle ipotesi contemplate dagli artt. 2110 e 2111 del codice civile²⁷, cui vanno aggiunte le ipotesi che possiamo individuare dalla loro origine 'statutaria' (legate all'adempimento delle funzioni presso gli uffici elettorali, dei permessi per motivi di studio, sindacali, per lo svolgimento di funzioni pubbliche).

In ordine sparso per ciò che concerne l'origine, ma con acquisizione di una dignità particolare nel momento di valorizzazione interpretativa della Carta costituzionale, troviamo affiancate a quelle appena viste, tutte le ipotesi giustificatrici di assenze legate a motivi familiari, parentali e di tutela della salute²⁸.

Per non riproporre involontariamente la separazione tra quelle che sono state definite, riduttivamente, "misure della prestazione di lavoro" (pause, riposi, ferie) e le altre forme di assenza della prestazione di lavoro, nel corso della ricerca si darà conto dell'intreccio tra queste figure, in un modo diverso, mettendo l'accento sulla loro origine storica. Questa scelta pare il grado di concorrere ad evidenziare l'illogicità di ogni separazione.

L'istituto feriale nasce, ad esempio, come *razionalizzazione* dei permessi individuali, che molte aziende concedevano ai lavoratori, in occasioni di decessi, matrimoni, nascite, malattie.

Il regolamento di fabbrica della Manifattura Ginori di Firenze, nel 1880, recitava: "Non si concedono permessi di assenza fissi ed ordinari (*agli impiegati*), tuttavia sarà in facoltà del direttore generale di accordare per giustificati motivi di riposo, di salute o di famiglia qualche permesso di assenza. La durata non potrà essere superiore a 10 giorni" (Marchetti 1995, p. 102).

E' a partire dagli anni Venti che cominciano ad essere previsti esplicitamente congedi ordinari e 'acausali' e, per esigenze di razionalizzazione della produzione, ad essere concentrati in un unico periodo all'anno (Marchetti 1995, p. 103).

Anche se un approfondimento storico può fornire un supporto notevole alla lettura unificata delle ipotesi di assenza della prestazione lavorativa, sono soprattutto le assenze dell'*ultima generazione*, quelle cioè che si è approfondito nella prima parte della ricerca, quelle maggiormente in grado di stravolgere, anche se per motivi diversi, ogni tradizionale impostazione.

L'approccio unilaterale privilegiato, consapevolmente o meno nelle ricostruzioni dottrinali, ha determinato una serie di conseguenze di rilevante entità di cui si cercherà di dare immediatamente conto.

²⁷ Ed, ancor prima, dalla legge n. 1825 del 1924 sull'impiego privato (art. 6, in particolare).

²⁸ Sul tema della ferie: Ichino, Rucci 1991a; Sandulli 1989.

Produce innanzitutto alcuni riflessi ben visibili nell'idea di utilità della prestazione che certe posizioni dottrinali tendono ad accreditare o, meglio, nella cesura tra quest'ultima e la nozione di corrispettivo (Zoppoli 1991; De Luca Tamajo 1987).

Senza ripercorrerli tutti, alcuni dei passaggi del ragionamento di Zoppoli vanno riportati al fine di isolare, da un complesso più ampio di argomentazioni, la presunzione che vi si colloca alla base e che cercheremo di confutare.

Egli scrive che gli orientamenti più recenti della dottrina lavorista in tema di corrispettività, riconducibili cioè alla concezione derogatoria e neoclassica, non si occupano di un aspetto fondamentale, quello che Mazzotta chiama "l'altra metà del cielo", che rimane oscuro (Mazzotta 1988, c. 2158): "cosa è corrispettivo di che cosa?" (Zoppoli 1991, p. 175).

"A questa domanda in un orientamento di pensiero si risponde: tutto quanto è dovuto dal datore di lavoro in virtù del rapporto è 'corrispettivo', a prescindere dal fatto che sia destinato a compensare l'utilità tratta dal contratto". Nell'altro (che si riconosce vada più a fondo nella questione) si risponde che "al datore di lavoro che vuole procurarsi utilità mediante lavoro subordinato è imposto di utilizzare un contratto in virtù del quale deve corrispondere all'altra parte un corrispettivo che compensa sia il tempo di lavoro - che per lui è utile - sia il tempo di non lavoro - che utile non è" (Zoppoli 1991, p. 176).

E' proprio questo l'aspetto che viene dato per scontato: che il *tempo di non lavoro* non possa essere in alcun modo utile al datore di lavoro, senza pensare che in certe ipotesi invece lo può essere ed anche in maniera rilevante.

Rovesciando questo tradizionale assioma (tra breve cercheremo di individuare alcune ipotesi che lo consentono) si confuta in particolare una critica effettuata contro i sostenitori della "concezione allargata", non della corrispettività (come scrive Mazzotta 1988, c. 2158), ma dell'oggetto della prestazione, creando in questo modo una sorta di supporto esterno a tali teorie che, invece di neoclassiche, possono definirsi, come si è già più volte fatto della "valorizzazione del momento genetico".

Non può negarsi che nel momento in cui si sostiene che anche la mancanza della prestazione di lavoro in senso stretto può essere utile al datore di lavoro, la stessa inidoneità a fondare una spiegazione giuridica adeguata del "richiamo piuttosto formalistico al contratto come atto di autonomia negoziale" assume un minore spessore (Zoppoli 1991, p. 177)²⁹. Zoppoli, in particolare, scrive: il "significato principale delle riflessioni dei lavoristi sulla corrispettività non sta tanto - come di primo acchito potrebbe pensarsi - nella dilatazione dell'oggetto della prestazione lavorativa,

fino a ricomprensivi i periodi di non lavoro (operazione teorica che pure pare un passaggio indispensabile, specialmente nell'orientamento neoclassico); bensì nel fatto che si sottopone ad eccessive 'torsioni' logiche la nozione di corrispettivo. Essa viene completamente slegata dal nesso con l'utilità che la parte onerata si procura addossandosi l'onere relativo, in virtù della pervasività riconosciuta alla tutela degli interessi fondamentali di uno dei contraenti - il lavoratore - riguardanti essenzialmente la sua posizione sociale" (Zoppoli 1991, p. 179)³⁰. Di estremo interesse ai fini della ricerca che si progetta è la questione di come incide la messa in discussione dell'unilateralità su di un tale assetto. A prima vista, e con riguardo alle teorie sulla polifunzionalità della retribuzione sostenute da Zoppoli, può comportare o semplice ridimensionamento della funzione corrispettiva della retribuzione (che quindi rimane separata, pur se ridotta, da quella avente funzione "sociale"); oppure, in maniera più dirompente, può arrivare a mettere in dubbio la stessa bipartizione dato che questa dipende da una netta cesura tra obbligazione corrispettiva in senso stretto (nel senso cioè che natura, funzione e disciplina risentono essenzialmente della valutazione degli *interessi* e delle *utilità* propri di ciascun contratto individuale) e obbligazione sociale (comprendente la retribuzione sufficiente e i trattamenti corrisposti pure in assenza della prestazione di lavoro e senza un legame giuridicamente rilevante con essa). E' lo stesso autore che del resto prospetta l'esistenza di "un argomento di natura sostanziale" in grado di smussare la rigidità dell'impostazione, solo che lo riduce ad "un interesse datoriale 'illuminato'" che potrebbe essere indirettamente tutelato e che rappresenterebbe quel compenso previsto per quelle "ipotesi in cui non non c'è prestazione" (Zoppoli 1991, p. 178). Così prospettata, la questione dell'interesse datoriale perde buona parte della sua incisività, che può però essere riacquistata se si pone mente a tutte le diverse ipotesi di assenza della prestazione lavorativa in senso stretto per finalità di formazione professionale³¹.

E' proprio questo approccio all'insegna dell'unilateralità che oggi può, in certa misura, mettersi in dubbio ed è proprio questo approccio unilaterale la ragione e contemporaneamente il risultato di quel 'disagio' dei lavoristi a fronte "dell'accentuazione (...) della componente 'personalistica' nella più penetrante tutela dei lavoratori realizzata dalla legislazione e dalla contrattazione collettiva" (Zoppoli 1991, p. 142)³².

²⁹ Anche un altro punto di vista può venire in rilievo, comunque idoneo a confutare le accuse di preteso 'svuotamento' dell'atto di autonomia negoziale. Il contrappeso fornito da Ichino è, infatti, una rivalutazione profonda dell'autonomia individuale alla quale attribuisce un ruolo di indubbia centralità (Ichino 1984 e 1985a). V. al riguardo le recenti osservazioni di Zoli 1997.

³⁰ Non è che Zoppoli rifiuti le conclusioni raggiunte dagli altri lavoristi con riguardo alla 'valorizzazione del momento genetico'; rifiuta la qualifica di corrispettivo retributivo attribuita alla totalità dell'obbligazione principale del datore di lavoro. Quindi quando asserisce che si utilizza in maniera poco convincente il momento contrattuale, non vuole con ciò negare tale utilizzazione, propone di far discendere una diversa qualificazione della retribuzione, che diventa divisa, a grandi linee, in due parti: quella corrispettiva e quella sociale (Zoppoli 1988, 1991, 1994).

³¹ Il nucleo propositivo qualificante della tesi di Zoppoli è rintracciabile in Zoppoli 1988, 1991 e 1994.

³² Su questo assetto come incide la messa in discussione dell'unilateralità? A prima vista, e con riguardo alle teorie sulla polifunzionalità della retribuzione sostenute da Zoppoli, può comportare o semplice ridimensionamento della funzione corrispettiva della retribuzione (che quindi rimane separata, pur se ridotta, da quella avente funzione "sociale"); oppure, in maniera più dirompente, può arrivare a mettere in dubbio la stessa

In quest'ottica risulta evidente che non è per puro caso che proprio Ballestrero, cercando di fornire una lettura giuridica dell'istituto della cassa integrazione guadagni affermi che "la nozione di corresponsività ha qualcosa, ma non tutto a che fare, con la tutela della personalità del lavoratore" (Ballestrero 1985, p. 396).

Una simile affermazione è conseguenza diretta del coinvolgimento nell'analisi giuridica di un istituto, qual è quello della cassa integrazione guadagni, che ha una riconosciuta "vocazione plurifunzionale" in quanto diretto a tutelare la stessa posizione del datore di lavoro sul mercato³³.

Ed è sempre ponendosi nella stessa ottica che si comprende perché Santucci cerchi di salvaguardare la ricostruzione di una fattispecie unitaria di sospensione del rapporto di lavoro escludendo completamente le "logiche del tutto peculiari" legate all'inquadramento della cassa integrazione: quest'istituto è idoneo, anche se solo in parte, a mettere in crisi l'unilateralità degli interessi cui è riconducibile e che giustifica tradizionalmente l'assenza della prestazione lavorativa (Santucci 1989, p. 53, ma altresì Santucci 1992)³⁴.

Egli distingue chiaramente la tipologia delle ipotesi sospensive a seconda che le cause siano riferibili all'interesse del datore di lavoro o del lavoratore e valuta come "vana" ogni loro considerazione unitaria.

La prima domanda che sorge spontanea è quella se oggi è ancora necessaria o addirittura *possibile* una simile bipartizione. Innanzitutto essa porta ad escludere aprioristicamente ogni approfondimento della "mera sospensione dal lavoro" e della "sottile distinzione" tra quest'ultima figura e la sospensione del 'rapporto' (Ballestrero 1985, p. 119 e p. 373), sulla quale ci si soffermerà nel corso della ricerca, dedicandovi un adeguato spazio.

bipartizione dato che questa dipende da una netta cesura tra obbligazione corrispettiva in senso stretto (nel senso cioè che natura, funzione e disciplina risentono essenzialmente della valutazione degli *interessi* e delle *utilità* propri di ciascun contratto individuale) e obbligazione sociale (comprendente la retribuzione sufficiente e i trattamenti corrisposti pure in assenza della prestazione di lavoro e senza un legame giuridicamente rilevante con essa). E' lo stesso autore che del resto prospetta l'esistenza di "un argomento di natura sostanziale" in grado di smussare la rigidità dell'impostazione, solo che lo riduce ad "un interesse datoriale 'illuminato'" che potrebbe essere indirettamente tutelato e che rappresenterebbe quel compenso previsto per quelle "ipotesi in cui non c'è prestazione" (Zoppoli 1991, p. 178). Così prospettata, la questione dell'interesse datoriale perde buona parte della sua incisività, che può però essere riacquisita se si pone mente a tutte le diverse ipotesi di assenza della prestazione lavorativa in senso stretto per finalità di formazione professionale. Il nucleo propositivo qualificante della tesi di Zoppoli è rintracciabile in Zoppoli 1988, 1991 e 1994.

³³ Di "vocazione plurifunzionale" parla la sentenza Cass., sez. II, 26 ottobre 1961, n. 2408, in *MGC*, che individuò un duplice scopo dell'integrazione salariale: "da un lato, infatti, si intende (...) evitare agli operai il danno economico che loro deriverebbe dalla riduzione di salario conseguente alla riduzione dell'orario di lavoro o, peggio, alla sospensione di ogni attività lavorativa, e, dall'altro, si vuole tutelare l'attività industriale, in quanto al datore di lavoro è data la possibilità di evitare, in periodi di temporanea flessione e sospensione di lavoro, il licenziamento di maestranze specializzate, il cui recupero potrebbe essere poi difficile, con pari danno alla produzione". Tale sentenza è riportata in Renga 1997, p. 27, che aggiunge al testo una serie di considerazioni di notevole importanza. Innanzitutto che tale plurifunzionalità è stata più volte ribadita anche dalla giurisprudenza successiva dando luogo "in diversi casi a giudicati contrastanti, a seconda che venisse privilegiata la funzione di sostegno all'impresa o quella di tutela dei lavoratori". A ciò l'autrice aggiunge che in un simile "contesto diventa estremamente arduo attribuire alla Cassa una funzione specifica; parimenti problematico risulta l'inquadramento unitario della materia" (Renga 1997, p. 27).

³⁴ Egli scrive in particolare che ai "fini della ricostruzione della fattispecie unitaria (...) si possono escludere dalla trattazione le cause di sospensione dovute a fatto del datore di lavoro le quali o confluiscono nella problematica della sospensione 'consensuale' (o 'negoziale') oppure danno vita ad una disciplina speciale nella quale il contemperamento dei contrapposti interessi - dell'impresa, dei lavoratori, dei pubblici poteri - avviene secondo logiche del tutto peculiari. Vano pertanto sarebbe il tentativo di ricomprendere nell'istituto della sospensione anche siffatte ipotesi" (Santucci 1989, p. 53). La rassegna dottrinale e giurisprudenziale in tema di sospensione del rapporto di lavoro compilata dallo stesso autore nel 1992 si occupa delle seguenti ipotesi: malattia ed infortunio del lavoratore, la maternità e le ragioni di famiglia, la chiamata e il richiamo alle armi, l'aspettativa per funzioni pubbliche elettive e per cariche sindacali, i permessi sindacali e i permessi per motivi di studio (Santucci 1992).

In secondo luogo, così facendo, Santucci finisce per non adempiere l'impegno preso nella premessa del saggio (1989, p. 45) di non lasciarsi influenzare dalla disciplina specifica delle cause tipiche di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa (artt. 2110-2111 c.c.), "che rappresentano il nucleo originario dell'istituto".

Anche per questa diversa via intrapresa, si arriva inevitabilmente ad affrontare il medesimo nodo concettuale: quello delle distinzioni tra sospensioni del rapporto ed interruzioni o pause della prestazione.

III° parte

Tempo contrattuale di non lavoro ovvero il "tempo equiparato".

In via di prima approssimazione sembrano emerse alcune questioni rilevanti per l'enucleazione di un concetto giuridico-unitario di "tempo di non lavoro". In questa prima parte della ricerca si sono rivelati due diversi piani di indagine, riconducibili a problemi *latu sensu* di struttura e di funzione.

La "funzione viene in evidenza solo attraverso un giudizio di sintesi, grazie al quale, da un complesso significativo di proiezioni coerenti, si deduce un obiettivo normativo di fondo, che è valutabile come caratteristico della materia, o di un settore della materia" (Pedrazzoli 1996, p. 7 e 8).

Il tempo di non lavoro era, genericamente e riduttivamente, inteso come finalizzato al solo recupero delle energie e su questo dato parte della dottrina (Cinelli 1984 e, per certi aspetti, Branca 1971) distingueva i tempi di non lavoro come 'misura della prestazione' dalle ipotesi di sospensione o dai permessi, l'unico versante in grado di arricchire di funzioni diverse il contratto nel quale erano inserite³⁵. Il riconoscimento anche alle mere interruzioni del lavoro di finalità diverse e riconducibili allo sviluppo della personalità umana, non poteva che mettere in crisi tale separazione dalle fondamenta (Ichino 1984). Effetti simili ha prodotto, dal lato apposto, lo stesso riconoscimento di una polifunzionalità alle sospensioni dal rapporto di lavoro (Santucci 1989), passate dalla sola "funzione di conservazione del posto di lavoro nelle vicende 'rischiose della vita del lavoratore (malattia, infortunio, servizio militare, gravidanza)" a quella funzione di carattere più comprensivo di "rendere possibile la piena estrinsecazione della personalità del lavoratore attraverso l'esercizio di una serie di diritti che non solo non 'producono' danno al datore ma non possono neppure considerarsi inadempimenti contrattuali" (Santucci 1989, p. 49)³⁶.

³⁵ Il medesimo ordine di problemi è stato proiettato nella dimensione comunitaria dalla dir. 93/104 che, approvata in base all'art. 118A, si è vista annullare la regola del riposo domenicale proprio in ragione della sua 'limitata' base giuridica. Non si spiega perché "la domenica, come giorno di riposo settimanale, presenterebbe un nesso più importante con la salute e la sicurezza dei lavoratori rispetto ad un altro giorno della settimana" (punto 37, sentenza 12 novembre 1996 della Corte di Giustizia delle Comunità europee). Sul punto specifico si tornerà nel quarto capitolo, paragrafo n. 1.

³⁶ Il confronto tra la teoria di Ichino e quella di Santucci è stato effettuato nel secondo paragrafo.

Sulla precarietà di simili distinzioni ci si è già soffermati anche troppo a lungo nei paragrafi precedenti. L'unica certezza ottenibile è quella che possiamo qualificare "negativa": non si può attribuire valore definitorio a funzioni che si moltiplicano, senza eliminarsi a vicenda, che si sovrappongono, diventando addirittura bidirezionali. La rassegna che si è cercato di rendere il più possibile completa dimostra che all'originario recupero delle sole energie fisiche si è aggiunta anche la tutela della personalità morale e sociale del lavoratore arrivando addirittura a comprendere oggi istanze di solidarietà sociale e bilaterali esigenze di 'formazione professionale continua', queste ultime fondamentali alla sopravvivenza di entrambe le parti del rapporto di lavoro in un mondo produttivo in mutazione continua.

Appare chiaro, a questo punto, come non si possa accettare la definizione proposta da Branca di tempo di non lavoro. Egli scrive: queste ipotesi (ferie, permessi sindacali, riposi, ...) "configurano predeterminati periodi della prestazione di lavoro, destinati ad un fine diverso dalla esecuzione della prestazione stessa, ma *funzionalmente connessi alla esecuzione del contratto*" (Branca 1971, p. 69, corsivo nostro). L'esecuzione "perciò, non subisce alterazioni ed il rapporto di lavoro non rimane inoperoso, né risente di modifiche che non siano soltanto temporanee, il che è proprio anche della sospensione, ma non predeterminate nel contratto. Cosicché nessuna modificazione, neppure momentanea, subisce l'originario contenuto del contratto poiché si resta nelle modalità, legalmente o negozialmente determinate, della esecuzione dello stesso" (Branca 1971, p. 69). Le "pause fisiologiche", i riposi, le ferie e i permessi a queste assimilabili (come i permessi per i componenti gli uffici elettorali), sono considerate dal diritto positivo "come limitazioni alla durata della prestazione che il lavoratore deve eseguire il cui peso è sopportato dal datore di lavoro". Attraverso tali misure del tempo di lavoro si realizza l'adempimento dell'obbligazione, anche se non sono misure destinate dall'ordinamento "all'esecuzione della prestazione, ma alla realizzazione di altri interessi meritevoli di tutela, come quello del riposo o dell'adempimento di una funzione che richiede un adeguato apprezzamento (pubblico, sindacale) o all'addestramento del soggetto (com'è nel caso del tempo riservato all'insegnamento nel contratto di tirocinio). In tal senso è garantita la destinazione del tempo corrispondente alla prestazione nel periodo di ferie (e ugualmente può affermarsi per i riposi aventi eguale natura), mediante la indisponibilità del relativo diritto" (Branca 1971, p. 65, 66 e 67).

Tutto ciò è, per l'autore, "funzionalmente connesso alla esecuzione del contratto" e tutto ciò non può non apparire come un'ulteriore dimostrazione dell'aleatorietà di qualunque differenziazione fondantesi sulla *funzione*³⁷. E' piuttosto dal preteso o meno riconoscimento dell'inserimento

³⁷ Finché il tempo di non lavoro sarà gestito in funzione del tempo di lavoro, non potrà parlarsi di tempo "effettivamente liberato" (Ghezzi, Romagnoli 1995, p. 201).

strutturale del tempo di non lavoro *nel contratto* che possono fondarsi le separazioni meno incerte ed è sulla *struttura* quindi che convergono le ostilità maggiori e si confrontano altresì le obiezioni più radicate. Innanzitutto per gli effetti rilevanti prodotti dal punto di vista economico (anche se come si è fatto notare alle fine del secondo paragrafo, dal riconoscimento della strutturazione nel rapporto non sempre derivano effetti riflessi favorevoli per il lavoratore), cui vanno aggiunti i vari riconoscimenti ed equiparazioni a lavoro effettivo dei periodi di assenza della prestazione in senso stretto, ai fini della maturazione dell'anzianità di lavoro.

Il modo più esatto di inquadrare giuridicamente questo problema enorme, pare essere quello di ricondurlo in una sede (giuridica) capace di contenerlo, l'unica in considerazione della sua mole: l'uguaglianza sostanziale.

Il riconoscimento strutturale del tempo di non lavoro nel contratto attraverso una modifica della concezione tradizionale di prestazione di lavoro, determina, per Cinelli, una semplice "maggior soddisfazione" di determinate esigenze (Cinelli 1984, p. 216). In un'ottica diversa questa maggior soddisfazione diviene "garanzia di effettività"; "senza la garanzia di mezzi economici adeguati (...) il diritto alla salute (*ma ciò vale anche per il diritto allo studio, alla solidarietà sociale, alla formazione professionale,...*), si svuoterebbe di significato" tanto da creare "di fatto una disparità di trattamento tra i lavoratori che possono permettersi di curarsi (*studiare, formarsi e quindi ricollocarsi, aiutare chi ne ha bisogno, ...*) e quelli che non hanno mezzi per farlo" (De Simone 1989, p. 172, ad eccezione del contenuto delle parentesi). Ciò contrasta con l'art. 3, secondo comma della Costituzione, con il principio di uguaglianza in esso affermato che si persegue aprendo diversi spazi di libertà positiva nel rapporto di lavoro (Romagnoli 1973; De Simone 1989)³⁸.

Questo è uno degli approcci possibili³⁹ a quella proposta di un "nuovo progetto di diritto del lavoro che, a partire dall'uguaglianza sostanziale che il diritto del lavoro ha storicamente costruito (attraverso la garanzia dell'integrità fisica e della sicurezza economica minimale), tuteli 'l'integrità personale e sociale' con l'ausilio di regole che, da un lato, evitino processi di colonizzazione e, dall'altro, perseguano una progressiva trasformazione dei processi lavorativi che tenga conto delle aspettative e delle scelte individuali" (cit. Magnani 1994, p. 48, che riprende Simitis 1990).

In via di prima approssimazione, visto lo stadio non ancora avanzato della ricerca, si può proporre di qualificare il tempo di non lavoro come tempo "strutturato" nel contratto, ma "funzionalmente" orientato anche ad altri e diversi interessi. Il dato qualificante ed unificante dell'assenza della prestazione di lavoro in senso stretto accompagnato da una parallela equiparazione a tempo di

³⁸ E' proprio Romagnoli che richiama nell'alveo dell'uguaglianza sostanziale l'allora novello istituto delle 150 ore (Romagnoli 1973, p. 183).

³⁹ Un approccio che coinvolge l'oggetto del diritto e non le tecniche di tutela, a differenza di quello prescelto da Magnani 1994; Simitis 1990.

lavoro effettivo (ai fini economici o di maturazione dell'anzianità di lavoro), induce a considerarlo come "tempo equiparato": un tempo di lavoro *formale*, che ha perso cioè l'attività.

La terza parte della ricerca, come si è cercato di evidenziare nella presentazione iniziale, ha quindi una finalità propositiva, almeno laddove tenterà di dare forma ad un'intuizione: quella che vede un'impalcatura teorica unitaria di "tempo di non lavoro", dai caratteri ancora da individuare, contenere sia le molteplici forme di "assenze" del lavoratore sia la modulazione dell'orario di lavoro, la massiccia progettazione contrattuale delle c.d. "banche del tempo", l'articolazione e la flessibilizzazione del tempo di lavoro. Questa convergenza teorica potrebbe avvenire all'insegna della valorizzazione del principio contenuto nell'art. 13 direttiva n. 93/104/CE dell'adeguamento del lavoro all'essere umano.