

risarcibilità del danno, per inadempimento contrattuale, nel caso di reperibilità eccedente il limite massimo previsto dal contratto collettivo, a prescindere dal fatto che la reperibilità si sia concretizzata o meno in lavoro effettivo⁴³.

In conclusione, sebbene continui ad essere auspicabile un intervento normativo che regolamenti in maniera più puntuale l'istituto della reperibilità, tenendo adeguato conto delle istanze di tutela del lavoratore sottese alla materia dei riposi, alla luce dell'attuale dato normativo e contrattuale non pare esserci soluzione diversa da quella fornita dalla giurisprudenza maggioritaria, alla quale si uniforma la sentenza annotata, benché non siano mancate proposte tese a pervenire ad esiti interpretativi in grado di proteggere in maniera più adeguata il tempo libero del lavoratore reperibile⁴⁴.

ALESSANDRO LIMA

SICUREZZA E AUTOTUTELA INDIVIDUALE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE LAVORO, 22 marzo 2013, n. 7318 — MIANI CANEVARI *Presidente* — BALISTRIERI *Relatore* — MATERA P.M. (conf.) — C.F., L.G. (avv.ti Bruno, Braschi, Manini) - Trenitalia s.p.a. (avv. Corbo).

Trasporto ferroviario — Mancanza della cassetta di primo soccorso — Rifiuto della prestazione — Illegittimità — Autotutela individuale del lavoratore — Art. 1460 c.c. — Limiti convenzionali — Irrilevanza dell'illiceità penale della condotta datoriale consistente nell'omissione delle misure di sicurezza — Non configurabilità di una fattispecie di reato per il lavoratore che esegua comunque la prestazione (C.c. art. 1460).

Trasporto ferroviario — Art. 5, lett. c), D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303 — Obbligo di segnalazione in capo al lavoratore — Punibilità del solo datore di lavoro (D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303, art. 5, lett. c).

La prevista punibilità del datore di lavoro per la mancata osservanza delle disposizioni in materia del presidio di pronto soccorso non rende penalmente illecita la conduzione del treno da parte dei lavoratori, non configurandosi pertanto nella specie l'ipotesi di legittimo rifiuto di adempiere ad un ordine illegittimo configurante reato per colui che lo esegue di cui all'art. 94, lett. g), c.c.n.l. (1).

Sussiste in capo al lavoratore un obbligo di segnalare al datore di lavoro, al dirigente o ai preposti le deficienze

dei dispositivi e dei mezzi di protezione predisposti o forniti dal datore di lavoro, ai sensi del D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303, art. 5, lett. c), (che deve essere sempre osservato dai lavoratori, anche quando essi abbiano la certezza che le menzionate deficienze siano già note ai suddetti soggetti) risolvendosi l'omessa segnalazione in una colpevole inerzia, la quale — pur non interrompendo il nesso di causalità tra il comportamento omissivo dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti e gli eventi dannosi subiti dai lavoratori — può concretarsi in un concorso di questi ultimi nella produzione dei medesimi eventi (2).



Omissis. — *Motivi:* 1. Con il primo motivo i ricorrenti denunciano una contraddittoria, insufficiente ed omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, nonché violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, del D.P.R. n. 303 del 1956, artt. 1 e 27; del D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 15 e del D.M. n. 388 del 2003, art. 2, per avere erroneamente ritenuto, a fronte dell'obbligazione facente carico alle Ferrovie dello Stato (ora Trenitalia s.p.a.), di predisposizione all'interno del locomotore, quale sede di lavoro del personale di macchina, di presidi sanitari, di ammettere la predetta società a dotazione sanitaria alternative a quelle legislativamente previste.

Lamentano che in materia di presidi sanitari sul posto di lavoro a tutela dei lavoratori, la disciplina speciale, di cui al D.P.R. n. 303 del 1956, rubricata "Norme generali per l'igiene del lavoro", riguardante l'igiene e la sicurezza sul luogo di lavoro, aveva introdotto — in apposito Cap. 3[^]), intitolato "servizi sanitari" — la speciale normativa da osservare in materia di pronto soccorso aziendale.

Evidenziano che in tutti i casi di non ottemperanza a tali disposizioni, il datore di lavoro inadempiente è punito con l'arresto o con l'ammenda. Il motivo prosegue con l'indicazione delle successive norme di legge (L. n. 626/1994) e regolamentari (circolari aziendali), disciplinanti la materia, da cui emergeva che la società non poteva nella specie imporre agli odierni ricorrenti di avviare il treno sulla tratta. — *Omissis.*

2. Con il secondo motivo i ricorrenti denunciano omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, nonché la violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, del D.P.R. n. 303 del 1956, artt. 1 e 27; del D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 15 e del D.M. n. 388 del 2003, art. 2; artt. 112 e 116 c.p.c., ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per avere la Corte di merito erroneamente ritenuto, in difetto di prova sul punto, la sussistenza di presidi sanitari alternativi a quelli in dotazione del capotreno, ovvero la sussistenza dei detti presidi in dotazione nelle stazioni di fermata dei treni lungo le tratte assegnate ai lavoratori sanzionati.

3. Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto

sentenza in commento, già Cass. civ., 28 giugno 2011, n. 14301, cit.

⁴³ V. Trib. Milano, 1° aprile 2009, in *Riv. critica dir. lavoro*, 2009, 767.

⁴⁴ Cfr. FERRARESI, *Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro*, cit., 123-124, che, legando il riposo compensativo all'art. 36, comma 3, Cost., ipotizza che «la durata del riposo compensativo possa essere proporzionata a quella del periodo di reperibilità», senza «escludere in toto la reperibilità dal computo delle ore di riposo». Lo stesso A. ritiene che «l'idea di una regolazione

giuridica del *tertium genus* è funzionale ad un più giusto riconoscimento del complessivo carico di lavoro dei prestatori. Ma anche da parte datoriale sussiste, entro certi limiti, un preciso interesse alla dilatazione e al riconoscimento del *tertium genus*, strumentale però all'espansione del tempo della subordinazione a costi piuttosto convenienti»: *Id.*, *op. ult. cit.*, 99. V. anche, sempre nell'ottica di un possibile «riproporzionamento che tenga conto del sacrificio del tempo di non lavoro patito dal lavoratore durante il periodo in cui può essere richiamato al lavoro» C. ALESSI, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, cit., 10.

decisivo della controversia, ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, nonché la violazione e falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, degli artt. 1362 e segg. c.c., in relazione all'art. 94 del c.c.n.l. 1996-1998, nonché del D.P.R. n. 303 del 1956 e del D.Lgs. n. 626 del 1994, per avere la Corte d'appello erroneamente ritenuto legittime le sanzioni disciplinari inflitte ai lavoratori, in quanto la partenza del convoglio in assenza del presidio sanitario non avrebbe, secondo i giudici di appello, costituito condotta penalmente illecita.

4. I motivi, che per la loro connessione possono essere congiuntamente esaminati, sono infondati.

È infatti pacifico tra le parti che, ai sensi dell'art. 94 del c.c.n.l. di categoria, il dipendente non possa esimersi dal rispettare l'ordine scritto impartitogli dall'azienda, a meno che esso non configuri un reato. A prescindere pertanto dall'interpretazione delle norme citate in materia di presidi sanitari sul luogo di lavoro, e nel comparto ferroviario in particolare, è sufficiente rilevare che i dipendenti si rifiutarono di eseguire l'ordine scritto, senza che questo configurasse da parte dei dipendenti alcun reato. Ed invero quest'ultimo poteva configurarsi solo in capo del datore di lavoro o dei dirigenti preposti, come previsto dal D.P.R. n. 303 del 1956, art. 58, e non già del dipendente.

Ed invero la prevista punibilità del datore di lavoro per la mancata osservanza delle disposizioni in materia del presidio di pronto soccorso, non rende penalmente illecita la conduzione del treno da parte dei lavoratori, non configurandosi pertanto nella specie l'ipotesi di legittimo rifiuto di adempiere ad un ordine illegittimo configurante reato per colui che lo esegue di cui all'art. 94, lett. g) del c.c.n.l. (come esposto dagli stessi ricorrenti a pag. 31 del ricorso).

Deve semmai notarsi che questa Corte ha in materia affermato che vi è un obbligo del lavoratore di segnalare al datore di lavoro, al dirigente o ai preposti le deficienze dei dispositivi e dei mezzi di protezione predisposti o forniti dal datore di lavoro, ai sensi del D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303, art. 5, lett. c), che deve essere sempre osservato dai lavoratori, anche quando essi abbiano la certezza che le menzionate deficienze siano già note ai suddetti soggetti, risolvendosi l'omessa segnalazione in una colpevole inerzia, la quale — pur non interrompendo il nesso di causalità tra il comportamento omissivo dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti e gli eventi dannosi subiti dai lavoratori — può concretarsi in un concorso di questi ultimi nella produzione dei medesimi eventi (Cass. n. 4493 del 21/04/1995).

Nella specie tale obbligo di segnalazione è risultato ampiamente adempiuto dai ricorrenti, tanto da rifiutarsi infine di far partire il treno, sicché, anche sotto tale profilo, la censura risulta infondata.

5. Il ricorso deve pertanto rigettarsi. — *Omissis*.

(1-2) Limiti convenzionali all'autotutela del lavoratore e misure di sicurezza nel trasporto ferroviario

1. Con la sentenza in epigrafe la suprema Corte

torna ad affrontare la questione della legittimità del rifiuto della prestazione da parte del lavoratore a fronte della mancata predisposizione di talune misure di sicurezza da parte del datore. La controversia scaturisce dall'impugnazione delle sanzioni disciplinari (sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per sette giorni) inflitte a due dipendenti di una società di trasporto ferroviario, in ragione del comportamento tenuto in servizio, consistito nel rifiuto di dare avvio alla corsa di un treno a causa della mancanza sul convoglio della cassetta di primo soccorso.

2. La vicenda si inquadra nell'ambito della c.d. *exceptio inadimpleti contractus* quale forma tipica di esercizio dell'autotutela conservativa nel rapporto di lavoro.

Va, preliminarmente, osservato che non sembra versarsi in un'ipotesi di sciopero¹ (pur essendo coinvolti due lavoratori). L'astensione è stata infatti esercitata da quei soggetti rispetto ai quali assumeva specifico rilievo giuridico l'inadempimento datoriale all'obbligo di sicurezza (i macchinisti), mentre lo sciopero appare configurabile quando «il problema della salute [...] venga sollevato da una collettività indeterminata di lavoratori, attraverso l'astensione dal lavoro, indipendentemente dalla sussistenza di uno specifico interesse individuale dei partecipanti a questa forma di azione»². A ciò deve aggiungersi che — trattandosi peraltro di trasporto ferroviario — l'eventuale sciopero avrebbe dovuto aver luogo nella piena osservanza della disciplina dettata dalla legge n. 146/1990, con riguardo, in particolare, all'erogazione delle prestazioni indispensabili previste dal contratto collettivo e all'obbligo di preavviso.

3. Premesso, dunque, che si verte in un caso di autotutela conservativa, ne vanno chiariti i presupposti di legittimità. L'art. 1460, comma 1, c.c. stabilisce che nei contratti a prestazioni corrispettive «ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto». Al comma 2, la disposizione ora richiamata pone, come limite al rifiuto dell'esecuzione della prestazione, la sua contrarietà alla buona fede.

La tutela in esame, attenendo al momento funzionale di ogni contratto a prestazioni corrispettive, trae fondamento dal nesso di interdipendenza che lega tra loro le opposte prestazioni e che si riflette nell'esigenza di simultaneità nell'adempimento delle reciproche obbligazioni legate dal rapporto sinallagmatico³.

¹ Sulla distinzione fra sciopero e eccezione di inadempimento anche con riferimento agli ordinamenti stranieri, con particolare riguardo al settore degli scioperi nei servizi essenziali, cfr. FERRANTE, *Sciopero e eccezione di inadempimento nella disciplina dei servizi pubblici essenziali*, in *Jus*, 2009, 121 e segg. L'autore osserva che la nostra giurisprudenza (v. in particolare Cass. civ., Sez. lav., 9 novembre 1981, n. 5904, in *Foro It.*, 1982, I, 2919) tende a una parificazione sul piano degli effetti fra le due

ipotesi; ciò ha determinato il venir meno dell'interesse alla distinzione.

² EVANGELISTA, *Procedimenti e mezzi di tutela della salute in azienda*, Milano, 1984, 40.

³ Per una ricostruzione dell'eccezione di inadempimento nel sistema del diritto privato cfr. Sull'autotutela nel diritto privato cfr. BIANCA, voce "Autotutela", in *Enc. Dir.*, agg., IV, Milano, 2000, 130 e segg.; BIGLIAZZI GERI, voce "Autotutela (diritto civile)", in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1988, 1 e segg.;

È così che anche il lavoratore, dinanzi a un inadempimento della controparte, attesa la natura contrattuale del vincolo cui è astretto al datore di lavoro, legittimamente può rifiutarsi di adempiere la propria prestazione⁴.

Il rifiuto della prestazione lavorativa, nel caso di eccezione di inadempimento, ha quale conseguenza la perdita del diritto alle retribuzioni, sebbene, trattandosi di impossibilità sopravvenuta imputabile al datore di lavoro, il prestatore non sia considerato dalla legge inadempiente e, pertanto, abbia diritto di essere tenuto indenne dalle conseguenze dell'inadempimento della controparte. Il datore di lavoro, infatti, di fronte ad una legittima *exceptio inadempleti contractus*, sarà tenuto a risarcire il danno⁵, che deve essere commisurato alle retribuzioni perdute dal lavoratore per il mancato svolgimento della prestazione, detratti eventualmente altri guadagni conseguiti *medio tempore* (*aliunde perceptum*) attraverso lo svolgimento di un'altra attività nel tempo che egli avrebbe dedicato all'adempimento della prestazione lavorativa.

Il contratto di lavoro è stato, in tal senso, uno dei terreni privilegiati per l'applicazione dell'art. 1460 c.c. e ciò, in particolare, nell'ipotesi di esercizio illegittimo dello *jus variandi* e di mancato pagamento delle retribuzioni. Ciò significa che il lavoratore, qualora venga

assegnato a mansioni inferiori o non percepisca il trattamento economico, potrà legittimamente rifiutare la prestazione lavorativa, purché la reazione risulti proporzionata e conforme a buona fede. L'*exceptio* può essere opposta non soltanto in relazione agli obblighi principali dedotti nel sinallagma contrattuale, ma anche con riguardo ad obbligazioni accessorie, ivi compresi gli obblighi di protezione.

Il lavoratore potrà così rifiutarsi in autotutela di rendere la prestazione nel caso di inadempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligazione posta a suo carico dall'art. 2087 c.c.⁶, ossia quella di adozione di tutte le misure idonee, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, a preservare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore⁷. Non pare infatti sostenibile il ricorso all'art. 1460 c.c. nel solo caso di violazione dell'obbligo principale, in quanto l'obbligo di sicurezza si colloca pienamente all'interno del sinallagma contrattuale, il quale comprende sia obblighi principali, che accessori⁸, sicché è persino discutibile se questo possa essere ascritto alla categoria degli obblighi accessori⁹.

Neanche la fonte dell'obbligo¹⁰, legale o contrattuale, può condizionare il ricorso al rimedio in esame, essendo fondamentali la corrispettività delle obbligazioni e il loro vincolo di interdipendenza¹¹. L'eccezio-

REALMONTE, voce "Eccezione di inadempimento", in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 213 e segg. Per un inquadramento teorico del tema nel diritto del lavoro cfr. MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Morano, 1966; GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giornale Dir. Lav. e Relaz. Ind.*, 1979, 305 e segg.; DELL'OLIO, voce "Autotutela: III Diritto del lavoro", in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1988, 1 e segg.; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, 49 e segg.; FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004; RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 121 e segg.

⁴ GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., 336, osserva che il ricorso all'art. 1460 c.c. ha una funzione tipicamente sanzionatoria nel caso di variazione delle mansioni o spostamento illegittimi.

⁵ REALMONTE, voce "Eccezione di inadempimento", cit.

⁶ Proprio la violazione dell'art. 2087 è individuato dalla dottrina come uno degli ambiti dove più efficacemente si può ricorrere alla tutela in esame. Cfr. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., 336; ID., *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro, in Processo e tecniche di attuazione dei diritti* a cura di Mazzamuto, II, Napoli, 1989, 1077, 1102; TREU, *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1972, 1045 e segg.; MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, I, 335, 393; BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, 85; EVANGELISTA, *Procedimenti e mezzi di tutela della salute in azienda*, Milano, 1984, 32 e segg.; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., 132; FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 1995, 313 e segg.; VALLEBONA, *Responsabilità civile dell'imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fornitori e installatori*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 210; CARNOVALE, *Eccezione di inadempimento dell'obbligo di sicurezza*, in *Dir. Lav.*, 2006, 155;

PONTE, *Violazione degli obblighi di protezione da parte del datore di lavoro, eccezione ex art. 1460 c.c. e buona fede del lavoratore*, *ibid.*, 217.

⁷ Si registrano in proposito numerose pronunce di merito già negli anni '80: Pret. Prato, 5 gennaio 1990, in *Toscana lav. giur.*, 1990, 91; Id. Torino, 18 dicembre 1992, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1994, 505; Id. Bergamo, 8 gennaio 1985, in *Lavoro 80*, 1986, 157; Id. Milano, 15 dicembre 1981, *ivi*, 1982, 158. Cfr. Pret. Milano, 22 ottobre 1973, *Riv. Giur. Lav.*, 1975, II, 291; Id. Milano, 15 dicembre 1981, *Lavoro 80*, 1982, 158; Id. Milano, 14 ottobre 1983, *ivi*, 232. Nella giurisprudenza di legittimità, tra le altre Cass. civ., 2 aprile 2004, n. 6564, in *Riv. Giur. Lav.*, 2004, II, 697 con nota di VALENTE, *L'exceptio inadempimenti contractus nel rapporto di lavoro. Un esempio di autotutela come risposta al mancato pagamento della retribuzione*; Id., 23 dicembre 2003, n. 19689, in *Lav. nella Giur.*, 2004, 1169, con nota di DALLA CASA, *Demansionamento del lavoratore e rifiuto di eseguire la prestazione richiesta*; Id., Sez. lav., 16 maggio 2006, n. 9557, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, 882, con nota di SITZIA, *Potere direttivo, rifiuto di eseguire la prestazione, eccezione di inadempimento: applicazioni giurisprudenziali assistematiche in materia di distacco e di lavoro in ambiente insalubre*; Id., Sez. lav., 27 aprile 2007, n. 10086, in *Not. giur. lav.*, 2007, 329; Id., Sez. lav., 25 luglio 2006, n. 16907, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, 277, con nota di BARBATO, *Autotutela del lavoratore: rifiuto di prestazione non dovuta e eccezione di inadempimento*.

⁸ SUPPIEJ, *Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 1988, 447.

⁹ Per NAPOLI, *La stabilità reale del posto di lavoro*, Milano, 1980, 205, il dovere di sicurezza nei confronti del lavoratore è assorbito nella prestazione principale.

¹⁰ VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., 132.

¹¹ Cfr. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 196, per il quale la corrispettività caratterizza il sinallagma genetico e solo parzialmente quello funzionale di rapporto di lavoro, ZOPPOLI, *La corrispettività nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1991; ID., *Riflessioni su contratto di lavoro e*

ne è, dunque, esperibile sia nel caso di rilevante violazione delle norme del contratto collettivo, sia di violazione di clausole individuali, sempre che non si tratti di inadempimento non grave, tenuto conto dell'interesse delle parti.

Nell'individuare il criterio legittimante l'eccezione di inadempimento, l'art. 1460 c.c. fa riferimento alla buona fede «avuto riguardo alle circostanze». L'ampia clausola generale è stata interpretata dalla giurisprudenza di legittimità nel senso che l'eccezione non è proponibile quando ha ad oggetto un'inadempimento non grave nel raffronto delle prestazioni corrispettive, e ciò avuto riguardo all'obbligo di correttezza e all'interesse delle parti. Tale valutazione andrà operata in senso oggettivo, anche se non manca chi attribuisce rilievo a profili soggettivi¹².

La conclusione è quella che un lieve inadempimento non può giustificare il rifiuto di adempiere un obbligo primario, tenuto conto del complessivo assetto del sinallagma contrattuale, anche se non è escluso che inadempimenti lievi, se reiterati nel tempo, possano giustificare il rifiuto della prestazione¹³.

Il lavoratore è tenuto ad adempiere gli obblighi dovuti nel contratto individuale di lavoro, quelli derivanti dalla legge, dagli usi e da eventuali clausole del contratto collettivo, qualora sia applicabile al rapporto di lavoro. Queste sono appunto le fonti degli obblighi contrattuali e delimitano l'area delle prestazioni esigibili da parte del datore di lavoro. Quest'ultimo, come si è visto, è titolare di penetranti poteri idonei ad incidere sulla sfera giuridica del contraente debole, che sono connessi alla particolare natura del rapporto di lavoro e, segnatamente, dello *jus variandi* e del potere disciplinare. Il primo consente all'imprenditore di mutare unilateralmente l'oggetto della prestazione della controparte o il luogo geografico della stessa. Il secondo (anch'esso inquadrabile, sia pure in una prospettiva invertita, come uno strumento di autotutela¹⁴) consiste nella possibilità di irrogare pene private per reagire all'altrui inadempimento.

4. Orbene, è evidente che la valutazione circa il legittimo esercizio dell'autotutela individuale consistente

nel rifiuto della prestazione vada operata alla luce di una serie di criteri che la giurisprudenza ha utilizzato per operare il bilanciamento tra la reciproche posizioni nel sinallagma contrattuale.

La sentenza in esame, che si segnala per la sua estrema sinteticità, sembra aver fatto corretta applicazione di suddetti principi, pur incentrando il ragionamento sul profilo dell'irrelevanza penale della condotta del lavoratore astrattamente adempiente in mancanza di taluni presidi di sicurezza. La ragione dell'ermeticità della motivazione va ricercata in una rigorosa applicazione — che lascia solo sullo sfondo le complesse problematiche sopra accennate — dei limiti al ricorso all'autotutela individuale contenuti nella disciplina di fonte collettiva.

Se è pur vero che la giurisprudenza (anche di legittimità) è incline ad ammettere il ricorso all'autotutela nel caso di violazione dell'art. 2087 c.c. e che in tale ambito la rilevanza costituzionale dei beni tutelati tende ad esonerare in genere il lavoratore dalla responsabilità per l'inadempimento, è altrettanto certo che l'applicazione della regola di proporzionalità e il giudizio di buona fede di cui all'art. 1460 c.c. vanno operate tenendo conto di ulteriori riferimenti sia di fonte legale, sia di fonte pattizia. Sullo sfondo è però forte l'idea che, nel caso di mancata o inadeguata predisposizione delle misure di sicurezza richieste dalla tipologia di lavoro, essendo in pericolo un diritto fondamentale costituzionalmente tutelato¹⁵, come quello alla salute, l'accertamento in ordine alla gravità dell'inadempimento datoriale andrà condotto con un certo rigore. Pertanto il dipendente — una volta accertato che controparte non abbia eseguito totalmente o parzialmente la propria prestazione e tale inadempimento abbia i connotati della gravità — avrà diritto a percepire l'intera retribuzione, pur a fronte di una totale o parziale mancanza della propria controprestazione.

Sul primo versante — ossia quello della disciplina di fonte legale — va segnalato l'abrogato art. 14 D.Lgs. n. 626/1994 (il cui testo però è ora riprodotto dall'art. 44 D.Lgs. n. 81/2008)¹⁶, ai sensi del quale «il lavoratore che in caso di pericolo grave, immediato e che

corrispettività, in *Lav. Dir.*, 1988, 585 e segg.; Id., *La corrispettività nel diritto del lavoro: spunti critici e ricostruttivi*, in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche* a cura di Santoro Passarelli, Torino, 1992, 179.

¹² REALMONTE, voce "Eccezione di inadempimento", cit., 230.

¹³ VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., 134.

¹⁴ MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, cit., 98 e segg.

¹⁵ Il diritto alla salute costituisce uno dei diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuto dalla Costituzione (art. 32) (sui diritti inviolabili cfr. BALDASSARRE, voce "Diritti inviolabili", in *Enc. Giur. Treccani*, XI, 1989, 25 e segg.). Esso rileva in una molteplicità di dimensioni: individuale, collettiva e teleologica. La sua latitudine abbraccia, pertanto, sia una dimensione difensiva (*recte*, protettiva), sia una dimensione promozionale. Per un quadro d'insieme cfr. MONTUSCHI, *Commento sub art. 32, comma 1*, in Bessone e altri, *Rapporti etico-sociali (artt. 29-34)*, in *Comm. Cost.* a cura di Branca, Bologna, 1976, 146 e segg.;

BALDUZZI, voce "Salute (diritto alla)", in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da Cassese, Milano, 2006, VI, 5393 e seg.; PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1982, pp. 1023 e segg.; PANZERA, *Legislatore, giudici e Corte Costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito «circuito» di produzione normativa?)*, in *Dir. e Soc.*, 2004, 309 e segg. A un medesimo inquadramento può essere ricondotto, in un doveroso parallelismo, anche il diritto alla sicurezza sul lavoro, che rileva, al contempo, in una dimensione individuale, in una collettiva e in una teleologica, come fine dello Stato. Sul punto, cfr. MORRONE, *Commento sub art. 1*, in *Principi comuni* a cura di Zoli, I, in *La nuova sicurezza sul lavoro* diretto da Montuschi, Bologna, 2011, 28. Per un quadro d'insieme delle recenti riforme cfr. PASCUCCI, *3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, *Quaderni di Olympus*, 3, Pesaro, 2011.

¹⁶ La disposizione in esame trova il suo fondamento nell'art. 8.4 Dir. 89/391/CEE. La previsione comunitaria stabilisce che: «un lavoratore che, in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato, si allontana dal posto di lavoro e/o da

non può essere evitato, si allontana dal posto di lavoro ovvero da una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa». La norma contempla una situazione improvvisa di pericolo grave e immediato (a prescindere dalla sua imputabilità o meno al datore di lavoro) che legittima l'allontanamento del lavoratore dal posto di lavoro e il rifiuto di svolgere la prestazione.

Tale previsione, pertanto, si sovrappone (ma non coincide) con l'ambito di operatività dell'art. 1460 c.c., giacché quest'ultimo postula, nell'ottica stringente del sinallagma contrattuale, un inadempimento riconducibile alla controparte, mentre la disposizione speciale dell'art. 44 D.Lgs. n. 81/2008 (già art. 14 D.Lgs. n. 626/1994)¹⁷ avendo come presupposto la situazione di pericolo, ancora la tutela del prestatore a una situazione di carattere oggettivo a prescindere dalla riconducibilità di quest'ultima a un comportamento commissivo o omissivo del datore di lavoro¹⁸. Sul punto potrebbe ritenersi che l'art. 44 D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (già art. 14, comma 1, D.Lgs. n. 626/1994) abbia finito con il limitare in modo peggiorativo il diritto all'astensione dal lavoro consentendone l'esercizio solo al contestuale ricorrere dei presupposti della gravità, immediatezza e inevitabilità del rischio. Tuttavia questa tesi non appare conducente in quanto non tiene conto dell'esperibilità del rimedio speciale di cui al citato art. 44, a prescindere da eventi rigidamente connessi al sinallagma contrattuale.

Sul piano convenzionale, invece, ai fini della soluzione del caso oggetto della sentenza in commento, soccorre l'art. 94 del c.c.n.l. 1996-1998 Trasporti-FS (intitolato "Doveri del personale") che, alla lett. g), sancisce che il lavoratore ha il dovere di eseguire gli ordini

inerenti alla esplicazione delle proprie funzioni o mansioni che gli siano impartiti dai superiori gerarchici. Ove ritenga l'ordine palesemente contrario ai regolamenti e istruzioni egli ha l'obbligo di farne rimostranza al superiore e, in caso di rinnovazione del medesimo, può legittimamente opporre il proprio rifiuto solo ove l'atto sia contrario alla legge penale¹⁹.

Orbene, l'art. 2104 c.c. stabilisce che il lavoratore *deve* osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore. Il comportamento *dovuto* (ovvero il perimetro dell'obbligazione dal lavoratore) è, dunque, quello di volta in volta conforme alle disposizioni impartite dal datore di lavoro. Tuttavia tale potere di conformazione non è illimitato, ma ha confini ben precisi. La valutazione della legittimità dell'ordine (ai fini della correttezza dell'adempimento) ha precisi vincoli di procedura (il diritto di rimostranza e l'eventuale reiterazione dell'ordine) e di sostanza (la contrarietà alla legge penale o una situazione di pericolo grave e imminente).

5. Alla luce delle indicazioni legali e contrattuali fin qui fornite, può affermarsi che la Corte abbia correttamente valutato l'illegittimità della condotta dei lavoratori.

Da un lato, infatti, sembra eccessiva la reazione dei lavoratori che si sono rifiutati di procedere ad avviare la corsa del treno per mancanza della cassetta di pronto soccorso in dotazione ai macchinisti. A fronte della rimostranza — come previsto dalla fonte collettiva — l'ordine era stato reiterato e, in quest'ipotesi, la legittimità di un'astensione della prestazione in autotutela avrebbe potuto trovare piena legittimazione solo nell'esistenza di un pericolo imminente, grave e immediato per la salute del lavoratore ovvero nella contrarietà

una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa ed ingiustificata, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali». Sul l'art. 44 citato cfr. PACI, *I diritti dei lavoratori in caso di pericolo grave e immediato*, in *Codice commentato della sicurezza sul lavoro* a cura di Gragnoli, Torino, 2010, 386 e segg.; ANGELINI, *La gestione delle emergenze*, in *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori* a cura di Zoppoli, Pascucci, Natullo, 2^a ed., Milano, 2010, 453 e segg.

¹⁷ Secondo FERRANTE, *Potere e autotutela*, cit. 283: «si tratta [...] più che di una tipizzazione dell'art. 1460 c.c., di una previsione in certa misura collegata ad esigenze di ordine pubblico, ricordando nei suoi presupposti [...] quello stesso principio in forza del quale viene ammessa la gestione di affari altrui o la legittima difesa o viene scriminato il danno compiuto in stato di necessità, a motivo della "lontananza" dell'ordinamento e della necessità di provvedere senza in minimo ritardo». In tal senso già MONTUSCHI, voce "Ambiente di lavoro", in *Digesto Comm.*, Agg. I, Torino, 2000, 13.

¹⁸ Sulla distinzione tra le due fattispecie cfr. Trib. Siena, 27 novembre 2002, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, 581 e segg., con nota di SCIORTINO, *Omissione delle cautele antinfortunistiche e astensione dal lavoro*. Il giudice di merito in questa ipotesi ha ritenuto illegittimo il licenziamento disciplinare irrogato a due lavoratori che si erano rifiutati di eseguire la prestazione lavorativa in una situazione di perdurante inadempimento degli obblighi di sicurezza. Il Tribunale ha distinto le due ipotesi affermando chela mancanza del requisito dell'immediatezza del pericolo, richiesto per legittimare l'allontanamen-

to dal posto di lavoro, non consente di ravvisare un'ipotesi di *ius resistentiae* ex art. 14 D.Lgs. n. 626/1994; tuttavia la fattispecie è stata ricondotta (con conseguente illegittimità dei licenziamenti) a un'ipotesi di eccezione di inadempimento. Sul nesso tra autotutela e licenziamento per ritorsione cfr. altresì PASQUARELLA, *Autotutela del lavoratore e licenziamento ritorsivo*, nota a Tribunale di Agrigento, 11 giugno 2002 (ord.), in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, 114 e segg.; più di recente, ALBI, *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, nota a Tribunale di Ravenna, 16 gennaio 2009 (ord. coll.), *ivi*, 2009, II, 551.

¹⁹ Sulla differenza tra eccezione di inadempimento e rifiuto di eseguire la prestazione non dovuta v. VALLEBONA, *La regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Torino, 2007, 79, muove dall'assunto della nullità dell'ordine datoriale per cui *quod nullum est nullum producit effectum*. Critico nei confronti della distinzione è invece FERRANTE, *Sciopero e eccezione di inadempimento*, cit., 125 che riconduce entrambe le fattispecie alla categoria unificante dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. sul rilievo che «anche gli ordini datoriali illegittimi godono dell'efficacia dell'art. 2094 c.c., cosicché è solo in forza dell'art. 1460 cc. che si può legittimare la mancata esecuzione di un comando da parte del lavoratore [...]». In questo senso di deve dire che l'ordine illegittimo dell'imprenditore non è nullo, [...] deve essere considerato come un atto di inesatta esecuzione del contratto, che concreta per ciò un inadempimento». Sicché solo così è possibile il ricorso alla valutazione secondo buona fede, che sarebbe esclusa dalla nullità dell'atto datoriale, in quel caso inefficace.

alla legge penale dell'esecuzione dell'ordine datoriale²⁰.

La prima valutazione è stata omessa dalla Corte presumibilmente sulla scorta di un'implicita valutazione in ordine alla scarsa importanza dell'inadempimento datoriale (la mera mancanza della cassetta di pronto soccorso²¹), mentre la seconda fa rigorosa applicazione della previsione contrattuale, laddove questa pone come unica circostanza per legittimare un secondo rifiuto all'ordine reiterato dal datore di lavoro la sussistenza di una fattispecie di reato, qualora i lavoratori avessero avviato la corsa del treno, eseguendo pertanto la prestazione dovuta.

Sul punto i giudici di legittimità hanno, tuttavia, ritenuto che la partenza del convoglio in assenza del presidio sanitario non avrebbe integrato alcuna fattispecie di reato per i lavoratori eventualmente adempienti. Semmai questo avrebbe potuto ravvisarsi solo in capo al datore di lavoro e ai dirigenti preposti, come previsto dall'art. 58 D.P.R. n. 303/1956.

Secondo la Corte, dunque, la prevista punibilità del datore di lavoro per la mancata osservanza delle disposizioni in materia del presidio di pronto soccorso non rende penalmente illecita la conduzione del treno da parte dei lavoratori.

Su questi ultimi, ai sensi dell'art. 5, lett. c.), D.P.R. 19 marzo 1956, n. 303, grava l'obbligo di segnalare al datore di lavoro eventuali deficienze dei presidi e dei mezzi di protezione. Nel caso di specie non v'è dubbio che tale obbligo sia stato correttamente assolto dai lavoratori e ciò è di per sé sufficiente a escludere una responsabilità in concorso da parte dei dipendenti nella causazione di eventi dannosi, a prescindere dalla preventiva conoscenza da parte del datore e dei suoi dirigenti delle mancanze delle misure di sicurezza.

Qui, tuttavia, si arresta l'area della prestazione diligente da parte del dipendente. L'eventuale autotutela successiva (come pattiziamente convenuto) può a questo punto trovare fonte solo nell'esistenza di una fattispecie di reato cui ricondurre la condotta del lavoratore che adempia, comunque, l'ordine datoriale ritenuto illegittimo.

La Corte ha, quindi, applicato rigorosamente i suddetti principi, ritenendo che l'osservanza dell'*iter* procedurale previsto dall'art. 94 (e, in particolare, dell'obbligo di segnalazione) sia sufficiente a esonerare i di-

pendente da responsabilità, che viene integralmente traslata sul datore di lavoro e i suoi dirigenti.

La duplice verifica, implicita, circa l'inesistenza di un pericolo grave e imminente alla salute, ed esplicita, circa la sussistenza di un reato per il lavoratore che adempia l'ordine ribadito dal datore, hanno condotto la Corte a escludere che in siffatta ipotesi il ricorso all'autotutela come rifiuto della prestazione per reagire alla violazione dell'art. 2087 c.c. costituisca inadempimento illegittimo sanzionabile con l'esercizio del potere disciplinare di cui all'art. 2106 c.c.²²

6. Il quadro fin qui delineato potrebbe indurre a ritenere che la giurisprudenza manifesti un certo rigore nella valutazione in ordine alla liceità dell'autotutela nell'ambito della sicurezza sui luoghi di lavoro. In verità, un esame dei casi più emblematici mette in luce che i giudici di legittimità rifiutano l'idea di ritenere in modo aprioristico la salute come bene cui dare una rilevanza preminente su un piano assiologico in modo incondizionato.

Una valutazione di questo genere offrirebbe la stura a un esonero generalizzato da responsabilità per lavoratori inadempienti pur a fronte di violazioni bagatelari o minime della disciplina antinfortunistica. Come dimostra il caso in esame, pur nella consapevolezza della rilevanza del bene protetto, il giudizio di buona fede nel caso di eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. o la valutazione in ordine alla sussistenza di una legittima fattispecie di *ius resistentiae* ai sensi dell'art. 44 D.Lgs. n. 81/2008 (già art. 14 D.Lgs. n. 626/1994) dovranno tenere conto di una serie di elementi oggettivi e soggettivi da verificare rigorosamente caso per caso.

È questa presumibilmente la ragione di orientamenti apparentemente difformi, ma — ad un più attento esame — legati da una sorta di coerenza interna, che può essere apprezzata solo avendo riguardo alle circostanze specifiche desumibili dalle singole vicende oggetto del processo.

Così, ad esempio, la Corte di cassazione ha recentemente ritenuto legittimo il licenziamento intimato ad un lavoratore che si era rifiutato di utilizzare la cintura di sicurezza nei lavori edili. I giudici di legittimità hanno osservato che nell'eccezione di inadempimento «occorre procedere ad una valutazione comparativa del comportamento dei contraenti anche con riguardo ai rapporti di causalità e di proporzionalità delle rispettive inadempienze in relazione alla funzione eco-

²⁰ Sul rilievo di simili disposizioni contrattuali nei contratti collettivi, o relativi a servizi pubblici "privatizzati" v. FERRANTE, *Potere e autotutela*, cit., 295 e segg.

²¹ La materia dei presidi di pronto soccorso era nel caso oggetto della sentenza in commento regolata *ratione temporis* dal D.P.R. n. 303/1956. La materia ha subito una significativa evoluzione normativa ed è oggi oggetto di una previsione specifica, ossia l'art. 43 D.Lgs. n. 81/2008. La disposizione citata innanzitutto sostituisce l'impropria locuzione "pronto soccorso" con quella più corretta di "primo soccorso". Sul piano delle caratteristiche delle misure da adottare in concreto rileva poi il D.M. n. 388/2003 (regolamento recante disposizioni sul pronto soccorso aziendale), emanato in forza del rinvio già contenuto

all'art. 15, comma 3, D.Lgs. n. 626/1994. Sulle questioni applicative relative alle imprese di trasporto ferroviario cfr. ANGELETTI, *La gestione delle emergenze*, cit., 466-468.

²² Va segnalato che in dottrina vi è chi ritiene occorre tenere sempre conto del grado di dolo o colpa del lavoratore «sicché anche la convinzione meramente soggettiva del lavoratore stesso di essere destinatario di un ordine illegittimo potrebbe portare ad escludere, in un ragionevole bilanciamento di interessi, la legittimità della sanzione disciplinare, specie se di quella massima». Così, CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, in *Comm. C.C.* diretto da Busnelli, Milano, 2007, 472.

nomico-sociale del contratto ed ai diversi obblighi su ciascuna delle parti gravanti»²³. Conseguentemente, qualora il comportamento inadempiente, cronologicamente anteriore, seppure accertato, non risulti grave, il rifiuto dell'altra parte di adempiere correttamente alla prestazione secondo le istruzioni fornite appare contrario a buona fede.

A riprova della tenuta complessiva del quadro giurisprudenziale, la suprema Corte, ha recentemente ribadito che, qualora il datore di lavoro non adotti, a norma dell'art. 2087 c.c., tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e le condizioni di salute del prestatore di lavoro, rendendosi così inadempiente ad un obbligo contrattuale, questi, oltre al risarcimento del danno, ha il diritto di astenersi dalle specifiche prestazioni la cui esecuzione possa arrecare pregiudizio alla sua salute. In questa ipotesi la legittimità del rifiuto della prestazione è stata correlata a un inadempimento certamente grave, consistente nella mancata bonifica dall'amianto del luogo ove i lavoratori erano tenuti a operare²⁴.

Pertanto i giudici di legittimità ribadiscono che, in caso di violazione dell'art. 2087, il lavoratore ha la facoltà di astenersi dalle specifiche prestazioni la cui esecuzione possa arrecare pregiudizio alla sua salute, a condizione che fornisca la prova di tale presupposto²⁵ e che l'esercizio dell'autotutela sia conforme a buona fede²⁶.

Nel valutare la legittimità della condotta del lavoratore si dovrà tenere conto — ai fini del giudizio di buona fede — della gravità dell'inadempimento (e pertanto della sua concreta lesività per la salute) e della rilevanza dei contrapposti interessi. Come è stato opportunamente osservato, «l'applicazione giurisprudenziale sembra dimostrare che la gravità dell'inadempimento quale requisito che legittima l'esperimento dell'eccezione ex art. 1460 c.c. viene ampiamente valorizzata nel giudizio di proporzionalità fra "prestazione ineseguita" e "prestazione rifiutata" operato nella valutazione di buona fede del comportamento dell'*excipiens*»²⁷. Il carattere aleatorio di tale giudizio induce a ritenere che il lavoratore, a fronte dell'esercizio dell'autotutela, si espone necessariamente a un rischio, muovendosi la legittimità del suo operato sul crinale

incerto del soggettivismo giudiziario. Dall'altro lato rimedi alternativi come la tutela in forma specifica (si pensi a un'azione ex artt. 2931 c.c. e 612 c.p.c.) volta ad ottenere una condanna dell'imprenditore ad un *facere* ossia all'adozione del presidio di sicurezza di cui non si era dotato, sono in concreto scoraggiate dalla farraginosità del meccanismo giudiziario. Questo comporta, per il richiedente l'intervento esecutivo di un obbligo di fare (nel caso di specie il lavoratore), l'onere di anticipare le spese necessarie. In tal caso la tutela specifica rimane un astratto esercizio retorico per il giurista, non seguito da un significativo riscontro concreto (ed è questa la ragione dell'assenza di un consolidato filone giurisprudenziale in materia)²⁸.

Alla luce di quanto fin qui illustrato, è pertanto spiegabile la conclusione cui è pervenuta la Corte nella pronuncia in commento. Da un lato, la violazione a carico del datore di lavoro è stata ritenuta tale da non creare un pericolo serio per la salute; dall'altro, si è tenuto indirettamente conto della rilevanza anche costituzionale degli interessi contrapposti. Nel caso specifico il diritto alla salute andava bilanciato con altri interessi di rango costituzionale, fra cui rientra il diritto alla circolazione. Sul punto la legge n. 146/1990, nell'indicare quali sono i servizi pubblici essenziali, utilizza una tecnica di tipo teleologico, ossia il criterio della loro riconducibilità ai diritti della persona, costituzionalmente tutelati, tra cui rientrano la salute e la libertà di circolazione (cfr. art. 1, comma 1, legge n. 146/1990).

La regolamentazione pubblicistica dei servizi di trasporto ferroviario²⁹, l'applicabilità nel caso di scioperi della legge n. 146/1990, la possibile configurazione nel caso di rifiuto di ottemperare all'ordine di far partire la corsa del treno del reato di interruzione di pubblico servizio ex art. 340 c.p. hanno, pertanto, avuto un peso rilevante nella valutazione della legittimità dell'astensione, che è vieppiù evidente in quanto la disciplina convenzionale richiamata — in qualche modo espressione di una visione autoritativa del rapporto degli addetti al servizio ferroviario e non esente da incrostazioni pubblicistiche — circoscrive opportunamente l'area dell'autotutela lecita in ragione della rilevanza del servizio di trasporto pubblico³⁰. Del resto si è

²³ Cass. civ., Sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10553, in *Guida Lav.*, 2013, 27, 38.

²⁴ Cass. civ., Sez. lav., 5 novembre 2012, n. 18921, in *Foro It.*, 2012, 12, I, 3285.

²⁵ Cass. civ., Sez. lav., 18 maggio 2006, n. 11664, in *Not. giur. lav.* 2006, 4, 507; Id., Sez. lav., 10 agosto 2012, n. 14364, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 9, 1080.

²⁶ Cass. civ., Sez. lav., 7 novembre 2005, n. 21479, in *Orientam. Giur. Lav.*, 2005, 4, I, 751.

²⁷ Così ALBI, *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, cit., 533. Cfr. altresì ID., *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in *Comm. C.C.* diretto da Busnelli, Milano, 2008, 266 e segg.

²⁸ Per GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., 333 «non vi è nessuna ragione per ritenere infungibile l'obbligo — che è tipicamente un obbligo di protezione, anche se autonomo e non integrativo di (quello di) prestazione — di provvedere alla introduzione e alla manutenzione delle

misure ritenute idonee, secondo le esigenze della esperienza, della tecnica e la particolarità del lavoro, a prevenire eventuali lesioni dell'interesse del lavoratore a prestare il proprio lavoro in condizioni esenti dai rischi derivanti dai fattori naturali ed artificiali di nocività e penosità presenti nell'ambiente di lavoro (e non soltanto alla prevenzione degli infortuni e dell'igiene sul lavoro)».

²⁹ Sul punto per un quadro d'insieme cfr. SALTARI, *Gli obblighi di servizio pubblico nel trasporto ferroviario*, in *Quaderno n. 36-Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 2002.

³⁰ Il tema dell'eccezione di inadempimento nei servizi essenziali è stato anche oggetto della giurisprudenza della Commissione di garanzia. Questa ha, per esempio, affermato che l'astensione dal lavoro straordinario, disposta dai lavoratori su iniziativa del sindacato, costituisce sciopero ai sensi della legge n. 146/1990, tuttavia se la richiesta di straordinario è illegittima, non si ha sciopero, ma un rifiuto collettivo di prestazioni individuali non dovute. Sul punto cfr. Del. 6 febbraio 1997,

osservato come «l'eccezione di cui all'art. 1460 subisce una parziale deroga quando essa sia fatta valere nell'ambito di rapporti che attengono ai servizi pubblici essenziali, poiché il carattere dei diritti, attraverso di questi assicurati ai cittadini, impongono che il rimedio possa essere praticato solo assicurando nel complesso i minimi inderogabili di servizio di cui alla stessa legge n. 146/1990». In tal senso, allora, «appare facile sostenere che sia conforme a buona fede solo il comportamento che non deprivi, attraverso l'*exceptio*, in maniera grave e irreparabile, controparte o i terzi dei loro diritti costituzionalmente garantiti»³¹.

7. La sentenza in commento offre, infine, uno spunto per una valutazione (che può essere solo accennata in questa sede) in termini di politica del diritto sull'effettività dell'autotutela individuale nel rapporto di lavoro. In conclusione si deve osservare che il rimedio in parola può funzionare a condizione che il rapporto di lavoro sia assistito da stabilità reale e che, pertanto, l'eventuale reazione datoriale sotto la forma più grave del recesso (licenziamento disciplinare) venga colpita attraverso una sanzione che riattivi la collaborazione fra le parti, o assicuri, quantomeno, il diritto fondamentale alla percezione delle retribuzioni (sistema *ex art. 18 legge n. 300/1970*, nel testo previgente). Nei rapporti non resistenti (ossia quelli nell'area del recesso *ad nutum* o della stabilità obbligatoria), la situazione è ben diversa, in quanto il timore dell'esercizio di un potere di recesso sostanzialmente a basso costo — e, dunque, esercitabile con maggiore disinvoltura da parte dell'imprenditore —, indurrà il lavoratore a preferire soluzioni risarcitorie posticipate alla cessazione del rapporto³².

È certo, pertanto, che l'introduzione ad opera della riforma Fornero (legge n. 92/2012) del nuovo testo dell'art. 18 stat. lav. (in cui la tutela ripristinatoria forte viene connessa alla fattispecie del licenziamento discriminatorio o per motivo illecito e le ulteriori ipotesi di reintegro vengono fortemente limitate a fronte di una significativa espansione della tutela risarcitoria), induce a ripensare il tema dell'autotutela da un punto di vista sistematico. La stabilità condiziona fortemente il ricorso alle tecniche di tutela nello svolgimento del rapporto e, pertanto, una redistribuzione dell'area della protezione, con espansione della tutela risarcitoria in terreni prima coperti da quella ripristinatoria, finirà per restringere inevitabilmente le possibilità di ricorso

all'autotutela conservativa. Di fronte alla prospettiva che l'eventuale sanzione espulsiva, anche se ritenuta illegittima da una successiva pronuncia giurisdizionale, verrà sanzionata solo in via pecuniaria, senza il ripristino del rapporto, il grado di tolleranza del lavoratore rispetto agli inadempimenti datoriali, *bon gré mal gré*, sarà destinato ad aumentare in modo significativo.


LORENZO MARIA DENTICI

LICENZIAMENTO (RINNOVAZIONE DEL)

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE LAVORO, 4 gennaio 2013, n. 106 — VIDIRI *Presidente* — AMOROSO *Relatore* — CORASANITI P.M. (conf.) — Editrice Telestamp Sud s.r.l. (avv. Iacobelli) - B.A. (avv. Truppi).

Lavoro subordinato — Licenziamento individuale — Regime di tutela reale — Rinnovazione del licenziamento — Condizioni — Natura collettiva del successivo licenziamento — Configurabilità — Esclusione (L. 23 luglio 1991, n. 223, art. 4; L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18).

In regime di tutela reale il datore di lavoro, qualora abbia intimato al lavoratore il licenziamento per una determinata causa o motivo, può legittimamente intimargli un secondo licenziamento, purché fondato su di un motivo diverso e sopravvenuto e la sua efficacia resti condizionata all'eventuale declaratoria di illegittimità del primo. Ma il secondo licenziamento non può mai essere collettivo (né può consistere nel collocamento in mobilità) atteso che quest'ultimo è ex lege procedimentalizzato in termini tali da non consentire che ci sia un lavoratore licenziato sub condicione. La necessaria comparazione delle situazioni dei lavoratori destinatari del licenziamento collettivo è infatti ontologicamente incompatibile con la inefficacia sospensivamente condizionata del recesso di uno di essi (1).

 *Omissis.* — Nel resto il ricorso — quanto ai motivi che attengono al licenziamento individuale, che possono essere trattati congiuntamente in quanto connessi — è infondato.

6.1. Come ha correttamente posto in rilievo la Corte d'appello la società appellante in data 9-4-1999 ha intimato al B. un licenziamento di natura disciplinare a seguito di contestazione del 14-1-1999 con la quale si addebitava al lavora-

n. 97/136-4.5, e Del. 21 febbraio 2002, n. 02/34, Del. di indirizzo 11 settembre 2003, n. 03/130. In altre occasioni, invece, la Commissione ha ritenuto sussistente uno sciopero illegittimo quando il rifiuto della prestazione avviene in servizi coperti dalla legge n. 146/1990 senza l'osservanza degli obblighi ivi indicati, pur a fronte del mancato pagamento delle retribuzioni (fra molte Del. 1° ottobre 1998, n. 98/600, Del. 26 luglio 2007, n. 07/451). In altri casi la Commissione di garanzia ha precisato che, perché il ricorso all'eccezione di inadempimento possa reputarsi legittimo, l'atteggiamento di astensione dei lavoratori deve perdurare fino all'esatto adempimento dell'obbligazione datoriale. Si è così espressa per l'illegittimità di astensioni a intermittenza (Del. 28 maggio 2008, n. 08//266 e Del. 28 maggio 2008, n. 08/267) Per più ampi riferimenti e per una analisi

più approfondita della questione si rinvia da FERRANTE, *Sciopero ed eccezione di inadempimento nella disciplina dei servizi pubblici essenziali*, in *Jus*, 2009, 121 e segg., e TIRABOSCHI, *Diritto di sciopero ed eccezione di inadempimento*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, 1210 e segg. Il primo degli autori è critico rispetto alle posizioni limitative assunte dell'autorità garante. V. anche CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, 6^a ed., Torino, 2013, 408, con particolare riferimento alle astensioni per il mancato pagamento delle retribuzioni.

³¹ Così FERRANTE, *Sciopero ed eccezione di inadempimento*, cit., 132.

³² Per una valutazione d'insieme cfr. NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Torino, 2002, 53.