



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli"

Diritto - Economia - Storia

Dottorato di ricerca in Diritto Dell'Impresa

XXIII Ciclo

**L'AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL
LAVORATORE**

IUS 07

Tesi di Dottorato del:
Dott. Giuseppe Tango

Tutor:
Ch.mo Prof. Alessandro Garilli

Coordinatore:
Ch.mo Prof. Alessandro Bellavista

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

INDICE

INTRODUZIONE	4
---------------------	----------

CAPITOLO I L'AUTOTUTELA NEL SISTEMA DEL DIRITTO PRIVATO

1.1	Il principio di autotutela tra regola ed eccezione	10
1.2	Il divieto di autotutela come parte integrante del concetto di ordine pubblico	14
1.3	La poliedricità di funzioni dell'autotutela	18
1.4	Il meccanismo di funzionamento dell'autotutela e il tendenziale carattere personale dei poteri di autodifesa	23
1.5	Il potere di reazione: natura giuridica e classificazioni	26
1.6	L'unilateralità dell'esercizio del potere di autotutela	32
1.7	Il presupposto della lesione o dell'esposizione a pericolo dell'interesse protetto	33
1.8	La situazione giuridica protetta	36
1.9	L'alternativa dell'autotutela rispetto al processo	40
1.10	L'autotutela della Pubblica Amministrazione. Precisazioni	40
1.11	Autotutela individuale e collettiva	43
1.12	L'eccezione di inadempimento: natura giuridica, fondamento e funzione	51
1.12.1	L'eccezione d'inadempimento come atto di autotutela nella valutazione della dottrina e della giurisprudenza	54
1.12.2	I presupposti dell'art. 1460 c.c.	55

CAPITOLO II AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL LAVORATORE

2.1	Autotutela individuale del lavoratore: ammissibilità	62
2.2	Autotutela individuale del lavoratore: il fondamento giuridico	70
2.2.1	La tesi dell' <i>exceptio inadimpleti contractus</i>	71
2.2.2	La tesi della nullità	83
2.3	Autotutela e art. 2087 c.c.	91
2.4	Autotutela e preavviso	104
2.5	Autotutela e pubblico impiego	107
2.6	Effetti conseguenti all'esercizio dell'autotutela individuale del lavoratore nella prassi e connesse rischi	118
2.7	Doverosità dell'autotutela?	127

CAPITOLO III AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL LAVORATORE: ASPETTI PROCESSUALI

3.1	Insufficienza delle altre tutele: incoercibilità degli obblighi di <i>facere (e non facere)</i> infungibili	132
3.2.	Autotutela e art. 700 c.p.c.	138
BIBLIOGRAFIA		149

INTRODUZIONE

La decisione di dedicare la tesi di dottorato allo studio dell'autotutela individuale del lavoratore ha avuto alle spalle due ragioni di fondo.

La prima muove da una precisa determinazione, ossia dal desiderio, in consonanza con il taglio scientifico di un dottorato di ricerca intitolato “*in diritto dell'impresa*”, di trattare un argomento che si collocasse all'incrocio dell'intersecarsi di due discipline: il diritto lavoro ed il diritto civile¹; ponendosi proprio nel sottile solco tracciato tra ambedue materie.

La seconda ragione sta nella considerazione che l'autotutela individuale del lavoratore è un tema di estrema attualità e, al contempo, poco indagato e solcato dalla dottrina.

È sufficiente pensare, al riguardo, che è possibile scorgere nel panorama della letteratura scientifica specializzata appena tre monografie² che si occupano specificamente di questo argomento, di cui una³, peraltro, risalente ad alcuni decenni or sono, quando ancora l'Autore non poteva confrontarsi con la normativa dello Statuto dei

¹ Per un dialogo tra diritto civile e diritto del lavoro v. G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Torino, 1994; L. MENGONI – A. PROTO PISANI – A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, sul diritto processuale civile e sul diritto amministrativo*, *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, 1990, 1 ss.; L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, Milano, 2004; M. PERSIANI, *Diritto privato diritto del lavoro*, *ADL*, 2009, 947; V. RICCIUTO, *Diritto civile e diritto del lavoro. Le prospettive di un'antica vicenda scientifica*, 720 ss., *ADL*, 2008.

² F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, 1963; A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale*, Padova, 1995; V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004.

³ F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, 1963.

lavoratori (l. n. 300/1970), segnatamente con l'art. 18 (precisazione di non poco conto, dato che l'ambito privilegiato quando si discorre di autotutela individuale del lavoratore è, come si vedrà più chiaramente in seguito, proprio quello dei rapporti cd. "resistenti", cioè sorretti da tutela reale).

Un destino, però, immotivatamente impietoso.

Si è dato cioè per scontato, pur in presenza di una ampia legislazione protettiva, che la strada maestra per contrastare gli ordini illegittimi (o gli inadempimenti datoriali, come nel caso del mancato o ritardato pagamento delle retribuzione) passi dalla loro impugnazione avanti al giudice.

Di contro, si è, quindi, sottovalutata la possibilità di percorrere una diversa strada che, attraverso la preventiva riconduzione dei poteri datoriali ad una logica pienamente contrattuale, affidi ai rimedi sinallagmatici, previsti dall'ordinamento a presidio dell'esatto adempimento dell'obbligazione, la garanzia del rispetto del programma negoziale e delle norme imperative di legge.

Al predetto "povero" (in senso quantitativo, non certo qualitativo) quadro della dottrina, fa da *pendant* una compulsiva ed ipertrofica giurisprudenza che non lesina soluzioni sul punto, sovente però contraddittorie.

Di qui l'obiettivo della presente analisi. La materia in questione si presenta, infatti, degna, a mio avviso, di un ulteriore approfondimento che registri nel modo più sistematico ed organico possibile lo stato dell'arte, oltre che cerchi di offrire qualche riflessione e qualche spunto per un corretto uso di tale autotutela all'interno del rapporto di lavoro tra singolo prestatore e datore di lavoro.

È bene ribadire, a tal proposito, che il presente lavoro non è incentrato sull'autotutela *collettiva* dei lavoratori, cioè, in definitiva, sullo sciopero (questo sì ambito oggetto di approfondite indagini), bensì sull'autotutela *individuale* del lavoratore. L'autotutela collettiva non viene, dunque, presa in considerazione se non per differenziarla da quella individuale.

Ci si è, infatti, interrogati sulla possibilità di realizzare nei rapporti di lavoro, accanto alle tradizionali forme collettive, la manifestazione di un "potere" contrario a quello del datore e, dunque, idoneo a controbilanciare gli effetti derivanti dall'inserzione del lavoratore nella scala gerarchica aziendale.

In altre parole, ci si è chiesti se non sia possibile ravvisare strumenti e tutele diretti, non già a restringere l'ambito di discrezionalità dei poteri datoriali, ma piuttosto a colpire le manifestazioni *contra ius* di quel potere.

Nella prassi, anche recente, il fenomeno in esame ha interessato un numero crescente di casi giurisprudenziali soprattutto in relazione a violazioni da parte del datore di lavoro che concernevano l'emanazione di un provvedimento di trasferimento o di demansionamento illegittimo, la mancata adozione di tutele volte alla protezione e sicurezza dell'integrità psico-fisica del lavoratore *ex art.* 2087 c.c., la mancata corresponsione della retribuzione, la modifica illegittima unilaterale da parte del datore di lavoro dell'orario di lavoro del lavoratore *part-time*.

Il problema dell'ammissibilità della categoria dell'autotutela nel rapporto di lavoro è, peraltro, strettamente legato ad un'altra questione, anch'essa molto interessante: quella relativa alla natura gerarchica dei

poteri datoriali e al correlativo obbligo di ubbidienza che incombe in capo al prestatore.

Si intende qui alludere al fatto che il potere datoriale sembra aver mantenuto, dell'originario fenomeno industriale, l'attitudine ad ottenere immediata ubbidienza. E ciò sembrerebbe ancora più palese nel caso del settore attinente al lavoro pubblico privatizzato.

Questo aspetto, cioè l'esecutorietà dei comandi, tipico del potere amministrativo, non è mai stato fino ad ora seriamente ripensato ad anzi non è mancato in dottrina chi⁴ ha voluto estendere anche al potere civilistico tale caratteristica.

In altre parole, la scelta tra ammettere o non ammettere l'autotutela nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato passa inevitabilmente attraverso la scelta tra affermare, anzi riaffermare, la natura contrattuale del potere datoriale, oppure, in caso contrario, riconoscere la persistente disomogeneità delle logiche del diritto del lavoro rispetto al diritto civile e, dunque, il permanere di un elemento gerarchico-istituzionale, estraneo alle logiche contrattuali.

Se una tale indagine poteva dar luogo a risultati limitati in un'epoca in cui il potere datoriale era limitato dalle sole norme codicistiche, ed era coronato dalla libertà di recesso (che lasciava al prestatore solo la scelta tra l'obbedienza all'ordine e la rottura del rapporto), essa sembra invece promettere oggi più abbondante raccolto, una volta che il potere datoriale è stato sottoposto dalla legislazione sui licenziamenti e dal cosiddetto statuto dei lavoratori (l.

⁴ In questo senso SUPPIEJ, *Interesse pubblico e interessi privati nella disciplina giuridica del rapporto di lavoro*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, 1112.

300/1970) a limiti penetranti e che è stata garantita ad una larga parte dei lavoratori la stabilità del rapporto di lavoro.

L'autotutela individuale del lavoratore è, per di più, uno strumento di potenzialità applicative e speculative sorprendenti.

Infatti, mediante l'esercizio dell'autotutela viene paralizzato l'effetto primo del potere datoriale e cioè la sua immediata efficacia.

Attraverso gli strumenti di autotutela (come si cercherà di dimostrare anche durante lo svolgimento della ricerca) si può dotare, inoltre, il lavoratore della capacità di ottenere protezione non solo immediata, ma per di più in forma specifica, anche ove manchi l'attivazione delle istituzioni pubbliche cui spetti di provvedere a sanzionare il comportamento datoriale difforme da quanto previsto da leggi e regolamenti; dando in qualche modo soluzione alla *vexata quaestio* attinente all'incoercibilità degli obblighi di *facere* infungibili in materia di diritto del lavoro.

Detta forma di autotutela può assumere, allora, significativa rilevanza nei casi in cui nessun altro tipo di tutela (penale, risarcitoria, ecc.) si dimostri in concreto idoneo a proteggere la sfera intima del lavoratore e dunque la sua dignità.

Ciò, peraltro, senza che sia impedito un accertamento successivo in sede giudiziale circa la legittimità del comportamento tenuto, che anzi la avallerebbe (anche se il punto è molto dibattuto).

In sintesi, i quesiti cui tenta di rispondere la presente tesi sono così riassumibili:

1. è ammissibile agire in autotutela nel contratto di lavoro subordinato da parte del prestatore di lavoro? La risposta può essere diversa a seconda che si tratti di dipendente pubblico o privato?

2. Anche ammettendo la possibilità di agire in autotutela da parte del lavoratore, quale è il fondamento giuridico di questa?

3. Quali sono gli strumenti di autotutela di cui il prestatore di lavoro dispone e quali sono le condizioni per il loro esercizio?

4. L'autotutela individuale, oltre che consentita, è addirittura doverosa?

5. Quali sono i rischi che corre il prestatore di lavoro quando agisce in autotutela?

6. Quale è il rapporto con la tutela giudiziale? In particolare, l'esercizio dell'autotutela è compatibile con l'esperimento di un'azione cautelare?

È evidente che la trattazione di tali problematiche non può prescindere dagli insegnamenti in materia che provengono non solo dal mondo giuslavoristico ma anche da quello del diritto civile.

All'indagine avente ad oggetto i suddetti quesiti si procederà, però, non prima di aver fornito una rilettura della controversa nozione di autotutela e aver ricostruito il significato dell'eccezione di inadempimento nel sistema del diritto privato.

Istituti, quelli dell'autotutela e dell'eccezione di inadempimento, che fanno da premessa alla seconda parte della tesi, incentrata sull'autotutela individuale del lavoratore nei suoi aspetti sostanziali e processuali.

CAPITOLO PRIMO

L'AUTOTUTELA NEL SISTEMA DEL DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1.1 IL PRINCIPIO DI AUTOTUTELA TRA REGOLA ED ECCEZIONE – 1.2 IL DIVIETO DI AUTOTUTELA COME PARTE INTEGRANTE DEL CONCETTO DI ORDINE PUBBLICO – 1.3 LA POLIEDRICITÀ DI FUNZIONI DELL'AUTOTUTELA — 1.4 IL MECCANISMO DI FUNZIONAMENTO DELL'AUTOTUTELA E IL TENDENZIALE CARATTERE PERSONALE DEI POTERI DI AUTODIFESA – 1.5 IL POTERE DI REAZIONE: NATURA GIURIDICA E CLASSIFICAZIONI – 1.6 L'UNILATERALITÀ DELL'ESERCIZIO DEL POTERE DI AUTOTUTELA – 1.7 IL PRESUPPOSTO DELLA LESIONE O DELL'ESPOSIZIONE A PERICOLO DELL'INTERESSE PROTETTO – 1.8 LA SITUAZIONE GIURIDICA PROTETTA – 1.9 L'ALTERNATIVA DELL'AUTOTUTELA RISPETTO AL PROCESSO – 1.10 L'AUTOTUTELA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. PRECISAZIONI 1.11 AUTOTUTELA INDIVIDUALE E COLLETTIVA – 1.12 L'ECCEZIONE DI INADEMPIMENTO: NATURA GIURIDICA, FONDAMENTO E FUNZIONE – 1.12.1 L'ECCEZIONE D'INADEMPIMENTO COME ATTO DI AUTOTUTELA NELLA VALUTAZIONE DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA – 1.12.2 I PRESUPPOSTI DELL'ART. 1460 C.C.

1.1 Il principio di autotutela tra regola ed eccezione

Quello del divieto di autotutela nei rapporti privati rappresenta, probabilmente, uno degli esempi più longevi di principio implicito ricavato dal sistema dalla dogmatica civilistica⁵.

Per la verità, non esiste nel panorama legislativo italiano un dispositivo contenente in forma esplicita un simile divieto, e si può (forse) dire che una norma del genere non vi sia mai stata⁶.

⁵ Cfr. E. PATTARO, *Temi e problemi di filosofia del diritto*, Bologna, 1994, pp. 273 e ss.

⁶ V. PAUL. 13 *ad Plaut.*, D. 50,17,176: «*non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus faciendi*». Il passo di Paolo mostra come la tesi che vede nel divieto di autotutela

Esiste, al contrario, una nutrita gamma di ipotesi, presenti nel codice civile e nella legislazione speciale, dalle quali si percepisce la regola opposta, in quanto tutte ammettono, secondo percorsi differenti al variare del contesto di riferimento, che il privato possa difendere da sé i propri diritti.

La normativa civilistica offre un campionario di poteri di autotutela davvero sorprendente.

Dai poteri di riscatto alla materia dei recessi, dalla caparra confirmatoria all'eccezione d'inadempimento, dalla legittima difesa alle azioni di rilievo del fideiussore, per finire con la recente introduzione delle garanzie finanziarie, la varietà delle fattispecie tipizzate di autodifesa è certamente consistente.

Eppure, è una conclusione della letteratura civilistica pressoché unanime che nel nostro ordinamento, proprio per la mancanza di una norma di carattere generale⁷ analoga al modello di cui all'art. 1322

un mezzo necessario per impedire turbative dell'ordine pubblico abbia origini molto antiche. Secondo la dottrina storico-giuridica, prima di tale noto passo, sicuramente frutto dell'opera dei compilatori del VI d.c., il diritto romano non conteneva un divieto generale di farsi giustizia da sé, limitandosi a vietare specifiche forme di autodifesa violenta [cfr., al riguardo, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 280]. Col passare del tempo, l'acquisizione da parte dell'autorità imperiale del monopolio dell'amministrazione della giustizia avrebbe determinato, ma sempre per via implicita, la formulazione del divieto per i privati di tutelare da sé le proprie ragioni. Tra le ipotesi più antiche di autodifesa lecita, oltre alla nota *manus iniectio*, merita menzione la facoltà del *precario dans* di recuperare il bene che il precarista ricusasse di restituire [v. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1994, p. 506]. Cfr. anche L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Ann. Palermo*, XV, 1936, pp. 114 e ss. Per un approfondimento dell'aspetto storico dell'autotutela, cfr. D. ROSSI, *Immagini e dimensione storico-giuridica del rapporto tra singolo e poteri costituiti*, in *La disciplina dell'autotutela, nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, a cura di P. GIANNITI, Padova, 2010, pp. 17 e ss.

⁷ A differenza dell'ordinamento tedesco. Il paragrafo 229 del BGB, infatti, prevede testualmente che a scopo di autotutela taluno possa prendere, distruggere o danneggiare cose altrui, fermare la persona dell'obbligato che si sospetta voglia

c.c., non sia contemplata la possibilità di farsi giustizia da sé senza ricorrere al potere dello Stato⁸.

Piuttosto, la presenza di quella serie di ipotesi sarebbe sintomatica di un'indicazione diversa, poiché si tratterebbe di casi eccezionali in cui il legislatore rimette la difesa di un interesse privato all'iniziativa di chi ne è il titolare.

Invece che di principio di autotutela si dovrebbe allora parlare, più correttamente, dell'inverso: l'autotutela transita, in tal modo, nell'area del divieto.

È comunque significativo che, ad eccezione della sparuta letteratura che si è interessata *ex professo* all'argomento⁹, il discorso

fuggire, superare l'opposizione dell'obbligato contro un'attività che questi è tenuto a tollerare.

⁸ In questo senso, E. BETTI, *Autotutela (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529; L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, pp. 1-2; Id., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, Milano, 1971, pp. 38-39 e 46; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., Milano, 2003, p. 3; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, pp. 23-27; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. COTTA e G. TREVES, Milano, 1954, p. 343; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957, p. 162; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, pp. 15 e 62; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999, p. 14; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, pp. 16-17. In senso contrario, cfr. A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, p. 64; M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, Napoli, 1937, p. 199; A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995, p. 249. Autonoma la posizione di C. M. BIANCA, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, p. 134, per il quale "il problema dell'autotutela non può essere risolto in via generale ed astratta, ma richiede un esame puntuale della varie forme in cui può articolarsi il farsi giustizia da sé".

⁹ Sostanzialmente, quanto alla letteratura specifica, cfr. E. BETTI, *Autotutela (voce)*, (*Diritto privato*), ED, IV, 1959; C. M. BIANCA, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000; L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988; Id., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit.; Id., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, Milano, 1974; A. DAGNINO,

sull'autotutela venga per lo più liquidato, nella manualistica tradizionale, con un sommario accenno all'impossibilità per il singolo di tutelare da sé i propri interessi, ma senza uno sviluppo tematico adeguato che non diventi un'illustrazione analitica degli istituti che verrebbero a costituirne una deroga¹⁰.

Ancorché, poi, la formula più accreditata dalla dottrina sia nel senso di considerare l'autotutela una forma peculiare di tutela, anche le trattazioni dedicate alla materia della tutela civile dei diritti, quando sfiorano l'argomento, non vanno al di là di un'approssimativa menzione¹¹.

Nondimeno, l'autotutela permea il nostro ordinamento in modo singolare e trasversale.

Contributo allo studio dell'autotutela privata, cit.; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, cit.; A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, cit. Sotto il vigore del codice del 1865, cfr. M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, cit.

¹⁰ Tra gli altri, v. S. MAZZAMUTO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. BESSONE, Torino, 2007, pp. 1125 e ss.; L. NIVARRA-V. RICCIUTO-C. SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato*, 2° ed., Torino, 2002, pp. 69 e 216; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1995, p. 261; V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994, p. 141; P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, Torino, 2006, p. 147; A. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007, p. 747; P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, 17° ed., Milano, 2007, pp. 34-35; P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, Padova, 2006, pp. 189 e ss.

¹¹ *Ex plurimis*, AA.VV., *Rimedi-1*, vol. IV, a cura di A. GENTILI, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006; Id., *Rimedi-2*, vol. V, a cura di V. ROPPO, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2006; L. BIGLIAZZI GERI-F.D. BUSNELLI-R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti: artt. 2900-2969*, in *Commentario cod. civ.*, 2° ed., Torino, 1980, pp. 197 e ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit.; S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1997, pp. 3 e ss.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ. it.*, fondato da F. VASSALLI, vol. XIV, t. IV, Torino, 1985; F. ROSELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Attuazione e tutela dei diritti. L'attuazione dei diritti*, vol. IV, t. II, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO e coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, p. 373.

1.2 Il divieto di autotutela come parte integrante del concetto di ordine pubblico

Una delle giustificazioni più antiche, oltre che tra le più intuitive, del divieto di autotutela si ricollega all'esigenza di scongiurare forme arcaiche di giustizia privata, non più consentite in quegli ordinamenti giuridici che si sono lasciati alle spalle l'età in cui l'uso diffuso della forza da parte dei singoli era uno strumento di risoluzione dei conflitti privati.

Il processo di accentramento in capo alle strutture pubbliche del monopolio dell'uso della forza si è andato via via consolidando a misura che lo Stato di diritto assumesse, con sempre maggiore consapevolezza, il ruolo di mediatore dei conflitti interindividuali, sicché la tutela dei diritti privati è diventata col tempo un impegno legislativo non delegabile ai singoli.

Per tale via, lo spazio all'interno del quale autorizzare il ricorso alla violenza da parte del privato ha finito col coincidere con il noto brocardo del *vim vi repellere licet*, e dunque con la fattispecie della legittima difesa¹².

È evidente che questo modo di impostare il problema riflette una caratterizzazione di stampo pubblicistico, poiché orienta il divieto verso un obiettivo di dimensione meta-individuale: la salvaguardia dell'ordine pubblico, di cui – il divieto stesso – finirebbe per diventarne una componente di rilievo¹³.

¹² Cfr. Ulp. 69 *ad ed.*, D. 43, 16, 1, 27.

¹³ Considerate le premesse concettuali da cui muove quest'indirizzo dottrinario, la partecipazione del divieto in esame al concetto di ordine pubblico parrebbe un risultato estraneo alla disputa intorno all'interpretazione – materiale o ideale – della nozione di ordine pubblico.

Non a caso, chi ha ritenuto di fondare su tali basi le ragioni del divieto di autotutela ne ha reperito il fondamento normativo all'interno del codice penale, e segnatamente negli artt. 392 e 393¹⁴.

Occorre però intendersi. E' fin troppo ovvio che nell'attuale società moderna l'unica possibilità di cagionare violenza (nel senso materiale del termine) sia nelle maglie delle disposizioni che prevedono la legittima difesa (artt. 52 c.p. e 2044 c.c.) e lo stato di necessità (artt. 54 c.p. e 2045 c.c.).

Al di fuori di tali ipotesi, l'ordinamento non consente che la difesa dei propri diritti si traduca in atti di aggressione fisica nei confronti delle persone o delle cose altrui. Tant'è che, a prescindere dall'eventuale configurazione di altre fattispecie incriminatrici, ove taluno, al fine di esercitare un preteso diritto e pur potendo ricorrere all'autorità giudiziaria, si faccia giustizia da sé con violenza sulle cose o sulle persone, commette un delitto punibile, a querela della persona offesa, ai sensi degli artt. 392 e 393 c.p.

Tuttavia, che da tali ultime norme possa ravvisarsi un divieto generale di autotutela, o che in esse possa riconoscersi traccia del principio opposto, pare sinceramente eccessivo.

Sotto il primo profilo, va segnalato che, attraverso quelle disposizioni, il legislatore non ha pensato di mettere al bando l'autotutela come categoria di genere, semmai di delimitarne, in negativo, la nozione. Come a dire che contraddicono un'accezione moderna di autotutela quelle modalità di reazione che, al di fuori delle condizioni per l'applicazione della legittima difesa o dello stato di

¹⁴ Cfr. E. BETTI, *Autotutela (voce)*, cit., p. 529; G. PERSICO, *L'eccezione d'inadempimento*, Milano, 1955, p. 33; S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, p. 77; F. ROSELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 373.

necessità, facciano uso della violenza, perciò creando un pericolo per la pacifica convivenza civile.

La conclusione trova conferma nella stessa descrizione del fatto tipico operata dalle disposizioni citate, ove, per un verso, viene data centralità alla condotta violenta dell'aggressore, di modo che non è sanzionata in sé l'attività di giustizia privata bensì vengono punite quelle espressioni reattive che per la loro natura antisociale appaiono le più inaccettabili. Per altro, la dipendenza della punibilità del reato dalla querela dell'offeso rappresenta un dato che mal si concilia con la tesi secondo cui il divieto di autotutela avrebbe lo scopo di evitare attentati all'ordine pubblico¹⁵.

D'altra parte, sarebbe egualmente errato sostenere che dalle norme predette, qualora interpretate *a contrario*, sia ricavabile l'esistenza di un principio generale di autotutela.

L'opinione, dandola per buona, porterebbe a ritenere che, in caso di impossibilità di un tempestivo ricorso davanti all'autorità giudiziaria, il singolo possa impunemente farsi ragione da sé anche usando violenza o minaccia alle persone ovvero danneggiando, trasformando o mutando la destinazione della cosa altrui.

¹⁵ Ragione per cui, a rigore, sembrerebbe che gli artt. 392 e 393 c.p., anche alla luce della loro collocazione topografica all'interno del codice penale, spostino le ragioni del divieto di autotutela sull'idea secondo cui spetta allo Stato il monopolio della funzione giurisdizionale. Sull'interpretazione di tali articoli, v. S. ARDIZZONE, *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Milano, 1975; Id., *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, IV, Torino, 2000, pp. 260 e ss.; M. MAZZANTI, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1966, pp. 614 e ss.; P. NUVOLONE, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, pp. 133 e ss.; A. REGINA, *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Padova, 1979; A. SANTORO, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, pp. 812 e ss.

Epilogo, quest'ultimo, non solo assurdo, ma ulteriormente smentito dalla presenza della norma sulla legittima difesa, l'unica deputata a fissare i requisiti in presenza dei quali un comportamento violento può considerarsi scriminato dall'ordinamento giuridico¹⁶.

In conclusione, la maggioranza della dottrina ha per lungo tempo affermato il principio dell'eccezionalità dell'autotutela¹⁷, nell'evidente timore che una diversa soluzione avrebbe potuto costituire un *vulnus* al monopolio statale del diritto che si colloca a fondamento dello Stato moderno.

Nel dibattito più recente, tuttavia, si è iniziato ad ammettere la liceità di forme di autotutela innominate o atipiche¹⁸, senza tuttavia verificare le conclusioni raggiunte, che rimanevano così limitate al solo piano dei principi generali.

¹⁶ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., pp. 49 e ss. Il rilievo suggerito nel testo comprova lo scarso rilievo pratico che le disposizioni di cui agli artt. 392 e 393 c.p. hanno avuto nelle aule dei tribunali.

¹⁷ Nella manualistica: A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, XV, ed. 1997, par. 153, 261; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 261; V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994, 141; G. ALPA, *Istituzioni di diritto privato*, 1994, 1248; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, ed. 2003, 3. In senso analogo, fra gli autori che si sono occupati del tema in maniera specifica, cfr. BETTI, *Autotutela*, cit., 529; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici*, cit., 38, che ritiene che le ipotesi innominate di autotutela coincidano in toto con la fattispecie della legittima difesa;

¹⁸ In tal senso cfr. FERRARA SANTAMARIA, *op. cit.*, 199 ss., sulla base di una ricostruzione dell'ordinamento che oggi si potrebbe definire come improntata al principio di sussidiarietà; in parte nello stesso DAGNINO, *op. cit.*, 42 ss., che procede ad una interpretazione sistematica delle distinte norme presenti nell'ordinamento, enucleando un principio generale. Ammette invece un'interpretazione solo in via analogica, BIANCA, *Autotutela*, cit., 134, secondo cui la molteplicità delle situazioni regolate per legge “concorre a delineare un sistema aperto in cui le previsioni autorizzative dell'autotutela appaiono suscettibili di essere applicate anche ai casi non previsti quando il fondamento della norma ne imponga la medesima applicazione”.

L'estensione della autotutela verso forme innominate si presenta critica, soprattutto, qualora essa si traduca in comportamenti attivi e non meramente omissivi.

1.3 La poliedricità di funzioni dell'autotutela

Nel precedente paragrafo si è cercato di mostrare che l'autotutela non è estranea al sistema e che un divieto generale di difesa privata non ha ragion d'essere.

E' venuto ora il momento di portare a compimento le riflessioni svolte e tratteggiare in maniera chiara le funzioni che, in una società moderna, possono attribuirsi alla figura studiata¹⁹.

Occorre cioè comprendere qual è il tipo di problema che l'autotutela mira a fronteggiare, e quali vantaggi essa è in grado di offrire, riservando ad un momento successivo l'approfondimento, secondo un approccio propriamente tecnico, dei suoi presupposti.

Al fine di agevolare l'emersione dei diversi versanti dai quali la questione può essere osservata, sembra conveniente partire da una schematizzazione di base.

Sottoposta a quest'opera di sintesi, l'autotutela lascia intravedere al suo interno tre diversi momenti o sviluppi.

Il primo è certamente quello più intuitivo, perché esalta il punto di vista del titolare del potere di autodifesa.

Quest'angolazione ribadisce un dettaglio quasi scontato: l'autotutela è una forma di tutela.

¹⁹ Quanto al concetto di funzione qui accolto, cfr., al riguardo, M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, pp. 97 e ss., 108 e 119; Id. *Funzione compensativa della responsabilità*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. MAUGERI ed A. ZOPPINI, Bologna, 2009, pp. 66 e ss.

Come ogni forma di tutela, essa è un tipo di risposta ad una lesione o ad un tentativo di lesione. Pertanto, ha un fine tendenzialmente reattivo.

Per cogliere però le peculiarità di questa dimensione dell'autotutela, dai confini ancora troppo incerti se ci si limita al profilo funzionale, è necessario compiere uno sforzo ulteriore ed evidenziare le modalità concrete tramite cui il potere di autodifesa prende forma. Il che apre ad un primo progetto di definizione: l'autotutela è quel potere di reazione tramite cui il privato può da se medesimo, ossia senza ricorrere agli organi giurisdizionali dello Stato, i) difendersi contro un'interferenza esterna suscettibile di mettere in pericolo il soddisfacimento di un proprio interesse o di pregiudicare la conservazione dello *status quo*; ii) riparare una lesione compiuta ai danni della propria sfera giuridica; iii) realizzare il soddisfacimento dell'interesse contro chi ne minacci l'attuazione.

In termini di benefici, quest'aspetto dell'autotutela assicura la speditezza della difesa; rinsalda nel soggetto tutelato la consapevolezza del proprio ruolo e delle proprie capacità, valorizzando la sua iniziativa autonoma e responsabile; consente una reazione calibrata alle risorse del singolo²⁰.

Il secondo sviluppo dell'autotutela, invece, mettendo in risalto il lato passivo dell'esercizio del potere di autodifesa, ossia il profilo dell'autore della lesione, illumina nuovi orizzonti.

Escludendo i casi di ricorso all'uso della forza fisica, l'autotutela resta infatti un meccanismo di difesa particolarmente incisivo. Non è

²⁰ Francamente eccessiva, oltre che giuridicamente inesatta, è l'impostazione di M. FERRARA SANTAMARIA, *La giustizia privata*, cit., p. 100, il quale assegna alla giustizia privata il ruolo di integrazione della giustizia pubblica.

un caso che, se si vanno a guardare le singole ipotesi normative, si tratta per lo più di fattispecie di autotutela privata²¹.

Questa diversa proiezione intende l'autotutela come una conseguenza di una condotta illecita o illegittima.

Compare in tal modo la prospettiva di una finalità di tipo punitivo e/o deterrente.

Invero, rimettendo per intero la reazione difensiva all'attività spontanea del singolo, è probabile che la rappresentazione anticipata dell'esercizio del potere di autodifesa suggerisca al destinatario maggiore prudenza nell'azione.

Almeno quanto a tempistica, poi, egli dovrà escludere tra le alternative possibili l'eventualità di una strategia dilatoria, esito, quest'ultimo, altamente immaginabile nell'ipotesi in cui la vicenda seguisse la via del processo.

In breve, almeno ad un livello razionale, la presenza di un potere di autotutela può rendere meno conveniente la trasgressione della norma.

Infine, il terzo sviluppo dell'autotutela rileva sul piano della tecnica di costruzione della fattispecie.

²¹ Il dibattito sulla problematica ha coinvolto, ad esempio, la caparra confirmatoria, la ritenzione, la clausola penale. In tal senso, cfr. A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 9; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, s.d., p. 125; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, cit., pp. 16 e ss. e 36; A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, cit., p. 273. Critico al riguardo C. M. BIANCA, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 135; Id., *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 20. Sul tema, cfr., anche, F. D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle pene private?*, in *Le pene private*, 1985, p. 3; E. MOSCATI, *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 772 e ss.

Si tratta questa volta di verificare se e come l'introduzione di un potere di autotutela possa giovare alla composizione di un conflitto di interessi, ossia quali vantaggi possono convincere il legislatore a ricorrere all'introduzione di uno strumento di giustizia privata.

La risposta al quesito è contenuta, almeno in parte, in svariati riferimenti di diritto positivo.

Più precisamente, è nelle pieghe della legislazione speciale, dove ipotesi di autotutela privata figurano numerose volte a protezione di talune categorie cd. economicamente deboli.

Lo schema classico è quello dei poteri di recesso.

Sotto questo punto di vista, l'autotutela diviene una risorsa, il cui sapiente e controllato utilizzo fornisce l'occasione, se non altro, di attenuare uno squilibrio mercé la valorizzazione e la sollecitazione di specifici atteggiamenti individuali.

Essa, cioè, riassume una tecnica di regolazione del mercato²².

Per di più, l'immissione di uno strumento di giustizia privata nella disciplina di tali peculiari rapporti permette di invertire la normale cadenza dell'iniziativa processuale nel caso di esito patologico della relazione contrattuale.

L'autotutela, per vero, pur ponendosi al di fuori del processo, non lo esclude in maniera assoluta, perché colui che ne sopporta l'esercizio può sempre ottenere la verifica giudiziale della corretta esplicazione del potere.

²² In tal modo, l'autotutela verrebbe ad arricchire il quadro dei rimedi privatistici utilizzabili in funzione regolatoria. Sulla possibilità ed utilità di assegnare al diritto privato compiti di *enforcement*, cfr. A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., pp. 16 e ss.

Se tanto è vero, dando al soggetto più debole del rapporto la possibilità di tutelarsi da sé, si ottiene in pratica il risultato di caricare la parte economicamente forte dell'onere di percorrere le vie legali qualora paventi l'insussistenza dei presupposti di liceità dell'autotutela. Il che favorisce non solo la stabilità delle contrattazioni, ma anche una migliore distribuzione dei costi.

Questa peculiarità segna un aspetto virtuoso dell'autotutela e apre le porte ad una riflessione di più ampio respiro.

In fin dei conti, attraverso l'attribuzione di uno specifico strumento di autodifesa l'ordinamento confessa il suo favore per una determinata situazione di interesse.

La presenza di un rimedio d'autotutela va in tal modo ad arricchire il quadro di riferimenti normativi a disposizione dell'interprete per verificare la prevalenza tra posizioni giuridiche contrastanti, assumendo così un ruolo determinante in quelle sedi ove occorre operare un giudizio di valutazione comparativa tra più interessi confliggenti²³.

Se poi si guarda al fenomeno da una ottica sempre più lontana dal piano della fattispecie concreta, l'autotutela appare in fondo uno strumento tramite cui il sistema delega ai suoi membri la preservazione di se stesso.

Questo rilievo vale a fondare la possibilità di considerare l'autotutela una tecnica d'incoraggiamento con cui l'ordinamento realizza una funzione che – per riprendere le parole di un autorevole Autore – può definirsi *promozionale*, con tale termine alludendosi

²³ E' quasi superfluo aggiungere che la principale area di riferimento per simili operazioni interpretative sia la responsabilità civile. V. al riguardo, P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 98.

all'idea per cui il ricorso al potere di autodifesa è funzionale allo scopo di ottenere il coinvolgimento del titolare dell'interesse protetto nel ruolo di principale protagonista della tutela²⁴.

In breve, se il sistema persegue l'obiettivo di selezionare e tutelare un determinato interesse, può certamente agire sul trasgressore, garantendo il supporto di un apparato repressivo funzionale all'inflizione del castigo (è la tecnica dello scoraggiamento); ma può anche intervenire sull'agredito, creando le condizioni perché questi ottenga tutela da sé, ossia incentivando la sua spontanea reazione ed assicurandogli i vantaggi, in termini di autosoddisfacimento, del comportamento autodifensivo.

Ciò, ovviamente, estende la nozione di autotutela: in quanto strumento di conservazione di un ordinamento, essa rientra nel concetto di sanzione²⁵.

1.4 Il meccanismo di funzionamento dell'autotutela

È necessario procedere all'illustrazione dettagliata dei tratti costitutivi della figura in esame, i quali, in via di anticipazione, sono da considerarsi:

²⁴ Volendo sviluppare in sintesi questo concetto, ci interessa segnalare che, dal punto di vista della massima astrazione possibile, per il tramite dell'autotutela l'ordinamento riesce a perseguire due finalità complementari. Nell'ottica del soggetto passivo della vicenda, l'ordinamento consegue un fine di carattere protettivo-repressivo, in quanto scoraggia un'azione lesiva di un interesse giuridicamente protetto; nell'ottica dell'autotutelante, invece, stimola il compimento di atteggiamenti individuali socialmente desiderati, vale a dire persegue un fine *lato sensu* promozionale. Il riferimento bibliografico indicato nel testo è all'insegnamento di N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 1313 e ss.

²⁵ Conformemente alla nozione di sanzione acclarata dalla dottrina più autorevole. Cfr. N. BOBBIO, *Sanzione*, *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1976, pp. 452 e ss.

1. l'esistenza di un potere di reazione conferito al titolare del diritto violato o minacciato;
2. l'unilateralità del suo esercizio;
3. la presenza di una lesione attuale (o di un'esposizione a pericolo attuale) ai danni di un interesse rilevante per l'ordinamento giuridico;
4. l'extra-processualità del meccanismo di tutela, ossia la sua alternatività rispetto alle procedure rimediali statuali.

Alla stregua di tali caratteri, l'autotutela può essere definita come *quello specifico potere di reazione, di fonte legale o negoziale, il cui esercizio unilaterale consente al singolo di difendere da sé, ossia senza ricorrere al potere dello Stato, una determinata situazione giuridica meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico di fronte ad una lesione consumata oppure ad un rischio attuale di lesione.*

Il primo, e forse anche il più importante, segno rivelatore della ricorrenza di un potere di autotutela privata è dato dalla comparsa, nella descrizione normativa della fattispecie, di un peculiare meccanismo di respingimento di una lesione o di un tentativo di lesione arrecati ad una posizione giuridica protetta.

Tutte le ipotesi paradigmatiche della figura, infatti, convergono nel rimettere al singolo il potere di salvaguardare da sé i propri interessi. Di modo che, oltre ad essere centro di imputazione di una situazione giuridica rilevante per l'ordinamento giuridico, l'individuo diviene al contempo il soggetto deputato alla difesa dell'interesse di cui è titolare.

Rispetto al diritto di azione che a ciascuno compete a tutela della propria sfera giuridica, l'autotutela si caratterizza per la sua immediatezza, ovvero per l'assenza di mediazione tra il profilo della

lesione, comprensivo della minaccia, e quello della tutela, la quale si risolverà direttamente ed esclusivamente sul piano sostanziale.

L'essenza del farsi giustizia da sé consiste, quindi, nell'attribuzione di un potere di reazione allo stesso soggetto titolare del diritto minacciato.

Ciò spiegherebbe il carattere *tendenzialmente* personale del potere di autotutela, nel senso che, in linea di massima, non vi sarebbe alcunché di assimilabile all'autodifesa laddove manchi questa coincidenza tra il soggetto dell'interesse e il soggetto della tutela.

Il dato non va però esasperato, poiché non è escluso che il soggetto dell'interesse protetto possa scegliere di esercitare il potere di autotutela per il tramite di un rappresentante. Il ricorso allo strumento della rappresentanza non toglie, invero, che la decisione in ordine all'attivazione del potere di autotutela rimanga pur sempre una scelta del titolare dell'interesse rappresentato, il quale rimetterà al rappresentante il *quomodo* dell'esercizio non l'*an*²⁶.

Talvolta, poi, l'elemento sintomatico della presenza di uno strumento di autotutela non è – come vorrebbe una certa dottrina²⁷ – l'attribuzione del potere di autodifesa al titolare della posizione giuridica da difendere, perché può accadere che l'investitura del potere consegua all'appartenenza di fatto delle utilità coinvolte nella vicenda. Di guisa che tale potere verrà conferito al singolo per consentirgli

²⁶ E' chiaro che il riconoscimento di una tale libertà di azione all'istituto della rappresentanza valga soltanto per quella volontaria, di cui ne importerebbe i limiti. Il rappresentante dell'incapace che intercede per impedire la lesione della sfera giuridica del suo rappresentato non compie di certo atti di autotutela ma esercita il suo ufficio privato. Nulla, peraltro, esclude che sia l'incapace stesso ad autotutelare i suoi diritti. Contrario all'ammissibilità della rappresentanza nell'ambito dell'autotutela, C. M. BIANCA, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 132.

²⁷ Cfr. C. M. BIANCA, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 132.

appunto l'appropriazione economica delle prestazioni finali contro chi impedisca la realizzazione di questa spettanza.

A rigore, dunque, non sarebbe possibile escludere dal campo di competenza del fenomeno tutte le ipotesi in cui l'iniziativa difensiva sia volta alla tutela di un diritto tecnicamente altrui.

1.5 Il potere di reazione: natura giuridica e classificazioni

Una tesi ampiamente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza sostiene che i poteri di autotutela avrebbero natura potestativa²⁸.

La concreta attività di autotutela coinvolge, invero, due soggetti. Da una parte, il soggetto attivo della vicenda, autorizzato a produrre da sé ed in via extragiudiziale determinati effetti incidenti sulla sfera giuridica dell'autore del fatto lesivo; dall'altra, il soggetto passivo del rapporto, costretto a subire l'altrui intrusione senza la possibilità di un'ulteriore reazione.

Lo schema evocerebbe, dunque, il modello del diritto potestativo: all'esplicazione del potere di autodifesa farebbe da contraltare lo stato di soggezione dell'altra parte, incapace di sottrarsi alle conseguenze dannose del proprio comportamento illecito.

L'impostazione appare accettabile, a patto che, però, si puntualizzino taluni aspetti.

Non v'è dubbio che moltissimi casi di autotutela replichino la dinamica del diritto potestativo, risolvendosi nell'attribuzione di un

²⁸ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., p. 63; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, cit., p. 16. In giurisprudenza, Cass. civ., 19 aprile 1996, n. 3713, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 779, con nota di A. MANNA. *Contra*, A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., p. 54.

potere di modificazione dell'altrui sfera giuridica. Che poi tale potere consista propriamente nell'esercizio di un diritto oppure nell'adozione in via fatto di un comportamento, ciò non toglie che la sostanza del fenomeno sia l'assoggettamento del responsabile della lesione all'azione dell'autotutelante.

In senso puramente descrittivo, dunque, il riferimento al diritto potestativo può essere di qualche utilità.

Purtuttavia, sono immaginabili ipotesi in cui l'esercizio dell'autotutela, mirando essenzialmente alla difesa passiva del proprio diritto, non produce alcuna modificazione della sfera giuridica dell'aggressore, arrestandosi alla fase del mero respingimento dell'altrui aggressione²⁹. In tali casi, il ricorso allo schema del diritto potestativo risulta improprio.

In definitiva, l'autotutela è in astratto un potere giuridico. Spesso, assume anche la forma del diritto potestativo.

In sintesi, l'autotutela rimette al singolo il potere di attuare da sé la tutela di un interesse; la tecnica di intervento, però, può differire da caso a caso.

Dei poteri di autotutela possono proporsi diverse classificazioni.

Una parte della dottrina ha distinto un'autotutela passiva da un'autotutela attiva³⁰. La prima avrebbe per contenuto una condotta positiva e per risultato un mutamento protettivo nell'attuale situazione di fatto³¹; la seconda, al contrario, avrebbe per contenuto un

²⁹ È il caso, ad esempio, del diritto di ritenzione, dell'eccezione d'inadempimento, della compensazione legale stragiudiziale.

³⁰ La distinzione risale a E. BETTI, *Autotutela (voce)*, cit., p. 529.

³¹ È il caso, ad esempio, della vendita e della compera coattive previste dagli artt. 1515 e 1516 c.c., della legittima difesa, dei recessi di autotutela.

comportamento negativo e per risultato la conservazione dello stato di fatto esistente contro l'altrui pretesa di mutarlo.

A seconda, poi, che la genesi del rimedio sia nella legge o nella volontà delle parti, l'autotutela si suddivide in legale o negoziale.

L'opinione dominante propone al riguardo di distinguere un'autotutela unilaterale (cioè l'autotutela che si realizza per fatto della sola parte interessata, senza previo o contestuale accordo dell'altra parte in conflitto) da un'autotutela consensuale (che si fonda sul preventivo consenso dell'altro soggetto del rapporto giuridico alla cui attuazione è preordinata)³², ma si tratta di un'astrazione che non può condividersi perché, sia pure inconsapevolmente, sovrappone criteri classificatori non omogenei.

Con riferimento al momento dinamico dell'esercizio, l'autotutela è sempre unilaterale, costituendo un potere che opera per il fatto della sola parte interessata. Per questa ragione, se si vuole individuare una formula per designare la facoltà dei privati di dar vita, mediante convenzioni, a poteri di autotutela atipici, il ricorso al binomio *autotutela negoziale* appare di sicuro meno equivoco.

Va, comunque, precisato che se anche per l'autotutela convenzionale è necessaria la previsione della legge, questa si pone pur sempre come fonte indiretta o indirettamente legittimante.

³² Cfr. E. BETTI, *Autotutela (voce)*, cit., p. 532; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., p. 83. Isolata la posizione di L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., pp. 87-88: l'A., invero, ritiene che la sola distinzione degna di validità concettuale sia quella tra autotutela attiva ed autotutela passiva. È evidente che, al di là dell'attendibilità delle singole posizioni, l'accoglimento della tesi secondo cui l'autotutela deve trovare titolo nella legge porta a sostenere l'inammissibilità del concetto di autotutela consensuale (*rectius*: negoziale).

La fonte immediata è, invece, la volontà delle parti contraenti che riconosce ad una di esse od ad entrambe prerogative reattive avverso comportamenti inadempienti.

Sebbene in tutte le ipotesi riferibili all'autotutela sia presente una finalità *lato sensu* difensiva di una situazione giuridicamente rilevante, l'attività di autotutela assume una connotazione diversa a seconda del tipo di risultato cui tende l'esercizio del potere specifico. Ad un elemento costante – la finalità difensiva – si somma in tal modo una componente aggiuntiva, variabile in ragione del diverso esito che consegue all'esplicazione del potere di autodifesa³³. Si avrà così:

a) un'autotutela con prevalente funzione conservativa. In tale sottocategoria rientrerebbero tutte quelle fattispecie in cui l'attribuzione del potere di autotutela si pone in vista della conservazione o assicurazione di una determinata situazione giuridica o di un determinato assetto giuridico contro l'altrui pretesa di violarli. Il comportamento autodifensivo non conduce all'attuazione del diritto lesivo. Piuttosto, assicura all'autotutelante una posizione di forza, la quale può anche fungere da deterrente contro turbative qualificate oppure da stimolo alla cooperazione di controparte. In tal senso sono orientate, ad esempio, le ipotesi di cui agli artt. 748, ultimo comma, c.c., 1006, ultimo periodo, c.c., 1152, secondo comma, c.c., 1460 c.c., 1461 c.c., 2900, secondo comma, c.c.;

³³ La schematizzazione proposta non è tassativa, nel senso che possono darsi strumenti di autotutela in cui una o più delle finalità indicate concorrono. Un esempio è dato dalla materia dei recessi di autotutela, in cui la componente satisfattiva si unisce ad una finalità del terzo tipo. Si ritiene, inoltre, di escludere dalla classificazione qui accolta l'autotutela punitiva, perché la direzione del rimedio alla punizione dell'autore della lesione è un risultato che non appartiene alla prospettiva dell'autotutelante.

b) un'autotutela con prevalente funzione satisfattiva dell'interesse salvaguardato. Si tratta di una caratterizzazione che riassume tutte quelle previsioni in cui l'esercizio del potere di autotutela consente al titolare di realizzare il diritto nel suo contenuto originario. In questo modo operano gli artt. 1515 e 1516 c.c., la cauzione³⁴, la compensazione legale, ed in genere le fattispecie in cui la soddisfazione del creditore pecuniario avviene mediante il ricavato della vendita dei beni del debitore effettuata dal creditore medesimo. E' questa una configurazione assai incisiva, perciò sgradita a quella parte della dottrina convinta dell'idea secondo cui l'autotutela sarebbe diretta a difendere diritti, non a soddisfarli. In realtà, il riferimento, anche per tali esempi, all'autotutela è più che corretto: la finalità difensiva è invariabilmente presente, tant'è che ognuna delle fattispecie menzionate presuppone la lesione o l'esposizione a pericolo dell'interesse tutelato³⁵. Piuttosto, deve essere chiaro che è il tipo di

³⁴ Il meccanismo operativo della cauzione esprime bene il funzionamento dell'autotutela satisfattiva. Nella cauzione, infatti, il creditore fronteggia l'inadempimento del debitore per mezzo di un diritto potestativo di incameramento delle cose consegnate dal debitore. Il procedimento, nelle sue linee programmatiche, è simile a quello che è dato ravvisare con riferimento al tema delle garanzie e non è un caso che, secondo la dottrina che si è occupata dell'argomento, la cauzione sarebbe una forma di garanzia reale in nulla distinguibile dal pegno. Cfr., sul tema, F. MARTORANO, *Cauzione (diritto civile) (voce)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 653; G. TUCCI, *Cauzione (voce)*, in *Digesto*, IV, II, Torino, 1988, pp. 263 e ss. Un analogo risultato funzionale si intravede nelle cd. polizze fideiussorie «a prima richiesta». La diversità starebbe nelle forme di attuazione del diritto lesivo: l'autonomia dell'obbligo del garante rispetto a quello del debitore principale permette al creditore di superare l'inadempimento dell'obbligazione principale attraverso la presentazione della semplice richiesta al terzo garante. Cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed. riveduta e ampliata, Torino, 1995, pp. 206 e ss.; C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 2009, pp. 45 e ss.

³⁵ La precisazione consente di dire che i poteri di recesso non costituiscono rimedi di autotutela se non sono conseguenti alla lesione o alla minaccia di lesione di un interesse meritevole di tutela. I recessi di autotutela, infatti, per essere tali devono essere agganciati a determinati presupposti. Ne discende che i cd. recessi

offesa alla posizione giuridica protetta che conforma il mezzo di autotutela, non il contrario. Il soddisfacimento dell'interesse creditorio è in fondo la modalità specifica tramite cui la parte ottiene tutela, ossia lo sbocco finale dell'attività difensiva, il risultato ultimo di un'aggressione qualificata – l'inadempimento del debitore – la quale, per la permanenza nel tempo degli effetti, esige una reazione calibrata e, soprattutto, efficace;

c) un'autotutela con prevalente funzione reattiva. Qui, l'esercizio del potere di autotutela determina la rimozione forzata di uno stato di fatto pregiudizievole oppure il ripristino dello *status quo*. E' quanto accade in quelle forme di legittima difesa dove l'aggredito restaura lo stato di fatto conforme al diritto³⁶, nel taglio delle radici e dei rami protesi (art. 896 c.c.), nell'uccisione dei volatili altrui che danneggiano il fondo (art. 638, secondo comma, c.p.), nella distruzione dell'opera realizzata in spregio al diritto di proprietà, nei poteri di riscatto nascenti dalla violazione della prelazione legale³⁷. La

di pentimento, come quelli che consentono al consumatore di beni o servizi negoziati fuori della sede dell'impresa o a distanza (art. 64 d. lgs. 2005 n. 206) ovvero all'acquirente di multiproprietà (art. 5 d. lgs. 1998 n. 427) di cambiare idea e liberarsi dal vincolo contrattuale senza indicarne le ragioni, non rappresentano esercizio di autotutela. Così come non è una reazione in autotutela la facoltà di recesso riconosciuta all'associato *ex art. 24 c.c.* in deroga al principio di cui all'art. 1372 c.c., costituendo invece un aspetto più generale della tutela della libertà di associazione. Viceversa, sono riconducibili all'autodifesa i recessi previsti dall'art. 91, secondo comma, d. lgs. 2005 n. 206 e dall'art. 118, secondo comma, d. lgs. 1993 n. 385, così come quelli di cui agli artt. 1464 c.c., 1674 c.c. e 1809, secondo comma, c.c. per citarne alcuni.

³⁶ E' il caso dell'impossessamento della cosa illecitamente sottratta avvenuto immediatamente dopo il fatto lesivo. Cfr. A. MONTEL, *Il principio di autotutela*, in *Giur. agr. it.*, 1958, p. 76.

³⁷ Il retratto può, infatti, essere esercitato anche in via stragiudiziale. Cfr. B. CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977, p. 40; Id., *Riscatto (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1113. In giurisprudenza, v. Cass. civ., 26 ottobre 1994, n. 8789, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 154; Cass. civ., 11 giugno 1987, n. 5084, in *Dir. e giur.*, 1987, p. 548.

lista è destinata ad allargarsi, potendovisi ricomprendere i casi in cui lo strumento di reazione tenda alla risoluzione unilaterale di un rapporto obbligatorio (sul modello dell'art. 1454 o dell'art. 1456 c.c.) oppure alla liberazione coattiva del debitore (art. 1210 c.c.).

Altra distinzione è quella tra autotutela *attiva*, quando ha per contenuto una condotta positiva e per risultato un mutamento protettivo nell'attuale stato di fatto ed autotutela *passiva*, quando ha per contenuto un'omissione e per risultato il mantenimento dello stato di fatto esistente contro l'altrui pretesa di mutarlo.

A seconda, infine, del tipo di elemento della realtà esterna su cui ricade la condotta di reazione, l'autotutela può avere ad oggetto cose, persone oppure rapporti giuridici.

1.6 L'unilateralità dell'esercizio del potere di autotutela

Si è già rilevato che l'esercizio del potere di autotutela è rimesso all'iniziativa unilaterale di chi ne è titolare. E si è pure visto che l'unilateralità dell'esercizio non toglie che il potere di autotutela possa avere origine negoziale.

Dal carattere unilaterale dell'attività di autotutela e dalla qualificazione dell'atto di autotutela in termini di potere giuridico deriva pure che la valutazione in ordine all'*an* dell'esercizio del potere è facoltativa: non esistono vincoli che obblighino il soggetto ad esercitare l'autotutela, al di fuori di una valutazione fondata sulla convenienza di attivare il potere. Il rimedio di autotutela si aggiunge e non si sostituisce alle ordinarie azioni contrattuali³⁸.

³⁸ Conseguentemente, se il venditore non si avvale della vendita in danno di cui all'art. 1515 c.c. resta legittimato ad esercitare ogni altro rimedio per l'inadempimento di controparte. Analogamente, l'autotutela accordata al

L'inerzia dell'autotutelante non può essere dunque fonte di responsabilità, sebbene può in teoria accadere che il mancato esercizio del potere di autotutela da parte del danneggiato valga ad escludere l'obbligo risarcitorio addossato all'autore del fatto lesivo (art. 1227, secondo comma, c.c.).

Il fatto che l'atto di autotutela sia espressione di un potere non vincolato non autorizza ad affermare l'esistenza di un incontrollato potere di pentimento in favore di colui che abbia agito in autotutela. La scelta di esercitare il potere di autotutela è, infatti, un atto irrevocabile, se non alle condizioni generali cui soggiace la revoca del singolo rimedio di autodifesa.

1.7 Il presupposto della lesione o dell'esposizione a pericolo dell'interesse protetto

La causa dell'attribuzione di un potere di autotutela riposa nell'esigenza di superare una lesione o un pericolo di lesione arrecati ad un interesse giuridicamente significativo.

Perché il potere di autotutela sia attivabile, non è quindi necessario che la lesione sia portata a compimento. Molte volte, l'autotutela viene esercitata proprio per cautelarsi contro un pericolo di danno futuro³⁹.

compratore di cose fungibili dall'art. 1515 c.c. configura un rimedio facoltativo che si aggiunge alle ordinarie azioni contrattuali. Il rilievo è pacifico nella giurisprudenza: v. Cass. civ., 26 marzo 1986, n. 2140, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 176. In dottrina, cfr. F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1994, p. 238; G. MIRABELLI, *I singoli contratti: art. 1470-1765 c.c.*, in *Commentario cod. civ.*, 3° ed., Torino, 1991, p. 159.

³⁹ Una funzione preventiva, o di coazione indiretta all'osservanza del vincolo, realizzano l'art. 1460 c.c., l'art. 1461 c.c., l'art. 1481 c.c., l'art. 1482 c.c.,

Per fatto lesivo rilevante ai fini dell'individuazione di un potere di autotutela deve intendersi tanto il momento dell'offesa consumata quanto quello più arretrato del pericolo dell'offesa.

La lesione o il tentativo di lesione potranno, poi, consistere in un fatto dell'uomo o della natura⁴⁰, e il fatto umano, a sua volta, potrà consistere in un comportamento attivo, in un'omissione (l'inadempimento) e finanche in una dichiarazione (la dichiarazione di non volere adempiere quale possibile antecedente dell'eccezione d'inadempimento).

Occorre accertare l'attualità dell'offesa, sotto il profilo della sua concretezza e dell'impossibilità di giustificare l'attività di difesa sulla mera rappresentazione soggettiva della parte che intende avvalersi del rimedio.

Nonostante la dottrina sorvoli sul punto o proponga soluzioni non

le ipotesi di ritenzione legale (tra cui, l'art. 748, ultimo comma, c.c., l'art. 1011 c.c., l'art. 2235 c.c.).

⁴⁰ Parte della dottrina [cfr. C. M. BIANCA, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 132; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., p. 17] ritiene che il significato proprio del termine *tutela* porti ad escludere dal campo di pertinenza del fenomeno qui considerato i fatti lesivi non provenienti dall'azione dell'uomo. L'opinione sarebbe smentita: a) dalla configurazione della legittima difesa come forma di reazione in autotutela non solo contro l'altrui azione dolosa o colposa, ma anche contro il fatto della cosa, dell'animale o del non imputabile [cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile (voce)*, in *Noviss. dig.it.*, XV, Torino, 1968, p. 654]; b) dall'irrilevanza degli atteggiamenti psicologici dell'autore del fatto lesivo, sicché l'attenzione va posta più al risultato della compromissione della sfera giuridica altrui che non alla natura dell'azione lesiva. Se si pensa, inoltre, alla centralità che nei poteri di autotutela assume il meccanismo di attuazione della tutela, totalmente rimesso all'iniziativa del singolo, la conclusione indicata si consolida ulteriormente. D'altronde, va pure detto che per taluni di questi casi sembrerebbe più calzante il riferimento alla norma sullo stato di necessità (art. 2045 c.c.), la quale pone a carico dell'autore del fatto dannoso – la lettera della norma parla di fatto dannoso, non di fatto illecito – l'obbligo di corrispondere in favore del danneggiato innocente un'equa indennità. Per l'esame degli artt. 924 e 925 c.c., tradizionalmente addotti quali esempi di reazione in autotutela contro il fatto della natura.

comprovate⁴¹, a tanto si arriverebbe dalla ricognizione delle fattispecie legali costruite sul modello del pericolo di offesa. Dalle aggettivazioni o clausole generali presenti in talune di esse – quali la notevole importanza dell'inadempimento di cui all'art. 1565 c.c.⁴², la non contrarietà del rifiuto alla buona fede *ex art.* 1460 c.c.⁴³, l'evidente pericolo del conseguimento della controprestazione nell'ipotesi dell'art. 1461 c.c.⁴⁴, la serietà e la concretezza del pericolo di rivendica nel caso dell'art. 1481 c.c.⁴⁵ – parrebbe, infatti, che il legislatore abbia avuto in mente, quale parametro di disciplina, il prototipo della fattispecie a pericolo concreto.

⁴¹ Così emerge da A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, cit., p. 10. L'A., peraltro, riferisce alla posizione di E. BETTI [*Autotutela (diritto privato) (voce)*], cit., p. 529] la tesi secondo cui l'esclusione del requisito dell'attualità della lesione deriverebbe dall'ammissione di un'autotutela attiva di carattere anticipato o prodromico. Ciò appare assolutamente infondato, non comprendendosi perché l'accertamento del carattere attuale dell'offesa non possa operarsi con riferimento ad una fattispecie di pericolo.

⁴² Ciò si desumerebbe *a contrario* dalla lettera della norma. Cfr., al riguardo, G. COTTINO, *Del contratto estimatorio, della somministrazione: art. 1556-1570*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1970, p. 146; C. GIANNATTASIO, *La permuta, il contratto estimatorio e la somministrazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1974, p. 278.

⁴³ Da ciò si deduce che l'inadempimento rilevante *ex art.* 1460 c.c. sia quello giudicato grave ai sensi dell'art. 1455 c.c.. Cfr. Cass. civ., 2 febbraio 2001, n. 1510, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1855; Cass. civ., 10 giugno 1991, n. 6576, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1333.

⁴⁴ “*Ai fini della sospensione cautelativa della prestazione, ai sensi dell'art. 1461 c.c., è indispensabile la dimostrazione di un pericolo attuale ed evidente di perdere la controprestazione [...]*”. Così, Cass. civ., 3 dicembre 1993, n. 12011, in *Vita not.*, 1994, p. 758. Nello stesso senso, Cass. civ., 20 febbraio 2008, n. 4320, in *Giust. civ.*, 2008, 10, p. 2158; Cass. civ., 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Studium Juris*, 2000, p. 85.

⁴⁵ In tal senso, Cass. civ., 7 giugno 2001, n. 7678, in *Giur. it.*, 2008, p. 483, con nota di M. Sesta; Cass. civ., 13 aprile 1985, n. 2463, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1136.

Non è richiesto, invece, un particolare atteggiamento mentale nell'aggressore, dandosi ipotesi in cui l'esercizio dell'autotutela reagisce ad episodi incolpevoli⁴⁶.

In sintesi, il concetto di lesione utile ai fini del discorso sull'autotutela prescinde dal riferimento al danno inteso quale pregiudizio economico o fisico in atto. Piuttosto, rileva un fatto oggettivamente pericoloso, ossia un fatto, che ad una valutazione in concreto, sia suscettibile di pregiudicare la conservazione di una situazione giuridica protetta oppure l'acquisizione di una dovuta utilità futura.

Sfugge ad una nozione tecnica di autotutela il caso in cui la reazione difensiva consegua ad una lesione autorizzata. L'autorizzazione può provenire dalla legge oppure dal consenso dello stesso soggetto che vorrebbe poi ricorrere al potere di autotutela, a meno che, in questa seconda ipotesi, l'esercizio del potere di autodifesa non sia stato preceduto dalla revoca legittima del consenso precedentemente prestato.

1.8 La situazione giuridica protetta

⁴⁶ Ad esempio, è pacifico che il giudizio sulla notevole importanza dell'inadempimento *ex art. 1565 c.c.* non sia legato alla valutazione del dolo o della colpa dell'inadempiente [v. G. COTTINO, *Del contratto estimatorio, della somministrazione: art. 1556-1570*, cit., p. 128]; che l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. possa essere sollevata anche nei confronti del contraente il cui inadempimento sia incolpevole [cfr., L. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento (art. 1460-1462)*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1988, pp. 18 e ss.]; che, ai fini della legittimità della sospensione di cui all'art. 1461, il mutamento delle condizioni economiche della controparte rileva anche quando sia incolpevole [cfr. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato Rescigno*, vol. X, Utet, Torino, II ed., 1993, p. 683].

L'esercizio dell'autotutela è funzionale alla protezione di una situazione di interesse giuridicamente rilevante, che non si identifica per forza di cose con il diritto soggettivo.

E' possibile, infatti, concepire l'autotutela con riguardo ad altre situazioni di vantaggio, quali l'aspettativa⁴⁷ o il possesso. Talvolta, assume rilievo la considerazione di un interesse in quanto momento singolo della posizione complessiva assunta da un soggetto nell'ambito di un determinato rapporto giuridico (basti pensare alle fattispecie di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c.).

Non vi sono limitazioni legate alla tipologia del diritto salvaguardato, essendo tutelabili per il tramite dell'autodifesa i diritti della personalità, i diritti reali e i diritti di credito⁴⁸.

A misura poi che si ritenga di estendere il campo di applicazione della norma di cui all'art. 2044 c.c. oltre il terreno naturale dei diritti

⁴⁷ Cfr. l'art. 1356 c.c. La situazione soggettiva che si origina dal contratto condizionato a favore del soggetto che ha interesse all'avverarsi o al non avverarsi dell'evento futuro ed incerto è detta aspettativa. Secondo alcuni, l'aspettativa, pur non essendo un pieno diritto soggettivo, rappresenta comunque una posizione strumentale tutelata in modo distinto rispetto alla (eventuale) posizione finale [C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Milano, 2000, p. 552]; altri, invece, parlano di un diritto di aspettativa pienamente trasmissibile a titolo successorio [A. FALZEA, *Condizione (voce)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, p. 5]; altri ancora, infine, negano che l'aspettativa sia una situazione giuridica autonoma: nel contratto condizionato, gli atti di disposizione avrebbero ad oggetto il diritto futuro [R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto (voce)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 226].

⁴⁸ Secondo parte della dottrina, dall'osservazione delle singole ipotesi di autotutela previste dal legislatore emergerebbe un dato statistico: la prevalenza di fattispecie poste a tutela dell'interesse creditorio alla regolare attuazione del rapporto obbligatorio rispetto a quelle poste a presidio dei diritti assoluti e delle rimanenti posizioni di vantaggio. In tal senso, cfr. L. BIGLIAZZI Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., p. 91.

assoluti, i confini del sistema auto-protettivo sono destinati a dilatarsi⁴⁹.

La dubbia menzione, tra i casi di autotutela legale, dello sciopero quale mezzo di tutela del lavoro subordinato⁵⁰, non impedisce di

⁴⁹ Quanto ai diritti di credito, i dubbi derivano dall'equivoca formula dell'art. 2044 c.c. la quale esonera dalla responsabilità colui il quale cagiona il danno per legittima difesa di *sé* o di *altri*. L'ostacolo deve, però, ritenersi superato, considerato che l'articolo, secondo l'opinione unanime, rinvia implicitamente alla nozione penalistica di legittima difesa, nozione che non distingue a seconda del carattere personale o patrimoniale del diritto minacciato [in questo senso, cfr. A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti: art. 2043-2059*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1993, p. 43; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti: art. 2043-2059*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1993, p. 289; P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 1998, pp. 227 e ss.. In giurisprudenza, Cass. civ., 16 febbraio 1978, n. 753, in *Arch. civ.*, 1978, p. 762; Cass. civ., 26 novembre 1976, n. 4487, *ivi*, 1977, p. 570; Cass. civ., 22 ottobre 1968, n. 3394, in *Foro it.*, 1968, I, p. 2673]. La conclusione sarebbe quella di giustificare la reazione del creditore a fini esclusivamente conservativo-cautelari ma non quella mirante alla realizzazione coattiva della pretesa creditoria [in questi termini, L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, cit., pp. 50-51, la quale cita l'esempio del creditore che, allo scopo di impedire la distruzione, minacciata dal debitore, della *res* dovutagli, prima ancora di chiedere un provvedimento d'urgenza *ex artt. 700 e ss. c.p.c.*, sottrae la cosa al debitore.]. Il superamento del divieto generale di autotutela potrebbe comunque costituire un argomento decisivo per ammettere definitivamente l'estensione della norma sulla legittima difesa ai diritti di credito.

⁵⁰ Per l'opinione favorevole ad inquadrare il diritto di sciopero ed il contratto collettivo di lavoro nel quadro dell'autotutela sindacale, cfr. F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, cit., p. 36. In senso contrario, L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela: II) diritto civile*, cit., p. 3, la quale dubita della riconducibilità dello sciopero all'interno della categoria in esame per l'assenza di quell'immediatezza di risultati che costituisce il *proprium* dell'autotutela: in quanto strumento di lotta sindacale, lo sciopero esulerebbe dall'idea di autodifesa. In questo secondo senso, cfr. anche C. M. BIANCA, *Autotutela (diritto privato) (voce)*, cit., p. 140. Alla luce di tali note, riteniamo che uno spazio per un concetto appropriato di *autotutela sindacale* esista. Esso sarebbe dato da quelle forme di reazione collettiva poste in essere dai lavoratori (a) con modalità non violente e (b) come mezzo per far fronte ad una lesione effettiva o ad un pericolo attuale di lesione. Diversamente, si avrebbero soltanto forme di rivendicazione sindacale o salariale dotate di un significato esclusivamente politico. Quanto alla qualificazione dell'occupazione dei luoghi di lavoro quale strumento di autotutela, si è espressa in senso positivo, seppur subordinando il fenomeno a determinate condizioni, L. BIGLIAZZI GERI,

formulare l'ipotesi di un'autotutela diretta alla protezione di interessi collettivi o appartenenti a gruppi ristretti⁵¹.

Inoltre, benché la ritenzione prevista dall'art. 2034 c.c. possa considerarsi una forma di autodifesa, deve escludersi l'eventualità di una diversa reazione in autotutela con riferimento alle obbligazioni naturali.

Decisiva, al riguardo, pare la lettera della norma, esplicita nel ritenere l'irripetibilità di quanto sia stato spontaneamente pagato in esecuzione di doveri morali o sociali l'unico effetto dell'obbligazione naturale⁵².

Nulla impedisce, infine, di ipotizzare che l'interesse finale preservato mediante la previsione di un potere di autotutela sia di tipo

L'occupazione d'azienda come possibile forma di autotutela, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1988, p. 292. Per un ulteriore approfondimento, v. *infra*.

⁵¹ In questo senso, a nostro giudizio, va letta la previsione di cui all'art. 24, terzo comma, c.c.. Il potere dell'assemblea di escludere l'associato in presenza di *gravi motivi* è, invero, una modalità di difesa del gruppo contro le violazioni dei diritti associativi perpetrate dal singolo.

⁵² Alla medesima conclusione potrebbe giungersi muovendo dalla tesi secondo cui l'obbligazione naturale esula dal novero degli obblighi giuridici. A favore dell'impostazione che, sia pure con sfumature diverse, nega qualsiasi equiparazione delle obbligazioni naturali alle obbligazioni giuridiche, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, 2^a ed., Milano, 1948, pp. 386 e ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, vol. IV, Milano, 1993, pp. 783 e ss.; M. DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946, pp. 72-73; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, vol. I, rist. inalt., Milano, 1968, pp. 104 e ss.; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, sub *art. 2034*, Bologna-Roma, 1981, pp. 309 e ss.; U. MORI CHECCUCCI, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, Genova, 1947, pp. 76 e ss.; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 47, il quale parla comunque di una giuridicità potenziale; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 261. Sotto la vigenza del codice abrogato, cfr. P. BONFANTE, *Il concetto dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, II, pp. 360 ss.; E. FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, I, Bologna, 1920, pp. 19-20.

non patrimoniale. Ciò, peraltro, in coordinamento sistematico con la disposizione dell'art. 1174 c.c.

1.9 L'alternativa dell'autotutela rispetto al processo

Ultimo fra i caratteri propri dell'autotutela, ma non in termini di importanza, è il suo porsi al di fuori del processo.

L'autotutela è, invero, tutela attuata direttamente dall'interessato. Sicché l'intervento del giudice – lo si è già anticipato – si pone come un momento soltanto eventuale, e comunque non costitutivo della fattispecie.

La sentenza emessa nel giudizio instaurato su iniziativa del destinatario del potere di autotutela avrebbe così un contenuto dichiarativo, in quanto sarebbe l'esito dell'accertamento della sussistenza o meno dei presupposti per il legittimo esercizio del potere stesso.

Ciò confermerebbe la qualificazione dell'autotutela in termini di potere *non imparziale*. Di modo che gli attributi della giurisdizione – imparzialità, terzietà, parità delle parti, contraddittorio – verranno recuperati nella fase successiva del controllo della corretta esplicazione del potere privato.

1.10 L'autotutela della Pubblica Amministrazione. Precisazioni

Prima di chiudere questo primo capitolo, sembra inevitabile ricordare come il fenomeno dell'autotutela abbia avuto ben altra considerazione sul piano del diritto amministrativo.

A conferma di ciò, è curioso che persino tra gli addetti ai lavori la sola menzione del termine autotutela riporti in modo quasi automatico al dibattito tuttora in corso tra gli studiosi del diritto

amministrativo, dimenticando del tutto che esiste la prospettiva del diritto privato.

Segno di questa maggiore generosità nei confronti del problema è l'imponente produzione letteraria offerta in materia dalla pubblicistica⁵³.

L'indagine fin qui condotta ha, invece, presupposto l'esistenza di un rapporto di parità tra i soggetti coinvolti dalla vicenda di autotutela.

Proprio per questa ragione, la considerazione dell'attività di autotutela compiuta dalla Pubblica Amministrazione in veste di autorità esula dalla presente riflessione.

Benché in senso puramente descrittivo l'autotutela amministrativa condivide con l'omologa categoria privatistica il fatto di essere una tutela attuata dallo stesso interessato, la prima mette in

⁵³ Cfr., tra i vari contributi, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri impliciti*, Milano, 2001, pp. 379 e ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 539 e ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela: I) Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, pp. 1 e ss.; A. LIBERATI, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006; M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa: principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006. Recentemente, L. M. CARUSO, *Potere di autotutela, principio di affidamento e discrezionalità della pubblica amministrazione. Il potere di annullamento in via di autotutela attribuito alla p.a.*, commento a Tar Trento, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Giur. merito*, 2010, fasc. 5, pp. 1400 e ss.; A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, commento a Tar Trentino Alto Adige, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Foro amm. TAR*, 2010, fasc. 3, pp. 802 e ss.; C. DI SERI, *L'annullamento d'ufficio "doveroso". Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela "vincolata"*, in *Giustamm.it*, pubblicato il 3/02/2010; F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2, pp. 439 e ss.; G. IANNI, *Pubblica amministrazione e obbligo di motivazione dei provvedimenti: gli oneri gravanti sulla p.a. in caso di preavviso di rigetto ed annullamento in via di autotutela. Intensità dell'obbligo di motivazione gravante sulla p.a.*, commento a Tar Lazio, 27 novembre 2009, n. 11946, in *Giur. merito*, 2010, fasc. 4, pp. 1100 e ss.; R. PERTICARARI, *Annullamento in via di autotutela e interesse pubblico*, commento a Cons. di Stato, 8 febbraio 2010, n. 592, in *Urb. e app.*, 2010, fasc. 6, pp. 714 e ss.

campo problematiche diverse da quelle sollevate dal dibattito sull'autotutela privata.

Basta scorrere la disciplina dell'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*) e della revoca dell'atto amministrativo (art. 21-*quinquies*) contenuta nella legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241 del 1990), per accorgersi rapidamente che le condizioni dettate dal legislatore per la legittimità dei relativi provvedimenti amministrativi spostino la riflessione altrove.

Questo non significa che il discorso sull'autotutela privata non sia in grado di intercettare la sfera giuridica dell'Amministrazione, ma che i due poli potranno toccarsi solo quando l'azione autodifensiva del pubblico potere percorra i binari del diritto privato, ossia quando la Pubblica Amministrazione, spogliatasi della veste di pubblica autorità, agisca in condizione di parità con il privato.

Ciò vuol dire che la Pubblica Amministrazione potrà adottare provvedimenti amministrativi di autotutela inquadrabili sotto gli schemi del diritto amministrativo e, al contempo, porre in essere atti di autotutela collocabili all'interno del diritto privato⁵⁴.

⁵⁴ L'assunto sembra condiviso pure dal legislatore, come emerge dall'art. 21-*sexies* legge 1990 n. 241. Questa norma disciplina il recesso unilaterale dal contratto della Pubblica Amministrazione, subordinandolo al principio di legalità o all'esplicita previsione pattizia. La disposizione citata, espressamente distinta da quelle sulla revoca e sull'annullamento d'ufficio, pare essere la sede appropriata da cui muovere per ragionare su di un'autotutela privata dell'Amministrazione Pubblica. È importante, però, precisare che, una volta esclusa la ricorrenza di un potere pubblico di autotutela, e dunque rimanendo nell'ambito di rilevanza di un potere privato, non ogni recesso esercitato dalla parte pubblica di un contratto è, per ciò solo, di autotutela privata. Affinché sia legittimo il riferimento all'autodifesa privata, occorre accertare rigorosamente la presenza dei presupposti costitutivi della figura. In breve, la natura privata dell'atto di esercizio della facoltà del recesso è una circostanza necessaria ma non sufficiente perché possa parlarsi di autotutela privata.

La distinzione, peraltro, non è solo concettuale. Essa rileva tanto ai fini della definizione dei presupposti della categoria di riferimento e della disciplina applicabile, quanto ai fini dell'individuazione del giudice competente.

1.11 Autotutela individuale e collettiva

All'interno del diritto del lavoro trova cittadinanza la manifestazione più rilevante, nonché costituzionalmente riconosciuta, delle forme di autotutela collettiva, cioè lo sciopero⁵⁵. Tuttavia, le questioni interpretative sollevate dalle forme di lotta sindacale sono diverse, e non pienamente sovrapponibili, ai problemi che pongono le tecniche di autotutela nella loro dimensione individuale⁵⁶.

Sotto il profilo definitorio l'autotutela individuale è stata configurata come strumento, riconosciuto dall'ordinamento al suo titolare, <<di provvedere a conservare ed attuare quello stato di fatto che sia conforme al suo diritto insoddisfatto o minacciato>>⁵⁷. La descrizione, per quanto sintetica, chiarisce bene la distanza concettuale rispetto all'ipotesi dello sciopero. È noto infatti che il diritto all'astensione collettiva dal lavoro non è riconosciuto, almeno direttamente, quale strumento di risposta all'insoddisfazione o alla

⁵⁵ Sull'autotutela collettiva si rinvia a F. SCARPELLI, *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, 1993; M. T. CARINCI, *Fondamento, caratteri e finalità del diritto di sciopero*, in *Le Fonti. Il diritto sindacale*, a cura di C. ZOLI, Utet, 2007, vol. I, 569 ss.

⁵⁶ V. Cap. II.

⁵⁷ Così E. BETTI, voce *Autotutela (Diritto privato)*, ED, IV, 1959, 529 ss. Sull'autotutela nel diritto privato cfr. C.M. BIANCA, voce *Autotutela*, ED, Agg., IV, 2000, 130 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Autotutela (diritto civile)*, EGT, XX, 1988, 1 ss.; F. REALMONTE, voce *Eccezione di inadempimento*, ED, XIV, 1965, 213 ss.

violazione di un interesse giuridico altrui⁵⁸. Piuttosto, esso costituisce un presidio generale a garanzia dell'attività sindacale e al suo principale prodotto, ossia il contratto collettivo.

In questa prospettiva l'autotutela diviene la tutela posta in essere dal sindacato, attraverso la sua azione complessiva, degli interessi dei propri associati, attuali o potenziali.

Di norma, quindi, la distinzione tra forme di lotta collettiva e mezzi di autotutela individuale è facilmente percepibile. Va tuttavia considerato che in determinate ipotesi – tipicamente l'astensione plurima dal lavoro in risposta al mancato pagamento delle retribuzioni – diventa molto più difficile tracciare una nitida linea di confine tra sciopero e forme di autotutela individuale come l'eccezione di inadempimento. In questi casi una diversificazione del fenomeno basata sulla rilevanza dell'interesse, collettivo o individuale, che è sotteso all'astensione, non pare utile ai fini qualificatori, riducendosi piuttosto a una convenzione nominalistica.

Si intende dire, cioè, che vicende del genere andranno differenziate sulla base di criteri di tipo prevalentemente empirico, piuttosto che attraverso l'adozione di quegli schemi tradizionali che fanno riferimento alla titolarità del diritto di sciopero o alla natura dell'interesse che si intende tutelare.

Confermano tale conclusione alcune vicende emerse soprattutto nell'area dei servizi pubblici essenziali⁵⁹, tenuto conto che da un lato, ove si inquadri la condotta dei lavoratori come eccezione di inadempimento, si rischia di offrire un grimaldello per eludere la

⁵⁸ Cfr. F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro cit.*, 32.

⁵⁹ Cfr. da ultimo M. TIRABOSCHI, *Diritto di sciopero ed eccezione di inadempimento*, in *DRI*, 2008, 1210.

disciplina vincolistica della l. n. 146/1990, mentre dall'altro, scegliendo di configurare la fattispecie come sciopero, si cade nell'insidia opposta di colpire il lavoratore per due volte sul piano retributivo.

La posizione della Commissione di Garanzia, più volte chiamata a valutare episodi del genere, è netta circa la necessità di utilizzare indicatori empirici, piuttosto che i criteri giuridici tradizionali. Così, indipendentemente dalla qualificazione formale, azioni conflittuali come quelle sopra considerate rientreranno di norma nel campo di applicazione della l. n. 146/90, perché idonee a recare un potenziale pregiudizio agli utenti dei servizi pubblici essenziali⁶⁰.

Viceversa, si verserà nell'ipotesi dell'eccezione di inadempimento quando il rifiuto delle prestazioni non sia intermittente e a scelta dei lavoratori, ma continuo fino all'adempimento della controparte e sempre che ricorrano altre circostanze materiali come la breve durata o la mancata proclamazione di uno sciopero da parte delle OO. SS. interessate⁶¹.

⁶⁰ Cfr. delibere nn. 342 del 1998 e 05/10 del 2005, consultabili sul sito www.commissione-garanziasciopero.it, secondo cui «il ritardo nel pagamento degli stipendi, o di altri emolumenti, non è, di per sé, una motivazione tale da esimere le organizzazioni sindacali ed i lavoratori dal rispetto della legge n. 146 del 1990». Della gravità dell'inadempimento datoriale potrà semmai «essere tenuto conto, da parte della Commissione, nella valutazione del comportamento delle parti ai sensi dell'art. 4-*quater* della suddetta legge».>>

⁶¹ Cfr. delibere nn. 367 e 379 del 2008, in www.commissione-garanziasciopero.it, relative all'astensione di gruppo di lavoratori dipendenti da due consorzi, che, a fronte di un ritardo nella corresponsione delle retribuzioni, hanno qualificato il loro comportamento in termini di eccezione di inadempimento, al fine di non perdere ulteriormente la retribuzione.

In particolare, la questione è venuta in rilievo nelle occasioni di sciopero degli straordinari⁶²: nei relativi provvedimenti di valutazione, affermato in generale che l'astensione dal lavoro straordinario disposta dai lavoratori su iniziativa del sindaco costituisce uno sciopero al quale sono applicabili le norme della legge 146/1990, si è precisato, tuttavia, che, se la richiesta di straordinario è illegittima, allora non si ha sciopero, ma astensione collettiva dal lavoro sottratta alla applicazione della legge⁶³.

La Commissione, tuttavia, opportunamente sottolinea che, ai fini di escludere l'applicazione delle norme sugli scioperi, è necessaria una espressa qualificazione, da parte dei lavoratori, dell'astensione, come esercizio dei poteri di autotutela civile e non come sciopero⁶⁴.

Del tutto diversa è stata, però, la valutazione operata dalla Commissione di Garanzia per il caso di uno sciopero motivato come

⁶² Cfr., ad es., la delibera n. 97/136-14.5, 6 febbraio 1997, nonché del n. 02/34, 21 febbraio 2002.

⁶³ Da ultimo, la delibera n. 03/107, 19 giugno 2003, dando atto che l'orientamento riferito nel testo si era ormai consolidato nelle valutazioni sino a quel momento formulate, così si è espressa: <<la Commissione di garanzia ha costantemente considerato sciopero l'astensione dal lavoro straordinario quando esso è "legittimamente richiesto", reputando altresì dirimere la qualificazione del rifiuto di prestazioni straordinarie come forma di astensione ovvero come somma di rifiuti individuali di prestazioni lavorative ritenute non dovute (cfr. del n. 97/136; del n. 02/34; del n. 02/76)>>. Tale posizione è stata infine scolpita nella del. <<di indirizzo>> n. 03/130, 11 settembre 2003.

⁶⁴ Cfr., ad es., la delibera del n. 97/136-14.5, cit., secondo cui una forma di ricorso collettivo alla eccezione di inadempimento potrebbe riconoscersi <<solo nel caso in cui [l'astensione] sia specificamente motivata quale reazione alle richieste dello stesso lavoro straordinario, configurandosi in tal caso (e solo in tal caso) non una forma di sciopero ma un rifiuto collettivo di prestazioni ritenute non dovute>>. Analogamente, nell'ordinamento tedesco, si chiede che l'astensione sia da subito ricondotta alla eccezione individuale: cfr. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 276 dell'ed. italiana. Una simile precisazione appare quanto mai opportuna al fine di evitare che si debba poi *ex post* ricostruire il titolo della astensione dei lavoratori, venendo meno a quella caratteristica di conformità a buona fede che appare come una cifra caratteristica dell'intero istituto (cfr. *infra*, nel testo).

reazione al mancato pagamento delle mensilità scadute di retribuzione: a riguardo si afferma nella delibera n. 98/342, 18 giugno 1998, che: <<il ritardo nel pagamento degli stipendi, o di altri emolumenti, non è di per sé una motivazione tale da esimere le Organizzazioni sindacali ed i lavoratori dal rispetto della legge n. 146/1990, in particolare con riferimento al termine di preavviso>>.

In tale ipotesi, tuttavia, la Commissione, valutando l'azione come <<sciopero illegittimo>>, ha aggiunto che: <<il ritardo nel pagamento delle retribuzioni costituisce una causa di insorgenza del conflitto della quale la Commissione deve tener conto, ai fini delle valutazioni ad essa rimesse dall'art. 13, lett. c), della legge n. 146/1990>>, di modo che i Garanti hanno deciso <<di astenersi dalla valutazione negativa>> circa il comportamento tenuto dalle organizzazioni sindacali⁶⁵.

In altri termini, mentre la Commissione non sembra ammettere che possano sussistere astensioni sottratte al suo controllo, quando si tratti di giustificare una reazione dei lavoratori all'inadempimento datoriale relativo all'obbligazione retributiva, la soluzione adottata è stata differente quando si sia trattato di reagire ad un ordine datoriale illegittimo. La differenziazione enunciata dall'Organo di Garanzia si riflette, in verità, nel pensiero di uno studioso che, in passato, ne è stato componente, secondo il quale: <<il rifiuto di prestazioni non dovute va distinto dall'eccezione di inadempimento>>, di modo che <<se l'eccezione [di inadempimento] è collettiva, è sempre configurabile uno sciopero sottoposto alla disciplina sua propria>>.

⁶⁵ Negli stessi termini, cfr., altresì, del n. 98/600, 1° ottobre 1998 e del n. 99/192-10.18; si tenga conto che in un caso l'inadempienza si era protratta per 16 mesi.

mentre al contrario i vincoli di legge non producono effetto quando si tratti di resistere, anche collettivamente, ad un ordine illegittimo⁶⁶.

La differenziazione, pur autorevolmente proposta, fra rifiuto di obbedienza ed eccezione di inadempimento, tuttavia, non sembra convincente, innanzi tutto a motivo del fatto che, sul piano della rilevanza dei comportamenti datoriali, non si comprende perché il mancato pagamento della retribuzione dovrebbe apparire come inadempimento meno grave dell'ordine illegittimo, sicché solo le astensioni che reagiscano al secondo si collocherebbero al di fuori dell'area regolata dal legislatore della legge n. 146/1990. In verità, la comune esperienza insegna che non è sempre facile decidere *a priori* circa la legittimità di un ordine (non solo in relazione all'orario, come spesso è avvenuto nei casi esaminati dalla Commissione, ma altresì in tema di mansioni o trasferimento) di modo che apparirebbe oltremodo curioso che a fronte di un inadempimento conclamato (il mancato pagamento della retribuzione) non si possa agire in via di autotutela e, viceversa, in un caso nel quale l'accertamento della violazione appare *ex ante* più difficile, sia senz'altro legittimata l'astensione in forza di un titolo autonomo e differente dallo sciopero.

Chiamata a dare una valutazione riguardo ad astensioni che, già secondo la proclamazione, si qualificavano come esercizio aggregato di autotutela individuale, in risposta al preventivo inadempimento datoriale, la Commissione, nelle sue pronunzie più recenti, ha arricchito le proprie valutazioni con argomenti ulteriori rispetto a quelli prima esaminati.

⁶⁶ Cfr. A. VALLEBONA, *La regolazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Torino 2007, p. 79; riguardo a tale volume cfr. i commenti di Magnani, Cella, Ballestrero, Magrini, Iorio, Santoni, Tiraboschi e Zoppoli, in <<*Dir. rel. ind.*>> 2008, 1, p. 39 ss.

Così, con riferimento ad un caso di mancato pagamento delle retribuzioni già maturate, la Commissione ha ritenuto che, perché il richiamo alla eccezione potesse considerarsi legittimo, i lavoratori, una volta sollevata l'eccezione, non potessero poi desistere dal loro atteggiamento astensionistico, dovendo mantenerlo sino al momento dell'effettivo esatto adempimento da parte del datore. Sul presupposto che <<per integrare la fattispecie dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. il rifiuto della prestazione non potrebbe essere intermittente e a scelta dei lavoratori ma continuo sino all'adempimento della controparte>>, la conclusione è stata dunque nel senso che, essendosi interrotta l'attività di astensione, non vi era stato in concreto un legittimo esercizio dell'*exceptio inadimpleti contractus*, e dunque la fattispecie posta in essere non poteva che rientrare nell'ambito di applicazione delle norme della legge n. 146/1990, che dovevano di conseguenza considerarsi violate⁶⁷.

La Commissione, enuncia, quindi, il requisito della continuità della condotta di colui che eccepisce, che non si rintraccia nelle previsioni del codice e che non sembra corrispondere alla intima natura dell'*exceptio*.

Nulla quaestio, invece, quando la dimensione individuale e quella collettiva restino chiaramente distinte. Qui la differenza è netta anche sotto il profilo dei rimedi, atteso che in caso di sciopero gli strumenti più efficaci per la tutela dell'interesse collettivo sono affidati direttamente al sindacato, sotto forma di misure inibitorie e ripristinatorie, come avviene nel caso dell'art. 28 St. Lav.

⁶⁷ Così del. n. 08/266 e del. n. 08/267, 29 maggio 2008. Anche in questo caso il pensiero del relatore trova sviluppo in sede scientifica: a riguardo cfr. M. TIRABOSCHI, *Diritto di sciopero ed eccezione di inadempimento*, <<Dir. rel. ind.>> 2008, p. 1210 ss.

Nel caso dell'autotutela individuale, invece, la situazione è abbastanza diversa, perché l'effetto inibitorio o ripristinatorio può essere ottenuto direttamente dal singolo e in via stragiudiziale. Si pensi proprio all'eccezione di inadempimento, che assolve principalmente una funzione difensiva, consistente nel preservare l'equilibrio del sinallagma contrattuale dalle perturbazioni imputabili al comportamento scorretto altrui.

In conclusione, è allora possibile sottolineare le differenze tra la nozione di autotutela intesa come mezzo unilaterale per la protezione degli "interessi" del singolo e l'autotutela collettiva dei rapporti di lavoro.

In primo luogo, l'autotutela costituzionale in tema di lavoro è solamente collettiva, mentre quella riconosciuta dalle leggi sull'ordinamento privato è meramente singolare, anche se non può escludersi un esercizio congiunto o "accorpato".

In secondo luogo, come si è detto, l'autotutela privata non esclude l'intervento del giudice ma semplicemente lo pospone, mentre l'autotutela collettiva lo esclude *in toto*, sia nella forma dello sciopero che in quella del contratto collettivo, poiché spetta al sindacato stesso decidere dei propri obiettivi, che rimangono del tutto estranei ad ogni tipo di controllo giudiziale.

In terzo luogo, l'autotutela collettiva non tutela posizioni giuridiche già esistenti ma meri interessi o aspettative, sebbene rivestiti dalle previsioni costituzionali da speciali prerogative, quanto ai mezzi utili alla loro affermazione nei confronti di controparte.

In quarto luogo, l'esercizio del diritto di sciopero non dà diritto al pagamento della retribuzione, mentre nel caso di autotutela

individuale non viene meno l'obbligo del datore di corrispondere la retribuzione, a motivo del fatto che egli cade in *mora accipiendi*⁶⁸.

1.12 L'eccezione di inadempimento: natura giuridica, fondamento e funzione

Nei contratti con prestazioni corrispettive, secondo quanto dispone l'art. 1460 c.c., ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altra non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la sua, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto.

Il contraente fedele che intenda mantenere in vita il rapporto contrattuale, a fronte dell'altrui inadempimento, può opporre il suo rifiuto ad eseguire la sua prestazione.

L'eccezione di inadempimento⁶⁹ costituisce, quindi, manifestazione di un particolare potere in virtù del quale è consentito,

⁶⁸ V. Cap. II.

⁶⁹ A riguardo, per l'eccezione di inadempimento, G. SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, in *Annali Univ. Palermo*, 8, 1921, 75 ss.; G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1934, 149 ss.; G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1942 (il volume è stato ripubblicato anche nella collana *Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino*, 16, Jovene, Napoli e quale vol. II dell'*opera omnia*, G. AULETTA, *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2001); F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, *Enc. Giur.*, XIV, 1965, 222 ss.; A. DI MAIO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 234 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, *L'attuazione*, Giuffrè, Milano, 1946, 1168 ss.; G. PERISCO, *L'eccezione di inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1955; A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, 1960, 355 ss.; F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, 1964, 225 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1974; EAD., *Della risoluzione per inadempimento*, t. II, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli–Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1988; EAD., *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, 1991, 337; B. GRASSO, *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc.*

a colui che nell'ambito di un rapporto obbligatorio con prestazioni corrispettive riveste la doppia qualità di debitore e di creditore, di paralizzare l'altrui pretesa di fronte all'inadempimento o alla mancata offerta contestuale di adempimento.

L'istituto, pur affondando le proprie radici nel diritto romano e pur trovando ampio sviluppo nel diritto intermedio⁷⁰, non è stato previsto nel codice napoleonico.

Il principio *inadimplenti non est adimplendum* ha, però, trovato applicazione in tema di vendita nel codice civile del 1865 e in quello del commercio del 1882 ed infine è stato introdotto nell'attuale codice civile.

Secondo l'orientamento interpretativo prevalente⁷¹, l'eccezione avrebbe natura sostanziale e non processuale, cosicché la stessa

priv., sez. civ., vol. VII, 1991, 337; B. GRASSO, *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto*, Esi, Napoli, 1973; A. SATURNO, *L'autotutela privata*, Esi, Napoli, 1995; C.M. BIANCA, *Eccezione di inadempimento e buona fede*, in *Il contratto. Silloge in onore di Oppo*, Cedam, Padova, 1992, 515-533; P.M. VECCHI, *L'eccezione di inadempimento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, 378-397. Nelle opere che si occupano del contratto in generale, cfr. D. BARBERO (rielaborato da LISERRE e FLORIDIA), *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Utet, Torino, 1988 (I ed. 1950); G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, 1959, 490 ss. (ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1973, con prefaz. Di P. RESCIGNO); R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, vol. IV, 2, III ed., Vallardi, Milano, 1977, 272 ss.; GIU. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, vol. IV, 2, *Delle obbligazioni*, Utet, Torino, 1967, 500 ss.; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato Rescigno*, vol. X, Utet, Torino, II ed., 1993, ed ora R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 1993, t. II, 640 SS. (e da quest'ultima edizione le citt., ove non diversamente indicato). Altresì cfr. A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, 1969, 126 ss.

⁷⁰ Cfr. l'ampia ricostruzione di SCADUTO, op. cit., 80.

⁷¹ In tal senso, in giurisprudenza, Cass. civ., 28 aprile 1986, n. 2923, in *Giust. civ.*, 1987, I, 919; e, più di recente, Cass. civ., 26 maggio 2003, n. 8314, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5, che comunque ammette la possibilità di dedurre

sarebbe ammissibile anche in ambito stragiudiziale, rendendo legittimo un rifiuto della prestazione altrimenti non consentito.

Infatti, normalmente l'eccezione di inadempimento, legata al momento dell'attuazione del rapporto contrattuale, viene fatta valere fuori dal processo e prima che venga promossa la controversia.

Il fondamento logico- giuridico del potere riconosciuto dall'art. 1460 c.c. di paralizzare la pretesa della controparte, come reazione al suo inadempimento o alla mancata offerta di adempimento, si radica nella situazione ambivalente di ciascuna parte di un contratto a prestazioni corrispettive: assommare in sé, in perfetta contestualità, sia la qualità di creditore che quella di debitore.

Quanto alle funzioni cui assolve l'istituto dell'eccezione di inadempimento, la dottrina tradizionale ritiene che siano tre.

In primo luogo essa, al pari della risoluzione per inadempimento, ha la funzione di salvaguardare il sinallagma contrattuale, alterato dall'inadempimento di una delle parti.

In questo modo, attraverso l'eccezione di inadempimento si evita che la parte fedele possa essere costretta ad adempiere, anche dinanzi all'inadempimento della controparte⁷².

In secondo luogo, all'eccezione di inadempimento è stata assegnata la funzione di "coazione psicologica" nei confronti di ciascun contraente, perché si senta stimolato ad adempiere⁷³.

l'eccezione per la prima volta in sede giudiziale; in dottrina, a favore dell'esercizio stragiudiziale dell'eccezione, si veda BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 8; e DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, per cui il rimedio potrebbe considerarsi implicito anche nell'offerta di inadempimento condizionato.

⁷² BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974.

⁷³ REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, *Enc. Giur.*, XIV, 1965, 239.

In terzo luogo, l'eccezione di inadempimento ha una funzione di garanzia del contraente fedele, nei casi in questi, se adempisse, difficilmente potrebbe poi recuperare la prestazione ove il contratto fosse successivamente dichiarato risolto⁷⁴.

1.12.1 L'eccezione d'inadempimento come atto di autotutela nella valutazione della dottrina e della giurisprudenza

L'eccezione di inadempimento è, secondo la dottrina⁷⁵, un tipico strumento di autotutela privata, con carattere meramente dilatorio, che comporta la sospensione della prestazione dovuta fino a quando la controprestazione non sia adempiuta o quantomeno offerta.

È ricorrente nella giurisprudenza della Corte Suprema l'affermazione del collegamento dell'eccezione di inadempimento con il principio dell'autotutela o, più esplicitamente, è costante l'affermazione che l'eccezione è una tipica espressione del potere di autotutela della parte nel contratto⁷⁶.

Infatti, nell'eccezione di inadempimento sono presenti tutti i caratteri dell'autotutela: la provvisorietà, la non definitività, la incidenza sulla sfera giuridica della controparte, l'assenza di un preventivo controllo del giudice sui presupposti e le condizioni dell'eccezione.

Come strumento di autotutela di autotutela privata, l'eccezione di inadempimento, senza presupporre od invocare il preventivo

⁷⁴ PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, 8.

⁷⁵ Si vedano, per tutti, BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988; e ROPPO, *Trattato del contratto, Rimedi-2*, Milano, 2006.

⁷⁶ Cass. 24 maggio 1996 n.4780, MGI, 1996, 444; Cass. 16 gennaio 1996, n.307, MGI, 1996, 37.

intervento di controllo del giudice, determina modificazioni immediate della sfera giuridica dell'altro contraente al quale non resta che subire l'iniziativa.

1.12.2 I presupposti dell'art. 1460 c.c.

a) La corrispettività ed interdipendenza tra prestazioni.

Se la fonte è nella legge, la *ratio* dell'eccezione di inadempimento risiede nella volontà dei contraenti che, dando vita al contratto, hanno stabilito tra le prestazioni reciprocamente assunte una interdipendenza o, come si suol dirsi, una causalità corrispettiva.

Il nesso di corrispettività o interdipendenza tra le prestazioni costituisce il filo conduttore del ragionare della giurisprudenza della Suprema Corte: la corrispettività, causale e temporale, è l'elemento logico che rende inevitabile la simultaneità di esecuzione delle prestazioni gravanti su ciascuna parte e ne esalta la sinallagmaticità⁷⁷.

Sul punto occorre evidenziare che, secondo alcuni interpreti, il vincolo di interdipendenza presupposto dall'art. 1460 c.c. può sorgere anche quando manchi un rapporto di corrispettività e addirittura quando, nei contratti collegati, manchi l'unicità della fonte dei rapporti⁷⁸.

b) L'inadempimento di una delle parti.

Il presupposto applicativo della norma viene riconosciuto pacificamente nell'inadempimento di una delle prestazioni dedotte in contratto: in proposito si segnala l'opinione di chi non ritiene necessaria l'imputabilità dell'inadempimento alla parte, ritenendo

⁷⁷ Cass. 18 maggio 1987, n. 4531, MGI, 1987, 718.

⁷⁸ V. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 9; e Cass. civ., 19 dicembre 2003, n. 19556, in *Foro it.*, 2004, I, 718.

rilevante la sola obiettiva mancata (o inesatta) attuazione del rapporto⁷⁹.

In sostanza ciò che rileva e che consente il ricorso all'*exceptio* è che l'interesse di una delle due parti rischi di restare, anche solo temporaneamente, insoddisfatto.

La norma equipara poi l'inadempimento alla mancata offerta di adempimento, intendendosi per tale un comportamento del debitore che metta effettivamente a disposizione della controparte la prestazione.

In altre parole, una valida offerta (non formale) non può ravvisarsi in una qualsiasi attività del debitore che costituisca manifestazione concreta di volontà di pronto adempimento, ove tale attività non si traduca in un comportamento idoneo a mettere effettivamente a disposizione del creditore la prestazione, sicché dipenda da lui solo conseguire o meno il soddisfacimento del proprio diritto⁸⁰.

c) L'ordine cronologico delle prestazioni.

Qualora termini diversi siano previsti per l'adempimento, è, in teoria, impensabile che le parti possano avvalersi del rimedio in questione: non quella tenuta per prima, vista l'inesistenza di un inadempimento dell'altra sul quale fondare il potere di rifiutare la propria prestazione; ma neanche quella tenuta per seconda, stante la

⁷⁹ V. BIGLIAZZI GERI, op. cit., 9; e REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, secondo cui si deve trattare comunque di inadempimento vero e proprio e non di impossibilità fortuita della prestazione.

⁸⁰ In giurisprudenza v. Cass. civ., 1 ottobre 1984, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Obbligazioni in genere*, n. 32, secondo cui <<l'offerta non formale libera il debitore quando si traduca in un comportamento idoneo a dimostrare univocamente che il creditore è stato messo in condizione di disporre in modo tempestivo e completo dell'oggetto della prestazione, senza che a tal fine sia sufficiente una semplice promessa verbale o scritta di adempiere>>.

naturale inesigibilità della prestazione da lei dovuta, che non richiederebbe quindi, di fronte all'inadempimento dell'altra parte, un particolare potere sul quale fondare il rifiuto di eseguirla.

Tutto ciò, però, in teoria.

In pratica, si registra infatti la diffusa tendenza a discostarsi dalla rigida contemporaneità tra adempimenti suggerita dalla formula dell'art. 1460 c.c. ed a consentire il ricorso all'eccezione al contraente tenuto per primo. E così, nei contratti di durata, per consentire alla parte tenuta per prima di formulare l'*exceptio* quando la parte tenuta per seconda abbia preventivamente dichiarato di non volere adempiere o quando certa o fortemente probabile risulti l'eventualità del suo adempimento⁸¹.

d) La conformità dell'eccezione alla buona fede.

Il 2° comma dell'art. 1460 c.c. indica l'altro presupposto richiesto per il corretto esercizio dell'eccezione di inadempimento: “tuttavia non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario a buona fede”.

Rifiutare, o sospendere, l'esecuzione della propria prestazione costituisce, per il contraente fedele, il contenuto di un diritto potestativo, che può essere esercitato, fuori o dentro il processo, soltanto se è conforme agli obiettivi e agli intendimenti oggettivamente trasfusi nel contratto, al momento della sua conclusione.

Il richiamo espresso della buona fede riduce l'ambito operativo dell'eccezione ed impone il rispetto rigoroso delle finalità

⁸¹ BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici*, cit., 71 ss.

conservative e di salvaguardia del contratto che l'ordinamento ha assegnato dell'eccezione di inadempimento.

Poiché la norma si limita a richiamare la buona fede, compete all'interprete di dare concretezza al concetto legislativo e, segnatamente, di stabilire se è rilevante il comportamento di correttezza ispirato dal desiderio di attuare il rapporto contrattuale.

A scorrere i repertori si avverte come in numerosi casi il 2° comma della norma in parola sia stato utilizzato al fine di consentire un giudizio quanto mai concreto della situazione oggetto della controversia, a dimostrazione che in questa materia una generalizzazione appare sempre difficile. Peraltro, dalla ricchezza della casistica esaminata dalle corti, non sembra emergere finora un indirizzo dominante, posto che riguardo al significato da attribuire alla disposizione di cui al 2° comma dell'art. 1460 c.c. si affrontano in giurisprudenza almeno tre orientamenti.

Ampio seguito trova, innanzitutto, un indirizzo che ritiene che il giudizio di buona fede si concreti in un giudizio sulla gravità dell'inadempimento, cosicché solo a fronte di inadempimenti gravi sarebbe possibile esperire il ricorso al rimedio dell'art. 1460 c.c.⁸².

Si tratta di una conseguenza della interpretazione formatasi in dottrina in assenza di una previsione legale espressa, che ha costruito

⁸² Tale orientamento appare maggioritario, seppure con sfumature talora diverse: a riguardo cfr. cass., sez. II, 22 gennaio 2000, n. 699, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Contratto in genere*, n. 24; Cass., sez. II, 3 luglio 2000, n. 8880, *ibid.*, n. 85; Cass., sez. II, 6 agosto 1999, n. 8481, *ivi*, 1999, voce *Vendita*, n. 53; Cass., sez. II, 19 aprile 1996, n. 3713 in *Foro it.*, 1996, I, 2389; Cass. 21 maggio 1990, n. 4565, in *Arch. Civ.*, 1990, 899; Cass. 11 aprile 1991, n. 3806, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Vendita* n. 38, nonché in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1806; Trib. Milano, 6 marzo 1989, *ivi*, 1990, voce *Locazione*, n. 382; Cass. 5 marzo 1988, n. 2294, *ivi*, 1988, voce *Contratto in generale*, n. 425; Cass. 6 aprile 1987, n. 3323, *ivi*, 1987, voce *Vendita*, n. 56; Cass. 21 agosto 1985, n. 4461, *ivi*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 279.

l'exceptio inadimpleti contractus come una anticipazione della risoluzione, ma che deve oggi essere rifiutata, a fronte dell'espressa previsione dell'art. 1460 c.c. che vale a riconoscere funzione autonoma all'eccezione come mezzo conservativo del contratto.

Come è dimostrato da un frequentissimo uso stragiudiziale del rimedio, gli inadempimenti contro i quali si reagisce possono anche essere di gravità tale da non legittimare l'*excipiens* alla risoluzione ai sensi dell'art. 1455 c.c. Ciò non di meno, è evidente come appaia contrario a giustizia riconoscere l'eccezione all'intimato, a fronte di lievi inadempimenti dell'intimante⁸³, almeno nella misura in cui si ritiene che il diritto sia regola rivolta alla risoluzione dei conflitti sociali dotati di una effettiva rilevanza: bisognerà riconoscere, allora, che per l'attuazione della tutela è necessario un inadempimento che abbia una reale, seppur limitata, capacità perturbativa del programma di attuazione dell'obbligazione pattiziamente determinato.

Un secondo orientamento dà rilievo, ai fini del giudizio circa la opponibilità del rimedio, a valutazioni circa la imputabilità dell'inadempimento al soggetto nei cui confronti l'eccezione è sollevata⁸⁴.

⁸³ Nello stesso senso la relazione del Ministro guardasigilli di accompagnamento al codice civile (in G.U. 4 aprile 1942, par. 662, p. 144) che così si esprime: <<se la prestazione non adempiuta è di lieve importanza, l'inadempimento di una parte non può invocarsi dall'altra per giustificare il proprio>>. Esempi nel senso di cui al testo possono con facilità trovarsi nel campo del rapporto di lavoro, in relazione, ad es., alle contestazioni circa somme accessorie che costituiscono elementi distinti della retribuzione (come indennità, maggiorazioni, premi), ed anche in relazione ad inadempimenti marginali in tema di mansioni o di tutela della salute dei lavoratori.

⁸⁴ Per una serrata critica alla teoria della valutazione dell'entità dell'inadempimento nel senso di un maggior rilievo alla sfera soggettiva delle parti cfr. EAD, *Eccezione di inadempimento*, cit., 339.

Si tratta di una visione, talora affiorante in giurisprudenza⁸⁵, che, quando non appare segnata da una buona dose di ingenuità, può condurre, se malintesa, a soluzioni illogiche: ammesso, infatti, che l'inadempimento sia incolpevole, non si comprende la ragione per cui si dovrebbe premiare la parte inadempiente, laddove questa richiede la controprestazione, pur essendo consapevole di non aver adempiuto la propria obbligazione.

Un terzo più diffuso indirizzo scorge nel 2° comma dell'art. 1460 c.c. un giudizio sulla proporzionalità fra gli inadempimenti, di modo che sarebbe necessaria una proporzione fra la parte di prestazione rimasta ineseguita e quella rifiutata in via di eccezione⁸⁶.

⁸⁵ A riguardo, cfr. ad es. Cass., sez. un., 24 ottobre 1985, n. 5232, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Opere pubbliche*, n. 238, secondo cui <<deve riconoscersi all'appaltatore la facoltà di sollevare l'eccezione d'inadempimento, ai sensi e nei limiti previsti dall'art. 1460 c.c., ove deduca o dimostri che detto inadempimento sia ascrivibile a dolo o colpa grave dell'appaltante, e quindi il diritto di sottrarsi, mediante tale eccezione, e sempreché quell'inadempimento presenti gravità idonea a compromettere il rapporto sinallagmatico fra le contrapposte prestazioni (anche se non giustificativa della risoluzione del contratto), ad una pretesa della controparte di prosecuzione od ultimazione dei lavori>>. Nello stesso senso anche Coll. arb. 24 luglio 1993, *ivi*, 1996, voce cit., n. 288, secondo cui <<nel caso in cui la p.a. committente non provveda per dolo o colpa grave ad osservare gli obblighi contrattualmente assunti in ordine al versamento di acconti in corso d'opera, deve riconoscersi all'appaltatore adempiente la predetta autotutela e il diritto di sottrarsi alla pretesa di controparte di prosecuzione o di ultimazione dei lavori, purché l'inadempimento della p.a. presenti un connotato di tale gravità da compromettere il nesso di corrispettività tra le opposte prestazioni>>.

⁸⁶ In dottrina cfr., ad es., M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*; III ed., Giappichelli, Torino, 1996, 756; F. CARRESI, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987, 900 ss. In giurisprudenza: cfr. Cass., sez. lav., 26 giugno 1999, n. 6663, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 927; Cass., sez. II, 26 maggio 1998, n. 5231, *ivi*, 1998, voce *Appalto*, n. 28; Cass., sez. III, 11 maggio 1998, n. 4743, *ivi*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 514; Cass., sez. lav., 23 novembre 1995, n. 12121, *ivi*, 1996, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 841; Cass. 25 febbraio 1987, n. 1991, *ivi*, 1987, voce *Contratto in genere*, 448; Coll. arb., 5 luglio 1984, *ivi* 1986, voce *Opere pubbliche*, 251; Cass. 22 gennaio 1985, n. 250, *ivi*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 349. Nelle controversie di lavoro l'approccio, ma in modo non del tutto chiaro, è adottato anche dalla recente Cass., sez. lav., 1° marzo 2001, n. 2948, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 70 ss. ove si legge

Un criterio di questo tipo appare come facilmente condivisibile sul piano astratto, dal momento che la proporzionalità, grazie soprattutto alla giurisprudenza costituzionale formatasi intorno alle previsioni di cui all'art. 3 Cost., ha assunto in qualche modo lo *status* di principio fondamentale del diritto per regolare situazioni di confliggenti interessi⁸⁷.

che: <<il requisito della buona fede previsto dall'art. 1460 c.c. per la legittima proposizione della *exceptio inadempti contractus*>> non sussiste quando l'eccezione ha per oggetto un adempimento non grave, nel raffronto tra prestazione ineseguita e prestazione rifiutata, o sia determinata da motivi non corrispondenti alle finalità per le quali essa è concessa dalla legge, avuto riguardo all'obbligo di correttezza delle parti (art. 1175 c.c.) e alla tutela dell'interesse essenziale perseguito con la conclusione del contratto (Cass. n. 4743/1998). Immediatamente dopo si aggiunge però che: <<nella controversia concernente la validità di un licenziamento intimato per insubordinazione del lavoratore, consista nel rifiuto di svolgere le nuove mansioni modificate dal datore di lavoro in contrasto con quanto statuito dall'art. 2103 c.c. in relazione alla qualifica di appartenenza (con ciò formulandosi sostanzialmente una eccezione di inadempimento nei confronti della controparte), l'adito giudice non può limitarsi ad esaminare la sola condotta del lavoratore, ma deve procedere ad una valutazione complessiva dei comportamenti di entrambe le parti, verificando, quindi, anche la correttezza dell'operato del datore di lavoro in relazione all'eventuale illegittimità dell'esercizio dello *ius variandi* e del licenziamento correlato al rifiuto del lavoratore di prestarvi acquiescenza (Cass. n. 3039/1996)>>.

⁸⁷ In questo senso cfr. A PERULLI, *Buona fede e diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, 19.

CAPITOLO II

AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL LAVORATORE

SOMMARIO: 2.1 AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL LAVORATORE: AMMISSIBILITA' – 2.2 AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL LAVORATORE: IL FONDAMENTO GIURIDICO – 2.2.1 LA TESI DELL'EXCEPTIO INADIMPLETI CONTRACTUS - 2.2.2 LA TESI DELLA NULLITA' – 2.3. AUTOTUTELA E ART. 2087 C.C.– 2.4. AUTOTUTELA E PREAVVISO – 2.5. AUTOTUTELA E PUBBLICO IMPIEGO– 2.6. EFFETTI CONSEGUENTI ALL'ESERCIZIO DELL'AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL LAVORATORE NELLA PRASSI E CONNESSI RISCHI – 2.7. DOVEROSITA' DELL'AUTOTUTELA?

2.1 Autotutela individuale del lavoratore: Ammissibilità

Il secondo comma dell'art. 2014 c.c., nella sua espressione letterale, intende aggiungere qualcosa rispetto a quanto previsto dal primo.

Infatti, dopo che, con il primo comma, si sono individuati i parametri per l'adempimento secondo diligenza dell'obbligazione di lavoro intesa come prestazione professionale, con il secondo si stabilisce che il lavoratore “deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende”.

Da questa norma, come noto, la dottrina ha ricavato quella situazione giuridica passiva in capo al lavoratore comunemente denominata “dovere di obbedienza”⁸⁸, che si identifica con il dovere di osservare le disposizioni del datore di lavoro e alla quale va correlata

⁸⁸ Preferisce il termine obbligo di “osservanza” secondo l'espressione utilizzata dal legislatore, perché meno impegnativo dell'altro di “obbedienza”, R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, V ed., Jovene, Napoli, 2000, p. 464; ma la questione, evidentemente è puramente terminologica, senza alcuna ricaduta di carattere sostanziale o interpretativo.

la corrispondente posizione attiva di quest'ultimo, che si identifica nel potere direttivo, cioè nel potere di impartirle⁸⁹.

L'art. 2104 c.c., con l'affermare che il lavoratore *deve* osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore, si riferisce all'obbligo del lavoratore di svolgere la prestazione secondo le direttive ricevute nell'esercizio del correlativo potere; più propriamente, esso specifica quale sia l'obbligazione del lavoratore nell'ambito del contratto di lavoro a prestazioni corrispettive, obbligazione cui corrisponde un diritto del datore a riceverla.

Il comportamento *dovuto* dal lavoratore è dunque quello, di volta in volta, conforme alle disposizioni che gli sono impartite⁹⁰.

La dottrina e la giurisprudenza nettamente maggioritarie, tuttavia, affermano che il dovere di obbedienza del lavoratore incontra il limite della legittimità dell'ordine dato⁹¹, sicché il dipendente medesimo

⁸⁹ Per tutti, G. SUPPIEI, *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Cedam, Padova, 1957 e II, Cedam, Padova, 1963.

⁹⁰ In questa prospettiva è esatta l'osservazione che "l'art. 2104 c.c. ha la funzione di stabilire non tanto che per l'imprenditore è lecito impartire delle disposizioni e che per il lavoratore è illecito impedire che tali disposizioni vengano impartite, quanto che, una volta che le disposizioni stesse siano state impartite, il lavoratore le deve osservare"; così G. SUPPIEI, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982, p. 112. Per altri, sotto questo profilo "il dovere di obbedienza tende fisiologicamente ad evolversi verso altrettanti obblighi del lavoratore, in corrispondenza dei concreti atti di esercizio da parte del datore di lavoro del potere direttivo" (P. CHIECO, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, UTET, Torino, 1996, 28).

⁹¹ Per i necessari riferimenti alla letteratura sul tema in ambito giuslavoristico, cfr. F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, 1963; A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale*, Padova, 1995; V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004; M. DELL'OLIO, *Autotutela (Diritto del lavoro)*, *Enc. Giur. Trec.*, Roma, 1988; M.G. GRECO, *Demansionamento e clausole di fungibilità. Danni risarcibili, oneri probatori e profili di autotutela*, *ADL*, 2008, 919 ss.; A. RICCOBONO, *Profili applicativi*

sarebbe libero di rifiutare l'esecuzione di ordini che costituiscano esercizio di corretto dei poteri del datore di lavoro e, a volte, sarebbe tenuto a non eseguirli⁹².

In altri termini, si esclude che il rifiuto del lavoratore di osservare ordini illegittimi costituisca insubordinazione o, comunque, inadempimento contrattuale sanzionabile sul piano disciplinare.

Ciò in quanto si respinge l'idea di correlare al potere direttivo del datore di lavoro un incondizionato obbligo del lavoratore di osservarne comunque gli ordini, con il solo, evidente limite dell'illecito penale, e si esclude l'esecutività dell'ordine prima che questo sia accertato giudizialmente illegittimo.

Ne consegue che il lavoratore a fronte di comportamenti illegittimi da parte datoriale può nell'immediato reagire, seppur con il rischio dell'esito del giudizio, sottraendosi ad eventi per lui pregiudizievoli senza per questo estinguere il rapporto.

Segnatamente, contro l'esercizio illegittimo del potere datoriale, il lavoratore potrà reagire con l'autotutela individuale: sia di tipo conservativo, rifiutando di eseguire l'ordine datoriale e restando

degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore, Riv. it. Dir. lav., 2010, 121.

⁹² Cfr. ad es., Cass. pen. 30 maggio 1989, in *Mass. giur. lav.* 1990, p. 470, che ha condannato un lavoratore dipendente che, in esecuzione di ordini del datore di lavoro, aveva svolto attività lavorative rumorose, in contrasto con le prescrizioni di una ordinanza del sindaco, affermando che “a tale specie di ordini il lavoratore ha facoltà, normativamente tutelata, di opporre il suo legittimo rifiuto”; nello stesso senso, Cass. pen. 22 febbraio 1990, in *Notiz. giur. lav.*, 1991, p. 319. Si veda anche Cass. 8 novembre 2002, n. 15749, in *Dirr. e giustizia*, 2002, fasc. 43, p. 23 con nota di N. DE MARINIS e in *Guida al diritto*, 2002, fasc. 46, p. 35 con nota di G. GRAMICCIA, che ha inoltre configurato come illecito risarcibile il comportamento del datore di lavoro che si traduca in disposizioni gerarchiche vincolanti rivolte al dipendente al fine di indurlo a compiere atti *contra legem*, potendo detto comportamento integrare la violazione del dovere di tutelare la personalità morale del lavoratore, imposto dal datore di lavoro dall'art. 2087 c.c. Per un accurato panorama della giurisprudenza sul punto, v. *infra*.

esposto all'esercizio del potere disciplinare, incluso il licenziamento; sia di tipo estintivo, esercitando il proprio potere di recesso, cioè dimettendosi⁹³.

Il prestatore di lavoro può, quindi, attuare individualmente tecniche di autotutela per opporre la propria personale difesa avverso comportamenti illegittimi del datore di lavoro.

A fondamento di tale opinione stanno due considerazioni.

Da un lato, l'esclusione di una presunzione di legittimità degli ordini del datore di lavoro, dalla quale si possa far derivare la necessaria ottemperanza agli stessi fino ad un contrario accertamento in giudizio.

Né un dato diverso è ricavabile dall'art. 2086 c.c. (che individua nell'imprenditore il capo dell'impresa, da cui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori), poiché la concezione gerarchica e autoritativa del rapporto di lavoro è assolutamente superata dalla teoria contrattuale, per cui le parti, almeno formalmente sono in una posizione di parità⁹⁴.

Dall'altro lato, il riconoscimento di uno *ius resistentiae* a beneficio del lavoratore che non voglia attendere l'esito del giudizio sulla legittimità dell'ordine in sede giudiziaria.

Numerosi sono gli ambiti entro i quali la suddetta autotutela può attuarsi: in ipotesi di mutamento illegittimo delle mansioni⁹⁵, di

⁹³ M.BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, *Comm. Sch.*, 1997, 612.

⁹⁴ Cfr. per tutti F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1995; L. MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, *RSoc*, 1965, 674 ss.; per una ricostruzione del dibattito cfr. M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002, 7 ss.

⁹⁵ Tra le più recenti, Cass. 19 febbraio 2008, n.4060; Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689; Cass. 12 luglio 2002, n. 10187, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 53 con nota di M. V. CASCIANO; Cass. 28 luglio 2000, n. 9957; Cass. 12 ottobre 1996, n. 8939; Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p.

trasferimento illegittimo⁹⁶, di rifiuto dell'illegittimo mutamento di orario nel *part time* disposto dal datore di lavoro⁹⁷, di violazione delle

796 con nota di M. CARO; Cass. 1 marzo 2001, n. 2948, in *Foro it.*, 2001, c. 1869, che ha ritenuto illegittimo il rifiuto del lavoratore di svolgere mansioni inferiori, assegnategli transitoriamente al fine di fargli acquisire nuove tecniche lavorative; nel caso di specie la Corte non ha ritenuto fosse violato l'art. 2103 c.c. e di conseguenza ha escluso, giustamente, la legittimità del rifiuto del lavoratore. In dottrina, per la legittimità del rifiuto del lavoratore di eseguire mansioni non dovute, C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, p. 227 ss., oltre a A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali*, cit., p. 126 ss.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, Giuffrè, 2000, p. 314, per il quale tale conclusione "è ineccepibile"; si veda anche M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, cit., p. 273 ss., alla quale si rinvia per ulteriori citaz. Cass. 16 maggio 2006, n. 11430, in *Mass.* 2006, p. 913; Cass. 8 agosto 2003, n. 12001, in *Ord. giur. lav.* 2003, I, p. 619; Cass. 12 ottobre 1996, n. 8939, in *Lav. giur.*, 1997, 422; Cass. 1° marzo 2001, n. 2948, in *Foro it.* 2001, I, 1869; Cass. 28 luglio 2000, n. 9957, in *Foro it.* - *Rep.* 2000, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 38; Cass., sez. lav., 28 aprile 1998, n. 4342; Cass., sez. lav., 26 giugno 1999, n. 6663, in *Rep. Foro it.*, 1999, 927; Cass. 8 giugno 1999, n. 5643, in *Giust. Civ.* 2000, I, 1095; Cass. 3 febbraio 1994, n.1088, in *Mass. giur. lav.* 1994, <<Massime Cass.>>, p. 20; Cass. 7 dicembre 1991, n. 13187, in *Riv. it. dir. lav.* 1992, II, 947; Cass. 6 aprile 1990, n. 2894, in *Mass. giur. lav.* 1990, <<Massime Cass.>>, p. 77; Cass. 5 dicembre 1988, n. 6609, in *Foro it.* - *Rep.* 1989, voce *Lavoro (Rapporto)*, p. 841; Cass. 4 marzo 1987, n. 2346, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 480; Cass. 3 aprile 1987, n. 3250, in *Foro it.* 1988, I, 221; Cass., sez. lav., 9 luglio 1988, n. 4541, in *Rep. Foro it.* 1988, voce *Lavoro in materia di navigazione*, n. 7; Cass., sez. lav., 5 dicembre 1988, n. 6609, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1989, 841; Cass. 5 marzo 1987, n. 2346, in *Giur. it.* 1988, I, 1, 480; Cass. 5 aprile 1984, n. 2231, in *Riv. it. dir. lav.* 1984, II, 786; Cass. 10 gennaio 1984, n. 186, in *Mass. giur. lav.* 1984, 332; Cass., sez. lav., 19 gennaio 1985, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Contratto (in generale)*, n. 279; Cass. 6 dicembre 1983, n. 7281, in *Giust. civ.* 1984, I, 706; Cass. 24 giugno 1977, n. 2691, in *Mass. giur. lav.* 1977, p. 591. Una posizione particolare è assunta da L. CAVALLARO, *Rapporti di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, p. 71 ss. che proprio per il fatto che il lavoratore dispone dello strumento della eccezione di inadempimento in caso di dequalificazione, esclude la tutela cautelare d'urgenza; Trib. Torino, 22 novembre 1999, in *Dir. lav.*, 2000, II, p. 37 ss., con nota di F. TESTA, *Dequalificazione professionale del dirigente ed eccezione d'inadempimento*.

⁹⁶ Cass. 10 novembre 2008, n.26920, *Guida lav.*, 2008, 53; Cass. 19 febbraio 2008, n. 4060, *Foro it.*, 2008, 3276; Cass. 9 marzo 2004, n. 4771 in *Lav. giur.* 2004, p. 881; Cass. 20 dicembre 2002, n. 18209 in *Not. giurispr. lav.* 2003, 331; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1074, *ibidem* 1999, 335; Pret. Milano 18 aprile 1998, in *Riv. giur. lav. news* 1998, 20; Pret. Milano 22 marzo 1994, in *Riv. crit. dir. lav.* 1994, 916; Cass. 29 gennaio 1990, n. 577, in *Mass. giur. lav.* 1990, 174; Cass. 3 luglio 1984, n. 3892, in *Giust. civ.* 1984, I, 3311; Cass. 4 maggio 1981, n. 2715, in *Riv. giur. lav.* 1981, II, 563; Cass. 18 novembre 1975, n. 3875, in *Mass. giur. lav.*

norme concernenti la sicurezza sul lavoro⁹⁸, di violazioni in ambito retributivo, contributivo e previdenziale⁹⁹.

1976, 28; Cass. 21 marzo 1975, n. 1073, *ibidem* 1976, p. 106; Cass. 6 marzo 1975, n. 832, *ibidem* 1976, p. 103. Cass. 15 aprile 2002, n. 5444; Cass. 26 giugno 2002, n. 9312; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1074, in *Notiz. giurispr. lav.*, 1999, p. 335; Per un caso particolare di legittimo rifiuto del lavoratore di recarsi in trasferta, Cass. 21 ottobre 1991, n. 11138, per la quale, qualora la disciplina del contratto collettivo applicabile al rapporto di lavoro preveda che il trasferimento del dipendente ad altra sede debba essere preceduto da un preavviso di una determinata durata, è illegittimo il provvedimento con il quale il datore di lavoro, prima della scadenza del relativo termine, incarichi il lavoratore di una trasferta presso la medesima sede, venendo in tal modo frustrata la finalità della disposizione, intesa a ridurre al minimo i disagi della trasferta medesima. *Contra*, Pret. Roma, 10 dicembre 1996, in *Giur. lav. Lazio*, 1988, p. 715, che ha ritenuto legittimo il licenziamento determinato dal rifiuto ad un trasferimento illegittimo “posto che quest'ultimo può essere impugnato dal lavoratore, ma non rifiutato *sic et simpliciter*”. In dottrina, per la legittimità del rifiuto del trasferimento ingiustificato oltre a A. VALLEBONA, cit., p. 49 e 117, L. ANGIOLO, *Il trasferimento dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1986, p. 175; F. CALÀ, *Il trasferimento del lavoratore*, Padova, Cedam, 1999, p. 261 ss.; M. BROLLO, *La mobilità interna*, cit., p. 631, F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda*, Milano, 1982, p. 285. *Contra*, G. SUPPIEJ, *sub art. 13*, in *Commentario allo Statuto dei lavoratori* diretto da U. PROSPERETTI, Giuffrè, Milano, 1975, p. 367 ss., che, come si è già detto, considera che la sussistenza delle motivate ragioni organizzative tecniche e produttive costituiscano un limite interno all'esercizio da parte del datore di lavoro del potere di trasferimento con conseguente mera annullabilità dell'ordine illegittimo; si dovrebbe ritenere quindi che l'ordine di trasferimento “è provvisoriamente efficace e il lavoratore dovrà dunque ottenere una sentenza di annullamento per poter legittimamente rifiutare l'obbedienza”.

⁹⁷ Controversa appare invece la legittimità del rifiuto del prestatore a modificare il proprio orario: per una ipotesi in cui il rifiuto è stato ritenuto illegittimo a fronte di un accordo modificativo dell'orario di tutta l'impresa, cfr. Trib. Latina, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 195; in senso opposto Cass. 6 settembre 1996, n. 8114, *Mass. giur. lav.*, 745; Corte D'App. Milano, 5 marzo 2001, *DL*, 2001, 492; Trib. Milano 30 marzo 2001, *DL*, 2001, 762. Quanto ai lavoratori a tempo pieno si segnala la tesi di P. ICHINO, *L'orario di lavoro e i riposi*, p. 123 che, sulla scorta delle indicazioni di L. RIVA SANSEVERINO, *Sul rifiuto di prestazione del lavoro straordinario*, in *Boll., Scuola perf. Univ. di Trieste*, 1929, 29, ritiene legittimo il rifiuto solo quando esso sia determinato da coincidenti impegni inderogabili del prestatore.

⁹⁸ Cass. 27 ottobre 1995, n. 11163, *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 493; Cass. 7 novembre 2005, n. 21479 in *Guida dir.*, 2005, 46, p. 14; Trib. Agrigento, 11 giugno 2002, in *Riv. it. dir. lav.* 2003, II, 114; Trib. Milano 4 aprile 2002, in *Riv. crit. dir. lav.* 2002, 718 con nota di PAULLI, *G.m.o. per impossibilità sopravvenuta della prestazione e e.d.i.* In dottrina in senso analogo già T. TREU, *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*,

L'opinione dominante e del tutto condivisibile rifiuta, quindi, di correlare al potere direttivo (o, se si vuole, con una espressione più adatta al tema, gerarchico) del datore di lavoro un incondizionato obbligo del lavoratore di osservarne comunque gli ordini, con il solo, evidente limite dell'illecito penale, ed esclude l'esecutività dell'ordine anche prima che questo sia accertato giudizialmente illegittimo.

Su posizioni diverse si colloca altro criticabile orientamento minoritario¹⁰⁰ secondo cui il lavoratore ha facoltà di respingere solo le

1972, 1047, che rinvia alla categoria mengoniana della inesigibilità, per contrasto con un interesse del debitore, sovraordinato a quello dell'adempimento; E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del VI congresso nazionale di d.d.l., Alba 1-3 giugno 1978, Giuffrè, Milano, 1979, 30. Pret. Milano 23 maggio 1998, *ivi*, 1998, 1062; Pret. Milano 23 aprile 1999, *ibidem* 1999, 645; Pret. Milano 23 maggio 1998, *ibidem* 1998, 1062; Cass. 17 dicembre 1997, n. 12773, in *Riv. it. dir. lav.* 1998, II, 270; Trib. Milano 22 dicembre 1992, in *Ord. giur. lav.* 1993, 279; Pret. Roma 26 maggio 1992, in *Riv. crit. dir. lav.* 1993, 129; Cass. 13 settembre 1991, n. 9569, in *Riv. it. dir. lav.* 1992, II, 921; Pret. Bergamo 8 gennaio 1985, in *Lav.* 80 1986, 157.

⁹⁹ Cass. 2 aprile 2004, n. 6564, *Riv. giur. lav.*, 2004, 710.

¹⁰⁰ Non ritengono legittimo il rifiuto ovvero lo ritengono legittimo solo a determinate condizioni: Cass. 7 febbraio 1998, n. 1307, in *Foro it. - Rep.* 1998, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 855; Pret. Roma 10 dicembre 1996, in *Giur. lav. Lazio* 1998, 725; Cass. 16 gennaio 1996, n. 307, in *Riv. it. dir. lav.* 1996, II, 536; Pret. Torino 22 marzo 1994 in *Giur. piemontese* 1994, 534; Cass. 7 dicembre 1991, n. 13187, in *Giust. Civ. - Mass* 1991, f. 12. Trib. Milano, 30 maggio 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 762, con nota di S. MUGGIA, *Ordine illegittimo del datore di lavoro e autotutela del dipendente*, sulla valutazione del rifiuto di una dipendente di attenersi all'unilaterale modifica dell'orario di lavoro part-time da parte dell'imprenditore: in quel caso, tuttavia, si deve sottolineare che il rifiuto della lavoratrice era intervenuto dopo una sentenza di primo grado che aveva riconosciuto la legittimità del mutamento di orario; la riforma in appello di tale decisione non è stata ritenuta sufficiente per escludere l'insubordinazione. Per un caso simile, con ritenuta inammissibilità dell'autotutela dell'eccezione di inadempimento, ove il giudice nella fase d'urgenza abbia respinto il ricorso avverso la variazione di orario, Trib. Latina, 23 ottobre 2000, in *Notiz. giurisp. lav.*, 2001, p. 195. Si veda anche Trib. Torino, 22 novembre 1999, in *Dir. lav.*, 2000, II, p. 37 ss. con nota di F. TESTA, *Dequalificazione professionale del dirigente ed eccezione d'inadempimento*, ove si afferma che "non può consentirsi al lavoratore in genere – e tanto meno al dirigente – di sospendere la prestazione lavorativa in base alla propria personale, soggettiva valutazione di non

disposizioni del datore di lavoro e dei suoi preposti che presentino *prima facie* il connotato dell'illiceità, ponendosi in contrasto con i criteri di comportamento imposti dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume (art. 1343 c.c.)¹⁰¹.

Ad avviso dell'indirizzo in questione, quindi, solo qualora appaia chiara la illegalità dell'ordine impartito si potrebbe escludere che il rifiuto di eseguirlo possa costituire inadempimento con le eventuali conseguenze sul piano disciplinare.

Di guisa che al lavoratore non è consentito “di rifiutarsi aprioristicamente e senza un eventuale avallo giudiziario di eseguire la prestazione lavorativa richiestagli, in quanto egli è tenuto a osservare le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartito dall'imprenditore ai sensi degli artt. 2086 2104 c.c., da applicarsi alla stregua del principio sancito dall'art. 41 Cost.”¹⁰².

I sostenitori della tesi in questione evidenziano inoltre che, ammettendo l'autotutela individuale del lavoratore (intesa come sospensione unilaterale da parte del prestatore dell'attività lavorativa) “oltretutto se praticata su larga scala ed in via generalizzata, avrebbe conseguenze perniciose per l'organizzazione dell'impresa, ... non

equivalenza delle mansioni di nuova assegnazione, esercitando così un potere di autotutela che può valere per sospendere una mera prestazione contrattuale ma non per infrangere il vincolo personale di collaborazione che deriva dal rapporto di lavoro subordinato”; sembrerebbe dunque che in tal caso il Tribunale considerasse comunque insubordinazione il rifiuto di svolgere le mansioni richieste, ma non è così perché subito dopo nella sentenza si afferma, conformemente alla giurisprudenza dominante, che il lavoratore “se intende sospendere la prestazione deve accettare il rischio della contestazione di un totale inadempimento all'obbligo di prestare attività lavorativa e del conseguente licenziamento, che dipenderà da quello sulla legittimità delle nuove mansioni”.

¹⁰¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, V ed., Napoli, 200, 460 e 464.

¹⁰² Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689, *Riv. ital dir lav.*, 2004, II, 777 ; Cass. 5 dicembre 2007, n. 25313.

potendo, dunque, neppure giustificarsi il suo comportamento con una ritenuta convinzione soggettiva di agire secondo diritto”¹⁰³.

In proposito, occorre rilevare che la suddetta motivazione appare una giustificazione a posteriori di siffatto orientamento, adoperata *ad adiuvandum* per escludere in radice l'utilizzabilità del rimedio in questione: un'argomentazione “orientata alle conseguenze” sprovvista, però, di qualsivoglia fondamento sistematico¹⁰⁴.

Senza considerare, infine, che la tesi contraria all'ammissibilità dell'autotutela individuale del lavoratore, facendo riferimento ad un obbligo di obbedienza incondizionato del prestatore di lavoro, sembra accogliere una nozione desueta di impresa organizzata gerarchicamente e caratterizzata da un rapporto giuridico fra datore di lavoro e lavoratore di tipo autoritativo e non contrattuale.

2.2 Autotutela individuale del lavoratore: il fondamento giuridico

Una volta sposata la tesi a favore dell'ammissibilità della categoria dell'autotutela individuale nel rapporto di lavoro (intesa come mezzo mediante il quale il lavoratore tutela i propri diritti in via preventiva, prescindendo cioè dall'accertamento del giudice, a fronte di una condotta del datore di lavoro che travalica i limiti impostigli dalla legge o che costituisca un inadempimento contrattuale), resta però da spiegarne il fondamento giuridico.

Al riguardo, è possibile notare che quando si tratta di dar conto delle ragioni per le quali si debba ritenere legittimo il rifiuto del

¹⁰³ Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689, *Riv. ital dir lav.*, 2004, II, 777.

¹⁰⁴ L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, *Riv. trim.dir.proc.civ.*, 1994, 1 ss.

lavoratore, il fronte favorevole all'ammissibilità dell'autotutela individuale del lavoratore (che – si ribadisce – è composto dalla assoluta maggioranza della dottrina e della giurisprudenza) non è più così unito.

Infatti, emergono opinioni almeno in parte diverse e ciò è dovuto in larga misura al fatto che la fattispecie in questione non trova specifica disciplina nei rapporti di lavoro privati¹⁰⁵.

2.2.1 La tesi dell'exceptio inadimplenti contractus

La giurisprudenza dominante ricorre al generale principio *inadimplenti non est adimplendum* (art. 1460 c.c.), per cui nei contratti a prestazioni corrispettive (quale è il contratto di lavoro) il debitore non è tenuto ad adempiere la propria obbligazione se l'altra parte è inadempiente, dal che consegue, evidentemente, anche l'applicazione del secondo comma dell'articolo, per il quale “non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario a buona fede”¹⁰⁶, dove la cosiddetta “buona fede nel rifiuto” sarebbe da

¹⁰⁵ Per quanto concerne i dipendenti pubblici v. par. 2.5.

¹⁰⁶ Al riguardo ad es. Cass. nn. 8621/2001; 6663/1999; 8939/1996; 12121/1995; 13620/1992; 9535/1991; 6609/1988; 178/1985; 7281/1983; Pret. Milano, 12 gennaio 1993; Pret. Firenze, 20 agosto 1986; Cass. 2 aprile 2009, n. 8075, *ADL*, 2009, 1209; Cass. 5 dicembre 2007, n. 25313; Cass. 25 luglio 2006, n. 16907, *Mass. giur. lav.*, 2007, 277; Cass. 26 aprile 2006, n. 9557 e Cass. 18 maggio 2006, n. 11664, *Riv. it. Dir. lav.*, 2006, 882; Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689; Cass. 11 luglio 2005, n. 14496, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 859; Cass. 19 agosto 2003, n. 12161, *Riv. it. Dir. lav.*, 2004, 378. Cass. 12 luglio 2002, n. 10187, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, p. 53, con nota di M. V. CASCIANO, *Una ipotesi di “affievolimento” del diritto del lavoratore alla equivalenza delle mansioni*; per la Cassazione sarebbe addirittura contrario a buona fede, con conseguente illegittimità del ricorso del lavoratore all'autotutela ex art. 1460 c.c., il rifiuto del dipendente di esercitare mansioni non comprese nella sua professionalità, in presenza di una situazione di crisi aziendale, situazione che affievolirebbe il diritto del lavoratore all'esercizio di mansioni di stretta attinenza con la propria professionalità. Sulla necessaria proporzionalità della reazione del

lavoratore si vedano anche, Cass. 26 giugno 1999, n. 6663; Cass. 12 ottobre 1996, n. 8939; Cass., 2 aprile 1996, n. 3039; in Notiz. giurisp. lav., 1996, p. 557; Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 796 con nota di M. CARO, *Dequalificazione professionale e strumenti di autotutela*; Cass. 15 dicembre 1988, n. 6609, per un caso di rifiuto del lavoratore di svolgere mansioni inferiori rispetto a quelle corrispondenti alla qualifica: la Cassazione ha ritenuto tale rifiuto contrario a buona fede perché il dipendente aveva abbandonato il posto di lavoro, senza manifestare alcuna disponibilità all'espletamento di mansioni coerenti con la qualifica. In tale ipotesi, tuttavia, piuttosto che ritenere illegittimo il rifiuto di eseguire l'ordine in base al 2° comma dell'art. 1460, si sarebbe potuto rilevare che il lavoratore, non avendo neppure offerto di eseguire la prestazione convenuta, si era reso inadempiente dell'obbligo assunto con il contratto. Sulla necessità che il diniego del lavoratore di svolgere mansioni inferiori sia proporzionato e ispirato a buona fede, per la giurisprudenza di merito, Pret. Firenze, 7 luglio 1997 in *Toscana giur.* 1997, p. 482; Trib. Torino, 22 novembre 1999, in *Dir. lav.*, 2000, II, p. 37 ss. con nota di F. TESTA, *Dequalificazione professionale del dirigente ed eccezione d'inadempimento*. Così in ipotesi di violazione dei limiti dello ius variandi si veda Cass. 16 maggio 2006, n. 11430, in *Mass.* 2006, p. 913; Cass. 8 agosto 2003, n. 12001, in *Ord. giur. lav.* 2003, I, p. 619; Cass. 1° marzo 2001, n. 2948, in *Foro it.* 2001, I, 1869; Cass. 28 luglio 2000, n. 9957, in *Foro it.* - Rep. 2000, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 38; Cass. 8 giugno 1999, n. 5643, in *Giust. Civ.* 2000, I, 1095; Cass. 3 febbraio 1994, n.1088, in *Mass. giur. lav.* 1994, <<Massime Cass.>>, p. 20; Cass. 7 dicembre 1991, n. 13187, in *Riv. it. dir. lav.* 1992, II, 947; Cass. 6 aprile 1990, n. 2894, in *Mass. giur. lav.* 1990, <<Massime Cass.>>, p. 77; Cass. 5 dicembre 1988, n. 6609, in *Foro it.* - Rep. 1989, voce *Lavoro (Rapporto)*, p. 841; Cass. 3 aprile 1987, n. 3250, in *Foro it.* 1988, I, 221; Cass. 5 marzo 1987, n. 2346, in *Giur. it.* 1988, I, 1, 480; Cass. 5 aprile 1984, n. 2231, in *Riv. it. dir. lav.* 1984, II, 786; Cass. 10 gennaio 1984, n. 186, in *Mass. giur. lav.* 1984, 332; Cass. 6 dicembre 1983, n. 7281, in *Giust. civ.* 1984, I, 706; Cass. 24 giugno 1977, n. 2691, in *Mass. giur. lav.* 1977, p. 591. In caso di trasferimento ingiustificato: Cass. 9 marzo 2004, n. 4771 in *Lav. giur.* 2004, p. 881; Cass. 20 dicembre 2002, n. 18209 in *Not. giurisp. lav.* 2003, 331; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1074, *ibidem* 1999, 335; Pret. Milano 18 aprile 1998, in *Riv. giur. lav. news* 1998, 20; Pret. Milano 22 marzo 1994, in *Riv. crit. dir. lav.* 1994, 916; Cass. 29 gennaio 1990, n. 577, in *Mass. giur. lav.* 1990, 174; Cass. 3 luglio 1984, n. 3892, in *Giust. civ.* 1984, I, 3311; Cass. 4 maggio 1981, n. 2715, in *Riv. giur. lav.* 1981, II, 563; Cass. 18 novembre 1975, n. 3875, in *Mass. giur. lav.* 1976, 28; Cass. 21 marzo 1975, n. 1073, *ibidem* 1976, p. 106; Cass. 6 marzo 1975, n. 832, *ibidem* 1976, p. 103. In ipotesi di violazione delle norme in materia di sicurezza: Cass. 7 novembre 2005, n. 21479 in *Guida dir.*, 2005, 46, p. 14; Trib. Agrigento, 11 giugno 2002, in *Riv. it. dir. lav.* 2003, II, 114; Trib. Milano 4 aprile 2002, in *Riv. crit. dir. lav.* 2002, 718; Pret. Milano 23 aprile 1999, *ibidem* 1999, 645; Pret. Milano 23 maggio 1998, *ibidem* 1998, 1062; Cass. 17 dicembre 1997, n. 12773, in *Riv. it. dir. lav.* 1998, II, 270; Trib. Milano 22 dicembre 1992, in *Ord. giur. lav.* 1993, 279; Pret. Roma 26 maggio 1992, in *Riv. crit. dir. lav.* 1993, 129; Cass. 13 settembre 1991, n. 9569, in *Riv. it. dir. lav.* 1992, II, 921; Pret. Bergamo 8 gennaio 1985, in *Lav.* 80 1986, 157. In dottrina, un

cogliere avuto riguardo all'effettiva incidenza dell'inadempimento sulla funzione economico sociale del contratto e, più in generale, sull'economia complessiva del rapporto¹⁰⁷; tra le due prestazioni, quella inadempita e quella rifiutata, ci deve essere dunque, una sostanziale proporzione, così che un inadempimento lieve (magari di un obbligo accessorio) di una parte non potrebbe giustificare il rifiuto di adempiere ad un' obbligazione fondamentale.

La necessità di verificare la conformità del rifiuto ai canoni della buona fede ha portato la giurisprudenza a considerare illegittimo il rifiuto del consenso al demansionamento nei casi in cui non ci sia proporzione tra l'inadempimento del datore e quello del lavoratore¹⁰⁸.

La stessa Cassazione, nel procedere a tale verifica, ha precisato che la condotta del lavoratore può ritenersi in buona fede “solo se si traduca in un comportamento che, oltre a non contrastare con i principi generali della correttezza e della lealtà, risulti oggettivamente ragionevole e logico, nel senso di trovare concreta giustificazione nel raffronto tra prestazioni ineseuite e prestazioni rifiutate, in relazione ai legami di corrispettività e contemporaneità delle medesime”¹⁰⁹.

A volte la giurisprudenza è molto restrittiva nella verifica di quel rapporto di proporzionalità e nega che, di fronte ad un uso illegittimo dei poteri del datore di lavoro, il lavoratore possa rendersi totalmente inadempiente e conseguentemente sospendere l'attività lavorativa

richiamo alla *exceptio inadimpleti contractus* è già in L. BARASSI, *Il contratto di lavoro* (1901), rist. anast. a cura di M. Napoli, Milano, 2002, 692, nonché in F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995, 60.

¹⁰⁷ Questo è il principio generale costantemente espresso dalla Cassazione civile; si veda, ad es. Cass. 27 febbraio 1996, n. 1537, in *Giur. it.*, 1996, I c. 1, con nota di D. COSTANZA.

¹⁰⁸ Sulla necessità del giudizio di comparazione v. ad. es. Cass. 1° marzo 2001, n. 2948, *FI*, 2001, I, 1869.

¹⁰⁹ Cass. 23 novembre 1995, n.12121, *DL*, 1996, II, 356.

qualora il datore di lavoro assolva tutti gli altri obblighi che gravano su di lui (ad es. pagamento della retribuzione, copertura previdenziale e assicurativa), “potendo una parte rendersi totalmente inadempiente e invocare l’art. 1460 c.c. soltanto se è totalmente inadempiente l’altra parte, non qualora vi sia controversia, egualmente *sub iudice*, solo su una delle obbligazioni facenti capo ad una delle parti”¹¹⁰.

Secondo tale indirizzo, quindi, la legittimità del rifiuto di svolgere la prestazione lavorativa sarebbe configurabile solo di fronte ad un inadempimento totale della controparte.

Altre volte essa è più favorevole al lavoratore e giudica proporzionato e conforme a buona fede il suo rifiuto di svolgere la prestazione lavorativa nei modi e nelle forme che illegittimamente gli sono richieste, qualora egli continui ad offrire le prestazioni corrispondenti a quelle originariamente convenute¹¹¹, anche

¹¹⁰ Cass. 22 febbraio 2008, n. 4673, *Giur. lav.*, 2008, 56; Cass. 9 maggio 2007, n. 10547, *Riv. it. Dir. lav.*, 2008, 597; Cass. 19 agosto 2003, n. 12161, *Riv.it.dir.lav.*, 2004, 378; Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689 in *Lav. giur.*, 2004, p. 1169 con nota critica di M. DALLACASA, *Demansionamento del lavoratore e rifiuto di eseguire la prestazione richiesta*; Cass. 1° marzo 2001, n. 2948, in *Foro it.*, 2001, c. 1869 e in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2682; Cass. 7 febbraio 1998, n. 1307, in un caso in cui il lavoratore aveva rifiutato per intero la prestazione a seguito di una ritenuta dequalificazione di mansioni; per Trib. Taranto, 6 febbraio 1987, in *Dir. lav.*, 1987, II, p. 264, l’assegnazione a mansioni inferiori non giustifica di per sé l’eccezione di inadempimento per la sproporzione tra le due inadempienze del datore di lavoro e del lavoratore. Più in generale, sulla possibilità di invocare l’art. 1460 c.c. in caso di inadempimento solo parziale con pretesa di ridurre anche la controprestazione, la dottrina civilistica, come è noto, è da tempo divisa: in senso negativo A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Nuoviss. dig. it.*, Torino, 1960, p. 358 n.; in senso favorevole, invece, M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 5, Milano 1984, p. 353 e G. PERSICO, *L’eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, p. 146; B. BALLETTI, *Nuove problematiche in tema di mansioni e qualifica del lavoratore*, *Riv.giur.lav.*, 2010, 681.

¹¹¹ Cass. 12 ottobre 1996, n. 8939; Cass. 26 giugno 1999, n. 6663; Cass. 28 luglio 2000, n. 9957, che ha stabilito l’illegittimità del licenziamento e risulti che il lavoratore non ha rifiutato in assoluto ogni attività lavorativa, ma le sole modalità della prestazione coincidenti con le mansioni inferiori o non equivalenti rispetto alla qualifica spettante.

rimanendo a disposizione nel proprio domicilio nel caso in cui il datore di lavoro le rifiuti.

Altre volte, ancora, e si tratta di una posizione in qualche misura intermedia, la giurisprudenza ritiene che il rifiuto debba risultare “oggettivamente ragionevole e logico nel senso di trovare concreta giustificazione nel raffronto tra prestazioni ineseguite e prestazioni rifiutate, in relazione ai legami di corrispettività e contemporaneità delle medesime”¹¹².

Specificamente, il giudizio di bilanciamento deve avvenire tenendo conto non solo dell’elemento cronologico, ma anche di quello logico, essendo necessario stabilire se vi sia relazione causale e adeguatezza, nel senso della proporzionalità rispetto alla funzione economica-sociale del contratto, tra l’inadempimento dell’uno e il precedente inadempimento dell’altro, con la specificazione che in ogni caso i provvedimenti aziendali non sono accompagnati da una presunzione di legittimità che ne imponga l’inottemperanza fino ad un diverso accertamento in giudizio¹¹³.

La tesi da ultimo esposta è la più apprezzabile per razionalità ed equilibrio, mentre quella restrittiva va incontro ad una serie di obiezioni difficilmente superabili.

In primo luogo, la necessità di valutare comparativamente i reciproci inadempimenti induce a ritenere che l’eccezione di inadempimento possa essere proposta non soltanto nel caso di inadempimento totale dell’obbligazione, ma anche nel caso di inesatto

¹¹² Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, in *Riv. dir. lav.*, 1996, II, p. 796, con nota di M. CARO, cit.; Cass. 14 luglio 2008, n.19283, *Mass. giur. lav.*, 2009, 141; Cass. 16 maggio 2006, n. 11430, *Riv. giur. lav.*, 2006, 651; Cass. 11 luglio 2005, n. 14496, *DL*, 2005, 859.

¹¹³ Cass. 2 aprile 2004, n. 6564; Cass. 19 febbraio 2008, n.4060; Cass. 23 novembre 1995, n.12121, *Riv.it.dir.lav.*, 1996, II, 796 con nt. M.CARO.

adempimento. Solo in questo caso avrebbe senso procedere all'indagine rispetto alla gravità dell'inesatto adempimento e alla buona fede richiesta dal secondo comma dell'art. 1460 c.c.

In secondo luogo, aderendo al suddetto indirizzo, ne deriverebbe un forte disincentivo all'esercizio dell'autotutela, nella misura in cui all'incertezza del lavoratore circa l'accertamento giudiziale della possibilità di svolgere mansioni equivalenti si aggiungerebbe la necessità di valutare non solo la sussistenza di un eventuale demansionamento, ma anche che si tratti di un inadempimento datoriale tanto grave da giustificare il rifiuto delle prestazioni.

È chiaro che si tratta di valutazioni soggette a marcata discrezionalità e che sottopongono al rischio che, nonostante sia accertato che il datore ha commesso un atto illegittimo, ciò venga comunque considerato irrilevante ai fini della dichiarazione di legittimità del successivo licenziamento¹¹⁴.

In terzo luogo, la tesi restrittiva non convince perché, tenuto conto che quasi mai ad un demansionamento si accompagna la sospensione degli obblighi retributivi e contributivi, sostanzialmente con questa impostazione si rende impossibile qualsiasi forma di autotutela del bene professionalità.

In quarto luogo, l'orientamento in esame svaluta la circostanza in base alla quale il contenuto dell'obbligazione contrattuale del datore di lavoro non consiste soltanto nella corresponsione della retribuzione, ma anche in ciò che deriva da altre norme inderogabili di legge.

¹¹⁴ M. ORLANDO, *Limiti all'esercizio dell'autotutela in caso di adibizione a mansioni inferiori e possibili ripercussioni sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di patto di demansionamento*, *Riv.ital.dir.lav.* 2007, 870

In particolare, nel contratto di lavoro, l'obbligo del datore di adibire il lavoratore alle mansioni per le quali è stato assunto non è un'obbligazione accessoria e non è in linea generale derogabile dalle parti. Anzi, il lavoratore è titolare di un interesse giuridicamente apprezzabile, forse di un vero e proprio diritto, a svolgere le mansioni per le quali è stato assunto o altre equivalenti.

Se si ritiene che tale ultima affermazione sia da condividere perché non è consentito al datore di lavoro modificare unilateralmente le prestazioni lavorative esigibili, a norma dell'art. 2103 c.c., neppure mediante un accordo con il lavoratore (salvo il patto di demansionamento per tutelare l'occupazione e le altre ipotesi previste dalla legge), non si comprende perché il lavoratore non possa autotutelarsi, rifiutando di eseguire una prestazione differente da quella pattuita.

In caso contrario, al lavoratore resterebbe la sola infelice alternativa di risolvere il contratto per inadempimento ovvero di svolgere le nuove mansioni e promuovere un giudizio finalizzato all'accertamento dell'avvenuta dequalificazione e al conseguente risarcimento del danno.

Del resto, proprio l'art. 2103 c.c., limitando l'ampiezza del potere direttivo del datore di lavoro mediante l'integrazione dell'obbligo di adibire il prestatore alle mansioni per le quali è stato assunto ovvero ad altre equivalenti, rende legittimo il rifiuto di adempiere.

L'esercizio illegittimo dello *ius variandi* costituisce, quindi, inadempimento grave del datore di lavoro in tutti i casi, in quanto lede

il diritto costituzionalmente garantito alla dignità della persona che lavora¹¹⁵.

Inoltre, l'inadempimento del datore di lavoro legittima il lavoratore non solo all'eccezione di inadempimento ma anche all'azione risarcitoria per il danno derivatogli dal medesimo inadempimento.

Ancora, ai fini della legittimità dell'eccezione d'inadempimento non è necessaria l'offerta della prestazione dovuta, come dimostra, peraltro, il fatto che in caso di mancata retribuzione tale offerta non è mai stata considerata come essenziale; essa, tuttavia, sarebbe opportuna per dimostrare la buona fede e la proporzionalità del creditore che intenda adempiere e, dunque, la fondatezza dell'eccezione *ex art. 1460 c.c.*

L'eccezione di inadempimento come regola che giustificata il rifiuto del lavoratore di fronte all'ordine illegittimo è sostenuta anche da una recente dottrina, che ne fornisce una spiegazione sul piano della sistemazione dogmatica del contratto¹¹⁶.

Essa muove dal rilievo che la giurisprudenza non si è preoccupata di individuare il fondamento e la natura del dedotto inadempimento del datore di lavoro e, una volta ribadito che il potere del datore di lavoro di impartire direttive relative alla esecuzione del rapporto deriva dal contratto, qualifica l'ordine del datore, almeno nella maggior parte dei casi, "come un atto di esecuzione del contratto e non come un provvedimento di natura negoziale".

¹¹⁵ Cass. 16 maggio 2006, n.11430, *RGL*, 2006, 3 nt. DEL BIONDO.

¹¹⁶ V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 277 ss.

Così, l'assegnazione di mansioni o il trasferimento disposti al di fuori dei presupposti o dei limiti stabiliti non costituirebbero una modifica del contenuto contrattuale (e dunque un provvedimento o, più esattamente, un atto negoziale al quale, se illegittimo, sarebbero applicabili le sanzioni della nullità o dell'annullamento), ma sarebbero piuttosto da configurare come una "esecuzione del contratto contraria al principio che regola, in generale, l'adempimento secondo buona fede". Si tratterebbe, più precisamente, di un "adempimento inesatto" in quanto il comportamento dell'imprenditore non sarebbe "conforme alle norme speciali lavoristiche che disciplinano i poteri del datore e cioè...gli atti esecutivi del contratto di lavoro"¹¹⁷.

In questa prospettiva, che qualifica l'illegittimità dell'ordine impartito dal datore di lavoro in termini di inadempimento del datore medesimo, obbligato ad esercitare i suoi poteri contrattuali in conformità alle norme imperative di legge e di contratto collettivo, è evidente che la tutela del lavoratore può affidarsi anche agli strumenti predisposti dal codice a tutela dell'equilibrio sinallagmatico del contratto.

L'opinione appena riassunta, che costruisce in termini di eccezione di inadempimento il rifiuto del lavoratore di eseguire ordini illegittimi non convince del tutto una parte della dottrina, che solleva al riguardo alcune condivisibili critiche¹¹⁸.

Da un lato, infatti, non sembra così agevole – come invece fa anche la giurisprudenza, senza troppe preoccupazioni – ritenere *tout court*, e senza ulteriori specificazioni, che l'illegittimo esercizio di un

¹¹⁷ V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 278.

¹¹⁸ Cfr. MATTAROLO, *Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro*, *Comm Sch*, 2007, 469 ss

potere equivalga sempre ad un inadempimento contrattuale, che dovrebbe allora configurarsi quale inadempimento di un obbligo negativo di non fare (non adibire il lavoratore a mansioni inferiori, non trasferirlo senza giustificazione e, più in generale, non impartire ordini illegittimi), oppure quale inadempimento di una generale e generica obbligazione del datore di lavoro “di esercitare *recto iure* i poteri” che gli sono attribuiti¹¹⁹.

In effetti, alle modalità di esercizio del potere imprenditoriale non sempre possono essere applicati i canoni interpretativi che attengono all’adempimento degli obblighi contrattuali, perché più che di obblighi si dovrebbe parlare di oneri e di diritti potestativi¹²⁰.

Dall’altro lato, l’eccezione di inadempimento, facoltizzando una parte a non adempiere qualora l’altra parte a sua volta non adempia, presuppone necessariamente l’esistenza (o meglio, la pre-esistenza) di due obbligazioni corrispettive; segnatamente, si dovrebbe allora presupporre che l’esercizio dei poteri datoriali, sebbene illegittimo, faccia nascere comunque in capo al lavoratore una obbligazione che, tuttavia, nel momento stesso in cui nasce può non essere adempiuta perché l’ordine del datore di lavoro che specifica e determina l’obbligazione costituisce, al tempo stesso, inadempimento contrattuale. Ma il discorso appare inutilmente contorto e sostanzialmente errato, perché una obbligazione che nasce sostanzialmente senza obbligare (visto che il suo rifiuto non costituisce inadempimento) è una contraddizione in termini.

¹¹⁹ V. FERRANTE, *Potere e autotutela*, cit., p. 268.

¹²⁰ Così, anche se ad altri fini, G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Dir. rel. ind.*, 1991, 164.

Quanto poi alla negazione del carattere negoziale degli atti di esercizio dei poteri imprenditoriali, si può notare che la stessa legge (come ad esempio l'art. 15 dello Statuto dei lavoratori) sembra invece presupporlo quando applica la categoria della nullità agli atti di esercizio del potere imprenditoriale che siano discriminatori e tra essi esplicitamente ricomprende il trasferimento e l'assegnazione di mansioni¹²¹.

La dottrina civilistica, il cui dibattito, in questa sede, non può neppure essere sfiorato, sembra comunque adottare una nozione particolarmente ampia di negozio giuridico quale "dichiarazione che un soggetto pone in essere per la realizzazione di effetti giuridici conformi al suo contenuto"¹²² e arriva a discutere della natura negoziale dello stesso adempimento¹²³.

Sembra perciò difficile sostenere che una dichiarazione di volontà del datore di lavoro (perché tale è ogni suo ordine o disposizione) che crei obblighi di obbedienza in capo al lavoratore non sia un atto negoziale anche se si inserisce in un rapporto contrattuale già in atto.

Si noti, inoltre, che questa costruzione non riesce a risolvere in modo soddisfacente una questione di fondamentale importanza per il lavoratore che intenda rifiutare l'ordine illegittimo: si tratta del riconoscimento del diritto alla retribuzione, diritto a volte negato dalla

¹²¹ Osservazione che non sembra rilevante, o comunque decisiva, per V. FERRANTE, *Potere e autotutela*, cit., 279.

¹²² R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico*, I, *Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XX; G.B. FERRI, *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv. sez. civile*, 1995, vol. XII, p. 61 ss.

¹²³ A favore della natura negoziale, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Giuffrè, Milano, 1984, p. 23 ss.

giurisprudenza e, invece, affermato, seppure indirettamente, dalla dottrina.

Per la Corte di Cassazione, invero, “ nel periodo di sospensione del rapporto per effetto dell’esercizio, *ex art. 1460 c.c.*, dell’autotutela del lavoratore che abbia rifiutato di eseguire la propria prestazione a fronte dell’inadempimento di quella del datore di lavoro non è configurabile il diritto alla retribuzione in considerazione della forma di tutela scelta dal lavoratore in sostituzione della normale tutela giurisdizionale”¹²⁴; a questa presa di posizione si potrebbe comunque obiettare che il lavoratore non solo conserva il rapporto, ma ha anche diritto ad un risarcimento per il mancato guadagno (commisurabile dunque alla retribuzione perduta) “essendo andata perduta la prestazione lavorativa proprio a causa dell’inadempimento datoriale di cui l’eccezione dell’altra parte è una conseguenza diretta e prevedibile”¹²⁵.

¹²⁴ Cass. 23 giugno 2001, n. 8621, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, p. 15, in motivazione. La sospensione della prestazione in via di autotutela consentita dall’art. 1460 c.c. non determina il diritto alla retribuzione per il periodo di mancato lavoro anche per Pret. Firenze, 26 novembre 1990, in *Toscana lavoro giur.*, 1990, p. 941; *contra*, Cass. 5 aprile 1984, n. 2231, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, II, p. 786; Cass. 6 dicembre 1983, n. 7281, in *Giust. Civ.*, 1984, I, p. 706, per le quali permane il diritto a percepire la retribuzione sempre che il lavoratore dichiararsi di essere disposto a svolgere le mansioni per le quali è stato assunto o equivalenti o corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito. La posizione più rigida segnalata nel testo, pur se molto più recente rispetto alle citate sentenze contrarie, non sembra tuttavia frutto di una evoluzione giurisprudenziale in tal senso; anzi, sembra che il diritto alla retribuzione sia il più delle volte presupposto – e quindi non esplicitato – anche dalla giurisprudenza più attuale.

¹²⁵ A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 1995, p. 50; L. CAVALLARO, *L’autotutela negata, ovvero: quale disciplina per il demansionamento illegittimo?*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2008, 471.

2.2.2. *La tesi della nullità*

Si è visto come il ricorso all'eccezione di inadempimento da parte del lavoratore di fronte ad un ordine illegittimo può sollevare più d'una fondata obiezione.

Sembra allora molto più convincente una diversa ricostruzione che, pur non trovando grande riscontro in giurisprudenza¹²⁶, è correttamente sostenuta da parte della dottrina anche più recente¹²⁷.

La tesi in questione ritiene che un ordine del datore di lavoro che ecceda i limiti di un corretto e legittimo esercizio dei suoi poteri – che, si ricorda, trovano la loro fonte nel contratto – sia un ordine appunto

¹²⁶ V. ad es. Cass. 7 dicembre 1991, n. 13187, *Riv.ital.dir.lav.*, 1992, II, 947 con nt. TULLINI; Cass. 5 ottobre 2006, n. 21403, *Mass. giur. lav.*, 2007, 277. In dottrina cfr. M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986, spec. 261 ss; A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1992, p. 148; PISANI, *op. cit.*, p. 228; M. LANOTTE, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1998, 243. Ad una regola diversa dalla eccezione fa riferimento anche VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali*, cit., p. 126 ss.

¹²⁷ MATTAROLO, *Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro*, *Comm. Sch.*, 2007, 469 ss.; BARRACO, *Assegnazione a mansioni inferiori: il rifiuto del dipendente divenuto invalido è ingiustificato*, nota a Cass. 5 gennaio 2007, n.43, *Giur.lav.*, 2007, 30; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, *Comm. Sch.*, 1977, 275 ss., secondo cui “la tecnica dell'eccezione di inadempimento, pur muovendosi in una prospettiva tipicamente contrattuale, solleva la perplessità in ordine alla necessaria verifica, non certo agevole, della legittimità della reazione del lavoratore che deve risultare proporzionata al comportamento tenuto dal datore e conforme alla buona fede avuto riguardo alle circostanze”; M.ORLANDO, *Limiti all'esercizio dell'autotutela in caso di adibizione a mansioni inferiori e possibili ripercussioni sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di patto di demansionamento*, *Riv.ital.dir.lav.* 2007, 870; L. CAVALLARO, *L'autotutela negata, ovvero: quale disciplina per il demansionamento illegittimo?*, *Riv.it.dir.lav.*, 2008, 474. In senso contrario, V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 278.

dato senza potere, al quale, per ciò stesso, il lavoratore non è tenuto a dare esecuzione¹²⁸.

È sostenibile che la richiesta del datore di lavoro di svolgere mansioni inferiori non costituisca un inadempimento (al quale conseguirebbe un'eccezione *ex art. 1460 c.c.*), bensì un ordine di adempiere una prestazione diversa da quella oggetto del contratto di lavoro.

Pertanto, il rifiuto del lavoratore non sarebbe una conseguenza dell'inadempimento datoriale, bensì il legittimo rifiuto di adempiere una prestazione non dovuta, in quanto l'atto autoritativo del datore non rientra nei poteri contrattualmente attribuitigli ma è da considerarsi *tamquam non esset*.

Difatti, la posizione di soggezione del lavoratore si giustifica attraverso la mediazione del contratto di lavoro che individua i margini entro cui l'autorità datoriale deve contenersi¹²⁹.

Pertanto la pretesa del datore di lavoro esorbitante i confini di ciò che il lavoratore è effettivamente tenuto a fare non ha ragione d'essere e, conseguentemente, in assenza di potere legittimamente esercitato, la prestazione richiesta non è dovuta e il lavoratore può rifiutarla legittimamente in via di autotutela.¹³⁰

Così, ad esempio, il comportamento del lavoratore che si rifiuta di dare esecuzione a un ordine recante un illegittimo demansionamento non costituisce, a ben vedere, un inadempimento,

¹²⁸ Questa posizione vale ovviamente nei casi in cui non sia la legge stessa a stabilire le conseguenze di un uso distorto o illegittimo dei poteri del datore di lavoro come può essere, ad esempio, in caso di licenziamento illegittimo.

¹²⁹ SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982.

¹³⁰ A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 1995, p. 131.

perché lo svolgimento di quelle mansioni non rientra nel suo debito contrattuale¹³¹.

Alla luce di quanto sopra esposto, è dunque da condividere quella giurisprudenza che, evitando o rifiutando espressamente ogni riferimento alla eccezione di inadempimento, sottolinea che “il potere gerarchico previsto dal codice civile riguarda le scelte e le modalità delle prestazioni previste in contratto, esulando dallo stesso il potere di richiedere prestazioni indebite, cioè non previste in contratto e, quindi, chiaramente escluse dal medesimo”¹³²; in altri termini, e ancora più chiaramente, si può dire che per i poteri privati, a differenza dei poteri amministrativi “non è ravvisabile, sul piano dogmatico una giuridica differenza tra inesistenza del potere ed uso illegittimo di un potere spettante¹³³ e che il diritto potestativo del datore di lavoro esiste solo in presenza dei presupposti e delle condizioni stabilite dalla legge o dal contratto, tanto che, in tale prospettiva non è sembrato neppure necessario il ricorso al giudice al fine di rimuovere l’atto inesistente e/o illegittimo¹³⁴”.

¹³¹ L. CAVALLARO, *L'autotutela negata, ovvero: quale disciplina per il demansionamento illegittimo?*, *Riv.it.dir.lav.*, 2008, 473.

¹³² Così, Cass. 8 giugno 1999, n. 5643 in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 1095 con nota di M. MOCELLA, *Limiti al potere direttivo e diritto di resistenza del prestatore di lavoro*; ma si veda già Cass. 7 dicembre 1991, n. 13187 (in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 947, con nota di P. TULLINI, *Poteri privati dell'imprenditore ed esercizio di autotutela contrattuale*), per la quale, “a norma dell'art. 2103 c.c. l'illegittimo comportamento del datore di lavoro, consistente nella assegnazione di mansioni non equivalenti, si colloca del tutto al di fuori del contenuto contrattuale. Ne consegue che il rifiuto del dipendente di svolgere mansioni estranee al contratto non è qualificabile in termini di eccezione d'inadempimento *ex art.* 1460 c.c.”

¹³³ Cass. 7 dicembre 1991, n. 13187, cit.

¹³⁴ P. TULLINI, *Poteri privati dell'imprenditore ed esercizio di autotutela*, cit.

Ed allora, dove non c'è potere non c'è neppure dovere di obbedienza, né potrebbe ovviamente trovare applicazione, in questa prospettiva, il secondo comma dell'art. 1460 c.c. perché, una volta esclusa la ricostruzione del comportamento del datore di lavoro quale inadempimento contrattuale, vengono meno necessariamente tutte le questioni di interdipendenza fra i comportamenti delle parti del rapporto e soprattutto la necessità di un controllo sulla proporzionalità della reazione del lavoratore, dato che egli non rifiuta una prestazione "dovuta", bensì rifiuta l'esecuzione di una prestazione "non dovuta"¹³⁵, estranea al suo debito contrattuale.

Si è detto, dunque, che la prestazione non è contrattualmente dovuta qualora il datore di lavoro non osservi i limiti imposti dalla legge o dal contratto collettivo nell'esercizio dei suoi poteri concernenti la modalità della prestazione stessa; fattispecie, questa, che va tenuta distinta dall'altra nella quale il lavoratore rifiuta di eseguire la prestazione convenuta, e dunque rientrante nei suoi obblighi contrattuali, di fronte ad inadempimenti del datore di lavoro che non attengono all'esercizio illegittimo di poteri, ma riguardano obblighi di fare o divieti di comportamenti materiali¹³⁶, come può essere il caso di rifiuto della prestazione dovuta per inadempimento da

¹³⁵ C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano 1996, p. 227; nello stesso senso. M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, Giuffrè, 1997, p. 276; L. ZOPPOLI, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, ESI, Napoli, 1991, p. 266.

¹³⁶ La distinzione è sottolineata soprattutto da A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale*, cit., p. 50 s. e 126 ss., cui aderisce C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, cit. p. 227 ss. In giurisprudenza per un caso di rifiuto della prestazione come risposta al mancato pagamento della retribuzione si veda ad es. Cass., 2 aprile 2004, n. 6564, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, p. 710, con nota di L. VALENTE.

parte del datore di lavoro dell'obbligo retributivo¹³⁷ o per violazione del divieto di controlli o indagini: in tale ipotesi il ricorso alla eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. è corretto¹³⁸.

In definitiva, se quella esposta è la via preferibile da seguire per definire i confini dell'obbligo di obbedienza del lavoratore, si deve concludere che il secondo comma dell'art. 2104 c.c. deve essere letto, con più precisione, come se imponesse al prestatore di lavoro di osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro legittimamente impartite dall'imprenditore e dai suoi collaboratori. Ciò comporta la rilevante conseguenza che il lavoratore ha diritto di

¹³⁷ Sul punto, di recente, Cass. 29 luglio 2002, n. 11181; Trib. Roma, 11 maggio 2000, n. 8103 in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, p. 623, con nota di L. FORTE, *L'illegittimità del licenziamento disciplinare in caso di applicazione dell'autotutela prevista dall'art. 1460 c.c.*, al quale si rinvia per ulteriori citazioni. Per un altro caso particolare nel quale una lavoratrice non si era più presentata a lavorare dopo le ferie perché le erano state illegittimamente prolungate, Cass. 12 gennaio 1999, n. 267, in *Notiz. giurispr. lav.*, 1999, p. 198; nel caso di specie, la Corte ha notato che nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive qual è il contratto di lavoro, l'inadempimento di una parte giustifica la sospensione della prestazione dell'altro contraente se l'obbligazione si riferisce ad una prestazione che scada prima o simultaneamente rispetto a quella di colui che si avvale del potere di autotutela, e ha escluso, quindi, l'applicazione dell'art. 1460 c.c. Si veda anche Cass. 19 gennaio 1996, n. 307 (in *Riv. it. dir. lav.* 1996, II, p. 536, con nota di C. SAISI, *Brevi note in materia di exceptio inadimpleti contractus nel contratto di lavoro subordinato*), che ricorda giustamente che la disposizione di cui all'art. 1460 c.c. consente a ciascuno dei contraenti, ricorrendo la condizione dell'inadempimento dell'altro, di rifiutarsi di adempiere la propria obbligazione, ma non anche di adempierla inesattamente (nel caso con disinteresse e negligenza).

¹³⁸ Si trovano, in giurisprudenza, anche casi del tutto particolari, come quello relativo al rifiuto della prestazione, considerato legittimo a norma dell'art. 1460 c.c., da parte di un attore (con contratto di scrittura artistica), a fronte di adattamenti dell'opera teatrale tali da alterarne l'integrità (Cass. 12 settembre 1991, n. 9535, in *Foro it.*, 1992, I, c. 763); oppure il rifiuto del lavoratore adibito a mansioni superiori a quelle di assunzione di proseguirne lo svolgimento oltre i tre mesi in mancanza del riconoscimento, da parte del datore di lavoro, del superiore inquadramento (Cass. 10 gennaio 1984, n. 186, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 332). Sulla legittimità dell'abbandono del posto di lavoro per rifiuto opposto dall'azienda al lavoratore italiano all'estero di rientrare in Italia al fine di esercitare il diritto di voto, Pret. Milano 29 novembre 1980 il *Lav.* 80, 1981, p. 240.

continuare a prestare la propria opera come se l'ordine illegittimo non fosse mai stato impartito e senza che sia necessaria alcuna altra "attività" da parte del datore di lavoro (nel senso di disposizioni da impartire), una volta che il giudice abbia accertato che questi ha esercitato illegittimamente i suoi poteri. Ne derivano altresì riflessi applicativi notevoli quando si discute, ad esempio, se il lavoratore illegittimamente trasferito abbia diritto di essere "reintegrato" nel posto precedente o gli spetti solo un risarcimento del danno: tale questione, infatti, si pone solo nell'ambito della diversa costruzione che parifica l'uso illegittimo dei poteri datoriali ad un mero inadempimento del datore di lavoro, ma non ha ragion d'essere qualora sia evidente che l'inesistenza del potere determina la giuridica inesistenza dell'ordine di trasferimento¹³⁹.

Il rifiuto di dare esecuzione ad ordini illegittimi deve essere comunque accompagnato dall'offerta formale, da parte del lavoratore, della prestazione convenuta¹⁴⁰, restando a disposizione del datore di lavoro¹⁴¹.

¹³⁹ A volte la giurisprudenza non approfondisce la differenza di effetti delle due costruzioni, soprattutto, se è chiamata a giudicare sulla legittimità di un licenziamento conseguente al rifiuto di esecuzione dell'ordine; a tal fine, infatti, non è sempre necessario verificare se la mancata ottemperanza al provvedimento del datore trovi giustificazione quale attuazione di un'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) o sulla base del rilievo che gli atti nulli non producono effetti; richiama come valide tutte e due le teorie, Cass. 9 marzo 2004, n. 4771, in *Dir. prat. lav.*, 2004, p. 881, con nota di G. GIRARDI. Nello stesso senso, Cass. 8 febbraio 1999, n. 1074, in *Notiz. giurispr. lav.*, 1999, p. 335 e Cass. 20 dicembre 2002, n. 18209.

¹⁴⁰ Tale offerta, ovviamente, non deve essere ripetuta ogni giorno, essendo sufficiente che avvenga all'inizio, una sola volta; così M. BROLLO, *La mobilità*, cit., p. 277. Inoltre, se il lavoratore offre una prestazione parziale o diversa da quella dovuta (artt. 1181 e 1197 c.c.) non si realizza la mora del creditore con tutte le conseguenze del caso. Così come concorrendo la mancata cooperazione del creditore e, indipendentemente da questa, l'impossibilità della prestazione del debitore, prevalgono le regole relative alla impossibilità della prestazione del

Ciò che rileva è che il debitore offre l'esatta prestazione, la quale, tuttavia, non viene effettuata per causa del creditore che la rifiuta pretendendone illegittimamente un'altra non dovuta.

Resta in tal caso irrilevante ogni questione relativa all'interdipendenza o all'equivalenza tra prestazioni corrispettive, poiché la valutazione riguarda solo il contenuto della prestazione lavorativa.

Se il datore di lavoro rifiuta la prestazione e insiste nel provvedimento illegittimo non ricevendo la prestazione esatta offerta dal lavoratore *in primis* non può considerarsi inadempiente il dipendente che, quindi, non può essere sanzionato¹⁴²; *in secundis*, conseguenza di non poco conto, il datore rimane, per quel che si è detto, sicuramente obbligato al pagamento della retribuzione, o all'equivalente a titolo di risarcimento, ed è da considerarsi in situazione di *mora credendi*¹⁴³ (che ha l'effetto di porre a suo carico

debitore con esclusione in ambito lavorativo dell'obbligo retributivo. Così BIGLIAZZI GERI, *Mora del creditore*, Enc.giur.Treccani, vol. XX, Roma, 1990, 2.

¹⁴¹ A tal proposito si veda Cass. 4 marzo 1989, n. 1202 in *Giust.civ. – Mass.*, 1989, fasc. 3, per la quale l'eventuale esercizio di altra attività da parte del lavoratore che abbia rifiutato la prestazione integra gli estremi di una volontà risolutiva del rapporto.

¹⁴² Sul tema si veda CATANNEO, *La mora del creditore*, in *Commentario*, Sciajola, Branca, Bologna, 1973. In giurisprudenza cfr. Trib. Roma 11 maggio 2000, *Riv.giur.lav.*, 2001, II, 623; diversa è l'ipotesi in cui al rifiuto della prestazione si accompagnino altri e ulteriori atti autonomamente illegittimi (quali l'occupare spazi aziendali, il pronunciare espressioni ingiuriose e sprezzanti nei confronti del datore di lavoro o del superiore gerarchico). In questa ipotesi, il rifiuto, per gli stessi atti illegittimi che l'accompagnano, è privo di caratteri di positività necessari alla sua giustificazione e la condotta del lavoratore può configurarsi giusta causa di licenziamento. Cfr. Cass. 8 agosto 2003, n.12001, *Or.giur.lav.*, 2003, 619.

¹⁴³ Sul punto è d'obbligo il rinvio a G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965; G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 368 ss.; E. GHERA e F. LISO, *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in Enc. Dir., vol. XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, p.

ogni aggravio e maggior rischio derivante dalla sua mancata cooperazione).

Infatti, in deroga al principio di cui all'art. 1463 c.c. il datore di lavoro rimane obbligato al pagamento della retribuzione in forza della traslazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta in capo al creditore *ex art. 1207 c.c.*¹⁴⁴.

Viceversa, Il lavoratore, che si è liberato offrendo l'esatta prestazione, ha diritto di ricevere la controprestazione, che, avendo natura retributiva, non tollera le decurtazioni proprie del regime risarcitorio¹⁴⁵.

Allo scopo di una più completa esposizione è, infine, il caso di accennare ad alcune pronunce che salomonicamente sostengono che i casi in questione integrerebbero simultaneamente fattispecie di nullità e di inadempimento parziale del contratto di lavoro, onde l'inottemperanza del lavoratore sarebbe giustificata "sia quale

977; L. MENGONI, *In tema di mora credendi nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 1954, p. 581; G. MAMMONE, *Il risarcimento del danno causato al lavoratore destinato a mansioni inferiori tra teoria dell'inadempimento e mora credendi*, *RIDL*, 1992, 580 ss.; A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali*, cit., 128, sottolinea che il diritto alla retribuzione anche in caso di rifiuto della prestazione illegittimamente richiesta, "non tollera le detrazioni proprie del regime risarcitorio", sempre che il lavoratore rimanga a disposizione, "il che è escluso nei periodi in cui vengono attuate condotte incompatibili (ad esempio l'esercizio di altra attività)"; aderisce a questa conclusione, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 314. Più in generale, V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992.

¹⁴⁴ Ciò anche ai sensi della l. n.1825 deln1924 sull'impiego privato che all'art.6 ultimo comma recita "In caso di sospensione di lavoro per fatto dipendente dal principale, l'impiegato ha diritto alla retribuzione normale o in caso di rifiuto del principale, alle indennità di licenziamento di cui all'art. 10".

¹⁴⁵ M.R. BARBATO, *Autotutela del lavoratore: rifiuto di prestazione non dovuta ed eccezione di inadempimento*, 2007, p. 281; GHERA, LISO, *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 1000; SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992, 321 e ss.

attuazione di una eccezione di inadempimento, sia sulla base del rilievo che gli atti nulli non producono effetti”¹⁴⁶.

Tuttavia, sembra di poter dire che il richiamo della Corte di legittimità all’art. 1460 c.c. funzioni piuttosto come uno stratagemma per recuperare il limite della buona fede scolpito nel secondo comma della norma citata, al fine di costringere il lavoratore quanto meno a offrire la propria prestazione in modo conforme all’assetto negoziale codificato anteriormente al provvedimento nullo.

Uno stratagemma peraltro superfluo: un obbligo del genere, infatti, discende *tout court* dal contratto quale giuridicamente è e non necessita d’altro per poter esser fatto valere sia in via d’azione che d’eccezione.

2.3 Autotutela e Art. 2087 c.c.

L’art. 2087 c.c. obbliga l’imprenditore ad adottare tutte le misure e gli accorgimenti necessari per una tutela piena dell’integrità fisica e della personalità morale del lavoratore nell’ambiente di lavoro¹⁴⁷.

Al riguardo, si discute se si tratti di un’obbligazione autonoma o accessoria rispetto a quella di pagare la retribuzione convenuta.

¹⁴⁶ Cass. 20 dicembre 2002, n. 18209, *NGL*, 2003, 331;

¹⁴⁷ Sugli orientamenti dottrinali dell’art. 2087 c.c., *ex multis*, C. CESTER – G. SUPPIEJ, *Rapporto di lavoro*, in *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, XII, Utet, Torino, 1996, p. 29 e ss.; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro – Il rapporto di lavoro (II)*, Padova, 2005, p. 172 e ss.; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 1998, p. 156; G. PERONE, *Lineamenti di diritto del lavoro*, Torino, 1999, p. 384; F. CARINCI – R. DE LUCA TAMAJO – P. TOSI – T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2003, p. 897 e ss. sulle ricostruzioni teoriche dell’art. 2087 c.c. Inoltre, M. NAPOLI, *La stabilità reale del posto di lavoro*, Milano, 1980, p. 205, il quale sostiene che tale dovere di sicurezza nei confronti del lavoratore sia assorbito nella prestazione principale; C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004, pp. 118 e ss.

In forza della considerazione per cui fra le due prestazioni non può logicamente stabilirsi una relazione sul piano materiale, altro essendo la retribuzione e altro la protezione del lavoro altrui, un nesso di strumentalità deve tuttavia ravvisarsi in vista della necessità di garantire l'esatto adempimento del contratto.

Qualora si verifichi un danno, il datore di lavoro non risponde automaticamente, ma a titolo di colpa¹⁴⁸ e l'accertamento della responsabilità del datore di lavoro comporta una valutazione che abbia riguardo non solo alle concrete possibilità della tecnica, ma anche alle specificità del lavoro, alla natura dell'ambiente e dei luoghi in cui il lavoro deve svolgersi¹⁴⁹.

In particolare, l'art. 2087 c.c. viene utilizzato come una norma di "chiusura", nel senso che supplisce a tutte le lacune di una normativa antinfortunistica che, sebbene dettagliata e specifica, non può essere in grado di prevedere qualsiasi fattore di rischio, nonché di evitare l'obsolescenza delle misure di sicurezza, nonostante gli automatici adattamenti imposti dal progresso tecnologico.

¹⁴⁸ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro – Il rapporto di lavoro (II)*, cit., pp. 215 e ss. Per l'A. La responsabilità del datore di lavoro non è automatica, ma deriva dall'omissione di una cautela doverosa. A tal proposito, cfr. Cass. 1 giugno 2004, n. 10510, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 719; Cass. 2 giugno 1998, n. 5049, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 337; Cass. 13 dicembre 2000, n. 15688, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 328. Inoltre cfr. ancora A. VALLEBONA, op. cit., p. 221 sul fatto che il nesso causale non viene meno per il mero concorso colposo dell'imprudente lavoratore, ma solo se interviene un fatto da solo sufficiente a determinare l'evento. In giurisprudenza, Cass. 18 febbraio 2004, n. 3213, in *Foro it.*, 2004, I, 3129; Cass. 5 febbraio 1998, n. 1196, in *Mass. giur. lav.*, 1998, suppl., p. 34; Cass. 7 aprile 1988, n. 2737, in *Nuova giur. civ.*, 1988, I, p. 626, ivi con nota di VISINTINI.

¹⁴⁹ Cass. 30 agosto 2000, n. 11427, in *Foro it., Rep.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 449; Cass. 17 novembre 1993, n. 11351, in *Mass. giur. lav.*, 1994, suppl. 3. Tuttavia, Cass. 14 agosto 2004, n. 15919, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 2261 sulla presunzione di colpa del datore di lavoro, derivante dalla concorrente applicabilità degli artt. 2051 e 2087 c.c.

L'inadempimento dell'art. 2087 c.c. determina una responsabilità contrattuale, a volte in concorso con una responsabilità extracontrattuale.

Pertanto, il lavoratore, in base al disposto dell'art. 2087 c.c., ha il diritto di astenersi legittimamente dallo svolgimento della prestazione nel caso in cui il datore non adegui l'ambiente di lavoro agli *standard* di sicurezza¹⁵⁰.

In altre parole, è possibile ipotizzare una vera e propria forma di autotutela del prestatore a fronte dell'inadempimento dell'obbligo di sicurezza gravante sulla controparte.

Si tratta di un profilo relativamente poco dibattuto in giurisprudenza¹⁵¹ ma approfondito dalla dottrina che ha fornito un contributo teorico importante in ordine alla definizione delle modalità di una legittima astensione e alla possibile qualificazione dell'astensione stessa da un punto di vista tecnico – giuridico.

¹⁵⁰ Sulla questione cfr. F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, 85; S. EVANGELISTA, *Procedimenti e mezzi di tutela della salute in azienda*, Milano, 1984, 32 ss.; M. FRANCO, *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 1995, 313 ss.; A. VALLEBONA, *Responsabilità civile dell'imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 210; C. CARNOVALE, *Eccezione di inadempimento dell'obbligo di sicurezza*, *Dir. lav.*, 2006, 155. F. V. PONTE, *Violazione degli obblighi di protezione da parte del datore di lavoro, eccezione ex art. 1460 c.c. e buona fede del lavoratore*, *DL*, 2006, 217.

¹⁵¹ Anche nei pochi casi in cui la giurisprudenza è intervenuta nel confermare la legittimità dell'astensione del lavoratore motivata da inadempimento degli obblighi *ex art.* 2087 c.c., non sempre ha creduto opportuno soffermarsi sul fondamento e sulla qualificazione tecnico giuridica dell'astensione. Cfr. Pret. Milano, 22 ottobre 1973, *Riv. giur. lav.*, 1975, II, 291; Pret. Milano, 15 dicembre 1981, *Lavoro 80*, 1982, 158; Pret. Milano, 14 ottobre 1983, *Lavoro 80*, 1984, 232; Cass., sez. lav., sent. del 7 novembre 2005, n. 21479, in *Lav. giur.*, 12 dicembre 2006.

In relazione al contenuto del diritto del lavoratore di rifiutare l'esecuzione della prestazione in base al disposto dell'art. 2087 c.c., secondo alcuni, l'astensione riguarda la prestazione di lavoro *tout court*¹⁵²; secondo altri, invece, essa deve essere circoscritta a quella parte della prestazione che risulti effettivamente pericolosa, rimanendo comunque il dipendente vincolato allo svolgimento delle mansioni che risultino esenti da rischi (laddove evidentemente una tale distinzione sia possibile)¹⁵³.

Indubbiamente più rilevante si presenta il problema delle possibili qualificazioni dell'astensione.

In alcuni casi si è ritenuto di individuare nell'astensione una forma di sciopero, finalizzato a ottenere una più efficace protezione della salute nei luoghi di lavoro¹⁵⁴.

Un'altra parte consistente della dottrina ha osservato che, ove sia rinvenibile un inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di sicurezza, "l'astensione viene attratta nell'orbita contrattuale e resta giustificata dai relativi meccanismi concernenti le reazioni in tema di

¹⁵² D. PERETTI GRIVA, *L'art. 2087 c.c. e i conseguenti diritti del lavoratore*, *Prev. Inf.*, 1954, 2, 5.

¹⁵³ L. MONTESANO, *Sulle azioni civili a tutela dell'integrità fisica del lavoratore*, *Securitas*, 1965, 122; PALESE, *Il prestatore di lavoro di fronte al datore di lavoro inadempiente agli obblighi di cui all'art. 2087 del codice civile*, *Securitas*, 1970, 715: "Il lavoratore, pertanto, a mio giudizio, andrà ugualmente sul posto di lavoro; sarà ugualmente pronto alla collaborazione di cui all'art. 2094 c.c.; rifiuterà soltanto di dare prestazioni che lo espongono a rischi". In merito all'ampiezza dell'astensione, se debba coinvolgere l'intera prestazione o solo alcune delle sue parti o modalità più esposte a rischi, si ritiene che si debba valutare volta per volta a seconda delle caratteristiche dell'adempimento datoriale e della prestazione dovuta. Così: G. LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Milano, 1993, 268.

¹⁵⁴ In giurisprudenza cfr. in particolare Pret. Milano, 22 ottobre 1973, *Riv. giur. lav.*, 1975, II, p. 290; Cass., 7 aprile 1973, n. 988, *Riv. giur. lav.*, 1973, II, p. 706. In dottrina F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, cit., p. 90; S. EVANGELISTA, *Procedimenti e mezzi di tutela della salute in azienda*, cit., p. 40.

adempimento”¹⁵⁵ e non può pertanto tecnicamente configurarsi come diritto di sciopero¹⁵⁶.

L’astensione, inoltre, per essere qualificata come forma di autotutela ai sensi dell’art. 2087 c.c. deve essere esercitata da quei lavoratori rispetto ai quali assuma specifico rilievo giuridico l’inadempimento datoriale all’obbligo di sicurezza.

Viceversa si tratterà di sciopero nel caso in cui, pur sussistendo un inadempimento datoriale, “il problema della salute in fabbrica 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”¹⁵⁷.

È inoltre da precisare che l’obbligo di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. conserva la sua operatività anche in presenza di uno sciopero, pur con i maggiori limiti che incontra in tale caso l’accertamento della responsabilità del datore di lavoro¹⁵⁸, e che lo stesso sciopero non può

¹⁵⁵ F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici...*, cit., p. 92.

¹⁵⁶ S. EVANGELISTA, *Procedimenti...*, cit., p. 40. D'altra parte i lavoratori non avrebbero interesse a vedere qualificato il loro comportamento come tale, piuttosto che come eccezione di inadempimento o reazione alla *mora credendi* del datore di lavoro, dal momento che nel primo caso ne deriverebbero evidentemente svantaggi economici (con la perdita della retribuzione), mentre nelle altre ipotesi, come si vedrà, si riconosce generalmente il diritto del lavoratore alla retribuzione o al risarcimento del danno. In tal senso Pret. Milano, 22 ottobre 1973, *Riv. giur. lav.*, 1975, 2, 290. Tuttavia nella realtà il lavoratore, nel timore di sanzioni disciplinari a seguito di una declaratoria giudiziale di legittimità del comportamento datoriale, potrebbe essere indotto a qualificare come sciopero l'astensione più propriamente riconducibile agli schemi degli artt. 1460 e 1206 c.c. In tal senso cfr. F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici...*, cit., p. 93.

¹⁵⁷ S. EVANGELISTA, *Procedimenti...*, cit., p. 40. In tale ipotesi, infatti, “prevarrebbe... il momento dell'autotutela collettiva sotto forma di esercizio di sciopero”, restando impregiudicate “le azioni da parte di quei lavoratori che vi siano specificamente legittimati”.

¹⁵⁸ La responsabilità del datore per infortuni occorsi durante scioperi legittimi incontra necessariamente un limite nell'imputabilità dell'adempimento all'obbligo

svolgersi in contrasto con altri diritti costituzionali fondamentali ad esso sovraordinati (come il diritto alla salute), legittimandosi così l'adozione di misure cautelari a fronte di modalità attuative di scioperi che possano compromettere l'integrità fisica individuale o l'incolumità pubblica¹⁵⁹.

Il problema fondamentale su cui si ritiene debba, però, concentrarsi l'attenzione e – si ribadisce- sul quale la giurisprudenza non sempre ha creduto opportuno soffermarsi riguarda il fondamento giuridico dell'astensione del prestatore di lavoro.

Tra le diverse ipotesi ricostruttive risulta in tale ambito prevalente il riferimento all'art. 1460 c.c.¹⁶⁰, anche se l'utilizzazione dell'*exceptio inadimpleti contractus* si presenta in tale ambito assai complessa¹⁶¹.

La questione risulta strettamente collegata alla problematica della qualificazione giuridica delle posizioni soggettive derivanti dall'art. 2087 c.c.

di sicurezza: “Qualora, infatti, egli si sia trovato proprio a cagione dello sciopero nella materiale impossibilità di provvedere a questi adempimenti, deve assolutamente negarsi, secondo i principi generali, che lo si possa chiamare a rispondere delle conseguenze pregiudizievoli del mancato apprestamento delle misure di sicurezza necessarie o del mancato controllo della correttezza del loro uso”. Così S. EVANGELISTA, *Procedimenti...*, cit., p. 64.

¹⁵⁹ S. EVANGELISTA, *Procedimenti...*, cit., p. 65.

¹⁶⁰ F. BIANCHI D'URSO, *Profili giuridici...*, cit., p. 88; S. EVANGELISTA, *Procedimenti...*, cit., p. 33; E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato, Atti del VI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro*, (Alba, 1-3 giugno 1979), Milano, 1979, p. 30; G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Torino, p. 112; G. NICOLINI, *Tutela delle condizioni di lavoro*, Milano, 1991, p. 74; C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1974, p. 60; G. SUPPIEJ, *Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I, 445. In giurisprudenza cfr. Pret. Bergamo 8 gennaio 1985, *Lavoro* 80, 1986, p. 157; Pret. Torino, 18 dicembre 1992, *Orient. giur. lav.*, 1993, 548; Cass., 9 maggio 2005, n. 9576.

¹⁶¹ G. PERSICO, *Tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: una nuova fase*, *Riv. it. dir. lav.*, 1982, I, 545.

Infatti, si ricorda che il presupposto logico-giuridico ai fini dell'operatività del “rimedio sinallagmatico” di cui all'art. 1460 c.c. è l'inquadramento dell'obbligo del datore *ex art. 2087 c.c.* nell'alveo della struttura del contratto di lavoro subordinato.

A tale risultato è ormai giunta da tempo la dottrina prevalente¹⁶² (pur se con diversità di argomentazioni), in contrapposizione ai primi autorevoli interpreti che, sulla base di una sopravvalutazione del profilo pubblicistico sotteso all'art. 2087 c.c., consideravano la norma instauratrice di una relazione intercorrente solo tra datore di lavoro e Stato (con la conseguenza di ritenere la situazione giuridica dei lavoratori derivante dalla norma qualificabile come interesse legittimo)¹⁶³.

Anche la giurisprudenza ha sostanzialmente riconosciuto che l'art. 2087 c.c. stabilisca “non soltanto l'enunciazione di un dovere imposto nell'interesse generale, ma una vera e propria obbligazione, imponendo all'imprenditore una serie di misure che si risolvono in una prestazione che egli è tenuto ad adempiere e che il lavoratore ha il diritto di pretendere”¹⁶⁴.

In particolare, secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale ormai consolidato, l'art. 2087 c.c. attribuirebbe al

¹⁶² Cfr. M. LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Torino, 2002, p. 48; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1989, p. 49; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, (diretto da L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI), II, Padova, 1971, 441; V. MARINO, *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, Milano, 1990, p. 73.

¹⁶³ Di conseguenza si riteneva che la responsabilità civile per inadempimento rientrasse negli schemi della responsabilità aquiliana. Cfr., in particolare, G. D'EUFEMIA, *Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro (a proposito del dovere di sicurezza)*, in *Riv. dir. lav.*, 1969, II, 10.

¹⁶⁴ Cass. 18 novembre 1976, n. 4318, in *Mass. Foro. it.*, 1976. Più di recente Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 664; Cass. 21 aprile 2004, n. 7629, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 4.

lavoratore uno specifico diritto soggettivo di credito al positivo apprestamento da parte del datore di lavoro delle misure necessarie a salvaguardarne l'integrità fisica e la personalità morale¹⁶⁵.

Ricondotto l'obbligo di sicurezza *ex art.* 2087 c.c. nell'ambito degli obblighi datoriali derivanti direttamente dal contratto di lavoro e corrispettivi all'obbligo di prestazione incombente sul lavoratore, ne deriva come naturale corollario la piena operatività del rimedio sinallagmatico di cui all'art. 1460 c.c.¹⁶⁶.

Questa opinione, nonostante le numerose e frequenti critiche¹⁶⁷, merita di essere condivisa.

¹⁶⁵ In dottrina: L. MONTUSCHI, *La tutela della salute e la normativa comunitaria: l'esperienza italiana*, in Biagi (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Rimini, 1991, 11; MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, 501; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Rilievi in tema di responsabilità del datore di lavoro*, in *Orient. giur. lav.*, 1996, 849; G. SUPPIEJ, *Il diritto dei lavoratori...*, cit., 445. In giurisprudenza: Cfr. Cass., 23 ottobre 1985, n. 5210, *Foro it.*, 1985, I, 3118; Cass., 17 novembre 1993, n. 11351, *Dir. prat. lav.*, 1994, 365; Cass., 6 luglio 1990, n. 7101, *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 328.

¹⁶⁶ In questo senso Pret. Bergamo, 8 gennaio 1985, *Lavoro* 80, 1986, 157, che, muovendo dalla considerazione per cui l'obbligazione di sicurezza, "data l'importanza della salute bene costituzionalmente protetto, assume nel sinallagma contrattuale una rilevanza almeno pari a quella dell'obbligazione di effettuare la prestazione lavorativa", ritiene che il lavoratore possa invocare l'art. 1460 c.c. al fine di sospendere l'attività di lavoro divenuta pericolosa per la salute. Una parte della dottrina, pur essendo convinta dell'origine contrattuale dell'obbligazione di sicurezza, dubita dell'esperibilità del rimedio di cui all'art. 1460 c. c. Secondo tale tesi, consentire l'utilizzo dell'art. 1460 c. c. Secondo tale tesi, consentire l'utilizzo dell'art. 1460 c. c. significherebbe considerare l'obbligazione di sicurezza come il corrispettivo della prestazione di lavoro, mentre in realtà si tratterebbe di un obbligo accessorio rispetto alle prestazioni principali che compongono il sinallagma contrattuale. Esso rientrerebbe, in particolare, tra gli obblighi di protezione. Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, *Riv. dir. comm.*, 1954, 368.

¹⁶⁷ Infatti, si è osservato che l'art. 1460 c. c. non può avere altro significato che quello reso palese dalla sua lettura, consistente nella possibilità concessa a ciascuno dei contraenti, in contratti con prestazioni corrispettive, di rifiutare l'adempimento della propria obbligazione se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria. In altre parole, la norma offrirebbe al lavoratore soltanto la possibilità di risolvere il contratto se il datore di lavoro

Tra chi afferma la legittimità del rifiuto del lavoratore di effettuare la prestazione in un ambiente di lavoro pericoloso, vi è chi, invece, giustifica tale comportamento inquadrandolo come un effetto della *mora accipiendi*, in cui il datore di lavoro incorre non predisponendo le opportune misure di sicurezza. Alcuni, infatti, riconducono l'obbligo di sicurezza *ex art. 2087 c.c.* nell'alveo della cooperazione del creditore di opere e, dunque, di quella attività cui il datore di lavoro è tenuto al fine di rendere possibile la prestazione del debitore.

Ne deriva che il rifiuto del prestatore di lavorare in condizioni di insicurezza rileva *sub specie* di legittimo diniego a tenere un comportamento che eccede la misura del debito: di conseguenza “poiché incombe sul datore di lavoro fornire, appunto, buoni strumenti di lavoro la mancata predisposizione delle misure di sicurezza necessarie è sufficiente a costituirlo automaticamente in mora”¹⁶⁸.

Questa ricostruzione però presenta alcuni limiti: innanzitutto, contribuisce a sminuire il carattere autonomo e innovativo dell'obbligo di sicurezza *ex art. 2087 c.c.*, configurandosi la cooperazione creditoria più alla stregua di un onere che di un obbligo vero e proprio; in secondo luogo, vi sono evidenti difficoltà nell'individuare nell'astensione dal lavoro i caratteri propri

manchi ai suoi obblighi e non già quella di mantenere in vita un rapporto che sia in grado di attribuire ad uno dei contraenti solo diritti e all'altro solo doveri. Palese, *Il prestatore di lavoro di fronte al datore di lavoro...*, cit. 714.

¹⁶⁸ L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute...*, cit. p. 72. Si è, peraltro, osservato che il ricorso alla categoria della collaborazione creditoria sembra confondere la prospettiva dell'adempimento con quella della tutela e indica che, nel contemperamento tra i diversi interessi, quello del datore alla prestazione continua a ricevere importanza prioritaria. Al riguardo M. FRANCO, *L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro nell'età corporativa e dopo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, 107.

dell'offerta formale della prestazione, presupposto essenziale per la costituzione in mora del creditore¹⁶⁹.

Tuttavia è opportuno precisare che le conseguenze pratiche non mutano di molto rispetto all'ipotesi dell'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.* : infatti, anche in tal caso al lavoratore che rifiuti la prestazione per motivi di sicurezza spetta il normale trattamento economico¹⁷⁰.

Altri autori hanno poi ravvisato il fondamento della legittimità del comportamento del lavoratore nell'impossibilità della prestazione determinata da colpa del datore di lavoro¹⁷¹, ovvero nella inesigibilità della stessa: la prestazione, pur essendo di fatto possibile, sarebbe però in contrasto con l'interesse del lavoratore alla sicurezza, da ritenere prevalente rispetto all'interesse di natura economica del datore di lavoro all'adempimento¹⁷².

¹⁶⁹ V. SPEZIALE, *Mora del creditore...*, cit., p. 131. In tale ipotesi, infatti, il rifiuto da parte del lavoratore della prestazione "pericolosa" non potrebbe essere certo assimilato all'intimazione nelle forme d'uso prevista dall'art. 1217 c. c., concretandosi in un atteggiamento negativo di astensione. In senso contrario, GHERA-LISO, *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *Encicl. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 994, secondo i quali "l'astensione dal lavoro giustificata dalla dichiarazione di idoneità dell'ambiente ai sensi dell'art. 2087 c. c. potrebbe considerarsi come atto di intimazione".

¹⁷⁰ Cfr. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute...*, cit. p. 76. Cfr. Pret. Roma 15 giugno 1979, *Foro it.*, 1981, I, 901; Cass. 13 settembre 1991, n. 9569, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 921.

¹⁷¹ Cfr. G. GIUGNI, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 340; G. LOY, *Linee di tendenza della normalità italiana in materia di tutela della salute*, AA.VV., *L'obbligazione di sicurezza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 17, secondo cui: "L'impossibilità determina una ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro che si configura quale legittima reazione ad un comportamento omissivo del datore di lavoro. Il lavoratore, se la prestazione non può essere resa per responsabilità del datore di lavoro, conserva il diritto alla retribuzione".

¹⁷² T. TREU, *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1047, ad avviso del quale "inesigibile" è la prestazione il cui adempimento, pur essendo concretamente possibile, si pone in contrasto con

In tale ultima ipotesi, non potendosi qualificare il rifiuto del dipendente in termini di eccezione di inadempimento (dal momento che l'illegittimo comportamento datoriale viene a collocarsi al di fuori del contenuto contrattuale)¹⁷³, l'obbligo retributivo trova fondamento nella responsabilità del datore di lavoro.

Infatti, l'inesigibilità della prestazione, dovuta al mancato apprestamento delle misure di sicurezza, è conseguenza diretta di un comportamento imputabile al datore di lavoro, che non sarà liberato dal proprio obbligo di controprestazione retribuita¹⁷⁴.

Per concludere sul punto in questione, occorre rilevare che parte della dottrina, pur sostenendo che dall'art. 2087 c.c. scaturisca un autonomo obbligo di natura contrattuale a carico del datore di lavoro, non esclude che, ai soli fini del riconoscimento del diritto alla retribuzione, il mancato adempimento di tale obbligo possa configurarsi quale mancata cooperazione creditoria.

Secondo tale tesi, definibile intermedia, "il diritto alla retribuzione, diversamente da tutte le altre azioni, non è infatti la conseguenza di eventuali inadempimenti contrattuali del datore di lavoro o della violazione di norme di legge (l'art. 2087 c.c.), ma deriva, naturalmente dal contratto"¹⁷⁵.

interessi del debitore considerati come prevalenti su quello del creditore, con conseguente giustificazione della sua mancata attuazione.

¹⁷³ Cass. 7 dicembre 1991, n. 13187, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 947.

¹⁷⁴ V. SPEZIALE, *Mora del creditore...*, cit., p. 137.

¹⁷⁵ G. LOY, *Linee di tendenza...*, cit. 18, ad avviso del quale: "Al fine di stabilire il mantenimento del diritto alla retribuzione non occorre, quindi, dimostrare che il datore di lavoro sia inadempiente o abbia violato la legge. Poiché la cooperazione creditizia può consistere anche nella corretta applicazione delle disposizioni di legge, se il datore di lavoro, è inadempimento nella predisposizione delle misure di sicurezza, viene meno ai suoi doveri di cooperazione creditoria. Il datore di lavoro, in tal caso, pur in presenza di

In sostanza, secondo questa opinione, occorrerebbe distinguere il diritto alla conservazione della retribuzione (conseguenza immediata e diretta della mancata cooperazione creditoria) dagli altri rimedi esperibili dal lavoratore, i quali trovano fondamento diretto nella violazione dell'obbligo di sicurezza e non nella *mora accipiendi*.

A prescindere da quale si individui come fondamento giuridico dell'astensione del prestatore di lavoro, a confermare la legittimità di quest'ultima, il legislatore ha espressamente riconosciuto l'art. 44 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (già art. 14, comma 1, d.lgs. n. 626 del 1994) il diritto dei lavoratori di allontanarsi dal posto di lavoro in caso di "pericolo grave, immediato" e non altrimenti evitabile, senza subire pregiudizio alcuno¹⁷⁶.

Una corretta interpretazione dell'inciso porta a ritenere non solo che il lavoratore non possa essere assoggettato alle sanzioni disciplinari previste per l'abbandono ingiustificato del posto di lavoro, ma che mantenga inalterato il diritto alla retribuzione¹⁷⁷.

un'ipotesi di impossibilità della prestazione, non può liberarsi dall'obbligo retributivo".

¹⁷⁶ Cfr. M. FRANCO, *La responsabilità del datore e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel D. lgs. 19 settembre 1994, n. 626*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, 286; L. MONTUSCHI, *La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile*, in *Lav. dir.*, 1995, 3, 420; G. NATULLO, *La nuova normativa sull'ambiente di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, 4, 706 e 707; G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente...*, cit., 116; L. MONTUSCHI, *Il quadro legale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in M. RICCI (a cura di), *La sicurezza sul lavoro. Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, Bari, 1999, p. 69.

¹⁷⁷ L'art. 44 d.lgs. n. 81/2008 (già art. 14, comma 2, del D.lgs. n. 626/1994), inoltre, stabilisce lo stesso principio di immunità da pregiudizi per il lavoratore che, in caso di pericolo grave e immediato e nell'impossibilità di contattare il superiore gerarchico, prenda misure per evitare le conseguenze di tale pericolo, a meno che, con tale azione, non abbia commesso una grave negligenza. Così R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 190. La responsabilità del lavoratore che abbia necessariamente dovuto agire in assoluta

Secondo una parte della dottrina, con questa prescrizione il legislatore ha inteso “raddoppiare” la linea di difesa del lavoratore, tendendo a scongiurare le conseguenze dannose legate a rischi non eliminati dalle norme antinfortunistiche¹⁷⁸.

Tuttavia, potrebbe sorgere il dubbio che l’art. 44 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (già art. 14, comma 1, d.lgs. n. 626 del 1994) abbia finito con il limitare in modo peggiorativo il diritto all’astensione dal lavoro in funzione prevenzionale, legittimandone l’esercizio solo al contestuale ricorrere delle precise condizioni della gravità, immediatezza e inevitabilità del rischio infortunistico.

Questa opzione esegetica è da rigettarsi: infatti, si contravverrebbe al carattere di norma minima della disciplina comunitaria e a uno dei criteri direttivi della l. n. 142/1992 (art. 43, comma 2, lett.a), secondo il quale l’emananda normativa sulla sicurezza sul lavoro (poi d.lgs. n. 62/1994, oggi d.lgs. n. 81/2008) non avrebbe dovuto in alcun caso comportare un abbassamento dei livelli di tutela esistenti¹⁷⁹.

La dottrina ha messo in evidenza la diversità di presupposti che caratterizza la fattispecie prevista l’art. 44 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (già art. 14, comma 1, d.lgs. n. 626 del 1994) e quella dell’art. 2087 c.c.: nella prima, infatti, i diritti ivi considerati possono essere esercitati, contrariamente alle forme di autotutela desumibili dagli artt.

autonomia scatta solo in presenza di una grave negligenza, mentre in tutti gli altri casi (compreso quelli di cui al comma 1 dell’art. 14) nei quali il superiore gerarchico avrebbe potuto utilmente essere contattato, si deve ritenere sussistente la responsabilità ogniqualvolta la condotta tenuta non sia conforme alla normale diligenza. In tal senso M. FRANCO, *La responsabilità...*, cit., p. 290.

¹⁷⁸ M. FRANCO, *La responsabilità...*, cit., p. 286.

¹⁷⁹ Cfr. M. LAI, *La sicurezza del lavoro...*, cit., p. 48.

1460 e 1206 c.c., anche quando sia riscontrabile alcun inadempimento da parte del datore di lavoro.

Si ritiene, di conseguenza, che per quelle situazioni di pericolo, pur non grave e immediato, comunque riconducibili alla mancata adozione di misure di sicurezza da parte del datore di lavoro *ex art.* 2087 c.c., continueranno a trovare applicazione i principi correnti affermati da dottrina e giurisprudenza (desumibili dagli artt. 1460 e 1206 c.c.), mentre per le ipotesi ulteriori di pericolo grave, immediato e inevitabile, non originate da inadempimento datoriale (in precedenza non tutelate) opererà il diritto del lavoratore di astenersi dalla prestazione e di continuare a percepire la retribuzione ai sensi dell'art 44 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (già art. 14, comma 1, d. lgs. n. 626 del 1994)¹⁸⁰.

Si può concludere affermando che, a maggior ragione dopo il d.lgs. n. 626 del 1994 (oggi d.lgs. n. 81/2008), si è avuto un consolidamento delle posizioni dottrinali formatesi sulla base del combinato disposto degli artt. 2087 c.c. e 1460 c.c..

Si può sostenere quindi l'esistenza di un vero e proprio diritto individuale del lavoratore all'abbandono del posto di lavoro in assenza delle necessarie cautele antinfortunistiche, senza alcun pregiudizio per la retribuzione¹⁸¹.

2.4 Autotutela e preavviso

¹⁸⁰ Cfr. M. FRANCO, *La responsabilità...*, cit., p. 87; R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore...*, cit., p. 321.

¹⁸¹ A. TAMPIERI, *Sicurezza sul lavoro e modelli di rappresentanza*, Torino, 1999, p. 31.

Un argomento poco “esplorato” dalla giurisprudenza di legittimità è il rapporto tra l’autotutela individuale del lavoratore ed il preavviso da parte di quest’ultimo.

La giurisprudenza non sembra aver canonizzato il preavviso quale tipica espressione della buona fede del soggetto che agisce in autotutela. Ciò è dovuto soprattutto al fatto che la giurisprudenza maggioritaria accoglie la tesi dell’eccezione di inadempimento (v. *supra*), la quale non deve essere preceduta da particolari comunicazioni o manifestazioni.

Tuttavia, specie nei rapporti di lavoro, la stessa Cassazione ha più volte ricordato che sia l’offerta della prestazione dovuta (prima dell’astensione) da parte del lavoratore, sia l’esternazione del suo intento di autotutela, rappresentano elementi sicuramente rispettosi dei doveri di correttezza e buona fede¹⁸².

Ciò, peraltro, sembrerebbe rispondere ad esigenze di logicità e ragionevolezza: il lavoratore, infatti, manifestando l’intenzione di

¹⁸² Cfr. ad es. Cass. 12 dicembre 1996 n. 8939: “L’illegittimo comportamento del datore di lavoro consistente nell’assegnare il dipendente a mansioni inferiori a quelle corrispondenti alla sua qualifica può giustificare il rifiuto della prestazione lavorativa, in forza dell’eccezione di inadempimento di cui all’art. 1460 c.c., purché tale reazione risulti proporzionata e conforme a buona fede, come avviene nel caso in cui il dipendente continui ad offrire le prestazioni corrispondenti alla qualifica originaria. Il requisito è assolutamente costante nella giurisprudenza relativa alla mancata osservanza di un ordine illegittimo sebbene siano differenti le valutazioni circa gli elementi di fatto che integrano tale offerta: così Cass., sez. lav., 1° marzo 2001, n. 2948, in *Foro it.*, 2001, I, 1869 nega che sia legittimo il comportamento del lavoratore che si sia <<rifiutato di svolgere qualsiasi attività>> e sia <<anzi rimasto ostentatamente a braccia conserte in prossimità della postazione di lavoro>> (nello stesso senso già Cass. n. 6609/1988 cit.); diversamente secondo Cass., sez. lav., 2 febbraio 1999, n. 866, cit., e Cass. 28 dicembre 1991, n. 13977, cit., è sufficiente per integrare l’elemento dell’offerta il fatto che il datore abbia allontanato il lavoratore dall’azienda e ne abbia costantemente rifiutato il rientro; sul punto cfr. altresì Cass. 28 luglio 2000, n. 9957; Cass. n. 8939/1996, cit.; Pret. Milano, 12 gennaio 1993, cit. Parimenti anche la Commissione di Garanzia richiede che sia manifestato anticipatamente il richiamo all’art. 1460 c.c. da parte dei lavoratori che sospendono la prestazione.

volersi avvalere dell'art. 1460 c.c., rende collegabile il suo successivo comportamento a un preciso motivo.

Diversamente, un'assenza del lavoratore potrebbe essere ritenuta ingiustificata (imputabile ad un improvviso stato di malattia, a tacite dimissioni, ecc.) e la manifestazione di volontà di agire in autotutela solo dopo il licenziamento potrebbe ben essere reputata strumentale, al fine di ancorare l'assenza ad una giusta causa.

In tale ottica, dunque, il preavviso sembra consentire un più sereno controllo giudiziale sul comportamento del lavoratore che agisce in autotutela.

In alcuni casi, peraltro, l'inadempimento di una parte può essere caratterizzato da elementi che non consentono l'immediato ripristino del sinallagma contrattuale, sicché non solo è necessaria una forma di preavviso ma essa deve essere ancorata anche a un termine congruo onde consentire alla controparte di porre rimedio¹⁸³.

La funzione strumentale cui *supra* si è accennato, connessa all'autotutela individuale unilaterale reattiva, verrebbe inesorabilmente a mancare laddove si perdesse di vista che la *ratio* insita nell'art. 1460 c.c. è quella di consentire, a chi solleva l'eccezione, di ottenere un'utilità intermedia (derivante dalla sospensione della prestazione dovuta), in attesa dell'altrui

¹⁸³ Cfr. ad es. Cass. 7 novembre 2005, n.21479, *DL*, 2006, 214 ss., che si occupa di un caso ove la predisposizione di idonei strumenti di protezione (ad es.: vetri blindati; strumenti antirapina; collegamenti telematici o via radio con le forze dell'ordine; servizio di vigilanza privata, ecc.) avrebbe potuto richiedere un certo tempo (pur sussistendo una certa urgenza), vista anche la natura e la collocazione del luogo di lavoro. Un'astensione repentina (ovvero un preavviso a brevissimo termine), da parte del lavoratore, avrebbe potuto far sorgere qualche dubbio circa la sua conformità ai doveri di correttezza e buona fede, poiché non avrebbe lasciato, al datore di lavoro, un congruo termine onde adempiere gli obblighi violati.

adempimento. Il lavoratore in buona fede, dunque, dovrebbe invitare il datore di lavoro a uniformarsi al dettato normativo (e, a secondo dei casi, a concedergli il termine necessario per farlo), prima di sospendere l'erogazione della propria prestazione.

Ciò sembra conferire alla nozione di proporzionalità, cui ricorre sovente la giurisprudenza nel procedimento di valutazione dei comportamenti delle parti, maggior respiro: trattasi non tanto di una scala graduante l'inadempimento ma di criterio che "...combina insieme, ai fini di valutare la sussistenza della buona fede, preavviso e possibilità della prestazione..."¹⁸⁴.

2.5 Autotutela e pubblico impiego

Il dovere di obbedienza dei lavoratori alle dipendenze di enti pubblici non economici ha assunto, soprattutto in passato, una connotazione particolare.

Come è noto, fino al d.lgs. n. 29/93 il rapporto di impiego della generalità dei dipendenti pubblici non aveva origine contrattuale ed il lavoratore era sottoposto ad un vincolo gerarchico speciale inerente allo *status* di pubblico impiegato¹⁸⁵.

Il vincolo di obbedienza gerarchica e la corrispondente "potestà ordinatoria speciale" della Pubblica Amministrazione avevano, dunque, natura e fondamento diversi dal potere direttivo e dal

¹⁸⁴ Cfr. V. FERRANTE, *op.cit.*, 291-292.

¹⁸⁵ M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Angeli, Bologna, 1978, p. 273. Sulle concezioni che riconducevano il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche alla nozione di *status* e sul passaggio di regime giuridico al rapporto obbligatorio di tipo privatistico; adde S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova, 2000, p. 335 ss.; C. CESTER – M. G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro in Il Codice Civile: commentario*, 2007, p. 332 ss.

corrispondente vincolo di subordinazione propri del lavoro alle dipendenze di privati.

Il potere di supremazia discendeva direttamente dalla legge, senza alcuna mediazione o limitazione di tipo contrattuale e l'ordine, quale esercizio di potestà amministrativa, e presentava una vincolatività pressoché assoluta, giustificata dalla necessità di tutela di interessi superiori e dalla esigenza di efficienza della Pubblica Amministrazione¹⁸⁶.

Come è ben noto, tale impostazione relativa alla disciplina e alla gestione dei rapporti di impiego “in regime di diritto pubblico” è rimasta inalterata soltanto per alcune limitate categorie di dipendenti¹⁸⁷ indicate dall'art.2, commi 4 e 5 del d.lgs. n. 29/93 (ora art. 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), mentre per tutte le altre, che sono investite dalla cosiddetta “privatizzazione” (o “contrattualizzazione”) del pubblico impiego, valgono appunto i principi del rapporto di lavoro privato.

¹⁸⁶ Il tema dei doveri o obblighi del dipendente pubblico è trattato, in genere, nell'ambito degli studi sulla responsabilità disciplinare, posto che è indubbio che la previsione delle infrazioni a fini sanzionatori definisce anche quale è il comportamento dovuto. Sulla cosiddetta supremazia speciale della Pubblica Amministrazione, e sulla evoluzione del quadro normativo relativo ai doveri del dipendente, si vedano, tra gli altri, I. PICCINI, *Problemi in tema di responsabilità disciplinare nel lavoro pubblico “contrattualizzato”*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 73, ss; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, art. 2106 Codice civile – Commentario diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 2002, spec. p. 147 ss.; C. ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *Riv. giur lav.* 1994, I, 491.

¹⁸⁷ Si tratta dei magistrati ordinari, amministrativi e contabili, degli avvocati e procuratori dello Stato, del personale militare e delle Forze di polizia di Stato, del personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, nonché dei dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n. 287 (controllo del risparmio, del credito, della concorrenza e del mercato). Anche il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari ha una specifica disciplina di carattere pubblicistico.

Le norme che nel nostro ordinamento prescrivevano il dovere di obbedienza gerarchica dei dipendenti pubblici erano contenute negli artt. 16 e 17 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n.3 (Testo Unico degli impiegati civili dello Stato, applicabile in passato, anche in virtù di espliciti rinvii, a quasi tutto il pubblico impiego¹⁸⁸).

Tali articoli non sono stati abrogati ma sono ora inapplicabili a tutti i rapporti di lavoro privatizzati, mentre restano applicabili alle categorie non contrattualizzate sopra menzionate.

In particolare, l'art. 16 del Testo Unico stabilisce che "l'impiegato deve eseguire gli ordini che gli siano impartiti dal superiore gerarchico relativamente alle proprie funzioni e mansioni".

La dottrina, pur sottolineando la particolare incisività del vincolo di sottoposizione gerarchica, non ha mancato di evidenziare i limiti al dovere di obbedienza che dalla stessa norma (e da quella successiva) erano chiaramente desumibili ed ha perciò escluso la sussistenza di quel dovere nel caso mancasse un vero e proprio vincolo gerarchico fra chi impartisce l'ordine e chi ne è destinatario, nel caso l'ordine stesso non fosse attinente alla sfera di attribuzioni e compiti affidati al sottoposto, cioè nel caso di assenza, come si suol dire, di una causa o ragione di servizio¹⁸⁹, oltre che, naturalmente, nell'ipotesi prevista dal successivo art. 17, che l'ordine fosse vietato dalla legge penale.

¹⁸⁸ Che è "considerato come una sorta di diritto comune dell'impiego pubblico"; così I. PICCINI, *Il potere disciplinare*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 16, 1995, p. 266. Per quanto riguarda gli espliciti rinvii, si vedano, ad es., l'art. 51, l. n. 142/90 relativo alla disciplina dei dipendenti degli enti locali: l'art. 11, l. 20 marzo 1975, n. 70 per il parastato; l'art. 51, d.p.r., 20 dicembre 1979, n. 761 per il personale delle USL.

¹⁸⁹ F. ZACCARIA, *Obbedienza, (dovere di)*, in *Nuoviss dig. it.*, 1965, p. 535; Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 1997, n. 1219, in *Foro amm.*, 1997, p. 2751, per il quale, in base agli artt. 17 e 32 del T.U. degli impiegati civili dello Stato, il pubblico dipendente può in ogni caso rifiutarsi di eseguire prestazioni lavorative

Al di fuori di questi casi, lo stesso art. 17 stabilisce che “l’impiegato, al quale dal proprio superiore venga impartito un ordine che egli ritenga palesemente illegittimo, deve farne rimostranza allo stesso superiore, dichiarandone le ragioni. Se l’ordine è rinnovato per iscritto, l’impiegato ha il dovere di darvi esecuzione”.

Il significato e i limiti di operatività di quest’ultima disposizione non sono univoci e la giurisprudenza amministrativa non è mai approdata ad un orientamento sufficientemente condiviso.

Una delle questioni oggetto di maggiori discussioni ha riguardato l’ambito di applicazione della norma: ci si è chiesti, cioè, se la possibilità di rimostranza attenesse soltanto ad ordini concernenti l’azione dell’amministrazione verso terzi o anche ad ordini ritenuti illegittimi dal lavoratore in quanto lesivi dei suoi interessi.

Una parte della giurisprudenza ha adottato la soluzione più restrittiva ed ha perciò ritenuto l’inapplicabilità del diritto di rimostranza previsto dal Testo Unico nel caso che il provvedimento non fosse palesemente contrario alla legge e all’interesse pubblico ma fosse solo lesivo dell’interesse dell’impiegato.

Il diritto di rimostranza contro un ordine illegittimo, inoltre, non sarebbe spettato ove l’esecuzione dell’ordine stesso non avesse comportato responsabilità per l’impiegato ed avesse avuto ad oggetto l’osservanza di un obbligo di ufficio¹⁹⁰; il dipendente sarebbe stato dunque tenuto ad eseguire un ordine relativo all’esecuzione e alla gestione del proprio rapporto di impiego, salva sì la successiva

che siano disposte da organi incompetenti o che non ineriscano alla di lui qualifica (si trattava di illegittima adibizione a mansioni superiori).

¹⁹⁰ C. Stato, sez. II, 22 febbraio 1989, n. 1426, in *Cons. Stato*, 1990, I, p. 1298; Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 1985, n. 420, in *Foro amm.*, 1985, p. 2234.

impugnazione, ma senza che, al momento, gli venisse riconosciuta neppure la possibilità di evidenziare la illegittimità dell'ordine stesso.

La presentazione di una rimostranza, in tal caso, poteva addirittura leggersi, e in concreto è stata letta, come insubordinazione e all'impiegato poteva conseguentemente essere irrogata una sanzione disciplinare per mancata osservanza dell'ordine¹⁹¹.

Dunque, la rimostranza verso l'ordine impartito dai superiori si giustificava soltanto con riguardo ad attività lavorative in grado di esporre il dipendente ad una responsabilità verso la stessa Amministrazione o verso terzi.

In altre parole, l'illegittimità dell'ordine del quale poteva essere chiesta la reiterazione per iscritto non derivava dalla inosservanza di regole relative al rapporto tra Amministrazione e dipendente, ma concerneva un piano diverso, nel quale aveva rilievo la illiceità, in sé e per sé, dell'ordine, per tale ragione fonte di responsabilità per il dipendente o per l'Amministrazione stessa.

In questa prospettiva, è evidente che la tutela riconosciuta dalla legge al dipendente mediante il conferimento del diritto di rimostranza non trovava la sua giustificazione nella posizione professionale dell'impiegato pubblico destinatario dell'ordine legittimo, ma costituiva una proiezione della disciplina sulla responsabilità, nel senso che l'obbedienza ad un ordine illegittimo, ove reiterata per iscritto, determinava l'effetto di trasferire l'eventuale responsabilità degli atti posti in essere dall'inferiore gerarchico al superiore che avesse impartito l'ordine¹⁹².

¹⁹¹ Cons. Stato, parere, 22 aprile 1965, n. 465, in *Cons. st.*, 1965, I, p. 2157.

¹⁹² T.a.r. Lazio, sez. II, 8 giugno 1989, n. 917, in *Trib. amm. reg.*, 1989, I, p. 2182; si veda anche Corte Conti, sez. giur. reg. Basilicata 24 luglio 1996, n. 87, in

Ed infatti, la Corte dei Conti ha più volte affermato la responsabilità per danno erariale del pubblico dipendente che pur di fronte ad un ordine palesemente illegittimo non formuli le proprie rimostranze ai sensi delle norme sopra richiamate del Testo Unico¹⁹³.

Con un passo ulteriore, seguendo questo ragionamento, si giungeva a considerare la richiesta di ripetizione per iscritto dell'ordine illegittimo non solo quale strumento del lavoratore per tutelarsi di fronte ad eventuali responsabilità, ma anche come mezzo per "avvertire" il superiore e l'Amministrazione della illegittimità del loro agire, in tal modo sollecitando l'uno e l'altra ad esercitare il normale potere di autotutela con riguardo ai propri atti.

Il mancato esercizio della rimostranza, se colpevole, poteva allora costituire, esso stesso, fonte di responsabilità disciplinare (per negligenza in servizio)¹⁹⁴ e, con un singolare rovesciamento di prospettiva, il "diritto di rimostranza" diventava (anche) un "dovere

Riv. Corte conti 1996, fasc. 4, p. 173, per la quale "il potere di rimostranza a favore dell'agente pubblico sottordinato nei confronti degli ordini impartiti dal superiore non può essere utilizzato sulla base di semplici valutazioni soggettive per contestare provvedimenti di carattere organizzatorio, dovendo detto potere essere qualificato come strumento eccezionale per evitare un improprio coinvolgimento di responsabilità e non per coprire inammissibili ingerenze sostitutive nella sfera decisionale del funzionario competente".

¹⁹³ Significativa in questo senso, Corte conti, Sez. riunite, 1 giugno 1987, n. 542, in Foro amm., 1987, p. 3515, per la quale "l'esimente di cui all'art. 18, 2° comma, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 (l'aver agito per ordine di un superiore) deve essere intesa nel contesto delle altre disposizioni dello stesso T.U. che – nello spirito di un rapporto di collaborazione tra dipendente e superiore gerarchico – impongono, in presenza di un ordine ritenuto illegittimo, una dialettica che culmina nella reiterazione dell'ordine scritto al subordinato; e pertanto non si configura tale esimente se il dipendente non ha seguito tale iter poiché l'unico che era obbligato ad eseguire era quello scritto (non intervenuto) ex art. 17, 1° comma, T.U. imp. civ. Stato".

¹⁹⁴ F. ZACCARIA, *Obbedienza (dovere di)*, in *Nuoviss. dig. it.*, 1965, p. 536; così Corte Conti, sez. II, 10 dicembre 1992, n. 272, in *Foro amm.* 1993, p. 1404.

di rimostranza”, a tutela di interessi superiori della efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione.

Tuttavia, nell’interpretazione dell’art. 17 del Testo Unico, si deve segnalare un diverso indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale era del tutto arbitrario limitare il diritto di rimostranza del dipendente al solo, particolare profilo di responsabilità e si doveva perciò ammettere che l’illegittimità dell’ordine potesse riguardare anche la gestione del rapporto di impiego e le posizioni giuridiche radicate in esso¹⁹⁵.

E così, il diritto di rimostranza tale rimaneva senza cioè convertirsi in dovere e veniva letto come strumento di tutela concesso (e non imposto) al dipendente ogniqualvolta quest’ultimo avesse giudicato l’ordine ricevuto come illegittimo a prescindere dalla ragione di illegittimità¹⁹⁶.

La *ratio* della norma sarebbe dunque stata quella, o anche quella, di assicurare una garanzia al dipendente, affrancandolo almeno in parte dalla subordinazione gerarchica tutte le volte in cui egli si fosse convinto che il superiore sbagliava.

Si è così affermato che “il limite al dovere verso il superiore crea(va) in lui il diritto di far rimostranza, di opporre all’ordine ritenuto illegittimo motivate obiezioni”, e si è letto tale limite come

¹⁹⁵ In questo senso, ad esempio, Cons. Stato, sez. II, 17 gennaio 1990, n. 1153, in *Cons. Stato*, 1992, I, p. 509, che ha dichiarato illegittima una sanzione disciplinare laddove, di fronte alla rimostranza relativa ad un ordine per lo svolgimento di attività programmate, l’ordine non sia stato reiterato ai sensi dell’art. 17 T.U. n. 3/57. In dottrina si ritiene che ai fini del diritto di rimostranza, l’ordine può essere ritenuto illegittimo per incompetenza, allorché esorbiti dalla sfera di competenza del superiore P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 199, nota.

¹⁹⁶ È ovvio peraltro che il fatto che l’ordine, sin dall’inizio, sia dato per iscritto, non impedisce la facoltà di rimostranza, poiché la forma scritta è richiesta solo per il rinnovo dell’ordine, “qualunque sia la forma in cui esso sia stato precedentemente dato”; Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2002, n. 5602.

“un segno del rispetto che la legge ha per il dipendente pubblico, ritenuto anch’egli capace di pensare, di giudicare, un rispetto che la potestà dell’amministrazione non può disattendere”. Il diritto di rimostranza veniva dunque ricondotto “allo status dell’impiegato, alla sua personalità e, per questa ragione, non poteva “essere limitato a settori o a situazioni particolari a giudizio dell’amministrazione¹⁹⁷”.

Qualunque fosse l’opinione riguardo la *ratio* e l’ampiezza della possibile contestazione degli ordini superiori, è certo comunque che doveva considerarsi “principio di ordine generale quello secondo cui il pubblico impiegato è tenuto, anche a fronte di atti o comportamenti illegittimi dei superiori, ad adempiere quanto gli viene ordinato”¹⁹⁸; la sussistenza del diritto o della possibilità di rimostranza non faceva altro che condizionare l’obbligo di obbedienza del dipendente alla reiterazione per iscritto dell’ordine da parte del superiore, ma certo non conferiva al primo alcuna possibilità di disattenderlo in via immediata, sostanzialmente negandosi, di conseguenza, al lavoratore una effettiva autotutela e privilegiandosi in modo evidente il principio di gerarchia¹⁹⁹. Giustamente si è notato che, in quel sistema, “la qualificazione degli atti di amministrazione del rapporto come provvedimenti amministrativi valeva ad assistere quegli atti della

¹⁹⁷ T.a.r. Emilia Romagna, sez. Parma, 29 aprile 1985, n. 140, in *Lavoro* 80, 1985, p. 1191; si trattava di un caso nel quale il dipendente contestava la necessità di un rapporto informativo, in quanto riteneva che la relativa disciplina fosse stata abrogata.

¹⁹⁸ T.a.r. Sicilia, sez. I, 18 agosto 1992, n. 584, in *Giur amm. sic.*, 1992, p. 592, che ha negato che agisca correttamente l’impiegato che rifiuti di svolgere mansioni che egli ritenga inadeguate e inconsistenti.

¹⁹⁹ Per un caso di rifiuto di un dipendente comunale di accettare un illegittimo mutamento dell’orario di lavoro, Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2002, n. 5602, che ha affermato (in applicazione dell’art. 17, T.U. n. 3/57) che l’ordine illegittimo può essere rimosso mediante rimostranza o impugnazione, ma deve essere eseguito fino a che non sia annullato o ne sia sospesa l’esecuzione.

presunzione di legittimità cui si collegava il carattere esecutivo dell'ordine»²⁰⁰.

Come si è già illustrato, con la cosiddetta privatizzazione dell'impiego pubblico, il potere di supremazia speciale della Pubblica Amministrazione nei confronti dei dipendenti è venuto meno.

Al giorno d'oggi i rapporti individuali di lavoro sono regolati contrattualmente e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunti dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (artt. 2 e art. 5 d.lgs. n. 165/2001).

Nel mutato quadro generale di riferimento, si dovrebbe tranquillamente poter sostenere che anche l'obbligo di ubbidire all'ordine illegittimo sia venuto meno, in quanto strettamente legato alla natura pubblicistica della precedente disciplina. Ma la contrattazione collettiva ha mantenuto la regola della necessaria osservanza degli obblighi superiori in tutti i comparti già dalla prima tornata contrattuale, sicché si è giustamente osservato che, in materia di doveri del lavoratore, e alla luce della disciplina contrattuale concretamente adottata, la riforma ha inciso più sulle fonti che sui contenuti²⁰¹.

Tuttavia l'opportunità e forse anche la legittimità delle previsioni contrattuali che recepiscono la norma legislativa precedente sull'obbligo di obbedienza possono essere messe in discussione.

Può essere che la scelta sia stata determinata dalla preoccupazione delle parti di salvaguardare una certa efficienza della

²⁰⁰ V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004, spec. p. 295 e dottrina ivi citata.

²⁰¹ S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova, 2000, p. 602.

Pubblica Amministrazione, nella quale, obiettivamente, il lavoratore che rifiuti di eseguire un ordine corre, di fatto, meno rischi di una immediata reazione del datore di lavoro.

Ma da un punto di vista giuridico, la norma contrattuale che preveda la richiesta di rinnovazione per iscritto dell'ordine ritenuto illegittimo e l'obbligo, in tal caso, di eseguirlo è giudicata come “tipica dell'ordinamento pubblicistico e del suo formalismo meno accettabile” e “difficilmente compatibile con una configurazione privatistica del rapporto di lavoro”²⁰².

Si deve tuttavia evidenziare che i contratti collettivi del settore pubblico hanno introdotto anche una importante variante rispetto alla disposizione dell'art. 17 del Testo Unico del 1957, prevedendo che il dipendente non sia tenuto ad eseguire l'ordine illegittimo (reiterato per iscritto) non solo quando l'atto sia vietato dalla legge penale, ma anche quando esso costituisca illecito amministrativo.

Tale circostanza si presta ad alcune considerazioni, opposte fra loro: da un lato, si dovrebbe riconoscere che il potere autoritativo della Pubblica Amministrazione risulta meno incisivo che in passato, perché, ampliando la possibilità di rifiutare l'ordine, si è lasciata una maggiore libertà al dipendente; dall'altro lato, però, proprio quell'ampliamento, cioè il fatto che il lavoratore non sia tenuto ad eseguire le disposizioni del superiore allorché l'atto possa costituire illecito amministrativo, amplia correlativamente la responsabilità diretta del dipendente che obbedisca all'ordine.

Ci si può chiedere, allora, se simili clausole contrattuali siano legittime; e ciò non tanto perché la contrattazione collettiva possa

²⁰² A. TAMPIERI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 104.

differenziare la disciplina dell'impiego pubblico da quello privato – cosa che è sicuramente concessa – quanto, piuttosto, perché essa è inderogabilmente tenuta ad osservare i principi generali contenuti nella legge di riforma del pubblico impiego, tra i quali la regola fondamentale secondo cui, nella gestione dei rapporti di lavoro, anche la Pubblica Amministrazione agisce con i poteri del privato datore di lavoro.

Ora, in questo quadro sistematico, l'affermazione del dipendente di eseguire ordini illegittimi sembra davvero porsi al di fuori di questa logica.

Le clausole contrattuali, pertanto, dovrebbero essere ritenute illegittime, in quanto derogatorie della legge in senso sfavorevole al lavoratore²⁰³.

In ogni caso, qualunque sia l'estensione che si ritenga di dare al dovere di obbedienza del dipendente pubblico privatizzato, si deve comunque riconoscere che, comunque, quel dovere non trova più la sua fonte in un potere di supremazia speciale della Pubblica Amministrazione ma, come nel rapporto privato, non può che avere origine contrattuale e dunque può impegnare il dipendente solo nei limiti di quanto è previsto nel contratto individuale e collettivo.

²⁰³ Ancora maggiore perplessità suscita la norma del contratto collettivo delle attività ferroviarie (ora art. 94 CCNL del 16 aprile 2003) che, nonostante la completa privatizzazione delle Ferrovie dello Stato, da tempo costituita in società per azioni, e dunque nonostante la necessaria regolamentazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti quali dipendenti privati, continua a prevedere quanto segue: il dipendente “deve eseguire gli ordini inerenti alla esplicazione delle proprie funzioni o mansioni che gli siano impartiti dai superiori gerarchici e funzionali; se l'ordine è palesemente contrario ai regolamenti e istruzioni deve farne rimostranza al superiore che l'ha impartito, dichiarandone le ragioni; se l'ordine è rinnovato per iscritto, ha il dovere di darvi esecuzione”. La disposizione contrattuale ripete letteralmente l'art. 34 della l. 26 marzo 1958, n. 425, che disciplinava i doveri del personale delle Ferrovie dello Stato quando queste erano ente pubblico e i relativi rapporti di lavoro erano regolati per legge.

La privatizzazione, come si è detto, non riguarda i soggetti di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001, per i quali rimangono in vigore l'art. 17 T.U. n. 3/1957 ed eventuali discipline particolari.

Ma la giurisprudenza nota che anche i militari, nei confronti dei quali il vincolo gerarchico e la posizione di supremazia della Pubblica Amministrazione si esprimono con la massima intensità, hanno una forma di autotutela, “potendo rifiutare l'ordine non rivolto dalla autorità competente o privo delle forme stabilite dalla legge” (329 c.p.)²⁰⁴.

2.6 Effetti conseguenti all'esercizio dell'autotutela individuale del lavoratore nella prassi e connessi rischi

È evidente che il lavoratore che si avvalga di uno strumento di autotutela individuale corra una serie di rischi.

Anzitutto, il lavoratore si espone all'irrogazione di una sanzione disciplinare che, nella maggioranza delle situazioni concrete, è costituita dal licenziamento.

Infatti, il rifiuto di una prestazione (che il lavoratore ritiene non dovuta) è facile che venga considerato dal datore di lavoro come inadempimento contrattuale e comporterà, come conseguenza immediata, il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

²⁰⁴ Cass. 8 giugno 1999, n. 5643, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 1095, con nota di M. MOCELLA, *Limiti al potere direttivo e diritto di resistenza del prestatore di lavoro*. L'art. 329 c.p. stabilisce che “il militare o l'agente della forza pubblica, il quale rifiuta o ritarda indebitamente di eseguire una richiesta fattagli dall'autorità competente nelle forme stabilite dalla legge, è punito con la reclusione fino a due anni”; si deve tuttavia sottolineare che il fatto che il comportamento di autotutela del militare non costituisca reato non significa automaticamente che lo stesso comportamento non possa avere riflessi sul suo rapporto di impiego.

Ciò comporta che, in concreto, lo strumento di autotutela del lavoratore è proficuamente utilizzabile solo nei rapporti coperti dalla tutela reale contro il licenziamento²⁰⁵; mentre nei casi in cui il lavoratore non è garantito dalla disciplina della tutela reale del posto di lavoro, e dunque il recesso del datore, anche se illegittimo, può determinare la cessazione del rapporto senza diritto alla reintegrazione, risulta chiaro che la possibilità di autotutela viene nei fatti (e di diritto) negata.

È dunque nell'ambito del giudizio di impugnazione del licenziamento che si discuterà, in un cammino a ritroso, della legittimità o illegittimità dell'ordine impartito dal datore di lavoro, e dalla soluzione che si darà a questo problema conseguirà la corrispondente illegittimità o legittimità del licenziamento stesso.

Il giudizio, quindi, non ha ad oggetto, se non per una parte marginale, l'inadempimento del datore di lavoro che ha determinato la reazione in autotutela del prestatore di lavoro ma l'inadempimento del lavoratore medesimo posto a base del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo (o di altra sanzione disciplinare), che pure il datore ha l'onere di provare.

La causa si conclude dunque con la dichiarazione di illegittimità o di legittimità del licenziamento, senza che l'inadempimento del datore di lavoro sia stato sottoposto al fascio di luce dell'accertamento giurisdizionale, se non per valutare la legittimità della reazione del datore di lavoro²⁰⁶.

²⁰⁵ Evidenzia questi aspetti A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 50; E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, cit., p. 335-337

²⁰⁶ Cass. 7 novembre 2005 n. 21479, *DL*, 2006, II, p. 155 ss. con nota F. GIROLAMI, *Violazione dell'obbligo di sicurezza e astensione dal lavoro*.

Quanto alla misura del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, una parte della giurisprudenza²⁰⁷ ricollega quest'ultima alla sospensione della prestazione lavorativa messa in campo dal lavoratore quale strumento di reazione rispetto ad un precedente inadempimento datoriale.

In particolare, la Cassazione ha affermato che se il licenziamento interviene nel periodo in cui il lavoratore ha sospeso la prestazione lavorativa, la declaratoria di illegittimità del licenziamento del recesso datoriale non comporta il diritto al pagamento di tutte le retribuzioni maturate sino al momento della disposta reintegrazione, ma unicamente il risarcimento del danno nella misura legale minima di cinque mensilità.

Si è ritenuto, in questo senso, che il rifiuto del lavoratore di adempiere allo svolgimento delle mansioni, anche laddove sia stato posto in essere quale forma di legittima reazione rispetto ad un inadempimento datoriale dei suoi diritti, impedisce l'applicazione delle conseguenze risarcitorie piene delineate dall'art. 18, 4° comma, l. n. 300/1970 in presenza di licenziamento dichiarato illegittimo.

È appena il caso di ricordare che l'art. 18, 4° comma, l. n. 300/1970 prevede, in aggiunta alla reintegrazione in servizio, il diritto del lavoratore a un'indennità risarcitoria commisurata alle retribuzioni mensili non percepite nell'intervallo compreso tra il giorno del recesso e il momento della e ricostituzione del rapporto. Con la precisazione che l'indennizzo non potrà, in ogni caso, essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto.

²⁰⁷ Cass. 3 maggio 2004 n. 8364, *DL*, II, 2004, p.637 ss. con nota G. BULGARINI D'ELCI, *Autotutela del lavoratore e misura del risarcimento ex art. 18*.

Questa giurisprudenza sostiene che la presunzione di mancato guadagno dettata dall'art. 18, 4° comma, l. n. 300/1970 non opera se è il lavoratore che, attraverso il proprio pur lecito comportamento, si mette nella condizione di impedire la ricostituzione del sinallagma contrattuale e, quindi, la ripresa effettiva del rapporto di lavoro.

Si osserva da parte della Suprema Corte²⁰⁸ che se il lavoratore, a fronte di un inadempimento datoriale, opta per la sospensione dell'attività lavorativa in luogo della normale tutela giurisdizionale, non matura il diritto alla retribuzione. Ne consegue che, nell'eventualità di un successivo licenziamento illegittimo il lavoratore perde l'opportunità di usufruire dell'indennità risarcitoria in misura superiore alle cinque mensilità minime di legge.

Le conclusioni raggiunte dall'orientamento testé esposto, che rimane ampiamente minoritario (vedi *supra*), finiscono per paralizzare doppiamente il lavoratore, che alla già gravosa rinuncia della retribuzione in costanza di rapporto, maturata per effetto della volontaria astensione dell'esercizio della prestazione lavorativa, viene a sommare la perdita dell'indennizzo risarcitorio nella misura piena *ex lege*.

Per quanto concerne, invece, la natura giuridica del licenziamento a seguito dell'agire in autotutela del lavoratore, non appare irragionevole ritenere che l'atto di recesso datoriale rappresenti una ritorsione a danno del lavoratore che legittimamente aveva inteso tutelare un proprio diritto fondamentale: il licenziamento è dunque ritorsivo e non semplicemente privo di giustificazione (così come può essere ritorsiva la sanzione disciplinare intimata al lavoratore).

²⁰⁸ Cass. 23 giugno 2001, n. 8621, *Nota giur. lav.*, 2002, 105.

Per licenziamento “ritorsivo” si fa riferimento a quei licenziamenti che costituiscono l’ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo – essenzialmente, quindi, di natura “vendicativa” – a fronte di un comportamento legittimo e, sotto ogni profilo, corretto, posto in essere dal lavoratore e inerente a diritti da lui derivanti dal rapporto di lavoro o a questo comunque connessi²⁰⁹.

In altri termini, il licenziamento per ritorsione è quello intimato a seguito di comportamenti risultati sgraditi al datore di lavoro.

Se si accoglie tale tesi, la conseguenza è che nei suddetti casi, essendo il licenziamento determinato da una volontà ritorsiva e punitiva, si è di fronte ad un licenziamento nullo, in quanto espressione di una volontà di reazione datoriale a fronte delle rivendicazioni avanzate dal lavoratore, a loro volta legittime, in quanto correlate ad una richiesta di puntuale esecuzione di obblighi contrattuali, posti peraltro a tutela del lavoratore²¹⁰.

Secondo tale orientamento, la previsione di nullità sancita per il licenziamento discriminatorio deve essere riferita, con le conseguenze sanzionatorie implicanti la tutela reale, anche a fattispecie di licenziamenti che (pur non corrispondenti alle singole ipotesi espressamente menzionate dall’art. 4 l. 604/1966, dall’art. 15 l.

²⁰⁹ Tale principio è confermato in diverse sentenze: Cass. 26 aprile 1976, n. 1476, *MGL*, 1977, 120; Cass. 29 giugno 1981, n. 4241, *DL*, 1982, 178; Cass. 19 marzo 1996, n.2335, *FI*, 1996, 3154; Cass. 3 maggio 1997 n. 3837, *MGL*, 1997, 614; Cass. 6 maggio 1999, n. 4543, *FI*, 1999, 2213; Cass. 22 giugno 1999, n. 6362, *DPL*, 1999, 46, 3228; Cass. 15 novembre 2000, n. 14753; Cass. 9 luglio 2002, n. 9979.

²¹⁰ V. PASQUARELLA, *Autotutela del lavoratore e licenziamento ritorsivo*, *Riv.it.dir.lav.*, 2003, 115.

903/1977 e dall'art. 3 l. 108/1990) siano determinati in maniera esclusiva da motivo illecito, ritorsione o rappresaglia.

L'interpretazione estensiva dell'art. 3, l. n. 108/1990 si giustifica, in primo luogo, in base al rilievo che le indicazioni dei vari casi di licenziamento discriminatorio, contenute nelle sopra menzionate disposizioni, costituiscono specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito, riconducibile alla generale previsione codicistica dell'atto unilaterale nullo *ex art. 1345 c.c.*

In secondo luogo, essa si fonda sulla considerazione che in tale ampia e generale previsione è certamente da comprendersi il licenziamento intimato per ritorsione e rappresaglia, pur esso in qualche modo implicante un'illecita discriminazione, intesa in senso lato, del lavoratore licenziato rispetto agli altri dipendenti.

Tale licenziamento, pertanto, integra fattispecie del tutto simile, e perciò assimilabile, a quelle oggetto dell'espressa previsione del medesimo art. 3²¹¹.

Il pericolo di "rappresaglia", peraltro, può anche non tradursi necessariamente in un licenziamento, ma anche assumere la forma di una marginalizzazione del dipendente dalle strategie aziendali retributive o di carriera²¹².

²¹¹ Cass. 9 luglio 1979, n. 3930; Cass. 28 aprile 1995, n.4747.

²¹² Opportunamente sottolinea questo aspetto A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 140, rammentando <<che, in astratto, l'atto datoriale è attaccabile per motivo illecito (art. 1345 c.c.) "di rappresaglia", ma in concreto la prova, gravante sul lavoratore, si presenta difficile, sicché rimane elevato, anche da questo punto di vista il rischio cui si espone un lavoratore che, durante il rapporto, ricorra alla tutela giurisdizionale ed alla autotutela contro atti illegittimi del datore>>.

Per altro verso, si deve ricordare che l'esercizio dell'autotutela, per potere concretamente salvaguardare gli interessi del lavoratore, deve essere tempestivo²¹³, il che comporta l'impossibilità di attendere il normale accertamento del giudice sulla illegittimità dell'ordine; il lavoratore, dunque, "rischia" in base a proprie valutazioni, che possono poi rivelarsi errate o che comunque possono non essere condivise dal giudice.

Il lavoratore che agisce in autotutela si espone, quindi, al doppio rischio potenziale legato non solo ad eventuali ritorsione di parte datoriale (ad esempio, licenziamento) ma anche all'incertezza insita nel giudizio volto ad accertare la legittimità della sua condotta²¹⁴.

Il lavoratore, infatti, potrebbe essere successivamente ritenuto responsabile di inadempimento qualora venga accertata la legittimità dell'ordine disatteso: Il rifiuto dell'ordine datoriale è legittimo solo se l'esercizio del potere datoriale risulta illegittimo.

Ciò implica che, non avendo la certezza che il provvedimento sarà poi invalidato dal giudice, il lavoratore preferisce rinunciare all'esercizio dell'autotutela.

È, tuttavia, chiaro che non potendosi pretendere che il lavoratore rischi di perdere la retribuzione ed il posto di lavoro sulla base di una sua personale valutazione di legittimità del provvedimento del datore di lavoro, non si può attribuire all'ottemperanza di tale ordine valore di una accettazione tacita.

²¹³ Rispondendo ad "una esigenza di giustizia in tempo reale"; così M. DELL'OLIO, *Autotutela: III Diritto del lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma 1988, p. 3.

²¹⁴ A. SARACENO – E. CANTARELLA, *Autotutela del lavoratore tra eccezione di inadempimento e prestazione non dovuta*, 2009, 148.

Al contrario, va sottolineato che l'illegittimità dell'ordine datoriale, anche se tollerato per un certo periodo, costituisce giusta causa di dimissioni con diritto per il lavoratore non solo al risarcimento del danno alla professionalità ma anche alla indennità sostitutiva del preavviso²¹⁵.

Le pregresse considerazioni fanno affiorare con tutta evidenza il principale rischio dello strumento di autotutela individuale: l'esito del futuro giudizio. Il lavoratore che rifiuta l'ordine datoriale a suo avviso invalido oscilla, a seconda della valutazione giudiziale dell'atto datoriale, "tra la comoda posizione" della conservazione del rapporto e della retribuzione e la "irrimediabile condizione di soggetto inadempiente", sin dall'inizio esposto alla perdita non solo della retribuzione, ma dello stesso posto di lavoro²¹⁶.

Per non correre alcun rischio il lavoratore, viste anche le difficoltà ad un'esecutiva provvisoria della sentenza di primo grado, dovrebbe rifiutare l'ordine illegittimo solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di illegittimità della condotta datoriale. Ma, considerati i normali tempi "lungi" del processo del lavoro, il lavoratore otterrebbe giustizia a distanza di anni dal fatto lesivo quando ormai il danno si è certamente verificato.

Il rifiuto tempestivo della modifica è la forma di tutela più efficace, ma anche più rischiosa; viceversa, il rifiuto supportato dalla sentenza favorevole è la forma di tutela meno rischiosa, ma anche meno efficace (dati i tempi del processo). Tra le due c'è pure una via

²¹⁵ Così, da ultimo, Pret. Milano 29 gennaio 1994, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1994, p. 634 con nota di F. SCARPELLI; Cass. 26 settembre 1989, n. 9731, in *Riv. Giur. Lav.*, 1991, II, p. 250 con nota di PRASCA.

²¹⁶ Così efficacemente, A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, *op.cit.*, 129.

di mezzo che consente, al lavoratore, di ridurre il rischio di perdita del posto e di anticipare i tempi del giudizio al fine di reagire in modo abbastanza pronto.

Il lavoratore, ricorrendone i presupposti, può richiedere al prestatore un provvedimento d'urgenza, che sospenda gli effetti dell'atto pregiudizievole (sul punto, v. cap. III).

Il rifiuto di eseguire l'ordine datoriale, sorretto da un'ordinanza favorevole, consente al lavoratore di evitare la lesione dei propri beni senza integrare gli estremi dell'inadempimento colpevole, escludendo l'irrogazione di sanzioni disciplinari.

Questa conclusione è importante soprattutto in vista della possibilità di una successione di provvedimenti giudiziali tra loro disaccordi. In caso di travolgimento del provvedimento d'urgenza da parte della sentenza di merito, il lavoratore che ha rifiutato il mutamento – successivamente qualificato legittimo – corre rischi solo dal punto di vista economico.

In caso di soccombenza, il lavoratore dovrà restituire tutte le somme (a titolo retributivo o risarcitorio) eventualmente ottenute in forza di provvedimenti poi riformati (*ex art. 669 novies c.p.c.*), senza rischiare il licenziamento per inadempimento²¹⁷.

Da quanto sopra esposto si ricava, allora, un dato fondamentale: spetta al lavoratore decidere, di volta in volta, in considerazione della gravità dell'illecito del datore e delle conseguenti probabilità di definitiva vittoria in giudizio, se attuare o no in difesa dei propri

²¹⁷ Così A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., pp. 82 e 139. Conforme C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, cit., pp. 228-229.

interessi una tempestiva autotutela, eventualmente sulla scorta di un provvedimento d'urgenza favorevole²¹⁸.

Infine, è appena il caso di precisare che i lavoratori possono esperire, accanto all'azione per la declaratoria di illegittimità del licenziamento, anche azione per l'adempimento dell'obbligo violato (retributivo, di sicurezza, ecc.), azione, questa, certamente resa complessa dal sopraggiunto licenziamento ma della cui ammissibilità non può dubitarsi, considerata la legittima cumulabilità delle due azioni (per la declaratoria di illegittimità del licenziamento e per l'adempimento dell'obbligo).

2.7 Doverosità dell'autotutela?

Appare particolarmente delicato il discorso relativo ad eventuali profili di doverosità dell'autotutela del lavoratore.

Il problema si pone per la delimitazione del danno risarcibile, non essendo tale quello che <<il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza>> (art. 1227, secondo comma, c.c.).

Occorre chiedersi, appunto, se rientri o no nell'ordinaria diligenza del lavoratore rifiutare la prestazione non dovuta o comunque pericolosa e resistere alle illegittime pretese del datore, in modo tale da evitare che si producano o si aggravino danni ai propri beni.

La diligenza in questione è tradizionalmente considerata²¹⁹ meno intensa di quella che deve usare il debitore nell'adempimento

²¹⁸ V. Cap. III.

²¹⁹ Come ricorda SALVI 1989 b, 1089, criticando questa impostazione restrittiva che non tiene conto della regola di correttezza e del principio di solidarietà in base ai quali può essere richiesto al creditore anche un comportamento attivo volto a ridurre il danno. Anche DE CUPIS 1979, vol. I,

dell'obbligazione (art. 1176 c.c.), ma anche così il quesito rimane aperto non sembrando in sé particolarmente disagiata l'attuazione della illustrata autotutela.

Piuttosto l'elemento rilevante è quello della <<incertezza>>, sulla sorte della controprestazione retributiva e dello stesso rapporto, alla quale va incontro il lavoratore che eserciti l'autotutela. Non si può, infatti, pretendere che il lavoratore rischi²²⁰ il reddito ed il posto sulla base di una sua personale valutazione di illegittimità della condotta del datore, sicché l'esercizio dell'autotutela non può essere imposto, ma rimane affidato alla libera facoltà dell'interessato di apprezzarne vantaggi e pericoli.

In altri termini, è proprio per l'incertezza circa il definitivo esito dell'accertamento giudiziale sull'illecito del datore che la dottrina

XIX e 263-264 critica la tendenza a <<limitare ingiustamente il campo d'applicazione dell'art. 1227, 2° comma>>, poiché occorre <<mantenere saldo il virile senso di iniziativa, di dignitosa autoreponsabilità, anziché indulgere al quieto e pigro adagiarsi nel totale rimedio dell'altrui responsabilità>>.

²²⁰ Nel senso che la disposizione dell'art. 1227, secondo comma, c.c. non impone al creditore attività gravose o implicanti rischi, né tanto meno una particolare celerità di richieste stragiudiziali o giudiziali, cfr. Cass. 14 gennaio 1992 n. 320, FI Rep. 1992 voce *Danni civili*, 65; Cass. 7 maggio 1991 n. 5035, FI Rep. 1991 voce *cit.*, 73; Cass. 22 marzo 1991 n. 3101, *ivi*, 80; Cass. 7 marzo 1991 n. 2410, *ivi*, 79. E non a caso il colpevole ritardo nell'inizio dell'azione giudiziaria è considerato rilevante, ai fini della riduzione del risarcimento del danno, solo nelle azioni di impugnazione del licenziamento, ove per definizione il lavoratore non rischia alcunché sul piano del rapporto (Cass. 14 giugno 1994, n. 5766), e nelle azioni risarcitorie per mancata assunzione, ove è esclusa la costituzione del rapporto, non si può pretendere che il lavoratore si contrapponga al datore, come ad esempio è stato rilevato a proposito dell'obbligo del lavoratore di rispettare le misure di sicurezza allorché <<di fronte alla condotta antiggiuridica del datore di lavoro, il lavoratore non avrebbe altra scelta, per osservare la norma antinfortunistica, che quella di rifiutare l'esecuzione del lavoro, compromettendo la propria posizione nell'ambito del rapporto lavorativo>> (Cass. pen. 8 febbraio 1977, Leali Faustini, in *Cass. pen. Mass. annot.* 1978, 1523).

esclude che l'autotutela del lavoratore possa essere considerata doverosa²²¹.

La situazione si presenta diversa nei soli rapporti resistenti e solo se vi è già un accertamento dell'illegittimità dell'atto dell'imprenditore. Ma anche qui occorre il passaggio in giudicato di tale accertamento per escludere ogni rischio dell'autotutela.

Pertanto, nella prospettiva dell'art. 1227, secondo comma, c.c., l'autotutela diviene doverosa solo dopo che sia intervenuta la definitiva dichiarazione giudiziale di illiceità della condotta datoriale, nel senso che sono esclusi dal risarcimento, se evitabili con l'autotutela, solo i danni maturati dopo tale accertamento.

Piuttosto, l'eventuale scelta del lavoratore di rimanere inerte sia sul piano giurisdizionale, che su quello dell'autotutela può giocare pesantemente a suo svantaggio a causa della irrisarcibilità, salvo il dolo, dei danni imprevedibili (art. 1225 c.c.), che non sarebbero invece tali ove il lavoratore si fosse attivato tempestivamente lamentandoli, ad esempio, come elementi del *periculum* necessario per ottenere un provvedimento d'urgenza.

È vero che un analogo effetto può derivare anche da una semplice diffida stragiudiziale in cui sia indicato il danno maturando come conseguenza dell'illecito di cui è chiesta la cessazione, ma l'esperienza insegna che quando il lavoratore supera le remore per la diffida quasi sempre fa poi seguire a breve l'azione giudiziaria, essendosi ormai oggettivamente instaurata tra le parti una situazione

²²¹ A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore* cit., p. 138 ss., il quale peraltro nota che il lavoratore può decidere di esercitare o no una tempestiva autotutela anche sulla scorta di un provvedimento di urgenza favorevole, idoneo, in ogni caso, ad escludere almeno il rischio di licenziamento.

di tensione ed incertezza, tale da legittimare anche un'azione di accertamento da parte del datore²²².

Da un punto di vista strettamente tecnico, dunque, l'autotutela appare doverosa, nel senso che la sua omissione esclude il risarcimento del danno, solo dopo il passaggio in giudicato dell'accertamento dell'illecito datoriale oppure quando sia imposta da una regola speciale, come quella già ricordata sul ritiro da una situazione pericolosa non altrimenti evitabile.

Tuttavia una prolungata inerzia stragiudiziale e giudiziale del lavoratore a fronte di un illecito non doloso del datore non solo impedisce il risarcimento dei danni imprevedibili, ma tende ad avvalorare profili di acquiescenza in sé incompatibili con qualsiasi tardiva richiesta del lavoratore. Qui è la stessa "durata" del rapporto a prendersi inevitabilmente la rivincita su qualsiasi tecnicismo, inducendo il giudice a considerare sostanzialmente accettato un determinato assetto di interesse seppur scaturente da un originario atto di dubbia legittimità. Così si spiega, ad esempio, la tendenza a giustificare la dequalificazione necessaria per la salvezza dell'occupazione una volta che il lavoratore richiedente ne abbia effettivamente beneficiato²²³, oppure la resistenza ad invalidare a distanza di tempo un trasferimento attuato dal lavoratore senza

²²² Azione che, però, non può precedere l'adozione del provvedimento, come invece erroneamente ritenuto da Cass. 26 maggio 1993, GC 1993, I, 2661, oltretutto, nella specie, senza alcuna considerazione del principio di immediatezza del licenziamento per colpa, che sarebbe sicuramente tardivo dopo la lunga prosecuzione del rapporto in attesa dell'esito del giudizio di accertamento promosso dal datore.

²²³ Cass. 20 maggio 1993 n. 5695, RIDL 1994, II, 161; Cass. 1 dicembre 1988 n. 6515, MGL 1989. In questa prospettiva Trib. Firenze 20 luglio 1991, RIDL 1992, II, 577 ha negato il risarcimento del danno da dequalificazione per il periodo antecedente la costituzione in mora del datore da parte del lavoratore.

proteste oppure l'idea che il rapporto si sia effettivamente estinto dopo la scadenza del termine nullo se la condotta delle parti sia stata univoca in tal senso per un congruo periodo di tempo²²⁴.

In conclusione, fra i due estremi dei brevi termini legali di decadenza per l'impugnazione del licenziamento e degli atti di disposizione successivi al rapporto ,da un lato, e dell'ampio termine di prescrizione per i crediti retributivi, dall'altro lato, vi è una larga zona in cui il lavoratore non è a stretto rigore onerato di una immediata reazione in costanza di rapporto contro gli atti illegittimi del datore, ma se decide di subirli con la conseguente lesione dei suoi diritti può alla fine incontrare seri ostacoli a realizzare anche la tutela risarcitoria per equivalente.

²²⁴ Cass. 25 gennaio 1993 n. 824, DPL 1993, 807; Cass. 4 marzo 1988 n. 1202, LPO 1990, 677; Cass. 22 giugno 1985 n. 3753, LPO 1985, 2005.

CAPITOLO III

AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL LAVORATORE: ASPETTI PROCESSUALI

SOMMARIO: 3.1 INSUFFICIENZA DELLE ALTRE TUTELE: INCOERCIBILITÀ DEGLI OBBLIGHI DI FACERE (E NON FACERE) INFUNGIBILI – 3.2. AUTOTUTELA E ART. 700 C.P.C.

3.1 Insufficienza delle altre tutele: incoercibilità degli obblighi di fare (e non fare) infungibili

Sebbene presenti un certo margine di rischio²²⁵, l'autotutela individuale del lavoratore può avere per il prestatore di lavoro innegabili profili di utilità. Ciò è evidente se si considera che tale strumento può consentire al lavoratore una tutela più efficace e di effetto immediato rispetto ai tempi di una azione giudiziaria, garantendo la soddisfazione di interessi del prestatore che la sola tutela giurisdizionale non è in grado di assicurare.

Questa considerazione ha particolare rilievo in quella ipotesi in cui l'esercizio illegittimo del potere del datore di lavoro può ledere valori fondamentali come la dignità, la professionalità e l'integrità psico-fisica del lavoratore²²⁶.

Le tecniche di autotutela, rappresentano, quindi, un'utile risorsa per aggirare la lunghezza dei tempi processuali.

²²⁵ V. Cap. II, par. 2.6.

²²⁶ M.G.GRECO, *Demansionamento e clausole di fungibilità. Danni risarcibili, oneri probatori e profili di autotutela*, ADL, 2008, 919.

Ma vi è di più.

Quando il risarcimento economico del valore lesso non è in grado di garantire alcuni diritti fondamentali, si sente l'esigenza di tecniche di protezione di tipo satisfattivo che in qualche modo assicurino la reintegrazione in natura del bene.

Quest'esigenza, che è particolarmente sentita in alcuni settori dell'ordinamento giuridico, assume un rilievo particolare nel diritto del lavoro, dove l'adempimento della prestazione lavorativa non è soltanto l'esecuzione di un obbligo nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, ma è anche un mezzo di espressione della personalità del dipendente, che attraverso il lavoro socializza con altri e realizza le proprie capacità intellettuali.

Di qui l'importanza di strumenti che assicurino l'effettivo godimento delle situazioni soggettive.

Da questo punto di vista, l'autotutela individuale del lavoratore potrebbe essere considerata come vero e proprio strumento di coazione indiretta all'adempimento, di cui il diritto del lavoro sembra essere tutt'oggi sprovvisto²²⁷.

In tal senso, l'autotutela individuale del lavoratore si inserisce all'interno del più ampio, storico ma mai sopito dibattito²²⁸ sulla coercizione indiretta, finendo per diventare il grimaldello attraverso il

²²⁷ Al contrario di quanto avviene nel rito civile ordinario, in seguito alla l. 69/2009, che ha introdotto l'art. 614-bis c.p.c.

²²⁸ In proposito, si veda E. GHERA, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Lo Statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, 633 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 4 ed., 2003, pp. 49 e ss.; E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1979, 305 ss.; M. D'ANTONA, *Tutela reale del posto di lavoro*, (voce), *EGT*, vol. XXXI, 1994; V. SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 23/2004*; M. NICOLOSI, *Provvedimenti cautelari nel pubblico impiego e prestazioni infungibili*, *LPA*, 2003, P. 617 ss.

quale scalfire il “dogma” della incoercibilità degli obblighi di fare nel diritto del lavoro.

L’assunto dal quale muove l’orientamento tradizionale è ben noto: nell’attuale ordinamento giuridico la volontà dell’obbligato è, di fatto, incoercibile.

Soprattutto a partire dagli anni settanta, le ipotesi più frequenti hanno riguardato casi in cui il lavoratore lamentasse una lesione derivante da una illegittima modificazione del rapporto da parte del datore di lavoro, domandando tutela urgente per il ripristino dello *status quo ante*: reintegrazione anticipata ed in via urgente nel posto di lavoro *ex art. 18 L. n. 300 del 1970* ed annullamento di ogni altra alterazione unilaterale del rapporto da parte datoriale.

Con riferimento al primo aspetto va senz’altro ricordata la complessa problematica dell’esecutività dell’ordine di reintegra di cui al comma terzo dell’art. 18 Stat. Lav.²²⁹.

Stante infatti l’infungibilità dell’assegnazione delle mansioni e delle direttive per lo svolgimento delle stesse, che richiedono sicuramente quell’insostituibile cooperazione creditoria del datore di lavoro, sono state proposte le più svariate soluzioni²³⁰.

²²⁹ PROTO PISANI, *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *FI*, 1982, V, 117 e ss.; PERA, *Provvedimenti d’urgenza, vicende dell’impresa e controllo del giudice sui licenziamenti*, in *GI*, 1974, II, 903, e ss.; ID., *Possibili soluzioni d’urgenza a favore del lavoratore e dell’assicurato*, in *DL*, 1967, 165 e ss.; GHERA, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *GDLRI*, 1991, 633 e ss.; DELL’OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *GDLRI*, 1987, 423 e ss.; BELFIORE, *Provvedimento d’urgenza per licenziamento illegittimo*, in *GM*, 1975, 97 e ss.; MANDRIOLI, *Reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 700 ed efficacia esecutiva della sentenza di secondo grado nel processo del lavoro*, in *GI*, 1975, 309 e ss.

²³⁰ MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *GDLRI*, 1987, 527.

Tra le altre, sia pure in estrema sintesi, va certamente ricordata la teoria della disaggregazione dell'ordine di reintegra in due tipi di obblighi: uno fungibile, traducibile in un *pati*, che consiste nell'obbligo di subire la presenza del lavoratore reintegrato nel luogo di lavoro e si risolve con l'ingresso coattivo dello stesso per garantirgli almeno l'esercizio dei diritti sindacali e per esplicitare una forza compulsiva, così inducendo il datore ad adempiere gli obblighi del secondo tipo, di cui si ammette comunque l'infungibilità e dunque l'inammissibilità della relativa esecuzione, per esempio assegnazione delle mansioni, direttive ecc²³¹.

Un'altra teoria è poi stata avanzata per ammettere provvedimenti di condanna agli obblighi di fare infungibili, attraverso il ricorso alle sanzioni indirette cui si accennava, e segnatamente agli artt. 650 e 388 c.p.²³²

Sono ormai note le critiche alla teoria in parola: per l'art. 388 c.p. si sottolinea che esso mira a punire esclusivamente gli atti fraudolenti e simulatori del debitore, volti a sottrarre i beni all'esecuzione forzata.

²³¹ MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1978, D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, 175; GAROFALO, *Contributo all'esegezi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1975, 560 e ss. Per le critiche alla teoria in questione: sulla forza compulsiva dell'ingresso coattivo in azienda, sulla stessa ammissibilità di un intervento coatto nella sfera non patrimoniale del datore di lavoro ai sensi degli artt. 2931 c.c. e 612 c.p.c., sulla inidoneità della soluzione proposta a soddisfare il diritto alla reintegra del lavoratore che ha invece interesse a lavorare e non al mero ingresso nei locali dell'azienda, cfr. CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, 120 ss. e MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Gior. dir. lav. relaz. ind.*, 1987, p. 491 e ss.

²³² Essenzialmente PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *RTDP*, 1978, 1131; ID., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *RDP*, 1991, 60 e ss., ID., *Provvedimenti d'urgenza*, in *EGT*, XXV, 1991).

Non potrebbe quindi applicarsi alla mera inosservanza dell'ordine di reintegra.

Per l'art. 650 c.p. si obietta, invece, che la disposizione, riferita ai soli provvedimenti amministrativi (anche se per ragioni di giustizia), non potrebbe applicarsi ai provvedimenti giudiziari, stante il divieto di applicazione analogica, se non per espressa previsione legislativa (il riferimento è all'art. 28 l. n. 300 del 1970 e all'art. 15 l. n. 903 del 1977).

L'insuccesso del ricorso alle norme penali, criticato persino dalla dottrina penalistica²³³, ha infine indotto una parte della dottrina ad attribuire funzione coattiva a quel regime retributivo-indennitario, che lo stesso art. 18 configura come danno economico che l'imprenditore subisce in caso di ritardo nell'esecuzione dell'ordine di reintegra²³⁴.

In termini assolutamente simmetrici si è poi svolto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema, contiguo a quello appena esaminato, della ammissibilità di una pronuncia di reintegra del lavoratore nelle mansioni antecedenti alla disposizione datoriale che le abbia illegittimamente modificate.

Il problema è ancora oggi dibattuto, distinguendosi al riguardo due impostazioni: per la prima la condanna alla reintegrazione sarebbe uno strumento che la legge limita ai soli casi di licenziamento

²³³ FIANDACA, *Intervento*, in MAZZAMUTO, (a cura di) *Processo e tecniche di attuazione di diritti*, II, 1274. Sull'obiezione secondo cui in tal modo si finirebbe con il criminalizzare surrettiziamente l'inadempimento di obbligazioni o obblighi civili, v. le repliche di PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, cit., 1177; ID., *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991, 8.

²³⁴ Sul tema della <<retribuzione per inottemperanza>> sono state elaborate diverse teorie. MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Gior. dir. lav. relaz. ind.*, 1987, p. 491 e ss.

illegittimo, insuscettibile pertanto di estensione analogica ai casi di demansionamento *ex art. 2103 c.c.*

L'unico rimedio a disposizione del lavoratore rimarrebbe, quindi, il risarcimento del danno.

Secondo un'altra ricostruzione teorica, invece, data l'identità sostanziale tra le due fattispecie, licenziamento illegittimo e assegnazione di mansioni non equivalenti, anche in quest'ultimo caso sarebbe ammissibile la tutela ripristinatoria²³⁵.

Sotto lo specifico profilo dell'eseguibilità dell'ordine di reintegra, la dottrina e la giurisprudenza sono divise.

Secondo un primo orientamento manifestato specialmente dalla giurisprudenza di merito sarebbe da ammettersi l'esecuzione in forma specifica nelle forme di cui all'art. 612 c.p.c.

Altre posizioni sostenute dalla giurisprudenza di legittimità e d'altra parte dalla dottrina offrono risposta negativa, sostenendo ancora una volta l'insuscettibilità dell'ordine di reintegra a divenire oggetto di esecuzione forzata²³⁶.

Nel frattempo che il legislatore decida di colmare il suddetto vuoto normativo, ossia l'inesistenza di una tecnica generale di coercizione indiretta, al lavoratore rimane l'opportunità di utilizzare gli strumenti di autotutela individuale come veri e propri mezzi di coazione indiretta all'adempimento.

²³⁵ PERSI, *Osservazioni in tema di condanna alla reintegrazione conseguente a mancata adibizione alle mansioni*, in *RGL*, 1994, 797 e ss.

²³⁶ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, Milano, 1997, 249 e ss.; NAPPI, *Inattività del lavoratore per demansionamento totale, e rimedi giudiziali a tutela della professionalità*, in *DL*, 1993, 597 e ss.; PRASCA, *Ius variandi e principio della parità di trattamento*, in *RGL*, 1991, 248 e ss.; CIRULLI, *Sulla rinunciabilità del diritto del lavoratore alle mansioni e sull'inesistenza del diritto alla promozione*, in *GM*, 84 e ss.; FOCARETA, *Sottrazione di mansioni e risarcimento del danno*, in *RIDL*, 1992, 957 e ss.

3.2 Autotutela e art. 700 c.p.c.

Si è detto che l'esercizio dei poteri di autotutela non necessita, per definizione, di un preventivo accertamento giurisdizionale.

Si è, tuttavia, anche precisato che nell'esperienza concreta il datore di lavoro reagisce attraverso l'irrogazione di un licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo.

In questo caso la sola autotutela non costituisce una vera alternativa al processo giurisdizionale, atteso che il lavoratore dovrà comunque promuovere un giudizio di legittimità del provvedimento disciplinare e attendere una pronuncia che rimuova l'incertezza sulla qualificazione della sua condotta.

Così ragionando la concreta funzione del rimedio si riduce a quella inibitoria, nel senso che la reazione individuale del prestatore consente di prevenire ulteriori illeciti datoriali ed evita il prodursi o l'aggravarsi di quei danni che colpiscono diritti fondamentali come quelli connessi alla funzione alimentare della retribuzione, alla professionalità o alla integrità psico-fisica²³⁷.

La garanzia di protezione più piena può, allora, ottenersi combinando l'utilizzo delle tecniche di autotutela con la tutela giurisdizionale, in particolare quella anticipata in via cautelare.

Tuttavia, la compatibilità dell'utilizzo dello strumento offerto dall'art. 700 c.p.c. (tutela cautelare atipica) con l'esercizio del potere di autotutela da parte del lavoratore è stata messa in discussione da una parte minoritaria della giurisprudenza e della dottrina.

²³⁷ A. RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, Riv. it. Dir. lav., 2010, 130.

Quest'ultima, infatti, utilizzando una serie di stimolanti (anche se non sempre condivisibili) argomentazioni, ha sostenuto l'assoluta impossibilità di avvalersi della tutela cautelare *ex art. 700 c.p.c.*, qualora il lavoratore abbia già agito in autotutela²³⁸.

In primo luogo, si esclude la tutela *ex art. 700 c.p.c.* nei casi di mancata retribuzione.

Infatti, muovendo dalla partizione delle situazioni giuridiche soggettive, mutuata da Satta²³⁹, in "finali" e "strumentali" (le prime corrispondenti ai diritti assoluti, che hanno come correlato un generale obbligo di astensione da parte di *tutti* i consociati dal compiere atti che ne possono compromettere il godimento; le seconde corrispondenti ai diritti di obbligazione, caratterizzati dalla necessità di cooperazione di un soggetto e, come tali, preordinati all'acquisizione di un bene e tutelabili, in caso di inadempimento, solo per via risarcitoria), si giunge alla conclusione che l'*art. 700 c.p.c.* non può operare che in relazione alla tutela di situazioni giuridiche assolute o esclusive²⁴⁰.

Un tale ragionamento implica, di conseguenza, che dalla tutela cautelare debbano restare fuori sia i diritti di obbligazione che i diritti potestativi: tanto gli uni quanto gli altri, in quanto intrinsecamente "strumentali" alla costituzione di un diritto su un bene e avendo come loro contenuto giuridico solo il risarcimento del danno (*ex art. 1218 c.c.*), sono insuscettibili di patire alcun pregiudizio irreparabile.

Ciò porta ad escludere che nell'ambito di un rapporto obbligatorio come quello di lavoro, pubblica o privata che sia la natura

²³⁸ L. CAVALLARO, *Rapporto di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico*, *Riv.it.dir.lav.*, 2001, p. 63 ss.

²³⁹ S. SATTA, *Provvedimenti d'urgenza e urgenza di provvedimenti*, *Mass.giur.lav.*, 1962, 62 ss.

²⁴⁰ S. SATTA, *Limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, 132.

giuridica del datore di lavoro, possa esservi spazio per la tutela cautelare *ex art. 700 c.p.c.*²⁴¹.

In secondo luogo, si sostiene che anche nell'ipotesi di trasferimento e demansionamento la tutela cautelare innominata non può essere ammessa.

In tali casi le perplessità non originano dalla negazione del carattere potenzialmente irreparabile del pregiudizio connesso all'allontanamento del proprio nucleo familiare o alla perdita della propria professionalità: anzi, specie a proposito del trasferimento, l'irreparabilità del danno è stato spesso ritenuta *in re ipsa*.

I dubbi, piuttosto, sono legati alla sussistenza, in casi del genere, dell'interesse ad agire, qualora lo si ravvisi nel fatto che, senza il processo e l'intervento del giudice, l'attore subirebbe un danno non altrimenti inevitabile.

Potendo il lavoratore agire in autotutela, l'orientamento in questione non comprende quale pregiudizio inevitabile senza l'intervento del giudice possa patire il lavoratore destinatario di un illegittimo trasferimento o di una illegittima dequalificazione.

Infatti, il lavoratore, difendendosi da sé, sarebbe già in grado di ottenere la stessa tutela che potrebbe accordargli il giudice, ovvero scongiurare la produzione di un danno non altrimenti evitabile.

²⁴¹ In giurisprudenza tale tesi è stata prevalente in giurisprudenza sino all'introduzione della l. n. 300/1973: Pret. Sannicandro Garganico 20 febbraio 1967, *Mass. giur. lav.* 1968, 420, con nota del SATTA; Pret. Firenze 13 febbraio 1963, *Giur. tosc.* 1963, 121; Pret. Firenze 19 ottobre 1961, *Mass. giur. lav.* 1961, 356, con nota di SERMONTI; Pret. Palermo 2 agosto 1961, *Foro it.* 1961, I, 1764; Pret. Roma 7 febbraio 1980, in ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova 1982, 352 ss; Pret. Roma 22 giugno 1976, in *Giust. Civ.*, 1976, I, 1344; Pret. Siracusa 8 febbraio 1975, *Foro it.* 1975, I, 1015; Pret. Torino 24 novembre 1973, *Orient. Giur. lav.* 1973, 678.

Se, poi, si considera l'atto datoriale illegittimo come nullo, allora non è necessario agire giudizialmente per farne dichiarare l'improduttività di effetti giuridici.

L'azione giudiziale può eventualmente rendersi necessaria ad altri fini (es. per chiedere il risarcimento dei danni da dequalificazione).

Né potrebbe mutare i termini della questione il fatto che l'illegittimità del demansionamento sia conclamata o dubbia: l'incapacità di un atto nullo di produrre effetti giuridici non dipende affatto dalla complessità dell'accertamento da compiere al riguardo²⁴².

L'ulteriore motivo che induce una parte della dottrina e della giurisprudenza ad escludere il ricorso allo strumento di cui all'art. 700 c.p.c. in presenza di un agire in autotutela da parte del lavoratore sta nella seguente considerazione.

Se si riconosce che il lavoratore può autotutelarsi e, quindi, rifiutare un adempimento non dovuto in caso di trasferimento illegittimo o di adibizione a mansioni dequalificanti, è evidente che ammetterne il ricorso alla tutela cautelare vorrebbe dire consentirgli di chiedere al giudice una sorta di "autorizzazione" a non adempiere²⁴³.

Senonché, i casi in cui il contenuto del provvedimento giudiziale è di tipo autorizzatorio sono tassativamente indicati dalla legge e sono circoscritti alla c.d. volontaria giurisdizione, il cui presupposto è l'esistenza di soggetti (minori, infermi di mente, ecc.)

²⁴² L. CAVALLARO, *L'autotutela negata, ovvero: quale disciplina per il demansionamento illegittimo?*, *Riv.it.dir.lav.*, 2008, 474.

²⁴³ L. CAVALLARO, *Rapporto di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico*, *Riv.it.dir.lav.*, 2001, p. 77 ss.

che l'ordinamento presume incapaci di porre in essere la volontà necessaria per la realizzazione del proprio interesse.

In generale, invece, l'ordinamento riconosce ai singoli l'autonomia privata, cioè il potere di provvedere essi stessi alla cura dei propri interessi mediante atti di disposizione e, fatto ciò, non ha più motivo di interferire, salvo il caso in cui tale autonomia si sia indebitamente posta contro la volontà di un altro soggetto e questi non abbia la possibilità di ricorrere all'autotutela.

L'eventuale incertezza sulla portata delle rispettive obbligazioni debbono eliminarla le parti stesse, consensualmente e preventivamente o unilateralmente, al momento dell'adempimento, con una richiesta o un rifiuto, mentre il successivo intervento giurisdizionale non avrà funzione di accertamento, bensì di condanna.

In altre parole, ammettendo contestualmente sia la possibilità per il lavoratore di esperire la tutela cautelare innominata *ex art. 700 c.p.c.* sia la possibilità di agire in autotutela, verrebbe snaturato il ruolo stesso del giudice, in quanto, citando Satta²⁴⁴, "l'idea di chiedere al giudice, come al vigile di un crocicchio, la via da seguire mi pare una contraddizione in termini: il giudice, perché è giudice, non sa mai la via da seguire, sa soltanto se la via seguita è giusta o sbagliata, perché è questa la sua posizione nell'ordinamento".

In caso di incertezza sulla legittimità o illegittimità del trasferimento, sarà il lavoratore a dover scegliere se adempiere o rifiutare e, in quest'ultimo caso, sarà il datore di lavoro a scegliere se irrogargli o meno la sanzione: nell'uno o nell'altro caso il giudice interverrà solo per giudicare se c'è stato inadempimento e, in ogni

²⁴⁴ S. SATTA, *A proposito dell'accertamento preventivo*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1960, p. 1369 ss

caso, a inadempimento avvenuto, per condannare la parte inadempiente. Diversamente si dovrebbe ammettere anche la possibilità che il datore di lavoro adisca preventivamente il giudice, magari *ex art. 700 c.p.c.*, per chiedergli di accertare il diritto ad irrogare una sanzione disciplinare prima di averla irrogata: il che è palesemente assurdo.

Le precedenti argomentazioni, benché dotate di una forte suggestione, non sono del tutto condivisibili.

Al primo dei punti della già ricordata tesi restrittiva, secondo il quale la tutela dell'art. 700 c.p.c. avrebbe scarso campo di applicazione in materia di lavoro, in quanto detta tutela dovrebbe limitarsi ai diritti assoluti e non anche ai diritti di obbligazione, si obietta che anche in materia di lavoro vi sono situazioni di carattere strumentale.

Negare, quindi, la tutela *ex art. 700 c.p.c.* sarebbe ingiustificato oltre che iniquo²⁴⁵.

²⁴⁵ L'applicazione estensiva dell'art. 700 c.p.c. nel diritto del lavoro è altresì dimostrata dalla prassi giurisprudenziale e dalla relativa casistica, nonché dai copiosi studi dottrinali sull'argomento. Cfr. ALIBRANDI, *Provvedimenti urgenti, a norma dell'art. 700 c.p.c., nel campo del lavoro subordinato*, in *Arch. Civ.* 1977, 1081; ARIETA, *Procedimenti monitori e cautelari e rito del lavoro*, in *Il processo del lavoro nell'esperienza delle riforme*, Milano 1985, 89 ss.; BALLI, *Provvedimenti di urgenza e diritto del lavoro (1970-1977)*, in *Mass. giur. lav.* 1977, 684 ss.; BRATTOLI, *Rassegna sui provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. in materia di lavoro*, in *Giust. civ.* 1981, II, 187; DINI-MAMMONE, *I provvedimenti di urgenza in materia di diritto del lavoro*, in *Nuovo dir.* 1974, 408; MANDRIOLI, *Reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 700 ed efficacia esecutiva della sentenza di secondo grado nel processo del lavoro*, in *Giur. it.* 1975, I, 2, 309; PERA, *Provvedimenti d'urgenza, vicende dell'impresa e controllo del giudice sui licenziamenti*, *ivi*, 1974, I, 2, 903; SATTA, *Provvedimento d'urgenza e rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.* 1971, 455 ss.; TRIZZA, *Provvedimenti d'urgenza e crediti di lavoro*, in *Giur. merito* 1975, 323; ZUMAPANO, *Tutela d'urgenza e rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 1989, 826 ss.

Per convincersi di ciò, basta considerare, alla luce dei principi costituzionali espressi dall'art. 36 Cost., che la retribuzione non può essere riguardata come mero corrispettivo, ma pur al di là della sua componente alimentare, come mezzo idoneo ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa; diritti e valori, si ripete, di rango costituzionale e che, in caso di paventata violazione, ben meritano adeguata tutela anche di carattere urgente ed anticipatorio²⁴⁶.

Sotto l'altro aspetto, l'esclusione della tutela *ex art. 700 c.p.c.*, nei casi di dequalificazione o di trasferimento illegittimo, è motivata sostanzialmente mettendo l'interprete di fronte ad un'alternativa apparentemente senza via d'uscita: o si nega che il lavoratore, agendo in autotutela, possa rimanere a casa quando ritenga che l'ordine datoriale sia dequalificante o sia ingiustificato quanto alla indicazione del nuovo ambito geografico; ovvero si ammette che il lavoratore possa far ricorso all'autotutela, ma in tal caso a rimanere esclusa sarebbe proprio la tutela in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*

Ciò significa che, potendo il lavoratore esercitare l'autotutela rifiutando le mansioni inferiori, non sarebbe mai configurabile il *periculum in mora*, con conseguente inammissibilità in tale materia del ricorso all'azione cautelare ed urgente.

Anche chi sostiene l'impostazione restrittiva, a dire il vero, non si nasconde il rischio di una più che prevedibile reazione datoriale, consistente in provvedimenti disciplinari anche di carattere espulsivo a carico del dipendente, ma giustifica la sussistenza di tale rischio

²⁴⁶ G. TESORIERE, *Ancora su dequalificazione e trasferimento illegittimo dei dipendenti pubblici (e privati) tra tutela cautelare ed autotutela*, *Rass. amm. sic.*, 1999, p. 47 ss.

osservando, da un lato, che il ricorso alla giurisdizione non può certo essere inteso come una sorta di autorizzazione ad agire (ad adempiere o a non adempiere), e dall'altro lato che la giurisdizione stessa, non invocabile in tali ipotesi in via d'urgenza, ben può spiegare successivamente il suo intervento con le forme ordinarie e in funzione di condanna.

Al riguardo, tuttavia, è da notare che il ricorso all'autotutela e quello in via d'urgenza alla giurisdizione non possono considerarsi strumenti equivalenti e quindi, in qualche modo, escludentisi a vicenda.

Anzitutto, l'esposizione al rischio della reazione datoriale è sussistente nel primo caso e più limitata nel secondo.

Infatti, la tesi restrittiva trascura comunque di considerare che il rifiuto della prestazione, qualora la pretesa datoriale dovesse essere ritenuta legittima, configurerebbe un grave inadempimento del lavoratore, sicché quest'ultimo, per ridurre il rischio dell'autotutela, potrebbe avere interesse a sorreggerla ottenendo un provvedimento d'urgenza di sospensione degli effetti dell'atto pregiudizievole, così da escludere qualsiasi profilo di colpa anche nell'ipotesi in cui, all'esito del giudizio di merito, fosse accertata la legittimità della pretesa del datore di lavoro²⁴⁷.

Da questo punto di vista, il requisito del *periculum* sarebbe agevolmente ravvisabile non solo nell'impossibilità di rendere effettivamente la prestazione (se non nei luoghi, nei tempi o con le modalità pretese dall'azienda) ma anche nella circostanza che il

²⁴⁷ *Il contratto di lavoro intermittente*, in *I contratti di lavoro*, Tomo II, a cura di A. VALLEBONA, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Utet, Torino, 2009.

dipendente autotutelatosi sarebbe costretto a permanere a lungo in una situazione di incertezza e potenzialmente antigiuridica, incompatibile con il pieno dispiegarsi del “diritto al lavoro” nelle sue componenti anche di estrinsecazione della personalità: situazione rispetto alla quale non si vede davvero perché non possa intervenire un provvedimento cautelare²⁴⁸.

Inoltre, va rilevato come, a differenza di quanto può avvenire nell’ambito del 700, l’autotutela non consente al lavoratore una adeguata protezione dei suoi diritti.

È agevole osservare²⁴⁹, infatti, come lo “starsene a casa” del lavoratore, se da un lato può innervare un comportamento diretto e contrario a quello illegittimamente tenuto dal datore, vale poco o nulla per garantire la posizione soggettiva del prestatore, che è quella di svolgere, in positivo, nel suo posto di lavoro le stesse mansioni per le quali è stato assunto o di lavorare in quel posto e non in un posto diverso.

In altri termini, se si guarda al diritto, lo “starsene a casa” del lavoratore, lungi dall’assumere una valenza di efficace reazione, si mostra addirittura come un esito umiliante e frustrante, giacché alla forzata inerzia dell’uno non fa necessariamente riscontro la desistenza dell’altro dal suo comportamento illegittimo.

Di fronte all’adibizione di mansioni inferiori o ad una sottrazione totale di mansioni, l’autotutela potrebbe, quindi, servire ben poco se il

²⁴⁸ S. MUGGIA, *Ordine illegittimo del datore di lavoro e autotutela del dipendente*, DL, 2001, P.765.

²⁴⁹ G. TESORIERE, *Ancora su dequalificazione e trasferimento illegittimo dei dipendenti pubblici (e privati) tra tutela cautelare ed autotutela*, *Rass.amm.sic.*, 1999, p. 48.

periculum concreto dovesse derivare proprio dal mancato effettivo svolgimento della prestazione.

In altre parole, la tesi restrittiva trascura che il contenuto giuridico dell'ordinanza cautelare ha pur sempre natura positiva, nel senso che il giudice può ben condannare il datore di lavoro all'adempimento in forma specifica e alla rimozione degli effetti del provvedimento illegittimo, accordandogli una tutela pienamente soddisfacente²⁵⁰.

Che poi il datore possa non conformarsi spontaneamente al *dictum* giudiziale resta solo una possibilità, peraltro non sempre verificata, attinente al momento dell'esecuzione dell'ordinanza.

Può, dunque, sempre accordarsi al lavoratore la possibilità di agire in autotutela, ma poiché quest'ultima non si mostra per nulla equivalente a un provvedimento d'urgenza, è corretto che rimanga pur sempre aperta la via offerta dall'art. 700 c.p.c., in presenza naturalmente dei presupposti da questo richiesti.

Alla luce di quanto sopra esposto si può allora concludere che la tesi restrittiva non sembra rendere compiutamente ragione del perché non possano riconoscersi al dipendente, anche sotto il profilo meramente cautelare, due distinte e concorrenti facoltà di tutela: sia quella di rivolgersi al giudice per rimuovere immediatamente, in via provvisoria, gli effetti di un provvedimento ritenuto ingiusto; sia quella, assai più rischiosa, di decidere unilateralmente se l'ordine aziendale sia o meno legittimo e trarne le dovute conseguenze in termini di autotutela.

²⁵⁰ A. RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, Riv. it. Dir. lav., 2010, 133.

Infine, è appena il caso di accennare al fatto che la possibilità di esperire ricorso *ex art. 700 c.p.c.* già importante nell'ipotesi di dequalificazione, acquisisce ancora maggiore efficacia nel caso di trasferimento illegittimo, in quanto la sola sospensione degli effetti di quest'ultimo è già di per sé idonea ad eliminare l'eventuale pericolo di un effettivo pregiudizio imminente ed irreparabile per beni fondamentali (quali i rapporti familiari e sociali o la salute) derivanti dallo "sradicamento" del lavoratore²⁵¹, poiché una volta ottenuta in via d'urgenza la sospensione del trasferimento, il lavoratore che rifiuta l'ordine e offra al datore di lavoro la propria prestazione nella sede originaria non è passibile di sanzioni disciplinari.

²⁵¹ Cfr. PERA, *Sul trasferimento del lavoratore*, *FI*, 1976, 66; SOMVILLA, *Il periculum per la persona del lavoratore*, *Mass. giur. lav.*, 2008.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Rimedi-1*, vol. IV, a cura di A. GENTILI, in *Tratt. del contr.*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006;

AA.VV., *Rimedi-2*, vol. V, a cura di V. ROPPO, in *Tratt del contr.*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006;

ALESSI C., *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *Riv. giur lav.* 1994, I;

ALIBRANDI, *Provvedimenti urgenti, a norma dell'art. 700 c.p.c., nel campo del lavoro subordinato*, in *Arch. Civ.* 1977;

ALPA G., *Istituzioni di diritto privato*, 1994;

ANGIELO L., *Il trasferimento dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1986;

ARDIZZONE S., *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, IV, Torino, 2000;

ARDIZZONE S., *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Milano, 1975;

ARIETA, *Procedimenti monitori e cautelari e rito del lavoro*, in *Il processo del lavoro nell'esperienza delle riforme*, Milano 1985;

ARU L., *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Ann. Palermo*, XV, 1936;

AULETTA G., *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1942;

- AULETTA G., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 2001;
- BALLETTI B., *Nuove problematiche in tema di mansioni e qualifica del lavoratore*, *Riv.giur.lav.*, 2010;
- BALLI, *Provvedimenti di urgenza e diritto del lavoro (1970-1977)*, in *Mass. giur. lav.* 1977;
- BARASSI L., *Il contratto di lavoro (1901)*, a cura di M. Napoli, Milano, 2002;
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, 2^a ed., Milano, 1948;
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, *L'attuazione*, Giuffrè, Milano, 1946,;
- BARBATO R., *Autotutela del lavoratore: rifiuto di prestazione non dovuta ed eccezione di inadempimento*, 2007;
- BARBERO D. (rielaborato da LISERRE e FLORIDIA), *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Utet, Torino, 1988 (I ed. 1950);
- BARCELLONA M., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996;
- BARCELLONA M., *Funzione compensativa della responsabilità*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M. MAUGERI ed A. ZOPPINI, Bologna, 2009;

BARRACO, *Assegnazione a mansioni inferiori: il rifiuto del dipendente divenuto invalido è ingiustificato*, nota a Cass. 5 gennaio 2007, n.43, Giur.lav., 2007;

BASSI N., *Principio di legalità e poteri impliciti*, Milano, 2001;

BATTINI S., *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova, 2000;

BELFIORE, *Provvedimento d'urgenza per licenziamento illegittimo*, in *GM*, 1975;

BENVENUTI F., *Autotutela (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enc dir.*, IV, Milano, 1959;

BESSONE M. (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*; III ed., Giappichelli, Torino, 1996;

BETTI E., voce *Autotutela (Diritto privato)*, *ED*, IV, 1959;

BIANCA C. M., *Autotutela (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000;

BIANCA C. M., *Diritto civile*, vol. 5, Milano 1984;

BIANCA C. M., *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Milano, 2000;

BIANCA C. M., *Diritto civile. L'obbligazione*, vol. IV, Milano, 1993;

BIANCA C. M., *Le autorità private*, Napoli, 1977;

BIANCA C.M., *Eccezione di inadempimento e buona fede*, in *Il contratto. Silloge in onore di Oppo*, Cedam, Padova, 1992;

BIANCHI D'URSO F., *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980;

BIGLIAZZI GERI L.- BUSNELLI F.D. - FERRUCCI R., *Della tutela dei diritti: artt. 2900-2969*, in *Commentario cod. civ.*, 2° ed., Torino, 1980;

BIGLIAZZI GERI L., *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988;

BIGLIAZZI GERI L., *Della risoluzione per inadempimento (art. 1460-1462)*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1988;

BIGLIAZZI GERI L., *L'occupazione d'azienda come possibile forma di autotutela*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1988, p. 292;

BIGLIAZZI GERI, *Mora del creditore*, *Enc.giur.Treccani*, vol. XX, Roma, 1990;

BIGLIAZZI GERI L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, Milano, 1971, pp. 38-39 e 46;

BIGLIAZZI GERI L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1974;

BIGLIAZZI GERI L., voce *Autotutela (diritto civile)*, EGT, XX, 1988, 1 ss.;

BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. cod. civ.* SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1988;

- BOBBIO N., *Sanzione, Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1976;
- BOBBIO N., *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969;
- BOCCHINI F., *La vendita di cose mobili*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1994;
- BONFANTE P., *Il concetto dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, II;
- BRATTOLI, *Rassegna sui provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. in materia di lavoro*, in *Giust. civ.* 1981, II;
- BROLLO M., *La mobilità interna del lavoratore*, *Comm. Sch.*, 1997;
- BULGARINI D'ELCI G., con nota di, *Autotutela del lavoratore e misura del risarcimento ex art. 18.*, in *DL*, II, 2004;
- BUONCRISTIANO M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986;
- BUSNELLI F.D., *Verso una riscoperta delle pene private?*, in *Le pene private*, 1985;
- CALA' F., *Il trasferimento del lavoratore*, Padova, Cedam, 1999;
- CARINCI M. T., *Fondamento, caratteri e finalità del diritto di sciopero*, in *Le Fonti. Il diritto sindacale*, a cura di C. ZOLI, Utet, 2007, vol. I;
- CARINCI F. –DE LUCA TAMAJO R.– TOSI P.– TREU T., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2003;

CARNOVALE C., *Eccezione di inadempimento dell'obbligo di sicurezza*, *Dir. lav.*, 2006;

CARO M., con nota di, *Dequalificazione professionale e strumenti di autotutela*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II;

CARPINO B., *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli, 1977;

CARPINO B., *Riscatto (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989;

CARRESI F., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987;

CARUSO L. M., *Potere di autotutela, principio di affidamento e discrezionalità della pubblica amministrazione. Il potere di annullamento in via di autotutela attribuito alla p.a.*, commento a Tar Trento, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Giur. merito*, 2010, fasc. 5;

CASCIANO M. V., con nota di, *Una ipotesi di "affievolimento"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003;

CASSATELLA A., *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, commento a Tar Trentino Alto Adige, 16 dicembre 2009, n. 305, in *Foro amm. TAR*, 2010, fasc. 3;

CATANNEO, *La mora del creditore*, in *Commentario*, Sciajola, Branca, Bologna, 1973;

CAVALLARO L., *L'autotutela negata, ovvero: quale disciplina per il demansionamento illegittimo?*, *Riv.it.dir.lav.*, 2008;

CAVALLARO L., *Rapporti di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I;

CESTER C. –MATTAROLO M. G., *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro* in *Il Codice Civile: commentario*, 2007;

CESTER C. –SUPPIEJ G., *Rapporto di lavoro*, in *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, XII, Utet, Torino, 1996;

CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980;

CHIECO P., *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, UTET, Torino, 1996;

CIRULLI, *Sulla rinunciabilità del diritto del lavoratore alle mansioni e sull'inesistenza del diritto alla promozione*, in *GM*;

CORAGGIO G., *Autotutela: I) Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988;

COTTINO G., *Del contratto estimatorio, della somministrazione: art. 1556-1570*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1970;

DAGNINO A., *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983;

DALLACASA M., con nota critica di, *Demansionamento del lavoratore e rifiuto di eseguire la prestazione richiesta*, in *Lav. giur.*, 2004;

DALMARTELLO A., *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, 1960;

DALMARTELLO A., *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968;

DALMARTELLO A., *Risoluzione del contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, 1969;

D'ANTONA M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979;

D'ANTONA M., *Tutela reale del posto di lavoro*, (voce), *EGT*, vol. XXXI, 1994;

DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti: art. 2043-2059*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di

DELL'OLIO M., *Autotutela (Diritto del lavoro)*, *Enc. Giur. Trec.*, Vol. IV, Roma, 1988, SCIALOJA A. e BRANCA G., Bologna, 1993;

DELL'OLIO M., *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *GDLRI*, 1987;

DEL PUNTA R., *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997;

DE MARINIS N., in *Guida al diritto*, 2002, fasc. 46, con nota di G. GRAMICCIA;

DE SIMONE M., *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946, pp. 72-73;

D'EUFEMIA G., *Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro (a proposito del dovere di sicurezza)*, in *Riv. dir. lav.*, 1969, II;

DI MAIO A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009;

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., Milano, 2003;

DINI – MAMMONE, *I provvedimenti di urgenza in materia di diritto del lavoro*, in *Nuovo dir.* 1974;

DI SERI C., *L'annullamento d'ufficio "doveroso". Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela "vincolata"*, in *Giustamm.it*, pubblicato il 3/02/2010;

EAD., *Della risoluzione per inadempimento*, t. II, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli–Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1988;

EAD., *Della risoluzione per inadempimento*, t. II, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli–Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1988;

EAD., *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, 1991;

EVANGELISTA S., *Procedimenti e mezzi di tutela della salute in azienda*, Milano, 1984;

FALZEA A., *Condizione (voce)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988;

FERRANTE V., *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004;

FERRARA SANTAMARIA M., *La giustizia privata*, Napoli, 1937;

FERRARO G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Dir. rel. ind.*, 1991;

FERRI G.B., *Negozi giuridico*, in *Dig. disc. priv. sez. civile*, 1995, vol. XII;

FIANDACA, *Intervento*, in MAZZAMUTO, (a cura di) *Processo e tecniche di attuazione di diritti*, II;

FINZI E., *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, I, Bologna, 1920;

FOCARETA, *Sottrazione di mansioni e risarcimento del danno*, in *RIDL*, 1992;

FORTE L., con nota di, *L'illegittimità del licenziamento disciplinare in caso di applicazione dell'autotutela prevista dall'art. 1460 c.c.*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II;

FRANCO M., *Diritto alla salute e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano, 1995;

FRANCO M., *La responsabilità del datore e del prestatore di lavoro in materia di sicurezza nel D. lgs. 19 settembre 1994, n. 626*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I;

FRANCO M., *L'obbligo di sicurezza del datore di lavoro nell'età corporativa e dopo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993;

FRANZONI M., *Dei fatti illeciti: art. 2043-2059*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1993;

GAROFALO, *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1975;

GHERA E., *Diritto del lavoro*, Bari, 1998;

GHERA E., *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del VI congresso nazionale di d.d.l., Alba 1-3 giugno 1978, Giuffrè, Milano, 1979;

GHERA E., *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Lo Statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991;

GHERA E. – LISO F., *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Giuffrè, Milano, 1976;

GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965;

GIANNATTASIO C., *La permuta, il contratto estimatorio e la somministrazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1974;

GIORGIANNI M., *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939;

GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, vol. I, rist. inalt., Milano, 1968;

GIROLAMI F., con nota di, *Violazione dell'obbligo di sicurezza e astensione dal lavoro*, in *DL*, 2006, II;

GIUGNI G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963;

GOISIS F., *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, fasc. 2;

GORLA G., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1934;

GRASSO B., *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto*, Esi, Napoli, 1973;

GRASSO B., *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VII, 1991;

GRECO M.G., *Demansionamento e clausole di fungibilità. Danni risarcibili, oneri probatori e profili di autotutela*, ADL, 2008;

IANNI G., *Pubblica amministrazione e obbligo di motivazione dei provvedimenti: gli oneri gravanti sulla p.a. in caso di preavviso di rigetto ed annullamento in via di autotutela. Intensità dell'obbligo di motivazione gravante sulla p.a.*, commento a Tar Lazio, 27 novembre 2009, n. 11946, in *Giur. merito*, 2010, fasc. 4;

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, 2000;

ICHINO P., *L'orario di lavoro e i riposi*, Milano, Giuffrè, 1987;

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. COTTA e G. TREVES, Milano, 1954;

LA CHINA S., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. di dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1997;

LAI M., *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Torino, 2002;

LANOTTE M., *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1998;

LIBERATI A., *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006;

LISO F., *La mobilità del lavoratore in azienda*, Milano, 1982;

LOY G., *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Milano, 1993;

LOY G., *Linee di tendenza della normalità italiana in materia di tutela della salute*, AA.VV., *L'obbligazione di sicurezza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1993;

MAGNANI, CELLA, BALLESTRERO, MAGRINI, IORIO, SANTONI, TIRABOSCHI e ZOPPOLI, in <<*Dir. rel. ind.*>> 2008;

MAINARDI S., *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, art. 2106 Codice civile – Commentario diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, Giuffrè, 2002;

MAMMONE, *Il risarcimento del danno causato al lavoratore destinato a mansioni inferiori tra teoria dell'inadempimento e mora credendi*, RIDL, 1992;

MANDRIOLI, *Reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 700 ed efficacia esecutiva della sentenza di secondo grado nel processo del lavoro*, in GI, 1975;

MARAZZA M., *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002;

MARINI A., *La clausola penale*, Napoli, 1984;

MARINO V., *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, Milano, 1990;

MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1994;

MARTORANO F., *Cauzione (diritto civile) (voce)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960;

MASTROPAOLO F., *I contratti autonomi di garanzia*, 2° ed. riveduta e ampliata, Torino, 1995;

MATTAROLO, *Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro*, *Comm Sch*, 2007;

MAZZAMUTO S., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2007, pp. 1125 e ss.;

MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare*, Napoli, 1978;

MAZZANTI M., *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1966, pp. 614 e ss.;

MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *GDLRI*, 1987;

MAZZIOTTI DI CELSO F., *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Napoli, 1963;

MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Torino, 1994;

MENGONI L., *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, *RSoc*, 1965;

MENGONI L., *Il contratto di lavoro*, Milano, 2004;

MENGONI L., *In tema di mora credendi nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 1954;

MENGONI L., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, *Riv. trim.dir.proc.civ.*, 1994;

MENGONI L., *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, *Riv. dir. comm.*, 1954;

MENGONI L. – A. PROTO PISANI – A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, sul diritto*

processuale civile e sul diritto amministrativo, Giorn. Dir. lav. rel. ind., 1990;

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957, p. 162;

MEZZANOTTE L., *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, pp. 15 e 62;

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, vol. IV, 2, *Delle obbligazioni*, Utet, Torino, 1967;

MIRABELLI G., *I singoli contratti: art. 1470-1765 c.c.*, in *Commentario cod. civ.*, 3° ed., Torino, 1991, p. 159;

MOCELLA M., con nota di, *Limiti al potere direttivo e diritto di resistenza del prestatore di lavoro*, in *Giust. Civ.*, 2000, I;

MONATERI P. G., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 1998;

MONTEL A., *Il principio di autotutela*, in *Giur. agr. it.*, 1958;

MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. dir. civ. it.*, fondato da F. VASSALLI, vol. XIV, t. IV, Torino, 1985;

MONTESANO L., *Sulle azioni civili a tutela dell'integrità fisica del lavoratore*, Securitas, 1965, 122;

MONTUSCHI L., *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1989;

MONTUSCHI L., *Il quadro legale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in M. RICCI (a cura di), *La sicurezza sul lavoro. Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, Bari, 1999;

MONTUSCHI L., *La tutela della salute e la normativa comunitaria: l'esperienza italiana*, in Biagi (a cura di), *Tutela dell'ambiente di lavoro e direttive CEE*, Rimini, 1991;

MONTUSCHI L., *La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile*, in *Lav. dir.*, 1995, 3;

MONTUSCHI L., *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *Riv. giur. lav.*, 2001;

MORI CHECCUCCI U., *Appunti sulle obbligazioni naturali*, Genova, 1947;

MOSCATI E., *Pagamento dell'indebito*, in *Commentario cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *sub art. 2034*, Bologna-Roma, 1981;

MOSCATI E., *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982;

MOSCO L., *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 47, il quale parla comunque di una giuridicità potenziale;

MUGGIA S., con nota di, *Ordine illegittimo del datore di lavoro e autotutela del dipendente*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001;

NAPOLI M., *La stabilità reale del posto di lavoro*, Milano, 1980;

NAPPI, *Inattività del lavoratore per demansionamento totale, e rimedi giudiziali a tutela della professionalità*, in *DL*, 1993;

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Giuffrè, Milano, 1984;

NATULLO G., *La nuova normativa sull'ambiente di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, 4;

NATULLO G., *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Torino;

NICOLINI G., *Tutela delle condizioni di lavoro*, Milano, 1991;

NICOLOSI M., *Provvedimenti cautelari nel pubblico impiego e prestazioni infungibili*, in *LPA*, 2003;

NIVARRA L. - RICCIUTO V.- SCOGNAMIGLIO C., *Istituzioni di diritto privato*, 2° ed., Torino, 2002;

NUVOLONE P., *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941;

OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947;

ORLANDO M., *Limiti all'esercizio dell'autotutela in caso di adibizione a mansioni inferiori e possibili ripercussioni sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di patto di demansionamento*, in *Riv.ital.dir.lav.*, 2007;

OSTI G., *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, 1959, (ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1973, con prefaz. Di P. RESCIGNO);

OSTI G., *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, 1959;

PALESE, *Il prestatore di lavoro di fronte al datore di lavoro inadempiente agli obblighi di cui all'art. 2087 del codice civile*, Securitas, 1970;

PASQUARELLA V., *Autotutela del lavoratore e licenziamento ritorsivo*, *Riv.it.dir.lav.*, 2003;

PATTARO E., *Temi e problemi di filosofia del diritto*, Bologna, 1994;

PAUL V., *13 ad Plaut.*, D. 50,17,176;

PAULLI, con nota di, *G.m.o. per impossibilità sopravvenuta della prestazione e e.d.i.*, in *Riv. crit. dir. lav.* 2002;

PERA, *Possibili soluzioni d'urgenza a favore del lavoratore e dell'assicurato*, in *DL*, 1967;

PERA, *Provvedimenti d'urgenza, vicende dell'impresa e controllo del giudice sui licenziamenti*, in *GI*, 1974, II;

PERA, *Sul trasferimento del lavoratore*, *FI*, 1976;

PERETTI GRIVA D., *L'art. 2087 c.c. e i conseguenti diritti del lavoratore*, *Prev. Inf.*, 1954;

PERISCO G., *L'eccezione di inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1955;

PERONE G., *Lineamenti di diritto del lavoro*, Torino, 1999;

PERSI, *Osservazioni in tema di condanna alla reintegrazione conseguente a mancata adibizione alle mansioni*, in *RGL*, 1994;

PERSIANI M., *Diritto privato diritto del lavoro*, *ADL*, 2009;

PERSICO G., *Tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: una nuova fase*, *Riv. it. dir. lav.*, 1982, I;

PERTICARARI R., *Annullamento in via di autotutela e interesse pubblico*, commento a Cons. di Stato, 8 febbraio 2010, n. 592, in *Urb. e app.*, 2010, fasc. 6,;

PERULLI A., *Buona fede e diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002;

PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1992;

PICCINI I., *Il potere disciplinare*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 16, 1995;

PICCINI I., *Problemi in tema di responsabilità disciplinare nel lavoro pubblico "contrattualizzato"*, in *Arg. dir. lav.*, 1999;

PISANI C., *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996;

PISANI C., *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004;

PONTE F. V., *Violazione degli obblighi di protezione da parte del datore di lavoro, eccezione ex art. 1460 c.c. e buona fede del lavoratore*, *DL*, 2006;

PRASCA, *Ius variandi e principio della parità di trattamento*, in *RGL*, 1991;

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *RDP*, 1991;

PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *RTDP*, 1978;

PROTO PISANI, *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *FI*, 1982, V;

- PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *EGT*, XXV, Roma, 1991;
- PUGLIATTI S., *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964;
- RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa: principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006;
- RAPPAZZO A., *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999;
- REALMONTE F., voce *Eccezione di inadempimento*, *Enc. Giur.*, XIV, 1965;
- REALMONTE F., *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, 1964;
- REGINA A., *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Padova, 1979;
- RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli;
- RICCIUTO V., *Diritto civile e diritto del lavoro. Le prospettive di un'antica vicenda scientifica*, ADL, 2008;
- RICCOBONO A., *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, *Riv. it. Dir. lav.*, 2010;
- RIVA SANSEVERINO L., *Sul rifiuto di prestazione del lavoro straordinario*, in *Boll., Scuola perf. Univ. di Trieste*, 1929;
- ROPPO V., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994;
- ROPPO, *Trattato del contratto, Rimedi-2*, Milano, 2006;

ROSELLI F., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Attuazione e tutela dei diritti. L'attuazione dei diritti*, vol. IV, t. II, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO e coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009;

ROSSI D., *Immagini e dimensione storico-giuridica del rapporto tra singolo e poteri costituiti*, in *La disciplina dell'autotutela, nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, a cura di P. GIANNITI, Padova, 2010;

RUSCIANO M., *L'impiego pubblico in Italia*, Angeli, Bologna, 1978;

RUSSO C., *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 2009;

SACCO R.- DE NOVA G., *Il contratto*, in *Trattato Rescigno*, vol. X, Utet, Torino, II ed., 1993;

SAISI C., con nota di, *Brevi note in materia di exceptio inadimpleti contractus nel contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.* 1996, II;

SANTORO A., *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni (diritto penale)*, in *Noviss. dig it.*, VI, Torino, 1960;

SANTORO PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli, 1975;

SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1995;

SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992;

SARACENO A. – CANTARELLA E., *Autotutela del lavoratore tra eccezione di inadempimento e prestazione non dovuta*, 2009;

SATTA S., *A proposito dell'accertamento preventivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960;

SATTA S., *Limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I;

SATTA S., *Provvedimento d'urgenza e rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.* 1971;

SATTA S., *Provvedimenti d'urgenza e urgenza di provvedimenti*, *Mass.giur.lav.*, 1962;

SATURNO A., *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995;

SCADUTO G., *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, in *Annali Univ. Palermo*, 8, 1921;

SCARPELLI F., *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, 1993;

SCOGNAMIGLIO R., *Aspettativa di diritto (voce)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958;

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, vol. IV, 2, III ed., Vallardi, Milano, 1977;

SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, V ed., Jovene, Napoli, 2000;

SCOGNAMIGLIO R., *Negoziio giuridico*, I, *Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XX;

SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile (voce)*, in *Noviss. dig.it.*, XV, Torino, 1968;

SMURAGLIA C., *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1974;

SOMVILLA, *Il periculum per la persona del lavoratore*, *Mass. giur. lav.*, 2008;

SPAGNUOLO VIGORITA L., *Responsabilità dell'imprenditore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, (diretto da L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI), II, Padova, 1971;

SPAGNUOLO VIGORITA L., *Rilievi in tema di responsabilità del datore di lavoro*, in *Orient. giur. lav.*, 1996;

SPEZIALE V., *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992;

SPEZIALE V., *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 23/2004;

STANZIONE P., *Manuale di diritto privato*, Torino, 2006;

SUPPIEJ G., *Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, I;

SUPPIEJ, *Interesse pubblico e interessi privati nella disciplina giuridica del rapporto di lavoro*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972;

SUPPIEJ G., *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Cedam, Padova, 1957 e II, Cedam, Padova, 1963;

SUPPIEJ G., *sub art. 13*, in *Commentario allo Statuto dei lavoratori* diretto da U. PROSPERETTI, Giuffrè, Milano, 1975;

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990;

TAMPIERI A., *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 1996;

TAMPIERI A., *Sicurezza sul lavoro e modelli di rappresentanza*, Torino, 1999;

TESORIERE G., *Ancora su dequalificazione e trasferimento illegittimo dei dipendenti pubblici (e privati) tra tutela cautelare ed autotutela*, *Rass. amm. sic.*, 1999;

TESTA F., con nota di, *Dequalificazione professionale del dirigente ed eccezione d'inadempimento*, in *Dir. lav.*, 2000, II;

TIRABOSCHI M., *Diritto di sciopero ed eccezione di inadempimento*, DRI, 2008;

TORRENTE A.– SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, XV, ed. 1997;

TORRENTE A., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004;

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007;

TREU T., *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972;

TRIMARCHI P., *Illecito (diritto privato) (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970;

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, 17° ed., Milano, 2007;

TRIZZA, *Provvedimenti d'urgenza e crediti di lavoro*, in *Giur. merito* 1975;

TUCCI G., *Cauzione (voce)*, in *Digesto*, IV, II, Torino, 1988;

TULLINI P., con nota di, *Poteri privati dell'imprenditore ed esercizio di autotutela contrattuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II;

VALLEBONA A., a cura di, *Il contratto di lavoro intermittente*, in *I contratti di lavoro*, Tomo II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Utet, Torino, 2009;

VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro – Il rapporto di lavoro (II)*, Padova, 2005;

VALLEBONA A., *La regolazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Torino 2007;

VALLEBONA A., (a cura di), *Responsabilità civile dell'imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori*, in L. MONTUSCHI, *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997;

VALLEBONA A., *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 1995;

VECCHI P.M., *L'eccezione di inadempimento*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002;

VIRGA P., *Il pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 1991;

ZACCARIA F., *Obbedienza, (dovere di)*, in *Nuoviss dig. it.*, 1965;

ZATTI P., *Manuale di diritto civile*, Padova, 2006;

ZOPPINI A., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009;

ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, Napoli, 1991;

ZUMAPANO, *Tutela d'urgenza e rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 1989.