

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
CURRICULUM DI DIRITTO PRIVATO, ITALIANO E COMPARATO, DIRITTO
TRIBUTARIO E DIRITTO DEL LAVORO
CICLO XXIX

AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL LAVORATORE E CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO

Negri Giulia

Matricola n. 702258

Tutore: prof. Lorenzo Giasanti

Coordinatore: prof.ssa Margherita Ramajoli

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

*Molte meraviglie vi sono al mondo,
nessuna meraviglia è pari all'uomo.*

(...)

*Ha appreso la parola
e il pensiero veloce come il vento
e l'impegno civile*

(...)

*Padrone assoluto
dei sottili segreti della tecnica,
può fare il male
quanto il bene.*

*Se rispetta le leggi del suo paese
e la giustizia degli dèi,
come ha giurato, nella città
sarà considerato grande;
ma ne sarà cacciato
se per arroganza
lascerà che il male lo contaminì.*

SOFOCLE, *Antigone*

*Demain de bon matin
je fermerai ma porte
au nez des années mortes
j'irai sur les chemins*

*Je mendierai ma vie
sur les routes de France
de Bretagne en Provence
et je dirai aux gens:
refusez d'obéir
refusez de la faire
n'allez pas à la guerre
refusez de partir*

BORIS VIAN, *Le déserteur*

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I

GLI STRUMENTI DI AUTODIFESA CONTRATTUALE NEL DIRITTO CIVILE

1. Il rapporto vivente tra diritto civile e diritto del lavoro: dalla partenogenesi alla predazione, sino alla simbiosi.
2. La nozione di autotutela nelle diverse branche del diritto: una doverosa premessa.
3. La nozione di autotutela nell'ordinamento civilistico.
 - 3.1. Le origini storiche.
 - 3.2. Le ricostruzioni dottrinali.
4. L'autotutela tra regola ed eccezione.
5. Le caratteristiche dell'autotutela.
 - 5.1. La natura giuridica.
 - 5.2. Presupposti e limiti.
 - 5.3. Le situazioni protette.
6. I molteplici ruoli dell'autotutela all'interno dell'ordinamento giuridico.
 - 6.1. Alcune disambiguazioni in merito al concetto di autotutela.
7. I tentativi di classificazione e i tipi di autotutela.
8. Le tecniche di autotutela estintive o conservative.
9. L'*exceptio inadimpleti contractus*, principale tecnica di autotutela conservativa.
 - 9.1. Le radici storiche dell'eccezione di inadempimento.
 - 9.2. La configurazione giuridica dell'eccezione di inadempimento: presupposti, ambito di operatività e funzioni.

9.3. Il ruolo centrale della buona fede, quale fondamento e confine dell'eccezione.

CAPITOLO II

L'AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL LAVORATORE SUBORDINATO

Operatività delle fattispecie di autodifesa contrattuale all'interno del rapporto di lavoro

1. Peculiarità della materia giuslavoristica: un'asimmetria codificata.
 - 1.1. L'evoluzione della concezione di rapporto individuale di lavoro.
 - 1.2. Il modello regolativo costituzionale e la legislazione successiva.
 - 1.3. La difficile interpretazione di una realtà complessa e le prospettive di sviluppo del diritto del lavoro contemporaneo.
2. La dinamica interna al rapporto di lavoro individuale e i ruoli rispettivamente spettanti ai contraenti.
 - 2.1. (*segue*) I poteri del datore di lavoro, i corrispettivi obblighi dei lavoratori e la mobile linea di confine tra gli uni e gli altri.
3. L'autotutela quale strumento di tutela dei diritti dei lavoratori.
 - 3.1. Ammissibilità, effetti e rischi connessi all'esercizio dell'autotutela.
 - 3.2. Una distinzione dottrinale dal confine incerto: il rifiuto della prestazione non dovuta e il rifiuto della prestazione dovuta.

4. Le ricostruzioni dottrinali dell'operatività della scriminante concernente il rifiuto del lavoratore di rendere la propria prestazione.

4.1. La tesi del principio *quod nullum est nullum producit effectum* e la tesi dell'*aliud pro alio*.

4.2. (*segue*) La tesi della reazione a un ordine illegittimo quale *exceptio inadimpleti contractus*.

5. Il giudizio di buona fede *ex art. 1460, co. 2, c.c.* e gli altri presupposti per avvalersi dell'eccezione di inadempimento: le ricadute nelle pronunce dei giudici.

6. Una sommaria rassegna giurisprudenziale:

6.1. Il mancato pagamento della retribuzione.

6.2. (*segue*) La mancata esecuzione degli obblighi di sicurezza;

6.3. (*segue*) Ulteriore casistica.

CAPITOLO III

AUTOTUTELA INDIVIDUALE, CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE E PRINCIPI COSTITUZIONALI

Sezione I

Eccezione di inadempimento e ius variandi: un caso di studio.

1. Lo *ius variandi* del datore di lavoro.
2. La variazione delle mansioni: il problematico concetto di equivalenza professionale, gli obiettivi e le tecniche di tutela.
3. Le principali modifiche apportate all'art. 2103 c.c. dal D.Lgs. n. 81/2015.

4. L'art. 1460 c.c. quale reazione al mutamento illegittimo delle mansioni, ai sensi della precedente formulazione dell'art. 2103 c.c.

5. Applicabilità dell'*exceptio inadimpleti contractus* al nuovo art. 2103 c.c.: *rinvio*.

Sezione II

Le potenzialità della buona fede: un'ipotesi ricostruttiva

1. Clausole generali, legislazione per principi e autotutela individuale.

2. Buona fede, integrazione del contratto e principi costituzionali.

3. Buona fede e poteri imprenditoriali.

4. Eccezione di inadempimento e buona fede, una lettura costituzionalmente orientata.

5. Applicabilità dell'*exceptio inadimpleti contractus* al nuovo art. 2103 c.c.: spunti di riflessione sul valore della professionalità nel rapporto di lavoro.

Bibliografia

Introduzione

L'elaborato si propone di esaminare l'istituto dell'autotutela individuale, categoria complessa e trasversalmente presente in numerose branche del diritto, in un'ottica consapevole delle principali interpretazioni fornite in materia dalla dottrina civilistica (settore d'elezione in cui sorge e si sviluppa detta fattispecie), ma che si concentri poi sulle sue estrinsecazioni all'interno dei rapporti di lavoro subordinato, sino a una riflessione sul possibile recupero di tale rimedio privatistico nell'era del diritto del lavoro derogabile.

Pur apparentemente osteggiata nel moderno stato di diritto da chi vi voglia identificare unicamente un "farsi giustizia da sé" guidato da intenti vendicativi e prevaricatori dei diritti altrui, in aperta antitesi con il sistema di tutele imperniato sull'operato della magistratura discendente dalla separazione dei poteri di stampo illuminista, emerge così una rilettura dell'autotutela individuale quale forma di protezione delle posizioni giuridiche soggettive che, viceversa, consentirebbe di colmare le lacune di tutela lasciate dal tradizionale sistema della giustizia civile, che sempre più spesso si rivela inadeguata a sostenere in maniera efficace e rapida le legittime ragioni dei privati (siano essi creditori, danneggiati, ovvero prestatori di lavoro).

Tale fattispecie non giustifica, infatti, un esercizio arbitrario e violento delle proprie ragioni (in ogni caso sanzionato dal codice penale), bensì rappresenta il precipitato di uno dei principi immanenti all'intero ordinamento giuridico, quello secondo il quale "*pacta sunt servanda*", nonché una declinazione di giustizia proveniente dai singoli piuttosto che dallo Stato (secondo il Betti, sarebbe «il diritto di tutelare da sé i propri interessi»¹).

La mancanza di un'affermazione generalizzata della liceità di tale istituto (che invece è rinvenibile, ad esempio, sin dai primi Novecento all'interno

¹ Cfr. Betti, voce *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 529 e ss.

dell'ordinamento tedesco) nonché di una sua definizione univocamente accettata ed estensibile a tutte le branche del diritto nelle quali – di fatto – è rinvenibile ha di certo contribuito a creare la confusione e la conseguente diffidenza che storicamente circondano questa forma di autodifesa dei consociati.

Nel diritto del lavoro, hanno rappresentato un ulteriore ostacolo alla diffusione di comportamenti di autotutela – ovvero, meglio, una più difficile individuazione dei limiti di operatività di questi ultimi – i peculiari poteri riconosciuti all'imprenditore dal codice civile, gerarchicamente connotati e dotati di una naturale tendenza a prevalere anche a fronte di un'opposta volontà del lavoratore. Dai suddetti poteri direttivo, organizzativo, di vigilanza e controllo nonché disciplinare, cui l'art. 41 Cost. assicura copertura costituzionale (seppur soggetta al contemperamento con gli altri diritti di pari rango) discende, infatti, il particolare vincolo di assoggettamento che contraddistingue il prestatore di lavoro subordinato.

Tuttavia, proprio a causa della sussistenza dei descritti poteri imprenditoriali emerge l'esigenza di garantire una speciale tutela nei rapporti di lavoro: ove questi ultimi venissero semplicemente lasciati all'assetto di interessi scaturente dal rapporto di forza tra i contraenti (al pari di quanto accade in qualsivoglia altro contratto civilistico), si configurerebbe nella maggior parte dei casi un notevole squilibrio a favore del datore di lavoro, in ragione della posizione di debolezza contrattuale intrinsecamente connessa alla figura del prestatore di lavoro subordinato. La medesima esigenza di protezione si rende vieppiù necessaria in ragione del fatto che l'adempimento dell'obbligazione lavorativa coinvolge direttamente la persona stessa del lavoratore (Smuraglia, in proposito, afferma che, con l'avvento della Costituzione, la garanzia della personalità del prestatore

è divenuta «il fondamento di tutto l'apparato protettivo e il criterio guida cui deve ispirarsi l'intera attività giuridica nel settore del lavoro»²).

Si è in tal modo sottovalutata la possibilità di intraprendere una diversa via che, mediante la preventiva riconduzione dei poteri datoriali a una logica prettamente contrattuale, attribuisca (anche) ai rimedi sinallagmatici (già previsti dall'ordinamento a presidio dell'esatto adempimento dell'obbligazione), la garanzia del rispetto dell'originario programma negoziale convenuto dalle parti nonché delle norme imperative di legge.

Tutto quanto premesso, a seguito del progressivo affievolimento delle protezioni storicamente riconosciute al prestatore – affiancato in parallelo da una complementare espansione del raggio d'azione del datore – all'interno del rapporto di lavoro, operato dalle riforme di settore degli ultimi anni (soprattutto mediante il tendenziale superamento delle tecniche di tutela incentrate su norme imperative e mediante la minore incisività riconosciuta alle decisioni giudiziali), pare quantomeno opportuno un serio ripensamento delle potenzialità insite in una diffusa applicazione degli strumenti di autotutela alla materia giuslavoristica, nonché dedicare maggiore attenzione al contratto individuale di lavoro ed alle possibilità fornite dalla disciplina codicistica.

E ciò a maggior ragione, ove si tenga in considerazione altresì il fatto che negli ultimi anni il dibattito civilistico si è particolarmente evoluto in merito allo sviluppo di tecniche di tutela del contraente debole nel rapporto contrattuale, partendo da una generale rilettura del codice civile alla luce dei principi costituzionali che ha portato, e sta tuttora portando (si pensi al vivo dibattito inerente al ruolo della proprietà e dei beni comuni) ad interessanti sviluppi.

² A tal punto che l'Autore in questione ha dedicato alla tematica un ampio e approfondito studio: cfr. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 331.

Di qui l'attualità e la motivazione della presente ricerca. Un'attenta rilettura del principio di autotutela potrebbe divenire, nel rinnovato contesto regolativo, uno di quegli strumenti in grado di continuare a garantire all'interno del rapporto di lavoro l'effettiva applicazione dei principi costituzionali posti a presidio della tutela dell'individuo e – in via mediata – anche della dignità e della personalità del lavoratore, valori sempre immanenti al sistema.

In un periodo storico nel quale la materia giuslavoristica va progressivamente perdendo i connotati di specialità che ne avevano consentito l'emancipazione dal settore civilistico, il recupero di istituti e spunti di riflessione considerati classici del diritto privato – purché riletti alla luce del mutato contesto sociale, economico e politico – costituisce più di un provocatorio esercizio di stile: attraverso l'incidenza dei doveri di buona fede e correttezza sul legittimo esercizio dei poteri di origine negoziale nonché in forza di una (forse più auspicabile che doverosa) lettura costituzionalmente orientata delle norme di riferimento si intende verificare se sia possibile ricondurre ad equità talune delle aporie e delle distorsioni venutesi a creare per effetto delle recenti riforme.

Dal momento che sin dal titolo dell'elaborato è dato rilevare la vastità degli argomenti in cui si intende addentrare la ricerca, nell'introduzione si dà atto dei particolari punti di vista adottati e di una indispensabile delimitazione dell'indagine, funzionalizzata alla verifica dell'ipotesi sopra illustrata.

Pertanto, si è circoscritto il confronto con il tema dell'autotutela privata intesa quale strumento di protezione di cui può avvalersi l'individuo non solo al fine di ovviare a inefficienze del sistema di giustizia statale, ma altresì per trasformare conflitti di origine sociale ed economica in esigenze giuridiche nonché per comporre gli attriti tra diritto positivo e foro della coscienza.

Nel primo capitolo, pur dovendo necessariamente richiamare le principali elaborazioni di matrice dottrinale e giurisprudenziale consolidate intorno a tale

concetto nel diritto civile, indispensabili chiavi di lettura per poter comprendere l'utilizzo che ne è stato poi fatto nel diritto del lavoro nonché per rivalutarne le logiche al fine di applicarle in senso progressista al quadro normativo giuslavoristico emerso dalle ultime riforme, si è optato per un approccio cauto. Si è proceduto innanzitutto a un inquadramento del principio di autodifesa dal punto di vista giuridico, ricercandone la *ratio*, le condizioni legittimanti l'utilizzo delle forme di giustizia privata che rientrano nella categoria, nonché i limiti volti a scongiurarne l'abuso. Quindi, si sono affrontati i numerosi tentativi di classificazione operati nel tempo dagli interpreti, che hanno il pregio di porre in evidenza diversi aspetti e attitudini dei mezzi di autotutela: proprio tale poliedricità ne ha consentito la diffusione e ne ha sancito le alterne fortune. Infine, si è soffermata l'attenzione sul principale rimedio manutentivo afferente alla macro-area dell'autodifesa contrattuale, disciplinato nei suoi caratteri più generali dall'art. 1460 c.c. e fondato sul noto brocardo per cui "*inadimplenti non est adimplendum*", che tanta fortuna ha riscontrato nella prassi dei rapporti giuridici e nella produzione di origine giurisprudenziale.

L'eccezione di inadempimento costituisce, infatti, un possibile strumento di composizione conservativa dei conflitti sorti tra i protagonisti di un negozio, nonché la manifesta espressione dell'equilibrio sinallagmatico che dovrebbe caratterizzare gran parte dei contratti e, in particolar modo, i contratti di lavoro, posto che la dottrina giuslavoristica maggioritaria ha infine optato (dopo un serrato dibattito) per l'origine negoziale del rapporto di lavoro. Tale fattispecie si estrinseca nel rifiuto di eseguire l'obbligazione cui si sarebbe tenuti in virtù di un rapporto negoziale a prestazioni corrispettive, giustificato dal previo inadempimento (ovvero dalla mancata offerta di adempiere contemporaneamente) dell'altra parte negoziale, e le sue origini si fanno coincidere proprio con la nascita e la progressiva diffusione dei contratti sinallagmatici (risalenti al diritto romano e poi al diritto comune).

Il dettato dell'art. 1460 c.c. ne ha chiarito contenuti e presupposti, ma la formulazione adottata ha lasciato spazio all'interpretazione degli studiosi quanto alla funzione e alla natura giuridica dell'*exceptio*. A seconda dell'ottica prescelta, vi si è rinvenuto infatti un mezzo di coazione (di tipo "psicologico" in senso lato) all'adempimento, il mezzo per l'esercizio di un vero e proprio diritto potestativo ovvero uno strumento di economia processuale. In ogni caso, è insieme manifestazione naturale e garanzia di conservazione del legame di reciprocità integrato dal sinallagma, quale forma di legittima difesa di stampo contrattuale e strumento di gestione del rapporto negoziale.

Il secondo comma della norma citata, laddove legittima il rifiuto di fare quanto pattuito purché lo stesso non sia contrario a buona fede, è meritevole di specifica trattazione in quanto il rinvio a tale clausola elastica consente di evitare un utilizzo abusivo ed esorbitante dell'istituto: ove la condotta tenuta dall'eccipiente si riveli scorretta, infatti, l'inadempimento di quest'ultimo non verrà considerato "scriminato" ed egli dovrà pagarne le conseguenze risarcitorie alla controparte. La buona fede riveste un ruolo così importante all'interno dell'eccezione di inadempimento proprio perché, da un lato, risponde a tale principio reagire a un comportamento scorretto in modo tale da minimizzarne l'impatto negativo e da consentire di salvaguardare comunque il rapporto contrattuale originario, ma anche, dall'altro, in quanto ne costituisce al contempo il limite esterno, impedendo che si giustifichi il ricorso a tale istituto quando la parte che lo pone in essere intende approfittarsene e trarne un profitto illecito, pur non sussistendone i requisiti.

Nel capitolo successivo, poi, si cala la nozione di autotutela - come ricostruita nei paragrafi precedenti - nel settore giuslavoristico, il quale tuttavia presenta non trascurabili elementi di differenza rispetto a quello civilistico: come noto, infatti, il contratto individuale di lavoro subordinato, pur rientrando formalmente nella categoria privatistica dei contratti a prestazioni corrispettive, attribuisce a

uno solo dei paciscenti una posizione di forte vantaggio sull'altra, che non può essere riequilibrata dal naturale assetto della forza negoziale delle parti, bensì necessita di un intervento parificatore di origine eteronoma (o perlomeno, quanto descritto era ciò che accadeva fino a qualche decina di anni fa). Anche per gli studiosi è stato difficile assimilare i poteri riconosciuti al datore di lavoro alle prerogative creditorie tipiche della dimensione negoziale, tanto è vero che nel tempo si sono succedute diverse teorie che negavano l'origine contrattuale del rapporto di lavoro, benché da ultimo le stesse possano considerarsi superate.

In una simile realtà, in ogni caso, può apparire più complesso rinvenire tracce di studi riguardanti l'applicazione di rimedi connaturati al sinallagma contrattuale; eppure, forme di autotutela sono state sovente poste in essere dai lavoratori proprio al fine di far valere in modo veloce ed efficace i propri diritti nei confronti di un esercizio arbitrario dei poteri imprenditoriali. Infatti, spesso la dimensione giudiziaria non si è dimostrata in grado di garantire la tutela dei diritti fondamentali, limitando il proprio raggio d'azione al solo aspetto risarcitorio. Attraverso l'esercizio dell'autotutela, invece, si può paralizzare nell'immediato gli effetti del potere datoriale, ottenendo – almeno temporaneamente – una protezione in forma specifica.

Per avvalersi di tali strumenti il prestatore di lavoro dovrà pur sempre dimostrare la sussistenza dei requisiti della corrispettività tra gli inadempimenti (in quanto le obbligazioni inadempite devono porsi su piano di parità o quantomeno di possibile equiparazione), di gravità del primo inadempimento che giustifica il ricorso al rimedio in autodifesa, nonché la proporzionalità della reazione prescelta rispetto allo scopo perseguito.

Il rifiuto del lavoratore di eseguire una determinata prestazione a causa dell'illegittimità dell'ordine datoriale, in particolare, è stato poi ricostruito e giustificato in vario modo dalla dottrina e dalla giurisprudenza: alcuni hanno considerato pienamente operante il principio di cui all'art. 1460 c.c., qualificando

l'ordine illegittimo alla stregua di un inadempimento; altri hanno ritenuto invece tale ordine inidoneo a produrre qualsivoglia effetto in quanto radicalmente nullo, a causa dell'utilizzo abusivo del potere direttivo; infine, altri ancora hanno sostenuto che la prestazione del lavoratore debba considerarsi in simili casi non dovuta, in quanto del tutto estranea all'obbligazione contrattuale (quale diritto a non fare ciò a cui non si è obbligati) ovvero hanno rinvenuto in tali ipotesi gli estremi della figura dell'*aliud pro alio*, tipica dell'istituto della vendita.

Infine, dopo aver dato conto della (sfortunatamente scarsa) interpretazione fornita sul tema dagli studiosi, si passa a una rassegna il più possibile ragionata della (invece ipertrofica) produzione dei giudici: in particolare, l'eccezione di inadempimento è stata sovente dichiarata legittima a fronte del mancato adempimento dell'obbligazione retributiva (*ex art. 2099 c.c.*), del mancato apprestamento delle «misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» (*ex art. 2087 c.c.*), o comunque della violazione delle disposizioni imperative poste a protezione della salute e della sicurezza del lavoratore (si veda il T.U. di cui al D.Lgs. n. 81/2008), ovvero di un trasferimento del lavoratore ordinato pur in assenza di ragioni giustificatrici (*ex art. 2103 c.c.*).

Una volta traslata l'autotutela nel campo più familiare del diritto del lavoro, nel terzo capitolo si provvede a testare in concreto le potenzialità rimediali dell'*exceptio inadimpleti contractus* su un istituto tanto tradizionale quanto profondamente innovato di recente come il potere di mutamento delle mansioni del lavoratore di cui al nuovo testo dell'art. 2103 c.c. Già Barassi aveva identificato lo *ius variandi* quale proiezione esemplare del potere imprenditoriale di organizzare i fattori della produzione, l'estrinsecazione forse più evidente dell'elemento della subordinazione che qualifica l'omonima categoria tipologica contrattuale.

Tali caratteristiche, oltre al fondamentale ruolo svolto nel momento applicativo del suddetto rimedio dal principio di buona fede (ai sensi del dettato dell'art. 1460, comma 2, c.c.), rendono l'eccezione di inadempimento esempio paradigmatico delle potenzialità dell'autotutela individuale nel diritto del lavoro, accresciute proprio dal progressivo indebolimento delle tradizionali tutele di matrice eteronoma ad opera delle più recenti riforme (tra le quali il c.d. Jobs Act si distingue per pervasività d'intervento e prossimità temporale).

Nonostante sia impossibile – per ragioni di coerenza con lo specifico oggetto della ricerca, oltre che per evidenti motivi di spazio – descrivere compiutamente l'ingente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che si è sedimentata in materia di corretto esercizio dello *ius variandi*, non si può non soffermarsi almeno brevemente sul concetto di equivalenza delle mansioni che a lungo ha costituito un (quasi) invalicabile baluardo a difesa del bagaglio professionale acquisito dai lavoratori, tranne nei casi in cui tale interesse si trovava a confrontarsi con quello, evidentemente preminente, alla conservazione dell'occupazione e della retribuzione.

Questo contenuto *excursus*, tuttavia, non ha altro fine che sottolineare le differenze con la nuova disciplina tratteggiata dal D.Lgs. n. 81/2015, all'articolo 3, che ha profondamente innovato l'art. 2103 c.c. Pur essendo ancora presto per poter valutare compiutamente gli effetti della suddetta riforma rispetto agli obiettivi dichiarati dal Governo nonché per poter comprendere quali siano gli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi in materia, si tenta di fornire un primo quadro delle opinioni degli studiosi e, in particolare, delle diverse proposte volte a reperire mezzi giuridici idonei a tutelare ancora la professionalità dei prestatori di lavoro, a fronte dell'ampio potere gestorio assegnato ai datori di lavoro. Tra questi strumenti, un ruolo centrale potrebbe essere rivestito dall'eccezione di inadempimento, proprio per il suo essere al contempo un rimedio conservativo stragiudiziale e uno strumento di coazione

all'adempimento, dal momento che è stata fortemente ridimensionata (almeno nelle intenzioni del legislatore) la possibilità per i giudici di sindacare la decisione dell'imprenditore di demansionare un proprio dipendente.

D'altro canto, è altresì significativo il fatto che la clausola generale di buona fede abbia assunto negli ultimi anni un rilevante ruolo non soltanto quale principale strumento per assicurare l'equilibrio contrattuale, ma avendo anche la funzione «di misurare il contenuto del contratto secondo criteri che tengano conto di valori socialmente rilevanti e costituzionalmente riconosciuti»³. Si tratta di un approccio che ha trovato ampia diffusione nel diritto comparato, fino alla codificazione nei principi Unidroit, in cui il principio di buona fede si pone quale limite interno alla libertà contrattuale. Il ruolo della buona fede, quindi, sarebbe quello di «mantenere il regolamento contrattuale in sintonia non solo con le posizioni e i comportamenti concreti delle parti, ma con i principi ai quali l'ordine giuridico lega la legittimità stessa dell'agire privato»⁴.

Per identificare il contenuto concreto dei parametri di correttezza e buona fede bisogna innanzitutto riferirsi ai principi costituzionali nella materia dei diritti e dei doveri dei soggetti privati, nonché ai principi di solidarietà di cui l'ordinamento costituzionale è permeato, con specifico riferimento agli articoli 2, 36, 37, 39, 41, 42 Cost.

Appare quindi ineludibile, nella moderna concezione civilistica, che il principio di correttezza possa considerarsi alla stregua di uno strumento di integrazione del contratto e che, nel determinare il contenuto della clausola di correttezza, sia necessario un riferimento diretto alle norme costituzionali (su cui già era intervenuto Mengoni⁵).

³ Cfr. l'intramontabile contributo di Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p. X.

⁴ *Ibidem*, p. XII-XIII.

⁵ Cfr. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 6 e ss.

La correttezza e buona fede, quale criterio di integrazione contrattuale di effettività costituzionale, deve considerarsi un principio che permea l'intera materia contrattuale e si pone come limite sostanziale all'autonomia privata. Nel momento in cui il legislatore ha introdotto una diversa tecnica di tutela della parte debole di un rapporto contrattuale, modificando i limiti contenuti in una norma imperativa e riducendo quindi gli effetti potenziali dello strumento integrativo di cui all'art. 1339 c.c., tale clausola potrebbe continuare a produrre i propri effetti, nei limiti dell'ordinamento codicistico, per garantire l'effettivo estrinsecarsi, con altre modalità, dei principi costituzionali a cui si ispira.

L'eccezione di inadempimento, quale principale strumento di tutela di una posizione giuridica soggettiva, è uno dei più rilevanti istituti in cui tale meccanismo può produrre i propri effetti. In particolare, una accorta valorizzazione del dettato di cui al secondo comma dell'art. 1460 c.c., sopra descritto, potrebbe consentire, attraverso il limite della buona fede riletto alla luce dei principi costituzionali, un più flessibile utilizzo dello strumento rimediale, nei casi in cui il potere datoriale, pur mantenendosi all'interno dei più labili limiti normativi introdotti, si ponga in condizioni di prevaricazione rispetto alla effettiva tutela dei principi di libertà e dignità del lavoratore costituzionalmente tutelati.

Tramite tale meccanismo si potrebbe in sostanza ritenere che, nonostante i nuovi limiti contenuti nell'art. 2103 c.c., la tutela della professionalità del lavoro, quale esplicita espressione dei principi costituzionali di libertà e dignità del lavoro, possa essere garantita senza la necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale, ma attraverso l'esplicito rifiuto da opporsi all'adibizione a mansioni che – pur formalmente rispettose dei nuovi limiti inseriti nella norma citata (che prendono a riferimento i livelli di inquadramento e le categorie legali) – si pongano in sostanziale violazione della professionalità acquisita dal lavoratore fino a quel momento.

CAPITOLO I

GLI STRUMENTI DI AUTODIFESA CONTRATTUALE NEL DIRITTO CIVILE

1) Il rapporto vivente tra diritto civile e diritto del lavoro: dalla partenogenesi alla predazione, sino alla simbiosi.

L'impianto del presente elaborato prende le mosse dalla crescente consapevolezza che, dall'intricata evoluzione dei rapporti tra diritto civile e diritto del lavoro⁶, possono emergere prospettive e suggestioni, in grado di rinviare un mai sopito dibattito e di rinnovare entrambe le discipline, rendendole maggiormente sensibili a una realtà economico-sociale in perenne e incalzante mutamento.

Così è stato fin da quando la materia giuslavoristica ha reclamato una propria autonomia, emancipandosi dal diritto privato ma senza mai abbandonarlo del tutto, pronta a rivolgersi alla bisogna, dipanandosi tra i due una classica relazione parentale⁷. La storia è nota e arriva ai giorni nostri, ma è bene ripercorrerla velocemente per spiegare il motivo che ha indotto ad aprire una tesi di diritto del lavoro con l'illustrazione di una tematica prettamente civilistica.

⁶ Proprio l'esame di tali rapporti costituisce, infatti, «un *topos* eterno della letteratura giuridica giuslavoristica», secondo Mazzotta, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *RIDL*, 1991, p. 35 e ss.; per una più ampia trattazione del tema da parte del medesimo Autore, si rinvia a *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994.

⁷ Di «originali atteggiamenti ancillari e subalterni» seguiti da «rivolte adolescenziali» e da «conseguenti sussulti autonomistici» parla De Luca Tamajo, in *Introduzione*, p. 4-5, in apertura de AA.VV., *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico: atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro*, Parma, 4-5 giugno 2010, Giuffrè, Milano, 2011. Perulli, invece, in *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *RIDL*, 2007, 4, p. 427 e ss., afferma che il diritto del lavoro è «nato da una costola del diritto civile», evocando in tono volutamente ambivalente tanto la creazione quanto il peccato originale.

Le radici del «giovane e ribelle virgulto»⁸ affondano proprio nel campo del diritto civile e di matrice civilistica sono anche i primi studiosi che hanno iniziato a occuparsi di diritto del lavoro, Lodovico Barassi⁹ *in primis*. Ma è in particolare con la fine del periodo corporativo che la disciplina lavoristica inizia ad assumere i connotati di specialità e autonomia rispetto al retroterra culturale privatistico che ancor oggi la connotano, seppure con un grado di incisività differente.

Infatti, come è stato efficacemente sintetizzato, mentre il diritto civile «nasce dalla libertà», il diritto del lavoro «cammina verso la libertà»¹⁰: mentre il primo trova la propria principale forma di espressione nell'autonomia negoziale dei singoli contraenti, il secondo sconta delle intrinseche asimmetrie intercorrenti tra le posizioni e i poteri delle parti del contratto di lavoro¹¹, cui cerca di porre rimedio affidando la concreta gestione e regolazione del rapporto a fonti eteronome quali la legge e il contratto collettivo, le cui norme erano perlopiù volte a compensare la situazione di debolezza contrattuale tipica del lavoratore subordinato.

È vero che costituisce ormai un luogo comune affermare che il moderno diritto del lavoro si è sviluppato quale forma di polemica e di protesta nei

⁸ Il vezzeggiativo sopra riportato è stato usato da Mengoni, nell'intervista contenuta in Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana: teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 411.

⁹ Per una lettura critica del pensiero di Barassi in materia di contratto di lavoro e dei suoi rapporti con la cultura giuridica dei suoi tempi cfr., rispettivamente, Garilli, *Il contratto di lavoro e il rapporto di impiego privato nella teoria di Lodovico Barassi*, e Garofalo, *Ludovico Barassi e il socialismo di cattedra*, entrambi in *RGL*, 2001, n. 3, p. 375 e ss. e 389 e ss.

¹⁰ Cfr. Scognamiglio R., *Conclusioni*, in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche. Atti del seminario svoltosi a Roma il 26 maggio 1990 presso l'Università Roma La Sapienza*, p. 152, citato da Ichino, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *RIDL*, 2012, I, p. 59 e ss.

¹¹ Cfr. Perulli, *op. cit.*, 2007, p. 427 e ss., che ritiene tali asimmetrie incompatibili «con gli schemi contrattuali canonici, improntati al principio di reciprocità tra soggetti considerati, almeno astrattamente, come eguali».

confronti del diritto civile¹², nondimeno è innegabile che la prima fase di costruzione identitaria della disciplina giuslavoristica sia stata dominata da un desiderio di emancipazione da quello che veniva identificato come un «diritto borghese», cui ha concorso la forte componente ideologica e politica che da sempre accompagna detta materia. Oltre a ciò, però, è altresì riconoscibile un genuino sforzo di trovare un'alternativa più etica¹³ alla deriva individualistica che minacciava un utilizzo sconsiderato delle forme contrattuali privatistiche, introducendo una dimensione necessariamente collettiva finanche nel contratto individuale di lavoro.

Una volta definitivamente acquisita al diritto del lavoro l'incontestabile dignità di materia a sé stante, i giuslavoristi hanno avviato una riflessione più matura e meno animosa nei confronti delle tecniche e degli istituti privatistici, reputando la dialettica instaurata con questi ultimi quale fattore di arricchimento, più che sintomo di inconciliabilità. Sin dagli anni Settanta, si è pertanto attinto alla disciplina civilistica per trarre argomenti a supporto o a confutazione delle proprie tesi, su diverse tematiche che allora infuocavano il dibattito¹⁴.

¹² Come rileva Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo. Diritto civile*, in *DLRI*, 1990,1, p. 5, salvo poi riconoscere che come tutti i luoghi comuni racchiude un fondamento di verità.

¹³ Al dichiarato fine di diversificare il contratto di lavoro rispetto alla categoria prettamente civilistica dei contratti di scambio, e così, in via mediata, per opporsi alla riduzione del lavoro a un mero bene, suscettibile di essere mercificato: cfr. Perulli, *op. cit.*, p. 427, e Mengoni, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴ Si fa qui riferimento, in particolare, alle questioni rammentate da Ichino, *op. cit.*, 2012, vale a dire: la contrapposizione della concezione contrattualistica e di quella acontrattualistica del rapporto di lavoro (a proposito di quest'ultima posizione si rammenta il pensiero, rimasto piuttosto isolato, di Scognamiglio R., *Rapporto di lavoro e contratto*, in *ADL*, 2005, n. 3, p. 745 e ss., nonché Id., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2001, I, p. 95 e ss., nonché l'intervento deciso della Suprema Corte, che con un improvviso *revirement* ha restituito, in casi particolari, rilevanza alla qualificazione del contratto operata dalle parti al momento della stipulazione, concedendo rinnovata importanza al regolamento negoziale: cfr. Cass. civ., sez. lav., 3.6.1985, n. 3310); la contrapposizione tra concezione privatistica e pubblicistica del funzionamento del contratto collettivo; la contrapposizione tra chi negava e chi affermava la necessità di una funzionalizzazione dell'impresa all'utilità sociale; nonché alle ulteriori questioni richiamate da Mazzotta, *op. cit.*, 1994, p. 14, quali la tensione tra subordinazione e

Non solo ma, ancor più di recente, sono andate via via crescendo due parallele tendenze, la cui direttrice, in entrambi i casi, sembra favorire la conversione delle due discipline verso un terreno comune.

Da un lato, infatti, nel settore del diritto del lavoro assistiamo a un progressivo ridimensionamento del ruolo assegnato alla fonte eteronoma¹⁵ (quale la legge ma soprattutto la contrattazione collettiva) in favore dell'autonomia negoziale dei contraenti, a uno «spostamento del baricentro delle tutele dal rapporto contrattuale (...) al rapporto di mercato»¹⁶ e a un sempre maggiore ricorso, da parte della giurisprudenza¹⁷, a strumenti civilistici (quali in particolare le clausole generali di correttezza e buona fede, potenziali «criteri di scrutinio della legittimità delle scelte datoriali unilaterali»¹⁸) per colmare l'annoso squilibrio tra le parti del contratto e per ricondurre a equità casi di ingiustizia sostanziale non altrimenti risolvibili.

Dall'altro, nell'ambito del diritto civile, si è abbandonata da tempo l'idea del contratto come «signoria del volere» discrezionale e arbitrario, a favore di una sistematica che veda in esso, piuttosto, il «principale strumento di innovazione giuridica»¹⁹: proprio il fatto di essere un istituto di per sé neutro, o «a plurimo impiego», ne determina l'utilizzabilità anche al fine di perseguire interessi

organizzazione all'interno del rapporto obbligatorio, nonché la diseguale distribuzione dei poteri tra i contraenti.

¹⁵ Benché, puntualizza Perulli, *op. cit.*, 2007, tale affermazione vada un po' temperata, in quanto «l'immagine prometeica del lavoratore che si sottrae alla logica colonizzatrice della disciplina eteronoma (appare) quantomeno discutibile».

¹⁶ Cfr. Perulli, *op. cit.*, 2007.

¹⁷ Parte della dottrina, d'altro canto, appare molto più cauta nell'abbandonare gli strumenti tradizionali e propri della disciplina di protezione tipica del diritto del lavoro in favore di un recupero delle categorie civilistiche maggiormente atte allo scopo: ad esempio, si veda la posizione di Santoro Passarelli G., in *Appunti sulle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 290/2016, p. 12, su cui si tornerà più estesamente nel prosieguo dell'elaborato.

¹⁸ Cfr. Mazzotta, *op. cit.*, 1994, p. 24.

¹⁹ Cfr. Perulli, *op. cit.*, 2007.

superindividuali²⁰, ovvero come vettore di diritti sociali e valori costituzionali, anche di derivazione comunitaria o comunque sovranazionale, in grado di correggere le possibili distorsioni dei mercati. A mero titolo esemplificativo, si può evidenziare la crescente attenzione, in un'ottica di prevenzione e protezione, rivolta dal diritto positivo, oltre che da dottrina e giurisprudenza, al contraente riconosciuto come più debole, all'interno di un rapporto obbligatorio (caso paradigmatico è naturalmente quello del consumatore), al fine di compensare lo squilibrio sussistente tra le forze economiche contrapposte. Sull'opposto versante, sono stati rafforzati gli obblighi posti a carico della parte forte del rapporto e scaturenti direttamente dalla disciplina di legge in materia contrattuale, la quale si è prefissa di ridurre le asimmetrie informative, assicurare la massima trasparenza e porre dei limiti esterni all'arbitrio dei singoli.

Si è cercato, insomma, di perseguire per il tramite del contratto obiettivi di giustizia distributiva, consentendo in tal modo un'applicazione capillare dei diritti fondamentali dell'individuo, perlopiù formulati come norme di principio²¹.

Il diritto privato si pone così il problema della c.d. giustizia contrattuale²², ridimensionando l'aura di intangibilità che tradizionalmente ammantava le espressioni dell'autonomia negoziale e sperimentando diverse strategie

²⁰ Cfr. ancora Mazzotta, *op. cit.*, 1994, p. 20.

²¹ In merito alla funzione protettivo-repressiva, propria di uno stato liberale, e a quella promozionale, propria di uno stato costituzionale, cfr. Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, in Id., *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di filosofia del diritto. Prefazione di M.G. Losano*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 3 e ss.

²² Tale concetto viene definito da Piraino, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *EDP*, 2015, 2, p. 233 e ss., come comprensiva di tutti quegli «istituti che mirano a garantire una misura sufficiente di proporzione tra le prerogative conferite dal contratto e di attenzione per l'individuo, con particolare riguardo a quelle figure che consentono forme di intervento sul regolamento contrattuale in funzione tanto integrativa quanto correttiva». Sul tema, cfr. *ex multis* anche Vettori, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *RTDPC*, 2015, 3, p. 787 e ss., nonché Id., *Contratto e rimedi*, II ed., Cedam, Padova, 2009; Nivarra, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *EDP*, 2015, 3, p. 583 e ss.; Navarretta, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *RDC*, 2006, p. 411 e ss.; Gitti – Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, 2008, Il Mulino, Bologna; Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, ESI, Napoli, 2004.

finalizzate a ridurre la sperequazione tra le parti caratterizzante, di fatto, gran parte dei rapporti sorti nel libero mercato. Da ultimo, si è optato per l'adozione di una tecnica rimediale che non intacca il concetto di libertà contrattuale e le relative garanzie di autonomia, bensì si rivolge a un istituto codicistico tradizionale quale la clausola generale di buona fede e correttezza, cui affida un ruolo ulteriore e fondamentale, quello di controllare e fungere da canale per eliminare disparità di potere e alterazioni dell'armonia contrattuale, quale applicazione di un «dovere inderogabile di solidarietà ormai costituzionalizzato»²³.

Si assiste, inoltre, a un progressivo arricchimento delle tutele tradizionali, predisposte secondo il modello della fattispecie tipica e fondate, rispettivamente, sui casi di invalidità del contratto (*ex art. 1325 c.c.*) e sulle regole di responsabilità contrattuale (*ex art. 1218 c.c.*), mediante la valorizzazione di regole di comportamento, che non hanno ad oggetto l'obbligo di rendere determinate prestazioni, bensì di tenere complessivamente delle condotte orientate dalla buona fede e correttezza nei confronti della controparte e che introducono nuove forme di responsabilità, non derivanti da un inadempimento ma insorgenti per il (solo) fatto di aver cagionato all'altro contraente, per effetto del proprio contegno nella fase negoziale, un «minor vantaggio» ovvero un «maggior aggravio»²⁴.

²³ Cfr. Cass. civ., sez. I, 20.4.1994, n. 3775, richiamata anche da Perulli, *op. cit.*, 2007. Si tratta del noto “caso Fiuggi”, concernente il pagamento del canone di concessione al Comune di Fiuggi per lo sfruttamento delle sorgenti d'acqua, che era stato tenuto abnormemente basso grazie all'intervento di società diverse ma appartenenti allo stesso gruppo dell'ente Fiuggi, il quale deteneva la concessione.

²⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I, 29.9.2005, n. 19024, la quale stabilisce che «quando in presenza di comportamenti precontrattuali od esecutivi illegittimi il danno derivi da un contratto valido ed efficace ma sconveniente, il risarcimento deve essere ragguagliato al minor vantaggio o al maggiore aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto». Sul tema, si veda, Di Majo, *Una New Age per le tutele contrattuali?*, p. 5, in Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Jovene, Napoli, 2012.

Tutte queste riflessioni, in parte frutto dell'influenza esercitata sul diritto privato da altre discipline ad esso contigue, quale tra le altre anche il diritto del lavoro (in particolare per quanto riguarda la speciale considerazione riservata alla parte debole del contratto), in parte frutto di sollecitazioni provenienti da esperienze di altri Paesi e del diritto dell'Unione Europea, costituiscono oggi delle suggestioni da cui si ritiene che può e dovrebbe attingere la disciplina giuslavoristica²⁵, caratterizzata al contrario da un momento di difficoltà e di crisi dei modelli di riferimento tradizionali, anche per effetto di precise azioni in tal senso del legislatore nazionale²⁶. In un momento storico in cui si assiste a un progressivo smantellamento delle forme tradizionali di tutela fondate sull'intervento della regola eteronoma e su norme inderogabili²⁷, la possibilità di avvalersi di strumenti civilistici potrebbe paradossalmente consentire il recupero e l'attuazione nella prassi di quei valori (sociali e orbitanti intorno alla persona e alla dignità del prestatore di lavoro) che un tempo informavano l'intera materia del diritto del lavoro ma che da ultimo si sono viepiù trascurati, sull'onda di un ricorso incontrollato alla teoria c.d. di *labour law and economics*²⁸.

Non solo, ma si ritiene, altresì, opportuno approfittare dell'approccio civilistico che riconosce alla volontà dell'individuo un ruolo centrale nella dinamica dell'obbligazione, non per assecondare derive autoritarie a tutto vantaggio del datore di lavoro (senza dubbio la parte più forte di un contratto di lavoro subordinato), come temeva la dottrina delle origini, ma, al contrario, per

²⁵ Cfr. ad esempio quanto sostenuto ormai da anni Nogler, *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, in *DLRI*, 2008, 2.

²⁶ Tra tali azioni emerge, per vastità di intervento e per prossimità temporale, la riforma attuata sulla base della Legge 15 dicembre 2014, n. 183 e dei successivi Decreti Legislativi attuativi, complessivamente denominata «Jobs Act».

²⁷ Cfr., a questo proposito, Voza, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *RGL*, 2006, 2, p. 229 e ss.

²⁸ Alfieri di tale approccio nel diritto del lavoro è stato Ichino, tra le varie opere in cui ne tratta si veda Id., *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 40/2005. Per una critica a tale modello ricostruttivo, cfr. Denozza, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in *Ars Interpretandi*, 2013, 2, p. 43 e ss.

fornire al contraente più debole ulteriori e più efficaci mezzi di difesa dei propri interessi, rientranti nella categoria civilistica dell'autotutela²⁹. Un valido supporto a tali rimedi è offerto proprio dal ricorso alla clausola di buona fede e correttezza, quale criterio appartenente alla logica contrattuale per valutare tanto la condotta datoriale quanto quella del lavoratore: in entrambi i casi, tale clausola si configura dunque, al contempo, come limite (al di là del quale il comportamento posto in essere dalla parte diventa ingiustificabile e pertanto illegittimo) e fondamento (fornendo le basi concettuali per un controllo dell'equilibrio del sinallagma negoziale dal punto di vista della ragionevolezza e della proporzionalità, parametri diversi e legati a valori differenti da quelli codificati dal diritto positivo)³⁰.

Uno dei settori in cui le prerogative imprenditoriali, già piuttosto ampie di per sé, possono essere attuato nel modo più indefinito è quello dato dall'esercizio dello *ius variandi*, il potere che consente a uno dei contraenti di incidere unilateralmente sull'assetto contrattuale, eccezionale rispetto alla regola di cui all'art. 1372 c.c. e sottoposto a ulteriori limiti in materia di rapporti di lavoro, ai sensi dell'art. 2103 c.c. Per tale motivo, i casi di modifica unilaterale di parte del regolamento negoziale concordato costituiscono il terreno ideale per testare la tenuta del modello rimediale sinora approssimativamente descritto³¹, come si proverà a fare nei capitoli successivi.

²⁹ Cfr. Perulli, *op. cit.*, 2007, il quale afferma che «oggi anche i sistemi giuridici assistenziali, del lavoro, antitrust, commerciale, vedono affermarsi o delinearsi nel loro alveo nuovi “diritti privati”: è questa la sfera “riflessiva” del diritto attraverso cui la società di individui ed istituzioni riflette su se stessa, in un'amministrazione riflessiva autoregolata guidata dal principio di “*aiutare ad aiutarsi a farcela da soli*”» (corsivo mio).

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Il diritto del lavoro appare sempre più aperto a nuove proposte e nuove soluzioni interpretative provenienti dal diritto privato, pur mantenendo sempre una certa cautela: per adottare le efficaci parole di Mazzotta, *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *Labor*, 1, 2017, «il diritto del lavoro – più di altre branche dell'ordinamento positivo – da sempre intrattiene un dialogo con valori o principi che esprimono la tensione latente fra gli interessi forti che fanno da sfondo alla relazione giuridica che definiamo contratto di lavoro subordinato. Basti pensare a concetti quali libertà

Qui ci si limita, perciò, ad anticipare quello che sarà l'oggetto di specifica trattazione e sperimentazione nei capitoli successivi, per la cui comprensione, tuttavia, pare indispensabile tratteggiare, almeno in termini sommari, i confini dell'istituto dell'autotutela dal punto di vista civilistico, per utilizzare con maggiore cognizione di causa« gli snodi e le infrastrutture»³² fornite dal diritto civile anche nel prosieguo dell'elaborato, ove si adotterà un punto di vista più giuslavoristico.

2) La nozione di autotutela nelle diverse branche del diritto: una doverosa premessa.

L'indagine che voglia accostarsi ad un tema, quale quello dell'autotutela, trasversalmente presente in quasi tutte le branche in cui si suole suddividere il diritto, dovrebbe razionalmente partire da una nozione basica dell'istituto, in grado di riassumerne i tratti distintivi tipici, rinvenibili in tutte le diverse declinazioni successivamente elaborate dalle singole materie. Bisognerebbe, in altre parole, enucleare sin dall'inizio l'ossatura che si cela all'interno di tutte le fattispecie riconducibili a tale categoria concettuale, il cosiddetto minimo comun denominatore. Ebbene, in realtà già tale prima ricostruzione appare assai complessa e di non pronta soluzione.

L'istintiva collocazione di tutto ciò che afferisce all'autotutela *al di là* del perimetro dell'ordinamento giuridico (fatte salve le dovute eccezioni previste da apposite norme di diritto positivo), ha probabilmente accresciuto la diffidenza dei giuristi, i quali nella maggior parte dei casi hanno preferito soffermarsi sulle singole ipotesi di autodifesa previste in diversi settori giuridici, piuttosto che

economica, dignità, sicurezza, eguaglianza, libertà sindacale etc., il cui rapporto dialettico si esprime attraverso tecniche di bilanciamento non sempre prefigurate a priori dal legislatore. Di qui la necessità (anzi l'indispensabilità) della ricerca di un metodo che consenta a tali principi-valori di dialogare con il diritto positivo» (p. 6).

³² Secondo l'arcinota definizione adottata da Mengoni, *op. cit.*, 1990, p. 10.

interrogarsi sul fondamento e sull'essenza di qualcosa che si poneva in ontologica contrapposizione con il sistema di giustizia statale.

Bisogna dunque affidarsi agli strumenti propri di altre materie, quali la linguistica o la filosofia, per tracciare una prima cornice di riferimento. Il sostantivo in esame è significativamente composto dal prefisso riflessivo “*auto*” (dal pronome greco con valore intensivo «stesso») e dal nome «tutela» (definita come «funzione protettiva o difensiva, salvaguardia; difesa di un diritto»³³), traducendosi così il lemma nella «difesa delle proprie ragioni effettuata direttamente dal privato, al di fuori della via giudiziaria»³⁴. Appare pertanto evidente che ciò che connota immediatamente tale concetto, già nell'immaginario comune e in un uso atecnico del linguaggio, è proprio il fatto di costituire un'alternativa ai mezzi di protezione offerti dall'ordinamento. Pur senza voler chiamare in causa la teoria del contratto sociale di Rousseau³⁵, è facile comprendere come il passaggio (o, meglio, la restituzione) del potere di reagire ai torti dallo Stato al singolo cittadino rappresenti un notevole fattore di rischio, agevolando in potenza il ritorno allo stato di natura che da tempo si è tentato di lasciarsi alle spalle. Eppure, spesso sono gli stessi pensatori che hanno elaborato le tesi contrattualiste a prevedere, in taluni casi, la sussistenza di un vero e proprio «diritto di resistenza»³⁶, di cui risulta titolare ciascun membro

³³ Questi sono l'etimo e la definizione riportati da Devoto – Oli, *Il dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 1990.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Rousseau, *Il contratto sociale*, Oscar Mondadori, Milano, 2002, ove si afferma la necessità di «trovare una forma di associazione che difenda e protegga, mediante tutta la forza comune, la persona e i beni di ciascun associato e per mezzo della quale ognuno, unendosi a tutti, non obbedisca tuttavia che a se stesso e rimanga libero come prima». La tesi del contrattualismo è stata teorizzata e sviluppata altresì, tra gli altri, da Thomas Hobbes e da John Locke.

³⁶ Mentre Rousseau avversava recisamente la possibilità per i singoli cittadini di resistere alle leggi, qualificando queste ultime come espressione della volontà generale e sovrana, altri pensatori (quali gli stessi Hobbes e Locke già citati, nonché Johannes Althusius e perfino Norberto Bobbio, nei giorni nostri) hanno considerato configurabile un simile diritto. In merito specificamente al diritto di resistenza, si segnala l'interessante opera di Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, Giuffrè, Milano, 2006. Sul medesimo argomento, si veda

della società e che consiste nel diritto–dovere di opporsi a manifestazioni illegittime del potere pubblico.

In seno alla nostra stessa Assemblea Costituente si tenne un acceso dibattito in merito all'opportunità di inserire o meno, nella Carta costituzionale, l'espressa previsione di un diritto di resistenza, tanto individuale che collettivo, ad atti dei pubblici poteri tali da violare le libertà fondamentali e i diritti costituzionalmente garantiti³⁷. Pur se, alla fine, tale progetto venne abbandonato per ragioni in parte di principio (temendo, taluni, una pericolosa confusione tra resistenza e rivoluzione e, in ogni caso, non volendo legittimare uno strumento in grado di scardinare l'ordine costituito), in parte di opportunità politica, la trattazione dell'argomento da parte di giuristi e filosofi del diritto continuò nei decenni successivi, pur concentrandosi su peculiari forme di autotutela individuali, quali l'obiezione di coscienza e la difesa della dignità della persona umana³⁸.

D'altro canto, rimanendo nell'ambito del diritto pubblico, la branca in cui più si sono colte e sviluppate le potenzialità dell'istituto dell'autotutela è stata quella del diritto amministrativo³⁹: a fronte di una situazione di conflitto (attuale o

altresi Marchesiello, *Diritto di resistenza. Come fare la rivoluzione attraverso il diritto*, GruppoAbele, 2013.

³⁷ Il Progetto di Costituzione, al II comma dell'art. 50, infatti, in origine sanciva che «quando i poteri pubblici violino le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino». Per una ricostruzione dei passaggi in cui si svolse la discussione, prima all'interno della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione e poi nelle sedute dell'Assemblea Costituente, tra il 1946 e il 1947, si rinvia al contributo di e alla bibliografia citata da Gianniti, *Autotutela e diritto di resistenza*, p. 59 e ss., in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.

³⁸ Cfr. ancora Gianniti, *op. cit.*, p. 88 e ss., nonché, nel medesimo volume, Bettetini, *Autotutela e diritto di libertà di coscienza*, p. 99 e ss. Per una trattazione più completa del tema assai delicato dell'obiezione di coscienza, si rinvia a Saporiti, *La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014.

³⁹ Lo studio di riferimento, a tal proposito, pare essere ancora Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo, parte generale*, IV ed., Cedam, Padova, 1987, p. 146 e ss.; sempre dello stesso Autore, si veda anche la voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, p. 537 e ss., ove ha definito l'autotutela in tale settore come «quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti

potenziale) tra lo Stato, nella sua veste di Pubblica Amministrazione, e un soggetto privato, il primo può provvedere autonomamente alla salvaguardia e alla realizzazione dell'interesse pubblico di cui è portatore, senza dover passare per l'intermediazione dell'organo giudiziario. Il potere di agire in via di autotutela è stato così considerato un'estrinsicazione della posizione di supremazia e preminenza che, ontologicamente, rivestono i soggetti pubblici nei confronti dei singoli componenti della collettività. Il suddetto potere si esplica, poi, soprattutto, in provvedimenti di controllo, di annullamento o di revoca⁴⁰. Proprio in quanto strumento che consente di deflazionare il contenzioso, di prevenire possibili contrasti e di assicurare un più pronto e sicuro risultato, l'autotutela è un istituto promosso e incentivato dal diritto amministrativo⁴¹ (benché anche in questo settore permangano perplessità e contrasti in dottrina⁴²).

In parte analoga all'autotutela amministrativa è la trattazione dell'istituto da parte del diritto tributario⁴³: anche in tale ultimo settore, infatti, rappresenta un potere spettante alla Pubblica Amministrazione competente⁴⁴ e si concretizza principalmente nell'annullamento, totale o parziale, di atti pubblici in quanto

con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese»; nonché, Coraggio, voce *Autotutela*, I) diritto amministrativo, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988, p. 1 e ss. Più di recente si vedano i contributi di Liberati, *L'autotutela amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2006 e Cifarelli, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Dike giuridica, Roma, 2016.

⁴⁰ Si vedano le discipline, rispettivamente, della revoca (*ex art. 21-quinquies* della L. 7.8.1990, n. 241) e dell'annullamento d'ufficio (*ex art. 21-nonies* della L. 7.8.1990, n. 241). Cfr. ancora, al riguardo, Coraggio, *op. cit.*, p. 2; Pazzaglia, *L'autotutela decisoria*, nell'opera collettiva citata a cura di Gianniti, p. 435, ha chiarito che «L'autotutela rappresenta quindi sempre un'attività sostanzialmente amministrativa, anche se secondaria o sussidiaria nel senso che essa ha lo scopo di verificare la legittimità e l'opportunità nonché di garantire l'efficacia e l'esecuzione degli atti amministrativi precedentemente emanati dalla pubblica amministrazione nell'ambito dei suoi poteri di autarchia».

⁴¹ Cfr. ancora Gianniti, *op. cit.*, p. 1 e ss.

⁴² Cfr. ancora Coraggio, *op. cit.*, p. 2 e ss.

⁴³ Si rinvia a tal proposito a Palumbo, *L'autotutela nel diritto tributario*, in Gianniti (a cura di), *op. cit.*, p. 493 e ss.; si veda altresì Muscarà, voce *Autotutela*, V) diritto tributario, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988, p. 1 e ss.

⁴⁴ *Ex art. 2 quater*, comma 1^{ter}, del d.l. 30.9.1994, n. 564, convertito, con modificazioni, dalla legge 30.11.1994, n. 656, poi integrato dall'art. 27 della l. 18.2.1999, n. 28.

illegittimi o infondati. Tuttavia, a differenza dell'autotutela amministrativa, in campo tributario tale potere viene esercitato in modo non discrezionale, al dichiarato fine di assicurare il rispetto del principio fondamentale della giusta tassazione a seconda della capacità contributiva di ciascuno, *ex art. 53 Cost.* In tali casi, l'interesse pubblico al ristabilimento di una giusta imposizione coincide con la posizione di vantaggio (che si traduce in un vero e proprio diritto soggettivo, e non in un mero interesse legittimo) del contribuente che vede annullato o revocato il provvedimento a lui sfavorevole.

Vi è sicuramente una dimensione giuspubblicistica ineludibile dell'autotutela, di cui si darà maggior conto nel prosieguo dell'elaborato, ma il punto di vista privilegiato in questa sede resta quello privatistico, secondo il quale il singolo soggetto di diritto può agire autonomamente, in via preventivo-cautelare o reattiva, per difendere una propria posizione giuridica soggettiva considerata degna di protezione dall'ordinamento e ristabilire l'equilibrio giuridico contro l'altrui ingiusta pretesa di mutarlo. In tale ambito, tuttavia, come del resto nel diritto penale, le forme riconducibili all'autotutela sono trattate con maggiore diffidenza.

A tale risultato concorre sicuramente la mancanza, nel *corpus* normativo civilistico, di una disposizione di diritto positivo che preveda e disciplini nei suoi tratti generali l'istituto⁴⁵. Tanto nel codice civile quanto nella legislazione

⁴⁵ Al contrario di quanto accade, invece, nell'ordinamento tedesco, ove al paragrafo 229 del B.G.B. è prevista una disposizione generale in tema di autotutela, rubricata "*Selbsthilfe*" (letteralmente, quindi, "autoaiuto"), ove, proprio in virtù del fine di autodifesa, si fornisce una legittimazione a colui che asporta, distrugge o danneggia cose altrui, o a chi ferma il proprio debitore che si sospetta intenda fuggire, ovvero ancora chi supera l'obiezione opposta dall'obbligato nei confronti di un'attività che quest'ultimo è invece tenuto a tollerare, ove non sia possibile ottenere il tempestivo intervento dell'autorità competente e sussista il concreto pericolo che, senza un'azione immediata, la realizzazione della pretesa dell'agente venga frustrata o diventi sostanzialmente più difficile. Bigliazzi Geri, tuttavia, in *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Giuffrè, Milano, 1971, p. 47 e ss., considera solo apparente il regime di applicabilità generalizzata dell'autotutela che da un'interpretazione letterale della suddetta norma parrebbe desumersi.

speciale, invece, sono rinvenibili unicamente norme regolanti singole fattispecie che – più o meno pacificamente – possono farsi rientrare nella categoria concettuale dell'autotutela, senza tuttavia esplicitarlo e senza sancirne espressamente la legittimità.

Anzi, l'orientamento maggioritario, seguito dalla dottrina tradizionale⁴⁶ sino almeno a un paio di decenni fa, era piuttosto fermo nel dedurre dall'ordinamento giuridico nel suo complesso e, più in particolare, dal combinato disposto di cui agli artt. 2907 c.c. e 101 e 102 Cost., una riaffermazione dell'indiscusso primato riservato alla tutela giurisdizionale dei diritti da parte dello Stato, relegando così l'autotutela a ipotesi del tutto marginali e soprattutto eccezionali (per quanto, poi, nella prassi la situazione fosse diversa).

Più precisamente, l'art. 2907 c.c. (unitamente al proprio contraltare procedurale, vale a dire l'art. 99 c.p.c.) sancisce l'ordinaria assegnazione della funzione di tutela dei diritti soggettivi dei privati agli organi giurisdizionali, specificando altresì a tal proposito il principio della tutela su domanda e quello della terzietà del soggetto adito rispetto alle parti coinvolte⁴⁷. L'affidamento in via esclusiva allo Stato della tutela giurisdizionale dei diritti viene, inoltre, autorevolmente confermato dagli articoli 101 e 102 Cost., norme volte a rammentare l'indipendenza e l'autonomia che devono caratterizzare i giudici chiamati a risolvere i conflitti sorti tra privati.

⁴⁶ Si rimanda, a tale proposito, a quanto sostenuto da Bigliazzi Geri, *op. cit.*, p. 46, lavoro che costituisce un indiscutibile punto di riferimento nello studio della materia. Tale linea di pensiero venne, più o meno uniformemente, seguita dagli Autori successivi che si occuparono nello specifico del tema, quali Betti, voce *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 529 e Mazzotti di Celso, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Morano, Napoli, 1963, p. 15; ma anche dagli Autori della manualistica del settore: cfr., a mero titolo esemplificativo, Torrente - Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXI ed., Giuffrè, Milano, 2013, p. 225; Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2005, p. 34 -35; nonché Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, II ed., Giuffrè, Milano, 1993, pp. 3 e 5.

⁴⁷ Di Majo, *op. cit.*, 1993, p. 2, fonda proprio su tale scelta ordinamentale il divieto di autotutela che considera intrinseco al sistema del diritto civile.

Tuttavia, una simile lettura restrittiva del campo di operatività dell'autotutela ha mostrato da tempo i propri limiti, impedendo di utilizzare uno strumento assai duttile al fine di apprestare adeguate risposte ai bisogni che la realtà socio-economica va sempre più manifestando. Inoltre, come è stato sensatamente fatto notare⁴⁸, il combinato disposto delle norme citate non impone, bensì si limita ad offrire, ai privati la tutela giurisdizionale, che costituisce pertanto una (ma non necessariamente l'unica) delle vie a disposizione del soggetto titolare di un interesse meritevole di tutela leso o messo in pericolo⁴⁹.

Persino nell'ambito del diritto penale, intrinsecamente connotato da principi quali la tipicità e il divieto di applicazione analogica delle proprie disposizioni, l'approccio al tema dell'autotutela è stato di maggiore apertura. Da un lato, quelli che potremmo definire come i «limiti esterni» della facoltà di autotutela sono rinvenibili nel dettato degli articoli 392 e 393 c.p. che vietano l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza, rispettivamente, sulle cose o sulle persone⁵⁰. Dall'altro lato, sono state introdotte e circoscritte le fattispecie in cui la lesione di un altrui diritto è legittimata o, quantomeno, scriminata: si fa riferimento, ovviamente, agli articoli 52 e 54 c.p. che, unitamente alle corrispondenti norme civilistiche sul tema (articoli 2044 e 2045 c.c.), disciplinano la legittima difesa e lo stato di necessità⁵¹.

⁴⁸ Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 27.

⁴⁹ Si veda, in tal senso, anche l'ampio sviluppo dei procedimenti di *Alternative Dispute Resolutions*, che è possibile riscontrare in gran parte degli ordinamenti giuridici.

⁵⁰ Ciò che si vuole impedire, in altre parole, non è l'esercizio *tout court* delle proprie ragioni, bensì quello che sia contraddistinto da arbitrarietà e violenza. Vi è stato perciò chi, dalle citate disposizioni, ha desunto – ragionando *a contrario* e in virtù del principio di libertà immanente al nostro ordinamento, a mente del quale tutto ciò che non è espressamente vietato sarebbe consentito – che viceversa l'autotutela sarebbe riconosciuta come facoltà in via generale, entro i limiti esplicitamente posti da norme quali gli artt. 392 e 393 c.p.: si fa qui riferimento a Dagnino, *op. cit.*, p. 25-26.

⁵¹ In merito alla legittima difesa e allo stato di necessità, per tutti, si veda Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, Giuffrè, Milano, 1964.

Malgrado la cautela che ha tradizionalmente contraddistinto la trattazione della tematica dell'autotutela, si ritiene dunque che i tempi siano maturi per una nuova e più coraggiosa riflessione sull'argomento, libera dal preconconcetto per cui la migliore tutela sarebbe sempre e comunque quella derivante dal processo davanti a un giudice terzo e imparziale.

3) La nozione di autotutela nell'ordinamento civilistico.

Per arrivare al cuore del presente elaborato, consistente nell'esame dei meccanismi di attuazione dell'autotutela individuale all'interno dei rapporti di lavoro, è però necessario prima soffermarsi sul regime di operatività del medesimo istituto all'interno della sistematica propria del diritto civile, che ne costituisce un antecedente logico necessario.

3.1) Le origini storiche.

Le origini storiche dell'autotutela (definibile anche quale «difesa privata» o «giustizia privata»⁵²) in ambito privatistico affondano in un passato lontano nel tempo ma per molti aspetti ancora attuale, ove trovava applicazione il diritto romano⁵³. Già all'epoca, infatti, si riscontravano diverse procedure di carattere non giudiziario per la tutela di diritti di soggetti privati in via di autotutela individuale, non coincidenti con le forme più primordiali di vendetta personale ma quali veri e propri strumenti di attuazione dei diritti senza la mediazione statale⁵⁴. In seguito, gli strumenti di autotutela conobbero alterne fortune, a

⁵² Cfr. ancora Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 38.

⁵³ Per una più completa trattazione storica dell'argomento si rinvia a Rossi, *Immagini e dimensione storico-giuridica del rapporto tra singolo e poteri costituiti*, in Gianniti (a cura di), *op. cit.*, p. 17 e ss.

⁵⁴ Con ciò si intende che non era consentito farsi liberamente ragione da sé, nel senso che «gli interessi suscettibili di venire protetti con la forza erano solo quelli che le regole giuridiche o

seconda dei diversi contesti storico-culturali: poco utilizzati nel periodo classico del diritto romano, tornarono in auge con l'avvento del diritto comune, per poi essere nuovamente arginati dal progressivo accentramento del potere di accertamento e tutela dei diritti in capo allo Stato sovrano moderno⁵⁵ e, infine, trovare nuovi spazi di operatività, almeno astrattamente, con l'avvento del costituzionalismo, quali facoltà dei singoli individui di agire unilateralmente a difesa di propri interessi giuridicamente rilevanti⁵⁶.

I tratti caratterizzanti tutte le esperienze di autotutela citate possono forse sintetizzarsi nel concetto di «farsi giustizia da sé», con tutta l'ambiguità inevitabilmente intrinseca alla nozione di «giustizia», nonché nella circostanza per cui le parti coinvolte (vale a dire il soggetto che pone in essere atti di autodifesa e il soggetto che li subisce senza poter legittimamente opporsi ad essi) si trovano su un piano di parità giuridica, al contrario di quanto si è osservato nel caso del diritto amministrativo.

3.2) Le ricostruzioni dottrinali.

giuridico-religiose in vigore avevano già qualificato meritevoli di protezione. (...) Per lo più la forza poteva essere impiegata solo con l'osservanza di un dato rituale, costituito di parole e gesti prestabiliti. L'esistenza di questo rituale escludeva che l'autotutela in questione fosse puramente privata»: cfr. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano - sintesi, II ed.*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 117-118. In merito alla “romana concezione privatistica della tutela individuale” si veda altresì Ferrara Santamaria, *La giustizia privata*, Jovene, Napoli, 1937, p. 15 e ss., il quale conclude che «quello che con certezza si può ritenere è che anche nel diritto romano, più o meno antico, la giustizia privata, come autodifesa, ammessa e secondata dall'ordinamento giuridico, concorse efficacemente alla tutela individualistica dei diritti e quindi all'amministrazione della giustizia».

⁵⁵ Ferrara Santamaria, *op. cit.*, p. 55, fornisce una lettura quasi negativa di questo contenimento forzato dell'autotutela da parte dello Stato, essendo a sua volta fortemente influenzato dalle dottrine corporativistiche dell'epoca: «mentre, sin dai tempi della Rivoluzione francese, quando ancora era forte lo spirito d'individualismo, si cercava di *porre l'individuo in una specie di fortezza di diritti assoluti*, in modo da costituirgli intorno una specie di *solida rete di difesa*, i suoi continui sforzi di affermazione e di autotutela, sono stati sempre, più o meno fatalmente, contenuti, non tanto da quella che ora si chiama la cooperazione sociale, quanto da quella possente, diffusa e durevole coalizione suprema, che è lo Stato» (corsivi dell'autrice).

⁵⁶ Cfr. ancora Rossi, *op. cit.*, p. 19 e ss. e Ferrara Santamaria, *op. cit.*, p. 17 e ss.

Nel tempo si sono succeduti alcuni tentativi da parte della dottrina di effettuare uno studio complessivo e una ricostruzione sistematica dell'istituto, con risultati più o meno soddisfacenti ma in ogni caso imprescindibili per il presente elaborato. Appare perciò quanto mai opportuno premettere una rapida rassegna dei principali lavori che si sono occupati della tematica, estrapolandone per ora solo lo spirito interpretativo adottato e la concezione di autotutela che ne emerge.

In ordine cronologico, il primo a occuparsi in un'opera monografica dell'argomento è stato Ferrara Santamaria⁵⁷, il quale, malgrado scriva ottant'anni fa durante la vigenza del codice civile del 1865, propone delle riflessioni ancora attuali in materia di autotutela. Innanzitutto, le motivazioni che spingono l'autore a occuparsi di quella che chiama anche «autodifesa» sono del tutto analoghe a quelle che anche oggiimponono una maggiore attenzione sull'argomento, vale a dire: il sempre più elevato costo dell'accesso alla giustizia, che finisce per diventare proibitivo per i meno abbienti; la crisi riguardante il ruolo, l'attività e la professionalità degli avvocati; la sempre maggiore diffusione dei c.d. A.D.R. (acronimo per «*alternative dispute resolutions*», traducibile come «metodi alternativi di risoluzione delle controversie», tra i quali spiccano per importanza e diffusione l'arbitrato e la mediazione); l'aumento delle conciliazioni, giudiziali o stragiudiziali, quali strumenti di definizione delle controversie e la corrispondente diminuzione delle decisioni giudiziarie⁵⁸.

Forse quale effetto della teoria del Vico in merito a corsi e ricorsi storici, evocata proprio dal medesimo Autore nell'opera citata⁵⁹, l'interpretazione ivi

⁵⁷ Si fa qui riferimento a Ferrara Santamaria, *op. cit.*

⁵⁸ Cfr. ancora Ferrara Santamaria, *op. cit.* p. 9-10, il quale – pur non utilizzando il termine “A.D.R.”, all'epoca non ancora diffusosi – si sofferma sui metodi di risoluzione delle controversie che consentivano di non andare in giudizio.

⁵⁹ Cfr. ancora Ferrara Santamaria, *op. cit.*, p. 31.

fornita del ruolo che l'autotutela (denominata sin dal titolo, mediante un termine onnicomprensivo, «giustizia privata») potrebbe, allora come oggi, rivestire all'interno dell'ordinamento giuridico appare di una sconcertante modernità e risulta probabilmente la proposta ricostruttiva più coraggiosa rispetto a tutte quelle successive. Ferrara Santamaria, infatti, sicuramente influenzato dal clima culturale corporativo⁶⁰ proprio dell'ordinamento fascista (che, pur rispettando l'iniziativa economica privata, richiedeva che tutte le categorie produttive cooperassero alla realizzazione di interessi pubblici superiori, ma che d'altra parte si rivolgeva ad organismi collettivi quali i sindacati, più che ai singoli individui), ritiene che l'autodifesa fosse un mezzo di tutela personalissimo in grado di operare «collateralmente allo Stato», in virtù del «rafforzato senso dei vincoli e dei doveri contrattuali e per più intimo sentimento di solidarietà umana» che all'epoca andavano sempre più affermandosi nella società, «nella sua funzione di effettiva cooperazione sociale»⁶¹.

Propone, pertanto, una prospettiva dell'autotutela completamente ribaltata rispetto a quella tuttora decisamente prevalente, che la considera con cautela, quale vestigia di un passato remoto e selvaggio da costringere ad un ruolo marginale e del tutto sussidiario rispetto alla giustizia statale: al contrario, l'Autore afferma decisamente che tale istituto può e dovrebbe essere il perno fondamentale del sistema di tutele offerte dall'ordinamento, in quanto più rapida e duttile rispetto alla tutela processuale e di certo meno onerosa di questa⁶².

⁶⁰ In merito all'ideologia corporativa e alle influenze che questa ha avuto sulla dottrina e sulla legislazione dell'epoca si rinvia a Romagnoli, *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, in *Lavoratori e sindacato fra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 187 e ss.; di recente, una rilettura storica dell'evoluzione del diritto del lavoro è stata proposta da Gaeta, *Il diritto e il lavoro. Un percorso storico*, Cacucci, Bari, 2013: per quanto riguarda il periodo corporativo, si veda p. 31 e ss.

⁶¹ Cfr. ancora Ferrara Santamaria, *op. cit.*, p. 36.

⁶² Anzi, Ferrara Santamaria dichiara inequivocabilmente che «la tutela giuridica statale, come protezione ufficiale integrativa, deve sottentrare solo allora e solo in quanto non sia possibile altrimenti effettuare, per gli interessi singoli o collettivi, una vera ed armonica autodifesa preventiva o repressiva, cioè, una giustizia privata» (*op. cit.*, p. 48); che è necessario abbandonare

A parte qualche altro lavoro che si è occupato tangenzialmente del tema⁶³, la successiva trattazione più significativa, che ancora oggi vale come punto di partenza per lo studio dell'autotutela, è l'omonima voce enciclopedica curata dal Betti⁶⁴, il quale affronta l'argomento sforzandosi di estrapolare una nozione generale dall'analisi delle numerose fattispecie rientranti in tale categoria rinvenibili nel codice civile. Egli giunge a definire l'autotutela come il «diritto di tutelare da sé i propri interessi» e nel suo studio è contenuto un primo tentativo di classificazione⁶⁵ e rivisitazione sistematica dei singoli istituti codicistici che ha riscosso un duraturo successo in dottrina, dal momento che anche gli studiosi che hanno voluto discostarsene l'hanno utilizzata comunque come punto di riferimento indefettibile⁶⁶, e al di là di talune modifiche e adattamenti è tuttora in uso corrente.

In seguito, sarà il lavoro monografico di Lina Bigliazzi Geri⁶⁷ a proporre una nuova e diversa sistematica dell'autotutela, dedicandole per la prima volta un'intera opera monografica, in controtendenza rispetto allo scarso interesse dimostrato sin ad allora dagli studiosi. L'Autrice rileva, infatti, come in dottrina i

«l'inutile ed erroneo mito della giustizia esclusivamente statale» (*ibidem*, p. 48); che «oggi il concetto della giustizia privata, sotto le più varie e proteiformi manifestazioni dell'autonomia contrattuale dei singoli e delle collettività, si pone accanto alla giustizia statale con propria sfera di competenza, e reclama la sua costituzionale autonomia di posizione e il suo riconoscimento ufficiale, in nome di quella stessa vindice cooperazione sociale, dalla quale politicamente sorge lo Stato» (*ibidem*, p. 53).

⁶³ Si fa qui riferimento, in particolare, a Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, Milano, 1939.

⁶⁴ Betti, voce *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 1959, p. 529 e ss. La medesima voce è stata in seguito aggiornata ad opera di Bianca, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, aggiorn., vol. IV, 2000, p. 131 e ss.

⁶⁵ Cfr. *infra*, par. 7.

⁶⁶ Si veda, ad esempio, Bigliazzi Geri, *op. cit.*, p. 86 e ss., ove – dopo aver dato atto della citata classificazione – precisa che già la distinzione tra autotutela unilaterale e consensuale proposta dal Betti «può determinare una non indifferente confusione».

⁶⁷ Si fa qui riferimento, in realtà, tanto all'opera già citata, del 1971, quanto al prosieguo della stessa, edito nel 1974 quale secondo volume della precedente: *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Giuffrè, Milano. Come già accennato in precedenza, l'Autrice si era posta in posizione critica rispetto al lavoro del Betti, pur tenendolo nel dovuto conto.

riferimenti all'autotutela e finanche al più generale concetto di tutela fossero imprecisi e sovente utilizzati a sproposito, dal momento che si attribuivano significati diversi a seconda del contesto e del fine perseguito⁶⁸. Così, mediante un'operazione ricostruttiva effettuata, in prima battuta, in merito alle nozioni di tutela e di lesione in generale⁶⁹, si perviene altresì a fornire dell'autotutela un significato più preciso e coerente con l'ordinamento giuridico in cui in ogni caso risultano iscritti i singoli istituti riconducibili a tale categoria.

Si precisa che, a fronte di un evento lesivo o pericoloso, l'ordinamento giuridico, oltre a poter riconoscere al titolare della situazione soggettiva violata o a rischio il diritto di agire in giudizio per ottenere la tutela offerta dagli organi statali a ciò preposti, che si esplicherà sul piano processuale, ha almeno altre due alternative egualmente percorribili: provvedere direttamente e d'imperio all'eliminazione della lesione, oppure attribuire al soggetto citato «il potere (*rectius*, diritto) di provocare il relativo superamento (c.d. tutela normativa)»⁷⁰. In questo secondo caso, sorgerà sul piano sostanziale «una nuova situazione attiva e di vantaggio (diritto) diversa, peraltro, sia dal credito, perché rientrando tra le c.d. facoltà di formazione, sia dall'azione, perché attuantesi fuori dal

⁶⁸ Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 9.

⁶⁹ Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, al termine dell'operazione ricostruttiva giunge a definire più precisamente la tutela quale «strumento predisposto dall'ordinamento giuridico per l'eventualità che l'equilibrio stabilito dalla norma rischi di essere o sia, in concreto, compromesso da un "fatto" proveniente (...) dall'altrui sfera giuridica e che contrasti col principio di regolarità fissato dalla norma stessa, sicché si renda indispensabile procedere alla relativa conservazione o ricomposizione» (p. 29); in tale definizione è già presente *in nuce* il concetto di lesione accolto dall'Autrice, che ricorre «tutte le volte in cui l'interesse di un soggetto (...) ovvero la posizione complessiva che, più in generale, il soggetto stesso rivesta in uno specifico rapporto giuridico o in una diversa situazione di rilevanza di interessi, vengano pregiudicati – in quanto ne sia impedito in toto o messo in pericolo il soddisfacimento in via fisiologica ovvero rischi di esserne alterato l'equilibrio – da un "fatto" proveniente dalla sfera giuridica altrui, che, in definitiva, si esaurisca o trovi la sua causa od il suo possibile sviluppo in un comportamento (attuale o soltanto potenziale) non corrispondente all'esercizio – perché non sorretto da ovvero eccedente i limiti – di una situazione libera (diritto soggettivo) o, rispettivamente, necessitata sull'an (potestà, obbligo), ovvero non altrimenti "autorizzato"» (p. 19-20).

⁷⁰ Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 32.

processo»⁷¹. L'autotutela consisterà perciò «nella difesa extraprocessuale delle situazioni soggettive private per atto unilaterale della parte interessata»⁷² e tale concetto varrà quale «espressione riassuntiva di singole situazioni che consentono al soggetto, il cui interesse sia stato (effettivamente) leso o (soltanto) messo in pericolo, di superare *ex se* le conseguenze negative di tale fatto, influenzando più o meno decisamente sulla sfera giuridica di colui che si presenta, comunque, come “autore” della lesione»⁷³.

È sicuramente apprezzabile, dunque, lo sforzo compiuto da Bigliazzi Geri al fine di riconoscere e, in ultima istanza, restituire all'autotutela la dignità di autonomo oggetto di studio, imprescindibile per gli interpreti in quanto parte integrante dell'ordinamento. Tuttavia, talune delle conclusioni cui l'Autrice giunge, dettate anche dall'urgenza di porre un perimetro il più possibile preciso intorno a tale istituto, al fine di segnare una netta cesura rispetto alla confusione del passato, risultano oggi troppo *tranchantes* e in definitiva non condivisibili⁷⁴.

Più moderna, da questo punto di vista, appare sicuramente l'opera di Dagnino, il quale a sua volta ritiene necessario tentare di dar vita ad un nuovo inquadramento sistematico dell'autotutela⁷⁵ e, dopo averne analizzato gli elementi costitutivi, i caratteri e la natura giuridica, fornisce un'innovativa definizione della categoria, più complessa ed elaborata rispetto a quelle del passato. Il fenomeno viene così ricondotto a «il potere generale di difendere

⁷¹ Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 36.

⁷² Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 38.

⁷³ Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 41.

⁷⁴ Si fa qui riferimento, soprattutto, all'esclusione - dalle varie sottocategorie in cui è possibile ripartire l'autotutela - di quella c.d. consensuale (cfr. ancora Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p.86-87), nonché della sostanziale propensione per il carattere eccezionale e tipico degli istituti di autodifesa, che formerebbero perciò una sorta di elenco tassativo (cfr. ancora Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 46). Si veda, altresì, la critica che alla ricostruzione effettuata da tale Autrice è stata avanzata da Buoncristiano, in *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986, p. 19 e ss..

⁷⁵ Ciò malgrado l'opera di Bigliazzi Geri venga definita «un pregevolissimo lavoro», in quanto rimasto in ogni caso un *unicum* nella dottrina dell'epoca: cfr. Dagnino, *op. cit.*, p. 3.

direttamente il proprio interesse legalmente riconosciuto e protetto, mantenendo inalterata la situazione esistente e consolidata ovvero ripristinando – nei casi consentiti dalla legge – quella anteriore alla costituzione di un determinato rapporto obbligatorio»⁷⁶, per poi fornire una più dettagliata spiegazione delle singole locuzioni di cui si compone il concetto esposto.

In particolare, l'Autore precisa che con l'espressione «potere generale» si intende l'esercizio della capacità giuridica del soggetto di produrre delle modifiche nel sistema giuridico delle relazioni umane, modifiche le cui conseguenze venivano poste dall'ordinamento a carico di altro soggetti, formalmente suoi pari⁷⁷. Inoltre, specifica che mediante il ricorso a strumenti di autodifesa si possono legittimamente tutelare due tipologie di situazioni: da un lato, quelle collegate a diritti reali o al possesso (e allora il potere di autotutela sarà rivolto al mantenimento dello stato di fatto esistente e consolidato contro le altrui turbative); dall'altro, quelle collegate a diritti relativi (e allora il risultato cui tende l'autotutela sarà quello di incidere sul rapporto obbligatorio sussistente tra due o più parti, modificandone o estinguendone gli effetti, con conseguente eventuale ripristino dello *status quo* anteriore alla stipulazione, a condizione che l'autotutela si manifesti in tali casi quale atto solo giuridico, mai materiale, e che si rispettino i limiti e le previsioni normative)⁷⁸.

Gli aspetti di maggiore rottura rispetto al passato dell'opera di Dagnino, tuttavia, riguardano più propriamente il carattere generale che egli riconosce all'autotutela (ammettendo così l'esistenza di mezzi di autodifesa atipici) e la peculiare operazione ricostruttiva della natura giuridica dell'istituto, su cui si tornerà estesamente nei paragrafi seguenti. Per ora, ciò che può dirsi del contributo in questione è che ha l'indiscusso merito di aprire prospettive originali

⁷⁶ Cfr. Dagnino, *op. cit.*, p. 62.

⁷⁷ Cfr. Dagnino, *op. cit.*, p. 65.

⁷⁸ Cfr. Dagnino, *op. cit.*, p. 69-72.

e convincenti sull'autotutela, che influenzeranno gli interpreti successivi⁷⁹ e che consentiranno alla categoria di adattarsi meglio ai cambiamenti giuridici, culturali e sociali sopravvenuti.

4) L'autotutela tra regola ed eccezione.

Il principale sintomo della diffidenza nutrita dal nostro ordinamento civilistico nei confronti dell'autotutela è dato, oltre che dalla penuria di letteratura specifica sull'argomento, dal fatto che per lungo tempo il carattere di eccezionalità che connoterebbe l'istituto è stato considerato una verità assiomatica e di per sé evidente, senza che gli interpreti si sforzassero di motivarla analiticamente e senza che si sviluppasse un vero e proprio dibattito sul tema.

Malgrado l'assenza (tanto di una norma che legittimi in via generale l'autotutela⁸⁰, quanto) di una norma che ponga un espresso divieto di ricorrere a tale istituto nei rapporti interprivati, e a dispetto – viceversa – della nutrita serie di fattispecie, disciplinate nel codice civile e nella legislazione speciale, pacificamente qualificabili come rientranti nella suddetta categoria sistematica⁸¹, nella manualistica tradizionale⁸² e persino nei trattati civilistici⁸³ l'autotutela

⁷⁹ In merito agli strumenti di autodifesa privata che consentono al creditore di somme di denaro di conseguire l'esecuzione con la propria azione non giurisdizionale si veda Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Giuffrè, Milano, 1984.

⁸⁰ A tal proposito, si veda quanto già illustrato al par. 2.

⁸¹ Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al potere di riscatto, alle ipotesi di recesso unilaterale, all'eccezione di inadempimento, alla legittima difesa, al patto di *solve et repete*, al diritto di ritenzione, alla revoca del proprio consenso ovvero di organi societari, etc.

⁸² Cfr. Mazzamuto (a cura di), *Manuale del diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2016; Nivarra – Ricciuto - Scognamiglio, *Istituzioni di diritto privato*, VIII ed., Giappichelli, Torino, 2016; Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, XXI ed., Giappichelli, Torino, 2015; Alpa, *Manuale di diritto privato*, IX ed., Wolters Kluwer - CEDAM, Assago, 2015; Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, 2014, Giuffrè, Milano; Torrente - Schlesinger, *op. cit.*; Trimarchi, *op. cit.*

⁸³ *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Vol. 5, *Rimedi 2*, a cura di Roppo, Giuffrè, Milano, 2006; Bigliazzi Geri – Busnelli - Ferrucci, *Artt. 2900-2969*, in *Commentario cod. civ.*, Libro VI: *della tutela dei diritti*, II ed., Utet, Torino, 1980; Di Majo, *op. cit.*, 1993; *Trattato di diritto*

viene solitamente liquidata rimarcando l'esclusione della possibilità per i singoli soggetti giuridici di porre in essere autonomamente delle azioni di protezione dei propri interessi idonee ad avere effetti sulla sfera giuridica altrui.

Una simile apodittica affermazione serve, usualmente, alla dottrina per consolidare il monopolio statale sulla giustizia, rimarcando il dovere, per i singoli individui, di rivolgersi agli appositi organi giurisdizionali per la tutela civile dei loro diritti, salvo che nelle ipotesi in cui sia espressamente prevista dalla legge la possibilità di agire in prima persona per ottenere il medesimo risultato. A mero titolo esemplificativo, si richiama la posizione assunta in proposito da Bigliazzi Geri nell'opera monografica sopra citata, nella quale in un primo momento pare ammettere quale conclusione del proprio ragionamento la possibilità che i caratteri propri dell'autotutela da lei stessa elaborati siano riscontrabili «anche in certe ipotesi non specificamente previste ma qualificabili sulla base di disposizioni sostanzialmente di ordine più generale»⁸⁴; salvo poi battere in ritirata prima di dover affrontare le conseguenze di tale affermazione, dichiarando che, in mancanza di una norma legittimatrice onnicomprensiva, non sarebbe possibile ritenere sussistente un potere generale e unitario di autotutela immanente all'ordinamento, e rimarcando viceversa tipicità ed eccezionalità delle singole fattispecie normativamente previste⁸⁵.

Tuttavia, ove si rifletta sulla circostanza per cui la vera *ratio* posta alla base di questo genere di ragionamenti è, di fatto, il mero timore che un'eccessiva diffusione dei mezzi di autotutela possa costituire una minaccia alla preminenza della tutela processuale dei diritti, senza che dunque ostino a una diversa soluzione motivazioni di ordine sistematico o giuridico, ma solo di opportunità,

privato, diretto da Pietro Rescigno, La China, *Tutela dei diritti: tomo primo*, II ed., Utet, Torino, 1997.

⁸⁴ Cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 41.

⁸⁵ Cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 46.

diventa possibile prendere in seria considerazione l'ipotesi di modificare l'impostazione tradizionale.

Così ha fatto la maggior parte della dottrina più recente⁸⁶, che ha cominciato ad ammettere forme di tutela innominate o atipiche, in parte a ciò indotta da ragioni altrettanto contingenti (quali quelle già accennate, riguardanti la crescita dei costi della giustizia, l'incertezza e la notevole durata delle tempistiche necessarie per ottenere l'intervento statale, la sempre maggiore difficoltà per gli operatori del diritto di porre in esecuzione i provvedimenti giudiziari e ottenere risultati in grado di ristabilire efficacemente l'equilibrio violato, in sintesi la crisi che sta attraversando il sistema giudiziario in senso ampio), in parte sull'onda del ripensamento generalizzato dell'apparato rimediale che sta sempre più impegnando gli studiosi di diritto privato al dichiarato fine di reperire strumenti di tutela più duttili, in grado di rispondere a nuovi bisogni, e diversi da quelli tradizionali, rivelatisi invece poco efficienti⁸⁷.

I percorsi argomentativi seguiti allo scopo di ammettere l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di fattispecie di autotutela non previamente inquadrate e tipizzate dal diritto positivo, sono stati i più diversi.

Partendo dal presupposto che sia più semplice giustificare le ipotesi di autotutela consistenti in comportamenti di resistenza, meramente passivi,

⁸⁶ Si fa riferimento, ovviamente, ai già richiamati Dagnino, *op. cit.*, p. 42 e ss. (il quale mediante un'analisi ragionata delle diverse norme che disciplinano singole fattispecie di autotutela deduce un principio generale di liceità, su cui v. più estesamente *infra*); Bianca, *Autotutela* (voce) *cit.*, 2000, p. 134, il quale tuttavia si limita ad ammettere la possibilità di procedere a un'interpretazione analogica invece di spingersi ad affermare la sussistenza di un vero e proprio principio generale di autotutela nell'ordinamento civilistico; si veda altresì l'originale conclusione proposta da Ferrante, il quale però rivolge il focus della propria opera all'esercizio degli strumenti di autotutela nel diverso campo del diritto del lavoro: cfr. Ferrante, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 212 e ss. Tuttavia, il vero precursore di tale prospettiva di apertura (ma pur sempre regolata) all'autotutela è stato in realtà Ferrara Santamaria, *op. cit.*

⁸⁷ Cfr., *ex multis*, Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002; Gitti – Villa (a cura di), *op. cit.*, 2008; Volpe, *op. cit.*, 2004.

piuttosto che casi di autotutela attiva, si è affermato⁸⁸ che – anche nei casi in cui manchi l’inadempimento di controparte e risulti quindi non applicabile l’art. 1460 c.c., che altrimenti rappresenta la fattispecie dall’applicazione più generalizzata – sia sempre possibile invocare la sopravvenuta e incolpevole inesigibilità⁸⁹ della prestazione; nonché, nel caso in cui l’astensione da una certa condotta sia riconducibile a motivi etici o religiosi, in forza del principio di buona fede *in executivis*, si è sostenuto che sia legittimo addurre la sussistenza di un diritto di obiezione di coscienza anche al di là dei casi in cui è espressamente previsto dalla legge⁹⁰. Quest’ultima prospettiva interpretativa, in particolare, potrebbe evidenziare dei risvolti interessanti nel settore giuslavoristico ove,

⁸⁸ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 214 e ss.

⁸⁹ Si fa qui riferimento alla c.d. «teoria dell’inesigibilità della prestazione», che trova le proprie origini nell’ordinamento giuridico tedesco e che prende avvio dal dibattito sull’imputabilità dell’inadempimento. La dottrina, infatti, pur tra molte incertezze, è passata da un’accezione «materiale» a una «ideale» di inesigibilità, conferendo rilevanza giuridica alle sopravvenienze non patrimoniali quali eventi che, in forza di un bilanciamento d’interessi, consentono a uno dei contraenti di reagire, nella fase esecutiva di un rapporto obbligatorio, a squilibri non già economici ma riconducibili ad alterazioni della sfera esistenziale del debitore. L’inadempimento che ne consegue è in tal modo “scriminato”, pur non versando né in un’ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione né in un’ipotesi di stato di necessità; l’inesigibilità si caratterizza, piuttosto, come una vicenda modificativa dell’obbligazione che ne determina l’incoercibilità, pur consentendo un eventuale adempimento spontaneo, modulando in modo più equo il rapporto. Cfr. Clarizia, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, ESI, Napoli, 2012. Anche in tal caso, l’espedito ricostruttivo prediletto dagli interpreti è stato quello di valorizzare la portata del principio della buona fede contrattuale come fonte di obblighi reciproci a carico del creditore e del debitore, *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. Uno dei settori in cui tale categoria concettuale trova maggiore applicazione è proprio quello del diritto del lavoro, quale forma di tutela ulteriore per la persona del lavoratore, come noto particolarmente implicata nell’esecuzione del rapporto. Così, ad esempio, ove il lavoratore sia affetto da una malattia non abbastanza grave da integrare l’ipotesi di impossibilità (fisica) di adempimento, si ritiene generalmente che la relativa prestazione sia divenuta inesigibile da parte del datore di lavoro, che ove invece obbligasse il lavoratore a renderla violerebbe non solo il principio di buona fede ma altresì l’art. 2087 c.c. Su questo specifico profilo si veda Ichino, *Il contratto di lavoro*, Cicu – Messineo – Mengoni, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, vol. I 2000, vol. II e III, 2003, cap. 13, par. 365.

⁹⁰ Nel nostro ordinamento, una volta venuto meno il servizio militare obbligatorio (e a parte il riferimento all’obiezione di coscienza che è rimasto nel Codice dell’ordinamento militare, di cui al D. Lgs. 15.3.2010, n. 66), casi di obiezione di coscienza sono previsti in materia di sperimentazione animale (dalla Legge 12.10.1993, n. 413) e, in ambito medico, nei casi di interruzione volontaria di gravidanza (dalla Legge 22.5.1978, n. 194).

come noto, la persona del lavoratore in generale e il principio della dignità umana più specificamente rivestono una notevole importanza nei bilanciamenti d'interessi.

Si è altresì tentato di enucleare uno spazio di liceità assicurato all'autotutela ragionando *a contrario* dalle norme penalistiche (in particolare quelle, già illustrate in precedenza, di cui agli artt. 52, 391 e 392 c.p., la prima di portata generale mentre le ultime due definiscono e sanzionano ipotesi specifiche di reato⁹¹), sulla base del famoso brocardo in base al quale tutto ciò che non è espressamente vietato deve essere considerato consentito⁹², almeno fino a prova contraria. Seguendo il suddetto percorso argomentativo, «chi intenda tutelare il proprio diritto, attraverso una azione (violenta e) diretta, risponde del reato di ragion fattasi anche qualora il diritto sia fondato, salvo che per il caso in cui manchi la possibilità di ricorrere utilmente all'autorità giudiziaria»⁹³. In questo modo, si troverebbe una legittimazione anche per quei comportamenti (reattivi o preventivi che siano) che non consistono in una mera omissione, bensì si concretizzano in azioni incidenti sulla sfera giuridica altrui; e anche questo risultato sarebbe della massima importanza nell'ambito del diritto del lavoro, in ragione dell'inevitabile coinvolgimento di vari aspetti della persona umana, valore protetto dalla nostra Costituzione in diverse accezioni.

Secondo la lettura ora esposta, l'azione diretta del singolo individuo a tutela delle proprie ragioni dovrebbe considerarsi ammessa dall'ordinamento in tutti

⁹¹ Si tratta, rispettivamente, della scriminante della legittima difesa e dei reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose ovvero sulle persone; questi ultimi, in particolare, costituiscono ipotesi di reato contro l'amministrazione della giustizia, mirando a evitare che il privato cittadino si faccia ragione da sé in modo arbitrario e violento, compromettendo così la pubblica pace. Tali norme, tuttavia, non introducono un divieto generale dell'autotutela privata, intendono solo delimitarne esternamente l'ambito di operatività: cfr. Dagnino, *op. cit.*, p. 20 e ss.

⁹² Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 224. Nello stesso senso e con identica argomentazione si veda Dagnino, *op. cit.*, p. 25-26.

⁹³ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 219.

quei casi in cui: vi sia un'offesa in corso da parte di un altro soggetto, il ricorso all'autorità giudiziaria sia impossibile o comunque molto meno utile dell'azione diretta, si rispetti il principio di proporzionalità tra offesa e reazione, non ci sia altro modo di impedire la lesione e «strutturalmente l'ordinamento non sia in grado di garantire la tutela dei beni fondamentali contro il pericolo di una loro compromissione derivante dall'azione di un terzo»⁹⁴.

Infine, si è contestato che il combinato disposto di cui agli articoli 2907 c.c. e 101 e 102 Cost. possa implicare l'interdizione per i privati di avvalersi di forme di autodifesa alternative all'agire in giudizio per ottenere la tutela delle proprie ragioni, salvo che nelle ipotesi in cui è espressamente consentito dalla legge. Ciò, secondo un Autore⁹⁵, sarebbe frutto di un equivoco creato dall'assimilazione dell'autotutela a una vera e propria giurisdizione privata, in grado di svolgere funzioni di accertamento e attuazione dei diritti, cosa che invece non è e non pretende nemmeno di essere, ponendosi solo quale strumento a disposizione dei singoli per proteggere senza indugio il proprio interesse dal pericolo o da un attuale lesione⁹⁶.

⁹⁴ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 227. L'Autore prosegue affermando che «tale conclusione appare già acquisita per i casi in cui sussista in concreto un obbligo di non fare, tutte le volte che sia in gioco una lesione ad un diritto costituzionalmente garantito, non risarcibile se non per equivalente: resta ora da vedere in che misura essa possa essere estesa anche agli obblighi di *patti*, quando una prestazione tardiva sarebbe priva di interesse per il creditore, ovvero, tutte le volte che dall'obbligazione derivi il credito ad un determinato comportamento, quando la minaccia di un diverso agire si presenti come non più rimediabile – *come tipicamente nel rapporto di lavoro per tutte le obbligazioni che riguardano la tutela della persona del lavoratore*» (corsivo mio).

⁹⁵ Cfr. Dagnino, *op. cit.*, p. 26 e ss.

⁹⁶ Cfr. Dagnino, *op. cit.*, p. 30, in particolare il passaggio dove l'Autore per spiegare l'equivoco in cui è incorsa gran parte della dottrina precedente dichiara che «in altre parole, il concetto di autotutela, esattamente inteso come sinonimo di autodifesa, è stato poi tradotto in autogiustizia e quindi in autogiurisdizione». Su tale punto è d'accordo anche Rappazzo, *op. cit.*, p. 12-13, ove afferma che «può dirsi un punto acquisito un punto essenziale: l'autotutela non è atto giurisdizionale né evita la giurisdizione», pur concludendo per la perdurante eccezionalità dell'autotutela, in quanto «l'esercizio di tale facoltà deve muoversi lungo i binari predeterminati dalla legge e dalla clausola generale di buona fede» Eppure, l'Autore si rende conto che tali binari possono condurre a risultati innovativi, ulteriori rispetto a quelli predeterminati dal diritto

Se dunque sembra difficile ritenere che nel nostro ordinamento sussista un principio generale di autotutela in grado di giustificare qualsiasi azione lesiva della sfera giuridica altrui solo in quanto motivata dall'intento di difendere un proprio interesse, nondimeno dalle argomentazioni sinora esposte appare manifesto il fatto che il sistema giuridico debba quotidianamente fare i conti con un numero sempre crescente di episodi atipici di autotutela, i quali, malgrado non siano esplicitamente contemplati da una norma, perseguono un fine degno di rilevanza giuridica e meritevole di tutela, e possano pertanto essere considerati legittimi.

5) Le caratteristiche dell'autotutela.

Dopo aver tentato di delineare il perimetro di una nozione quanto più possibile univoca di autotutela, bisogna ora dar conto – almeno a grandi linee – dei suoi tratti caratterizzanti, in merito ai quali le opinioni dottrinali e giurisprudenziali continuano a divergere.

5.1) La natura giuridica.

In primo luogo, ci si è interrogati sulla natura giuridica dell'autotutela privata. Vi è chi⁹⁷ ha sostenuto che apparirebbe calzante la qualificazione in termini di

positivo: «è verso questa “nuova frontiera” che, sia pure con molta cautela, si muove la più recente giurisprudenza della Corte Suprema» (*ibidem*, p. 15).

⁹⁷ Si intende qui richiamare, in particolare, la posizione in proposito di Bigliazzi Geri, *op. cit.*, p. 60 e ss., la quale ha precisato che «la già sottolineata piena coincidenza, sotto il profilo teleologico, tra tutela diretta e tutela giurisdizionale giustifica la natura potestativa dei diritti di autotutela, sia che questi (analogamente al diritto potestativo d'azione) tendano all'affermazione (benché sul piano sostanziale) di un diritto o di altra situazione soggettiva, sia che, invece, (in via di eccezione, ma sempre sul medesimo piano) siano diretti a respingere una richiesta altrui». Tale ricostruzione è stata adottata altresì da Rappazzo, *op. cit.*, p. 16 e ss.

diritto potestativo⁹⁸, motivando tale opzione interpretativa mediante il richiamo dei caratteri di unilateralità della tutela e di impossibilità per il soggetto passivo di opporsi in modo efficace all'esercizio dell'autodifesa.

In effetti, il meccanismo proprio dell'esercizio dei diritti potestativi risulta calzante in tutte quelle ipotesi in cui al ricorso a una misura di autotutela da parte di un soggetto corrisponda la soggezione della controparte (vale a dire chi ha in qualche modo reso necessaria l'autodifesa), la quale non può quindi sottrarsi a provvedimenti (presi in diretta conseguenza di un suo comportamento illecito o, in ogni caso, *non iure*) che incidono direttamente la sua sfera giuridica, alterandola⁹⁹.

Tuttavia, anche solo passando in rassegna i numerosi istituti riconducibili all'autotutela previsti dal codice civile e dalle leggi speciali, risulta evidente che il modello di funzionamento del diritto potestativo non è l'unico rinvenibile, mal adattandosi in particolare a tutte quelle ipotesi in cui la condotta in autodifesa si concretizza in un atto di mero arginamento del comportamento aggressivo altrui, senza per questo arrecare un danno o comunque provocare una modificazione diretta nella situazione giuridica dell'altro soggetto¹⁰⁰.

⁹⁸ I diritti potestativi, nel nostro ordinamento, rappresentano una categoria di diritti soggettivi e si caratterizzano per il fatto di attribuire al loro titolare il potere di costituire, modificare o estinguere situazioni soggettive correlate a rapporti con uno o più soggetti, senza che questi ultimi possano opporsi o debbano attivarsi per prestare la propria cooperazione per l'attuazione del citato diritto (come avviene, invece, nel caso dei diritti relativi in generale). Quali figure esemplificative di diritti potestativi si possono richiamare il diritto di ciascuno dei comproprietari di un bene indiviso appartenente a una pluralità di soggetti di chiedere e ottenerne la divisione (*ex art. 1111 c.c.*), ovvero il diritto di recesso unilaterale del committente da un contratto di appalto (*ex art. 1671 c.c.*), ovvero ancora la libera revocabilità del mandato, salvo i casi particolari previsti dall'*art. 1723 c.c.* stesso. Sul tema si vedano altresì Carpino, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. Giur.*, XI, 1988 e Torrente - Schlesinger., *op. cit.*, p.80.

⁹⁹ Tra i molti esempi possibili, si richiamano ovviamente la legittima difesa (*ex artt. 2044 c.c. e 52 c.p.*), la vendita e l'acquisto del bene per autorità del creditore (*ex artt. 1515 e 1516 c.c.*), l'uccisione dei volatili altrui che danneggiano il fondo (*ex art. 638 c.c.*), il taglio delle radici e dei rami protesi (*ex art. 896 c.c.*), etc.

¹⁰⁰ Si richiamano, tra gli altri, l'eccezione di inadempimento (*ex art. 1460 c.c.*), la sospensione dell'esecuzione della prestazione per mutate condizioni patrimoniali dell'altro contraente (*ex art.*

Pertanto, se questa similitudine tra autotutela e diritto potestativo può fornire spunti suggestivi non è possibile affermare una vera e propria riconduzione della prima al secondo; come è stato sottolineato¹⁰¹, le due figure differiscono altresì per i risultati ottenibili e per gli obiettivi prefissati. Da un lato, se l'effetto tipico del diritto potestativo è, in definitiva, quello di consentire l'imposizione di un soggetto giuridico su di un altro, intervenendo sulla sfera giuridica di quest'ultimo e apportandovi dei cambiamenti, l'esito dell'autotutela è quello di proteggere e mantenere inalterata la situazione giuridica del soggetto agente avverso le minacce di modificazioni provenienti dall'esterno; dall'altro lato, se il fine proprio dell'esercizio del diritto potestativo è quello di porre in essere il relativo potere e soddisfare così direttamente chi ne è titolare, nel caso dell'autotutela si prescinde dal soddisfacimento e dall'attuazione delle pretese dell'agente, risolvendosi piuttosto nella salvaguardia dello *status quo*.

D'altro canto, altrettanto suggestiva pur se non pienamente condivisibile senza alcune precisazioni è l'interpretazione di chi¹⁰² ha voluto assimilare l'autotutela a una surrettizia forma di sanzione, o meglio l'ha intesa come un insieme di poteri derivanti da norme di tipo sanzionatorio; tali poteri, pertanto, sarebbero consentiti solo ove e in quanto espressamente tipizzati dal diritto positivo e non sarebbero suscettibili di interpretazione estensiva analogica.

Il recupero del concetto di sanzione è sicuramente calzante nella misura in cui in tale categoria si ricomprendano alcuni strumenti di conservazione del sistema

1461 c.c.), la ritenzione dell'usufruttuario per imposte, pesi e passività gravanti sul nudo proprietario (*ex art. 1011 c.c.*), etc. Inoltre, aderire alla tesi del diritto potestativo implicherebbe altresì negare che possano sussistere fattispecie di autotutela in mancanza di una previsione espressa, di origine legale o negoziale, mentre l'opzione ricostruttiva che pare più convincente è quella secondo cui esista invece «l'autotutela libera, non regolata da alcuna norma, che vive nello spazio giuridico, come un animale selvatico che non sia ancora stato scoperto e condotto in cattività» (cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 204-205), optando così per l'ammissibilità di comportamenti atipici in virtù del loro intento di autotutela.

¹⁰¹ Cfr. Dagnino, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰² Cfr. Betti, *op. cit.*, p. 531.

(quale ordinamento giuridico nel suo complesso) caratterizzati dal fatto di costituire una qualche forma di reazione o di risposta ad una violazione dell'equilibrio del sistema stesso¹⁰³. Anche le singole fattispecie in cui si esplica il potere di autotutela, infatti, possono considerarsi accomunate dal fatto di essere volte al rafforzamento del c.d. ordine costituito¹⁰⁴ e, quando si renda necessario, a porre rimedio alle conseguenze dell'inosservanza delle norme che costituiscono il fondamento dell'ordinamento giuridico, consentendo agli individui di limitare gli effetti dannosi di un illecito altrui¹⁰⁵ ovvero di tutelare i propri interessi dalle minacce esterne¹⁰⁶.

Tuttavia, pur avendo il pregio di porre in luce la comunanza di scopo che presentano l'autotutela e la sanzione giuridica, tale impostazione estende alla prima caratteristiche proprie della seconda che, in realtà, non sono rinvenibili nelle ipotesi di autodifesa. Le sanzioni giuridiche, infatti, presuppongono la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa nonché dell'imputabilità¹⁰⁷ in capo al soggetto che ha posto in essere una condotta

¹⁰³ Nel tentativo di afferrare il significato e il ruolo del termine «sanzione» all'interno della teoria generale del diritto e del nostro ordinamento giuridico è imprescindibile partire da Bobbio, voce *Sanzione*, in *Nov. Dig. It.*, XVI, 1969, p. 530 e ss.

¹⁰⁴ Ordine costituito da intendersi nel senso suggerito da Torrente - Schlesinger, *op. cit.*, p. 16, quale insieme degli interessi e dei valori condivisi da una collettività che l'ordinamento giuridico tende a salvaguardare mediante la predisposizione di un apparato coercitivo, ovvero mediante l'attribuzione ai singoli del potere di autotutela.

¹⁰⁵ L'esecuzione coattiva per inadempimento del compratore o del venditore, a difesa del creditore dell'obbligazione, ex artt. 1515 e 1516 c.c., sembra essere il caso più paradigmatico, ma ad esempio anche l'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. svolge la medesima funzione.

¹⁰⁶ Classiche ipotesi di autotutela che hanno tale manifesto scopo sono la sospensione dell'esecuzione della prestazione dovuta in caso di mutamento nella condizione patrimoniale della controparte (ex art. 1461 c.c.) ovvero la chiusura del fondo da parte del proprietario che intende impedirne l'accesso ai terzi (ex art. 841 c.c.).

¹⁰⁷ Sul tema dell'irrelevanza dell'elemento psicologico cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 23-24, nota n. 45; per quanto riguarda la capacità legale si vedano Scognamiglio R., *Responsabilità civile e danno*, Giappichelli, Torino, 2010. L'art. 2046 c.c., rubricato «Imputabilità del fatto dannoso», subordina la risarcibilità del danno extracontrattuale alla sussistenza dell'imputabilità, ossia alla capacità di intendere e di volere dell'autore del fatto lesivo, non rilevando invece la sussistenza della capacità legale. Quest'ultima è richiesta in materia di obbligazioni, mentre, in caso di fatto illecito, l'ordinamento ritiene che anche un minore, purché capace di intendere e di

contraria ai dettami dell'ordinamento; inoltre, la sanzione trova la propria origine unicamente in una norma espressa¹⁰⁸ e la sua comminazione spetta, ordinariamente, agli organi giurisdizionali dello Stato, costituendo per questi ultimi un vero e proprio atto necessitato, una volta accertata la violazione di una norma¹⁰⁹, derivando da norme imperative e non da norme permissive o facoltative.

L'autotutela, invece, richiede elementi diversi da quelli sinora citati: difatti, non presuppone affatto la presenza di un elemento psicologico particolare in capo al soggetto che ha realizzato la minaccia o la lesione cui l'atto di autodifesa risponde, e nemmeno la stessa capacità legale di costui, ben potendosi configurare invece legittime forme di autotutela nei confronti di un soggetto minore ovvero affetto da patologia mentale (ciò che rileva, infatti, è l'elemento oggettivo dato dal pericolo o dalla realizzazione di un'offesa ingiusta, nel senso di *non iure*, in quanto non legittimata o giustificata da alcuna norma giuridica)¹¹⁰. Per di più, come già indicato in precedenza, l'esercizio dell'autodifesa costituisce sempre e solo una possibilità, per il singolo individuo,

volere, sia in grado di comprendere le conseguenze dannose che da un certo comportamento possono derivare e, per converso, che un maggiore d'età, anche se legalmente capace, può non essere in condizione di capire il significato delle proprie azioni e di autodeterminarsi. Per quanto riguarda, invece, le regole che riguardano l'imputabilità all'interno della disciplina della responsabilità contrattuale, si rinvia a quanto disposto dagli artt. 1176 e 1218 c.c.: vi sarà inadempimento imputabile quando non sussista un'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore (cfr. Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 35 e ss.).

¹⁰⁸ Bobbio, a tal proposito (riprendendo la distinzione già proposta da Kelsen, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967, p. 70), distingue tra norme giuridiche di primo e di secondo grado, riconducendo a queste ultime la previsione di eventuali sanzioni: «l'ordinamento giuridico può essere considerato come un sistema normativo complesso, come un sistema in cui non vi sono soltanto norme regolatrici della condotta dei consociati o norme di primo grado, ma vi sono anche norme di secondo grado, che regolano il modo di produrre e il modo di far rispettare le norme di primo grado», cfr. *op. cit.*, p. 538. La medesima distinzione è richiamata anche da Di Majo, *op. cit.*, 1993, p. 59.

¹⁰⁹ In merito alle critiche mosse all'impostazione del Betti si veda ancora, in particolare, Dagnino, *op. cit.*, p. 75 e ss.

¹¹⁰ Cfr. Scognamiglio R., voce *Responsabilità civile*, in *Nov. Dig. It.*, XV, 1968, p. 654.

e giammai un obbligo: ciò, logicamente, si collega al fatto che l'autotutela costituisce solo uno dei diversi mezzi predisposti dall'ordinamento per ricomporre l'equilibrio infranto dalla condotta di un soggetto, residuando in ogni caso la possibilità, per la persona lesa o messa in pericolo dalla suddetta condotta, di agire in giudizio per ottenere tutela dagli organi statali a ciò preposti¹¹¹.

Quanto alla natura giuridica dell'autotutela, pare più appropriato allora rifarsi alle conclusioni offerte sul tema da un altro Autore¹¹², il quale – ben conscio delle difficoltà ricostruttive sinora esposte – ritiene che debba riconoscersi all'istituto in esame una natura complessa, in cui possono cogliersi almeno tre profili distinti. Vi è, in primo luogo, una componente reattiva rispetto alla lesione o all'esposizione al pericolo di un interesse giuridicamente rilevante, che mira a riaffermare quest'ultimo e a disinnescare gli effetti dannosi di una condotta altrui, conferendo così all'autotutela un profilo di natura sostanziale quale *sanzione privata*. In secondo luogo, non si può negare che, conferendo almeno in astratto a un individuo la possibilità di incidere direttamente sulla sfera giuridica di altri individui, i quali non possono opporvisi, l'autotutela abbia altresì natura di *potere*, almeno in parte. In terzo e ultimo luogo, non configurandosi mai come atto necessitato ma sempre quale strumento ulteriore a favore dei singoli, applicabile ai rapporti tra pari e non a quelli caratterizzati dalla supremazia di una parte sull'altra, l'autotutela partecipa anche della natura delle *facoltà*¹¹³.

¹¹¹ A proposito della facoltatività del potere di autotutela, Rappazzo, *op. cit.*, p. 19, precisa non solo che non vi sono vincoli che obblighino il soggetto a ricorrere all'autotutela, potendo egli sempre, in alternativa, rivolgersi subito al giudice, ma anche che, viceversa, il mancato esercizio del potere di autotutela non può comportare delle conseguenze negative per il soggetto che vi sarebbe autorizzato; in tal senso, la decisione di non avvalersi degli istituti di autodifesa non giustifica eventuali lamentele da parte del soggetto passivo circa la scelta tra i vari strumenti a disposizione dell'agente, né tantomeno richieste di risarcimento o analoghe iniziative.

¹¹² Cfr. ancora Dagnino, *op. cit.*, p. 82.

¹¹³ *Ibidem*.

Se l'impostazione ora riportata presta il fianco a delle critiche, in quanto non riesce a fornire una risposta univoca alla questione avente ad oggetto la natura giuridica dell'autotutela, bisogna comunque riconoscerle il merito di aver messo in luce la dimensione problematica, dinamica e in un certo qual modo caleidoscopica della suddetta categoria, che cambia aspetto a seconda del punto di vista adottato dall'interprete e dal concreto contesto in cui vi si fa ricorso¹¹⁴.

Una volta enucleate le differenze che impediscono di assimilare l'autotutela a figure giuridiche analoghe ma distinte, si può ora tentare di individuarne i presupposti, vale a dire gli elementi posti alla base (e dunque sempre ricorrenti) delle numerose ed eterogenee fattispecie riconducibili a tale categoria e previste dal codice civile e dalle leggi speciali.

5.2) Presupposti e limiti.

Prendendo le mosse dalla concezione dell'autotutela ora illustrata, che la iscrive tra i mezzi che l'ordinamento predispone e utilizza al fine di rafforzare e riaffermare se stesso ogniqualvolta ne venga messa in dubbio l'autorità, si evince immediatamente che ciò che ne costituisce l'elemento caratteristico qualificante¹¹⁵ è la lesione ovvero l'esposizione al pericolo di un bene giuridicamente qualificato, provocata da un agente esterno. Anche l'autotutela, in fondo, altro non è che una forma particolare di tutela, uno dei compiti primari dell'ordinamento giuridico¹¹⁶, e in quanto tale mira a garantire efficacia alle norme che ne costituiscono l'impianto organizzativo e a potenziarne il momento applicativo contro le deviazioni e le infrazioni compiute dai consociati¹¹⁷.

¹¹⁴ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 195.

¹¹⁵ Chi usa tale terminologia è ancora Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 18.

¹¹⁶ Cfr. ancora Di Majo, *op. cit.*, p. 1.

¹¹⁷ È sempre Bobbio, *op. cit.*, p. 530, a spiegare che «l'ordinamento giuridico è tra i sistemi normativi uno di quelli che per la complessità della sua funzione, che consiste nell'organizzare la

Insieme alle norme sanzionatorie, le norme che prevedono la possibilità di ricorrere all'autotutela, insomma, partecipano della funzione del diritto come «specifica regola sociale»¹¹⁸, contribuendo a salvaguardare la convivenza civile degli individui che compongono la collettività di riferimento e a coordinare gli interessi privati con quelli dello Stato.

Affinché si assista al concreto operare dei meccanismi di autotutela, tuttavia, è indispensabile il confronto con una condotta posta in essere in modo mediato o immediato da un soggetto che sia in qualche maniera pregiudizievole per gli interessi di un altro individuo, il quale sarà allora legittimato a ricorrere a mezzi di autodifesa; oppure, deve sussistere perlomeno un fatto giuridico che, pur riguardando principalmente la sfera giuridica di un certo soggetto, colpisca altresì negativamente la posizione di un terzo¹¹⁹. In taluni casi, tuttavia, basta persino un evento di origine naturale¹²⁰ (che, per esempio, può aver creato per un soggetto le condizioni di cui all'art. 2045 c.c., in tema di stato di necessità) a giustificare il ricorso a misure di autodifesa.

Al di là dell'intensità del collegamento esistente tra l'evento potenzialmente dannoso e il comportamento di che ne è, in un modo o nell'altro, l'autore o il

vita di gruppo al fine di permetterne la sopravvivenza e la continuità, consta di norme la cui osservanza è generalmente penosa ed è spesso messa in questione».

¹¹⁸ Cfr. Kelsen, *op. cit.*, p. 68.

¹¹⁹ Così si esprime, ad esempio, Bigliazzi Geri, *op. cit.*, p. 17.

¹²⁰ Una parte minoritaria della dottrina, in realtà (quali Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 17 e Bianca, *op. cit.*, 2000, p. 132) tendono a escludere che nel concetto di tutela rientrino altresì le misure di protezione contro fatti lesivi non causati dall'uomo, nemmeno in via mediata. Nondimeno, vi sono diversi argomenti che inducono a non condividere tale esclusione, quali la pacifica possibilità di avvalersi della legittima difesa (di cui all'art. 2044 c.c.) anche per difendersi dal fatto della persona non imputabile, dell'animale o perfino della cosa, nonché la già accennata irrilevanza dell'elemento psicologico proprio dell'autore del fatto lesivo (cfr. ancora Scognamiglio, voce *Responsabilità civile*, *cit.*, p. 654). Di questo secondo parere è anche Dagnino, *op. cit.*, p. 10. Quali esempi paradigmatici di strumenti di autotutela ontologicamente pensati contro «eventi naturali» si possono citare gli articoli 924 e 925 c.c. (rispettivamente riguardanti la fuga di sciame di api o di animali mansuefatti).

propulsore, è opportuno rimarcare che non è necessario, invece, che la lesione¹²¹ si sia effettivamente realizzata per l'attivazione del potere di autotutela, ben potendo quest'ultimo essere esercitato anche da chi intende solo cautelarsi contro un possibile danno futuro¹²². Sarà, quindi, sufficiente il mero pericolo dell'offesa, vale a dire la concreta possibilità che un determinato fatto comprometta il mantenimento di una situazione giuridica protetta ovvero l'acquisto di un'utilità pacificamente spettante, per legittimare l'utilizzo delle ipotesi di autodifesa. Anche in forza di ciò, a maggior ragione si comprende come mai non sia necessario il verificarsi di un danno e come ciò non contrasti con quanto sinora affermato, in quanto ben vi può essere una compiuta lesione pur senza che si crei un pregiudizio economicamente valutabile¹²³ (che andrebbe in ogni caso risarcito secondo le regole proprie della responsabilità civile).

¹²¹ Circa il significato da attribuire al concetto di «lesione rilevante», pare esaustivo quanto indicato da Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 19-20, ove lo collega a «tutte le volte in cui l'interesse di un soggetto (...) ovvero la posizione complessiva che, più in generale, il soggetto stesso riveste in uno specifico rapporto giuridico o in una diversa situazione di rilevanza di interessi, vengano pregiudicati – in quanto ne sia impedito *in toto* o messo in pericolo il soddisfacimento in via fisiologica ovvero rischi di esserne alterato l'equilibrio – da un «fatto» proveniente dalla sfera giuridica altrui, che, in definitiva, si esaurisca o trovi la sua causa od il suo possibile sviluppo in un comportamento (attuale o soltanto possibile) non corrispondente all'esercizio – perché non sorretto da ovvero eccedente i limiti – di una situazione libera (diritto soggettivo) o, rispettivamente, necessitata sull'*an* (potestà, obbligo), ovvero non altrimenti «autorizzato»; sia, poi, che l'autore di questo assuma, rispetto alla situazione lesa o messa in pericolo, la posizione di controparte, sia che si presenti, invece, come assolutamente estraneo (terzo)».

¹²² Tra i numerosi strumenti di autotutela con spiccata funzione preventiva rispetto a una lesione non ancora occorsa si possono citare il diritto di ritenzione (si veda ad esempio la previsione dell'art. 748 c.c.: il coerede che conferisce un immobile in natura può ritenerne il possesso sino all'effettivo rimborso delle somme dovute dagli altri coeredi per le spese e i miglioramenti), la possibilità di sospendere il pagamento del prezzo per il compratore di un bene soggetto a pericolo di rivendica da parte di terzi (*ex art. 1481 c.c.*), o anche l'eccezione di inadempimento, di cui all'art. 1460 c.c., e la possibilità di sospendere l'esecuzione della propria prestazione a fronte di un mutamento nelle condizioni patrimoniali del coobbligato che mettano a rischio l'adempimento di quest'ultimo, *ex art. 1461 c.c.*

¹²³ Cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 24. A tale ultimo proposito, tuttavia, Dagnino, *op. cit.*, p. 10, precisa che, pur in mancanza di danno, l'interesse deve essere leso almeno sotto il profilo del suo possibile soddisfacimento o comunque che sia ostacolata la pretesa che ne scaturisce.

In ogni caso, la lesione può essere causata da un'altrui condotta attiva (ad esempio, un'azione violenta su un bene) ovvero passiva (ad esempio l'inadempimento o l'adempimento parziale di una propria obbligazione, che costituisce anche il caso più frequente nella prassi). Inoltre, l'offesa o la minaccia di lesione, secondo la maggior parte della dottrina¹²⁴, devono possedere il carattere dell'attualità¹²⁵, vale a dire devono essere in atto o almeno oggettivamente incombenti, nonché devono assumere dei contorni specifici.

Infine, la lesione contro cui si può reagire in via di autotutela non dev'essere in alcun modo giustificata e pertanto concessa dall'ordinamento: non si deve, cioè, trovare dinanzi a un'ipotesi di c.d. «atto lecito dannoso», categoria di origine dottrinale dagli incerti confini che mira a identificare quelle fattispecie¹²⁶ in cui il legislatore ha effettuato un peculiare bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, consentendo eccezionalmente il compimento di un'azione produttiva di un danno nei confronti dei terzi ma imponendo il pagamento, da parte dell'agente, quantomeno di un indennizzo liquidato in via equitativa se non proprio di un risarcimento integrale del danno¹²⁷, in modo da ridurre il più

¹²⁴ Di opposto avviso, dunque favorevole all'esercizio dell'autotutela anche in assenza di un pericolo imminente o di una lesione in corso, è il Betti, *op. cit.*, p. 529, che ammette invece un'autodifesa attiva di carattere anticipato e prodromico al verificarsi dell'offesa.

¹²⁵ La giurisprudenza, soprattutto di matrice penalistica in tema di legittima difesa *ex art.* 52 c.p., ha avuto modo nel tempo di precisare il concetto di pericolo attuale, che può aversi solo in relazione a un preciso comportamento dell'antagonista, indicativo di un'offesa ingiusta in termini di concretezza ed imminenza, richiedente una pronta reazione difensiva: cfr., *ex multis*, Cass., sez. I penale, 22.10.2015, n. 47177.

¹²⁶ Cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 20-21, nota n. 44. Si ritiene che possano farsi rientrare in tale categoria le ipotesi in cui il proprietario di un fondo non può negarne l'accesso a terzi e deve subirne le eventuali conseguenze negative (*ex artt.* 842 e 843 c.c., ovvero *ex artt.* 924 e 925 c.c.), il caso in cui colui che ha effettuato una proposta contrattuale la revochi con atto unilaterale recettizio (*ex art.* 1328 c.c.) o, ancora, il caso in cui il committente receda dal contratto di appalto tenendo indenne l'appaltatore delle spese sostenute e del mancato profitto *ex art.* 1671 c.c.

¹²⁷ È discussa, tra gli studiosi, la natura della responsabilità derivante da atto lecito dannoso: vi è chi come Bianca M., *Diritto civile. La responsabilità*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 2012, ritiene che, mancando il carattere di ingiustizia del danno così provocato (invece richiesto dall'art. 2043 c.c.), non rientri nella responsabilità civile da fatto illecito; ma vi è anche chi, come Tucci, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 264 e ss., riconduce anche tali ipotesi alla figura dell'illecito aquiliano.

possibile il sacrificio imposto al soggetto danneggiato. Questa particolare categoria interpretativa, peraltro, presenta alcuni punti di contatto con quella dell'autotutela, in quanto legittima in via del tutto straordinaria il fatto che un soggetto possa incidere direttamente sulla sfera giuridica di un altro individuo, comprimendola; nel caso dell'atto lecito dannoso, tuttavia, la *ratio* è quella di trovare un compromesso tra più diritti o interessi inconciliabili, ma comunque degni di contemporanea tutela, mentre il fondamento dell'autodifesa è la risposta a un'esigenza di protezione innescata da un'azione o un'omissione scorrette altrui.

Al di là dell'elemento della lesione o del pericolo, che costituisce il vero requisito di tutte le ipotesi di autotutela, le singole fattispecie prevedono poi, di volta in volta, ulteriori presupposti per un corretto esercizio del relativo potere, avvalendosi spesso di clausole generali ovvero di aggettivi generici per definirli e rimettendo così all'operato degli interpreti la circoscrizione concreta di tali elementi¹²⁸. L'utilizzo di questa tecnica regolativa consente (ed anzi, in molti casi impone) dunque di calare meglio la norma nel caso concreto, sollecitando la parte cui viene consentito di proteggere attivamente i propri interessi a soppesare attentamente le posizioni giuridiche coinvolte e a calibrare meglio la propria azione/reazione, in modo tale da non passare dalla parte del torto. È proprio grazie alle finestre aperte da queste clausole elastiche che le varie figure di autotutela recepiscono le istanze provenienti da una realtà di relazioni giuridiche e sociali in costante mutamento (soprattutto in un ambito ancora più soggetto degli altri alle trasformazioni indotte dall'esterne quanto dall'interno, quale il

¹²⁸ Si pensi, ad esempio, alla valutazione secondo il criterio della buona fede del rifiuto di rendere la propria prestazione, a fronte dell'inadempimento della controparte, di cui all'art. 1460 c.c.; oppure, "l'evidente pericolo" di perdere la controprestazione che potrebbe giustificare la sospensione dell'esecuzione della propria obbligazione, ex art. 1461 c.c.; oppure ancora la ricchissima produzione giurisprudenziale che si è sviluppata intorno ai concetti di legittima difesa, di stato di necessità e delle condizioni che devono sussistere affinché tali scriminanti possano operare, ex artt. 2044 e 2045 c.c. (in combinato disposto, rispettivamente, con gli artt. 52 e 54 c.p.).

diritto del lavoro), sopravvivendo e mantenendosi valide anche con il passare del tempo grazie alla propria sensibilità e adattabilità.

5.3) Le situazioni protette.

La situazione giuridica protetta dall'esercizio del potere di autotutela viene generalmente descritta come un interesse¹²⁹ giuridicamente rilevante, considerato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. In tale ampia definizione rientrano sicuramente i diritti soggettivi e le potestà¹³⁰, ma si è optato appositamente per l'utilizzo di una terminologia generica, in modo tale da poterla estendere ad altre posizioni giuridiche comunque importanti per il soggetto, quali alcune situazioni di fatto qualificate (come, ad esempio, il possesso¹³¹) ovvero le aspettative¹³² (situazioni giuridiche attive che mirano ad assicurare la possibilità

¹²⁹ Il concetto giuridico di interesse viene definito quale aspirazione a un bene o a una situazione, cfr. Dagnino, *op. cit.*, p. 48.

¹³⁰ Quale esempio di autotutela esercitata a difesa di una potestà (nel caso di specie, quella genitoriale), Dagnino, *op. cit.*, p. 52, indica la fattispecie di cui all'art. 318 c.c., che consente ai genitori di richiamare il figlio minore per riportarlo nella residenza familiare da cui si era allontanato e precisa che il ricorso al giudice tutelare è previsto solo ove necessario, da cui si può desumere *a contrario* che nella generalità dei casi saranno i genitori stessi ad agire direttamente.

¹³¹ In questo caso l'autotutela mira a difendere il mantenimento di uno *status quo* contro l'altrui aggressione, analogamente a quanto previsto dalle azioni c.d. possessorie, salva sempre la possibilità per colui che voglia contestare la legittimità del possesso di agire in giudizio per ottenere una sentenza che accerti la mancanza di un valido titolo a fondamento della situazione di fatto.

¹³² Così si spiega perché l'acquirente di un diritto soggetto a condizione sospensiva possa, ai sensi dell'art. 1356 c.c., difendere la propria legittima aspettativa di avveramento della condizione da eventuali azioni contrarie provenienti da terzi. Cfr. Cass. civ., sez. I, 1.3.2010, n. 4863, ove i giudici hanno affermato che non può del pari disconoscersi una, sia pur limitata, tutela sostanziale al titolare di un'aspettativa (quale va, appunto, qualificato l'acquirente di un diritto subordinato a condizione sospensiva), tesa ad impedire eventi – materiali o, come nella specie, giuridici – suscettibili di prevaricarla irrimediabilmente. Dalla disciplina della condizione deriva, infatti, la tipizzazione di una gamma di facoltà che eleva l'aspettativa al rango di situazione di diritto: incluso, perfino, il potere di disporre del diritto condizionato, significativo, per antonomasia, di una signoria sulla cosa.

del sorgere di un diritto vero e proprio), o ancora la posizione complessivamente rivestita da un soggetto nell'ambito di un rapporto obbligatorio¹³³.

Possono pertanto difendersi tanto i diritti della personalità quanto i diritti reali e quelli di credito, benché parte della dottrina ritenga che il legislatore si sia speso più in difesa degli interessi del creditore di un'obbligazione che a protezione del titolare di un diritto assoluto¹³⁴. Allo stesso modo, sono considerati meritevoli di tutela tanto gli interessi patrimoniali che quelli non patrimoniali¹³⁵. In ogni caso, ove si consideri rientrante fra i mezzi di autotutela anche la legittima difesa di cui all'art. 2044 c.c., si amplierà ulteriormente il campo di applicazione della relativa categoria¹³⁶. Restano invece esclusi dal novero di situazioni giuridiche legittimanti l'autodifesa quelle derivanti da obbligazioni naturali (in quanto sprovviste del carattere di giuridicità, salva solo l'irripetibilità di quanto spontaneamente prestato in ottemperanza ai sensi dell'art. 2034 c.c.), gli interessi legittimi e le mere facoltà¹³⁷.

6) I molteplici ruoli dell'autotutela all'interno dell'ordinamento giuridico.

¹³³ Esempi paradigmatici di tali interessi sono quelli che consentono al titolare del potere di autodifesa di rifiutare ovvero sospendere la propria prestazione, pure dovuta, all'interno di un rapporto obbligatorio con un soggetto che si è reso (o si sospetta possa rendersi) inadempiente con riferimento alla prestazione a suo carico: si vedano gli artt. 1460 e 1461 c.c..

¹³⁴ Cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 91, che si rifà ad una valutazione quantitativa delle ipotesi di autotutela previste dal codice civile

¹³⁵ Ciò in coerenza con quanto previsto dall'art. 1174 c.c. in materia di obbligazioni. La Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942, a commento della suddetta previsione normativa, riporta: «L'interesse alla prestazione non deve essere necessariamente pecuniario, perché il diritto mira a realizzare e a tutelare anche le più alte idealità: basta che includa uno scopo ritenuto utile secondo l'apprezzamento predominante nella coscienza sociale, cioè indipendentemente dal giudizio subiettivo che ne possa fare il soggetto del rapporto».

¹³⁶ Cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 90-91.

¹³⁷ Cfr. Dagnino, *op. cit.*, p. 55 e ss.

Parafrasando ciò che un illustre Autore ha asserito in un suo famoso studio su un concetto fondamentale quale quello di «sanzione»¹³⁸, l'unico modo davvero efficace per comprendere il reale significato dell'autotutela è cercare di rispondere alla domanda «*a che cosa serve?*», quindi capire quale sia la funzione concretamente attribuitale dall'ordinamento giuridico in cui è iscritta.

Dalla trattazione sinora fatta dell'argomento, tuttavia, è già emerso che la soluzione del quesito può rivelarsi più complessa e meno univoca di quanto si pensi, dal momento che i ruoli attribuiti all'autotutela sono diversi a seconda del punto di vista adottato.

Prendendo a riferimento il soggetto cui si riconosce il potere di difendere da sé un proprio interesse, risulta evidente l'inserimento dell'istituto nel più vasto insieme dei rimedi predisposti dall'ordinamento al fine di riportare equilibrio in una situazione in qualche misura sbilanciata. Costituisce, perciò, una forma di tutela¹³⁹, caratterizzata dal fatto di non provenire da un soggetto terzo e imparziale ma dal soggetto che più è interessato alla sua realizzazione. Egli potrà, in virtù di tale potere, reagire a una condotta altrui che minaccia o danneggia la propria sfera giuridica, alterando lo stato di fatto preesistente ovvero compromettendo il soddisfacimento di un suo diritto; l'esercizio dell'autotutela gli consentirà, inoltre, di rimediare alla lesione eventualmente subita, eliminandone le conseguenze dannose, oppure di realizzare direttamente

¹³⁸ Ci si riferisce a Bobbio, *op. cit.*, p. 537.

¹³⁹ Per la definizione del concetto di tutela, si richiama Di Majo, *op. cit.*, 1993, p. 1 e ss.; in particolare, ricca di spunti appare la seguente notazione del medesimo Autore: «Il diritto privato è la sede non solo in cui si realizza la funzione di tutela dei diritti dei singoli ma anche di interessi, a carattere più generale, che hanno riguardo, ad esempio, alla sicurezza del traffico giuridico, alla tutela dei terzi di buona fede, a valori superindividuali (v. ad esempio, la tutela dell'ordine pubblico e del buon costume) che non possono subire deroga ad opera dei privati. La legislazione postcodicistica è venuta accentuando tali aspetti». Parallelamente al potenziamento della tutela di diritto positivo, tuttavia, si assiste anche a una tendenza contraria: «v'ha anche il fenomeno (...) in base al quale vecchi e nuovi diritti del singolo ricevono oggi un *surplus* di tutela ad opera delle norme costituzionali, con la rottura del tradizionale monopolio che *in subiecta materia* hanno sempre esercitato il codice civile e le cosiddette leggi civili».

la propria pretesa (garantita dall'ordinamento) soddisfacendo il proprio interesse; o ancora, di prevenire il sorgere della situazione di danno o di pericolo, paralizzando la minaccia incombente¹⁴⁰.

Di per sé, l'autotutela rappresenta altresì una forma di responsabilizzazione dei singoli consociati, i quali, in primo luogo, sono chiamati a collaborare attivamente con lo Stato al fine di rafforzare, complessivamente, la tenuta dell'ordinamento giuridico ristabilendo l'ordine costituito; in secondo luogo, sono messi nella posizione di poter salvaguardare i propri diritti a patto di essere disposti ad attivarsi a tal fine in prima persona, senza poter più addossare la colpa del mancato soddisfacimento degli interessi o, addirittura, della preventiva rinuncia a ottenere una protezione a (presunte o reali) inefficienze del sistema giudiziario civile.

Gli strumenti di autodifesa, per di più, presentano degli indubbi vantaggi rispetto a quest'ultimo apparato: la tutela così apprestata è immediata, viene attuata direttamente sul piano sostanziale senza la necessità di mediazioni e non giunge solo dopo un considerevole lasso di tempo; il costo che deve sobbarcarsi il soggetto agente è sicuramente più contenuto (ove presente) di quello stabilito da provvedimenti statali per adire un giudice¹⁴¹, senza considerare poi l'alea del

¹⁴⁰ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 199 e 202.

¹⁴¹ Cfr. il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato, da ultimo, dal D.L. 24 giugno 2014, n. 90, che stabilisce gli importi dovuti a titolo di contributo unificato per instaurare un processo civile. Si pensi, altresì, alle modifiche che hanno interessato ancora di recente l'art. 92 c.p.c., norma che regola la distribuzione delle spese processuali a seconda dell'esito della lite: il secondo comma è stato dapprima aggiornato con la L. n. 69/2009, ai sensi della quale i «giusti motivi» che in precedenza giustificavano la compensazione delle spese sono stati sostituiti dalle «gravi ed eccezionali ragioni», che già delimitavano alquanto l'ambito di discrezionalità dei Giudici, per poi specificare ulteriormente la casistica che legittima la compensazione ai sensi del D.L. n. 132/2014, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 162/2014, che ha riscritto il comma nella versione attualmente vigente (che recita «Se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, il giudice può compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero»), qualificando così la compensazione come evento del tutto eccezionale, a tutto discapito della parte economicamente più debole.

giudizio; il risultato ottenibile mediante l'autotutela è di norma maggiormente rispondente alle esigenze del titolare dell'interesse (dal momento che il meccanismo ordinario della responsabilità civile, invece, si basa sul risarcimento del danno per equivalente più che sulla reintegrazione in forma specifica).

Adottando, invece, il punto di vista del soggetto che subisce l'esercizio dell'autotutela, questa può essere considerata alla stregua di una sanzione, non solo nel senso generale del termine quale espediente predisposto dall'ordinamento per rafforzare l'osservazione delle proprie norme e, se del caso, per riparare gli effetti delle violazioni¹⁴², ma anche quali misure sia preventive (aventi scopo dissuasivo, deterrenti particolarmente efficaci, considerati tutti i vantaggi sopra delineati a favore del titolare del potere di autodifesa, nonché mezzi di induzione all'adempimento, seppur tardivo, nel caso in cui si tratti di un rapporto obbligatorio) che successive (sia con funzione retributivo-punitivo sia con funzione riparatoria) rispetto all'infrazione¹⁴³. Inoltre, quale ulteriore effetto dissuasivo per il potenziale soggetto passivo dell'autotutela è opportuno rammentare il fatto che, ove desideri a sua volta salvaguardare i propri interessi, minacciati o violati (benché lecitamente) dalla reazione del soggetto agente, sarà costretto a ricorrere al sistema giudiziario, con tutti gli oneri economici e probatori che ne conseguirebbero, non avendo alcuna alternativa a sua disposizione.

Infine, considerando la citata categoria quale componente dell'ordinamento giuridico, oltre alla funzione di autoconservazione di quest'ultimo (svolta incentivando i singoli individui a rispettarne le regole e quindi a riconfermare, implicitamente, la propria adesione e il proprio supporto al sistema), si può dedurre che l'autotutela si presta anche a costituire uno strumento di politica

¹⁴² Cfr. ancora Bobbio, *op. cit.*, p. 530.

¹⁴³ Per la classificazione dei modelli di sanzione astrattamente possibili e di quelli concretamente rinvenibili nel sistema giuridico, cfr. ancora Bobbio, *op. cit.*, p. 563.

attiva a favore della parte più debole¹⁴⁴ di un rapporto obbligatorio o di una situazione giuridica complessa, nonché una tecnica di regolazione (seppure indiretta, venendo rimessa pur sempre all'iniziativa e alla volontà dei singoli consociati) del mercato, contribuendo a stabilire una distribuzione dei costi maggiormente equa tra le parti coinvolte.

6.1) Alcune disambiguazioni in merito al concetto di autotutela.

L'istituto in questione si pone su un binario parallelo alla tutela offerta dal processo civile, mantenendosi su un piano prettamente extragiudiziale; invero, se l'autotutela è ontologicamente rimessa all'azione del diretto interessato, l'intervento del giudice non potrà che essere meramente eventuale e non indispensabile. Ove, tuttavia, il soggetto passivo dell'autodifesa agisca nelle forme processuali canoniche, la sentenza che concluderà il processo civile avrà ad oggetto l'accertamento dei presupposti legittimanti il ricorso all'autotutela. Le notevoli differenze che permangono tra quest'ultima e la tutela offerta dal potere giudiziario (caratterizzato da principi cardine del tutto assenti nei casi di autotutela, quali l'imparzialità del giudice, la sua terzietà rispetto alle parti coinvolte e all'oggetto della controversia, la parità delle armi a disposizione dei litiganti e il contraddittorio tra questi ultimi prima di addivenire a una decisione) fanno sì che si possa affermare con una certa sicurezza che l'autotutela non costituisce una forma surrogata di giurisdizione, ma si pone su un piano completamente diverso da quest'ultima.

¹⁴⁴ Per una trattazione più completa delle misure attuate dal diritto positivo per tutelare la parte più svantaggiata di un rapporto obbligatorio si rinvia a Scarso, *Il contraente «debole»*, Giappichelli, Torino, 2006, il quale ravvisa una relazione di proporzionalità inversa tra l'aumento della protezione riservata dalla legge al soggetto in questione e la sempre maggiore restrizione, operata dal legislatore, degli ambiti di esplicazione del potere creativo di diritto riconosciuto alla volontà privata (e, dunque, dell'autonomia e, indirettamente, dell'autotutela privata): *op. cit.*, p. 2-3.

La giurisdizione privatistica, infatti, consiste nell'attività amministrativa diretta ad attuare le norme giuridiche del diritto civile ai casi particolari e non può prescindere dall'accertamento dei diritti di cui la parte attrice domanda la realizzazione e la tutela; pur potendo poi svolgere anche funzioni ulteriori, l'accertamento resta un passaggio imprescindibile per gli organi giudicanti allo scopo di risolvere una controversia. In ciò si distingue nettamente dall'autotutela, la quale invece mira solo al mantenimento dell'ordine giuridico esistente, in ciò manifestando la propria adesione e il proprio supporto all'ordinamento statale¹⁴⁵. Inoltre, l'esercizio dell'autotutela non impedisce la possibilità di ricorrere, in ogni momento, all'autorità giudiziaria, giacché non si pone quale alternativa esclusiva ma solo come uno strumento in più a disposizione dei privati, a seconda dell'obiettivo che intendono raggiungere¹⁴⁶.

L'autotutela si differenzia altresì dall'autonomia privata¹⁴⁷: con quest'ultimo concetto, infatti, si intende il potere dei singoli consociati di creare a loro volta il diritto, ponendo delle norme aventi un valore riconosciuto dall'ordinamento e disciplinando diverse tipologie di rapporti. Come nel caso dell'autotutela, soccorre l'etimologia che conferma la traducibilità letterale del termine, formato dal prefisso *autos* e dal sostantivo *nomos*, in «dare legge a se stessi». Tradizionalmente, l'autonomia privata è stata valorizzata sia come strumento di autodeterminazione del singolo, mediante le proprie manifestazioni di volontà (e

¹⁴⁵ Cfr. a questo proposito Dagnino, *op. cit.*, p. 37, ove dichiara che, per mezzo dell'autotutela, «l'ordine viene mantenuto dagli stessi consociati, sul cui consenso si regge» mentre «la giurisdizione entra in gioco solo nell'ipotesi di controversie per dirimere le quali occorre accertare il diritto (*iuris dicere*)».

¹⁴⁶ Tra i molti che ribadiscono tale concetto si veda, ad esempio, Rappazzo, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁷ Cfr. ancora Dagnino, *op. cit.*, p. 35 e ss, nonché p. 88 e ss.; cfr. anche Rappazzo, *op. cit.*, p. 22 e ss. Pare opportuno ricordare la nota tesi sostenuta da parte della dottrina (cfr. Romano Salvatore, *Autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1957), che ha classificato i poteri privati di cui si comporrebbe l'autonomia privata in normativi, esecutivi e giurisdizionali, riconducendo a questi ultimi l'autotutela e stabilendo così un rapporto tra il concetto di autonomia privata e quello di autotutela che si potrebbe definire «di genere e specie». Tale tesi non risulta però convincente, portando a una sovrapposizione di concetti invece diversi e indipendenti l'uno dall'altro (ben si possono avere, infatti, atti di autotutela che non seguono atti di autonomia privata).

finendo così per coincidere con l'autonomia contrattuale di cui all'art. 1321 c.c.), sia come diritto di libertà, dotato di copertura costituzionale¹⁴⁸.

I due concetti sono, perciò, accomunati dal fatto di estrinsecarsi in attività, in senso lato, di garanzia di interessi individuali (per il tramite di negozi o contratti nel caso dell'autonomia, e per mezzo di specifiche convenzioni – nel caso dell'autotutela c.d. consensuale – ovvero di azioni protettive – nel caso di autotutela c.d. unilaterale) e di risoluzione di conflitti, ma per il resto divergono nettamente in quanto, se l'autotutela è diretta a conservare intatto lo *status quo*, l'autonomia è invece finalizzata a modificare l'ordine giuridico esistente, proponendone uno diverso più rispondente alle esigenze dei singoli individui¹⁴⁹.

Per finire, pare appropriato delineare rapidamente anche le difformità sussistenti tra l'autotutela e un'altra figura assai rilevante per l'economia del sistema che però non trova fondamento in una espressa disposizione di legge generale, ma solo riferimenti in singole previsioni normative: si tratta dell'abuso del diritto¹⁵⁰.

¹⁴⁸ È dibattuto in dottrina quale sia il fondamento costituzionale dell'autonomia privata, dal momento che tale valore non è espressamente richiamato dal testo normativo: vi è, allora, chi, come Sacco, *Trattato di diritto civile, Il contratto*, vol. I, Utet, Torino, 2004, p. 30 e ss., riconduce la tutela dell'autonomia privata all'art. 2 Cost., dal momento che anche mediante la conclusione di negozi idonei a regolare i propri interessi e a instaurare rapporti giuridici il cittadino realizza ed estrinseca la propria personalità. Altri, invece, come Mengoni, *Autonomia provata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 1 e ss., hanno criticato tale impostazione, in quanto ciò che l'art. 2 Cost. mira a tutelare non è tanto la libertà contrattuale in generale, quanto le singole manifestazioni dell'autonomia privata volte a dar vita alle formazioni sociali, dove si svolge la personalità dell'individuo. Si è proposto allora di rinvenirne il fondamento nell'art. 41 Cost., che nel tutelare esplicitamente la libertà di iniziativa economica privata garantirebbe l'autonomia contrattuale quantomeno degli operatori economici, essendo i due concetti strettamente connessi.

¹⁴⁹ Tale concetto è reso chiaramente da Ferrante, *op. cit.*, p. 202, il quale spiega che l'autotutela è volta a difendere una norma già posta, mentre non potrebbe mai aversi la protezione in via di autotutela di un interesse di mero fatto: in tale ultimo caso, infatti, si verserebbe piuttosto in un'attività di autonomia privata, creando lo strumento atto a realizzare un proprio interesse non considerato dall'ordinamento.

¹⁵⁰ Ciò è dovuto all'evoluzione storica della figura dell'abuso del diritto nel nostro ordinamento, ben tratteggiata da Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione*

Analogamente a quanto illustrato in precedenza riguardo all'autotutela, anche questo concetto è considerato immanente al nostro ordinamento giuridico, quale limite all'esercizio indiscriminato dei poteri di autonomia privata. Nella suddetta circostanza si esaurisce il tratto di prossimità tra l'istituto al centro della presente trattazione e l'abuso del diritto: al di là della natura di linea di confine per i poteri privati, infatti, quest'ultimo si verifica ogniqualvolta «il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti»¹⁵¹.

7) I tentativi di classificazione e i tipi di autotutela.

Dopo aver delineato i caratteri generali dell'autotutela, si può comprendere meglio i criteri utilizzati dalla dottrina nel tentativo di ordinare all'interno della categoria i numerosi istituti previsti dal diritto positivo.

Come già accennato nei paragrafi precedenti, la classificazione considerata ancora attuale più citata dagli studiosi è quella proposta dal Betti¹⁵².

Betti, infatti, propone un'iniziale distinzione, tra l'autotutela c.d. unilaterale e quella c.d. consensuale. La prima sottocategoria trae il proprio tratto

teleologicamente orientata del traffico giuridico, in *RDC*, 2, 2014, p. 467 e ss. Vi fu, infatti, una vera e propria ostilità, da parte di molti studiosi, all'inserimento di un precetto generale che prevedesse l'abuso del diritto nel codice, preferendo piuttosto decentrarne e scomporne il dispositivo in singoli istituti, per liberarlo dal pericolo dell'indeterminatezza calandolo in casi concreti, quali, ad esempio, il divieto di atti emulativi di cui all'art. 833 c.c., la responsabilità anche in fase di trattativa e precontrattuale ex art. 1337 c.c., la minaccia di far valere un diritto quale possibile causa di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1438 c.c., etc.

¹⁵¹ Cass. civ., sez. III, 18.9.2009, n. 20106, in *G.Comm.*, 2, 2011, p. 295 e ss. con nota di Barcellona, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*.

¹⁵² Cfr. Betti, *op. cit.*, p. 529 e ss.

caratterizzante dal fatto di operare «per fatto della sola parte interessata, senza previo o attuale accordo dell'altra parte in conflitto»¹⁵³, mentre la seconda «si fonda sul preventivo consenso dell'altro soggetto del rapporto giuridico alla cui attuazione è preordinata»¹⁵⁴. A sua volta, l'autotutela unilaterale può essere attiva, ove «abbia per contenuto una condotta positiva e per risultato un mutamento protettivo dell'attuale stato di fatto», ovvero passiva, quando «abbia per contenuto una omissione e per risultato il mantenimento dello stato di fatto esistente contro l'altrui pretesa di mutarlo»¹⁵⁵. Infine, l'Autore suggerisce che l'autotutela unilaterale attiva possa ulteriormente distinguersi, a seconda della funzione concretamente svolta, in preventiva, quando «chi ha un bene protetto dal diritto mira a tutelarlo con la forza contro la minaccia di lesione o l'altrui tentativo di menomarglielo, prima ancora che avvenga il fatto lesivo», ovvero reattiva, per «respingere con la forza la lesione quando è in corso» o per «provvedere da sé alla rimozione di uno stato di fatto lesivo e al ripristino dello stato di cose conforme al diritto»¹⁵⁶. L'autotutela consensuale, invece, viene a

¹⁵³ In realtà, gran parte della dottrina e della giurisprudenza successive si limiteranno a considerare propriamente rientranti nella categoria dell'autotutela solo le fattispecie che il Betti ricomprende nella sottocategoria di autotutela unilaterale. Cfr., a questo proposito, Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 87, ove dichiara «In realtà, giova ripeterlo, l'autotutela può dirsi veramente tale quando la difesa di un interesse dipenda dall'esclusiva attività del suo titolare. Sotto il profilo per così dire dinamico – che è, poi, quello che vale a caratterizzare il fenomeno – essa è, dunque, e non può che essere, sempre unilaterale». Tuttavia, vi è chi ancora di recente ha seguito tale classificazione, occupandosi proprio di autotutela consensuale e facendovi rientrare - tra gli altri - gli istituti dell'arbitrato, della transazione e del pegno: Grande, *L'autotutela consensuale*, in Gianniti (a cura di), *op. cit.*, p. 227 e ss.

¹⁵⁴ Cfr. Betti, *op. cit.*, p. 532.

¹⁵⁵ Cfr. Betti, *op. cit.*, p. 529. Sulle ipotesi di autotutela unilaterale attiva si tornerà più specificamente nella nota successiva, quanto invece all'autotutela unilaterale passiva si rammentano, quali esempi paradigmatici, l'art. 1460 c.c. in materia di eccezione di inadempimento, che sarà oggetto di analisi approfondita nel prosieguo dell'elaborato, e l'art. 2756 c.c., nella parte in cui (III comma) stabilisce il diritto di ritenzione della cosa soggetta al privilegio in favore di coloro che vantano un credito per le prestazioni e le spese di conservazione e di miglioramento di beni.

¹⁵⁶ Cfr. Betti, *op. cit.*, p. 529-530. Possono farsi rientrare nella categoria dell'autotutela unilaterale attiva con funzione preventiva sia le ipotesi di autodifesa che non incidono sulla sfera giuridica altrui, sia le ipotesi in cui invece ciò accade: un esempio del primo caso è dato dall'art. 841 c.c., relativo al potere del proprietario di chiudere il proprio fondo in ogni tempo; esempi del secondo

propria volta ripartita in sottocategorie a seconda dello scopo perseguito, distinguendo l'autotutela consensuale a scopo di accertamento, di esecuzione (da intendersi nel senso di funzione soddisfattoria dell'interesse o del diritto tutelato) ovvero di garanzia (da intendersi nel senso di funzione cautelare dell'interesse o del diritto tutelato)¹⁵⁷.

In seguito, sarà il lavoro monografico di Lina Bigliazzi Geri¹⁵⁸ a proporre una diversa classificazione degli istituti qualificabili come strumenti di autotutela, utilizzando quale criterio discretivo il tipo di risultato che il soggetto titolare dell'interesse leso può ottenere, a sua volta variabile a seconda del tipo di lesione o di mero pericolo fronteggiato. In tal senso, l'Autrice distingue gli istituti di autotutela aventi una funzione cautelare, di carattere prevalentemente conservativo (volti alla preservazione e alla protezione dello *status quo* non ancora violato ma minacciato, in quanto corrispondente alla situazione di diritto o di interesse di cui è titolare l'agente), da quelli aventi funzione reattiva (vale a dire strumenti utilizzabili dal soggetto in risposta a un comportamento lesivo altrui), in senso ripristinatorio, al fine di ristabilire lo *status quo* compromesso da

tipo, invece, sono la fattispecie di cui all'art. 2045 c.c. (come precisata poi dall'art. 54 c.p.) in materia di stato di necessità, ove l'agente ponga in essere delle misure di autotutela avverso la minaccia di una lesione proveniente da terzi ovvero dall'incombere di una calamità naturale; o anche la fattispecie di cui all'art. 924 c.c., che regola l'inseguimento di sciame d'api su fondi altrui. Nella medesima categoria ma con funzione prevalentemente reattiva, invece, può essere ricompresa la fattispecie di cui all'art. 2044 c.c. (come precisata dall'art. 52 c.p.) in materia di legittima difesa, ove l'agente contrattacchi ad aggressioni esterne; ovvero le fattispecie di cui agli artt. 1515 e 1516 c.c. che disciplinano la vendita coattiva in caso di inadempimento, rispettivamente, del compratore o del venditore. A tal proposito, si veda altresì Clementel, *L'autotutela unilaterale attiva*, in Gianniti (a cura di), *op. cit.*, p. 114-115.

¹⁵⁷ Cfr. Betti, *op. cit.*, p. 532. Si rafforza così l'idea dell'autotutela quale vera alternativa alla tutela giurisdizionale statale in quanto esercitata dai privati, estrapolando e riproponendo in tale ambito le funzioni tradizionalmente assegnate al processo. La concezione proposta dal Betti in materia di autotutela consensuale, tuttavia, ritenuta legittima solo ove espressamente riconosciuta dall'ordinamento (cfr. ancora *op. cit.*, p. 535), non troverà fortuna presso gli studiosi e gli interpreti successivi, al contrario di quanto avvenuto per gli esiti dello studio dell'autotutela unilaterale.

¹⁵⁸ Si fa qui riferimento, in realtà, tanto all'opera già citata, del 1971, quanto al prosieguo della stessa, edito nel 1974. Come già accennato in precedenza, l'Autrice si era posta in posizione critica rispetto al lavoro del Betti, pur tenendolo nel dovuto conto.

detto comportamento, ovvero in senso soddisfattivo, ove il fine perseguito sia quello di conseguire coattivamente il vantaggio dovuto all'agente (e invece ostacolato dalla citata condotta), o ancora da quei mezzi di autotutela aventi funzione mista, in parte ripristinatoria e in parte soddisfattiva¹⁵⁹.

Al di là delle ricostruzioni sistematiche ora illustrate, che possono soccorrere nel tentativo di fornire un inquadramento razionale alla materia, vi sono ulteriori considerazioni da farsi in merito alle tipologie di autotutela.

In primo luogo, vi è da rilevare che – almeno dal punto di vista fenomenico – qualunque strumento di autotutela viene innescato e utilizzato da un unico soggetto: non può che essere così, ove si consideri che la *ratio* in forza della quale viene concesso il relativo potere è sempre quella di permettere a un singolo individuo di attivarsi per proteggere un proprio interesse leso o in pericolo. Pertanto, secondo questa prospettiva, l'autotutela sarebbe sempre unilaterale.

Anche nei casi di c.d. autotutela consensuale, dunque, l'esplicazione del potere di autodifesa sarà attuato da uno solo dei contraenti di propria iniziativa e a proprio vantaggio¹⁶⁰, senza che rilevi la circostanza per cui la fonte immediata

¹⁵⁹ Cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1971, p. 88-89. L'Autrice, inoltre, elenca una serie di fattispecie rientranti nelle diverse categorie proposte. Vengono citati quali esempi di autotutela avente funzione conservativa o cautelare l'eccezione di inadempimento (*ex art. 1460 c.c.*), il diritto di ritenzione (previsto da diverse disposizioni del codice civile), la sospensione dell'esecuzione della prestazione (*ex art. 1461 c.c.*), l'esercizio extragiudiziale dell'azione surrogatoria (*ex art. 2900, II co., c.c.*). Quali casi rientranti nella categoria dell'autotutela con funzione ripristinatoria si richiama il diritto di risolvere unilateralmente un rapporto obbligatorio (in forza di una diffida ad adempiere non rispettata ovvero avvalendosi di una clausola risolutiva espressa, *ex artt. 1454 e 1456 c.c.*), mentre quali ipotesi di autodifesa con funzione soddisfattiva si richiama ancora una volta la vendita posta in essere per autorità del creditore (sia esso il compratore o il venditore del bene, *ex artt. 1515 e 1516 c.c.*). Infine, quale esempio di istituto avente, potenzialmente, sia funzione preventiva che funzione reattiva (in via alternativa o contestuale) si indica la legittima difesa (*ex art. 2044 c.c.*).

¹⁶⁰ Questo vale, naturalmente, a patto di non annoverare tra i casi di autotutela consensuale anche l'arbitrato (metodo alternativo di risoluzione delle controversie che dovrebbe essere scelto liberamente dalle parti in quanto conveniente per entrambe); esclusione che appare coerente con la volontà di distinguere l'autotutela dalla giurisdizione, come ben argomentato ad esempio da Dagnino, *op. cit.*, p. 84.

di tale potere è costituita dall'accordo delle parti. Benché lo specifico mezzo di autotutela possa, in tal caso, discendere da un atto di autonomia negoziale, infatti, ciò che consente a quell'atto di avere effetti giuridici è pur sempre una previsione di legge autorizzativa, che si pone pertanto come fonte indiretta ma indispensabile.

Infine, come già accennato nell'*incipit* del capitolo, si rammenta che, accanto all'autotutela individuale, si sono regolamentate ed esplorate anche fattispecie di autotutela collettiva¹⁶¹: l'ipotesi paradigmatica appartiene all'ambito del diritto del lavoro e coincide essenzialmente con il diritto di sciopero, già sancito e garantito dall'art. 40 Cost.

Tuttavia, al di là della scelta di circoscrivere il focus del presente elaborato sul tema dell'autotutela individuale, è necessario rilevare come tale ultima categoria presenti notevoli differenze rispetto alla propria dimensione collettiva già sul piano concettuale. Se la prima, infatti, consiste nel potere spettante al singolo soggetto di salvaguardare l'ordine giuridico che lo riguarda contro una minaccia o una lesione proveniente dall'esterno, lo sciopero risponde ad esigenze diverse e ha una natura difforme¹⁶². Quest'ultimo, infatti, è finalizzato alla difesa di un interesse collettivo, vale a dire comune agli scioperanti, e non invece alla tutela

¹⁶¹ In argomento, si rinvia a Scarpelli F., *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, Milano, 1993; Ales, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse generale ed autotutela: spunti comparatistici*, Giappichelli, Torino, 1995; Ballestrero, *Diritto sindacale*, III ed., Giappichelli, Torino, 2010; Carinci F., *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, DLRI, 2009, p. 423 e ss. Gino Giugni, in *Diritto Sindacale*, Cacucci, Bari, 2014, afferma che «L'autotutela degli interessi collettivi costituisce una delle manifestazioni essenziali della coalizione sindacale. Essa può esprimersi in una varietà di comportamenti: lo sciopero dei lavoratori è la forma più tipica, ma ve ne sono anche altre praticate dai lavoratori» (e qui l'Autore si riferisce allo sciopero bianco, all'occupazione d'azienda, al blocco delle merci, al boicottaggio, nonché a quelle forme anomale di sciopero quali lo sciopero del rendimento, lo sciopero delle mansioni etc. su cui si tornerà nella trattazione successiva) «così come vi sono forme di autotutela praticate dai datori di lavoro» (vale a dire la serrata).

¹⁶² Sul tema si veda la posizione di Mazziotti di Celso, *op. cit.*, p. 32 e ss.

di una somma di interessi individuali dei lavoratori coinvolti¹⁶³; pertanto riveste, all'interno dell'ordinamento, un ruolo di garanzia dell'attività sindacale e del suo principale strumento, il contratto collettivo.

È pur vero che, complice la mancata attuazione da parte della legge ordinaria della definizione dei limiti del diritto di sciopero, a dispetto del rinvio contenuto nell'art. 40 Cost., vi sono alcune ipotesi ibride in cui è materialmente difficile distinguere tra «astensione concertata dal lavoro per la tutela di un interesse professionale collettivo»¹⁶⁴ e inadempimento contrattuale *tout court*¹⁶⁵. Da quando una nota sentenza della Corte di Cassazione¹⁶⁶ ha statuito che rimane estranea alla nozione di sciopero qualsiasi delimitazione attinente all'ampiezza dell'astensione e qualsiasi considerazione della dannosità degli effetti per l'azienda, e dopo l'emanazione della legge che regola lo sciopero nei servizi pubblici essenziali (L. 12.6.1990, n. 146, modificata e integrata dalla L. 11.4.2000, n. 83), i dubbi sono rimasti riguardo a talune modalità particolari di sciopero, quali il c.d. sciopero dello straordinario e il c.d. sciopero delle mansioni¹⁶⁷, nonché agli espedienti cui sono ricorsi talvolta i lavoratori per eludere la rigida disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali¹⁶⁸,

¹⁶³ Cfr. Carinci F., *op. cit.*, p. 462.

¹⁶⁴ Definizione usata da Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1978, p. 56.

¹⁶⁵ In merito alla differenza tra inadempimento, sciopero legittimo e il c.d. "sciopero delle mansioni" cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav. 12.1.2011, n. 547, in *RIDL*, 2011, 3, p. 814 e ss., con nota di Erboli, *Brevi note sullo sciopero delle mansioni. ovvero, della (non così) sottile soglia che separa sciopero e inadempimento*; Cass. civ., sez. lav., 5.12.2014, n. 25817; Cass. civ., sez. lav., 10.7.2015, n. 14457, in *D&G*, 2015, 13 luglio, con nota di Scofferi, *Lo sciopero o è integrale o non è sciopero*.

¹⁶⁶ Si fa qui riferimento alla nota sentenza Cass. civ., sez. lav., 30.1.1980, n. 711.

¹⁶⁷ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 25.11.2003, n. 17995, ove si afferma che il rifiuto di esecuzione di una parte delle mansioni non costituisce esercizio legittimo del diritto di sciopero e può configurare una responsabilità contrattuale e disciplinare del dipendente.

¹⁶⁸ Sul tema si rinvia a Tiraboschi, *Diritto di sciopero ed eccezione di inadempimento*, in *DRI*, 2008, p. 1210 e ss.

invocando altre forme di autotutela individuale quale l'eccezione di inadempimento¹⁶⁹.

8) Le tecniche di autotutela estintive o conservative.

Il terreno d'elezione su cui testare l'efficacia degli strumenti di autotutela sopra descritti è quello dei diritti obbligatori e, più in particolare, di quelli nascenti da rapporti contrattuali. Nell'ambito dei diritti assoluti, infatti, l'ordinamento assume una posizione netta manifestando con chiarezza il bene giuridico meritevole di tutela (ad esempio la proprietà, o il possesso), mentre nel caso dei rapporti obbligatori la posizione del sistema resta maggiormente *super partes*, limitandosi a conferire alle parti la libertà di autodeterminarsi e i mezzi idonei a tutelare i diritti scaturenti dal rapporto in questione, astrattamente di pari pregio.

¹⁶⁹ Si vedano le delibere e i verbali della Commissione di Garanzia, consultabili nei due volumi di cui si compone la *Raccolta sistematica degli orientamenti interpretativi* della medesima Commissione: talvolta, i lavoratori dei vari settori di servizi pubblici essenziali hanno invocato l'eccezione di inadempimento per non perdere la retribuzione (in certi casi, non più erogata da mesi da parte del datore) e per non incorrere nelle sanzioni previste dalla L. n. 146/1990, quando si vedevano costretti ad astenersi dalla prestazione lavorativa a fronte di un inadempimento datoriale. In alcuni casi, la Commissione di Garanzia ha fatto propria la qualificazione di tali condotte alla stregua di un'eccezione di inadempimento *ex art. 1460 c.c.* (cfr., ad esempio, delibera n. 08/367 del 17.7.2008, Vol. I, p. 169, sulla scorta del fatto che il rifiuto della prestazione non era stato intermittente e a scelta dei lavoratori ma continuo sino all'adempimento della controparte, della brevità dell'astensione, dell'esiguo numero dei partecipanti e del mancato disservizio all'utenza; verbale n. 998 dell'8.7.2013, Vol. II, p. 204 e verbale n. 1104 dell'11.1.2016, a fronte di situazioni di perdurante ritardo nell'adempimento della prestazione retributiva da parte del datore di lavoro). Altre volte, invece, la Commissione ha ritenuto che non fossero sussistenti i presupposti di cui all'art. 1460 c.c. e ha qualificato quale sciopero contrario alle disposizioni di cui alla L. n. 146/1990 alcune forme di astensione dal lavoro (cfr., ad esempio, delibera n. 05/10, Vol. I, p. 167, ove si afferma 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 del 1990, mentre della gravità dell'inadempimento datoriale la Commissione potrà tener conto nella valutazione del comportamento delle parti; delibera n. 07/451 del 26.7.2007, Vol. I, p. 158, in un caso di c.d. sciopero pignolo da parte del personale navigante di cabina).

Inoltre, negli ultimi anni il diritto civile (sulla scorta del diritto privato europeo), si è indirizzato verso una crescente valorizzazione della dimensione contrattuale¹⁷⁰, non solo in quanto di per sé più versatile e maggiormente pervasiva – in quanto il contratto si presta ad essere il mezzo concesso ai singoli per creare, modificare e gestire rapporti giuridici patrimoniali¹⁷¹ secondo interessi personali – ma anche in ottica rimediale. Con quest’ultima espressione si intende un approccio alla materia contrattuale che si concentri sull’aspetto della tutela, vale a dire della protezione riservata ai diritti e alle pretese collegate al contratto, come obiettivo privilegiato di gran parte delle discipline più recenti provenienti dal diritto europeo¹⁷².

Tanto i diritti soggettivi, categoria concettuale ricorrente nei paesi di *Civil Law*, quanto i «rimedi»¹⁷³, propri dei sistemi di *Common Law*, infatti, sono posti dagli ordinamenti giuridici al fine di conferire rilevanza giuridica ai diversi ordini di interessi che si manifestano nella realtà¹⁷⁴. In quest’ottica, dunque, assumono un ruolo fondamentale i c.d. rimedi contrattuali¹⁷⁵, vale a dire quegli strumenti disposti dall’ordinamento per risolvere una situazione di crisi della

¹⁷⁰ Per una lettura diversa delle ultime tendenze del diritto civile, tuttavia, si rinvia a Scarso, *op. cit.*, p. 2 e ss.

¹⁷¹ Sul tema dei contratti si rinvia, tra i numerosi studi, a Roppo, *Il contratto*, in Iudica - Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001.

¹⁷² Secondo tale tesi, il legislatore comunitario piuttosto che dilungarsi a definire le singole fattispecie in modo analitico, non potendo prevederne qualsiasi possibile utilizzo, preferirebbe dedicarsi alla predisposizione di strumenti efficaci di tutela, in modo da poter fornire una valida risposta alle numerose istanze di protezione che i singoli tipi di contratto sollevano. A questo proposito si rinvia a Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 1 e ss., il quale cita ad esempio le discipline di matrice europee riguardanti particolari settori delle operazioni di mercato (quali la circolazione dei beni di consumo, i viaggi, le multiproprietà, etc.) e particolari soggetti in essi coinvolti (quale il consumatore).

¹⁷³ Mazzamuto, ne *Il contratto di diritto europeo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 185, li definisce quali dispositivi tecnici di reazione ad un ordine violato o inattuato per un ostacolo frapposto: un dispositivo che si pone immediatamente a ridosso del bisogno di tutela e presuppone un impulso di parte ed una qualche valutazione del giudice in termini di apprezzamento o bilanciamento di interessi.

¹⁷⁴ Cfr. Di Majo, *op. cit.*, 2009, p. 4 e ss.

¹⁷⁵ Sul tema si veda Sacco, *I rimedi sinallagmatici*, in Sacco - De Nova, *Il contratto*, IV ed., II, Utet Giuridica, Torino, 2016.

vicenda contrattuale, concretandosi di volta in volta in facoltà, poteri o rimedi in senso tecnico¹⁷⁶. Essi hanno come campo di applicazione i contratti con prestazioni corrispettive (altresì detti sinallagmatici, o di scambio) che si contraddistinguono per il nesso di interdipendenza che lega le prestazioni delle parti¹⁷⁷.

Inoltre, anche nel diritto privato europeo, come già nel diritto civile italiano, i rimedi contrattuali appaiono degni di una attenta considerazione da parte degli interpreti in quanto costituiscono uno dei canali con cui il legislatore (comunitario o nazionale) coinvolge l'accordo e le parti contraenti nella realizzazione di più ampie strategie di mercato¹⁷⁸. Pare così opportuno provare a superare il tradizionale binomio del nostro ordinamento, costituito dai diritti riconosciuti dalle norme sostanziali e dalle azioni destinate a farli valere per via processuale, per verificare se altre figure rimediale, quali quelle dell'autotutela contrattuale, possano produrre risultati soddisfacenti nello sforzo di ristabilire una situazione di equilibrio all'interno del singolo rapporto obbligatorio e del sistema generale.

Oltre alle azioni giudiziali poste a disposizione del singolo al fine di ottenere la realizzazione dei propri diritti contrattuali anche in via coattiva, a discapito dell'altro contraente e in definitiva del rapporto obbligatorio stesso, che ne risulta inevitabilmente compromesso, possono soccorrere alcune tecniche che rientrano nel concetto di autotutela. Alcune di esse possono essere classificate

¹⁷⁶ Cfr. Mazzamuto, *op. cit.*, 2015, p. 187, classifica i rimedi contrattuali in diversi modi: sul versante funzionale, li divide in alternativi o cumulativi, satisfattori (pretese di assetti distributivi ancora *in fieri*) o restitutori (pretese di ripristino di assetti distributivi già dati), risarcitori o in forma specifica (esecuzione diretta, tutele costitutive, ordini inibitori assistiti da misure di esecuzione indiretta), inibitori ad effetto permanente o temporaneo (nullità, inefficacia, annullabilità, risoluzione, rescissione, recesso, eccezione d'inadempimento) o manutentivi. Sul versante soggettivo, invece, li distingue in unilaterali (giudiziali o stragiudiziali) oppure consensuali e in dispositivi od officiosi (nei quali l'impulso di parte è più remoto).

¹⁷⁷ Cfr. ancora Roppo, *op. cit.*, 2001, p. 942 e ss.

¹⁷⁸ Cfr. ancora Mazzamuto, *op. cit.*, 2015, p. 187.

«estintive», perché come reazione all'inadempimento altrui consentono di porre termine al contratto e di farne cessare gli effetti, eliminando del tutto il sinallagma (esempio paradigmatico di tale categoria è la risoluzione per inadempimento, *ex art. 1453 c.c.*, fattispecie di grande rilievo sia sul piano della prassi che su quello teorico¹⁷⁹). Altre, invece, vengono dette «conservative», perché consentono di minimizzare i danni derivanti dall'altrui inadempimento per il soggetto che vi ricorre e, al contempo, di mantenere in vita il rapporto contrattuale, che ha così la possibilità di riequilibrarsi e tornare ad essere vantaggioso per entrambe le parti, contribuendo a rendere più dinamico e produttivo il settore dei rapporti di scambio invece di depotenziarlo eliminando alla radice l'obbligazione.

Tra le fattispecie di autodifesa contrattuale¹⁸⁰ conservative si annoverano l'eccezione di inadempimento (*ex art. 1460 c.c.*), la facoltà di sospendere l'esecuzione della prestazione in caso di mutamento nelle condizioni patrimoniali della controparte (*ex art. 1461 c.c.*) nonché la c.d. clausola «*solve et repete*» (*ex art. 1462 c.c.*).

Sulla prima di tali figure, che rappresenta la principale misura sospensiva della prestazione, si tornerà estesamente nei paragrafi successivi. Per il momento, sia sufficiente dire che l'eccezione di inadempimento è in grado di salvare il contratto, in quanto consente di paralizzare l'eventuale domanda di risoluzione avanzata dalla controparte. Uno dei presupposti della risoluzione per

¹⁷⁹ Sul tema della risoluzione per inadempimento, si rinvia all'esaustiva trattazione di Iorio, *op. cit.*, 2012.

¹⁸⁰ La citata terminologia è stata adottata da Benedetti, *Le autodifese contrattuali: artt. 1460 – 1462*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2011. Nell'introduzione, l'Autore rileva che gli istituti in questione sono stati a lungo considerati, dalla maggior parte della dottrina, quale propaggine della disciplina della risoluzione per inadempimento, in quanto privi della necessaria autonomia per meritare un approfondimento a sé stante, malgrado l'importanza rivestita nella pratica; in ogni caso, il cuore e il tratto caratteristico che ne consente una comune trattazione è rinvenuto proprio nell'autodifesa, evidenziata sin dalla denominazione prescelta. Roppo, *op. cit.*, 2001, p. 985, le chiama, invece, «eccezioni sospensive», mentre Sacco, *op. cit.*, 2016, le fa rientrare tra le «eccezioni dilatorie».

inadempimento, infatti, è proprio il fatto che tale inadempimento sia ingiustificato, mentre, nel caso in cui si possa sollevare l'eccezione in questione, questa vale a giustificarlo sulla base del previo (o contestuale) inadempimento dell'altro contraente.

La seconda delle figure sopra richiamate, invece, rubricata «mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti»¹⁸¹ all'interno del codice civile, permette al contraente – che sia debitore di una prestazione – di sospenderne l'esecuzione ove abbia ragione di temere che il conseguimento della controprestazione sia messo in pericolo da un cambiamento peggiorativo intervenuto sul patrimonio dell'altro contraente¹⁸², salvo che quest'ultimo abbia prestato idonea garanzia.

A differenza dell'eccezione di inadempimento¹⁸³, costituisce un rimedio preventivo, la reazione alla minaccia di un inadempimento futuro e non a una lesione già consumatasi; inoltre, può essere invocata per congelare l'adempimento di una prestazione il cui termine naturale scadrebbe prima della controprestazione a rischio¹⁸⁴.

¹⁸¹ L'art. 1461 c.c. letteralmente prevede: «Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della prestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia».

¹⁸² La modifica delle condizioni patrimoniali di cui trattasi non deve essere equiparabile a tutti gli effetti alla situazione di insolvenza di cui all'art. 1186 c.c. ovvero, addirittura, di quella che rappresenta il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento, bastando una situazione patrimoniale peggiore rispetto a quella sussistente o nota al momento della stipula del contratto: cfr. Benedetti, *op. cit.*, p. 99 e ss.

¹⁸³ Gli istituti di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c. sono diversi, ma di certo strettamente connessi: vi è chi, come Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1974, p. 12, li definisce «aspetti diversi di uno stesso istituto, dotato di un'identica natura e di analoga funzione». Per quanto tale affermazione sia sicuramente suggestiva, non ci si sente di condividerla appieno, dal momento che le due figure sono sì complementari nella funzione ma presentano comunque consistenti differenze: v. *infra*.

¹⁸⁴ Cfr. ancora Roppo, *op. cit.*, 2001, p. 990. L'art. 1461 c.c. offre così un mezzo di tutela alla parte tenuta ad adempiere prima dell'altra, secondo le tempistiche previste in contratto, in quanto il suddetto contraente non potrebbe giovare dell'eccezione di inadempimento, che vale nei casi contrari, in cui l'eccipiente è tenuto ad adempiere dopo o al più contestualmente alla controparte inadempiente: v. *infra*.

La giurisprudenza ha provveduto a chiarire alcuni dei presupposti di tale fattispecie, precisando che «il pericolo di non conseguire la controprestazione da parte dell'altro contraente deve essere attuale e manifesto; deve cioè sostanziarsi in un deterioramento della capacità patrimoniale del primo, tale da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione»¹⁸⁵. Il suddetto pericolo deve sussistere, perciò, nel momento in cui la prestazione «congelata» avrebbe dovuto essere eseguita e deve essere originato da un serio mutamento *in peius* della situazione economico-patrimoniale della controparte¹⁸⁶. Inoltre, per rendere applicabile la norma non è necessario che tale modifica sia intervenuta in un momento successivo alla conclusione del contratto, essendo invece sufficiente che la parte opponente non ne fosse a conoscenza allora (e non avesse potuto conoscerla usando la normale diligenza)¹⁸⁷.

Per evitare che il contraente che vede in pericolo il proprio interesse alla realizzazione della controprestazione si possa avvalere dell'eccezione sospensiva, la controparte può adottare solo due vie: eseguire anticipatamente l'obbligazione su di lei gravante e ritenuta a rischio, oppure prestare «idonea garanzia» che neutralizzi la minaccia e tuteli il potenziale eccipiente dalle conseguenze dannose di un eventuale inadempimento¹⁸⁸. In ogni caso, trovando sempre applicazione il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto¹⁸⁹, il

¹⁸⁵ *Ex multis*, cfr. Cass. civ., sez. II, 4.8.1988, n. 4385, rinvenibile in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2913 e ss. con nota di Costanza, *Sul legittimo uso della facoltà di sospendere la prestazione*.

¹⁸⁶ Sempre secondo la Suprema Corte, il mutamento in parola, per giustificare l'eccezione di sospensione, dev'essere dato dal sopravvenire di circostanze incidenti sulla sostanza qualitativa e quantitativa del patrimonio dell'altro contraente, che rendano più incerto il conseguimento della controprestazione e, in ipotesi, più difficile l'utile esperimento della procedura esecutiva. La situazione di pericolo viene assimilata all'*eventus damni* che, al verificarsi delle condizioni richieste, consente il ricorso ai rimedi conservativi della garanzia generica del credito, quali le azioni surrogatoria e revocatoria o il sequestro conservativo: cfr. Cass. civ., sez. II, 24.2.1999, n. 1574.

¹⁸⁷ *Ex multis*, cfr. Cass. civ., sez. II, 20.2.2008, n. 4320.

¹⁸⁸ Cfr. Benedetti, *op. cit.*, p. 106.

¹⁸⁹ Benché non venga espressamente ripetuto nel testo dell'art. 1461 c.c., sarebbe applicabile anche a tale norma il 2° comma dell'art. 1460 c.c.: cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 128.

rifiuto della prestazione sarà considerato giustificato ove l'inadempimento prospettato non sia di lieve importanza.

La terza fattispecie, invece, è la c.d. «clausola limitativa della proponibilità di eccezioni»¹⁹⁰, la quale è volta a circoscrivere la possibilità di inserire nel contratto una simile previsione, escludendo quantomeno i casi in cui è la stessa validità del contratto a essere messa in discussione (poiché, ove fosse l'intero negozio ad essere invalido, verrebbe meno la fonte stessa delle prestazioni). In altre parole, mediante l'apposizione di una clausola «*solve et repete*» all'interno del testo negoziale, si evita che la parte che sarebbe tenuta a rendere una determinata prestazione possa opporre delle eccezioni, in merito alle quali sarebbe chiamato a decidere un giudice, dilatando notevolmente i tempi per la realizzazione dell'interesse di controparte. Avvalendosi della formula citata, invece, colui che intendesse avanzare degli argomenti contrari alla pretesa contrattuale dell'altro paciscente sarebbe comunque tenuto a soddisfarla e solo in un secondo momento potrebbe farla valere in giudizio, per ripetere quanto versato (si tratta, normalmente, di obbligazioni pecuniarie)¹⁹¹.

Mediante la clausola «*solve et repete*», peraltro, non si intende distorcere l'equilibrio interno al sinallagma contrattuale a tutto vantaggio di un'unica parte e a discapito dell'altra; al contrario, la *ratio* è proprio quella di proteggere il contraente corretto da quelli che potrebbero essere meri espedienti dilatori, posti in essere dall'altra parte per rinviare a data da destinarsi l'esecuzione della propria obbligazione. In ultima istanza, quindi, la clausola in parola è uno strumento offerto dall'ordinamento per rafforzare, non per indebolire, il vincolo

¹⁹⁰ Disciplinata dall'art. 1462 c.c., il quale prevede: «La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto. Nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se del caso una cauzione».

¹⁹¹ Cfr. Roppo, *op. cit.*, 2001, p. 992.

contrattuale¹⁹². La possibilità di proporre eccezioni ove si ritenga di avere validi motivi per rifiutarsi di rendere la prestazione cui ci si era impegnati è prevista dall'ordinamento nell'interesse delle parti, pertanto queste ultime sono libere di rinunciarvi¹⁹³.

Il legislatore, consapevole dei possibili abusi che avrebbero potuto farsi della norma in questione, ha introdotto due correttivi espressi: in primo luogo, come già precisato, la clausola è inefficace in tutti i caso in cui l'argomento da eccepire contro la pretesa altrui consista in una forma di invalidità del contratto; in secondo luogo, quale specificazione nella singola fattispecie del principio di buona fede, si permette all'organo giudicante di disapplicare la clausola (anche se formalmente efficace) ove vi siano serie ragioni per farlo (ad esempio, quando sin da una delibazione superficiale l'eccezione appaia fondata). Infine, la disciplina codicistica prevede altresì che, ove la clausola sia apposta a un contratto generico, la stessa richieda una specifica sottoscrizione da parte

¹⁹² La Corte Costituzionale, con pronuncia n. 256 del 12.11.1974, ha respinto le questioni di legittimità costituzionale avanzate nei confronti dell'art. 1462 c.c. in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. In tale occasione, la Consulta ha precisato che la clausola in questione trova la sua fonte in un contratto liberamente stipulato (dunque nel principio di autonomia negoziale) e non costituisce ostacolo all'instaurarsi di un valido rapporto processuale, avendo solo l'effetto di consentire la pronta soddisfazione della pretesa creditoria della controparte senza far luogo all'esame delle eccezioni del debitore, le cui ragioni potranno essere fatte valere dopo l'adempimento. Inoltre, il fatto che tale formula sia stabilita a carico di un solo contraente è giustificato, se si considera che essa è diretta ad assicurare la parte normalmente tenuta ad eseguire per prima la propria prestazione, circa il puntuale adempimento della prestazione corrispettiva della controparte, differito nel tempo. Tale clausola trova infatti frequente applicazione nei contratti di compravendita, di somministrazione e di locazione immobiliare, nei quali siano accordate dilazioni per il pagamento del prezzo, o stabiliti termini successivi per il pagamento delle singole somministrazioni, ovvero pattuito il regolare pagamento del canone secondo una determinata periodicità; ed ha precisamente lo scopo di garantire il venditore o fornitore, che ha consegnato la merce, e il locatore, che ha immesso il conduttore nel godimento della cosa locata, contro pretestuose eccezioni dilatorie. Inoltre, la sua validità ed efficacia è configurabile, per effetto dei limiti previsti espressamente nell'art. 1462 c.c., solo nei confronti delle eccezioni aventi il loro fondamento nell'inesatto o imperfetto adempimento da parte dell'attore, cioè delle *exceptiones inadimpleti*, e più propriamente *non rite adimpleti contractus*. In proposito, cfr. Benedetti, *op. cit.*, p. 121 e ss.

¹⁹³ Cfr. Torrente - Schlesinger, *op. cit.*, p. 654.

dell'aderente¹⁹⁴ quale garanzia di una consapevole approvazione; ove invece la suddetta clausola sia contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista, essa sarà considerata vessatoria¹⁹⁵.

9) L'*exceptio inadimplenti contractus*, principale tecnica di autotutela conservativa.

Dopo aver illustrato il contesto sistematico in cui affonda le proprie radici l'istituto cardine del presente elaborato, vale a dire l'eccezione di inadempimento, è possibile illustrarne le caratteristiche che le sono proprie, alla luce delle chiarificazioni e degli aggiustamenti apportati nel tempo dalla giurisprudenza e dalla dottrina civiliste, per poi esplorare nei prossimi capitoli le evoluzioni che potrebbero intervenire nell'utilizzo di questo strumento all'interno di un settore percorso da logiche parzialmente diverse, com'è quello del diritto del lavoro, alla luce delle più recenti modifiche legislative sopravvenute.

L'eccezione di inadempimento¹⁹⁶, quale positivizzazione del brocardo «*inadimplenti non est adimplendum*» già immanente nel nostro ordinamento e

¹⁹⁴ Si veda quanto disposto dall'art. 1341, 2° co., c.c., che in assenza della firma prevede quale sanzione l'inefficacia.

¹⁹⁵ Si fa qui riferimento all'art. 33, 2° co., alle lettere r) e t), cod. cons., ai sensi del quale si presumono vessatorie le clausole che hanno per oggetto o per effetto, rispettivamente, «limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento da parte del consumatore» ovvero «sancire a carico del consumatore (...) limitazioni della facoltà di opporre eccezioni».

¹⁹⁶ Sul tema si possono richiamare le seguenti opere: Dalmartello, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, 1960, p. 365 e ss.; Realmonte, *Eccezione d'inadempimento* (voce), in *Enc. Giur.*, XIV, 1965, p. 222 e ss.; Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1974, p. 14 e ss e 191 e ss.; Dagnino, *op. cit.*, p. 129 e ss.; Saturno, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione d'inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, ESI, 1995; Bianca, *Eccezione di inadempimento e buona fede*, in *Il contratto. Silloge in onore di Oppo*, Cedam, Padova, 1992, p. 515 e ss.; Rappazzo, *op. cit.*, p. 48 e ss.; Vecchi, *L'eccezione di inadempimento*, in Mazzamuto S. (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002; Ferrante, *op. cit.*, p. 119 e ss.; Di Majo, *op. cit.*, 2009, p. 234 e ss.; Cappuccini, *L'autotutela unilaterale passiva*, in Gianniti (a cura di), *op. cit.*, p. 143 e ss.; Benedetti, *op. cit.*, p. 5 e ss..

tuttora vigente anche nel diritto internazionale¹⁹⁷, è stata disciplinata espressamente dall'art. 1460 c.c. Tale norma prevede che «nell'ambito dei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia, non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede».

Per mezzo di tale strumento, la parte (che rivesta la doppia qualità di debitore e di creditore all'interno di un contratto sinallagmatico) può¹⁹⁸ validamente resistere alla contestazione, mossagli dall'altro contraente, di non aver adempiuto alla propria prestazione a causa dell'inadempimento della controparte stessa. È un rimedio di carattere generale, rimesso all'iniziativa e alla volontà delle parti, può essere sollevato in giudizio dal convenuto oppure in via stragiudiziale, non richiede forme particolari affinché sia validamente esperito e si concretizza in un rifiuto legittimo di adempiere alla propria obbligazione.

In questo modo, insomma, il contraente che abbia mantenuto una condotta corretta e che, malgrado la rottura del vincolo contrattuale causata

¹⁹⁷ Cfr. Pavoni, *L'autotutela nel diritto comunitario e internazionale*, in Gianniti (a cura di), *op. cit.*, p. 570 e ss. Si rammenta, inoltre, la previsione di cui all'art. 71 della Convenzione di Vienna sui contratti di compravendita internazionale di merci (adottata a Vienna l'11.4.1980, resa esecutiva con L. 11.12.1985, n. 765), più simile però alla disposizione sulla sospensione della prestazione di cui all'art. 1461 c.c. che non all'eccezione di inadempimento. Allo stesso modo, all'interno dei *Principles of European Contract Law* vi è una disposizione (sec. 9:201) rubricata "*Right to withhold performance*" che prevede «1. A party who is to perform simultaneously with or after the other party may withhold performance until the other has tendered performance or has performed. The first party may withhold the whole of its performance or a part of it as may be reasonable in the circumstances. 2. A party may similarly withhold performance for as long as it is clear that there will be a non-performance by the other party when the other party's performance becomes due». Cfr., al riguardo, le notazioni di Vecchi, *op. cit.*, p. 379, e di Benedetti, *op. cit.*, p. 22, nota n. 54.

¹⁹⁸ In merito al concetto di «facoltà del creditore» nella disciplina generale delle obbligazioni, classificate in soddisfattive, dispositive e sanzionatorie, si rinvia a Iorio, *op. cit.*, 2012, p. 9 e ss.

dall'inadempimento della controparte, non voglia avvalersi della risoluzione prevista dall'art. 1453 c.c., ma intenda invece mantenere in vita il rapporto obbligatorio, può farlo, riducendo al contempo i danni provocatigli dalla mancata realizzazione del sinallagma ed evitando di dover rendere a propria volta una prestazione che l'inadempimento altrui ha reso priva di giustificazione; ciò almeno sino a quando l'eccepiteo non abbia almeno offerto il proprio adempimento. Grazie allo strumento in questione, si conserva una sorta di equilibrio tra le posizioni sostanziali dei contraenti, che altrimenti sarebbe destabilizzato dall'inadempimento originario.

Allo stesso tempo, dopo la consistente esposizione della categoria sistematica dell'autotutela, è appena il caso di sottolineare che l'eccezione di inadempimento costituisce un rimedio che l'ordinamento mette a diretta disposizione dei singoli soggetti delle obbligazioni¹⁹⁹, i quali vengono così posti nella condizione di paralizzare la pretesa avversaria senza dover subire per questo conseguenze negative (almeno astrattamente) e senza dover attendere i tempi necessari a un giudice per valutare la situazione e l'eventuale sentenza costitutiva, che sancisca lo scioglimento del vincolo contrattuale e la conseguente liberazione dai reciproci obblighi. Grazie al suddetto strumento, il paciscente fedele al vincolo contrattuale può legittimamente difendersi dalla violazione commessa dalla controparte, avere il tempo di valutare le proprie opzioni e nel contempo tentare di indurre l'altro contraente all'adempimento senza dover necessariamente sostenere le spese e l'alea di un processo.

Nella maggior parte dei casi, infatti, l'eccezione di inadempimento viene sollevata prima e al di fuori di un giudizio, essendo pienamente efficace già sul piano stragiudiziale; tuttavia, nulla impedisce che venga fatta valere anche nel

¹⁹⁹ La Suprema Corte ha più volte affermato la natura di strumento di autotutela della norma di cui all'art. 1460 c.c.: *ex multis*, si vedano Cass. civ., sez. II, 5.7.2012, n. 11304; Cass. civ., sez. II, 31.5.2010, n. 13231; Cass. civ., sez. II, 24.5.1996, n. 4780.

corso di un procedimento²⁰⁰. L'eccezione d'inadempimento, infatti, agisce non solo sul piano sostanziale, ma anche su quello processuale²⁰¹: in tale ultimo caso, l'istituto in parola potrà essere opposto dalla parte convenuta in giudizio non solo per controbattere all'eventuale richiesta di adempimento da parte dell'attore, ma altresì, se del caso, per neutralizzare la domanda di risoluzione per inadempimento proposta da quest'ultimo²⁰². La rilevabilità dell'eccezione, tuttavia, coerentemente con la natura di mezzo di autodifesa, è rimessa all'iniziativa del soggetto convenuto, non potendo il giudice esaminarla d'ufficio²⁰³.

²⁰⁰ Cfr. Cass. civ., sez. II, 26.5.2003, n. 8314, ove si afferma il principio per cui l'eccezione di inadempimento può essere dedotta per la prima volta in sede giudiziale, anche ove non sia stata opposta in precedenza per giustificare il rifiuto dell'adempimento *ex adverso* richiesto, in quanto la facoltà di sospendere l'esecuzione del contratto, a fronte di un grave inadempimento della controparte, non è subordinato ad alcuna condizione, né alla previa intimazione di una diffida né ad alcuna generica contestazione dell'inadempimento.

²⁰¹ Cfr. Cass. civ., sez. II, 11.8.1997, n. 7480, che ribadisce tale principio spiegando che «l'*exceptio inadimplenti contractus* consente non solo di paralizzare la domanda di adempimento ma pur di escludere il diritto della controparte di far accertare o di domandare la risoluzione del contratto». In senso conforme, cfr. anche TAR Latina, 1.9.2005, n. 662.

²⁰² Cfr. Cass. civ., sez. I, 3.5.1979, n. 2549, ove si afferma testualmente che «La disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 1453 c.c., secondo cui dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione, non preclude alla parte convenuta in giudizio per la risoluzione del contratto di sollevare l'eccezione "*inadimplenti non est adimplendum*", al fine di far accertare che il proprio inadempimento trova la sua giustificazione nell'inadempimento dell'altro contraente, in quanto l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. non ha solo la limitata funzione di paralizzare la domanda di adempimento, ma può anche essere impiegata per escludere il diritto della controparte alla risoluzione del contratto, previa valutazione comparativa del comportamento dei contraenti, in riferimento all'elemento cronologico delle rispettive inadempienze e ai rapporti di causalità e proporzionalità degli inadempimenti rispetto alla funzione economico-sociale del contratto». In senso conforme, anche Cass. civ., sez. II, 23.5.1980, n. 3400, che ritiene possibile paralizzare altresì la domanda di accertamento di una risoluzione "*ope legis*" a seguito di una sterile diffida ad adempiere.

²⁰³ Cfr. Cass. civ., sez. III, 29.9.1999, n. 10764. Della stessa opinione è Roppo, *op. cit.*, 2006, p. 419, il quale sostiene che l'orientamento circa la natura sostanziale delle eccezioni dilatorie è ormai assolutamente prevalente e trova conferma nella formula utilizzata da molte pronunce giurisprudenziali, per cui «L'*exceptio inadimplenti contractus* di cui all'art. 1460 costituisce un'eccezione in senso proprio, rimessa, pertanto, alla disponibilità ed all'iniziativa del convenuto, senza che il giudice abbia il dovere di rilevarla o di esaminarla d'ufficio»: cfr. ad esempio Cass. civ., sez. II, 5.8.2002, n. 11728 e, in dottrina, Vecchi, *op. cit.*, p. 378 e Ferrante, *op. cit.*, p. 169; quest'ultimo, però, effettua delle distinzioni, propendendo per la non rilevabilità

9.1) Le radici storiche dell'eccezione di inadempimento.

Benché alcuni interpreti ritengano di poter far risalire le origini dell'istituto in commento sino al diritto romano²⁰⁴, le prime tracce riconducibili in modo più certo a tale figura si possono rinvenire piuttosto nel diritto intermedio, quando si è iniziato a considerare ingiusto costringere un contraente a rendere la propria prestazione in favore di un altro contraente che, al contrario, non dimostra alcuna volontà di prestar fede al contratto in essere tra le parti, arricchendosi in modo ingiustificato. A seconda, poi, che l'obbligazione non adempiuta avesse ad oggetto il dovere di *dare* ovvero di *facere*, i mezzi per salvaguardare il sinallagma contrattuale consistevano in una ritenzione del bene o della prestazione (in altre parole, una sospensione dell'azione dovuta)²⁰⁵.

I primi rimedi avverso simili frangenti, esperibili in via di autodifesa dai privati cittadini, iniziano ad essere accolti nel diritto positivo alle soglie del XX secolo, in gran parte dell'Europa continentale (in particolare, ne abbiamo notizia

d'ufficio in caso di mancata proposizione dell'eccezione da parte del convenuto regolarmente costituitosi (il quale avrebbe così deciso di rinunciarvi liberamente) e, invece, sostenendo la possibilità per il giudice di respingere la domanda attorea in virtù del previo inadempimento dell'agente, nel caso di contumacia del convenuto, il quale però abbia sollevato l'eccezione in via stragiudiziale e ciò risulti agli atti. Voce minoritaria seppur autorevole è costituita da Sacco, *op. cit.*, 2004, p. 644 e ss., il quale non ritiene che l'art. 1460 c.c. integri un'eccezione sul piano sostanziale.

²⁰⁴ Per una motivata critica a tale impostazione, si rinvia a Fascione, *Profili storici dell'inadempimento*, in *RIDL*, 1993, II, p. 704 e ss. e anche Benedetti, *op. cit.*, p. 7 e ss. A favore invece delle radici romanistiche si vedano Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 16 e ss. e Ferrara Santamaria, *op. cit.*, p. 113, il quale riconduce la fattispecie dell'eccezione d'inadempimento all'*exceptio doli generalis*. Uno studio di Vacca, *Profili della "risoluzione" nella compravendita e nella locazione fra storia e comparazione*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 2, p. 493 e ss., ritiene che la giurisprudenza romana dell'età classica fosse già riuscita a individuare «i principi che regolano le conseguenze dell'inadempimento» e avesse utilizzato i criteri del *bonum et aequum* quantomeno in riferimento alla vendita consensuale. Il giudice poteva dunque esaminare il rapporto contrattuale nel suo complesso, senza aver bisogno di un'apposita *exceptio* al fine di valutare comportamento ed eventuali scorrettezze di entrambi i contraenti.

²⁰⁵ Ferrante, *op. cit.*, p. 121. Cfr. anche Benedetti, *op. cit.*, p. 9 e ss.

in Germania²⁰⁶ e in Francia²⁰⁷). Tuttavia, durante la vigenza del codice civile del 1865, malgrado dottrina e giurisprudenza riconoscessero la sussistenza nel nostro ordinamento del principio *inadimplenti non est adimplendum*, considerandolo un precipitato del principio di buona fede, o dell'equità, o della facoltà del creditore di avvalersi della risoluzione in caso di inadempimento, o di una serie di altre norme²⁰⁸, il legislatore aveva optato per non introdurlo nella codificazione quale rimedio di carattere generale²⁰⁹. Tale inserimento avverrà solo nel 1942, all'art. 1460 c.c. già riportato e in una serie di previsioni specifiche all'interno delle varie tipologie contrattuali²¹⁰. Oltre all'eccezione di inadempimento verrà codificato anche il diritto di ritenzione, ma solo all'interno della disciplina dei singoli contratti, senza l'inserimento di un'analogia norma nella parte generale.

²⁰⁶ Saturno, *op. cit.*, p. 1 e ss..

²⁰⁷ Risalente nel tempo, Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914. Richiama questo autore, e altresì quello della nota precedente, anche Roppo, *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 2006, p. 414.

²⁰⁸ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 127, Fascione, *op. cit.*, p. 709, e Benedetti, *op. cit.*, p. 15.

²⁰⁹ Se non in via mediata, nella disciplina di alcuni particolari contratti (come, d'altronde, era già avvenuto nel *Code civil* francese dell'epoca, che ne costituiva l'archetipo), quale ad esempio la compravendita, v. artt. 1469 e 1510 del codice civile del 1865, rispettivamente a favore del venditore e del compratore: cfr. Benedetti, *op. cit.*, p. 15. Lo studio che per primo ha avuto il merito di ricostruire la storia dell'*exceptio inadimpleti contractus* nel nostro ordinamento, riconoscendole la dignità di istituto autonomo e generale, è quello di Scaduto, *L' "exceptio non adimpleti contractus" nel diritto civile italiano*, in *Annuali del Seminario giuridico*, Palermo, 1921. Benedetti (*op. cit.*, p. 18) afferma che Scaduto, a questo proposito, ha fatto per l'Italia quello che Cassin ha fatto per la Francia.

²¹⁰ Si pensi agli artt. 1481 e 1482 c.c., in materia di compravendita, che prevedono la possibilità per il compratore di sospendere il pagamento del prezzo ove vi sia pericolo di rivendita da parte di terzi, ovvero se la cosa acquistata sia oggetto di garanzie reali comunque o gravata da vincoli in favore di terzi; all'art. 1565 c.c., in materia di somministrazione, che prevede la possibilità per il somministrante di sospendere l'esecuzione del contratto a fronte di un inadempimento della controparte di non lieve entità; all'art. 1901 c.c., in materia di assicurazione, che stabilisce la sospensione dell'assicurazione in caso di mancato pagamento del premio da parte dell'assicurato.

9.2) La configurazione giuridica dell'eccezione di inadempimento: presupposti, ambito di operatività e funzioni.

I presupposti dell'operatività dell'eccezione di inadempimento desumibili dalla lettera della norma e precisati dagli studiosi²¹¹ consistono essenzialmente nel rapporto di corrispettività che lega le prestazioni reciproche delle parti del contratto, in una particolare concatenazione temporale delle suddette prestazioni (che distingue, come abbiamo già accennato, l'art. 1460 c.c. dal successivo art. 1461 c.c.), nell'inadempimento di uno dei contraenti (il quale, secondo certa dottrina, dovrebbe possedere determinate caratteristiche per rilevare ai sensi dell'art. 1460 c.c.), nonché nel rispetto di una particolare declinazione del principio di buona fede (su quest'ultimo aspetto, che riveste un'importanza particolare anche nel prosieguo dell'elaborato, ci si soffermerà più estesamente in un apposito paragrafo).

Il primo elemento su cui si è concentrata l'attenzione degli interpreti è dato dal nesso sinallagmatico²¹² che deve intercorrere tra le prestazioni del contratto (quella inadempita e quella sospesa), il quale rappresenta al contempo un requisito e un oggetto di tutela dell'eccezione: infatti, se da un lato quest'ultima si giustifica solo ove si tratti di un contratto a prestazioni corrispettive²¹³, dall'altro l'esperimento dell'*exceptio* mira a rinsaldare il vincolo contrattuale e a garantire una certa reciprocità negli adempimenti (sia in positivo che in

²¹¹ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 131 e ss.; Dalmartello, *op. cit.*, p. 357; Realmonte, *op. cit.*, p. 227; Bigliazzi Geri, *op. cit.*, p. 14 e ss.; Benedetti, *op. cit.*, p. 28 e ss.

²¹² Cfr. Dalmartello, *op. cit.*, p. 354 e ss., ove si dichiara che l'eccezione di inadempimento sarebbe una manifestazione minore del sinallagma funzionale, mentre la risoluzione per inadempimento ne costituirebbe la manifestazione maggiore; l'Autore rammenta che con il termine «sinallagma», la cui etimologia discende dal greco, si intende fornire una formulazione sintetica in grado di racchiudere il nesso sussistente tra due obbligazioni reciproche, che si manifesta tanto nella fase costitutiva del contratto (c.d. «sinallagma genetico») sia nella fase esecutiva dello stesso (c.d. «sinallagma funzionale»).

²¹³ La particolare struttura del contratto a prestazioni corrispettive fa sì che ciascuna delle parti abbia assunto la propria obbligazione in considerazione del raggiungimento contestuale della controprestazione, per cui sia disposta ad adempiere solo ove lo faccia anche l'altra.

negativo, in modo da non destabilizzare la posizione di uno solo dei contraenti a vantaggio – peraltro illecito – dell'altro).

Gli studiosi si sono interrogati in merito a quali tipi di rapporti obbligatori potessero rientrare nella definizione di contratti sinallagmatici e, soprattutto, nell'ambito di quali potesse sollevarsi legittimamente il mezzo di autotutela in questione. Se di certo vi rientrano i contratti c.d. onerosi e, tra questi, i contratti di lavoro subordinato, ad esempio, è invece dubbio se ricomprendervi anche i c.d. contratti bilaterali imperfetti²¹⁴, che prevedono l'assunzione dell'obbligo a carico di una sola delle parti.

Un altro quesito la cui soluzione potrebbe avere riflessi rilevanti per il prosieguo dell'opera è quello che riguarda l'operatività dell'eccezione anche per quelle prestazioni che non costituiscono l'obbligazione principale, bensì degli obblighi accessori a quest'ultima. Mediante tale definizione ci si intende riferire ai c.d. «obblighi di protezione»²¹⁵, quei doveri che corredano l'oggetto precipuo dell'obbligazione, affinché siano protetti la persona e il patrimonio dell'altro contraente durante l'esecuzione del rapporto, quali applicazioni concrete delle clausole generali di correttezza e buona fede che conformano a sé l'intero settore delle obbligazioni. Parte della dottrina civilista italiana, in realtà, propende cautelativamente per l'ammissibilità dell'eccezione di inadempimento solo a fronte di prestazioni che siano l'oggetto primario del contratto o, al massimo, immediatamente accessorie ad esse²¹⁶. Vi è, tuttavia, chi ha invece considerato calzante anche a tale norma una nozione unitaria²¹⁷ di prestazione, che tenga

²¹⁴ In termini dubitativi si veda Ferrante, *op. cit.*, p. 131 e ss, in termini recisamente negativi cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1974, p. 16.

²¹⁵ Per un'esautiva comprensione della tematica indicata, pare imprescindibile partire da Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzo» (studio critico)*, in *RDComm*, 1954, I, p. 180 e ss., nonché da Mancini, *op. cit.*, p. 53 e ss.; in generale, cfr. Castronovo, *Obblighi di protezione* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990.

²¹⁶ Cfr. Realmonte, *op. cit.*, p. 224 e ss.

²¹⁷ Cfr. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Cicu e Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVI, t. 1, Giuffrè, Milano, 1974, p. 12 e ss., il quale ritiene che i

conto sia della fase statica che di quella dinamica (vale a dire l'attuazione) del rapporto obbligatorio e che comprenda «tutte le attività che, anche se non esplicitamente dedotte *in obligatione*, appaiono indissolubilmente concatenate in funzione di quel risultato»²¹⁸. Seguendo questo ragionamento, si potrebbe altresì aprire la strada per l'inclusione nelle obbligazioni inadempite che giustificano l'*exceptio* di quelle nascenti nel corso dell'esecuzione del rapporto e risultanti da condotte assunte nell'esplicazione di un'attività dovuta²¹⁹. La questione può dirsi ancora aperta ma sarà ripresa nel prosieguo, in quanto un'eventuale soluzione positiva consentirebbe spunti di tutela meritevoli di attenzione anche nell'ambito del diritto del lavoro.

Per quanto riguarda il requisito costituito dall'inadempimento legittimante, si è discusso se dovesse rivestire i caratteri previsti dall'art. 1455 c.c.²²⁰ con

doveri integrativi o accessori di protezione non abbiano in realtà alcuna autonomia rispetto alla prestazione principale.

²¹⁸ Questa è la posizione di Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1974, p. 21 e ss., la quale a sua volta cita Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, t. 2, Giuffrè, Milano, 1967, p. 105. Anche Vecchi, *op. cit.*, p. 394 e ss., sembra auspicare una simile soluzione, dopo aver richiamato la dottrina tedesca che è prevalentemente orientata proprio nel senso che «una volta concluso il contratto, (questi obblighi) vengano ad integrarne il contenuto, arricchendolo di situazioni di dovere che non solo gravano su entrambe le parti, ma concorrono al perseguimento dei risultati da queste perseguiti, di modo che il loro inadempimento può consentire il ricorso a tutti i rimedi contrattuali, compreso quello in esame». Il medesimo Autore, inoltre, trova una possibile dimostrazione del fatto che anche gli obblighi di protezione, quale quello di sicurezza, possa giustificare l'eccezione di inadempimento nei casi, appartenenti al settore lavoristico, in cui il datore di lavoro abbia violato obblighi diversi da quelli della retribuzione, quali l'adibizione a mansioni non corrispondenti alla qualifica, ovvero il trasferimento ingiustificato.

²¹⁹ Cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1974, p. 24.

²²⁰ L'art. 1455 c.c., rubricato "Importanza dell'inadempimento", prevede che quest'ultimo dev'essere di non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse della controparte che lo subisce. Da tale norma deriva che la gravità dell'inadempimento vada valutata considerando la situazione di entrambe le parti. La giurisprudenza è intervenuta più volte a specificare cosa si intenda per inadempimento di non scarsa importanza; cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 28.6.2010, n. 15363, ove si è precisato che tale principio va adeguato a un criterio di buona fede contrattuale, perciò la gravità dell'inadempimento non va commisurata all'entità del danno, che potrebbe anche mancare, ma alla rilevanza della violazione del contratto con riferimento alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione.

esplicito riferimento all'inadempimento che giustifica, invece, la risoluzione contrattuale. Pur se in giurisprudenza vi sono state alcune pronunce in cui, evidentemente influenzati dalla norma citata, i giudici hanno ritenuto necessario rimarcare che – anche nel caso dell'eccezione – l'inadempimento legittimante è solo quello grave, venendo altrimenti violato il principio di buona fede di cui al 2° comma dell'art. 1460 c.c.²²¹, la dottrina si è ormai distaccata da tale approccio, ribadendo la profonda differenza esistente tra il rimedio in questione e la risoluzione del contratto. Può pertanto capitare che vi siano inadempimenti che giustifichino l'*exceptio*, pur non consentendo la risoluzione²²².

Inoltre, è possibile estendere l'ambito di operatività dell'eccezione anche nei casi in cui l'inadempimento consista in un adempimento inesatto, in quanto parziale ovvero difforme da quello dovuto. Tale conclusione è corroborata *a contrario* dalla previsione di cui all'art. 1218 c.c., per cui l'unico adempimento in grado di liberare il debitore è quello esatto. Pertanto, oltre all'*exceptio inadimpleti contractus*, si sostiene che sussista nel nostro ordinamento anche l'*exceptio non rite adimpleti contractus*²²³, figura del tutto analoga alla prima e soggetta alle medesime regole, benché maggiormente soggetta al rischio di abuso: sarà infatti più difficile valutare la proporzionalità tra un adempimento quantitativamente o qualitativamente inesatto e un inadempimento assoluto, ma anche solo verificare la non pretestuosità dell'eccezione, dal momento che la qualità è un fattore soggetto a un alto grado di relatività²²⁴.

È opportuno rilevare altresì come, da certa parte della dottrina, non sia reputato necessario neppure che l'inadempimento sia imputabile alla

²²¹ Cfr. Cass. civ., sez. II, 22.1.2000, n. 699.

²²² Cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1974, p. 46, Benedetti, *op. cit.*, p. 55 e Cass. civ., sez. III, 26.1.2006, n. 1690, che non vi ravvisa alcuna contraddizione. Ciò non significa, naturalmente, che tra i due inadempimenti (quello addotto come giustificazione e quello da scriminarsi) non debba intercorrere un rapporto di proporzionalità, come si dirà più ampiamente *infra*.

²²³ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 129; cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1974, p. 39 e ss., nota 47.

²²⁴ Cfr. Benedetti, *op. cit.*, p. 62 e ss.

controparte, in quanto non ci sarebbe bisogno di alcuna valutazione in termini di dolo o colpa, dal momento che l'inadempimento rileverebbe sul piano oggettivo²²⁵. Ultima caratteristica che deve presentare l'inadempimento, discendente dalla funzione dilatoria dell'istituto, è data dalla circostanza che non deve essere irreversibile²²⁶: ove lo fosse, infatti, l'unico rimedio a disposizione della parte sarebbe la risoluzione per inadempimento e l'eventuale domanda di risarcimento danni, in quanto il rapporto contrattuale sarebbe già stato incrinato irrimediabilmente.

Altro presupposto implicito della fattispecie in esame è dato dall'ordine temporale delle prestazioni: secondo la lettera della norma, il rimedio è utilizzabile dal contraente che deve adempiere contestualmente all'altra parte, ogniquale volta l'adempimento sia previsto come simultaneo. In dottrina²²⁷ e in giurisprudenza²²⁸, poi, si è affermato l'orientamento per cui l'area di applicabilità dell'eccezione si estenderebbe altresì al contraente che debba adempiere dopo la controparte; per il contraente chiamato ad adempiere per primo, invece, lo strumento di autotutela previsto è quello di cui all'art. 1461 c.c.²²⁹.

²²⁵ In questo senso, cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1974, p. 34 e ss e Benedetti, *op. cit.*, p. 54. Sul criterio di imputabilità dell'inadempimento contrattuale, pur se nell'ottica della risoluzione, cfr. Iorio, *op. cit.*, p. 35 e ss. Ciò tuttavia non impedisce che gli elementi soggettivi vengano recuperati e assumano un valore all'interno della valutazione di buona fede *ex art.* 1460, 2° comma, c.c.: cfr. Benedetti, *op. cit.*, p. 53.

²²⁶ Cfr. Sacco, *op. cit.*, p. 641. La non irreversibilità dell'inadempimento può qualificarsi requisito "implicito" della fattispecie: il termine è usato da Benedetti, *op. cit.*, p. 61.

²²⁷ Cfr. Realmonte, *op. cit.*, p. 228 e ss., ove vi si fa riferimento come a un argomento *a fortiori*.

²²⁸ Parte della giurisprudenza, in realtà, si è spinta anche oltre, ammettendo l'esperibilità dell'eccezione *ex art.* 1460 c.c. anche in favore del contraente tenuto ad adempiere per primo, a fronte di situazioni di pericolo di inadempimento particolarmente elevato: cfr. Cass. civ., sez. III, 14.3.2003, n. 3787. Tale orientamento non sembra però condivisibile, in quanto l'*exceptio inadimpleti contractus* non può essere sollevata avverso a un inadempimento solo prospettato, a meno di non volerne snaturare l'essenza di rimedio di autotutela contro una lesione già in atto.

²²⁹ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 135 e ss. Per quanto riguarda più specificamente l'art. 1461 c.c., v. il paragrafo precedente. Vi sono in realtà delle pronunce giurisprudenziali che estendono l'esperibilità dell'eccezione di inadempimento anche alla parte che debba adempiere entro un

L'ultimo dei requisiti elencati nell'*incipit* del paragrafo è costituito dalla conformità dell'*exceptio* al principio di buona fede: data l'importanza di quest'ultima valutazione e del ruolo della buona fede nell'economia dell'intero elaborato, si ritiene di dedicarvi un intero paragrafo²³⁰.

Quanto invece alla funzione e alla natura giuridica dell'eccezione, questa appare ancora soggetta alle dispute degli interpreti, per quanto le relative posizioni ormai non si discostino radicalmente l'una dall'altra e colgano tutte in qualche misura nel segno, esaltando un aspetto in particolare dei molti che un istituto così poliedrico e duttile possiede.

Innanzitutto, alcuni vi hanno ravvisato una funzione di coazione psicologica, dal momento che per il tramite dell'eccezione la parte fedele al sinallagma contrattuale tenta di indurre la parte che è venuta meno ai propri obblighi contrattuali ad adempiere²³¹. In particolare, il suddetto meccanismo risulta efficace ogniqualvolta si sia in presenza di un adempimento parziale o inesatto, in quanto la controparte che ha adempiuto *non recte* si assume così un doppio rischio: quello di perdere la prestazione resa (per quanto parziale o inesatta) e quello di non conseguire quella a propria volta attesa.

Vi è stato poi chi ne ha sottolineato la funzione di salvaguardia del sinallagma contrattuale, destabilizzato dall'inadempimento di uno dei contraenti, per evitare alla parte rimasta fedele all'accordo negoziale di essere costretta ad adempiere comunque²³² e subire così, oltre al danno, la beffa. L'eccezione d'inadempimento, quale rimedio provvisorio²³³, svolge altresì una funzione

termine diverso e successivo a fronte di un evidente pericolo di perdere la prestazione, ma non appare condivisibile: cfr. Cass. civ., sez. II, 10.8.1998, n. 7823.

²³⁰ V. *infra*.

²³¹ Cfr. Realmonte, *op. cit.*, p. 239, e Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 272, il quale vi ravvisa, letteralmente, una "*funzione compulsoria all'adempimento*".

²³² Cfr. Dalmartello, *op. cit.*, p. 355 e Bianca, *op. cit.*, 1992, p. 519..

²³³ Cfr. Bianca, *op. cit.*, 1992, p. 518.

dilatoria o sospensiva, al fine di stimolare una successiva e regolare attuazione del sinallagma contrattuale²³⁴.

Analogamente, dunque, l'eccezione può essere considerata come una garanzia a vantaggio del contraente corretto, al fine di giustificare il temporaneo inadempimento ed evitargli al contempo di dover rendere subito la propria prestazione, in quanto poi molto difficilmente potrebbe recuperare quanto prestato anche se successivamente intervenisse una risoluzione. Ove l'*exceptio* sia proposta prima dell'inizio dell'esecuzione, inoltre, la stessa garantisce l'integrità patrimoniale²³⁵.

Appare invece superata l'opinione dottrina²³⁶ secondo la quale l'eccezione d'inadempimento rivestirebbe una mera funzione preparatoria rispetto alla risoluzione²³⁷, malgrado se ne ritrovi ancor oggi traccia nella giurisprudenza, all'evidente fine di circoscrivere quanto più possibile in via cautelare l'ambito di operatività di uno strumento di autotutela, prediligendo invece il mezzo giudiziale. Tale approccio interpretativo, tuttavia, presta il fianco alla critica, più volte sottolineata, per cui la tutela che possono offrire gli organi giudiziari è sovente molto meno efficace e soddisfacente di quella ottenibile per mezzo dell'*exceptio*: la prima si risolve, generalmente, in un risarcimento del danno per equivalente, il cui conseguimento è peraltro messo in pericolo dal sempre più frequente sottrarsi dei soggetti soccombenti all'esecuzione dei provvedimenti

²³⁴ Cfr. Benedetti, *op. cit.*, p. 58, il quale, a sua volta, richiama la definizione data da Roppo, *op. cit.*, 2001, p. 985, alle eccezioni sospensive: «difese con cui una parte, cui l'altra chiedi l'adempimento e/o imputi l'inadempimento, può nell'immediato bloccare le pretese rivolte contro di lei, opponendo fatti che giustificano, almeno temporaneamente, il suo rifiuto di adempiere». Cfr. anche Dalmartello, *op. cit.*, p. 355.

²³⁵ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 178-179.

²³⁶ Esponente di tale corrente di pensiero è, per esempio, Auletta, *op. cit.*, p. 300 e ss, il quale attribuisce all'eccezione di inadempimento uno strumento volto ad assicurare la fruttuosità di una futura sanzione esecutiva.

²³⁷ Un elemento testuale a favore di questa opzione è sicuramente dato dalla collocazione dell'art. 1460 c.c. all'interno del capo dedicato alla risoluzione del contratto e, più specificamente, della sezione relativa alla risoluzione per inadempimento, benché le conseguenze nell'esperimento dei due rimedi siano affatto diverse (cfr. Codice civile, libro IV, titolo II, capo XIV, sezione I).

giudiziali, eludendo le limitate azioni esecutive esperibili; la seconda, invece, si realizza di per sé in forma specifica ed evita così di cadere nell'area di operatività dell'incoercibilità degli obblighi di fare (che, per esempio nel settore del diritto del lavoro, rappresenta una restrizione consistente, anche dopo le modifiche apportate dall'introduzione nel codice di procedura civile dell'*astreinte* di cui all'art. 614-bis c.p.c., che, come è noto, esclude esplicitamente dal proprio ambito applicativo le controversie di lavoro).

9.3) Il ruolo centrale della buona fede, quale fondamento e confine dell'eccezione.

Il secondo comma dell'art. 1460 c.c., come illustrato, dispone che «non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede». Il principio di buona fede cui fa riferimento la norma dev'essere inteso in senso oggettivo²³⁸ come dovere di correttezza, quale criterio discrezionale in base al quale stabilire l'ammissibilità o meno dell'*exceptio* nel caso concreto²³⁹. Il ruolo assegnato alla clausola generale, allora, è di capitale importanza, quale parametro in base al quale valutare se l'inadempimento addotto sia tale da giustificare il mancato svolgimento della prestazione dovuta dall'*excipiens*.

Pertanto, qualora si verta della legittimità dell'eccezione sollevata da uno dei contraenti, citato in giudizio dalla controparte che invece richiede la risoluzione per inadempimento, ovvero l'adempimento, talvolta insieme al risarcimento dei danni, l'organo giudicante dovrà procedere a quell'esame di buona fede evocato dalla norma riportata, assicurandosi che vi sia equivalenza tra la prestazione non

²³⁸ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 147 e Bianca, *op. cit.*, 1992, p. 515: con tale terminologia ci si riferisce essenzialmente alla buona fede cui deve uniformarsi l'intera fase esecutiva del contratto, ex art. 1375 c.c., che mira a garantire l'esatto adempimento del programma negoziale originario.

²³⁹ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 142 e ss.

resa in origine e quella successivamente rifiutata, nonché che l'*exceptio* non sia stata sollevata pretestuosamente, violando il dovere di comportarsi con lealtà nei confronti della controparte. Come concretamente egli debba effettuare la suddetta valutazione, riempiendo di contenuto la clausola generale²⁴⁰, non è però altrettanto univoco, dal momento che la giurisprudenza (piuttosto vaga od ondivaga sul punto) ha seguito, di volta in volta, orientamenti diversi.

Secondo una linea interpretativa, che ha trovato un certo seguito nelle pronunce dei giudici, l'operazione in questione si tradurrebbe in sostanza in un giudizio che accerti la gravità dell'inadempimento²⁴¹, in quanto solo nei casi in cui quest'ultimo possa essere definito grave l'*exceptio* sarebbe legittima. Se, da un lato, questo orientamento risente evidentemente della concezione (come già detto, ormai sorpassata) dell'istituto in parola quale mezzo propedeutico alla risoluzione per inadempimento, dalla cui disciplina trarrebbe il requisito di un mancato adempimento di non scarsa importanza, dall'altro risponde al comune buon senso il fatto che l'inadempimento che consente il ricorso all'autotutela debba essere solo quello dotato di un impatto lesivo di una certa consistenza sulla tenuta dell'assetto contrattuale nel suo complesso.

Un altro orientamento, il più percorso dagli interpreti, invece, ha tradotto la valutazione alla luce del principio di buona fede (considerato come un precetto integrativo del rapporto contrattuale che impone a ogni contraente di

²⁴⁰ Bianca, *op. cit.*, 1992, p. 516 e ss. ha provato ad elencare le varie formule adottate da giurisprudenza e dottrina per identificare la buona fede invocata dalla norma.

²⁴¹ Tale orientamento è stato criticato e respinto da Bianca, *op. cit.*, 1992, p. 517 e ss, in quanto l'Autore ritiene che, limitando la proponibilità dell'eccezione ai casi in cui l'inadempimento sia di non scarsa importanza, si introdurrebbe arbitrariamente un presupposto che la legge prevede solo per la risoluzione; ciononostante, il suddetto ragionamento è stato sovente utilizzato dai giudici della Suprema Corte: cfr. Cass. civ., sez. III, 11.5.1998, n. 4743; Cass. civ., sez. lav., 16.5.2006, n. 11430; Cass. civ., sez. II, 16.6.2014, n. 13685; da ultimo, anche Cass. civ., sez. II, 4.5.2016, n. 8912, ove si afferma ancora una volta che ove il giudice rilevi che «l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave ovvero riveste scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 c.c., deve ritenere che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia di buona fede e, quindi, non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460, comma 2, c.c.».

comportarsi lealmente e salvaguardare l'utilità della controparte²⁴²) in un giudizio sulla proporzionalità tra gli inadempimenti, ponendo a confronto la prestazione non eseguita sin dall'inizio e quella successivamente rifiutata dall'*excipiens*.

È noto che la proporzionalità costituisce, all'interno del nostro ordinamento, un principio fondamentale che soccorre nel caso in cui sia necessario bilanciare interessi opposti, quale precipitato dell'art. 3 Cost.²⁴³ Proprio facendo leva su questo espediente, gli organi giudicanti sono riusciti a pervenire a una determinazione equa in molti dei casi specifici sottoposti al loro vaglio. In alcune di tali occasioni, la Suprema Corte ha avuto modo di esplicitare il ragionamento seguito: «nei contratti con prestazioni corrispettive, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento in caso di inadempienze reciproche è necessario far luogo ad un giudizio di comparazione in ordine al comportamento di ambo le parti, al fine di stabilire quale di esse, in relazione ai rispettivi interessi ed all'oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma; tale accertamento è riservato al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivato»²⁴⁴.

²⁴² Cfr. Bianca, *op. cit.*, 1992, p. 520.

²⁴³ Cfr. Perulli, *Buona fede e diritto del lavoro*, in *RGL*, 2002, p. 19 e ss.

²⁴⁴ Cfr. Cass. civ., sez. II, 8.6.2006, n. 13365. In senso conforme si vedano, *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 15.4.2002, n. 5444, Cass. civ., sez. III, 1.6.2004, n. 10477; Cass. civ., sez. lav., 16.5.2006, n. 11430; nonché Cass. civ., sez. III, 11.4.2006, n. 8425, ove si precisa che la valutazione della proporzionalità tra i rispettivi adempimenti va condotta non in rapporto alla rappresentazione soggettiva che ne facciano le parti, bensì in relazione alla situazione oggettiva. Cfr. altresì Cass. civ., sez. lav., 7.11.2005, n. 21479, che specifica che il giudice di merito deve valutare comparativamente non solo la quantità dei contrapposti inadempimenti (e cioè quanta parte dell'obbligazione assunta sia rimasta inadempita), ma anche e soprattutto la qualità di essi (e cioè la loro rilevanza sull'economia del rapporto contrattuale). Cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 2.4.2004, n. 6564, la quale stabilisce che è necessaria una valutazione comparativa dei comportamenti, che tenga conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche di quello logico, essendo necessario stabilire se vi sia relazione causale ed adeguatezza, nel senso della proporzionalità rispetto alla funzione economico - sociale del contratto, tra l'inadempimento dell'uno e il precedente inadempimento dell'altro. Peraltro, il rifiuto di adempiere, come reazione

Inoltre, grazie al richiamo letterale a non meglio specificate «circostanze»²⁴⁵ riportato nel 2° comma dell'art. 1460 c.c., gli interpreti potranno valorizzare anche tutta una serie di altri elementi che appaiono non trascurabili ai fini della valutazione: potranno, in tal modo, trovare ingresso all'interno di questa sia elementi oggettivi (quali la natura principale o accessoria della prestazione non adempiuta, il valore economico delle obbligazioni, l'interesse dei creditori all'adempimento etc.) sia elementi soggettivi (quali la chiarificazione delle ragioni reali dell'inadempimento originario, l'eventuale tolleranza dell'altrui inadempimento da parte dell'eccipiente; il momento temporale in cui è stata sollevata l'eccezione rispetto all'esecuzione del contratto)²⁴⁶ che concorreranno a una definizione della questione più equa e più rispondente al caso concreto²⁴⁷.

Già da questa necessariamente sintetica illustrazione emerge la doppia anima che racchiude in sé il principio di buona fede nei confronti dell'eccezione di inadempimento, costituendone allo stesso tempo il fondamento e il limite²⁴⁸.

Che la clausola generale di buona fede si ponga a fondamento dell'istituto emerge dal fatto che lo stesso è volto a consolidare un vincolo contrattuale che sta attraversando un momento di crisi e che sarebbe contrario alla correttezza esigere, in un rapporto sinallagmatico, la prestazione altrui senza adempiere od offrirsi di adempiere la prestazione a proprio carico. In questo senso, l'*exceptio* è

al primo inadempimento, oltre a non contrastare con i principi generali della correttezza e della lealtà, deve risultare ragionevole e logico in senso oggettivo, trovando concreta giustificazione nella gravità della prestazione ineseguita, alla quale si correla la prestazione rifiutata.

²⁴⁵ Già Realmonte, *op. cit.*, p. 230, sottolineava che la legittimità o meno dell'esperimento dell'eccezione andasse valutata non solo sulla base dell'entità dell'inadempienza, ma tenendo conto anche di tutte le circostanze concrete.

²⁴⁶ Cfr. Benedetti, *op. cit.*, p. 53.

²⁴⁷ Tuttavia, secondo un orientamento condiviso da dottrina e giurisprudenza, qualora i contraenti abbiano liberamente inserito nel testo negoziale un'apposita e preventiva valutazione dell'importanza e del rapporto di proporzionalità delle reciproche prestazioni, il tribunale chiamato a giudicare della fondatezza dell'eccezione di inadempimento sollevata da una delle parti dovrebbe attenersi a quanto stabilito dalle stesse in sede di stipula, poiché la loro libera stima è quella davvero rilevante: cfr. Bianca, *op. cit.*, 1992, p. 515, nota 1.

²⁴⁸ Cfr. Benedetti, *op. cit.*, p. 50.

un rimedio esperibile in via di autodifesa contro la scorrettezza del contraente infedele, a patto che si rispetti, a propria volta, il dovere di correttezza.

Tuttavia, il principio in esame rappresenta anche un limite²⁴⁹, in quanto ove l'eccezione sia sollevata da uno dei contraenti in violazione della regola di buona fede, allo scopo di mascherare un proprio inadempimento (o comunque in forza di un motivo non corrispondente alle finalità per cui tale potere è stato previsto e concesso dalla legge), essa non potrà giovare alla parte che l'ha sollevata, restando del tutto priva di effetto. Il contraente in malafede sarà così tenuto a realizzare la prestazione dovuta alla controparte senza potersi legittimamente rifiutare, ovvero sarà comunque esposto alle azioni di risoluzione contrattuale e di risarcimento del danno che all'altro pacificamente spetteranno.

²⁴⁹ Cfr. Bianca, *op. cit.*, 1992, p. 522, il quale elenca i casi in cui il rifiuto di uno dei contraenti di eseguire la propria prestazione risulterebbe abusivo.

CAPITOLO II
L'AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL LAVORATORE
SUBORDINATO

***Operatività delle fattispecie di autodifesa contrattuale all'interno del
rapporto di lavoro***

Dopo aver impostato la questione concernente l'autotutela in termini civilistici, la si può ora finalmente affrontare sul piano del diritto del lavoro; tuttavia, proprio perché ci si propone di testare uno strumento spurio rispetto a quest'ultima materia, è quanto mai opportuno ripercorrerne i profili di specialità che, se da un lato possono complicare l'applicazione di istituti di autodifesa *tout court*, d'altro canto ne rendono anche più interessanti e imprevedibili gli esiti e i risvolti.

Mediante questa panoramica “a volo d'uccello”²⁵⁰ si intende solo richiamare taluni snodi problematici fondamentali, su cui gli interpreti, gli studiosi e gli operatori lavoristici hanno a lungo dibattuto (senza perciò poter rendere tutti gli aspetti approfonditi e sviscerati dai soggetti richiamati, ma solo per evidenziare la complessità e l'origine stratificata di tali tematiche), in quanto questioni che rivestiranno un ruolo di primo piano nel processo di regolazione, accomodamento e configurazione sistematica degli istituti di autotutela nell'ambito dei rapporti di lavoro.

²⁵⁰ L'*excursus* diacronico che occupa i primi paragrafi del presente capitolo è sembrato un passaggio doveroso ed ineliminabile della presente trattazione, contaminata fin nel suo impianto dalla non sempre pacifica compresenza di approcci civilistici e giuslavoristici a identici argomenti; tuttavia, occorre altresì precisare che si è affrontata questa apparente digressione introduttiva con la piena consapevolezza della difficoltà di una simile operazione, e della necessità di sintesi dettata dall'economicità e dalla coerenza dell'elaborato, senza alcuna pretesa di completezza considerato l'amplessissimo respiro dei molti temi toccati ma con l'intento di non indulgere, per quanto possibile, in un approccio eccessivamente riduzionistico.

1) Peculiarità della materia giuslavoristica: un'asimmetria codificata.

Il rapporto di lavoro subordinato, che costituisce l'archetipo, la giustificazione e l'oggetto privilegiato delle norme di diritto del lavoro, risulta strutturalmente imperniato sulla compresenza di una posizione che potremmo definire, in modo atecnico, di «supremazia», concessa al datore di lavoro, cui fa da contraltare una posizione per così dire di «soggezione» in cui viene a trovarsi il prestatore d'opera: definire il fondamento e i limiti delle suddette posizioni nonché modularne le estrinsecazioni in modo da evitare abusi sono gli obiettivi che si sono tradizionalmente prefissi il legislatore, la dottrina e la giurisprudenza operanti in materia.

Le ragioni storiche di tale configurazione obbligatoria sono note, pertanto di seguito le si riporterà in termini sintetici e necessariamente approssimativi.

1.1) L'evoluzione della concezione di rapporto individuale di lavoro.

Gli albori del diritto del lavoro si fanno coincidere, usualmente, con l'avvento della civiltà industriale e con l'ingresso in fabbrica della figura sociale, economica e giuridica del lavoratore subordinato; tale figura sorge per l'effetto congiunto di diversi fattori, quali soprattutto l'innovazione tecnologica, il ruolo politico sempre più preponderante rivestito dal ceto borghese tanto in politica quanto in economia, nonché la trasposizione nel diritto positivo, attraverso i codici, delle regole giuridiche che governano i rapporti e godono di un'applicazione generalizzata²⁵¹.

Se nei primi tempi si applica anche al rapporto di lavoro il pensiero liberistico puro, demandando la gestione della relazione unicamente al regolamento negoziale delle parti e ignorando il divario di forza contrattuale sussistente tra

²⁵¹ Cfr. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, VI ed., in Iudica – Zatti, *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 5 e ss.

l'imprenditore e il singolo lavoratore²⁵², successivamente lo Stato prende atto del diverso ruolo economico-sociale dei contraenti²⁵³ e interviene mediante una legislazione speciale²⁵⁴ al fine di imporre degli *standard* minimi inderogabili di trattamento ovvero al fine di favorire l'aggregazione sindacale dei lavoratori, accrescendone il potere contrattuale.

Questo timido passo nella direzione di un diritto del lavoro volto alla tutela del contraente debole all'interno delle dinamiche proprie dell'attività economica subì una battuta d'arresto per effetto dell'inversione di tendenza ideologica provocata dall'instaurazione del regime fascista e l'inizio del periodo corporativo²⁵⁵, verso la fine del quale venne emanato il Codice civile attuale, che

²⁵² Tant'è vero che, nel Codice civile italiano del 1865, il rapporto di lavoro non è espressamente regolato. Le uniche due norme riconducibili a tale argomento sono l'art. 1627, che individua tre figure di locazione d'opera e di industria («1) quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio; 2) quella de' vetturini sì per terra come per acqua, che si incaricano del trasporto delle persone e delle cose; 3) quella degli imprenditori di opere ad appalto o a cottimo») e l'art. 1628, che escludeva l'ammissibilità di vincoli lavorativi a tempo indeterminato, al fine di scongiurare quello che all'epoca si configurava come il maggior rischio, vale a dire la riproposizione sotto mentite spoglie di un rapporto servile, riconducibile alle perduranti influenze del modello medievale della servitù della gleba. A tale proposito cfr. ancora Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 4 e ss. e Gaeta, *op. cit.*, p. 13 e ss.

²⁵³ Come spiega chiaramente Persiani, *Diritto privato e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2008, n. 4-5, p. 949, «la configurazione del contratto individuale di lavoro come contratto di locazione di opere si rivelò inadeguata. Essa, infatti, non consentiva di tener conto delle nuove modalità che caratterizzavano il lavoro in fabbrica, né di assegnare rilievo ai valori dell'uomo che lavora e le conseguenti esigenze di protezione».

²⁵⁴ Tali interventi, complessivamente intesi, prendono il nome di legislazione sociale, la quale «nella sua versione iniziale, si trattò di una legislazione per i poveri, più che per i lavoratori, dettata unicamente da ragioni di pubblica sicurezza»; tuttavia, il fatto che tali provvedimenti fossero collocati al di fuori del codice civile e che fossero accomunati dalla caratteristica cogenza delle relative norme, risvegliò l'interesse della dottrina giuridica tradizionale (fra tutti, anche Lodovico Barassi). «L'elemento perturbatore (...) era rappresentato proprio dalla natura inderogabile di provvedimenti legislativi, dettati sì da ragioni di ordine pubblico, ma – al contempo – gravidi di riflessi all'interno della dinamica contrattuale di una relazione fra privati», confondendo la linea di demarcazione tra diritto privato e diritto pubblico: cfr. Voza, *op. cit.*, 2006, p. 232 e ss.

²⁵⁵ Mercé la trasformazione del contratto collettivo in uno strumento normativo a tutti gli effetti, «avrebbe dovuto scomparire, sempre in nome dell'interesse superiore della produzione nazionale, la contrapposizione fra capitale e lavoro, partorita e tollerata dal precedente sistema liberale»: cfr. ancora Voza, *op. cit.*, 2006, p. 273.

a differenza della precedente formulazione comprendeva in sé le norme relative alla disciplina del rapporto di lavoro²⁵⁶, almeno nei suoi tratti fondamentali, demandando per il resto al contenuto del regolamento negoziale (tanto nella dimensione individuale che collettiva). Si è affermato così un orientamento istituzionalista-corporativo a mente del quale, da un lato, si considerava la singola impresa quale mero ingranaggio di un più vasto sistema economico, complessivamente volto a realizzare il progresso e il benessere nazionale; dall'altro, la struttura piramidale adottata all'interno degli apparati statali veniva trasposta sul piano dei rapporti interni all'impresa, ove si riconoscevano poteri ancora più ampi che in passato all'imprenditore-datore di lavoro, posto al vertice della stessa.

In questo modo, si voleva attuare una funzionalizzazione dell'autonomia privata e della libertà imprenditoriale a quello che veniva definito come l'«interesse superiore della produzione nazionale»²⁵⁷, per il cui raggiungimento si sottoponeva l'imprenditore-datore di lavoro al potere gerarchico dello Stato e, a sua volta, il lavoratore subordinato al potere gerarchico del proprio superiore²⁵⁸. Il fondamento della peculiare posizione di supremazia così riconosciuta dall'ordinamento al capo dell'impresa (qualificata di volta in volta, dalla dottrina, quale «autorità privata»²⁵⁹ ovvero quale «potere privato»²⁶⁰) è

²⁵⁶ A conferma di quella persistente diffidenza nei confronti della materia giuslavoristica nutrita da larga parte della dottrina, a causa della sua difficile collocabilità nel diritto privato in ragione di aspetti più confacenti al diritto pubblico, appare significativo il fatto che la relativa disciplina venisse fatta confluire nel Libro V, intitolato appunto «Del lavoro», distinguendolo dal precedente Libro IV, dedicato alla materia delle obbligazioni e, in particolare, dei contratti nominati: cfr. Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 9.

²⁵⁷ Tale obiettivo viene esplicitato nel testo dell'art. 2104 c.c., tra i valori in base ai quali valutare la diligenza del prestatore di lavoro.

²⁵⁸ Vale a dire, come illustra bene Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 15, «ad una formale subordinazione pubblicistica dell'impresa nei confronti dello stato, che rifletteva un mistificante disegno di economia controllata, corrispondeva, sul piano privatistico endoaziendale, il riconoscimento della più ampia libertà d'azione dell'imprenditore "capo"».

²⁵⁹ Cfr. Bianca, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p. 36-37.

ancora rinvenibile nell'art. 2086 c.c., il quale consacra anche a livello del diritto positivo la disparità di forze insita ad ogni rapporto di lavoro subordinato.

Malgrado la connotazione ideologica propria del corporativismo sia stata stralciata dalla codificazione civilistica negli anni seguenti²⁶¹ e nonostante la fondamentale promulgazione della Costituzione della Repubblica Italiana²⁶² e l'incessante operato della Corte costituzionale²⁶³, che hanno significativamente

²⁶⁰ Cfr. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970 e Di Majo, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *RGL*, 1983, I, p. 341 e ss. Cfr. anche Buoncrisiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986, che, nel tentativo di portare avanti la ricerca avviata da Bianca e da Lombardi sui poteri privati individuando gli strumenti giuridici di protezione del singolo che ai suddetti poteri è soggetto, riserva un intero capitolo alla relazione intercorrente tra «potere privato e rapporto di lavoro», p. 187 e ss.

²⁶¹ Per quanto riguarda il diritto del lavoro, la sua restituzione all'alveo del diritto privato anziché a quello del diritto pubblico, dove il diritto corporativo l'aveva inserito, è dovuta principalmente all'opera di Francesco Santoro Passarelli: cfr. Carinci F., *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 54/2007, p. 10.

²⁶² All'interno del testo costituzionale, il tema del lavoro e, più nello specifico, della tutela dei lavoratori subordinati, riveste evidentemente un ruolo centrale: riferimenti espressi si ritrovano sia nella sezione relativa ai principi fondamentali (artt. 1, 3 e 4), sia nel Titolo III, dedicato al bilanciamento di valori da effettuarsi nell'ambito dei rapporti economici (si vedano, in particolare, gli artt. 35 – 41). Ciò condurrà un giuspubblicista come Costantino Mortati ad affermare che lo spirito informatore di tutte le disposizioni costituzionali è «consacrato nell'art. 1 che, come si è detto, esprime l'accoglimento di una concezione generale della vita secondo la quale deve vedersi nel lavoro la più efficace affermazione della personalità sociale dell'uomo, il suo valore più comprensivo e significativo, perché nel lavoro ciascuno riesce ad esprimere la potenza creativa in lui racchiusa, ed a trovare, nella disciplina e nello sforzo che esso impone, insieme allo stimolo per l'adempimento del proprio compito terreno di perfezione, il mezzo necessario per soddisfare al suo debito verso la società con la partecipazione all'opera costitutiva della collettività in cui vive». Cfr. Gaeta (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura. Atti della giornata di studio, Siena, 31 gennaio 2003*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 12.

²⁶³ Si pensi, a mero titolo esemplificativo alla sentenza Corte cost. 15.4.1993, n. 163, in merito alla concezione del principio di uguaglianza (*ex* art. 3 Cost.) non solo in senso formale e sostanziale, ma altresì quale criterio di ragionevolezza (intesa nel senso di giustificatezza) con cui valutare nel caso concreto trattamenti uguali di situazioni difformi o trattamenti diversi per situazioni analoghe; oppure alla sentenza Corte cost. 9.6.1965, n. 45 che interpreta l'art. 4 Cost. come fonte di un divieto per lo Stato di imporre limiti discriminatori alla libertà di lavoro e di un obbligo di indirizzare l'attività dei pubblici poteri e del legislatore a circondare di doverose garanzie - particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia *erga omnes*, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed

temperato la descritta sproporzione tra i poteri contrattuali delle parti di un rapporto di lavoro, questa discrepanza dal modello privatistico forgiato sulla parità dei contraenti non è mai stata efficacemente colmata.

1.2) Il modello regolativo costituzionale e la legislazione successiva.

Il medesimo conflitto tra opposti interessi cui è stata data una parziale composizione all'interno dell'art. 41 Cost. in materia di iniziativa economica privata²⁶⁴, è riconoscibile nella dinamica classica intercorrente, all'interno dei singoli rapporti di lavoro subordinato che nell'insieme compongono l'organizzazione dell'impresa, tra imprenditore e prestatore di lavoro e dunque, più in generale, tra sistema capitalistico e valori soggettivi connessi all'uomo che lavora.

Così come la libertà di cui al primo comma dell'art. 41 Cost. è stata arginata dal doveroso rispetto dell'utilità sociale della collettività e dagli altri diritti fondamentali della persona umana, nonché dalla riserva di legge, di cui ai commi seguenti²⁶⁵, in un doveroso bilanciamento di interessi, allo stesso modo i poteri

applicazione del diritto vigente - e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti.

²⁶⁴ La norma in questione recita: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». Essa rappresenta il compromesso raggiunto tra l'orientamento dottrinario che considerava l'attività economica come finalizzata all'esclusivo perseguimento del benessere collettivo e alla realizzazione di fini sociali (tra i quali, ad esempio, proprio Costantino Mortati) e la corrente di pensiero che, invece, riteneva necessario garantire a tale attività la più ampia libertà. In merito al complesso rapporto tra gli articoli 3 e 41 Cost. e tra economia di mercato, diritto e politica, nonché al concetto di «costituzione economica», si rinvia all'opera di Irti, *L'ordine giuridico economico del mercato*, Laterza, Roma, 1998.

²⁶⁵ Oltre ai limiti espressi, infatti, Persiani, in *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 2005, 1, p. 24, aggiunge anche «quelli derivanti dalla necessaria realizzazione del progetto fondamentale previsto al secondo comma dell'art. 3 Cost.», vale a dire rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il

unilaterali attribuiti dall'ordinamento giuridico al datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti possono essere legittimamente esercitati solo all'interno di determinati confini, prestabiliti dalla legge. In entrambi i casi, infatti, tanto la libertà di iniziativa economica quanto la libertà di organizzare e gestire l'attività imprenditoriale sono soggette a dei limiti che potremmo definire esterni, frutto di una precisa opzione interpretativa, rigettandosi invece – almeno in linea generale – l'ammissibilità di limiti interni, che avrebbero consentito una pericolosa funzionalizzazione di tali posizioni di forza in vista di uno scopo ulteriore (come appunto era accaduto nel periodo fascista).

Perciò il sindacato demandato ai giudici della Consulta, in merito alle disposizioni di legge attuative della norma in questione, deve avere ad oggetto la verifica della corrispondenza tra i fini perseguiti dal testo legislativo e quelli espressamente previsti dalla Costituzione, senza potersi estendere al merito delle scelte riservate alla discrezionalità del legislatore ma valutando unicamente l'idoneità dei mezzi predisposti a realizzare un'utilità sociale per la collettività²⁶⁶. Analogamente, i tribunali ordinari sono chiamati a giudicare sulla

pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

²⁶⁶ Per comprendere cosa si intende per «utilità sociale» soccorre quanto illustrato da Persiani, *op. cit.*, 1995, p. 25, nt. n. 75, vale a dire che tale termine sarebbe una formula riassuntiva dei bisogni della comunità, non precisamente identificabile con gli interessi di un insieme particolari di individui, quali nella specie i lavoratori; essa, invece, trova compimento anche nella produttività e nella economicità dell'iniziativa privata, in quanto tende a soddisfare un interesse economico della collettività e, cioè, l'interesse al «benessere» inteso come «bene comune». Quale esempio del compito riservato alla Consulta, si può richiamare un estratto della sentenza Corte cost. 7.3.1964, n. 14, ove si afferma che «la legge si è prefissa lo scopo di conseguire una migliore soddisfazione degli interessi della collettività in un settore economico di particolare rilievo. In questa soddisfazione degli interessi della collettività sta l'utilità generale. E se codesta utilità deve corrispondere al bene della collettività, considerata non come somma di individui e di gruppi, ma come complesso unitario, il fatto che la legge abbia imposto il sacrificio di particolari interessi non comporta che l'utilità generale sia venuta a mancare. La identificazione degli interessi da soddisfare e dei mezzi da adoperare e dei sacrifici da imporre, ai fini dell'utilità generale, spetta al Parlamento, alla cui sensibilità è affidato il compito di determinare nei vari momenti della vita della collettività quali siano le esigenze ed i mezzi nel quadro e nei limiti dei precetti costituzionali».

corretta applicazione della legislazione speciale lavoristica²⁶⁷ e sulla legittimità dell'azione sindacale collettiva²⁶⁸, senza potersi ingerire nel merito di scelte affidate all'esclusiva sfera decisionale del datore di lavoro.

Inserendola in questa cornice valoriale, si spiega la conformazione della produzione normativa post-costituzionale in materia di lavoro: in essa, la libertà contrattuale trova la sua giustificazione e il suo confine nel perseguimento di finalità di tipo sociale²⁶⁹, o, *rectius*, subordinando l'esercizio dei poteri dell'imprenditore-datore di lavoro alla salvaguardia dei valori e dei diritti della persona costituzionalmente protetti, al precipuo fine di assicurare la genuinità e la consapevolezza del consenso prestato dal contraente debole nel regolamento negoziale, che deve seguire un processo di autodeterminazione decisionale reale ed effettivo.

Se la circoscrizione dell'esercizio dei poteri del datore di lavoro diventa uno dei tratti più ricorrenti nella legislazione giuslavoristica, tale obiettivo viene perseguito ed estrinsecato nei modi più vari, assumendo rilevanza e sfumature di significato diverse con il passare del tempo e con il variare del contesto socio-economico.

Si assiste così, negli anni Cinquanta e Sessanta, a un intervento indirizzato alla protezione delle fasce marginali e più deboli della forza-lavoro, la predisposizione di *standard* minimi obbligatori di tutela e di misure

²⁶⁷ Infatti «la tutela dell'uomo che lavora all'interno dell'organizzazione produttiva è realizzata dalla disciplina legislativa che, nella comparazione di tutti gli interessi coinvolti nella produzione secondo le valutazioni espresse dai principi costituzionali, ne definisce l'equilibrato bilanciamento prevedendo limiti ai poteri dell'impresa», cfr. ancora Persiani, *op. cit.*, 1995, p. 29.

²⁶⁸ La tutela affidata alle parti collettive presenti in azienda può risultare particolarmente efficace, in quanto «realizza un contropotere rispetto ai poteri dell'imprenditore» e «può condurre non solo a un controllo sull'organizzazione del lavoro, ma anche sui metodi, se non addirittura sugli obiettivi, della produzione»: cfr. ancora Persiani, *op. cit.*, 1995, p. 30.

²⁶⁹ Cfr. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955 e Perlingieri, *Persona e mercato*, in RDC, 1995, I, p. 289.

antifraudolente²⁷⁰, mentre sul piano dottrinario e politico si avviava il dibattito che avrebbe condotto all’emanazione di normative fondamentali quali la legge 15 luglio 1966, n. 604²⁷¹, lo Statuto dei Lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300)²⁷² e la legge 11 agosto 1973, n. 533²⁷³. In questo periodo, la volontà di circoscrivere l’area di efficacia dei poteri datoriali è manifesta e si rafforza all’aumentare dell’importanza assegnata ai diritti della personalità anche nell’ambito dei rapporti privatistici.

A partire dalla metà degli anni Settanta, invece, si registra un’inversione di tendenza nella regolazione della materia: a fronte dell’insorgenza di una notevole crisi economica, la parabola del garantismo e della promozione sociale che aveva contrassegnato sino ad allora il diritto del lavoro pare cominciare una fase discendente. In quella che venne definita, a posteriori, la «legislazione dell’emergenza», confluiscono interventi²⁷⁴ volti a contenere il più possibile le conseguenze negative originate dalla sfavorevole congiuntura economica e dalla successiva recessione. Anche in questo frangente, l’azione eteronoma del legislatore produce il suo maggiore impatto sull’area di discrezionalità riservata

²⁷⁰ Si richiamano, quali campioni esemplificativi, la legge 26.8.1950, n. 860, sulla tutela delle lavoratrici madri, la legge 9.1.1963, n. 7, che impone il divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio, il d.p.r. 27.4.1955, n. 547, sulla protezione dagli infortuni sul lavoro e il d.p.r. 19.3.1956, n. 303, sull’igiene del lavoro, la c.d. Legge Vigorelli (legge 14.7.1959, n. 741) che tentò di rendere valedoli *erga omnes* i contratti collettivi di lavoro, e la l. 23.10.1960, n. 1369, sul divieto di interposizione di manodopera: cfr. Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 14-15.

²⁷¹ La legge n. 604/1966 introdusse l’obbligo per il datore di lavoro di giustificare i provvedimenti di licenziamenti individuali, sancendo così la fine del regime di libera recidività dal rapporto di lavoro.

²⁷² Il testo legislativo in questione si occupava di stabilire i diritti dei lavoratori subordinati sia nel corso del rapporto di lavoro, sia in caso di illegittima cessazione dello stesso ad opera del datore di lavoro, istituendo in quest’ultimo caso un regime di stabilità reale del posto di lavoro. È stato definito da Carinci F., *op. cit.*, 2007, p. 29, «un testo con un passato onorevole, di cui vuole recepire il duplice lascito, “promozionale” e “costituzionale”, con un equilibrato dosaggio di radicamento del sindacato e di riconoscimento del lavoratore come cittadino nel luogo di lavoro».

²⁷³ La legge n. 533/1973 introdusse una nuova disciplina processuale per le controversie individuali di lavoro, improntata ai principi di rapidità, concentrazione e oralità.

²⁷⁴ Quali esempi si rammentano i provvedimenti normativi in materia di meccanismi automatici di rivalutazione della retribuzione (c.d. scale mobili), vale a dire le leggi 31.3.1977, n. 91 e 29.5.1982, n. 297, nonché l’organizzazione degli ammortizzatori sociali in caso di crisi aziendali, di cui alle leggi 12.8.1977, n. 675, 26.5.1978, n. 215 e 9.2.1979, n. 36.

ai datori di lavoro, pur se più nell'ottica, per così dire, di contenere i danni che in quello di accrescere i diritti soggettivi dei lavoratori. Inizia, altresì, a subire delle eccezioni quello che sino ad allora era stato un vero e proprio dogma del diritto del lavoro, vale a dire il principio di inderogabilità del diritto positivo²⁷⁵.

1.3) La difficile interpretazione di una realtà complessa e le prospettive di sviluppo del diritto del lavoro contemporaneo.

Da allora, i cambiamenti sul versante dell'innovazione tecnologica, specie nel settore informatico, della globalizzazione dei mercati (segnati dall'avvento delle economie di scala) e delle comunicazioni, nonché della liberalizzazione degli scambi, si sono succeduti sempre più vorticosamente, incidendo fortemente anche sugli assetti imprenditoriali e sui rapporti di lavoro che vi fanno capo. Il legislatore nazionale, sollecitato da ultimo da una nuova crisi economica e finanziaria e avvalendosi anche di strumenti di matrice comunitaria o internazionale, se da un lato ha tentato di prendere provvedimenti al fine di regolare tali mutamenti, dall'altro ha diversificato le proprie strategie rispetto al passato, intraprendendo percorsi ancora non battuti.

Preso atto dell'anacronismo di talune tradizionali direttrici del diritto del lavoro (quali l'eccessiva centralità e rigidità del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, nonché la crescente disparità di tutele tra differenti

²⁷⁵ In particolare, proprio mediante i citati provvedimenti in materia di salari calmierati si era previsto che l'autonomia collettiva non potesse derogare *in melius* i trattamenti retributivi stabiliti dalla legge. A tal proposito si è espressa, però, anche la Corte costituzionale, la quale, nella sentenza n. 143 del 23.4.1998, ha affermato che: "l'autonomia collettiva, se non è priva di limiti legali – potendo sempre il legislatore stabilire criteri direttivi o vincoli di compatibilità con obiettivi generali –, non può tuttavia essere annullata o compressa nei suoi esiti concreti, tra i quali, ad esempio, la determinazione della misura delle retribuzioni o, appunto, la disciplina sanzionatoria in caso di licenziamento illegittimo; compressione ed annullamento che possono verificarsi solo quando detta autonomia introduca un trattamento peggiore rispetto a quanto previsto dalla legge, ovvero, nell'ipotesi opposta, esclusivamente a salvaguardia di *superiori interessi generali*".

categorie di lavoratori) , si sono poste in essere misure tendenti alla previsione di tipologie di contratti di lavoro diverse da quella *standard* (più duttili e maggiormente in grado di rispondere alle nuove esigenze di datori di lavoro sempre più esposti alla concorrenza a livello mondiale)²⁷⁶, alla progressiva deregolazione delle modalità di impiego della manodopera²⁷⁷ nonché alla flessibilizzazione dell'ingresso e dell'uscita dai rapporti di lavoro²⁷⁸.

²⁷⁶ A tale proposito si richiamano, ad esempio, le Leggi 19.1.1984, n. 863, 29.12.1990, n. 407 e 1.6.1991, n. 169, in materia di contratto di formazione-lavoro; la Legge 24.6.1997, n. 196, c.d. "Legge Treu", che ha introdotto per la prima volta in Italia la fornitura di lavoro temporaneo; il D.Lgs. 25.2.2000, n. 61, in materia di contratto di lavoro a tempo parziale; il D.Lgs. 6.9.2001, n. 368, in materia di contratto di lavoro a tempo determinato, da ultimo modificato dal D.L. 20.3.2014, n. 34, convertito in Legge 16.5.2014, n. 78; l'intervento di ampio respiro condotto, nel senso della citata flessibilità tipologica, dal D.Lgs. 10.9.2003, n. 276, c.d. "Legge Biagi", che ha introdotto i contratti di lavoro intermittente, di lavoro ripartito, di lavoro accessorio, e ha innovato il contratto di lavoro somministrato (sia a termine che a tempo indeterminato) e il contratto di apprendistato. Da ultimo, l'intera materia delle tipologie contrattuali atipiche è stata raccolta, risistemata e modificata dal D.Lgs. 15.6.2015, n. 81, all'interno della più vasta riforma complessiva della materia del diritto del lavoro compiuta dal c.d. "Jobs Act", costituita dai decreti legislativi emanati in forza della Legge delega 10.12.2014, n. 183.

²⁷⁷ La suddetta deregolazione è stata compiuta sia ad opera direttamente del legislatore (ad esempio, in tema di collocamento della manodopera, liberalizzata completamente negli anni Novanta), sia mediante rinvii effettuati dal diritto positivo alla contrattazione collettiva (inizialmente molto incentivata dal legislatore – si pensi, ad esempio, alla possibilità di introdurre clausole elastiche o clausole flessibili all'interno dei contratti di lavoro *part-time*, condizionata dalla Legge 24.12.2007, n. 247, alla regolamentazione delle stesse all'interno dei contratti collettivi applicati in azienda; oppure alla delega potenzialmente in bianco attribuita alla contrattazione di prossimità dall'art. 8 della Legge 14.9.2011, n. 148 – successivamente assai ridimensionata, ad opera già della Legge Biagi e poi dalla Legge 4.11.2010, n. 183, c.d. "Collegato Lavoro" – e dalla più recente riforma del Governo Renzi).

²⁷⁸ L'aumento della flessibilità in entrata e in uscita è stato l'obiettivo dichiarato sia della Legge 28.6.2012, c.d. "Riforma Fornero" (la quale, a mero titolo esemplificativo, ha introdotto la possibilità di stipulare un primo contratto a termine acausale e ha rivisitato la disciplina prevista dall'art 18 Stat. Lav., diversificando le tutele contro i licenziamenti individuali illegittimi o nulli e restringendo l'area di applicabilità della reintegrazione), sia del Jobs Act (il quale, tra le altre modifiche apportate, mediante il D.Lgs. 4.3.2015, n. 23, ha introdotto il c.d. "contratto di lavoro a tutele crescenti", rendendo del tutto residuale l'ipotesi di tutela reale per i lavoratori subordinati assunti a tempo indeterminato dopo il 7 marzo 2015, mentre, mediante il D.Lgs. 15.6.2015, n. 81, già citato, ha inciso notevolmente sulle tipologie contrattuali, eliminando il contratto a progetto e prevedendo una nuova disciplina per lo *ius variandi ex art. 2103 c.c.* assai favorevole per l'impresa).

Pur essendo arduo valutare l'impatto di queste innovazioni sull'occupazione, dal momento che sono ancora troppo recenti per poterne trarre un bilancio obiettivo, è bene evidenziare che un *fil rouge* delle stesse sia la progressiva restituzione al datore di lavoro di spazi di discrezionalità nella concreta gestione dell'impresa, agevolando l'esercizio di poteri quali lo *ius variandi* o il recesso dal rapporto di lavoro (quanto a quest'ultimo, soprattutto introducendo una maggiore prevedibilità dei relativi costi)²⁷⁹. A ciò corrisponde un progressivo restringimento del campo di indagine e sindacabilità nel merito dei provvedimenti imprenditoriali da parte dei Giudici eventualmente aditi, nonché una considerevole riduzione della discrezionalità nella scelta delle sanzioni da irrogare, ove necessario.

Allo stesso tempo, tuttavia, negli ultimi vent'anni sono stati emanati altresì interventi normativi contraddistinti da finalità di garanzia e protezione nei confronti di categorie di lavoratori particolarmente a rischio, sovente in forza di una sollecitazione europea²⁸⁰. Se pure l'ordinamento comunitario, originariamente, era contraddistinto da una forte componente mercantilista, con il passare del tempo si è sviluppata sempre più una vera e propria politica sociale europea²⁸¹, con l'obiettivo di assicurare garanzie sociali minime comuni a tutti i

²⁷⁹ La c.d. «*forseeability*» è uno dei principi fondamentali del filone dottrinale che propugna l'analisi economica del diritto e, applicata alla cessazione del rapporto di lavoro per volontà del datore, consente a quest'ultimo di assumere decisioni più ponderate, potendo quantificare con più esattezza il rischio tutto economico cui esporre il proprio patrimonio, e allo stesso tempo rende meno efficace la valenza deterrente e in senso lato sanzionatoria dei rimedi previsti dalla legge in caso di licenziamento individuale illegittimo. Questa, in particolare, è la tesi sostenuta da Carrà, *Percorsi evolutivi della funzione della responsabilità datoriale nell'ambito del sistema di responsabilità civile italiano*, in *Resp. civ. Prev.*, 2015, 5, p. 1704B.

²⁸⁰ Cfr. *ex multis*, Carinci F. – Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2015; Galantino, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014; Foglia – Cosio (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2011; Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003.

²⁸¹ L'art. 151 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), che introduce il capitolo sociale del Titolo X, afferma che «L'Unione Europea e gli Stati Membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali (...), hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il

Paesi componenti e – sul piano lavoristico – depotenziare il pericolo di *dumping* sociale e di distorsione della concorrenza.

In forza dell'entrata in vigore anche nel nostro Paese del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009, nonché per mezzo dell'applicazione dei regolamenti, del recepimento delle direttive²⁸² nel diritto nazionale e dell'influenza esercitata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è attuata una politica occupazionale europea avente ad oggetto in particolare l'occupabilità, l'adattabilità, le pari opportunità e la promozione dell'imprenditorialità, seppur ostacolata dalla crisi economica globale intervenuta nel 2008.

Malgrado i mutamenti della scena socio-economica e delle prospettive dell'ordinamento giuridico per farvi fronte che si sono brevemente delineate, il diritto del lavoro continua a presentare talune caratteristiche imprescindibili, tra le quali l'intento di riequilibrare la situazione di debolezza contrattuale in cui incorre il lavoratore. Per realizzare tale scopo, i moderni interpreti iniziano a

miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta loro la parificazione del progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a conseguire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione. A tal fine l'Unione e gli Stati Membri mettono in atto misure che tengano conto della diversità delle prassi nazionali in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione». Malgrado tali ottimi intendimenti, è opportuno rammentare come tanto la Commissione europea quanto la Corte di Giustizia abbiano, in realtà, poi attuato alcuni interventi che sono stati sottoposti a una serrata critica da parte degli studiosi, proprio in quanto vi si ravvisa invece la prevalenza di interessi economici rispetto a quelli sociali: si pensi alle sentenze rese in merito ai casi *Viking* e *Laval* (C-438/05 dell'11.12.07 e C-341/05 del 18.12.2007), ove si scontravano due libertà economiche fondamentali (quali la libertà di circolazione e quella di stabilimento) e il diritto di sciopero, per un'attenta analisi delle quali si rinvia a Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *GDLRI*, 2008, 1, p. 147 e ss..

²⁸² Le direttive costituiscono, probabilmente, la fonte più importante del diritto sociale europeo, vincolando gli Stati membri quanto al risultato da raggiungere e lasciando agli organi nazionali la decisione circa la forma e i mezzi più idonei a realizzarlo. Di frequente, sono state precedute da accordi-quadro stipulati dalle associazioni sindacali europee, come nel caso della Direttiva 1997/81/CE del 15.12.1997 in materia di lavoro *part-time* e della Direttiva 1999/70/CE del 28.6.1999 in materia di lavoro a tempo determinato, al fine di renderle maggiormente condivise.

prendere in considerazione la possibilità di ricorrere a soluzioni e strumenti diversi da quelli tradizionali (incentrati come detto sull'inderogabilità della norma, sulla rigidità del tipo contrattuale e su tecniche di tutela peculiari, che si allontanano dalle logiche privatistiche al fine di proteggere la persona del lavoratore all'interno dell'impresa), quale ad esempio «un *revival* delle tecniche civilistiche di protezione»²⁸³.

2) La dinamica interna al rapporto di lavoro individuale e i ruoli rispettivamente spettanti ai contraenti.

Riportando l'attenzione sulla struttura²⁸⁴ che caratterizza il rapporto obbligatorio di lavoro *standard*, si rammenta che le peculiarità che lo contraddistinguono derivano in primo luogo dal ruolo rivestito dai soggetti stipulanti: da un lato vi è, normalmente²⁸⁵, un imprenditore, vale a dire il titolare dell'impresa (*ex art. 2086 c.c.*) intesa quale complesso di mezzi organizzati al fine di esercitare un'attività economica, avente ad oggetto la produzione o lo scambio di beni e servizi (*ex art. 2082 c.c.*); dall'altro vi è il lavoratore subordinato, colui che presta la propria attività «alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore», secondo la definizione fornita dall'art. 2094 c.c..

Già solo dal raffronto delle descritte posizioni emerge come le parti si situino su piani diversi: la reciprocità tra le obbligazioni principali rispettivamente assunte (messa a disposizione delle proprie energie per realizzare l'interesse imprenditoriale *versus* la corresponsione della retribuzione) non si traduce in una

²⁸³ Cfr. ancora Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 33.

²⁸⁴ In merito alla quale si rinvia alle prime osservazioni di Suppiej, *La struttura del rapporto di lavoro*, vol. II, Cedam, Padova, 1963.

²⁸⁵ Benché non necessariamente, come desumibile dall'art. 2239 c.c., potendosi ben avere quale datore di lavoro un soggetto privato (si pensi, ad esempio, al lavoro domestico e di cura e assistenza domiciliare), anche in forma collettiva (come nel caso del portiere assunto alle dipendenze di un condominio), ovvero un professionista intellettuale che non svolga la propria attività in forma d'impresa (cfr. art. 2238 c.c.).

situazione di parità contrattuale. Il datore di lavoro si trova, infatti, in una posizione di vantaggio e preminenza rispetto al proprio dipendente, la cui condizione complessiva è sintetizzata nella categoria concettuale della subordinazione²⁸⁶.

Il rapporto di lavoro subordinato, dunque, pur essendo fatto rientrare nel più ampio insieme dei contratti sinallagmatici non si risolve nel tradizionale binomio di diritti ed obblighi reciproci, in quanto ad essi si aggiungono i poteri che

²⁸⁶ Come noto, la subordinazione costituisce per il diritto del lavoro uno dei temi assolutamente centrali, attorno al quale si è costruita e giustificata l'intera disciplina di protezione del lavoratore: pur partendo da una mera constatazione dei tratti di differenza del rapporto lavoristico da quello prettamente civilistico, la nozione di subordinazione è stata resa oggetto di numerose elaborazioni dottrinali diverse (di cui si darà un quadro necessariamente superficiale, dal momento che la questione riguarda solo tangenzialmente l'indagine principale dell'elaborato). A partire dalle concezioni più risalenti che la equiparavano all'eterodirezione (si pensi all'intervento di Lodovico Barassi) pur assegnando una qualche rilevanza anche alla situazione di subordinazione socio-economica del lavoratore nel mercato del lavoro, si passa poi alla definizione della subordinazione in senso tecnico-funzionale, che valorizza il dato della collaborazione e dell'eterodirezione espressi dall'art. 2094 c.c. (cfr. ad esempio, Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, e Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, i quali tuttavia divergono quanto alla collocazione della subordinazione rispetto alla causa del contratto: se il primo la pone al suo interno, il secondo la considera una conseguenza diretta del rapporto di lavoro che sorge come effetto dell'obbligazione dedotta in contratto). Si affermò, poi, un orientamento che valorizzava il dato fattuale della debolezza socio-economica del lavoratore, rinvenuta nella doppia alienità (dei mezzi di produzione e del risultato del lavoro) caratterizzante la posizione di quest'ultimo, al dichiarato fine di giustificare l'intervento eteronomo a favore di una particolare categoria di soggetti. Dal canto suo, la giurisprudenza fornì un importante contributo estrapolando gli indici empirici utili per riconoscere la subordinazione nei casi concreti e la questione teorica della subordinazione si collegò all'individuazione del metodo qualificatorio più corretto della fattispecie (contrapponendosi il metodo tipologico a quello sussuntivo e assegnando maggiore o minore rilevanza alla volontà contrattuale espressa dalle parti al momento della stipula). Se fino alla fine degli anni Settanta il contratto di lavoro subordinato rappresenta l'oggetto privilegiato della disciplina giuslavoristica, negli ultimi trent'anni si registra, al contrario, una vera e propria «fuga» da tale fattispecie contrattuale (come rileva efficacemente Voza, *La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 318/2017), privilegiando figure negoziali che si allontanano dalla subordinazione. Per un'ampia trattazione degli sviluppi dottrinali in materia di subordinazione si rinvia a Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 39 e ss., nonché a Martone, *La subordinazione. Una categoria del Novecento*, p. 3 e ss., e Pessi, *Fattispecie ed effetti nel diritto del lavoro*, p.49 e ss., contributi contenuti entrambi nel *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Persiani e Carinci F. – Vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo primo, *Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2011.

sorgono in capo al datore di lavoro in forza della conclusione del contratto. Tali poteri giuridici rappresentano estrinsecazione della libertà d'impresa prevista dall'art. 41 Cost.²⁸⁷, consentendo all'imprenditore di avvalersi dell'apporto della manodopera nel modo per lui più efficiente e di adattarlo costantemente alle esigenze sempre diverse dell'organizzazione aziendale. Tuttavia, proprio come si sono posti dei limiti esterni alla libertà di iniziativa economica privata (esplicitati già nel 2° comma dell'art. 41 Cost.), analogamente la circoscrizione dell'ambito di discrezionalità riconosciuto al datore di lavoro nell'esercizio dei suddetti poteri e la sottoposizione di questi ultimi a un controllo giudiziale di merito fondato su criteri estranei alla logica prettamente aziendalistica sono diventati obiettivi sempre più importanti per la dottrina e la giurisprudenza successive.

Se già l'avvento della Costituzione aveva fortemente inciso sul modello di impresa rigidamente autoritario e gerarchico che emergeva dalla lettera delle disposizioni codicistiche, ancora impregnate dell'ideologia corporativa, introducendo altresì l'idea di un doveroso bilanciamento dell'interesse imprenditoriale con altri valori fondamentali dell'ordinamento, l'emanazione della Legge n. 604/1966, che poneva le prime limitazioni alla libertà di recesso del datore di lavoro dai rapporti di lavoro e, soprattutto, l'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori solo quattro anni più tardi segnarono un vero e proprio punto di svolta.

La regolamentazione dei licenziamenti individuali apriva la strada a una maggiore sindacabilità delle scelte datoriali da parte dei giudici. Si prendeva atto, in tal modo, del diverso impatto che un evento come la cessazione del contratto di lavoro per volontà unilaterale aveva sull'imprenditore e sul prestatore di lavoro, riconoscendo a quest'ultimo un maggiore svantaggio derivante dalla

²⁸⁷ Cfr. Del Punta, *Diritto del lavoro*, 5° ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 412.

propria debolezza sul mercato e dal proprio bisogno economico²⁸⁸. La legge n. 300/1970, dal canto suo, occupandosi di moltissimi aspetti del rapporto di lavoro inteso nella sua fase dinamica di svolgimento, legittima e promuove il ruolo delle organizzazioni sindacali, incentivando un controllo anche collettivo sulle azioni del datore di lavoro. Malgrado l'ispirazione garantista della normativa, focalizzata sulla tutela del lavoratore come persona, essa non mette in discussione la supremazia del datore di lavoro all'interno del rapporto, preferendo intervenire piuttosto sulle modalità di esercizio dei relativi poteri, che vengono descritte in modo molto più preciso che in passato e in tal modo regolate²⁸⁹.

La medesima riflessione in merito a dove fosse più opportuno porre il confine tra esercizio legittimo e illegittimo dei suddetti poteri datoriali si è riproposta negli anni successivi, seguendo tuttavia una progressiva inversione di tendenza rispetto al passato. A lungo il legislatore ha ritenuto indispensabile mettere al sicuro da possibili ripercussioni negative, derivanti da un utilizzo abusivo dell'autorità da parte del datore di lavoro, una concezione del rapporto di lavoro che potesse fungere anche da mezzo di espressione e realizzazione, per il lavoratore, della propria personalità; una concezione sempre più condivisa man

²⁸⁸ Secondo la spiegazione che fornisce Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 25 e ss. «La legge sui licenziamenti, risentendo in maniera più accentuata il soffio della Costituzione, capovolge la logica del codice, riconoscendo la differente posizione dei contraenti di fronte alla rottura del contratto ed affermando l'opportunità di un certo bilanciamento tra l'interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto e quello – di segno contrario – del datore di lavoro alla temporaneità del vincolo: la decisione imprenditoriale diventa sindacabile nel merito. (...) Il diritto del lavoro riflette così coerentemente un processo evolutivo già evidente nella realtà dei rapporti economici e sociali. La normativa di controllo sui licenziamenti individuali corrisponde infatti a una fase di razionalizzazione dei rapporti sociali indotta dalla natura stessa dei processi economici e della loro dimensione che spingono ad un superamento della concezione padronale del potere ».

²⁸⁹ Cfr. ancora Liso, *op. cit.*, p. 28, ove si precisa che l'intervento del legislatore del 1970 sui poteri datoriali segue in particolare tre strade diverse: la previsione *ex novo* di una determinata procedura come condizione di legittimità dell'esperimento di un potere (ad esempio in materia di sanzioni disciplinari), l'esplicito divieto di pratiche abusive anticostituzionali sino ad allora non specificamente sanzionate dall'ordinamento e il rinvio all'attività negoziale dei sindacati affinché intervengano su alcuni aspetti particolarmente delicati dell'esercizio dell'autorità datoriale.

mano che si rafforzava una diffusa coscienza sociale e la sensibilità verso aspetti prima poco considerati della sfera individuale, anche per effetto del parallelo sviluppo del diritto antidiscriminatorio²⁹⁰.

Con il passare del tempo, tuttavia, e soprattutto con il mutare dello scenario economico, come si è anticipato, gli interventi normativi in ambito giuslavoristico hanno iniziato a considerare come obiettivo primario la tutela dell'occupazione più che la salvaguardia delle condizioni di lavoro nel rapporto. Per far fronte alla crisi economica e finanziaria, nonché agli effetti dirompenti della globalizzazione, uno dei percorsi intrapresi dal legislatore (spesso anche mediante interventi di matrice governativa) è consistito proprio nell'allentare i

²⁹⁰ In ambito giuslavoristico, la dimensione antidiscriminatoria si basa sul principio della parità di trattamento tra i lavoratori, che, se nella sua accezione negativa, quale divieto di trattamenti differenziati in casi uguali e viceversa, rileva quale principio generale dell'ordinamento (cfr. sentenza della Corte Costituzionale 9.3.1989, n. 103), nell'accezione positiva di obbligo di parità di trattamento uniforme per tutti i lavoratori non vale come regola generale, ma in molti dei casi più delicati è espressamente imposto dal diritto positivo. Un afflato antidiscriminatorio è rinvenibile nel diritto del lavoro sin dall'art. 4 della L. n. 604/1966, ove si prescrive la sanzione della nullità in caso di licenziamento discriminatorio; tale previsione è stata poi estesa a qualunque atto o patto discriminatorio intervenuto nel corso del rapporto di lavoro. Altre normative con valenza antidiscriminatoria sono intervenute successivamente, quali l'art. 6 della L. n. 135/1990, che vieta ai datori di lavoro di effettuare indagini circa la sieropositività delle persone che si intende assumere, gli artt. 3 e 4 della L. n. 108/1990, che estendono la disciplina contro il licenziamento discriminatorio indipendentemente dalla motivazione e dal numero dei lavoratori impiegati, nonché ai dirigenti (salve alcune aree di non applicabilità), l'art. 44 del T.U. sull'immigrazione, di cui al D.Lgs. n. 286/1998 e successive modificazioni, in materia di azione civile contro la discriminazione esperibile davanti al giudice ordinario per ottenerne la cessazione e la rimozione degli effetti pregiudizievoli, il D.Lgs. n. 215/2003 (attuazione nel nostro ordinamento della Direttiva 2000/43/CE in materia di parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla loro razza e origine etnica) e il D.Lgs. n. 216/2003 (attuazione nel nostro ordinamento della Direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro), il D.Lgs. n. 198/2006, che costituisce il c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, nonché la particolare disciplina processuale dettata dall'art. 28 del D.Lgs. n. 150/2011. Da ultimo, anche l'art. 2 del D.Lgs. n. 23/2015, pur situato all'interno di un testo complessivamente volto a consentire al datore di lavoro una maggior flessibilità in uscita, mantiene il regime sanzionatorio previgente in caso di licenziamento nullo in quanto antidiscriminatorio.

vincoli apposti all'imprenditore, concedendogli maggiore spazio di manovra e una maggiore discrezionalità nelle scelte legate all'impresa²⁹¹.

Al momento è presto per poter effettuare un bilancio esauriente degli effetti (sia sul piano dei livelli occupazionali, sia su quello della tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori), però si può partire dai dati testuali forniti dalle norme, dalle prime pronunce giurisprudenziali e dalle opinioni di autorevoli interpreti per tracciare un quadro aggiornato della tematica e sviluppare alcuni spunti problematici.

2.1) (segue) I poteri del datore di lavoro, i corrispettivi obblighi dei lavoratori e la mobile linea di confine tra gli uni e gli altri.

Una volta preso atto della sussistenza dei poteri datoriali, dell'origine contrattuale degli stessi²⁹² e dello stretto collegamento che li unisce

²⁹¹ Tappe principali e recenti della suddetta politica del lavoro sono state la Legge n. 183/2010, c.d. Collegato Lavoro, che ha introdotto limiti più incisivi al sindacato del giudice in materia di lavoro (con il dichiarato intento di aumentare la certezza del diritto, diminuire il contenzioso e rendere più calcolabili per il datore i costi della gestione dei rapporti di lavoro: cfr. Carinci M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *Studi in onore di Tiziano Treu: lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Vol. 2, *Contratti di lavoro*, Jovene, Napoli, 2011, p. 787 e ss.), la Legge n. 92/2012, c.d. Riforma Fornero, che adducendo la necessità di rispondere a una sollecitazione europea ha diversificato l'apparato sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo, limitando ulteriormente i casi di tutela in forma specifica particolarmente penalizzante per il datore di lavoro (cfr. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 159/2012) e da ultimo i D.Lgs. n. 23/2015 (che ha modificato ulteriormente la disciplina delle sanzioni avverso i licenziamenti viziati restringendo ulteriormente l'area di operatività della tutela reale e rendendo prevedibile, per il datore di lavoro, l'eventuale *firing cost*), n. 81/2015 (che, all'art. 3, ha pesantemente inciso sul testo dell'art. 2103 c.c. ampliando lo *ius variandi* a disposizione del datore di lavoro) e n. 151/2015 (che, all'art. 23, ha modificato l'art. 4 St. Lav. sul tema dei controlli a distanza dei lavoratori, per poi esser riaggiustato nel 2016: cfr. Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1).

²⁹² Buoncrisiano, *op. cit.*, p. 205, ritiene che la correlazione tra subordinazione e poteri datoriali, entrambi elementi strutturali del «tipo» negoziale del lavoro subordinato, consente di individuare non solo la fonte delle posizioni di supremazia (appunto il contratto), ma anche la misura e la

all'organizzazione dei mezzi di produzione che costituisce il compito principale di qualunque datore di lavoro (imprenditore o meno che sia)²⁹³, si può provare a specificarli meglio. Per quanto gli studiosi abbiano variamente definito e declinato l'elenco dei poteri datoriali²⁹⁴, ad oggi è possibile affermare che ne costituiscono i due «sottotipi fondamentali»²⁹⁵ quelli direttivo e disciplinare, entro i quali si possono far rientrare tutte le estrinsecazioni in concreto della posizione di supremazia del datore di lavoro sulla propria manodopera.

Parte della dottrina ha rilevato la sussistenza di un «collegamento funzionale» tra tali tipologie di poteri, pur distinguendosi tra di loro per essere, il potere direttivo, un «potere di conformazione» dell'obbligazione di prestazione dedotta nel contratto di lavoro (diretto a selezionare, tra le mansioni contrattualmente pattuite nel regolamento individuale, quale debba essere concretamente eseguita,

disciplina delle stesse, in quanto l'esercizio dei poteri andrà sempre parametrato alla specifica prestazione dedotta in contratto e ad esso si applicherà l'apparato regolativo dato dalle norme di legge, dalle disposizioni stabilite dall'autonomia individuale o collettiva nonché dalle norme dettate in generale in materia contrattuale, tra le quali spicca per rilevanza e potenzialità quella della buona fede *in executivis*. Cfr. anche Liso, *op. cit.*, 1982, p. 36, il quale ritiene che la figura del contratto si presti a rendere in maniera paradigmatica, attraverso lo schema dello scambio, «l'antagonismo degli interessi in gioco, la contestazione della supremazia originaria dell'imprenditore, il carattere limitato e funzionale della subordinazione».

²⁹³ Per una ricostruzione in termini di organizzazione della relazione inter-individuale tra lavoratore e datore di lavoro (nel senso di aggiungere alla funzione di realizzazione dello scambio lavoro-prestazione, tipica del contratto di lavoro subordinato, anche quella di costituire un'organizzazione del lavoro) cfr. Persiani, *op. cit.*, 1966, p. 51; seppur tale tesi sia «lodevolmente tesa da un punto di vista giuridico a ricondurre la subordinazione nell'area del contratto e quindi a bruciare gli spazi che venivano utilizzati per (o si prestavano a) configurare una più ampia soggezione del prestatore di lavoro alla signoria dell'imprenditore», Liso, *op. cit.*, p. 59 e ss. ne mette ben in evidenza i limiti e le criticità.

²⁹⁴ Mazzotta, in *op. cit.*, 2016, p. 502, ritiene che «costituiscono una logica inferenza della posizione creditoria datoriale sia il potere di *impartire direttive* sull'esecuzione del lavoro, nei limiti dell'oggetto della prestazione (*potere direttivo* in senso proprio) sia quello di *organizzare* tale prestazione quanto al *tempo* (fissando l'orario di lavoro o il periodo di godimento delle ferie) ed al *luogo* della sua esecuzione (*potere organizzativo*) sia quello di controllare l'esecuzione della prestazione (*potere di controllo e/o di vigilanza*) sia quello, infine, di reagire alle disfunzioni organizzative, poste in essere dal lavoratore, attraverso l'irrogazione di «pene private» (*potere disciplinare*)» (corsivi dell'Autore).

²⁹⁵ Cfr. Carinci F., *op. cit.*, 2007, p. 81.

nonché a dettare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro)²⁹⁶, mentre il potere disciplinare consisterebbe nella facoltà di irrogare sanzioni integranti vere e proprie «pene private»²⁹⁷.

Il fondamento normativo espresso di tali poteri viene perlopiù ricondotto a quegli articoli del Codice Civile che, letteralmente, sanciscono i correlativi obblighi che sorgono in capo ai lavoratori in forza della stipulazione del contratto individuale²⁹⁸, vale a dire il dovere di fornire una prestazione lavorativa nell'interesse di un altro soggetto, l'imprenditore (*ex art. 2094 c.c.*), il dovere di rendere tale attività usando «la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale» (*ex art. 2104, co. 1, c.c., obbligo di diligenza*) e osservando le istruzioni e le regole riguardanti le modalità di adempimento stabilite dall'imprenditore (*ex art. 2104, co. 2, c.c., obbligo di obbedienza*), il dovere di non porre in essere comportamenti in concorrenza con l'attività del datore di lavoro e di «non divulgare notizie riservate» in quanto «attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa» (*ex art. 2105 c.c., obbligo di fedeltà*). L'inosservanza di tali norme viene dichiarata passibile di sanzioni disciplinari, a seconda della gravità delle infrazioni, dal successivo art. 2106 c.c., che rinvia in tal modo al potere disciplinare, mentre il potere direttivo monitora e verifica la concreta rispondenza alle esigenze aziendali delle prestazioni di lavoro dei dipendenti, in ossequio ai succitati obblighi.

²⁹⁶ Per una vasta e attenta analisi sulle fattezze e sui limiti del potere direttivo si rinvia a Perulli, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, ancora molto attuale.

²⁹⁷ Cfr. Persiani, *Preliminari al potere disciplinare*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Persiani e Carinci F. – Vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo primo, *Contratto e rapporto di lavoro*, cit., pag. 769 e ss.

²⁹⁸ Ci si riferisce naturalmente al contratto di lavoro subordinato, all'interno della cui disciplina trovano espressione tanto il riconoscimento formale delle prerogative datoriali da parte del legislatore quanto la posizione di forza di fatto acquisita in ogni caso dall'imprenditore sul piano socio-economico: cfr., a questo proposito, Balletti, *Poteri imprenditoriali e interesse del lavoratore all'adempimento*, in *RCDP*, 1990, 4, p. 706.

Data l'evidente e intrinseca connessione tra le posizioni attive, spettanti al datore di lavoro, e quelle passive, sussistenti in capo ai lavoratori, si comprende come le stesse costituiscano le due facce della stessa medaglia, a seconda del punto di vista che si vuole privilegiare. Dal momento che, tuttavia, la problematica centrale per tanti studiosi e interpreti è stata a lungo la limitazione dei poteri datoriali²⁹⁹, pare opportuno proseguire secondo tale approccio che ha finito per diventare quello privilegiato.

Pur con la consapevolezza di trovarsi su una frontiera alquanto mobile, influenzata dalle politiche del diritto perseguite dal legislatore storico come le maree dalla luna, allo stato attuale si può affermare che i poteri datoriali sopra descritti siano soggetti a limiti sia esterni che interni. La forma di controllo considerata più compatibile con la concezione del datore di lavoro come soggetto che esercita e si avvale della libertà d'iniziativa economica prevista dall'art. 41, co. 1, Cost. (libertà che, ai sensi del successivo comma 2, non può svolgersi in contrasto con la sicurezza, la libertà e la dignità umana) è stata sin dalle origini quella consistente nell'apposizione di limiti esterni all'iniziativa datoriale. Si ammette così di trasporre il divieto sancito dall'art. 41, co. 2, Cost. anche sulle ipotesi previste dalla disciplina codicistica e da quella speciale, consentendo al giudice di accertare "dall'esterno" che nella fattispecie in esame l'esperimento del potere datoriale sia stato legittimo e rispettoso dei valori della persona umana di cui è portatore il lavoratore, senza poter tuttavia contestare il merito e, dunque, l'opportunità della scelta di strategia imprenditoriale alla base dell'azione del datore.

La previsione di limiti interni è molto più dibattuta, in dottrina, in quanto si esclude recisamente che sussista una qualche funzionalizzazione dei poteri del datore di lavoro ad un fine esterno rispetto al rapporto obbligatorio³⁰⁰; al più, si

²⁹⁹ Il medesimo concetto è espresso da Carinci F., *op. cit.*, 2007, p. 81, nt. 185.

³⁰⁰ Cfr. ancora Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 503.

potrà pretendere che l'atto di esercizio del potere sia conforme alla causa per cui quest'ultimo è previsto, dunque solo per soddisfare l'interesse dell'imprenditore al buon andamento e al profitto dell'attività. Perciò, gli ordini emanati non possono prescindere dalla intima correlazione esistente tra la prestazione lavorativa dedotta in contratto e l'organizzazione aziendale complessiva in cui la prima deve inserirsi e con cui deve coordinarsi³⁰¹, tanto che devono considerarsi illegittime in quanto abusive le disposizioni stabilite dal datore di lavoro che comportino un sacrificio del dipendente non giustificato da corrispondenti esigenze o interessi dell'impresa.

Quanto poi alle tecniche regolative adottate concretamente dal legislatore al fine di limitare i poteri unilaterali del datore di lavoro, nel nostro ordinamento si rinvencono principalmente: norme che impongono dei divieti tassativi, a difesa di diritti fondamentali di rilevanza costituzionale³⁰²; norme che prevedono l'osservanza di una procedura legislativamente predeterminata³⁰³, per il legittimo esercizio del potere; norme che, imponendo in generale ai contraenti di comportarsi reciprocamente nel rispetto delle clausole generali di buona fede e correttezza, forniscono i parametri di riferimento sulla base dei quali valutare l'esattezza dell'adempimento ovvero la gravità e l'imputabilità

³⁰¹ Cfr. ancora Buoncrisiano, *op. cit.*, p. 205 e ss.; anche Liso, pur non condividendo le conclusioni esposte da Persiani nel suo studio del 1966 in merito al ruolo dell'organizzazione dell'impresa, in *op. cit.*, 1982, p. 31, così puntualizza: «che vi possano essere (...) dei rapporti di lavoro subordinato che non si svolgano in una organizzazione non è considerazione sufficiente per escludere, in linea logica, che quest'ultima sia elemento in qualche misura presente nella configurazione tipica offerta dall'art. 2094 e seguenti del codice civile».

³⁰² A mero titolo esemplificativo, si pensi all'art. 10 del D.Lgs. n. 276/2003, che vieta alle agenzie per il lavoro di effettuare indagini riguardanti dati sensibili e informazioni personali riguardanti i propri lavoratori.

³⁰³ Il caso più tipico di procedimentalizzazione di un potere datoriale è quello costituito dall'art. 7 Stat. Lav., che intende trovare un compromesso tra le esigenze di tutela dell'organizzazione aziendale e quelle di rispetto della dignità del lavoratore, prevedendo una serie di obblighi ulteriori in capo al datore di lavoro, per impedire un uso scorretto del potere disciplinare e garantire ai dipendenti la possibilità di difendersi efficacemente, consentendo però all'imprenditore finanche di recedere dal rapporto ove la contestazione si riveli fondata e il rapporto fiduciario sia venuto meno. Cfr. Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 519 e ss..

dell'inadempimento datoriale³⁰⁴. Innumerevoli, inoltre, sono i ragionamenti interpretativi adottati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, soprattutto per estendere l'area di tutela offerta dal diritto positivo (si pensi, ad esempio, ai tentativi di importare nel diritto privato figure pubblicistiche quali gli interessi legittimi, ovvero al ricorso a figure dottrinarie civilistiche *border line* quale l'abuso del diritto)³⁰⁵, in ogni caso per adattare le strategie di controllo sul corretto esercizio dei poteri del datore di lavoro ai mutamenti sopravvenuti nel corso del tempo e alle conseguentemente sempre diverse istanze di protezione.

L'art. 2106 c.c., su cui si fonda il potere disciplinare del datore di lavoro, è stato infatti valorizzato da parte della dottrina, in quanto consentirebbe di ricollegare il dovere di obbedienza del prestatore di lavoro di cui all'art. 2104, co. 2, c.c. a un interesse organizzativo del datore di lavoro, nonché, a «trasferire siffatto interesse alla posizione contrattuale (del lavoratore), quale parte del contratto individuale del lavoro»³⁰⁶. Si vuole, in tal modo, estendere l'ambito della responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro non solo all'inadempimento della prestazione lavorativa, oggetto principale dell'obbligazione assunta mediante il contratto di lavoro ex art. 2104, co. 1, c.c.,

³⁰⁴ Cfr. Buoncrisiano, *op. cit.*, p. 261 - 262, il quale afferma che dall'applicabilità del canone di buona fede *in executivis* discende non solo, come doveroso comportamento tipico, che l'esercizio di poteri discrezionali avvenga in modo da salvaguardare l'utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse o con l'interesse per il quale il potere è stato conferito, ma, altresì, la possibilità di utilizzare il criterio della ragionevolezza al fine di valutare equilibrio, proporzionalità, congruità, pertinenza, idoneità della soluzione prescelta rispetto alla logica delle relazioni aziendali. Cfr. anche Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 505, Marazza, *Le tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Persiani e Carinci F. – Vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo secondo, p. 1305, e Balletti, *op. cit.*, p. 708, il quale ultimo suggerisce di ricorrere alle clausole generali proprio a fronte della «constatata inesaurienza dei modelli tecnico-teorici più tradizionali», senza «l'ingiustificato atteggiamento di diffidenza» con il quale sono state tradizionalmente valutate in senso critico dagli studiosi.

³⁰⁵ Cfr. ancora Carinci F., *op. cit.*, 2007, p. 82.

³⁰⁶ Così Persiani, *op. cit.*, 2011, p. 787 e ss..

ma anche alle violazioni di regole generali che riguardino l'organizzazione e la disciplina del lavoro (*ex art. 2104, co. 2, c.c.*)³⁰⁷.

3) L'autotutela quale strumento di tutela dei diritti dei lavoratori.

È in un contesto quale quello succintamente descritto nei paragrafi precedenti (per evidenti necessità di spazio e di economia complessiva dell'elaborato) che si intende testare l'operatività dei vari istituti riconducibili alla categoria dell'autotutela, con i doverosi adattamenti indispensabili per armonizzare uno strumento di matrice civilistica a un settore governato da regole speciali e in cui, come visto, il rapporto intercorrente tra le reciproche obbligazioni segue logiche in parte diverse da quelle propriamente contrattuali³⁰⁸.

Pur nella consapevolezza che l'eventuale ammissibilità dell'autotutela nel campo del rapporto di lavoro determinerebbe la disponibilità di tali strumenti anche in favore dell'imprenditore che se ne voglia servire (e che taluni studi riconducono l'esercizio del potere disciplinare a una forma di autotutela datoriale³⁰⁹ espressamente sancita dal legislatore), il focus del presente studio

³⁰⁷ Cfr. Mainardi, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET, Torino, 2012, pag. 13.

³⁰⁸ Cfr. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 28, il quale rammenta che, accanto alla previsione di invalidità negoziali, il diritto del lavoro ha introdotto norme che vietano o impongono comportamenti datoriali volti a garantire l'effettività del precetto e, in particolare, negli anni Settanta si sono previsti «peculiari ed eterogenei sistemi sanzionatori (le c.d. sanzioni civili)», ancora oggi riproposti «ogniqualevolta il legislatore ha dimostrato di non nutrire fiducia nell'efficacia dissuasiva delle invalidità negoziali di diritto comune». Sul medesimo tema si veda altresì Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, 1979, p. 305 e ss..

³⁰⁹ Cfr. Carinci F., *op. cit.*, 2007, p. 83, nota n. 190; Montuschi, in *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 11 e ss., ne parla come di uno strumento di autoprotezione del momento organizzativo, inteso come tutela dei mezzi produttivi, a disposizione di colui che ne è titolare e ne ha dunque la disponibilità; cfr. anche Mazziotti Di Celso, *op. cit.*, p. 98 e ss., il quale vi dedica un'intera sezione del capitolo sull'autotutela tra le parti dei rapporti individuali di lavoro. Nel caso di esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro, infatti, spetterà al lavoratore che voglia sottrarsi in quanto lo ritenga illegittimo l'onere di adire il tribunale al fine di ottenere giustizia (proprio come accade normalmente alla parte che è soggetta alla condotta di autotutela e voglia opporvisi).

rimane circoscritto all'approccio interpretativo tradizionale, avente ad oggetto la ricerca di tecniche giuridiche sempre nuove al fine di salvaguardare il lavoratore subordinato dai possibili danni alla propria integrità fisica ovvero morale, in qualche modo originati dal coinvolgimento della persona nell'esecuzione della prestazione lavorativa.

Ciò che si intende verificare, dunque, è se e come il prestatore di lavoro subordinato (malgrado si trovi, per definizione, in una situazione di particolare soggezione rispetto al datore di lavoro) possa tutelare da sé una propria posizione giuridica soggettiva minacciata o lesa da un inadempimento datoriale, ponendo in essere un comportamento in concreto conforme alla generale regola di buona fede, al fine di ottenere l'esatto adempimento e la salvaguardia del proprio interesse, nel caso in cui il ricorso all'autorità giudiziaria non sarebbe in grado di fornire un risultato efficace in tempi rapidi.

3.1) Ammissibilità, effetti e rischi connessi all'esercizio dell'autotutela.

Mentre è certo che l'autotutela in forma collettiva della compagine lavorativa è riconosciuta e garantita dall'ordinamento, alla stregua di un vero e proprio diritto, come evidenziato dall'avallo espresso a livello costituzionale dagli artt. 39 e 40 Cost., è più arduo reperire norme lavoristiche che si riferiscano esplicitamente a ipotesi di autotutela individuale a disposizione dei lavoratori. A parte le dimissioni per giusta causa³¹⁰ (che consentono al lavoratore di recedere dal contratto al fine di sottrarsi ad una situazione divenuta per lui sfavorevole,

³¹⁰ Le dimissioni per giusta causa traggono la propria disciplina dal combinato disposto di una serie di norme: oltre all'art. 2119 c.c., che prevede la possibilità per il lavoratore di recedere in tronco dal contratto a fronte di una giusta causa e di beneficiare dell'indennità di mancato preavviso, l'art. 2112, co. 4, c.c. prevede un caso particolare di dimissioni considerate *ex lege* per giusta causa, ove siano poste in essere dal lavoratore entro 3 mesi dal trasferimento d'azienda che ha provocato delle sostanziali modifiche nelle condizioni di lavoro del lavoratore dimissionario, mentre il D.Lgs. n. 22 del 2015 sancisce invece i trattamenti di disoccupazione (NASPI) che continueranno a spettargli anche se la cessazione del rapporto di lavoro non è stata involontaria.

limitando al contempo il danno economico che inevitabilmente ne consegue³¹¹), le quali possono costituire un mezzo tipico del diritto del lavoro di autotutela individuale estintiva, il frangente in cui il dipendente è più esposto a possibili conseguenze dannose derivanti da un inadempimento datoriale è, naturalmente, il momento dell'esecuzione della prestazione.

Per tale motivo, la configurazione che più spesso assume l'autotutela individuale conservativa del lavoratore, il quale non voglia provocare la cessazione del rapporto ma solo difendersi dagli effetti lesivi derivanti da una condotta del datore di lavoro, è quella del rifiuto di svolgere la mansione richiesta (per la violazione di una norma di legge che ne sarebbe conseguita, per l'illegittimità della richiesta, per il conflitto con altri interessi prevalenti, etc.) sovente integrante la fattispecie dell'eccezione di inadempimento, che come anticipato trova fondamento nell'art. 1460 c.c..

L'*exceptio inadimpleti contractus* si traduce, come detto, in una facoltà o un potere, attribuito al debitore-creditore di un rapporto obbligatorio – a fronte di una situazione di attuale lesione o di pericolo tale da poter pregiudicarne la sfera soggettiva – di provocare unilateralmente la temporanea paralisi dell'altrui pretesa e l'inesigibilità della propria prestazione, incidendo non sul vincolo bensì sull'attuazione del rapporto stesso³¹².

In generale, la prestazione di lavoro rappresenta la principale obbligazione che sorge a carico del lavoratore in forza della stipula del relativo contratto

³¹¹ Ciò, almeno, secondo le intenzioni del legislatore, benché poi nei fatti il ricorso a questa figura di autotutela individuale estintiva, comportando comunque la perdita della retribuzione e del posto di lavoro, risulti scevro di conseguenze negative consistenti solo per quei lavoratori dotati di particolare forza contrattuale sul mercato (ad esempio, in quanto muniti di una specifica e rara professionalità); cfr. a questo proposito, Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamenti di mansioni e trasferimento: art. 2103*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 245. In merito alla qualificazione dell'atto di recesso unilaterale del lavoratore come forma di autotutela conseguente a un comportamento scorretto della controparte, cfr. anche Dell'Olio, *op. cit.*, p. 3.

³¹² Cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1974, p. 205 – 207.

individuale e, come illustrato in precedenza, per poter essere utilmente resa deve rispettare i particolari requisiti dettati dalle citate norme codicistiche: è necessario che corrisponda a quella ordinata dal datore di lavoro, le caratteristiche e le modalità di esecuzione della stessa devono rispettare le istruzioni specifiche eventualmente impartite dall'imprenditore, al fine di consentirne il miglior coordinamento con gli altri strumenti produttivi nell'organizzazione aziendale, il lavoratore deve porla in essere secondo la diligenza professionale richiesta e rispettando altresì l'obbligo di fedeltà. Perciò, il prestatore sarà ritenuto inadempiente ed esposto a responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., non solo quando abbia del tutto omissso, in modo ingiustificato, di effettuare la prestazione promessa, ma altresì quando la abbia realizzata venendo meno a uno degli altri obblighi collaterali, ovvero in modo non conforme alle disposizioni impartitegli.

Tuttavia, la dottrina³¹³ e la giurisprudenza³¹⁴ giuslavoristiche sono concordi nel ritenere che, nel caso concreto, è necessario esaminare attentamente le

³¹³ Pur non essendo molti gli studi lavoristici che si sono concentrati sul tema dell'autotutela e dell'eccezione di inadempimento, è opportuno richiamare Mazziotti Di Celso, *op. cit.*, 1963; Dell'Olio, *Autotutela, III) diritto del lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988; Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale*, Cedam, Padova, 1995; Ferrante, *op. cit.*, 2004; Barbato, *Autotutela del lavoratore: rifiuto di prestazione non dovuta e eccezione di inadempimento*, in *MGL*, 2007, p. 281 e ss.; Riccobono, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 1, p. 121 e ss.; Isola, *L'autotutela nel diritto del lavoro*, p. 277 e ss., in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.

³¹⁴ A fronte di una cautela finanche eccessiva dimostrata dalla dottrina nell'accostarsi alle tematiche dell'autotutela individuale nel rapporto di lavoro, la giurisprudenza vi ha fatto spessissimo ricorso, anche con una qual certa libertà e spregiudicatezza, al fine di valutare la giustificabilità o meno di un inadempimento del prestatore di lavoro di cui il datore di lavoro chiedesse giustizia, ovvero – più spesso – di un preteso inadempimento posto alla base di un licenziamento disciplinare successivamente impugnato: tra i moltissimi casi che si richiameranno in modo più mirato nel prosieguo dell'opera, cfr., tra le più recenti, Cass. civ., sez. lav., 29.2.2016, n. 3959; Cass. civ., sez. lav., 19.1.2016, n. 836, in *Dir. Giust.*, 5, 2016, con nota di Duilio, *Violato l'obbligo di sicurezza dei lavoratori: legittimo il rifiuto di questi alla prestazione lavorativa*, ivi, p. 6 e ss., Cass. civ., sez. lav., 19.1.2016, n. 831; Cass. civ., sez. lav., 3.11.2015, n. 22421; Cass. civ., sez. lav., 7.8.2015, n. 16592; Cass. civ., sez. lav., 21.5.2015, n. 10468; Cass.

circostanze fattuali al fine di distinguere l'inadempimento imputabile al prestatore e disciplinarmente rilevante (tale da giustificare una sanzione conservativa o, nei casi più gravi, un licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, oltre a un risarcimento del danno) dall'inadempimento che non si può considerare tale, in quanto scriminato dal previo inadempimento del datore di lavoro a uno dei propri obblighi contrattuali. Nonostante, in passato, alcuni studi ritenessero l'esercizio dell'autotutela individuale incompatibile con il rapporto di lavoro³¹⁵, il ragionamento appena esposto è reso possibile proprio dalla ormai pacifica affermazione dell'origine contrattuale del rapporto di lavoro, rientrando nella categoria dei contratti di scambio o a prestazioni corrispettive, e dunque nella conseguente applicabilità anche di tutti i rimedi sinallagmatici propri di tali fattispecie, tra cui rientra l'*exceptio inadimpleti contractus*.

Nonostante la considerevole estensione della sfera di imputabilità del lavoratore subordinato, comprensiva non solo della prestazione lavorativa, ma altresì dei compiti accessori o strumentali ad essa e del pari dovuti in forza del principio di diligenza professionale di cui all'art. 2104, co. 1, c.c.³¹⁶, nonché malgrado i continui aggiornamenti e specificazioni della mansione in questione operati dal datore di lavoro anche in corso di svolgimento, l'adempimento della

civ., sez. lav., 23.4.2015, n. 8300; Cass. civ., sez. lav., 1.4.2015, n. 6631; Trib. Genova, sez. lav., 24.3.2015, in *Ilgiuslavorista.it*, 2015; Cass. civ., sez. lav., 5.3.2015, n. 4474; Cass. civ., sez. lav., 12.11.2013, n. 25392; Cass. civ., sez. lav., 19.7.2013, n. 17713; Cass. civ., sez. lav., 16.5.2013, n. 11927; Cass. civ., sez. lav., 7.5.2013, n. 10553, etc.

³¹⁵ Cfr. Zoppoli, *La corrispettività nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1991, in particolare p. 267 e ss. Tale Autore contesta altresì, più in generale, l'applicabilità ai rapporti di lavoro dei rimedi sinallagmatici previsti dal diritto civile.

³¹⁶ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 28.3.1992, n. 3845, ove si afferma che «l'obbligo di diligenza, imposto al lavoratore dall'art. 2104, comma 1, c.c., si sostanzia non solo nell'esecuzione della prestazione lavorativa secondo la particolare natura di essa (diligenza in senso tecnico) ma anche nell'esecuzione dei comportamenti accessori che si rendano necessari in relazione all'interesse del datore di lavoro ad un utile prestazione», finendo così per trasformare il dovere del lavoratore a rendere la propria prestazione in favore del datore di lavoro in modo diligente in un dovere di fare tutto quanto in proprio potere per soddisfare in generale gli interessi produttivi dell'imprenditore.

prestazione rientra comunque all'interno del rapporto obbligatorio³¹⁷, con tutte le logiche conseguenze che ne derivano. Analogamente, si è ritenuto che il dovere di obbedienza gravante sul prestatore di lavoro rispetto alle direttive ricevute dall'imprenditore, per quanto pervasivo esso sia, non possa estendersi sino al punto di pretendere dal lavoratore l'adempimento della propria mansione a fronte di un ordine illegittimo impartitogli dal datore di lavoro, ovvero di un totale inadempimento di quest'ultimo a uno degli obblighi di cui è, a propria volta, onerato dal diritto positivo e dalla contrattazione collettiva.

Vi è chi³¹⁸ ha autorevolmente sostenuto che l'ammissibilità dell'autotutela individuale nei rapporti di lavoro sarebbe corroborata altresì da quell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale secondo cui, nei momenti di sospensione della prestazione lavorativa, gli obblighi di diligenza e collaborazione sarebbero anch'essi temporaneamente neutralizzati, come si ritiene avvenga, ad esempio, in occasione di manifestazioni irregolari dell'autotutela collettiva al fine di legittimarne l'utilizzo (come per le forme c.d. anomale di sciopero, quali quelli a scacchiera o a singhiozzo³¹⁹). Secondo tale ragionamento, i suddetti doveri sarebbero perciò operanti nella fase di esecuzione della prestazione di lavoro, restando invece estranei al frangente in cui il lavoratore si rifiuta di svolgere i compiti contrattualmente dovuti in

³¹⁷ A tale conclusione era già giunto Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 275, pur all'interno di un'opera tesa all'analisi del particolare coinvolgimento della persona del prestatore all'interno del rapporto di lavoro subordinato e alla ricerca sistematica degli strumenti più idonei a rispondere alle peculiari esigenze di tutela che ne derivavano.

³¹⁸ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, p. 241. Sulla medesima linea di pensiero si situa Riccobono, *op. cit.*, p. 147 e ss., il quale arriva ad affermare che «il richiamo delle regole di buona fede e correttezza (...) può essere invocato fintanto che si rimanga nella fase di esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), mentre la condotta di chi si astiene dalla prestazione lavorativa, adducendone l'estraneità al proprio debito contrattuale, si pone tipicamente al di fuori del momento esecutivo e della logica dello scambio negoziale».

³¹⁹ In merito alle quali è intervenuta in modo decisivo la Suprema Corte con la famosa sentenza 30.1.1980, n. 711, che ha previsto i c.d. limiti esterni al diritto di sciopero, liberalizzandone notevolmente le forme di espressione.

reazione a un previo inadempimento datoriale, il quale per primo ha alterato l'equilibrio negoziale impedendo che sorgessero le obbligazioni collaterali a quella principale, per cui ogni debitore è tenuto ad adoperarsi affinché il proprio creditore realizzi i suoi obiettivi.

Al di là della piena persuasività di questa ricostruzione³²⁰, si ritiene più opportuno considerare liberamente applicabili i rimedi civilistici dell'autotutela individuale anche ai rapporti di lavoro, sulla base del ragionamento per cui, da un lato, tali rimedi non entrano di per sé in conflitto con le esigenze di tutela poste alla base della specialità della disciplina giuslavoristica, potendo invece contribuire ad arricchire l'arsenale di strumenti di protezione a disposizione della parte più debole; dall'altro, in quanto la visione organicistica o rigidamente gerarchica del rapporto di lavoro all'interno dell'impresa è stata ormai abbandonata, in favore di un recupero della volontà di entrambi i contraenti quale manifestatasi in sede di stipulazione del contratto. L'ordine impartito dal datore di lavoro privato, infatti, è sprovvisto tanto del carattere di esecutività quanto della presunzione di legittimità³²¹ che contraddistinguono, invece, le disposizioni provenienti dalla Pubblica Amministrazione nel caso di un rapporto di lavoro pubblico non privatizzato.

³²⁰ Ciò che non collima appieno con la ricostruzione argomentativa sopra riportato è il fatto che, durante la sospensione del rapporto di lavoro provocata dall'insorgere di un evento morboso che colpisce il lavoratore, quest'ultimo non è del tutto liberato dagli obblighi di collaborazione e diligenza che caratterizzano la sua posizione nella piena operatività del vincolo: egli, infatti, sarà comunque tenuto a non svolgere altre attività lavorative, ovvero attività ricreative ma tali da esporre al rischio di una più lenta guarigione, per tutta la durata del periodo di assenza dal lavoro per malattia: *ex multis*, cfr. Cass. civ., sez. lav., 8.10.1985, n. 4844. In tali situazioni, infatti, secondo la dottrina, il contratto di lavoro tollera uno scarto tra il sinallagma genetico (quale vincolo che lega il prestatore al rapporto nel suo insieme), che rimane «vivo e vitale», e il sinallagma funzionale (costituito dal legame diretto tra le due prestazioni principali, quella lavorativa e quella retributiva), che invece viene temporaneamente sospeso: cfr. Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 605.

³²¹ Cfr., tra le molte sentenze che escludono espressamente la sussistenza di una presunzione di legittimità che accompagni i provvedimenti datoriali sino a un contrario accertamento giudiziale, Cass. civ., sez. lav., 3.11.2015, n. 22421; Cass. civ., sez. lav., 7.8.2015, n. 16592; Cass. civ., sez. lav., 10.11.2008, n. 26920; Cass. civ., sez. lav., 19.2.2008, n. 4060; Cass. civ., sez. lav., 20.12.2002, n. 18209; Cass. civ., sez. lav., 8.2.1999, n. 1074.

Avvalendosi degli strumenti rientranti nella categoria dell'autotutela, quale prima di tutto l'eccezione di inadempimento, il lavoratore potrà reagire a un comportamento scorretto proveniente dal datore di lavoro, sottraendosi alle conseguenze dannose provenienti da tale condotta senza dover attendere le tempistiche giudiziarie e, talvolta, realizzando da sé una tutela in forma specifica dei propri interessi che non sempre la tutela fornita dall'ordinamento potrebbe garantirgli. Il singolo può, in altre parole, ottenere direttamente in via stragiudiziale l'effetto ripristinatorio o inibitorio che sarebbe (forse) conseguito al provvedimento giudiziario, preservando al contempo l'equilibrio del sinallagma contrattuale da condotte altrui che attentino alla sua complessiva tenuta³²².

Tuttavia, agendo in via di autotutela il soggetto si espone anche a un rischio non indifferente: ove la misura posta in essere non realizzi la propria funzione di indiretta coazione all'adempimento e l'imprenditore persista nella propria condotta, il comportamento del lavoratore potrà essere tacciato di inadempimento o anche di insubordinazione³²³ e provocare una sanzione disciplinare, licenziamento compreso. Allora toccherà al prestatore intraprendere

³²² Cfr., in questo senso, Riccobono, *op. cit.*, p. 129.

³²³ L'insubordinazione è un concetto molto usato dalla giurisprudenza per etichettare quei comportamenti del prestatore di lavoro che violino il dovere di obbedienza e integrino un'inaccettabile ribellione nei confronti dell'imprenditore, minando il rapporto fiduciario con quest'ultimo e spesso fornendo gli estremi per un licenziamento disciplinare per giusta causa; malgrado la nozione sia sovente precisata e circostanziata dalla contrattazione collettiva, i giudici vi ricorrono tanto per sanzionare l'essere venuti meno a veri e propri obblighi contrattuali (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 26.4.2016, n. 8236, ove si precisa che in tema di licenziamento per giusta causa tale nozione coincide con la condotta di chi rifiuta di ottemperare a una direttiva o ordine giustificato e legittimo, e Cass. civ., sez. lav., 30.3.2012, n. 5115, che ritiene che integri insubordinazione l'abbandono del posto di lavoro e l'uscita dal lavoro in anticipo, pur se non previsti tra le cause di licenziamento per giusta causa tipizzate dal contratto collettivo) quanto gli atteggiamenti di aperta contestazione del volere datoriale (cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 11.5.2016, n. 9635, ai sensi della quale la critica rivolta ai superiori con modalità esorbitanti dall'obbligo di correttezza formale dei toni e dei contenuti viene fatta rientrare nella nozione di insubordinazione, in quanto di per sé suscettibile di arrecare pregiudizio all'organizzazione aziendale che si fonda sull'autorevolezza di cui godono dirigenti e quadri). Cfr. altresì Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 492-493.

le vie giudiziali tradizionali per contestare tale ultimo provvedimento, che risulterà fondato o meno a seconda della valutazione del Giudice in merito al primo inadempimento datoriale e alla giustificatezza o meno del mezzo di autotutela adottato dal lavoratore per difendersi. Come si vedrà nel prosieguo dell'elaborato, ove si procederà a un'analisi della giurisprudenza, l'autorità giudiziaria si è occupata di valutare la legittimità delle forme di autotutela poste in essere dai lavoratori quasi sempre in modo tangenziale e, in ogni caso, solo in conseguenza dell'impugnazione, da parte del lavoratore, del provvedimento posto in essere dal datore di lavoro in reazione all'autodifesa del primo: così, le pronunce sono volte a determinare la legittimità o l'illegittimità della sanzione disciplinare irrogata e l'esame relativo alla correttezza dell'autotutela è strumentale a tale conclusione³²⁴.

Non solo, ma in più vi è anche un concreto pericolo di «rappresaglia»³²⁵ da parte del datore di lavoro che, anche ove non sfoci in un vero e proprio licenziamento, può condurre a una progressiva marginalizzazione del lavoratore all'interno dell'impresa, incidendo sulla sua retribuzione (quantomeno nella parte variabile) e sulle sue prospettive di carriera, ovvero a uno svuotamento delle mansioni formalmente assegnategli, contro cui potrebbe rivelarsi difficile lottare, considerato che non sempre tali manovre assumono la forma di provvedimenti ufficiali impugnabili e che, in ogni caso, l'onere della prova della ritorsività e del c.d. «motivo illecito determinante»³²⁶ grava su chi se ne dichiara vittima.

³²⁴ Si vedano, a tale proposito, le acute osservazioni di Albi, *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, in *RIDL*, 2009, 3, II, p. 551 e ss., il quale afferma che «Sul tema dell'eccezione di inadempimento sollevata dal lavoratore viene dunque ad innestarsi prepotentemente l'esercizio del potere datoriale di recesso».

³²⁵ Si mostrano sensibili a tale rischio, rilevandolo con precisione, sia Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 140, sia Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 279.

³²⁶ In tali casi, infatti, il lavoratore deve dimostrare (anche mediante presunzioni) che il provvedimento impugnato è nullo in quanto fondato su un motivo illecito, vale a dire che l'intento di rappresaglia ha avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di

Se, dunque, gli strumenti di autotutela presentano dei notevoli vantaggi per i lavoratori dipendenti, consentendo di mantenere il proprio diritto alla retribuzione (secondo l'orientamento maggioritario, però, a patto di mettere previamente in mora l'imprenditore³²⁷ comunicando il motivo del proprio rifiuto ad adempiere, quale concreto elemento su cui valutare la buona fede richiesta *ex art. 1460, co. 2, c.c.*) e, più in generale, permettendo di non far cessare definitivamente un rapporto che costituisce, normalmente, l'unica fonte di reddito, i medesimi strumenti devono essere utilizzati con ponderazione e consapevolezza, al fine di non precipitare di male in peggio innescando il meccanismo che condurrà all'insorgere della propria responsabilità contrattuale e alla rottura del rapporto.

La soluzione migliore per porsi al riparo da possibili effetti deteriori delle condotte da cui si cerca di difendersi, allora, sembrerebbe essere quella di cumulare l'immediata attivazione di misure di autotutela con il parallelo ricorso all'autorità giudiziaria³²⁸ (la quale, ove adita nelle forme del rito d'urgenza e in

lavoro: cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 27.2.2015, n. 3986; Cass. civ., sez. lav., 8.8.2011, n. 17087; Cass. civ., sez. lav., 18.3.2011, n. 6282; Trib. Roma 16.10.2015, reperibile su *Ilgiuslavorista.it*, 2015; da ultimo, la Suprema Corte (in Cass. civ., sez. lav., 5.4.2016, n. 6575) ha inoltre effettuato una doverosa distinzione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ritorsivo, puntualizzando che «La discriminazione – diversamente dal motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c. – opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro. Va perciò distinta l'ipotesi del licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 4 l. n. 604 del 1966 e dell'art. 15 l. n. 300 del 1970, che, come disposto dall'art. 3 l. n. 108 del 1990, è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta, dalla ipotesi del licenziamento ritorsivo per il quale è invece necessaria la prova del motivo illecito unico e determinante».

³²⁷ Cfr. ad esempio Cass. civ., sez. lav., 29.1.1990, n. 577, che sancisce espressamente il diritto del lavoratore a ricevere dal datore di lavoro la retribuzione per tutto il tempo in cui, rifiutando un illegittimo trasferimento, sia rimasto a sua disposizione senza essere riammesso al servizio nella sede originaria.

³²⁸ Una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza ha, tuttavia, contestato la possibilità di tale cumulo: vi è stato sia chi ha ritenuto che, a fronte di un ordine preciso ancorché ingiusto del datore di lavoro, il lavoratore non possa legittimamente rifiutarsi di adempiere e debba obbedirvi fino a quando un giudice non gli consenta espressamente di non farlo (in via cautelare o definitiva: cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 5.12.2007, n. 25315, in *RIDL*, 2008, 2, p. 270 e

via cautelare *ex art.* 700 c.p.c., può fornire una pronta risposta a questa esigenza di tutela). Così facendo, ove all'esito del giudizio il Giudice rilevi la legittimità del rifiuto opposto dal lavoratore, quest'ultimo non potrà più essere qualificato alla stregua di un inadempimento colpevole né fornire gli estremi per una responsabilità disciplinare, cristallizzandosi con il passaggio in giudicato della sentenza. Al più, anche nel malaugurato caso in cui tale riconoscimento non giunga o venga ribaltato in uno dei successivi gradi di giudizio, agendo in questo modo il lavoratore potrà essere tenuto a restituire quanto percepito «a titolo retributivo o risarcitorio (...) senza rischiare il licenziamento per inadempimento»³²⁹.

Tuttavia, è evidente che, operando come or ora delineato, si annullino alcuni dei punti di forza che rendono l'autotutela appetibile per il prestatore d'opera, vale a dire la subitanità della tutela rispetto alla minaccia di lesione³³⁰ e la

ss., con nota di Cavallaro, *L'autotutela negata, ovvero: quale disciplina per il demansionamento illegittimo?*, ove si ripropone la massima già statuita da Cass. civ., sez. lav., 23.12.2003, n. 19689); ma vi è altresì stato chi ha sostenuto che non sia possibile agire in giudizio *ex art.* 700 c.p.c. per carenza di interesse ad agire (da intendersi come sussistente quando, senza il processo e l'intervento del giudice, l'attore subirebbe un danno altrimenti non evitabile), a fronte di un demansionamento o di un trasferimento illegittimi, ogniquale volta sia ancora esperibile il rimedio in via di autotutela (cfr. Cavallaro, *Rapporto di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico*, in *RIDL*, 2001, 1, p. 63 e ss.). Queste ipotesi ricostruttive sono però state efficacemente smontate ribadendo, quanto alla prima, l'impossibilità di ravvisare una presunzione di legittimità che si accompagni alla disposizione datoriale, per cui non è corretto affermare che il lavoratore non possa opporvisi fino a quando non ottenga un provvedimento del giudice (cfr. Cass. civ., sez. lav., 8.2.1999, n. 1074); quanto alla seconda, che il lavoratore ben potrebbe volere fin dall'inizio un accertamento giudiziale, consistente in un provvedimento suscettibile di passare in giudicato o meno, ma comunque fornito di una certa stabilità e autorevolezza, caratteri di cui il rimedio in autotutela è di certo sprovvisto. Per un esauriente riassunto delle posizioni sul tema, cfr. ancora Riccobono, *op. cit.*, p. 129 e ss..

³²⁹ In questi termini Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 278. Della stessa opinione è anche Vallebona, *op. cit.*, p. 139, il quale ricorda che «è lo stesso principio di corrispettività che impedisce di gravare il datore vittorioso di qualsiasi onere con riferimento ad una prestazione lavorativa correttamente richiesta e non fornitagli dall'obbligato».

³³⁰ Cfr. Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 138, il quale afferma che «l'autotutela tempestiva è per definizione rischiosa, potendo, alla fine del giudizio, risultare legittimo l'atto dell'imprenditore e, quindi, inadempiente la contraria condotta del lavoratore esposto, così, alla perdita della retribuzione ed al licenziamento».

gratuità del mezzo di difesa, a disposizione anche della parte meno sprovvista dal punto di vista patrimoniale. È vero che il ricorso a forme di autodifesa quale l'eccezione di inadempimento è, d'altronde, più frequente in quei rapporti di lavoro che ancora rientrano nell'area di operatività dell'art. 18 St. Lav., dunque assistiti da tutela reale in caso di licenziamento disciplinare ritorsivo o, in ogni caso, illegittimo, in quanto tale circostanza consente ai lavoratori di affrontare con maggiore serenità l'alea insita nel ricorso all'autotutela³³¹. Cionondimeno, non risulta che, di fatto, l'esercizio dell'eccezione di inadempimento o degli altri strumenti di autotutela sia limitato solo ai rapporti di lavoro muniti di stabilità reale, anche perché in molte occasioni rappresenta l'unica forma di resistenza a disposizione del lavoratore davanti a talune forme di inadempimento datoriale, quali – come si vedrà più estesamente *infra* – un demansionamento o un trasferimento del lavoratore illegittimi (al fine di non prestare acquiescenza a un provvedimento che si reputa ingiusto), ovvero una violazione degli obblighi di sicurezza sul posto di lavoro cui è tenuto il datore di lavoro (per sottrarsi con effetto immediato ad una situazione potenzialmente pericolosa).

3.2) Una distinzione dottrinale dal confine incerto: il rifiuto della prestazione non dovuta e il rifiuto della prestazione dovuta.

Nelle trattazioni dedicate dalla dottrina giuslavorista all'operatività delle fattispecie di autotutela individuale conservativa, si ritrova spesso un tentativo di classificazione autonoma rispetto a quella operata tradizionalmente dal diritto privato³³², volta a diversificare le varie figure sulla base del tipo di condotta

³³¹ Cfr. Vallebona, *op. cit.*, 1995, il quale espone chiaramente come il fatto di godere del regime di tutela reale o meno possa costituire un discrimine fondamentale nella scelta del lavoratore di reagire a un esercizio scorretto dei poteri datoriali, tanto in via giudiziale (p. 40 e ss.) quanto in via di autotutela (p. 124 e ss.).

³³² Cfr. *supra*, I capitolo, par. 7.

datoriale cui si intende reagire, nonché sulla base del meccanismo giuridico che si ritiene operi nel caso concreto.

Nell'ambito del rapporto sinallagmatico di lavoro, come accennato, da un lato si situa l'obbligazione cui si impegna il lavoratore, consistente nell'attività lavorativa, conformata alle esigenze del datore di lavoro e dell'impresa in virtù degli ulteriori obblighi (preparatori³³³, di obbedienza, di diligenza, di fedeltà etc.) già elencati, dall'altro si pone l'obbligazione principale cui è tenuto l'imprenditore, vale a dire quella di corrispondere al prestatore di lavoro la retribuzione (nonché di versare i relativi contributi pensionistici e assistenziali), ma anche tutta una serie di obblighi accessori e ulteriori, generalmente definiti «di protezione» nei confronti della persona del lavoratore, configurandosi così come una fattispecie complessa. Stante poi la particolare pregnanza che il dovere di obbedienza esercita, per definizione, sul prestatore di lavoro subordinato, gli interpreti hanno mostrato una certa cautela nel selezionare i comportamenti del datore di lavoro in grado di giustificare l'inadempimento della prestazione pattuita da parte del lavoratore.

Nel caso (perlopiù scolastico) del contratto di lavoro formalmente regolare ma avente ad oggetto una prestazione di lavoro illecita, in quanto contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, l'ordinamento provvede a predefinire le sorti di quel negozio, sancendone d'autorità la nullità³³⁴ e predisponendo una disciplina speciale in favore dei prestatori di lavoro (derogatoria rispetto alla normativa contrattuale in genere in materia di

³³³ Come delineati da Mancini, nella nota opera *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 147 e ss..

³³⁴ Si ritiene applicabile, in tal caso, il sistema delle invalidità negoziali previsto nella disciplina civilistica delle obbligazioni in generale: l'art. 1343 c.c., che disciplina l'ipotesi di illiceità della causa per contrarietà a norma imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume, è richiamato dall'art. 1418, co. 2, c.c., che annovera tra i casi di nullità del contratto proprio l'illiceità della causa. Sulle criticità del sistema e sugli sforzi della dottrina per interpretarlo in modo coerente si rinvia ancora a Novella, *op. cit.*, p. 41 e ss..

invalidità) all'art. 2126 c.c.³³⁵, garantendo loro la retribuzione per il lavoro di fatto svolto unicamente nel caso in cui la disciplina di legge violata fosse posta a tutela dei lavoratori stessi.

In simili ipotesi, la disapprovazione e lo sfavore dimostrati dall'ordinamento verso tutto ciò che è illegale o illecito³³⁶ fa sì che il contratto avente ad oggetto attività di quel tipo sia considerato espressamente *tamquam non esset* e così spazzato via, compresi tutti i suoi effetti, dalla realtà giuridica. Analogamente, si pretende da tutti i consociati di astenersi dal prestarsi ad accordi di questo genere ovvero, nel caso in cui la prestazione illecita non fosse stata oggetto di stipulazione ma venisse concretamente richiesta nel corso del rapporto, si richiede che resistano all'ordine nullo e non pongano in essere alcun atto illecito.

La questione diventa più problematica quando il lavoratore voglia reagire contro una condotta datoriale non così manifestamente censurabile, in quanto “solo” illegittima, dalla quale tuttavia, se non fosse in qualche modo neutralizzata, deriverebbero delle conseguenze rischiose o direttamente dannose per il prestatore.

Non si rinvergono, infatti, delle norme positive che tipizzino queste situazioni e forniscano alla manodopera degli strumenti specifici per contrastarle, salvo il generale e sempre valido diritto di agire in giudizio per richiedere un intervento accertativo e rimediabile da parte dei giudici (con tutte le incertezze e i limiti del caso)³³⁷. Purtuttavia, risponde ad esigenze di giustizia sostanziale ed è

³³⁵ Per una completa trattazione del tema si rinvia a Campanella, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro: art. 2126*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013.

³³⁶ In merito alla distinzione tra i due concetti effettuata dalla giurisprudenza si rinvia a Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 318.

³³⁷ Anche nel diritto del lavoro, infatti, sono applicabili le regole di diritto civile che sanciscono l'ineseguibilità in forma specifica della condanna del datore di lavoro ad adempiere ad obblighi infungibili: i lavoratori saranno così costretti ad accontentarsi, anche in caso di vittoria in giudizio, di un risarcimento per equivalente a riparazione dell'eventuale danno provocato dall'inadempimento: cfr. Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 46 e ss..

pacificamente condiviso dagli interpreti del diritto consentire ai prestatori di lavoro di sottrarsi a comportamenti scorretti del datore di lavoro: a tal fine, si sono elaborate diverse tipologie di autotutela cui ricorrere.

Al di là del caso in cui l'imprenditore si renda integralmente inadempiente rispetto alla propria obbligazione principale, vale a dire ove smetta di versare il salario periodico ai propri dipendenti, che non può dare adito a particolari dubbi interpretativi³³⁸ e che di certo giustifica il rifiuto da parte dei lavoratori di svolgere, a loro volta, *in toto* la propria prestazione lavorativa fino a quando non saranno stati loro pagati gli arretrati³³⁹, le altre situazioni che ricorrono nella prassi sono meno facili da inquadrare sistematicamente. In particolare, è difficile distinguere gli esatti connotati che distinguono *il rifiuto della prestazione in quanto non dovuta* dal *rifiuto della prestazione dovuta in forza dell'eccezione di inadempimento* di cui all'art. 1460 c.c..

La prima di tali ipotesi³⁴⁰ si verificherebbe nel caso in cui la condotta datoriale che si vuole contrastare si manifesti nell'esercizio palesemente illegittimo di un potere o di una prerogativa pur formalmente spettanti all'imprenditore, concernente le modalità della prestazione; ciò si verifica, in altre parole, quando il potere invocato rientri pacificamente tra quelli previsti

³³⁸ Salvo le precisazioni di cui si darà conto più avanti, nella sezione dedicata alla rassegna delle soluzioni giurisprudenziali in materia di autotutela.

³³⁹ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 250 ove precisa che «la natura di contratto sinallagmatico o a prestazioni corrispettive della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., pacificamente accettata dalla dottrina italiana, infatti, fa sì che la sospensione della prestazione lavorativa appaia giustificata in presenza dell'inadempimento della fondamentale obbligazione contrattuale del datore».

³⁴⁰ Questa tecnica interpretativa inizia ad affacciarsi nel panorama giuridico in anni relativamente recenti (inizio anni Novanta), quando la Corte di Cassazione inizia ad accertare la legittimità del comportamento di un lavoratore, rifiutatosi di adempiere a un ordine datoriale scorretto, tanto sulla base dell'art. 1460 c.c. quanto sulla base dell'assorbente rilievo dell'inesistenza dell'ordine stesso in quanto emesso *ultra vires*, il che rende la prestazione non dovuta: cfr. Cass. civ., sez. lav., 7.12.1991, n. 13187. In dottrina, sviluppano tale opzione ricostruttiva, tra gli altri, Cester – Mattarolo, *Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro: art. 2104*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 469 e ss.; Pisani, *La modificazione delle mansioni*, FrancoAngeli, Milano, 1996, p.227-228; Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 126 e ss..

dalla disciplina di legge ma il cui concreto esercizio ne travalichi i limiti, viziando così la pretesa rivolta al lavoratore, il quale sarebbe libero di non rispettarla. In questo caso, non si potrebbe nemmeno parlare di vero e proprio inadempimento, da parte del prestatore, in quanto la mansione richiesta non risulta sorretta da un supporto giuridico e, dunque, non è dovuta³⁴¹.

La seconda figura, invece, che integrerebbe a tutti gli effetti la fattispecie dell'*exceptio inadimpleti contractus*, si avrebbe nel caso in cui il lavoratore decida di fronteggiare il previo inadempimento di matrice datoriale (consistente nella violazione di un obbligo di fare oppure di un divieto) mediante il rifiuto di adempiere, in via di autotutela, alla propria prestazione contrattualmente dovuta, almeno fino a quando il datore di lavoro non si offra di rimediare. In questo frangente, a differenza di quanto vale per l'ipotesi sopra descritta, il comportamento illegittimo dell'imprenditore deve integrare gli estremi di un vero e proprio inadempimento negoziale per poter rispettare i requisiti previsti dall'art. 1460 c.c. ai fini dell'operatività della relativa eccezione³⁴².

Per quanto riguarda la prima ipotesi è opportuno precisare che, se il datore di lavoro eccede nell'utilizzo di uno dei propri poteri (soprattutto ove riguardante le modalità con cui deve essere resa concretamente la prestazione da parte del lavoratore), superando i confini negoziati dalle parti stesse all'interno del

³⁴¹ Si veda, ad esempio, la prima tipologia di strumenti di autotutela soddisfatti descritta da Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 50 e p. 126 e ss. Insiste sulla differenziazione tra rifiuto di prestazione non dovuta e rifiuto in via di eccezione di prestazione dovuta anche Barbato, *op. cit.*, delineando in particolare la prima categoria a p. 285 e ss. Cfr. anche Ghera, *op. cit.*, 1979, p. 332, il quale si riferisce a una «violazione di un limite alla pretesa creditoria».

³⁴² Cfr. ancora i contributi di Vallebona, *op. cit.*, p. 50 e 130 e ss., Barbato, *op. cit.*, p. 287 e ss. Dell'Olio, *op. cit.*, 1988, p. 3, parla genericamente di un'autotutela «consistente nel rifiuto della propria prestazione in caso di inadempimento della controparte» che si traduce, allorché a compierla sia il lavoratore, in «una scelta che da un lato interrompe il ciclo, o flusso, della prestazione lavorativa, dall'altro è irreversibile quanto alla perdita di quest'ultima, pur con conservazione, in sostanza, della controprestazione, al cui ammontare andrebbe commisurato il risarcimento dovuto dal datore di lavoro».

regolamento contrattuale³⁴³, nonché quelli previsti dai generali canoni di correttezza e buona fede ovvero i limiti posti dalla legge, la manifestazione esorbitante di tale potere è ritenuta da parte degli studiosi sprovvista di alcuna reale portata autoritativa nei confronti del lavoratore. In mancanza di un potere legittimamente esercitato, la prestazione di quest'ultimo soggetto non sarà più doverosa e potrà essere rifiutata in via di autotutela. Per potersi considerare pienamente dalla parte della ragione, il prestatore d'opera sarà però tenuto a offrire l'esatta prestazione che sarebbe stato tenuto a compiere, da contratto, ove il datore non fosse incorso nell'eccesso di potere³⁴⁴; in tal modo, la responsabilità contrattuale per la mancata realizzazione di tale prestazione ricadrà sul creditore che si ostini a rifiutarla, pretendendone un'altra priva di qualsiasi fondamento.

L'interpretazione in parola presenta di certo alcuni vantaggi non indifferenti, tanto per il lavoratore (che non sarà tenuto a rispettare rigorosamente il limite della buona fede, *ex art.* 1460, co. 2, c.c., non trovandosi davanti a un inadempimento contrattuale ma solo a un esercizio scorretto del potere datoriale, e al quale continuerà pacificamente a spettare la retribuzione per le prestazioni

³⁴³ Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 7.12.1991, n. 13187, ove si statuisce che «I poteri del datore di lavoro sono tutti di natura contrattuale, atteso che, anche se previsti dalla legge, gli sono conferiti con la mediazione del contratto di lavoro, il cui contenuto è integrato dalle norme. È vero che al diritto potestativo si correla non un obbligo in senso tecnico ma una soggezione, ma non per questo, trattandosi di poteri privati, si è fuori dallo schema del rapporto giuridico, perché si fronteggiano pur sempre una situazione attiva, riconducibile alla categoria generale del diritto soggettivo, ed una passiva, a sua volta inquadrabile nella figura del dovere giuridico».

³⁴⁴ In dottrina si è ritenuta applicabile la disciplina civilistica in materia di mora del creditore, *ex art.* 1206 c.c. e ss., anche ai rapporti di lavoro in relazione ai quali, in quanto rapporti di durata, «la *mora accipiendi* investe, più che le singole prestazioni, l'intero rapporto nella sua proiezione temporale futura», cfr. Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 127, il quale a sua volta, per tale ricostruzione, richiama Ghera – Liso, (voce) *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXVI, Giuffrè, Milano, p. 978. L'offerta del lavoratore non può avere ad oggetto una prestazione parziale o difforme rispetto a quella contrattualmente pattuita (ai sensi degli artt. 1181 c.c. in materia di adempimento parziale e 1197 c.c. in materia di prestazione in luogo dell'adempimento) e dev'essere effettuata quando la prestazione sia ancora possibile, non potendo operare la *mora credendi* ove sia sopravvenuta l'impossibilità della prestazione stessa (*ex artt.* 1256 e 1463 c.c.). Infine, la situazione di mora avrà altresì l'effetto di porre a carico dell'imprenditore ogni aggravio e maggior rischio che possa derivare dalla sua mancata cooperazione: cfr. ancora Barbato, *op. cit.*, p. 286.

offerte e non volute, in forza del regime della *mora credendi*³⁴⁵), quanto per l'operatore giuridico eventualmente chiamato a valutare e qualificare il comportamento del prestatore di lavoro (il quale non sarà tenuto a verificare la sussistenza di tutti i requisiti previsti per l'esperibilità dell'eccezione di inadempimento).

Viceversa, qualora si versasse in un'ipotesi del secondo tipo e la misura di autotutela potesse definirsi eccezione d'inadempimento, secondo l'orientamento dottrinario sopra riportato: sarà necessario assicurarsi che la condotta datoriale cui il lavoratore reagisce sia un vero e proprio inadempimento; la somma cui egli avrà diritto, seppur parametrata alla retribuzione che gli sarebbe stata versata ove non vi fossero stati i reciproci inadempimenti, gli spetterà a titolo di risarcimento, con tutte le conseguenze che derivano³⁴⁶; l'eventuale esame giudiziale volto a indagare la legittimità dell'*exceptio* dovrà utilizzare numerosi criteri³⁴⁷.

Infine, nelle suddette ricostruzioni dottrinali si riserva uno spazio, seppur marginale, alle ipotesi di resistenza poste in essere, sempre in via di autotutela, dal lavoratore al fine di ridurre o neutralizzare le conseguenze potenzialmente pregiudizievoli originate da un illecito compiuto dal datore di lavoro. Quest'ultimo, talvolta, può estrinsecarsi in richieste estranee alla prestazione

³⁴⁵ Per un'analisi dell'istituto all'interno del diritto del lavoro, cfr. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992.

³⁴⁶ Se il datore di lavoro è liberato dall'obbligo retributivo, in virtù della mancata prestazione di lavoro da parte del lavoratore, il primo sarà comunque tenuto a risarcire al secondo il danno provocato dal proprio inadempimento, il quale sarà costituito *ex art.* 1223 c.c., tra l'altro, dal mancato guadagno del lavoratore, pari al salario perduto, detratto però l'*aliunde perceptum* e *percipiendum* (vale a dire gli eventuali compensi maturati ovvero quelli che egli avrebbe potuto percepire se si fosse applicato con l'ordinaria diligenza, dopo la sospensione del rapporto di lavoro); cfr. a questo proposito Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 131.

³⁴⁷ Come sarà più dettagliatamente illustrato *infra*, i presupposti da verificare riguardano l'interdipendenza tra le obbligazioni inadempite, il rispetto del principio di buona fede *ex art.* 1460, co. 2, c.c., l'equivalenza o, *rectius*, la proporzionalità tra le prestazioni, la temporaneità dell'eccezione, etc.

lavorativa³⁴⁸, ovvero in condotte esorbitanti il rapporto obbligatorio tra le parti e illecitamente intrusive nei confronti del lavoratore³⁴⁹. Per opporsi a questo genere di situazioni incresciose, il lavoratore può sottrarvisi, inibendone la continuazione e assicurandosi, al contempo, di non essere passibile per ciò stesso di sanzione disciplinare, per poi decidere liberamente se avvalersi anche degli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento (denunciando l'accaduto alle autorità istituzionali, ai sindacati o alla stampa, ovvero mediante un'azione giudiziaria vera e propria, ad esempio di risarcimento per i danni che ne siano comunque derivati)³⁵⁰.

Ciò trova la sua principale ragion d'essere nella constatazione per cui, rispetto agli attuali caratteri dell'apparato di tutela giudiziaria (sempre più improntato a garantire il riequilibrio della situazione giuridica alterata ad opera di una delle parti coinvolte per mezzo del solo risarcimento per equivalente del danno subito dalla controparte), l'autotutela appare in grado di fornire una pronta ed efficace risposta mediante una tutela in forma specifica³⁵¹.

4) Le ricostruzioni dottrinali dell'operatività della scriminante concernente il rifiuto del lavoratore di rendere la propria prestazione.

A fronte dei tentativi di riconduzione a sistema degli strumenti di autotutela concretamente rinvenuti nell'ordinamento effettuati dalla dottrina e or ora

³⁴⁸ Quali, ad esempio, pretese avanzate dal datore di lavoro tali da integrare fenomeni di *mobbing* verticale ovvero di molestie sessuali.

³⁴⁹ Come nel caso di controlli effettuati per ordine del datore di lavoro sulla persona del lavoratore da parte di un medico di fiducia del primo (e non da un soggetto terzo e imparziale) ovvero nel caso di una perquisizione personale effettuata sul prestatore in assenza dei presupposti dettati dall'art. 6 St. Lav.: tutti questi esempi sono tratti da Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 137.

³⁵⁰ Cfr. Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 51 e 137. Ferrante, invece, che propone una lettura ricostruttiva differente da quella appena riportata, inserisce analoghi episodi di resistenza nell'insieme dai confini più incerti qualificato come «autotutela libera o innominata», entro il quale si riportano le reazioni non violente dei lavoratori a illecite condotte datoriali: cfr. *op. cit.*, 2004, p. 332 e ss.

³⁵¹ Per un analogo ragionamento cfr. ancora Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 338.

riportati, si registra un diverso approccio proposto dalla giurisprudenza, la quale trae spunto dall'interpretazione degli studiosi per estrapolare, di volta in volta, a seconda del concreto atteggiarsi della fattispecie sottoposta a esame, il principio giuridico in grado di giustificare il ricorso all'autodifesa, soprattutto ove la stessa risponda a un evidente bisogno dell'individuo.

Benché molto di frequente si susseguano i riferimenti effettuati dai Giudici all'eccezione di inadempimento e alla verifica dei relativi presupposti, si è comunque assistito a una «rapsodica moltiplicazione dei referenti tecnico-giuridici» utilizzati dalle pronunce, «con la conseguenza che le decisioni appaiono contaminate sotto il profilo argomentativo e sempre più segnate da un elevato tasso di asistematicità»³⁵². Dunque, se si può con una qual certa sicurezza affermare che, malgrado l'assenza di una norma positiva onnicomprensiva, il principio per cui è lecito disobbedire a un ordine ingiusto o scorretto è ormai entrato a far parte del diritto vivente e del comune sentimento di giustizia, la sua applicazione pratica segue ancora percorsi non uniformi, che di seguito si tenterà di riassumere e chiarire partendo dall'analisi delle sentenze. È opportuno, tuttavia, precisare sin d'ora che queste alternative sono riconducibili, in ultima istanza, a differenti teorizzazioni della linea di demarcazione tra esercizio legittimo e illegittimo dei poteri del datore di lavoro³⁵³.

4.1) La tesi del principio *quod nullum est nullum producit effectum* e la tesi dell'*aliud pro alio*.

³⁵² Cfr. Riccobono, *op. cit.*, p. 138. Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 262, rileva che l'elemento che accomuna tutte le ipotesi di autotutela variamente legittimate dalla giurisprudenza è il fatto di consistere in un «rifiuto di eseguire l'ordine ricevuto, in quanto si assume che esso sia stato emanato in difformità dalla norma, di legge o di contratto, che disciplina la materia».

³⁵³ Si ritiene convincente la disamina riassuntiva effettuata da Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 59, circa il potere dell'imprenditore come manifestazione della subordinazione e la collocazione che l'Autore dà allo stesso tra gli elementi del contratto, condividendone altresì le conclusioni.

Molti dei pronunciamenti con i quali i Giudici hanno accertato la legittimità dell'inadempimento del prestatore di lavoro sono stati motivati facendo ricorso al noto brocardo «*quod nullum est nullum producit effectum*», vale a dire la regola per cui un atto nullo non può produrre alcun effetto sulla sfera giuridica altrui. Secondo tale orientamento, il provvedimento emesso dal datore di lavoro, quale espressione del relativo potere (di solito quello direttivo) e poi disatteso dal lavoratore, è nullo ogniqualvolta non abbia rispettato i requisiti di forma e sostanza previsti dalle norme di legge, collettive e individuali. Pertanto, l'atto in questione dev'essere ritenuto inidoneo a incidere sulla realtà giuridica e, in particolare, a rendere doveroso un determinato comportamento da parte del dipendente.

In dottrina, tale ricostruzione è coerente con il ragionamento effettuato da chi ritiene che l'elemento negoziale su cui il carattere della subordinazione si proietterebbe con maggior forza sarebbero gli effetti del contratto, potendosi esplicitare pienamente il potere direttivo o conformativo che è intrinseco a tale tipologia contrattuale solo se tale potere venga manifestato in modo legittimo dal datore di lavoro che ne è titolare³⁵⁴. In quest'ottica, l'ordine datoriale che non trova il proprio fondamento nel rispetto della disciplina che lo regola, in quanto «*contra ius*», si pone al di fuori del vincolo contrattuale e così la prestazione che ne costituisce l'oggetto deve ritenersi non dovuta, pur se la forma di invalidità negoziale che colpirebbe il provvedimento dell'imprenditore non è pacifica³⁵⁵.

³⁵⁴ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 63 (in merito all'analisi del contratto di lavoro subordinato) e p. 264 e 270 e ss. (in merito alla figura giurisprudenziale in commento).

³⁵⁵ Oltre alla categoria della nullità (da intendersi, evidentemente, quale nullità di protezione in favore del contraente più debole, come spesso accade nel caso di ipotesi di nullità all'interno del diritto del lavoro), infatti, vi è chi ha ritenuto applicabile la sanzione dell'annullabilità (a tal proposito, cfr. ancora Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 263, nota n. 83 e i riferimenti bibliografici ivi riportati) ovvero ancora la sanzione dell'inefficacia: cfr. a tale ultimo proposito, Perulli, *op. cit.*, 1992, p. 148, ove afferma che «il diritto al corretto esercizio delle prerogative datoriali si traduce quindi, anzitutto, nella piena operatività della sanzione di inesistenza giuridica dell'atto-negozio unilaterale carente degli elementi costitutivi dell'*iter* formativo dell'atto stesso»; Buoncrisiano, *op. cit.*, p. 260-261, il quale precisa che l'atto datoriale incongruente rispetto agli obiettivi per cui

Gli interpreti si sono spesso avvalsi del richiamo alla descritta nullità, che inficerebbe il provvedimento datoriale illegittimo, ma non si sono mai soffermati a spiegarne con esattezza l'origine e il fondamento³⁵⁶, limitandosi ad affermare un po' apoditticamente che il rifiuto del lavoratore è legittimato «sulla base del rilievo che gli atti nulli non producono effetti»; anzi, quasi sempre³⁵⁷ il riferimento a tale invalidità si accompagna alla qualificazione del comportamento dell'imprenditore alla stregua di un «inadempimento parziale» che giustificerebbe altresì l'inottemperanza del lavoratore in forza dell'art. 1460 c.c. (quindi richiamando anche l'eccezione di inadempimento).

Tale tesi, tuttavia, presta il fianco a diverse critiche di difficile soluzione: in primo luogo, è un rimedio privo del necessario carattere di onnicomprensività, in quanto non vale a giustificare alcune ipotesi particolari di rifiuto di rendere la prestazione opposto dal lavoratore³⁵⁸. Poi, è difficile affibbiare al provvedimento

il relativo potere è concesso deve ritenersi eccedente rispetto a tale potere e, come tale, inefficace; nonché Tullini, *Poteri privati dell'imprenditore ed esercizio di autotutela contrattuale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, 4, II, p. 949 (seppur in tono generalmente critico rispetto a tale soluzione), ove riconduce l'ipotesi ricostruttiva dell'inesistenza e/o dell'inefficacia del potere privato usato in modo illegittimo dal datore di lavoro alla dottrina privatistica e non, invece, alla figura pubblicistica dell'eccesso di potere.

³⁵⁶ Una pronuncia della Suprema Corte, Cass. civ., sez. lav., 8.2.1999, n. 1074, nel corpo dell'argomentazione si limita a ricordare che il diritto potestativo del datore di lavoro (nel caso di specie, di modificare unilateralmente le mansioni assegnate al lavoratore) esiste solo in presenza dei presupposti e delle condizioni, stabilite dalla legge o dal contratto, altrimenti non può ricondursi l'effetto di immutare la pregressa situazione giuridica con incisione sull'altrui sfera giuridica. Dopo aver stabilito che l'atto di illegittimo esercizio dello *jus variandi* «si colloca del tutto al di fuori del contenuto contrattuale», ritiene che tale conclusione sia in sé sufficiente a scriminare l'inadempimento del lavoratore, diventando «irrilevante per la decisione della controversia stabilire, a livello di discorso sistematico, se il datore di lavoro che tenga simili comportamenti si renda anche inadempiente all'obbligo contrattuale di organizzare le energie lavorative messe a disposizione e quindi di consentire lo svolgimento della prestazione, inadempimento di fronte al quale il rifiuto opposto dal lavoratore potrebbe concretare un'eccezione d'inadempimento ai sensi dell'art. 1460 cod. civ».

³⁵⁷ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 7.8.2015, n. 16592; Cass. civ., sez. lav., 16.5.2013, n. 1192; Cass. civ., 30.12.2009, n. 27844; Cass. civ., sez. lav., 10.11.2008, n. 26920; Cass. civ., sez. lav., 20.6.2006, n. 603; Cass. civ., sez. lav., 9.3.2004, n. 4771; Cass. civ., sez. lav., 20.12.2002, n. 18209.

³⁵⁸ Si pensi, ad esempio, al caso in cui il prestatore di lavoro si rifiuti di svolgere delle mansioni superiori a causa della totale mancanza dell'atto formale di adibizione alle stesse: in tale

datoriale illegittimo la sanzione della nullità in mancanza di una norma che la preveda espressamente, dal momento che di principio tale forma di invalidità è comminata unicamente da ipotesi tipizzate dall'ordinamento³⁵⁹, anche in ragione della gravità delle conseguenze che ne derivano, travolgendo tutti gli effetti *ab origine*. Inoltre, potrebbe condurre a risultati paradossali, nel senso che, se l'ordine ingiusto fosse stato rivolto non solo al lavoratore resistente ma anche ad altri suoi colleghi e questi ultimi vi avessero ottemperato pur essendo consapevoli della sua illegittimità, essi potrebbero aggravarne le conseguenze lesive per il singolo opponente (fino a poter essere tacciati di «*mobbing orizzontale*», nei casi più gravi). Infine, nel caso in cui il lavoratore avesse in un primo momento obbedito alla richiesta datoriale illegittima (ove la stessa non abbia mai prodotto effetti), la sua condotta potrebbe comportare un suo concorso nella produzione dell'eventuale danno a suo discapito, incidendo sulla quantificazione del danno stesso da parte del Giudice ai sensi dell'art. 1227 c.c.³⁶⁰.

È probabilmente a causa dell'insufficienza della citata soluzione interpretativa, di frequente impossibilitata a fornire un convincente supporto

situazione, infatti, il Supremo Collegio ha qualificato tale rifiuto alla stregua di un comportamento inteso a far valere l'*exceptio inadimpleti contractus* ex art. 1460 c.c., senza fare alcun cenno all'invalidità del provvedimento datoriale.

³⁵⁹ Oltre alle c.d. "nullità testuali", che si hanno in presenza di una specifica comminatoria di nullità in riferimento a un determinato tipo di contratto di patto, contenuta in una norma di legge (ex art. 1418, co. 3, c.c.), sussistono anche i casi di nullità per mancanza di uno degli elementi essenziali del negozio (ex art. 1418, co. 2, c.c.), di c.d. "nullità virtuale", nel caso di contrarietà dell'atto a norme imperative (ex art. 1418, co. 1, c.c.) e di c.d. "nullità di protezione", categoria che si va diffondendo nella legislazione speciale (si veda, ad esempio, in materia di contratti del consumatore). Su questa tematica si rinviene una fittissima produzione letteraria tra i civilisti, per tutti si veda Franceschelli, *Nullità del contratto: artt. 1418-1423*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2015.

³⁶⁰ Per un'approfondita analisi e illustrazione di tali problematiche si rinvia a Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 271 e ss.. Per un approccio critico dal punto di vista sistematico si veda Tullini, *op. cit.*, 1992, p. 451 e ss., la quale aveva enucleato le debolezze argomentative insite in questa ricostruzione interpretativa sin da una delle primissime volte in cui la Suprema Corte vi ha fatto ricorso in una sentenza (Cass. civ, sez. lav., 7.1.2.1991, n. 13187); l'Autrice, in particolare, si chiedeva se l'atto datoriale compiuto *ultra vires* potesse configurare un illecito extracontrattuale produttivo di un danno, per il lavoratore, risarcibile ex art. 2043 c.c..

argomentativo a numerosi casi di giustificata disobbedienza, che la magistratura appare molto più restia della dottrina ad avvalersene in modo massiccio e, anche nelle sentenze in cui vi si fa riferimento, questo è sempre accompagnato dal richiamo anche della disciplina dettata dall'art. 1460 c.c.

In parte riconducibile alla linea interpretativa appena delineata è la teoria che propone di ricorrere alla nozione di *aliud pro alio*³⁶¹: anch'essa configura l'illegittima richiesta avanzata dal datore come estranea al vincolo contrattuale, in quanto diversa dall'attività contrattualmente pattuita, mentre la prestazione eventualmente effettuata dal lavoratore in ottemperanza a tale ingiusto ordine assumerebbe i connotati della figura civilistica richiamata, l'*aliud pro alio*, vale a dire l'integrale difformità rispetto alla mansione che avrebbe dovuto considerarsi correttamente dovuta e l'inidoneità a svolgere la funzione economico-sociale di quest'ultima³⁶². Applicando tale istituto quale parametro di lettura del rapporto sussistente tra le prestazioni del datore e del lavoratore, se ne desumerebbe che l'inadempimento di quest'ultimo potrebbe dirsi scriminato solo a fronte di «violazioni macroscopiche» della disciplina contrattuale: tuttavia, rifacendosi anche questa ipotesi ricostruttiva all'idea dell'estraneità della prestazione dal vincolo contrattuale, risolvendosi infine «nella tesi della patologia dell'ordine (nullità o inefficacia)»³⁶³, essa si espone alle medesime critiche e ai medesimi rilievi appena richiamati.

³⁶¹ L'elaborazione della figura dell'*aliud pro alio* è di matrice dottrinale e giurisprudenziale e propriamente si ricollega al contratto di compravendita di beni. In particolare, i giudici vi fanno riferimento spesso nel caso della vendita di un immobile qualificato come destinato ad uso abitativo e invece privo delle caratteristiche richieste dalla legge per ottenere il certificato di abitabilità, al fine di consentire all'acquirente di risolvere il contratto ex art. 1453 c.c. e di chiedere il relativo risarcimento del danno provocato dall'inadempimento, in quanto il bene consegnato non è semplicemente viziato ma appartiene proprio a un genere diverso da quello concordato: cfr. Torrente-Schlesinger, *op. cit.*, 2013, p. 697. Pur non trovando un'espressa accoglienza nel diritto positivo, una traccia di tale figura si ricava a contrario dall'art. 129 cod. cons., ove si prevede a carico del venditore una specifica obbligazione avente ad oggetto la consegna di beni conformi al contratto.

³⁶² Cfr. Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 268.

³⁶³ Così conclude anche Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 270.

4.2) (segue) La tesi della reazione a un ordine illegittimo quale *exceptio inadimplenti contractus*.

L'opzione interpretativa che, invece, si è maggiormente affermata in giurisprudenza³⁶⁴ – benché non sempre accompagnata da un valido supporto argomentativo nel corpo delle sentenze che vi ricorrono, né da un corrispondente dibattito tra gli studiosi – è quella che identifica l'illegittimo esercizio del potere da parte del datore di lavoro quale inadempimento agli obblighi contrattuali sul medesimo gravanti e che, pertanto, richiama espressamente l'eccezione di inadempimento e la relativa disciplina di cui all'art. 1460 c.c., per giustificare il rifiuto del lavoratore di obbedire a quanto richiestogli.

In questo modo si adotta una tecnica di tutela, a favore del prestatore di lavoro, che riporta i termini della questione all'interno della logica contrattuale, consentendo a tale soggetto di avvalersi (anche) di tutti i rimedi sinallagmatici

³⁶⁴ Si vedano, *ex multis* (per citare solo pronunce della Suprema Corte e limitandosi agli ultimi trent'anni) Cass. civ., sez. lav., 9.3.2017, n. 6089; Cass. civ., sez. lav., 26.9.2016, n. 18866; Cass. civ., sez. lav., 14.7.2016, n. 14375; Cass. civ., sez. lav., 29.2.2016, n. 3959; Cass. civ., sez. lav., 19.1.2016, n. 836; Cass. civ., sez. lav., 19.1.2016, n. 831; Cass. civ., sez. lav., 3.11.2015, n. 22421; Cass. civ., sez. lav., 7.8.2015, n. 16592; Cass. civ., sez. lav., 21.5.2015, n. 10468; Cass. civ., sez. lav., 23.4.2015, n. 8300; Cass. civ., sez. lav., 1.4.2015, n. 6631; Cass. civ., sez. lav., 5.3.2015, n. 4474; Cass. civ., sez. lav., 12.11.2013, n. 25392; Cass. civ., sez. lav., 19.7.2013, n. 17713; Cass. civ., sez. lav., 16.5.2013, n. 11297; Cass. civ., sez. lav., 24.1.2013, n. 1693; Cass. civ., sez. lav., 5.11.2012, n. 18921; Cass. civ., sez. lav., 20.7.2012, n. 12696; Cass. civ., sez. lav., 26.4.2011, n. 9351; Cass. civ., sez. lav., 30.12.2009, n. 27844; Cass. civ., sez. lav., 10.11.2008, n. 26920; Cass. civ., sez. lav., 22.2.2008, n. 4673; Cass. civ., sez. lav., 19.2.2008, n. 4060; Cass. civ., sez. lav., 12.2.2008, n. 3304; Cass. civ., sez. lav., 27.4.2007, n. 10086; Cass. civ., sez. lav., 5.1.2007, n. 2007, n. 43; Cass. civ., sez. lav., 25.7.2006, n. 16907; Cass. civ., sez. lav., 16.5.2006, n. 11430; Cass. civ., sez. lav., 26.4.2006, n. 9557; Cass. civ., sez. lav., 7.11.2005, n. 21479; Cass. civ., sez. lav., 9.3.2004, n. 4771; Cass. civ., sez. lav., 4.11.2003, n. 16530; Cass. civ., sez. lav., 20.12.2002, n. 18209; Cass. civ., sez. lav., 23.6.2001, n. 8621; Cass. civ., sez. lav., 26.6.1999, n. 6663; Cass. civ., sez. lav., 7.2.1998, n. 1307; Cass. civ., sez. lav., 12.10.1996, n. 8939; Cass. civ., sez. lav., 23.11.1995, n. 12121; Cass. civ., sez. lav., 9.4.1993, n. 4307; Cass. civ., sez. lav., 23.12.1992, n. 13620; Cass. civ., sez. lav., 5.12.1988, n. 6609; Cass. civ., sez. lav., 5.4.1984, n. 2231; Cass. civ., sez. lav., 6.12.1983, n. 7281. Nelle succitate sentenze il Supremo Collegio si è sempre servito del meccanismo giuridico dell'eccezione di inadempimento, pur non rinvenendo in tutti i casi concreti gli estremi per riconoscerne l'operatività.

previsti dalla disciplina civilistica, rimanendo all'interno del rapporto e considerando il mancato rispetto, da parte del datore di lavoro, delle norme di legge e di origine contrattuale (tanto individuale che collettiva) che ne regolano la condotta come un'erronea e scorretta modalità di esecuzione delle prerogative e dei doveri che gli spettano³⁶⁵.

Come il lavoratore subordinato è tenuto ad adempiere alla propria obbligazione con la diligenza richiesta dall'art. 2104, co. 1, c.c.³⁶⁶, pena l'insorgere a suo carico di una responsabilità contrattuale, allo stesso modo il datore di lavoro che eserciti i propri poteri in modo difforme rispetto al programma negoziale su cui le parti si erano accordate deve essere ritenuto inadempiente. Seppur il dovere di diligenza a carico del prestatore di lavoro è ben più gravoso³⁶⁷ dei limiti che è tenuto a rispettare l'imprenditore, il

³⁶⁵ Cfr. le descrizioni che a tale tesi interpretativa sono state fornite, tra gli altri, da Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 130 e ss., Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 266 e ss., Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 274 e ss., Riccobono, *op. cit.*, p. 139 e ss., Barbato, *op. cit.*, p. 287 e ss..

³⁶⁶ La disposizione in commento, come noto, rappresenta una specificazione del più generale art. 1176 c.c. e richiama i criteri valutativi dati dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e dal superiore interesse alla produzione nazionale – quest'ultimo quale retaggio del passato corporativo.

³⁶⁷ Il dovere di diligenza e il dovere di obbedienza, ricondotti ai due commi dell'art. 2104 c.c., concorrono a specificare l'obbligazione lavorativa e fungono altresì da criteri di valutazione dell'esattezza dell'adempimento. Il dovere di diligenza, in particolare (analogamente a quanto espressamente richiesto dall'art. 1460 c.c. al fine di valutare la sussistenza dell'inadempimento datoriale, come illustrato *infra*), deve ritenersi integrato dal principio di buona fede ex art. 1175 c.c., per individuare quale sia lo sforzo oggettivamente esigibile dal debitore e non eccedere nelle pretese rivolte al lavoratore. Inoltre, il concetto di diligenza è comprensivo tanto della diligenza in senso tecnico – che deve contraddistinguere l'adempimento dell'obbligazione principale, quanto di tutti i comportamenti integrativi ed accessori indispensabili per garantire il pieno soddisfacimento dell'interesse organizzativo imprenditoriale. Perciò, il lavoratore sarà considerato inadempiente non solo qualora non realizzi per sua colpa l'oggetto del contratto, ma altresì ove abbia reso sì la propria prestazione ma in modo inesatto e negligente. Perché il potere direttivo del datore di lavoro, però, non si tramuti in arbitrio, secondo la dottrina maggioritaria esso può tradursi solo in istruzioni funzionali alle esigenze tecniche, organizzative e produttive dell'azienda, senza poter trascendere in inutili sacrifici richiesti al prestatore di lavoro (sempre ex art. 1175 c.c.). Infine, è da notare come l'assenza di diligenza crei a carico del lavoratore tanto un profilo di responsabilità contrattuale quanto un profilo di responsabilità disciplinare, rimanendo così esposto a una doppia sanzionabilità – nel senso che, per quanto entrambe sorgano dal contratto, dal punto di vista prettamente giuslavoristico solo la responsabilità disciplinare si

parallelismo tende a sottolineare la rilevanza che le modalità di esecuzione delle rispettive posizioni soggettive (siano esse diritti, obblighi, potestà, oneri o soggezioni) rivestono all'interno del rapporto di lavoro, per tutta la durata dello stesso.

Nell'ottica appena descritta, gli ordini o le richieste avanzate illegittimamente dal datore di lavoro costituiscono comunque un atto di esecuzione del contratto e non, invece, un provvedimento negoziale indipendente e in sé concluso; il carattere di illegittimità, consistente nell'esorbitare dai limiti legali o contrattuali posti alla libertà d'azione imprenditoriale, si traduce in inadempimento e, segnatamente, nella violazione di un obbligo di fare (segnatamente, quello di pagare regolarmente la retribuzione ai propri dipendenti) o di attivarsi (come nel caso di mancata predisposizione delle misure necessarie a garantire, sul posto di lavoro, la salute e la sicurezza dei lavoratori *ex art. 2087 c.c.*, come declinato nel D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81), oppure di un obbligo di non fare (quale parte degli interpreti estrapola dall'*art. 2103 c.c.*, come obbligo di non adibire il lavoratore a mansioni dequalificanti e di non trasferirlo senza che ricorrano le ragioni previste dalla legge)³⁶⁸.

distingue in quanto sussiste pur in assenza di un danno risarcibile, dal momento che la sua funzione (analogamente a quella propria dell'autotutela individuale del lavoratore) è quella di «ristabilire il corretto funzionamento dell'organizzazione d'impresa o dell'ente pubblico leso dalla condotta vietata», secondo quanto affermato da Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico: art. 2106*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 168. Secondo Voza, *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2015, 1, III, in particolare p. 18, addirittura la responsabilità disciplinare, nel diritto del lavoro, ricomprenderebbe in sé anche la responsabilità per inadempimento, nel senso che «nel rapporto di lavoro (e solo in esso) il corretto adempimento dell'obbligazione contrattuale secondo diligenza, obbedienza e fedeltà (artt. 2104 – 2105 c.c.) è tale quando soddisfa l'interesse organizzativo della controparte a dirigere e coordinare la prestazione altrui»; cfr. anche Di Stasi, *Obbligo di diligenza e obbedienza del lavoratore nel diritto vivente: una lettura ragionata dell'art. 2104 cod. civ. alla luce dei principali orientamenti giurisprudenziali*, in *ADL.*, 2015, 3, p. 747 e ss..

³⁶⁸ In merito alla casistica più ricorrente nelle pronunce giurisprudenziali in materia di eccezione di inadempimento nei rapporti di lavoro subordinato, cfr. *infra*.

Tra gli studiosi che si sono – più o meno analiticamente – occupati della tematica della delimitazione dei poteri datoriali e degli strumenti di autotutela negli ultimi anni, molti hanno autorevolmente evidenziato i punti di forza della prima ricostruzione interpretativa³⁶⁹, basata sul principio giuridico per cui gli atti nulli non producono effetti, che permette di escludere che i provvedimenti aziendali siano assistiti da una presunzione di legittimità che ne imponga l'ottemperanza fino a contrario accertamento in giudizio (principio talvolta ancora contestato da alcune pronunce che si limitino ad applicare l'istituto dell'*exceptio*³⁷⁰) e che, soprattutto, consente di pervenire più agilmente all'accertamento dell'illegittimità della condotta datoriale in quanto, genericamente, «*ultra vires*», senza dover verificare la sussistenza dei numerosi requisiti necessari all'esercizio dell'eccezione di inadempimento, secondo la disciplina legislativa e il contributo giurisprudenziale.

Cionondimeno, da un punto di vista sistematico costituisce un'interpretazione più coerente con la generalizzata affermazione del fondamento negoziale di tutte le prerogative soggettive datoriali, ormai decisamente affermatasi nella dottrina giuslavoristica, ricondurne la violazione a un inadempimento contrattuale, accordando al lavoratore che rischi di esserne danneggiato la possibilità di avvalersi davvero di tutti i rimedi sinallagmatici previsti dalla disciplina generale delle obbligazioni. D'altro canto, dalla rassegna giurisprudenziale analizzata,

³⁶⁹ In particolare Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 275 e ss., puntualizza che «la tecnica dell'eccezione d'inadempimento, pur muovendosi in una prospettiva tipicamente contrattuale, solleva perplessità in ordine alla necessaria verifica, non certo agevole, della legittimità della reazione del lavoratore» e descrive come un'innovazione positiva il filone giurisprudenziale, inaugurato come detto all'inizio degli anni Novanta dalla Suprema Corte, incentrato sull'estraneità dell'ordine datoriale illegittimo al contenuto contrattuale, rendendo la prestazione del lavoratore non dovuta e semplificando molto il procedimento logico necessario per accertare la giustificatezza dell'inadempimento dei dipendenti, non dovendone più accertare la correttezza. In proposito, cfr. anche Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 126 e ss.

³⁷⁰ Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 26.9.2016, n. 18866 e Cass. civ., sez. lav., 20.7.2012, n. 12696, entrambe riguardanti casi di adibizione a mansioni inferiori, le quali richiedono entrambe l'avallo giudiziario, almeno in via d'urgenza, al fine di legittimare il rifiuto del lavoratore di ottemperare all'ordine datoriale.

contrassegnata da una certa schizofrenia argomentativa ma sempre volta ad attuare nel caso concreto il miglior bilanciamento tra il potere dell'imprenditore e i diritti dei suoi dipendenti, appare quanto mai opportuno un controllo più severo sui comportamenti concretamente assunti da entrambi i contraenti, allo scopo di individuare la soluzione più corretta dal punto di vista del diritto e, al contempo, più equa su un piano di giustizia sostanziale.

Malgrado si sia consapevoli che tale ricostruzione è, ancor oggi, piuttosto osteggiata in dottrina³⁷¹ e confusamente applicata dalla magistratura giudicante, alla luce delle più recenti riforme intervenute nella materia del diritto del lavoro in generale e, nello specifico, sul tema dei poteri del datore di lavoro, sembra necessaria un'attenta riflessione sul possibile recupero dell'eccezione di inadempimento quale potente arma di autodifesa a disposizione dei lavoratori, dopo che l'apparato garantistico tradizionale ha iniziato a mostrare seri segnali di cedimento (come si vedrà in seguito, soprattutto per quanto riguarda l'esercizio dello *jus variandi*, che rappresenta da sempre uno dei casi in cui più spesso la manodopera ricorre all'autotutela).

5) Il giudizio di buona fede ex art. 1460, co. 2, c.c. e gli altri presupposti per avvalersi dell'eccezione di inadempimento: le ricadute nelle pronunce dei giudici.

Il primo e principale ostacolo per il lavoratore che voglia dimostrare in un eventuale giudizio la fondatezza e la legittimità dell'eccezione di inadempimento sollevata, secondo i più attenti studiosi, risiede nella previsione di cui all'art. 1460, co. 2, c.c., ove si avverte che «non può rifiutarsi l'esecuzione (della prestazione) se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario a *buona fede*». Come già illustrato nel paragrafo conclusivo del primo capitolo, ove si

³⁷¹ Cfr. ad esempio Riccobono, *op. cit.*, p. 140-141 e Barbato, *op. cit.*, p. 293.

descriveva il doppio ruolo della clausola generale in parola, quale fondamento e limite dell'istituto di autotutela, nel diritto civile in generale, anche nella materia giuslavoristica si può affermare che la buona fede rappresenti, al contempo, la spada e lo scudo con i quali i giudici definiscono il giusto ambito di operatività dell'*exceptio* e forniscono preziose indicazioni anche ai protagonisti delle relazioni industriali circa le rispettive aree di competenza e di libero esercizio dei propri diritti e potestà.

Ciò che si cercherà di verificare, nel prosieguo di questo elaborato, è se la clausola generale di buona fede, proprio in quanto espressamente richiamata dalla norma, possa in realtà costituire una risorsa per l'interprete, e non solo un impedimento, consentendo l'ingresso nella valutazione complessiva della fattispecie di interessi e valori di primaria importanza che rischierebbero di esser pretermessi da un'interpretazione eccessivamente letterale della norma.

Analogamente a quanto effettuato dai giudici civili, il giudizio secondo il criterio di buona fede è stato spesso messo in pratica in veste di valutazione della gravità dell'inadempimento posto in essere dal datore di lavoro, che dev'essere sufficientemente rilevante da giustificare il rifiuto del lavoratore.

Nell'enunciazione dei principi di diritto atti a risolvere la controversia, spesso i giudici, soprattutto se di legittimità, tendono a utilizzare formule sin troppo riassuntive; e così troviamo di frequente l'accertamento della legittimità dell'inadempimento successivo posto in essere dal dipendente seguito dall'inciso «sempre che il rifiuto sia proporzionato all'illegittimo comportamento del datore di lavoro e conforme a buona fede»³⁷², ove ci si serve del concetto di proporzionalità non solo nell'accezione tecnica che si spiegherà tra poco, ma altresì per statuire che lo scostamento del comportamento datoriale dagli *standard* di corretto esercizio delle relative prerogative legali e contrattuali dev'essere tale, da un lato, da non indurre al recesso definitivo dal rapporto ai

³⁷² Cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. lav., 19.7.2013, n. 17713.

sensi dell'art. 1455 c.c. e, dall'altro, non così lieve da non giustificare nemmeno il ricorso all'autotutela³⁷³. La gravità delle condotte omissive deve esser valutata avendo riguardo anche alla natura del contratto e al regolamento negoziale che esso intende realizzare: è arduo stabilire a priori quali condotte possano concretamente integrare questa categoria intermedia di inadempimenti, di fatto tale determinazione viene rimessa ai giudici, maggiormente in grado di soppesare tutte le circostanze del caso concreto.

Per quanto riguarda, invece, il principio di proporzionalità, assai invocato nelle decisioni in materia, è opportuno precisare che vale come parametro di giudizio non tanto tra gli opposti inadempimenti (strutturalmente differenti e poco omogenei, dal momento che ove legittimamente sollevata l'*exceptio* è in grado di scriminare il rifiuto di qualsiasi prestazione³⁷⁴), quanto piuttosto tra ciascuno di questi, singolarmente considerato, e una serie di unità di misure considerate rilevanti quali la funzione economico-sociale rivestita dal contratto, la rispettiva incidenza rispetto all'equilibrio sinallagmatico complessivamente inteso, nonché sulle posizioni soggettive di ciascun contraente e sui loro interessi³⁷⁵. Pertanto, a prescindere dal fatto che, nel prosieguo del ragionamento i giudici tornino a sovrapporre i piani della gravità e della proporzionalità³⁷⁶,

³⁷³ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 282.

³⁷⁴ Secondo la condivisibile interpretazione di Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 293, «nel caso del rapporto di lavoro, una volta invocata l'eccezione, si deve riconoscere che, ove essa sia considerata legittima, ogni successivo comportamento omissivo appare comunque lecito, salvo che il debitore intimato non provveda ad adempiere alla sua obbligazione così come richiestogli attraverso l'eccezione. A fronte, per così dire, di un'*escalation* dei reciproci inadempimenti, il giudizio deve limitarsi a valutare la priorità dell'inadempimento non lieve, che ha determinato la prima reazione legittima: e ciò anche ai sensi della lettera dell'art. 1460 c.c., che consente di apprezzare inadempimenti ancora non attuali e tuttavia manifesti nella volontà della parte di non adempiere esattamente alla scadenza là dove parifica a chi non adempie chi non "offre di adempiere"».

³⁷⁵ Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 9.3.2017, n. 6089 e Tribunale di Teramo, sez. lav., 5.2.2013, n. 92.

³⁷⁶ Dopo aver specificato i criteri da utilizzare al fine di valutare la proporzione tra gli inadempimenti, infatti, usualmente i giudici di legittimità precisano che «qualora rilevi che l'inadempimento della parte, nei cui confronti sia opposta l'eccezione, non sia grave ovvero abbia

quest'ultima deve ritenersi sussistente solo ove, tutto quanto sopra considerato, l'esercizio dell'*exceptio* risulti conforme alle finalità previste dall'ordinamento e dunque idonea a operare in favore di un progressivo riequilibrio del sinallagma alterato dall'inadempimento datoriale. Perciò, si andrà ad appurare se il comportamento del lavoratore appaia logico e ragionevole da un punto di vista generale ed oggettivo, nell'effettivo atteggiarsi del rapporto di lavoro nel suo insieme, non fermandosi al mero elemento cronologico (vale a dire all'individuazione dell'inadempimento, per così dire, originario) ma esaminando l'adeguatezza delle rispettive reazioni rispetto alla funzione del contratto³⁷⁷. Ovviamente, il risultato finale di tale valutazione comparativa costituirà un accertamento in fatto, che non potrà essere successivamente sindacato in sede di legittimità ove sia stato congruamente motivato³⁷⁸.

Inoltre, dovrà altresì risultare sussistente un vincolo di corrispettività tra l'inadempimento dell'imprenditore e la prestazione rifiutata dal lavoratore, nel senso che si evidenzia il nesso di causalità³⁷⁹ che lega l'uno all'altra. Il rapporto di

scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 c.c., deve ritenere che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia in buona fede e quindi non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460 c.c., secondo comma c.c.» (cfr. ancora Cass. civ., sez. lav., 9.3.2017, n. 6089).

³⁷⁷ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 23.11.1995, n. 12121 e, in dottrina, Riccobono, *op. cit.*, p. 142.

³⁷⁸ Esplicitano questo principio, tra le altre, Cass. civ., sez. lav., 16.1.1996, n. 307, in *RIDL*, 1996, 3, p. 536 e ss., con nota di Saisi, *Brevi note in materia di exceptio inadimplenti contractus nel contratto di lavoro subordinato*; Cass. civ., sez. lav., 16.9.1991, n. 9619; Cass. civ., sez. lav., 9.11.1981, n. 5940.

³⁷⁹ Dal momento che il contratto di lavoro subordinato rientra, di massima, nella categoria dei contratti di durata a esecuzione continuata e periodica, la scansione temporale dei rispettivi inadempimenti dei due contraenti rileva fino a un certo punto, al fine del legittimo ricorso all'eccezione di inadempimento: occorre infatti considerare la natura unitaria del rapporto di lavoro complessivamente considerato e non "vivisezionarlo" in una lunghissima serie di singoli scambi di prestazioni, rischiando altrimenti di perdere la necessaria visione d'insieme: cfr. Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 251. Analogamente, la Suprema Corte ha avuto modo di evidenziare come «L'eccezione di inadempimento prevista dall'art. 1460 c.c., attenendo al momento funzionale di ogni contratto a prestazioni corrispettive, trae fondamento dal nesso di interdipendenza che lega tra loro le opposte prestazioni, cioè dall'esigenza di simultaneità nell'adempimento delle reciproche obbligazioni scadute legate dal rapporto sinallagmatico. Pertanto, affinché il principio *inadimplenti non est adimplendum* operi anche con riguardo ad

lavoro si caratterizza, infatti, per essere un'obbligazione composita³⁸⁰, formata da un insieme di prestazioni di svariata importanza (da quella principale a quelle strumentali o accessorie ad essa), aventi anche una diversa fonte dispositiva³⁸¹, eppure inscindibili l'una dall'altra senza snaturare il senso complessivo del contratto. Allora, a ciò non può che conseguire, logicamente, che tra le condotte dei contraenti deve sussistere un legame di interdipendenza, ma senza che ciò comporti il fatto che siano obbligazioni dello stesso tipo o aventi la medesima origine.

Un'altra ricaduta concreta del principio di buona fede sulle modalità di esercizio della misura di autotutela consiste nell'onere – che gli organi giudicanti hanno, sempre più di frequente, desunto sussistere in capo al prestatore di lavoro

inadempienze inerenti a rapporti sostanzialmente diversi, è necessario che le parti, nell'esercizio del loro potere di autonomia, abbiano voluto tali rapporti come funzionalmente e teleologicamente collegati tra loro e posti in rapporto di reciproca interdipendenza, onde tale principio non risulta applicabile a rapporti che siano indipendenti l'uno dall'altro. (Nella specie, la S.C. ha escluso che, proposta da un dirigente industriale azione per ottenere l'adempimento delle obbligazioni assunte dalla società datrice di lavoro con un contratto di transazione, potesse essere sollevata da quest'ultima l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c., fondata sul mancato risarcimento del danno derivante da un reato asseritamente commesso dal dipendente in suo danno)» (Cass. civ., sez. lav., 17.3.2006, n. 5938, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 3).

³⁸⁰ A tale scopo soccorre la ricostruzione che Perulli (ne *Il potere direttivo...*, *op. cit.*, 1992, p. 148) fornisce, in particolare, della struttura dei poteri datoriali, inserendoli in un'ottica procedimentale, come «risultato di un puntuale coordinamento dell'insieme dei presupposti e dei fatti costitutivi della fattispecie». L'Autore, tuttavia, trae da quest'ipotesi interpretativa la conclusione (non ritenuta condivisibile, in questa sede) che l'assenza degli elementi definiti come costitutivi dell'*iter* formativo del potere, inteso quale atto e non come momento di esecuzione del contratto, causerebbero l'«inesistenza giuridica dell'atto-negozio unilaterale».

³⁸¹ Vallebona, in *op. cit.*, 1995, p. 132, deduce la necessaria sussistenza di un nesso di interdipendenza tra l'obbligazione inadempita e quella rifiutata dalla precisazione, contenuta al comma 1 dell'art. 1460 c.c. per cui tale norma si applicherebbe esclusivamente ai contratti «con prestazioni corrispettive», ma prendendo in considerazione non solo le prestazioni principali, bensì anche quelle strumentali o accessorie, «compresi i cosiddetti doveri di protezione» a carico dei contraenti (soprattutto del datore di lavoro). Inoltre, il rapporto può essere complessivamente disciplinato da una pluralità di fonti (si pensi, oltre alle normative contenute nel diritto positivo – e, come ben noto, il diritto del lavoro è costituito da un nutrito *corpus* di leggi speciali, oltre alle norme codicistiche – agli accordi, generatori di obblighi per le parti, di ordine collettivo o individuale) che concorrono a configurarne il concreto equilibrio. Ebbene, secondo l'Autore, il vincolo di interdipendenza ben potrebbe sussistere tra obbligazioni originate da fonti diverse, purché inerenti al medesimo rapporto di lavoro.

eccipiente³⁸² – di manifestare espressamente la volontà di avvalersi dello strumento di autodifesa, comunicandolo alla controparte con un congruo preavviso già in sede stragiudiziale³⁸³ (l’eccezione, infatti, ha efficacia anche fuori dal processo, in quanto non è diretta a ottenere un risultato necessariamente mediato da una pronuncia giudiziale costitutiva, bensì ad indurre il datore di lavoro ad adempiere e a minimizzare le conseguenze negative nel frattempo, avendo allora l’eventuale pronuncia giudiziale sul punto valore di mero accertamento di un fatto pregresso), ovvero offrendo contestualmente il compimento dell’esatta prestazione. Tale requisito sarebbe dunque previsto al fine di spiegare al datore di lavoro le ragioni della condotta omissiva del lavoratore³⁸⁴, in coerenza con la natura di mezzo di pressione anche psicologica finalizzato ad indurre l’imprenditore ad adempiere e a ristabilire una situazione di normalità all’interno del sinallagma contrattuale. L’*exceptio inadimplenti contractus*, infatti, ha ragion d’essere solo in quanto e fintanto che l’esatto adempimento è ancora possibile. Per lo stesso motivo, non sarebbe ammissibile dichiarare di rifarsi al principio *inadimplenti non est adimplendum* solo dopo aver intrapreso un’azione giudiziale contro la sanzione disciplinare (sovente un licenziamento) irrogata dal datore di lavoro in ragione dell’inadempimento del lavoratore: come non si consente all’imprenditore di ricostruire solo *a posteriori* le motivazioni³⁸⁵ che lo hanno guidato in talune scelte dalle pesanti ricadute sui

³⁸² Tale onere è stato particolarmente avvertito come indispensabile nell’ambito del diritto del lavoro, in quanto nel diritto privato in generale, invece, vigeva un principio di libertà delle forme di espressione dell’eccezione di inadempimento, che si riteneva potesse essere sollevata anche solo a processo avviato e, addirittura, solo nel secondo grado di giudizio (ma solo sino alla riforma dell’appello di cui alla L. n. 353/1009, che ha introdotto il divieto dei *nova*): cfr. Cass. civ., sez. II, 28.9.1996, n. 8567 e Cass. civ., sez. III, 30.3.1984, n. 2119.

³⁸³ Conclude in tal senso Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 135, il quale precisa altresì che, ove il lavoratore abbia tollerato per un certo lasso di tempo l’inadempimento datoriale e abbia nel frattempo continuato a prestare la propria prestazione, sarà suo preciso onere far precedere l’eccezione di inadempimento da un ultimo invito ad adempiere spontaneamente, in modo tale da offrirgli tale possibilità e da non essere tacciato di acquiescenza.

³⁸⁴ Questa è la spiegazione che ne dà anche Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 289.

³⁸⁵ Si pensi solo al ruolo fondamentale che ha rivestito, per l’evoluzione in senso garantistico della disciplina dei rapporti di lavoro, l’introduzione dell’obbligo di motivazione per i

lavoratori, analogamente non si può permettere al prestatore di lavoro di eludere in tal modo gli obblighi di buona fede e correttezza a suo carico.

Anche ove non si volesse considerare alla stregua di un vero e proprio onere, l'esternazione della volontà di ricorrere all'autotutela e il preavviso concesso al datore di lavoro sarebbero comunque comportamenti di cui si terrebbe conto in tribunale, in quanto rientranti perlomeno nelle «circostanze» citate dal secondo comma dell'art. 1460 c.c.³⁸⁶.

Ciò che, invece, si reputa contrario a buona fede è la condotta del lavoratore il quale, una volta sollevata l'eccezione a fronte di un asserito inadempimento datoriale, non si limiti a rifiutarsi di compiere la prestazione contrattualmente pattuita, bensì ponga in essere dei comportamenti integranti un adempimento inesatto delle proprie mansioni³⁸⁷: non perché una scorretta e parziale esecuzione dei compiti assegnati rappresenti una condotta più grave del totale

licenziamenti, comune tanto al nostro ordinamento quanto a quello dell'Unione Europea (cfr. art. 30 della Carta di Nizza, la quale come noto ha acquisito pieno valore giuridico e precettivo con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: si veda, a tal proposito, Ales, *La dimensione 'costituzionale' del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 129/2016, p. 13 e ss.), rafforzato anche dall'intervento sull'art. 3 della L. n. 604/1966 dalla c.d. Riforma Fornero (L. n. 92/2012), l'affermazione del principio di immutabilità della contestazione disciplinare (cfr. *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 7.6.2003, n. 9167), i sempre crescenti obblighi di informazione e di trasparenza posti a carico del datore di lavoro nei confronti dei suoi dipendenti e dei loro rappresentanti sindacali nelle vicende organizzative aziendali, etc.

³⁸⁶ Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 19.2.2008, n. 4060 e Cass. civ., sez. lav., 14.7.2008, n. 19283, entrambe in *MGL*, 2009, 3, p. 141 e ss., con nota di Saraceno e Cantarella, *Forme di autotutela individuale del lavoratore*; Cass. civ., sez. lav., 12.2.2008, n. 3304; Cass. civ., sez. lav., 7.11.2005, n. 21479; Cass. civ., sez. lav., 19.8.2003, n. 12161: in tutte queste sentenze, come in molte altre, il Supremo Collegio afferma che oggetto della valutazione comparativa, oltre agli inadempimenti veri e propri, devono essere i «comportamenti» delle parti, nella loro interezza.

³⁸⁷ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 16.1.1996, n. 307, in *RIDL*, 1996, 3, con nota di Saisi, *cit.*, in cui l'inesatto adempimento contestato al lavoratore (il quale, pur obbedendo al provvedimento di distacco presso un'altra Società appartenente al medesimo gruppo della datrice di lavoro, lo aveva considerato illegittimo) consisteva in atti di insubordinazione, estrinsecatisi nel «rifiuto di espletamento del lavoro assegnato, in maniera sistematica, protratta nel tempo, e ostentazione di altri comportamenti polemici vistosi, quali starsene in ufficio senza far niente o a leggere il giornale, appoggiando i piedi sulla scrivania, ecc.), posti in essere in attuazione di una sorta di "boicottaggio", per manifestare la propria contrarietà alla posizione di distacco».

inadempimento, cosa che potrebbe sembrare paradossale, ma piuttosto perché quel che l'art. 1460 c.c. permette espressamente è unicamente il rifiuto di adempiere la propria obbligazione e null'altro³⁸⁸. In generale, poi, se il comportamento concretamente tenuto dal lavoratore, dopo aver manifestato il (pur in ipotesi fondato) proprio rifiuto di ottemperare a un ordine illegittimo, travalichi la correttezza che deve sempre e comunque improntare gli scambi tra le parti del rapporto di lavoro, esso costituirà un autonomo illecito contrattuale, sufficiente a far passare comunque dalla parte del torto l'*excipiens*. L'inadempimento di quest'ultimo, infatti, sarebbe giustificabile unicamente ove presenti dei «caratteri di positività», rispettando i criteri della proporzione, della misura e della buona fede nel comportamento³⁸⁹.

Ancora a proposito del contenuto della prestazione non adempiuta, inoltre, è opportuno sottolineare come sia considerata legittima la c.d. eccezione parziale di inadempimento, proporzionata all'inadempimento del datore di lavoro: in questo modo, il lavoratore si limita a eseguire la sua prestazione solo in parte,

³⁸⁸ Nella medesima sentenza citata nella nota precedente, la Suprema Corte, dopo aver sancito il principio sopra riportato, richiama altresì un suo altro precedente, molto risalente nel tempo ma di cui riafferma la validità, a tenore del quale «se la parte chiamata successivamente ad adempiere non si avvale del rimedio consentito dall'*exceptio inadimplenti*, ed esegue, invece, la prestazione, deve esattamente eseguire, non potendo più richiamarsi, per la contraddizione che non lo consente, al principio *inadimplenti non est adimplendum*, mentre all'altra parte non è interdetto di avvalersi, per la inesattezza dell'adempimento, del potere di risoluzione del contratto» (Cass. 16 luglio 1953, 2319).

³⁸⁹ Cfr. Cass., civ., sez. lav., 8.8. 2003, n. 12001, che ha deciso la controversia riguardante un impiegato, il quale si opponeva alla decisione della Società di adibirlo a mansioni inferiori rispetto a quelle che gli sarebbero spettate per contratto ed era stato poi licenziato per giusta causa, e aveva però manifestato il proprio dissenso mediante comportamenti scorretti quali: «la protratta occupazione di spazi aziendali (la sala mensa per tutta la giornata, nonostante l'invito, rivolto dal responsabile dello stabilimento e dal consigliere d'amministrazione, di riprendere il posto di lavoro), le frasi ingiuriose e sprezzanti pronunciate nell'occasione ("lei chi è.... è venuto a rompere il c."), la conseguente inattività per tutta la giornata lavorativa, e l'affermazione di non intendere di ricevere ordini». Del tutto condivisibile appare, pertanto, la decisione della Corte, la quale ritiene che questi fatti, indipendentemente dalla legittimità o meno del rifiuto di svolgere l'incarico affidato, integravano autonomamente una vera e propria insubordinazione, svoltasi alla presenza di tutti i colleghi e connotata da un forte elemento intenzionale, tale da ledere irreversibilmente il rapporto fiduciario tra i contraenti.

rifiutandosi di svolgere la componente dei propri compiti corrispondente all'inesatta controprestazione³⁹⁰. Nel caso in cui il difetto dell'adempimento imprenditoriale sia di tipo quantitativo, concretandosi di solito in un pagamento inferiore a quello pattuito, sarà rifiutata la percentuale di prestazione corrispondente alla riduzione della controprestazione, mentre ove l'inesattezza sia di tipo qualitativo, la parte di prestazione che si potrà lecitamente omettere sarà calcolata parametrandola alla perdita di valore del rapporto per l'*excipiens*³⁹¹.

Infine, tra i rischi che si addossa il debitore che si serva dell'eccezione d'inadempimento al fine di mettersi al riparo dai pericoli di lesione che potrebbero derivargli dalla condotta imprenditoriale, senza però perdere il posto di lavoro, vi è da annoverare quello consistente in una notevole riduzione del risarcimento del danno liquidabile *ex art. 18 St. Lav.* a fronte di un licenziamento disciplinare, basato sul rifiuto opposto dal lavoratore di rendere la propria prestazione, successivamente dichiarato nullo dall'autorità giudiziaria. Secondo un certo orientamento giurisprudenziale³⁹², infatti, se il licenziamento è intervenuto nel periodo in cui il lavoratore ha esercitato l'autotutela di cui all'art. 1460 c.c. sospendendo la prestazione lavorativa, l'eventuale accertamento dell'illegittimità del recesso datoriale non comporterebbe il pagamento di tutte le retribuzioni medio tempore maturate sino alla reintegrazione, ma solo il risarcimento del danno nella misura minima legale, pari a cinque mensilità (che configura una sorta di penale). Ciò in quanto la condanna del datore di lavoro al risarcimento del lucro cessante del lavoratore per il periodo compreso

³⁹⁰ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 294, il quale invece ritiene inammissibile l'ipotesi di una sospensione totale ma solo temporanea della prestazione lavorativa, «a scopo ad es. dimostrativo», dunque parziale solo in riferimento alla durata del rifiuto, in quanto «la sospensione è sempre istantanea ed è il permanere dell'inadempimento che giustifica il permanere della sospensione».

³⁹¹ Effettua questa distinzione Bianca, *op. cit.*, 1992, p. 531.

³⁹² Cfr. Cass. civ., sez. lav. 3.4.2004, n. 8364, in D&L, 2004, 3, p. 637 e ss., con nota di Bulgarini D'Elci, *Autotutela del lavoratore e misura del risarcimento ex art. 18*; cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 23.6.2001, n. 8621.

dall'estromissione alla reintegrazione sarebbe fondata su una presunzione semplice di imputabilità di tale perdita reddituale all'illecita condotta imprenditoriale, ma potrebbe essere superata dalla prova contraria che dimostrasse che è stato il lavoratore a mettersi consapevolmente nella condizione di non lavorare, seppur in modo lecito. In questo modo, però, si penalizza due volte il prestatore di lavoro, il quale già colpito dalla perdita della retribuzione in costanza di rapporto per il periodo della sospensione della prestazione, perderebbe altresì la possibilità di vedersela riconoscere almeno a posteriori a titolo risarcitorio.

Tale conclusione, pur non rinnovata spesso nella giurisprudenza successiva, appare oggi meno foriera di svantaggi per l'eccipiente, in quanto la riforma della disciplina dei licenziamenti portata a compimento con il D.Lgs. n. 23/2015, ha reso decisamente residuale l'ipotesi in cui sia applicabile il regime della tutela reale conseguente alla nullità del recesso.

Anche solo dalla rapida analisi dei passaggi argomentativi seguiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'applicazione della norma di cui all'art. 1460 c.c. alle fattispecie concrete, si può comprendere che tale ricostruzione interpretativa, se di certo appare più puntigliosa nell'accertare la ricorrenza degli elementi in grado di corroborarne il legittimo esperimento, risulta altresì meglio strutturata (pur rimanendo duttile grazie al richiamo alla clausola generale della buona fede), dotata di una maggiore tenuta sistematica e più sviluppata di quella concorrente, basata sull'impossibilità per gli atti nulli di produrre qualsiasi effetto.

La clausola di buona fede ha assunto, di fatto, il ruolo di unità di misura – al contempo oggettiva ed elastica – sulla base della quale effettuare una valutazione a posteriori del comportamento contestato, divenendo lo strumento di cui si può avvalere il giudice al fine di evitare un'applicazione eccessivamente formalistica (e così potenzialmente ingiusta) del diritto, nel momento in cui è inevitabile il

bilanciamento tra contrapposti interessi, se del caso anche di rango costituzionale e anche di non immediata evidenza. L'espresso richiamo alla buona fede operato dal legislatore nell'art. 1460 c.c., allora, può leggersi come la conferma di una consapevole scelta in favore di un giudizio insuscettibile di determinazione aprioristica se non nei suoi termini più generali, precisandosi piuttosto, di volta in volta, a seconda delle concrete caratteristiche della singola controversia. In questo modo, si consente agli interpreti di tenere nel debito conto e, se del caso, di far prevalere interessi altrimenti destinati, in una utilizzazione formalistica del diritto, a non acquistare adeguato risalto, circostanza che potrebbe portare a soluzioni rispettose della lettera del diritto positivo ma sostanzialmente ingiuste, esito tanto più grave in un contesto come quello del diritto del lavoro dove si è sempre privilegiato il contenuto rispetto al contenitore e assumono una rilevanza ancora più spiccata i principi fondamentali tanto sul piano sociale quanto su quello individuale della persona dettati dalla Carta costituzionale (quali, a mero titolo esemplificativo, gli artt. 2, 3, 4, 32, 36, 37, 41, 2° co. e 42, 2° co., Cost.).

Perciò, il fatto di calare la norma dell'art. 1460 c.c. nella materia giuslavoristica impone di considerare il rinvio alla clausola generale in parola non come un'invocazione di un non meglio definito comportamento corretto e leale tra le parti (che già discenderebbe dalle regole delle obbligazioni civilistiche in generale), ma quale prezioso canale d'ingresso, nei rapporti privatistici, dei principi costituzionali, consentendo di neutralizzare il rischio di derive efficientistiche incentrate su valori quali l'occupabilità e la produzione, frutto di un (lungo ma pur sempre contingente) periodo difficile per l'economia che ha assai influenzato le più recenti scelte del legislatore anche in materia lavoristica.

6) Una sommaria rassegna giurisprudenziale:

Fin da un rapido esame della casistica giurisprudenziale, si evince che le ipotesi più ricorrenti nelle quali rinvenire l'invocazione dell'eccezione di inadempimento da parte dei lavoratori, a difesa di un proprio interesse minacciato dalla condotta datoriale e difficilmente tutelabile altrimenti, sono il mancato pagamento, a scadenze regolari, del salario dovuti alla manodopera, l'assegnazione di mansioni inferiori e dequalificanti al lavoratore, il trasferimento di quest'ultimo presso un'altra unità produttiva pur in assenza delle ragioni giustificatrici (*ex art. 2103 c.c.*), l'assenza delle misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori (*ex art. 2087 c.c.*) ovvero, più in generale, la violazione delle norme poste a protezione della difesa e della sicurezza di questi ultimi (ai sensi del D.Lgs. n. 81/2008)³⁹³. Vi sono poi altri casi di esercizio unilaterale arbitrario di un potere da parte del datore di lavoro, meno agevolmente sintetizzabili in un'unica categoria.

Il caso di gran lunga più frequente è quello riguardante l'asserita illegittima adibizione a mansioni inferiori rispetto a quelle concordate, che costituisce oggetto di una feroce contesa tra i contraenti, in quanto tema di particolare rilevanza per il lavoratore (considerate anche le implicazioni direttamente incidenti sull'integrità fisica e sulla dignità morale della sua persona che ne derivano), disciplinato da una norma (l'art. 2103 c.c.) che, almeno nella sua versione sino al 2015, faceva ampio ricorso a concetti e clausole generali riempiti di significato *de iure condendo* dall'operato della magistratura, nonché atto datoriale difficilmente contrastabile con altri mezzi se non quelli dell'autotutela, da parte del prestatore di lavoro, in quanto l'eventuale azione giudiziaria volta ad accertare l'illegittimità del demansionamento subito, seppur possibile, implica un onere probatorio piuttosto gravoso per il ricorrente.

³⁹³ Per un'analoga sintesi, cfr. Varva, *Quali limiti al ricorso all'eccezione di inadempimento da parte del lavoratore? Il punto sulla giurisprudenza*, in *Note Informative*, 2009, n. 44, p. 88 e ss.

Su questa specifica fattispecie, tuttavia, si tornerà nel prosieguo dell'elaborato, dedicandovi una particolare attenzione e una più estesa trattazione. Di seguito, invece, ci si limiterà a riportare i principali orientamenti giurisprudenziali sviluppatisi riguardo ad altri tipi di controversie.

6.1) Il mancato pagamento della retribuzione.

Il caso apparentemente più semplice³⁹⁴ è quello in cui il rifiuto di rendere la prestazione lavorativa consegua alla mancata corresponsione della retribuzione³⁹⁵, vale a dire nei casi in cui siano sospese entrambe le obbligazioni principali di cui si compone naturalmente il rapporto di lavoro. In tal caso, infatti, emerge chiaramente la rottura del nesso sinallagmatico provocato dall'interruzione nell'erogazione dei salari da parte del datore di lavoro, per cui il lavoratore ben potrebbe sospendere la propria prestazione lavorativa per non aggravare il danno economico subito³⁹⁶.

La giurisprudenza ha perciò considerato giustificato il rifiuto di adempiere opposto da un lavoratore, pur se titolare di una carica dirigenziale all'interno della società datrice di lavoro e dunque malgrado la forte componente fiduciaria

³⁹⁴ Sebbene Tullini, in *op. cit.*, 1992, p. 951-952, avverta come non si debba sottovalutare le problematiche connesse a tale ipotesi, soprattutto ove si ponga attenzione alla non rara assimilazione del comportamento di dipendenti, che si avvalgono dell'*exceptio* per reagire all'inadempimento del datore di lavoro in ordine al pagamento del corrispettivo, allo sciopero, con conseguente esclusione della retribuzione per il tempo durante il quale si erano legittimamente astenuti dal lavoro. Persico, inoltre, in *L'eccezione d'inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 96, precisa che non è ammissibile la sospensione del lavoro «per l'inadempimento dell'imprenditore nei confronti di altro lavoratore, neppure trattandosi di contratto collettivo, perché ogni rapporto di lavoro è regolato dal contratto individuale fra i singoli componenti le rispettive categorie; lo sciopero, pertanto, comunque motivato, non può ritenersi fondato sul principio *inadimplenti non est adimplendum*».

³⁹⁵ Cfr. *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 29.7.2002, n. 11181; Cass. civ., sez. lav., 3.7.1984, n. 3892; Cass. civ., sez. lav., 9.11.1981, n. 5940.

³⁹⁶ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 248 e ss.; l'Autore, inoltre, sottolinea come sovente i lavoratori ritengano i beni aziendali, dopo la cessazione del rapporto di lavoro, quale forma di autotutela e di mezzo per indurre il datore di lavoro alla corresponsione del TFR e delle competenze di fine rapporto in caso di ingiustificato ritardo: v. nota n. 29, p. 249.

e la profonda condivisione degli interessi sussistente tra il soggetto e l'impresa, in reazione all'accumularsi di mensilità e indennità di trasferta arretrate, anche ove motivate dalle difficoltà economiche in cui si trovava il datore di lavoro³⁹⁷. Tale conclusione viene rafforzata mediante la notazione per cui la violazione dell'obbligazione retributiva assume connotati di notevole gravità anche a causa dell'essenziale funzione alimentare svolta dalla stessa, in quanto destinata al sostentamento familiare del lavoratore, nonché a causa della posizione di debolezza contrattuale di quest'ultimo, tale da provocare conseguenze più pesanti rispetto a quelle che subirebbe l'imprenditore, a parti invertite³⁹⁸.

Così il prestatore di lavoro potrà legittimamente invocare l'*exceptio* a fronte del mancato versamento della retribuzione, sia esso usualmente anticipato ovvero posticipato rispetto all'adempimento della prestazione lavorativa, ed anche qualora la somma pagata sia inferiore rispetto a quella pattuita³⁹⁹. Naturalmente, in forza del principio di buona fede, non sarà considerato bastevole a giustificare un completo inadempimento da parte del lavoratore un mero lieve ritardo nel pagamento del salario, dovendosi altresì prendere in considerazione le prassi e gli usi aziendali nonché la tollerabilità del ritardo da parte del lavoratore⁴⁰⁰. Ugualmente, se venisse negata unicamente una quota marginale della

³⁹⁷ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 2.4.2004, n. 6564, ove si stabilisce altresì che «non costituisce giusta causa di licenziamento il rifiuto del lavoratore di eseguire la propria prestazione quando esso sia motivato dall'inadempimento della controparte o dalla mancanza di una reale offerta di adempimento, salvo il limite della buona fede».

³⁹⁸ Così Trib. Lecce, sez. lav., 3.5.2005, in *Redazione Giuffrè 2006*, citata anche da Varva, *op. cit.*, p. 2009. Richiama la rilevanza costituzionale della retribuzione quale necessario mezzo di sostentamento vitale, ex art. 36 Cost., anche Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 255, il quale sottolinea altresì che, tra i lavoratori subordinati, finiscono per essere avvantaggiati coloro che «grazie ai livelli di reddito praticati in passato, sono in grado di attendere un pagamento parziale o ritardato, mentre coloro la cui vita effettivamente dipende dal puntuale pagamento della retribuzione, non possono avvalersi dell'eccezione come strumento coercitivo a motivo della difficile situazione che dovrebbero in tal caso fronteggiare», v. *op. cit.*, 2004, p. 286, nota n. 132.

³⁹⁹ Così Persico, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁰⁰ Cfr., *ex multis*, Trib. Roma, sez. lav., 11.5.2000, in *RGL*, II, p. 653 e ss., con nota di Forte, *L'illegittimità del licenziamento disciplinare in caso di applicazione dell'autotutela prevista dall'art. 1460 c.c.*.

retribuzione, talvolta in ragione di una dibattuta interpretazione di una norma legale o collettiva che la prevede, il rifiuto di prestare l'intera prestazione lavorativa risulterebbe eccessivo⁴⁰¹.

6.2) (segue) La mancata esecuzione degli obblighi di sicurezza.

È altresì ricorrente l'utilizzo di strumenti di autotutela da parte dei lavoratori in reazione a una violazione delle norme in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro: più specificamente, si rammenta come la previsione di un vero e proprio obbligo di sicurezza in capo al datore di lavoro è stata introdotta nel diritto positivo dall'art. 2087 c.c., che ancora oggi costituisce «il nucleo minimo di riferimento della protezione del lavoratore nell'ambiente di lavoro»⁴⁰², successivamente sviluppato dal D.Lgs. 9.4.2008, n. 81 (già L. n. 626/1994), che – su sollecitazione europea – disciplina analiticamente le misure di prevenzione che l'imprenditore deve assicurare, pena l'applicazione di sanzioni penali. Più esattamente, tale corpus normativo effettua una vera e propria procedimentalizzazione dell'obbligo di sicurezza, imponendo alle

⁴⁰¹ Cfr. Vallebona, *op. cit.*, 1995, p. 135. Sul tema, si veda altresì Vallebona, *Eccezione di inadempimento e contratto di lavoro*, in *RIDL*, 1993, 4, II, p. 698 e ss., che critica aspramente Cass. civ., sez. lav., 23.12.1992, n. 13620 (*ibidem*, con nota anche di Fascione, *op. cit.*), in quanto la Suprema Corte aveva (erroneamente, secondo l'Autore) ritenuto legittima l'eccezione d'inadempimento sollevata dalla rappresentanza sindacale aziendale a giustificazione del proprio rifiuto a collaborare con la direzione dell'impresa al fine di definire le modalità di applicazione dell'orario flessibile (come previsto dal contratto collettivo), a fronte di un preventivo inadempimento dell'imprenditore, relativo al pagamento dei decimali di scala mobile sull'indennità di contingenza dovuti. L'Autore, in particolare, considera improponibile il collegamento tra la mancata ottemperanza di impegni assunti mediante clausole collettive obbligatorie (che, come noto, regolano i rapporti tra datore di lavoro e sindacati) e impegni derivanti da clausole collettive normative (che disciplinano i rapporti individuali di lavoro), in quanto obbligazioni attinenti a diversi rapporti.

⁴⁰² Cfr. Mazzotta, *op. cit.*, 2016, p. 535. L'art. 2087 c.c. stabilisce, infatti, che «l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» e rappresenta così la norma di chiusura dell'intera disciplina antinfortunistica, richiedendo il continuo aggiornamento delle misure di sicurezza al mutare dei fattori di rischio.

imprese il rispetto di adempimenti di carattere burocratico, organizzativo e gestionale⁴⁰³ i quali afferiscono al rapporto di lavoro nel suo complesso, rappresentando altrettanti doveri per il datore di lavoro, peraltro di considerevole importanza considerato il rilievo costituzionale dei beni protetti (ai sensi del combinato disposto degli art. 32, co. 1, e 41, co. 2, Cost.)⁴⁰⁴.

La giurisprudenza che ha avuto modo di occuparsi di controversie scaturenti dal rifiuto, opposto dai lavoratori, di rendere la propria prestazione a fronte del mancato adeguamento, da parte del datore di lavoro, della sede di svolgimento del lavoro agli *standard* di sicurezza previsti dalla normativa di settore, ha quasi sempre ribadito la legittimità di tali mezzi di autotutela⁴⁰⁵, pur non soffermandosi estesamente sui meccanismi tecnico-giuridici posti alla base di tale soluzione. Il più delle volte, comunque, le pronunce richiamano l'art. 1460 c.c. e l'*exceptio inadimplenti contractus*⁴⁰⁶, adottando la configurazione del diritto alla sicurezza

⁴⁰³ Cfr. Stolfi, *L'exceptio inadimplenti del lavoratore a fronte degli obblighi di sicurezza: limiti dell'elaborazione giurisprudenziale e supplenza della dottrina*, in *RGL*, 2016, 2, p. 249 e ss.. Si veda, ad esempio, l'obbligo di redigere il documento di valutazione dei rischi (c.d. DVR) di cui all'art. 28, D.Lgs. n. 81/2008 ovvero la predisposizione dei modelli di organizzazione e gestione di cui all'art. 30, D.Lgs. n. 81/2008.

⁴⁰⁴ Cfr. Montuschi, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *RGL*, 2001, 4, p. 501 e ss., il quale rileva come l'art. 2087 c.c. sia «norma perfetta e aperta ai mutamenti economico-sociali» e che la combinazione di tale norma con quelle di matrice costituzionale hanno reso «incontrovertibile la posizione giuridico-soggettiva del lavoratore, che si è radicata nel rapporto contrattuale con la legittimazione propria delle garanzie apprestate per valere *erga omnes*, nei rapporti con lo Stato e con le istituzioni, non meno che in quelli privati».

⁴⁰⁵ Cfr. Trib. Ravenna, sez. lav., 16 gennaio 2009, in *RIDL*, 2009, 3, II, p. 551 e ss., con nota di Albi, *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, cit..

⁴⁰⁶ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 19.1.2016, n. 836 (in *RGL*, 2016, 2, p. 249 e ss., con nota di Stolfi, cit., e anche in *D&G*, 2016, 5, p. 6 e ss., con nota di Duilio, *Violato l'obbligo di sicurezza dei lavoratori: legittimo il rifiuto di questi alla prestazione lavorativa*): tale pronuncia interviene in un caso in cui gli operai addetti all'assemblaggio delle portiere in una fabbrica di produzione di automobili si erano rifiutati di proseguire il lavoro, a fronte dell'ennesimo caso di caduta di una portiera (come già avvenuto più volte nei mesi precedenti) sino a quando l'azienda non avesse adempiuto agli obblighi in materia di sicurezza, per poi riprendere il lavoro dopo un'ora e 45 minuti, in seguito all'intervento di una squadra di manutenzione che aveva effettuato i primi interventi urgenti di riparazione e sostituzione dei ganci di tenuta; l'azienda aveva addebitato ai ricorrenti la retribuzione corrispondente al fermo di un'ora e 45 minuti qualificando il rifiuto della prestazione come sciopero, ma la Cassazione conferma la decisione della Corte

spettante ai dipendenti come un vero e proprio credito di natura contrattuale⁴⁰⁷, che consente l'operatività di tutti i rimedi sinallagmatici. Tuttavia, al posto di comparare la gravità dei due comportamenti contrapposti, i giudici hanno optato per valorizzare la natura del diritto fatto valere dal lavoratore, qualificato come vero e proprio «diritto fondamentale» e per ciò stesso tendenzialmente prevalente nel bilanciamento di interessi⁴⁰⁸, ovvero per considerare inesigibile la prestazione lavorativa a fronte della mancata predisposizione delle condizioni di sicurezza indispensabili⁴⁰⁹.

Altre volte, i giudici hanno invece optato per qualificare il (sempre legittimo) rifiuto del lavoratore quale effetto della *mora accipiendi* in cui incorre il datore di lavoro inadempiente rispetto ai propri obblighi in materia di salute e sicurezza: in questo senso, la sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa offerta (in quanto obbligazione a esecuzione istantanea legata alla frazione temporale in cui dovrebbe essere contrattualmente espletata) resta a carico dell'imprenditore in mora⁴¹⁰. Il ragionamento argomentativo appena descritto offre così un valido fondamento alla sopravvivenza, in capo al lavoratore inadempiente, del diritto alla retribuzione per il periodo in cui è costretto a sospendere la propria attività lavorativa all'esclusivo fine di sottrarsi al pericolo di un danno ingiusto alla

d'Appello che aveva invece ritenuto sussistenti tutti i requisiti della fattispecie prevista dall'art. 1460 c.c., con la conseguente legittimità del rifiuto temporaneo della prestazione attuato dai lavoratori.

⁴⁰⁷ Cfr., a titolo esemplificativo, Trib. Agrigento, sez. lav., 11.6.2002, in *RIDL*, 2003, 1, p. 114 e ss. (con l'interessante commento di Pasquarella, *Autotutela del lavoratore e licenziamento ritorsivo*) che parla di «obblighi contrattuali in materia di sicurezza». In dottrina, cfr. ancora Ghera, *op. cit.*, 1979, e Montuschi, *op. cit.*, 2001, p. 513 e ss.: quest'ultimo Autore, in particolare, seppur nella vigenza della L. n. 626/1994, ora sostituita dal D.Lgs. n. 81/2008, delinea in modo problematico la peculiare posizione creditoria del lavoratore rispetto agli obblighi di sicurezza, in quanto è altresì chiamato a contribuire fattivamente, in collaborazione con il datore di lavoro, alla realizzazione dell'interesse generale a un ambiente lavorativo sano, salubre e sicuro. Si vedano anche, più risalenti nel tempo, Cass. civ., sez. lav., 23.10.1985, n. 5210, Cass. civ., sez. lav., 6.7.1990, n. 7101 e Cass. civ., sez. lav., 17.11.1993, n. 11351.

⁴⁰⁸ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 9.5.2005, n. 9576.

⁴⁰⁹ Cfr. Fabris, *Il rifiuto di adempiere del lavoratore per omissione di misure di sicurezza*, in *LG*, 2009, n. 9, p. 881 e ss.

⁴¹⁰ Cfr. Stolfà, *op. cit.*, p. 251.

propria persona (purché egli si dimostri poi pronto a riprendere tale attività, una volta che il datore di lavoro abbia provveduto ad apprestare le necessarie misure⁴¹¹).

In ogni caso, quale che sia la tecnica ricostruttiva concretamente adottata dall'autorità giudiziaria, ove il rifiuto di lavorare dipenda direttamente ed esclusivamente dall'inadempimento datoriale alle norme in materia di diritto alla salute e antinfortunistico è pacificamente riconosciuto (ed è uno dei rari casi) dalla giurisprudenza e dalla dottrina il diritto del dipendente a percepire il salario⁴¹².

Quale ennesima riprova del fatto che l'ordinamento giuridico, in un generale bilanciamento d'interessi, considera prevalente l'interesse all'incolumità fisica e morale della persona del lavoratore rispetto a quello proprio della produzione economica, si rammenta che all'interno del D.Lgs. n. 81/2008, trova posto una norma (art. 44, già previsto dalla L. n. 626/1994, *sub* art. 14) che permette espressamente ai prestatori di lavoro di allontanarsi dal posto di lavoro in caso di pericolo grave, immediato e non altrimenti evitabile, senza per questo subire alcun pregiudizio (perciò senza esporsi a profili di responsabilità contrattuale o disciplinare). Appare evidente che la fattispecie delineata dal legislatore è più circostanziata e più ristretta di quella che consente al lavoratore di avvalersi dell'art. 1460 c.c., dal momento che quest'ultima norma può a ragione invocarsi anche ove il pericolo di danno alla salute o alla sicurezza non presenti le

⁴¹¹ Come, ad esempio, concretamente avvenuto in Cass. civ., sez. lav., 19.1.2016, n. 836 *cit.*.

⁴¹² Cfr., tra gli altri, Loy, *Linee di tendenza della normalità italiana in materia della tutela della salute*, in AA.VV., *L'obbligazione di sicurezza*, in *QDLRI*, 1993, p. 18, il quale afferma che «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 inadempiente nella predisposizione di misure di sicurezza, viene meno ai suoi doveri di cooperazione creditorie. Il datore di lavoro, in tal caso, pur in presenza di un'ipotesi di impossibilità della prestazione, non può liberarsi dall'obbligo retributivo».

caratteristiche di gravità, inevitabilità e immediatezza delineati⁴¹³, ovvero anche nel caso in cui sia un rischio ancora futuro e meramente possibile.

6.3) (segue) Ulteriore casistica.

La giurisprudenza ha avuto altresì modo di applicare la disciplina dell'eccezione di inadempimento e di specificare a quali condizioni il rifiuto di svolgere la prestazione lavorativa può definirsi legittimo, nel caso specifico.

Oltre ai casi demansionamento illegittimo (in merito ai quali ci si soffermerà più estesamente nel capitolo successivo), una delle ipotesi in cui più spesso il prestatore di lavoro ricorre all'*exceptio* quale misura di autodifesa è quello del provvedimento di trasferimento individuale presso un'altra unità produttiva illegittimo⁴¹⁴, ossia quello disposto in assenza dei requisiti previsti dall'ottavo comma dall'art. 2103 c.c., che consistono nella sussistenza di «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive». Nei casi in cui tali motivazioni non sussistano, il provvedimento dispositivo datoriale configura un grave inadempimento datoriale «in quanto pregiudizievole degli interessi anche personali e familiari del lavoratore»⁴¹⁵, ma il rifiuto del lavoratore di prendere servizio presso la sede di destinazione deve essere accompagnato da una seria ed

⁴¹³ Cfr. ancora Pasquarella, *op. cit.*, p. 116 e Stolfi, *op. cit.*, p. 253.

⁴¹⁴ Cfr. *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 16.5.2013, n. 11927; Cass. civ., sez. lav., 23.3.2012, n. 4709; Cass. civ., sez. lav., 30.12.2009, n. 27844; Cass. civ., sez. lav., 10.11.2008, n. 26920; Trib. Padova, sez. lav. 20.6.2006, n. 603, in *Massimario della Giurisprudenza Civile Patavina* 2009; Cass. civ., sez. lav., 19.2.2008, n. 4060; Cass. civ., sez. lav., 25.7.2006, n. 16907; Cass. civ., sez. lav., 9.3.2004, n. 4771; Cass. civ., sez. lav., 29.1.1990, n. 577.

⁴¹⁵ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 9.3.2017, n. 6089, in cui il lavoratore, per effetto della conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato in conseguenza della nullità del termine apposto al contratto, era stato riammesso in servizio dalla società datrice di lavoro ma in una sede di lavoro diversa da quella dove egli avrebbe dovuto essere collocato: accertata l'insussistenza delle ragioni di cui all'art. 2103 c.c., il rifiuto opposto dal legislatore di ottemperare a tale destinazione offrendo al contempo la prestazione dovuta presso l'originaria sede di lavoro veniva considerato legittimo, rispondente al criterio di proporzionalità e di buona fede.

effettiva disponibilità a prestare servizio presso la sede originaria, configurandosi altrimenti l'arbitrarietà dell'assenza dal lavoro⁴¹⁶.

Di fatto, nell'occuparsi di casi di trasferimento di cui il lavoratore obietta l'illegittimità e l'ingiustificatezza, la giurisprudenza ha operato spesso un'attività «interpretativo-creativa» mutuando in questo ambito le regole e i principi regolatori in materia di licenziamento individuale, al dichiarato fine di colmare le lacune regolative che presenta la scarna norma di cui al penultimo comma dell'art. 2103 c.c.⁴¹⁷. Se deve considerarsi poco condivisibile l'orientamento che pretendeva di rendere sindacabile nel merito l'opportunità della scelta imprenditoriale, confrontandola con altre soluzioni ugualmente praticabili⁴¹⁸, d'altro canto si è affermata una linea interpretativa che, richiamando in via analogica l'art. 2 della L. n. 604/1966⁴¹⁹ in tema di obbligo per il datore di lavoro

⁴¹⁶ Cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. lav., 29.9.2016, n. 3959. Si segnala, però, che a questo orientamento se ne affianca un altro, più restrittivo, in base al quale «Il trasferimento del lavoratore presso altra sede consente al medesimo di chiederne giudizialmente l'accertamento di legittimità, ma non lo autorizza a rifiutarsi aprioristicamente, e senza un eventuale avallo giudiziario (conseguibile anche in via d'urgenza), di eseguire la prestazione lavorativa richiesta, in quanto egli è tenuto ad osservare le disposizioni impartite dall'imprenditore, ex artt. 2086 e 2104 c.c., e può legittimamente invocare l'eccezione di inadempimento, ex art. 1460 c.c., solo in caso di totale inadempimento dell'altra parte» (in tal senso, Cass. civ., sez. lav., 29.9.2016, n. 18866).

⁴¹⁷ Un'attenta analisi di questo fenomeno è stata condotta da Tullini, *Motivazione e controllo giudiziale del trasferimento del lavoratore*, in *RIDL*, 2, 1999, p. 55 e ss. L'Autrice spiega tale operazione, in parte sottolineando la qualificazione del trasferimento individuale del lavoratore, al pari del licenziamento, come «una vicenda traumatica» per quest'ultimo, a causa delle pesanti ripercussioni sulle sue condizioni di vita personali e familiari; in parte evidenziando l'assonanza linguistica tra le formulazioni del concetto di esigenze organizzativo-produttive aziendali che sorreggono i provvedimenti datoriali tanto nel caso del trasferimento quanto nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

⁴¹⁸ Cfr., ad esempio, Trib. Firenze, 23.5.1985, in *RIDL*, 1985, II, p. 426 e ss. Si è invece affermato un orientamento maggiormente restrittivo che nega che il potere dispositivo del datore di lavoro in ordine al luogo di adempimento della prestazione sia sindacabile dal punto di vista dell'opportunità e del merito: cfr., per tutte, Cass. civ., sez. lav., 26.1.1995, n. 909, in *RIDL*, 1995, II, p. 833 e ss. con nota di Nannipieri, *Trasferimento del lavoratore e obbligo di valutare le condizioni personali e familiari dell'interessato*.

⁴¹⁹ Come già indicato *supra*, la norma in questione è stata successivamente modificata nel 2012 nel senso di rendere non più necessaria la richiesta del lavoratore, ponendo l'obbligo di motivazione come automatico sin dalla comunicazione del licenziamento; inoltre, tali oneri di

di comunicare i motivi del licenziamento, ritiene che la medesima comunicazione delle ragioni del trasferimento debba essere resa al lavoratore fin nell'originaria comunicazione del provvedimento, al fine di porre quest'ultimo nella condizione di verificare l'eventuale esperibilità di un'azione giudiziaria per l'insussistenza di tali motivazioni nonché per determinarne l'immutabilità per consentire un leale svolgimento del contraddittorio delle parti. Tale onere informativo non costituisce un requisito essenziale la cui mancanza possa inficiare l'efficacia del provvedimento stesso; tuttavia, anche le pronunce più indulgenti in materia di oneri formali a carico del datore di lavoro riconoscono unanimemente che tale enunciazione assume rilevanza fondamentale (tale che un'eventuale omissione travolge l'intero atto di trasferimento) nel caso in cui il lavoratore la richieda espressamente⁴²⁰.

Per stabilire la legittimità del trasferimento, la giurisprudenza richiama le clausole generali di buona fede e correttezza nel giudizio di comparazione dei rispettivi inadempimenti, che consentono altresì di valorizzare le situazioni familiari e personali⁴²¹ in cui versano i lavoratori nella valutazione del

informazione si pongono in coerenza con l'art. 30 della Carta di Nizza, resa giuridicamente vincolante dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 e dotata di copertura costituzionale grazie all'art. 11 Cost..

⁴²⁰Tale principio è ormai pacifico in giurisprudenza; *ex multis*, si veda quanto stabilito una volta per tutte dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 4572 del 15.07.1986: «Al fine dell'efficacia del provvedimento di trasferimento del lavoratore l'art. 2103 c.c. non richiede che siano enunciate contestualmente le ragioni del trasferimento stesso atteso che tale norma nella parte in cui richiede che le ragioni tecniche, organizzative e produttive del trasferimento siano comprovate, comporta soltanto che tali ragioni - ove contestate - siano effettive e seriamente provate dal datore di lavoro. Pertanto l'onere della indicazione delle ragioni del trasferimento sorge a carico del datore di lavoro - pena l'inefficacia sopravvenuta del provvedimento - soltanto ove il lavoratore ne faccia richiesta, trovando applicazione analogica l'art. 2 della legge n. 604 del 1966 che prevede l'insorgenza di analogo onere nel caso in cui il lavoratore licenziato chieda al datore di lavoro di comunicare i motivi del licenziamento» (massima rinvenibile in *Giust. Civ. Mass.* 1986, fasc. 7; *Foro It.*, 1986, I, p. 2432). Si vedano altresì, in questo senso, Cass. civ., sez. lav., 25.05.1996, n. 4823; Cass. civ., sez. lav., 3.03.1994, n. 2095; Cass. civ., sez. lav., 21.04.1993, n. 4662.

⁴²¹Cass. civ., sez. lav., 3.11.2015, n. 2241, che ha ritenuto illegittimo il licenziamento intimato a seguito del rifiuto opposto dal dipendente al trasferimento di sede lavorativa, motivato per assistere il genitore invalido al cento per cento, «dovendosi assicurare la piena tutela della

comportamento datoriale. L'onere della prova della legittimità dell'ordine di trasferimento è a carico del datore di lavoro⁴²² e nel caso in cui non riuscisse a dimostrarla si applicherà il regime della c.d. tutela reale di diritto comune, che implica l'intimazione giudiziale di ripristino dello *status quo ante* e, in subordine, il rimedio risarcitorio ordinario, «poiché "in presenza di poteri imprenditoriali connotati da ampia discrezionalità, anche se dall'esercizio vincolato", deve escludersi la "riconducibilità dell'ordine di riammissione del lavoratore nell'unità produttiva originaria nell'ambito del *facere* suscettibile di esecuzione forzata" (Cass. 19 novembre 1996, n. 10109, *NGL*, 1997, 386)»⁴²³.

Altre pronunce, invece, si sono occupate di valutare la legittimità del rifiuto opposto dai lavoratori a fronte di modifiche apportate unilateralmente dal datore di lavoro alla collocazione oraria della prestazione lavorativa, in rapporti di lavoro a tempo parziale⁴²⁴, ovvero dell'imposizione di prestare la propria attività

continuità delle relazioni costitutive della personalità di soggetti deboli, quali i portatori di handicap gravi, nonché la coerenza nella salvaguardia della posizione del lavoratore in considerazione della sua concreta situazione familiare, sicché la mancata ottemperanza alla disposta mobilità è giustificata, quale attuazione di un'eccezione d'inadempimento». Cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 8.2.1999, n. 1074, che conferma l'illegittimità del licenziamento di una lavoratrice, irrogato in ragione del rifiuto opposto da quest'ultima al trasferimento in una città molto distante, rifiuto che integrava un'eccezione di inadempimento considerata fondata dai giudici, che a tal fine hanno valutato anche la buona fede che ha connotato l'intera condotta della dipendente la quale si era ripresentata in azienda rimarcando la propria disponibilità a riprendere il servizio ivi svolto e altresì «in rapporto anche alla gravissime conseguenze (ricordate dal Tribunale) derivanti alla lavoratrice sul piano personale, familiare e socio - ambientale, da ingiustificato trasferimento».

⁴²² Cfr. Cass. civ., sez. lav., 14.7.2016, n. 14375.

⁴²³ Cfr. ancora Tullini, *op. cit.*, 1999, p. 55 e ss..

⁴²⁴ Cfr. Trib. Milano, 30.3.2001, in *D&L*, 2001, n. 3, p. 762 e ss., con nota di Muggia, *Ordine illegittimo del datore di lavoro e autotutela del dipendente*, ove però il Giudice ha dichiarato illegittimo il licenziamento comminato dal datore di lavoro, a causa del rifiuto della dipendente di attenersi al nuovo orario *part time* modificato d'autorità dall'impresa, non valutando la legittimità o meno dell'esperimento dell'autotutela, bensì motivando sulla base della modestissima portata oggettiva del rifiuto (consistito in un'assenza di sole due ore, essendo poi intervenuto il licenziamento). Si veda altresì Cass. civ., sez. lav., 6.9.1996, n. 8114, in *MGL*, 1996, p. 745, con nota di Venditti, che ha ritenuto che non costituisca giustificato motivo di licenziamento il rifiuto di lavorare secondo la nuova distribuzione temporale dell'orario *part-time*, disposta dal datore in conformità di un accordo collettivo, né sotto il profilo oggettivo, qualora la necessità di spostamento del *part-time* nelle ore pomeridiane altro non sia che una

in giorni festivi infrasettimanale⁴²⁵, oppure dall'ordine datoriale avente ad oggetto la prestazione di lavoro da rendersi di domenica, spostando il giorno di riposo a un altro giorno della settimana⁴²⁶.

Per concludere, appare opportuno specificare che, in talune situazioni, anche il datore di lavoro può far uso di strumenti riconducibili alla categoria concettuale dell'autotutela: si intende fare solo un doveroso accenno, in particolare, all'irrogazione di sanzioni disciplinari (che deriva da un potere privato attribuito all'imprenditore dall'ordinamento, che prescinde dal controllo

determinazione organizzativa volta non a fronteggiare una soppressione del posto di lavoro, ma a rendere la prestazione più utile e vantaggiosa per l'azienda, né sotto il profilo soggettivo, in tale ipotesi integrando il rifiuto medesimo un'eccezione d'inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c. circa un'essenziale modalità dell'obbligazione lavorativa.

⁴²⁵ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 7.8.2015, n. 16592, in *RIDL*, 2016, 1, p. 139 e ss., con nota di Scarano, *Absolutezza e derogabilità del diritto di astenersi dal lavoro festivo*; la sentenza in questione stabilisce che «Il lavoratore ha il diritto soggettivo di astenersi dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose con la conseguenza che la rinunciabilità al relativo riposo è rimessa al solo accordo delle parti individuali» (cfr. anche Cass. n. 4435/2004, Cass. n. 9176/1997, Cass. n. 5712/1986). «Il provvedimento del datore di lavoro volto a esigere la prestazione del lavoratore in occasione delle festività infrasettimanali, in difetto di un consenso del lavoratore a prestare la propria attività, legittima l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) costituita dal rifiuto di svolgere la prestazione lavorativa». La Suprema Corte fa così prevalere la *ratio* che sovrintende la disciplina delle festività e la solennità civile o religiosa sulle esigenze dell'organizzazione produttiva, individua «nella “fruizione di tempo libero qualificato” la funzione del diritto assoluto di astensione dal lavoro nei giorni di feste nella prospettiva della protezione della personalità del lavoratore», sottolineando così «la prevalenza degli interessi non patrimoniali sugli aspetti meramente economici del rapporto di lavoro» (in questo senso Scarano, *op. cit.*, 2016a, p. 146-147).

⁴²⁶ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 22.2.2016, n. 3416, in *RIDL*, 2016, 3, p. 565 e ss., con nota di Scarano, *Il potere datoriale di esigere il lavoro domenicale e i limiti giurisprudenziali nella determinazione delle sanzioni*, p. 569 e ss., ai sensi della quale «L'astensione dal lavoro domenicale integra un inadempimento contrattuale che viola l'obbligo di diligenza del prestatore di lavoro di cui all'art. 2104 c.c., sanzionabile con un provvedimento disciplinare che tenga in debita considerazione l'atteggiamento psicologico del lavoratore, espresso nei comportamenti anteriori e posteriori alla condotta contestata, tale da rispettare il principio di proporzionalità contenuto nell'art. 2106 c.c.». Malgrado la pronuncia in questione abbia in conclusione ritenuto illegittime le sanzioni disciplinari conservative irrogate dall'impresa a fronte del rifiuto del lavoratore di lavorare di domenica, in motivazione la Corte specifica che in questo caso non è ammissibile alcuna eccezione di inadempimento perché il rifiuto integra gli estremi dell'inadempimento contrattuale ex art. 2104 c.c., quale arbitraria e illegittima tutela delle proprie ragioni, dal momento che nell'ordinamento giuridico non è previsto alcun diritto soggettivo assoluto a far coincidere il giorno di riposo settimanale con la domenica.

giudiziale)⁴²⁷, alla serrata⁴²⁸, alla compensazione di crediti derivanti dall'erroneo versamento di somme non dovute con la retribuzione mensile.

Inoltre, è opportuno rammentare come anche il datore di lavoro possa avvalersi dell'eccezione di inadempimento, ad esempio rifiutandosi di corrispondere la retribuzione a fronte di prestazioni lavorative inesatte (senza però rendersi inadempiente rispetto all'obbligo di sicurezza *ex art.* 2087 c.c., potendo al più sospendere, oltre al pagamento del salario, l'esecuzione di obblighi accessori ovvero di una parte autonoma della prestazione, quale ad esempio l'offerta del servizio mensa)⁴²⁹. Se è pacifico che l'imprenditore possa respingere il dipendente che si presenti sul luogo di lavoro in stato di ubriachezza o, comunque, di minorata capacità lavorativa⁴³⁰ (ove si riconduca tale ipotesi alla previsione dell'art. 1460 c.c. e non alla violazione delle norme sulla diligenza), si dibatte in dottrina circa la possibilità per il datore di lavoro di allontanare il lavoratore in virtù del suo mancato rispetto delle disposizioni aziendali riguardanti l'abbigliamento o l'aspetto esteriore in generale, in quanto, in quest'ultimo caso, il potere organizzativo e l'interesse a fornire una determinata immagine ufficiale al pubblico normalmente devono cedere il passo alla libertà di autodeterminazione personale, a meno che non sussistano anche ragioni più

⁴²⁷ Il potere disciplinare, di cui all'art. 2106 c.c., consente infatti una tutela più veloce e meno dispendiosa di quella ottenibile intraprendendo la via giudiziaria, di tipo conservativo (ove non si opti per il licenziamento disciplinare, nei casi più gravi), tuttavia, si ritiene generalmente che l'area di operatività delle sanzioni disciplinari sia più vasta di quella dell'art. 1460 c.c. in senso proprio, in quanto le prime possono essere validamente utilizzate anche qualora la situazione di incertezza circa l'adempimento della controprestazione sia venuto meno (in ragione di un'esecuzione sopravvenuta o del definitivo inadempimento): cfr. ancora Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 318 e ss..

⁴²⁸ Come noto, la serrata consiste nella chiusura totale o parziale dell'impresa e, di conseguenza, nel rifiuto di accettare le prestazioni dei lavoratori e di pagare le corrispondenti retribuzioni. Se in un primo momento si era proposto di classificarla come un'ipotesi di eccezione di inadempimento (cfr. Barassi, *Il diritto del lavoro*, II ed., 1957, vol. III, Giuffrè, Milano, p. 471), successivamente è prevalsa in dottrina e giurisprudenza l'opinione per cui la mancata cooperazione del creditore costituirebbe piuttosto una forma di *mora accipiendi* del datore di lavoro ai sensi dell'art. 1206 e ss. (cfr. Giugni, *op. cit.*, 2014).

⁴²⁹ Cfr. Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 304 e ss..

⁴³⁰ Purché egli sia colpevolmente responsabile della propria condizione psico-fisica.

pregnanti, quali quelle riguardanti le condizioni di igiene, salute e sicurezza dell'ambiente di lavoro e dell'esercizio commerciale (e comunque nel rispetto dell'obbligo di mantenere una ragionevole decenza nel proprio aspetto fisico e nel proprio abbigliamento)⁴³¹.

Infine, l'eccezione di inadempimento potrà essere invocata dall'imprenditore, unitamente ad altri rimedi civilistici quali, ad esempio, il risarcimento del danno, nell'ambito delle relazioni sindacali, in particolare nel caso di violazione da parte delle organizzazioni dei lavoratori delle clausole di tregua⁴³².

⁴³¹ Cfr. App. Milano, 9.4.2002, in *RIDL*, 2002, 3, II, p. 658 e ss., con nota di Ichino, *Sui limiti del controllo del datore sull'aspetto fisico del lavoratore*, che contiene diversi riferimenti giurisprudenziali in materia, e commento di Pera, *Il lavoratore deve radersi ogni giorno?*

⁴³² Cfr. Ciucciovino – Maresca, *Le forme di autotutela del datore di lavoro e la repressione della condotta antisindacale*, in Carinci F. (a cura di) *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Mario Bessone, tomo I, sotto la coordinazione di Proia, Giappichelli, Torino, 2007.

CAPITOLO III

AUTOTUTELA INDIVIDUALE, CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE E PRINCIPI COSTITUZIONALI

Sezione I

Eccezione di inadempimento e ius variandi: un caso di studio.

Dalla disamina delle pronunce rese dai giudici, in merito a controversie in vario modo originate dal (o connesse al) rifiuto del lavoratore subordinato di rendere la propria prestazione lavorativa sulla scorta di un (almeno asserito) previo inadempimento datoriale, si distingue per frequenza, vivacità del dibattito e, in ultima istanza, comparabile rilevanza degli opposti interessi in gioco il caso in cui il provvedimento imprenditoriale contestato si sostanzia in un demansionamento o in una dequalificazione professionale, posto in essere al di fuori dei limiti legali.

Prima di poter analizzare le conclusioni argomentative tratte da tale indagine, tuttavia, nonché per poter meglio giustificare i tentativi ricostruttivi che si delineeranno nel prosieguo proprio in relazione alla suddetta casistica, si richiameranno (senza alcuna pretesa di completezza, dato che la tematica è risalente ed è stata interessata da diverse riforme legislative nonché da una consistente produzione da parte di studiosi e interpreti) le tappe fondamentali dello sviluppo dell'istituto dello *ius variandi* nel diritto del lavoro.

1) Lo *ius variandi* del datore di lavoro.

Tra i poteri esercitabili dal datore di lavoro nel perseguimento del proprio interesse economico-produttivo può ricomprendersi anche il c.d. *ius variandi*, vale a dire il potere di modificare unilateralmente il contenuto della prestazione richiesta alla controparte, il lavoratore subordinato assunto alle sue dipendenze:

l'imprenditore può, in altre parole, variare nel corso del rapporto le mansioni⁴³³ assegnate ai propri dipendenti, rispetto a quelle concordate dalle parti in sede di stipulazione contrattuale. Lo *ius variandi* è solitamente distinto, peraltro, dal potere direttivo⁴³⁴ – che pure pacificamente spetta al datore di lavoro e che coincide con il potere di conformazione della prestazione, consistente nella possibilità di dettare le modalità tecniche e gestionali con cui quest'ultima dev'essere svolta – in quanto, come ha evidenziato Giugni⁴³⁵ in una delle prime monografie sul tema, il potere direttivo si limita a specificare sul piano dell'applicazione concreta i compiti previsti in contratto, rimanendo così nel perimetro negoziale di quest'ultimo, mentre il potere di modificare unilateralmente gli incarichi sottintende una sostituzione vera e propria delle mansioni originarie con altre, nuove e perciò estranee al testo negoziale.

Un altro Autore, il quale si è dedicato a uno degli studi più completi in merito allo *ius variandi*⁴³⁶, utilizza il termine «mobilità endoaziendale», un concetto onnicomprensivo atto a riassumere efficacemente tutte le vicende modificative

⁴³³ Cfr. Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 4, ove l'Autrice illustra la nozione di «mansioni»: esse coincidono con il contenuto dell'obbligazione oggetto del contratto di lavoro subordinato, in quanto definiscono la tipologia e le caratteristiche dell'attività lavorativa convenuta. Perciò, seguendo tale ragionamento, le mansioni divengono «il criterio di determinazione qualitativa» della prestazione che il datore di lavoro può ragionevolmente attendere e pretendere da parte del lavoratore. Cfr. anche l'opera successiva della medesima Autrice, unitamente a Vendramin, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi. Mansioni, qualifiche, jus variandi*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Persiani e Carinci F. – Vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo primo, Cedam, Padova, 2012, p. 513, ove si evidenzia come le mansioni identifichino il valore dell'attività concretamente esigibile.

⁴³⁴ In merito alla fonte dello *ius variandi*, in realtà, si è avviato un dibattito tra chi lo considerava un potere eccezionale di intervenire unilateralmente cambiando l'oggetto del contratto spettante al creditore del rapporto di lavoro e chi, invece, lo riteneva una mera specificazione del potere direttivo: per una trattazione più approfondita si rinvia ancora Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 29 e ss.

⁴³⁵ Si fa qui riferimento a Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963, p. 252, in cui l'Autore traccia efficacemente la differenza tra potere direttivo e *ius variandi*: «le due situazioni soggettive, come si è già avvertito, sono anzi logicamente incompatibili, chè l'una si svolge all'interno dell'oggetto del contratto, l'altra consiste nell'estensione di quest'ultimo oltre i limiti segnati dall'accordo tra le parti, per cui può anche dirsi che il campo dello *jus variandi* comincia dove il potere direttivo finisce».

⁴³⁶ Cfr. ancora Liso, *op. cit.*, 1982, p. 9 e ss.

che incidono su aspetti determinanti del rapporto obbligatorio, per il lavoratore, quali il mutamento della sede di lavoro (che può consistere tanto in un semplice spostamento da un ufficio all'altro della medesima unità produttiva, quanto nell'invio presso una diversa articolazione spaziale dell'impresa, sita anche molto lontano dalla sede originaria), ovvero il cambiamento, parziale o integrale, delle mansioni assegnate al momento dell'iniziale stipulazione del contratto di lavoro.

Proprio a causa dell'affinità che lega tali ipotesi, la loro regolamentazione è contenuta in una stessa norma, l'art. 2103 c.c., che è stato sottoposto a pochi ma decisivi rimaneggiamenti da parte del legislatore, in direzione più garantistica per il prestatore di lavoro o più agevolatrice per il datore di lavoro che voglia ricorrervi, a seconda del diverso contesto socio-economico in cui si inscrivevano tali riforme⁴³⁷. L'esercizio dello *ius variandi*, infatti, rappresenta uno degli strumenti più incisivi con cui l'imprenditore può modellare l'attività svolta dalla propria manodopera sulle differenti esigenze aziendali che mano a mano si presentano, da ultimo sempre più spesso numerose, in conseguenza del continuo progresso tecnologico e del moltiplicarsi dei fattori di influenza, in un mercato ormai globalizzato. Dal momento che «una delle condizioni di esistenza

⁴³⁷ Nella versione introdotta nel 1942, l'art. 2103 c.c. era rubricato «Prestazione del lavoro» e prevedeva semplicemente che il prestatore di lavoro dovesse essere adibito «alle mansioni per cui è stato assunto», salva sempre la possibilità per il datore di lavoro di modificare tali mansioni, a meno di patti contrari ed esclusa la possibilità di causare una diminuzione di retribuzione o un mutamento sostanziale nella posizione sino ad allora rivestita all'interno dell'azienda. In caso di violazione di tali limiti, si stabiliva il diritto del prestatore di lavoro di ottenere quantomeno il «trattamento corrispondente all'attività svolta, se per lui più vantaggioso». La suddetta disciplina è stata successivamente modificata, per la prima volta ad opera della L. n. 300/1970, che, all'art. 13, sostituisce integralmente la norma sopra descritta, cambiandone anche la rubrica in «Mansioni del lavoratore» e così sottolineando il mutamento di ottica, da quella oggettiva previgente a quella maggiormente garantista e volta alla tutela della persona del lavoratore, propria dello Statuto dei Lavoratori. L'art. 2103 c.c. è stato poi precisato dalla L. n. 190/1985, che riconosceva per la prima volta i quadri intermedi, e dalla L. n. 106/1986, che modificava la legge del 1985. Infine, la riforma più recente è stata realizzata dal D.Lgs. n. 81/2015, che all'art. 3, co. 1, ha previsto di nuovo l'integrale sostituzione del testo sino ad allora vigente della norma con una nuova regolamentazione, ancora più articolata delle precedenti e nuovamente rubricata «Prestazione del lavoro».

dell'impresa è il cambiamento»⁴³⁸, si palesa evidente come il potere di mutare i compiti concretamente assegnati ai dipendenti e di organizzare questi ultimi secondo una strategia produttiva nuova, pur all'interno della stessa impresa sia in grado di fornire un margine di flessibilità non indifferente, per l'imprenditore, il quale deve già fronteggiare ben altre rigidità normative nella gestione di diversi aspetti dei rapporti di lavoro.

Da un punto di vista sistematico, lo *ius variandi* appare in conflitto con uno dei principi cardine del nostro ordinamento, vale a dire con l'art. 1372 c.c.⁴³⁹, ai sensi del quale il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto se non per mutuo consenso ovvero per cause ammesse dalla legge. In quest'ottica, attribuire a uno solo dei paciscenti il potere di modificare unilateralmente uno degli aspetti più rilevanti del contratto di lavoro sembrerebbe incoerente. Tuttavia, una volta sgombrato il campo da interpretazioni eccessivamente letterali e formalistiche di tale norma, si comprende come la stessa rivesta un ruolo diverso all'interno della disciplina generale delle obbligazioni, riaffermando insieme all'art. 1322, co. 1, c.c., la libertà dei contraenti di stipulare un contratto e determinarne il contenuto, senza per questo vincolare le parti a un testo negoziale imm modificabile malgrado il trascorrere del tempo e le inevitabili esigenze sopravvenute⁴⁴⁰.

In ogni caso, è pur vero che il potere attribuito dall'art. 2103 c.c. al datore di lavoro, malgrado si possa estrinsecare unicamente nelle modalità e all'interno dei confini ivi previsti, costituisce un vantaggio principalmente per

⁴³⁸ Come rileva giustamente Liso, *op. cit.*, 1982, p. 9.

⁴³⁹ In realtà, è stato evidenziato dagli studiosi il rischio che tale potere confliggesse altresì con la regola della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto di cui all'art. 1346 c.c.

⁴⁴⁰ Pone nella corretta luce il valore dell'art. 1372, co. 1, c.c., Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 4-5, precisando altresì che sarebbe un effetto alquanto contraddittorio per una norma la cui principale ispirazione è proprio quella di garantire un margine di elasticità al contratto stesso.

l'imprenditore⁴⁴¹, al quale è riconosciuto affinché egli possa far funzionare l'organizzazione aziendale e contribuire al buon andamento generale del libero mercato⁴⁴². Eppure, la preoccupazione che ha sempre mosso il legislatore è stata quella di individuare un punto di equilibrio tra i bisogni di carattere economico-produttivi del datore di lavoro e l'interesse del lavoratore a non veder arbitrariamente peggiorate le proprie condizioni lavorative (sia dal punto di vista della professionalità che dal punto di vista retributivo).

Proprio la formulazione della norma⁴⁴³, manifestamente volta a disciplinare e contenere il concreto esercizio dello *ius variandi* da parte del datore di lavoro, peraltro, ha fatto ritenere ad alcuni interpreti che, in realtà, esso non costituirebbe un vero e proprio potere unilaterale, potendo al contrario estrinsecarsi solo ove vi

⁴⁴¹ Come ha evidenziato Voza, *op. cit.*, 2015, p. 20 – 23, è proprio nella previsione dell'art. 2103 c.c. che emerge «l'altra faccia della nostra materia, quella protesa al rafforzamento del datore di lavoro rispetto a quella del comune contraente/creditore», in quanto, così come in altre tipologie contrattuali all'interno delle quali siano inserite norme analoghe (quali l'appalto, il contratto di trasporto, etc.), «tutte le volte in cui il potere modificativo non costituisce la reazione emergenziale a circostanze sopravvenute e tali da alterare l'originaria fisionomia dell'accordo, ma rappresenta uno strumento ordinariamente proteso a consentire una gestione flessibile dell'affare (sotteso al singolo rapporto negoziale), è il principio della intangibilità del vincolo ad adattarsi alle esigenze del mercato, delle quali il contraente forte è portatore». Inoltre, «mentre il lavoratore non può unilateralmente modificare il contenuto della prestazione a cui il datore è obbligato (la retribuzione), quest'ultimo può unilateralmente incidere sul contenuto della prestazione lavorativa, nel rispetto dei limiti (esterni) posti all'esercizio di tale potere».

⁴⁴² Anche perché, essendo il contratto di lavoro un contratto di durata a esecuzione continuata, che si inserisce in un contesto intrinsecamente mutevole quale l'ambiente imprenditoriale, la necessità di intervenire sul contenuto del contratto originario ricorrerà più facilmente.

⁴⁴³ Intendendosi il testo già modificato dall'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori, che di seguito si riporta: «Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ogni patto contrario è nullo».

fosse l'accordo di entrambe le parti coinvolte⁴⁴⁴. Se è vero che l'intervento dello Statuto dei Lavoratori ha avuto una portata innovatrice determinante per la materia, dal momento che ha introdotto il divieto delle variazioni *in peius* regolando attentamente i casi di variazioni *in melius* ovvero di destinazione a mansioni equivalenti e limitando, così, notevolmente il campo d'azione dell'imprenditore nell'esercizio delle sue prerogative organizzative, di certo non ha obliterato del tutto il relativo potere datoriale.

Per mezzo di tale intervento normativo, si è inteso implicitamente⁴⁴⁵ escludere la facoltà per il datore di lavoro di modificare in senso peggiorativo le mansioni di lavoro, sancendo la nullità di ogni patto contrario alla disciplina complessivamente stabilita dal primo comma dell'art. 2103 c.c. e facendo così, di quest'ultimo, una norma (almeno nelle intenzioni del legislatore del 1970) inderogabile, sia per le parti individuali che per quelle collettive⁴⁴⁶.

Con il passare del tempo e al fine di fronteggiare meglio i mutamenti del contesto socio-economico, tuttavia, sono presto iniziati i tentativi da parte della

⁴⁴⁴ Si veda, ad esempio, in dottrina, la posizione di Suppiej, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, Atti del IX Convegno nazionale di diritto del lavoro, *Saint Vincent*, 3-6 giugno 1971, Milano, 1972, p. 38 e ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. lav., 19.5.1980, n. 3278, ove si afferma che « L'art. 13 dello statuto dei lavoratori, che ha modificato l'art. 2103 c.c., stabilendo che il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione, ha tolto all'imprenditore il potere di mutare unilateralmente le mansioni del prestatore di lavoro in relazione alle esigenze dell'impresa, come era sancito nella precedente formulazione della norma, in quanto il mutamento unilaterale delle mansioni del lavoratore, gravandolo di maggiori oneri e di altre responsabilità, equivale ad un declassamento dello "status" del prestatore di lavoro ».

⁴⁴⁵ Cfr. Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 190, la quale afferma che « Anche se il testo dell'art. 2103 cod. civ. non fa mai esplicito riferimento alle mansioni inferiori, dalla lettura complessiva della norma si ricava il divieto di adibire il lavoratore a mansioni non equivalenti (a quelle di assunzione o a quelle ultime effettivamente svolte) ovvero non superiori, *id est* 'inferiori' ».

⁴⁴⁶ Si veda, a quest'ultimo proposito, Cass. civ., S.U., 24.11.2006, n. 25033, la quale stabilisce che la garanzia prevista dall'art. 2103 c.c. opera anche tra mansioni appartenenti alla medesima qualifica prevista dalla contrattazione collettiva, precludendo l'indiscriminata fungibilità di mansioni per il solo fatto dell'accorpamento convenzionale.

giurisprudenza, spesso su sollecitazione della dottrina, di attenuare la rigidità dell'art. 2103 c.c., in considerazione del fatto che altrimenti si sarebbero rese impossibili anche quelle variazioni di incarichi volute dallo stesso lavoratore, per esigenze di vita personale ovvero allo scopo di conservare il posto di lavoro, in occasione di ristrutturazioni aziendali o di crisi produttiva. In particolare, la lettura tradizionalmente inflessibile dell'art. 2103 c.c. è stata progressivamente erosa dall'azione combinata di giudici e studiosi operando su tre diversi piani⁴⁴⁷: mediante la surrettizia introduzione, *de iure condendo*, di ipotesi di modificabilità *in peius* delle mansioni⁴⁴⁸, ove ciò coincidesse con l'interesse del lavoratore; mediante la progressiva dilatazione del concetto di equivalenza delle

⁴⁴⁷ Effettua questa tripartizione dei piani d'azione Scarpelli F., *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *DRI*, 1994, 2, p. 48.

⁴⁴⁸ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 10.10.2005, n. 19686, in *RGL*, 2006, n. 2, p. 264 e ss. con nota di Piccari, *Inidoneità sopravvenuta e patto di dequalificazione: «fragilità» di un orientamento consolidato*: la pronuncia in oggetto si inserisce in un filone giurisprudenziale all'epoca già ampiamente battuto (cfr. ad esempio Cass. civ., S.U., 7.8.1998, n. 7755, in *RIDL*, 1999, 1, p. 180 e ss., con nota di Pera, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*; Cass. civ., sez. lav., 5.8.2000, n. 10339; Cass. civ., sez. lav., 3.7.1007, n. 5961; Cass. civ., sez. lav., 7.9.1993, n. 9386; Cass. civ., sez. lav., 20.5.1993, n. 5963), che a partire dalla metà degli anni Ottanta ha iniziato a propendere per un'interpretazione maggiormente elastica del disposto normativo, «elaborando un orientamento efficacemente definito del “male minore”»: cfr. Nannipieri, *L'accordo sulle mansioni inferiori*, in *RIDL*, 2001, 3, p. 355 e ss. Tale orientamento era suffragato da una serie di interventi a livello legislativo che avevano introdotto delle esplicite ipotesi di deroga alla disciplina di cui all'art. 2103 c.c.: si pensi alla L. n. 1204/1971 sulla lavoratrice in gravidanza, la L. n. 277/1991 sull'esposizione ad agenti chimici, fisici o biologici, la L. n. 68/1999 sul lavoratore divenuto inabile in conseguenza di infortunio o malattia, la L. n. 223/1991 in materia di mobilità e licenziamenti collettivi (ma in questo caso solo per il tramite di accordi con le parti collettive). Si è letto così l'ultimo comma dell'art. 2103 c.c. quale comminatoria di una nullità “di protezione”, analoga a quella prevista dall'art. 36 del cod. cons. in favore del consumatore, operando soltanto a vantaggio del soggetto debole (in riferimento a tale analogia si veda ancora Piccari, *op. cit.*, p. 272).

mansioni⁴⁴⁹, nonché mediante l'assegnazione di un sempre maggior peso alle classificazioni del personale operate dalla contrattazione collettiva⁴⁵⁰.

Una volta ripercorso molto brevemente il percorso evolutivo che ha caratterizzato la disciplina dello *ius variandi* nel nostro ordinamento, quale principale strumento di gestione organizzativa dell'impresa in senso dinamico, ci si può soffermare sulle strategie elaborate dagli interpreti a partire dal dettato normativo nella sua versione *post* statutaria, al duplice fine di adeguare i modelli di utilizzo delle risorse alle esigenze economiche datoriali e di fissare il perimetro giuridico all'interno del quale il ricorso alla variazione degli incarichi può dirsi legittimo, individuando quei valori legati alla persona del lavoratore che ne costituiscono il limite invalicabile (quali la libertà, la dignità e la professionalità).

2) La variazione delle mansioni: il problematico concetto di equivalenza professionale, gli obiettivi e le tecniche di tutela.

⁴⁴⁹ In merito alla c.d. mobilità orizzontale e all'elaborazione del concetto di mansioni equivalenti si è sbizzarrito il dibattito e si sono moltiplicate le proposte interpretative da parte tanto della dottrina quanto della giurisprudenza almeno sino alla radicale modifica della norma apportata dal D.Lgs. n. 81/2015: cfr. paragrafi successivi.

⁴⁵⁰ Un incisivo intervento a favore di una maggiore valorizzazione del ruolo delle organizzazioni sindacali e della contrattazione collettiva al fine di introdurre una prospettiva più dinamica e duttile della norma è rinvenibile nella nota pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite, n. 25033 del 24.11.2006 (in *RIDL*, 2007, 2, II, p. 336 e ss., con nota di Occhino, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee*, ma anche in *ADL*, 2007, II, p. 660, con nota di Borzaga, *Principio di equivalenza delle mansioni e ruolo della contrattazione collettiva: verso nuovi spazi di flessibilità?*). In tale pronuncia, la Corte prevede, infatti, la possibilità per il contratto collettivo di introdurre clausole di fungibilità tra mansioni diverse, che «esprimono distinte professionalità» e che costituiscono «lo sbocco di percorsi formativi distinti, in ipotesi anche di livello diverso», dando vita alla figura della «equivalenza contrattuale», purché ciò avvenga nel rispetto dell'art. 2103 c.c. e dunque solo in presenza di specifiche esigenze aziendali temporanee che coinvolgano una pluralità di lavoratori e favorendo, comunque, la professionalità acquisita e quella potenziale di questi ultimi.

La norma risultante dall'intervento dell'art. 13 St. Lav. ammetteva esplicitamente che il datore di lavoro potesse decidere in modo unilaterale di adibire il proprio dipendente a mansioni corrispondenti a quelle concordate nel momento dell'assunzione⁴⁵¹ ovvero equivalenti alle ultime effettivamente svolte (realizzando un'ipotesi di mobilità c.d. «orizzontale»), ovvero a mansioni superiori (integrando il caso di mobilità c.d. «verticale»). Soffermandoci più specificamente sulla prima ipotesi, emerge immediatamente come le indicazioni fornite dal diritto positivo ai fini dell'applicazione della norma alle fattispecie concrete fossero piuttosto scarse e soprattutto generiche, considerato che l'espressione «equivalenza» era di per sé «neutra» e «aperta»⁴⁵² all'azione definitoria soprattutto della giurisprudenza e dell'autonomia collettiva. Tale formulazione appariva così il frutto di una precisa opzione di politica del diritto operata dal legislatore, affinché gli interpreti non concentrassero la propria attenzione unicamente sull'astratta comparazione tra i compiti di destinazione e quelli di provenienza, bensì si spingessero a compiere una valutazione più ampia, che comprendesse un esame del senso che la modifica delle mansioni aveva assunto all'interno di quella specifica organizzazione imprenditoriale.

⁴⁵¹ Tuttavia, come rilevato da Liso, *op. cit.*, 1982, p. 166, tale nozione non doveva essere intesa in senso eccessivamente formale, per cui nel caso (sin troppo frequente, nella prassi) in cui le espressioni utilizzate in contratto fossero di ardua comprensione o talmente generiche da risultare poco indicative del contenuto concreto delle mansioni, si sarebbe dovuto aver riguardo alla posizione professionale concretamente rivestita dal lavoratore all'interno dell'organizzazione aziendale. Nel caso in cui addirittura mancasse del tutto un'espressa previsione negoziale avente ad oggetto i contenuti della prestazione lavorativa, Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 127 e ss., proponeva di ricorrere ai dati esperienziali (cfr. la nozione di «dati di tipicità ambientale» di cui alla nota seguente) al fine di prendere in considerazione «i posti forgiati all'interno dell'azienda che il lavoratore andrà ad occupare nella concreta divisione del lavoro in uno specifico contesto produttivo».

⁴⁵² Questo è l'aggettivo prescelto da Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 169 e ss., ove l'Autrice precisa che l'equivalenza è una nozione elastica, «espressa in forma analoga a quella di una clausola generale 'in bianco' che rinvia a 'dati di tipicità ambientale', cioè alla razionalità materiale dell'economia e ai rapporti di mercato». Il concetto di «dati di tipicità ambientale», invece, è stato utilizzato tra i primi da Liso, *op. cit.*, 1982, p. 180-181, al fine di indicare quei fattori desumibili dal contesto lavorativo fattuale che dovevano essere presi in considerazione dagli operatori del diritto per riempire di significato il criterio dell'equivalenza

Se, da un lato, i limiti «esterni» dell'equivalenza potevano rinvenirsi nel richiamo dei compiti svolti da ultimo, dall'altro i limiti «interni» si rinvenivano proprio nella *ratio* della norma, cioè deducendo il bene fatto oggetto della tutela predisposta dall'ordinamento e andando a verificare, nel caso di specie, se il provvedimento datoriale lo avesse rispettato o meno⁴⁵³. Uno dei principali criteri⁴⁵⁴ seguiti dagli studiosi per individuare l'interesse del lavoratore che si è voluto tutelare in via privilegiata mediante l'art. 2103 c.c. è stato quello di prendere in considerazione la collocazione sistematica dell'art. 13 St. Lav. che ha dettato la relativa disciplina nel 1970 (norma sita, come noto, nel Titolo I dello Statuto, rubricato "*Della libertà e dignità del lavoratore*") nonché nell'intento garantista-promozionale ispiratore dell'intero testo normativo. Si è così concluso che il principale bene che si intendeva salvaguardare mediante la norma in questione fosse un aspetto particolare della dignità della persona-lavoratore, vale

⁴⁵³ Quella appena riportata è, in particolare, la ricostruzione che effettua De Feo, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, in *ADL*, 2015, 4-5, p. 855, proprio per spiegare l'origine e i primi utilizzi del concetto di professionalità del lavoratore come valore considerato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

⁴⁵⁴ Non è stato invece seguito il criterio, proposto da alcuni studiosi, della mera omogeneità di trattamento economico: la retribuzione è stata qualificata, piuttosto, come un limite, ulteriore e diverso, al potere di modifica delle mansioni, dal momento che proprio al dettato dell'art. 2103 c.c. si riconduce l'affermazione del principio di irriducibilità della retribuzione (cfr. ancora Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 136). Secondo quanto già affermato da Giugni, *op. cit.*, p. 264 - 265, tuttavia, al tempo della vigenza del testo pre-statutario, tale previsione era stata considerata alquanto rilevante e niente affatto scontata, in quanto implicava «la rigorosa osservanza del principio di corrispettività tra le due prestazioni, ove la variazione dei compiti implichi lo svolgimento di mansioni di maggior valore, e, al contrario, la deviazione dallo stesso, qualora i compiti siano di minor valore. Tale soluzione legislativa appare solidamente sostenuta da principi di equità, ma l'acquisizione di essa non manca di porre seri problemi applicativi (...) di più agevole applicazione pratica, ma nel contempo di più difficile costruzione appare il secondo di tali criteri; quello, cioè, che inerisce all'assegnazione di mansioni inferiori. (...) a volte giustificata, anche in carenza di una esplicita norma, con la considerazione che all'imprenditore è attribuito il potere di modificare la prestazione, ma non la retribuzione convenuta. Il che è certamente esatto, ma con l'esattezza propria delle petizioni di principio (...). È vero, invece, che se all'esercizio dello *jus variandi* nel rapporto di lavoro subordinato segue la conservazione degli effetti del contratto, anche di fronte all'alterazione intervenuta nel sinallagma funzionale, ciò deriva da una ben precisa valutazione di politica legislativa dapprima intuita dall'esperienza, di poi consapevolmente formulata dal legislatore. (...) in quanto con tale soluzione si realizza, nel modo più economico per la certezza dei rapporti, la tutela del contraente più debole di fronte alle vicende sfavorevoli del rapporto».

a dire la sua «dignità professionale» o anche più, semplicemente, la sua «professionalità»⁴⁵⁵.

Adottando questa prospettiva, si comprende perché l'equivalenza sia considerata «metro di controllo» del rispetto della normativa in caso di assegnazione a mansioni diverse da quelle di assunzione o precedentemente svolte, nonché un «criterio di identificazione di posti di lavoro riconducibili ad una determinata *figura* professionale oppure ad un'*area* professionale»⁴⁵⁶. La professionalità, invece, in questa sede è intesa perlopiù come «capacità di esecuzione di prestazioni più o meno complesse» nonché come «possesso di risorse cognitive e tecniche atte a consentire, previa breve formazione, l'esecuzioni di altre prestazioni»⁴⁵⁷.

Si ammetteva, pertanto, un mutamento dei compiti assegnati, purché si tenesse conto e si rispettasse il bagaglio esperienziale e tecnico-cognitivo di cui si era dotato il lavoratore durante il periodo in cui aveva svolto le precedenti mansioni, vale a dire il suo patrimonio professionale, appunto. La giurisprudenza raccoglie gli spunti ricostruttivi offerti dalla dottrina sul punto e lo spazio interpretativo volutamente⁴⁵⁸ lasciato dal legislatore (quest'ultimo, in particolare, ben consapevole dell'estrema mutevolezza delle situazioni caratterizzanti la sfera imprenditoriale e della sostanziale imprevedibilità dei fattori di rischio per la professionalità dei lavoratori): così il doveroso paragone tra mansioni precedentemente rivestite e mansioni assegnate *ex novo* si compone di due distinti momenti, una valutazione di tipo oggettivo volta a prendere in considerazione le qualificazioni formali date dai livelli di inquadramento e dalle

⁴⁵⁵ Cfr. ancora Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 137 e ss., De Feo, *op. cit.*, p. 855; in senso più critico rispetto all'esclusività del criterio della professionalità nel più ampio giudizio riguardante l'equivalenza tra le mansioni assegnate, tuttavia, Liso, *op. cit.*, 1982, p. 175 e ss.;

⁴⁵⁶ Entrambe le definizioni provengono da Liso, *op. cit.*, 1982, rispettivamente p. 172 e p. 184.

⁴⁵⁷ Così si è efficacemente espresso Mengoni, *La cornice legale*, in *QDLRI*, 1987, 1, *L'inquadramento dei lavoratori*, p. 46.

⁴⁵⁸ Individua una volontarietà nella scelta del legislatore anche Brollo, *op. cit.*, 1997, p. 140.

declaratorie previste, in astratto, nei contratti collettivi, ma anche una valutazione di tipo soggettivo, destinata a calare i principi sinora enunciati nel caso concreto al fine di verificare che i nuovi incarichi consentissero al lavoratore di utilizzare, perfezionare o accrescere le competenze, la perizia e le capacità in suo possesso in quel momento⁴⁵⁹.

Il giudizio sull'effettiva equivalenza tra mansioni di origine e di destinazione assume così uno spiccato carattere empirico, del tutto coerente con la scelta di non tipizzare a priori il bene protetto dall'art. 2103 c.c. A parte tale punto fermo, tuttavia, si sviluppa un vivacissimo dibattito tra gli studiosi che non si arrendono all'indeterminatezza della norma e tentano di determinare e declinare meglio i concetti sopra richiamati, anche con l'obiettivo di adattare la regolazione alle innovazioni tecnologiche, ai mutamenti economici e ai nuovi modelli organizzativi interni alle imprese che si diffondono nel frattempo.

Questo è il clima culturale e politico in cui si inserisce il dibattito sulla possibilità di ricostruire il concetto di professionalità in una dimensione statica⁴⁶⁰ ovvero dinamica⁴⁶¹, il filone giurisprudenziale⁴⁶² (piuttosto restrittivo) orientato ad impedire che a causa dell'esercizio dello *ius variandi* il lavoratore perdesse – o anche solo sottoutilizzasse – parte delle proprie capacità professionali, cui si

⁴⁵⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 4.10.1995; Cass. civ., sez. lav., 24.6.2013, n. 15769.

⁴⁶⁰ Vale a dire, unicamente come professionalità pregressa, già sedimentata e perfettamente dominata dal lavoratore grazie all'esperienza passata; gli indici valorizzati in tale ottica erano la posizione gerarchica raggiunta, il grado di autonomia decisionale, la responsabilità operativa, il fatto di avere a sua volta altri lavoratori sotto il suo potere e controllo, il prestigio all'interno e all'esterno dell'azienda, etc.: cfr. ancora Brollo, *op. cit.*, p. 143 e ss.

⁴⁶¹ Il suddetto concetto veniva propugnato proprio da quanti ritenevano che fosse sempre più inevitabile cercare nuovi punti di equilibrio tra le esigenze di tutela della sfera personale del lavoratore e quelle economiche, organizzative e produttive dell'impresa, nel senso di fortificare la posizione professionale del lavoratore sul mercato valorizzando le sue capacità di reimpiegarsi e di acquisire nuove competenze arricchendo il proprio bagaglio esperienziale e rendendosi più appetibile nel caso di ristrutturazioni o crisi aziendali: cfr. ancora Brollo, *op. cit.*, p. 150 e ss.

⁴⁶² Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 17.7.1998, n. 7040; Cass. civ., sez. lav., 26.7.2006, n. 17022; Cass. civ., sez. lav., 15.2.2003, n. 2328.

contrappone una parte degli studiosi⁴⁶³, i quali ritengono invece che sia preferibile – anche nell’interesse del lavoratore, oltre che del datore di lavoro – svincolarsi da una concezione troppo rigida della professionalità in favore di una nozione più flessibile, in grado di rispondere meglio alle esigenze del mercato.

3) Le principali modifiche apportate all’art. 2103 c.c. dal D.Lgs. n. 81/2015

Dopo quarantacinque anni di onorato servizio, l’art. 2103 c.c. è stato nuovamente sottoposto a un’integrale rivisitazione e riscrittura, ad opera dell’art. 3 del D.Lgs. n. 81/2015⁴⁶⁴, scompaginando il quadro di riferimento entro il quale

⁴⁶³ Cfr. Liso, *L’incidenza delle trasformazioni produttive*, in *QDLRI*, 1987, 1, p. 169, che teorizzava una nozione “plurima” del concetto, a flessibilità crescente a seconda che il mutamento di mansioni fosse unilaterale e definitivo, unilaterale ma temporaneo, su accordo delle parti; si veda altresì Mengoni, *La cornice legale*, *ivi*, p. 46, che, come già citato, richiama il concetto di professionalità potenziale, al fine di tutelare altresì le opportunità di arricchimento esperienziale e l’adattabilità dei lavoratori alle nuove mansioni.

⁴⁶⁴ Il nuovo testo, rubricato nuovamente «Prestazione del lavoro», recita: «Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all’inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte.

In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può esser assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale.

Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall’assolvimento dell’obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell’atto di assegnazione alle nuove mansioni.

Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi.

Nelle ipotesi di cui al secondo e al quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa.

Nelle sedi di cui all’articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell’interesse del lavoratore alla conservazione dell’occupazione, all’acquisizione di una diversa professionalità o al

era sorto e si era in parte consolidato l'apparato di limiti, precisazioni e interpretazioni di matrice dottrinale e giurisprudenziale sopra descritto, che sino ad allora concorreva ad adattare la norma alla realtà mutevole e alle sempre nuove esigenze di giustizia sostanziale.

La riforma dell'art. 2103 c.c. si iscrive nella più ampia cornice data dalla manovra di complessiva risistemazione della materia giuslavoristica passata sotto il nome di Jobs Act, avviata con l'emanazione della legge delega 10.12.2014, n. 183. L'obiettivo dichiarato del legislatore, nell'intraprendere tale vasta manovra che ha investito molti aspetti della disciplina giuslavoristica, è stato principalmente quello di fronteggiare la crisi economica e sociale che si sta prolungando, ormai da quasi dieci anni, quantomeno in Europa, e i fattori di cambiamento dati dal passaggio dall'era analogica a quella digitale e da un'organizzazione del lavoro imperniata sul modello industriale tayloristico-fordista a quella, quasi del tutto immateriale, spesso dai tratti sovranazionali e fondata sullo scambio di servizi sempre più variegati, che si è andata affermando negli ultimi trent'anni. In vista di ciò, l'ultimo Governo ha deciso di investire sulla capacità degli imprenditori di accogliere e gestire tali cambiamenti, incentivandoli a puntare nuovamente su istituti criticati in quanto ritenuti troppo rigidi e gravosi rispetto al contesto⁴⁶⁵ e concedendo loro, in cambio, un margine

miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

Nel caso di assegnazione a mansioni superiori, il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salva diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi. Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate esigenze tecniche, organizzative e produttive.

Salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e al quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario è nullo.»

⁴⁶⁵ Esempio paradigmatico è, naturalmente, l'incentivo all'utilizzo del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, tanto che la L. n. 183/2014, al suo art. 1, comma 7, lett. b) indica, fra i principi e i criteri direttivi, quello di «promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro

di operatività e di flessibilità organizzativa anche nei confronti dei propri dipendenti quasi senza precedenti.

Come si sono apportate delle rilevanti modifiche alla disciplina del rapporto di lavoro sia quanto al momento di «ingresso» sia in riferimento al momento di «uscita», analogamente il legislatore ha provveduto a intervenire sull'organizzazione e sulla gestione del rapporto «durante» lo svolgimento dello stesso⁴⁶⁶, anche per distribuire in modo più omogeneo il «costo sociale»⁴⁶⁷ della riforma anche sui lavoratori in forza, oltre che sui neo-assunti e sui licenziati.

La nuova regolazione⁴⁶⁸ dettata per la variazione delle mansioni dei lavoratori e per il loro trasferimento si è estrinsecata in una norma ampia e dettagliata, vero e proprio «*patchwork*»⁴⁶⁹ in cui il legislatore ha dato prova di esser ben conscio del ricco vissuto dell'istituto, talvolta mostrando la volontà di essere una netta

rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti». E la successiva legge di stabilità 2015, vale a dire la L. n. 190/2014, al suo art. 1, comma 118, prevede l'esonero dal versamento dei complessivi contributi previdenziali a carico dei datori «con riferimento alle nuove assunzioni con contratto a tempo indeterminato» effettuate nel periodo 1° gennaio- 31 dicembre 2015.

⁴⁶⁶ Evidenzia la pervasività dell'intervento riformatore in tutte le fasi evolutive del rapporto di lavoro Brollo, in *Disciplina delle mansioni* (art. 3), compreso nel *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Carinci F. (a cura di), ebook Adapt n. 48/2015, p. 30.

⁴⁶⁷ Cfr. ancora De Feo, *op. cit.*, 2015, p. 853.

⁴⁶⁸ Sono stati moltissimi gli interventi dottrinali che si sono succeduti dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 81/2015 a commento critico della riforma apportata all'art. 2103 c.c.: cfr., ad esempio, Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 2016, I, p. 129 e ss.; Cester, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *DLRI*, 2016, I, p. 167 e ss.; Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 257/2015; Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *ADL*, 2015, 6, p. 1156 e ss.; De Feo, *op. cit.*, 2015, p. 853 e ss.; De Angelis, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 263/2015; Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, in *ADL*, 2016, 3, p. 465 e ss.; Gargiulo, *Lo ius variandi nel «nuovo» art. 2103 cod. civ.*, in *RGL*, 2015, n. 3, p. 619 e ss.; Raffi, *Ideologia e regole nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *RGL*, 2016, 4, p. 845 e ss.; Nuzzo, *Il nuovo art. 2103 Cod. Civ. e la (non più necessaria) equivalenza professionale*, in *RIDL*, 2015, 4, II, p. 1047 e ss.; Bini, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutiche e prime osservazioni*, in *ADL*, 2015, 4, p. 1240 e ss.

⁴⁶⁹ Efficace scelta terminologica adottata da Brollo, *op. cit.*, 2015, p. 34.

soluzione di continuità, altre volte rielaborando o riconfermando soluzioni passate. Restringendo il campo d'indagine alle modifiche rilevanti per il presente elaborato, si illustreranno brevemente solo le disposizioni relative alla mobilità orizzontale e all'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori.

Ciò che salta agli occhi, già a una prima lettura del nuovo testo dell'art. 2103 c.c. è la cancellazione del riferimento all'equivalenza quale criterio legittimante il passaggio di mansione «laterale», sostituito da quello – di certo meno indeterminato – delle mansioni riferibili allo stesso livello di inquadramento contrattuale e alla stessa categoria legale⁴⁷⁰ degli ultimi incarichi svolti. Il legislatore ha dunque deciso di abbandonare un sistema regolativo basato su un giudizio sostanzialistico, avente ad oggetto una valutazione empirica, in favore di un sistema formale⁴⁷¹, costretto nei confini tracciati dall'autonomia collettiva in sede di contrattazione collettiva e da un elemento qualificatorio ormai quasi desueto quale la «categoria legale»⁴⁷², che riporta alla mente i tempi di aspra contrapposizione tra operai e impiegati⁴⁷³.

⁴⁷⁰ Come è stato fatto notare da più voci, in questo modo si è introdotto nel sistema di lavoro privato un meccanismo proprio del lavoro pubblico, in quanto richiama la previsione di cui all'art. 52 del D.Lgs. n. 156/2001, ai sensi del quale – a partire dal 2009 – l'area di inquadramento contrattuale è dettata addirittura dalla legge: cfr. De Feo, *op. cit.*, p. 620 e Brollo, *op. cit.*, 2015, p. 39.

⁴⁷¹ Tale scelta inciderà, inevitabilmente, sulla sindacabilità della scelta datoriale da parte dei giudici, i quali appaiono autorizzati dal testo di legge a limitarsi ad un confronto astratto tra gli incarichi successivamente assegnati al lavoratore, senza entrare in profondità nel caso specifico per verificare la conformità della disposizione imprenditoriale rispetto alla professionalità del dipendente: in questo senso, cfr. Nuzzo, *op. cit.*, p. 1047 e ss. e Vidiri, *op. cit.*, p. 474. Si potrebbe quasi pensare che i primi soggetti ad aver subito un «demansionamento» (non compete a questa sede stabilire se illegittimo o meno) a causa dell'entrata in vigore della presente normativa siano stati proprio i giudici, relegati dalla norma al ruolo di controllori della formale applicazione delle regole stabilite dalla contrattazione collettiva e non più autorizzati a perseguire una soluzione di giustizia più sostanziale sviscerando nel merito le mansioni di provenienza, quelle di destinazione e le competenze utilizzate dal lavoratore per svolgerle. Tuttavia, da parte della dottrina diverse voci hanno già avanzato proposte per una riesplorazione dell'indagine giudiziale: cfr. *ex multis*, Brollo, *op. cit.*, 2015, p. 61 e ss., De Feo, *op. cit.*, p. 863 e ss., etc.

⁴⁷² Pertinente appare la lettura interpretativa offerta da De Feo, *op. cit.*, p. 860, il quale ritiene che il fondamento della distinzione tra categoria operaia e impiegatizia è rinvenibile non più tanto nel carattere manuale o intellettuale della prestazione resa, quanto piuttosto nella qualità della

L'apporto interpretativo-creativo elaborato in modo quasi alluvionale dalle pronunce dei tribunali, al fine di adattare il concetto di equivalenza alle diverse concezioni di professionalità che mano a mano prendevano piede nello scenario socio-economico, cede allora il passo alla contrattazione collettiva⁴⁷⁴, espressamente investita della responsabilità (di non poco conto) di determinare i criteri di inquadramento del personale.

In questo modo, si estendono notevolmente i confini della c.d. «prestazione esigibile» da parte del datore di lavoro, aumentando al contempo la flessibilità e l'intercambiabilità dei ruoli professionali che quest'ultimo potrà legittimamente assegnare al lavoratore. È incentivata, pertanto, la capacità del lavoratore non tanto di utilizzare con profitto le competenze derivanti dalla pregressa esperienza lavorativa, quanto piuttosto di adattarsi con successo all'espletamento di attività nuove e diverse, anche a fronte della sempre meno diffusa permanenza dei prestatori di lavoro (soprattutto ove dotati di profili professionali di buon livello) nello stesso posto di lavoro per l'intera durata della propria vita lavorativa, essendo al contrario sempre più diffusa la volontà di questi ultimi soggetti di

collaborazione con l'imprenditore, nell'un caso meramente esecutiva, mentre assume carattere sostitutivo o integrativo ed è munita di una certa autonomia decisionale ove sia resa dagli impiegati.

⁴⁷³ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 16.10.1985, n. 5098.

⁴⁷⁴ A proposito della rinnovata importanza assegnata dalla norma all'operato negoziale delle organizzazioni sindacali si veda Falsone, *Ius variandi e ruolo della contrattazione collettiva*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 308/2016, il quale sottolinea, da un lato, che i contratti collettivi deputati a svolgere tale compito dall'art. 2103 c.c. non sono solo quelli previsti dall'art. 51 del D.Lgs. n. 81/2015, in quanto «tale ultima norma di funzionamento è applicabile laddove, nelle disposizioni del decreto, si faccia riferimento al contratto collettivo» (del tutto assente nel secondo comma dell'art. 2103 c.c. – cfr. p. 8), rischiando così di non poter impedire un ricorso abusivo ad agenti negoziali poco rappresentativi e scarsamente responsabili; dall'altro, sottolinea come l'azione sindacale resti del tutto libera e priva di vincoli nel regolare i livelli di inquadramento contrattuale, ben potendo per esempio derogare anche *in melius* la legge in materia di *ius variandi*, pur andando in controtendenza con l'esplicita *ratio* del legislatore del Jobs Act. In ogni caso, un sollecito intervento della contrattazione collettiva al fine di adattare le previsioni negoziali alla nuova normativa è di certo auspicabile, in quanto sino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 81/2015 il criterio con cui si riunivano in un medesimo inquadramento contrattuale una serie di mansioni non era quello dell'omogeneità professionale, bensì unicamente quello del valore economico-retributivo della prestazione.

acquisire un bagaglio professionale diversificato, anche per risultare più spendibile sul mercato⁴⁷⁵.

Inoltre, viene prevista espressamente (per la prima volta, da quando la norma è stata inserita nel codice civile del 1942) la possibilità per il datore di lavoro di adibire il lavoratore anche a mansioni inferiori a quelle precedentemente svolte, pur dovendosi limitare al livello di inquadramento contrattuale immediatamente successivo purché rientrante nella medesima categoria legale e dovendosi in ogni caso mantenere il previo trattamento retributivo (nel caso di «modifica degli assetti organizzativi aziendali» causalmente connessi alla posizione del lavoratore, ai sensi del comma 2, oppure nelle ulteriori ipotesi rimesse alla determinazione della contrattazione collettiva, ai sensi del comma 4), ovvero potendo anche prescindere dai sopradetti vincoli in caso di accordo individuale stipulato nelle sedi protette e in presenza di un interesse qualificato del lavoratore (ai sensi del comma 6).

Inserendo tutte queste fattispecie di «giustificato motivo di dequalificazione»⁴⁷⁶ nel sistema, si è portato a compimento quel filone giurisprudenziale che, già durante la vigenza della versione post statutaria della norma, aveva sponsorizzato la tesi del «male minore»⁴⁷⁷, al dichiarato fine di

⁴⁷⁵ Cfr. in questo senso De Feo, *op. cit.*, p. 861; Brollo (*op. cit.*, 2015, p. 51), invece ne deduce un vero e proprio cambiamento nell'oggetto della tutela: «dalla professionalità “acquisita” (secondo l'interpretazione prevalente) della persona che lavora alla professionalità “classificata” in un determinato contesto organizzativo aziendale; cambia l'ottica di riferimento: da quella individuale e lineare a quella collettiva e multipla. A conti fatti, la riforma del 2015 tutela la professionalità *contrattuale* calata nell'alveo dell'organizzazione aziendale e del mercato di riferimento».

⁴⁷⁶ Così Voza, , *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, WP CDSLE “Massimo D'Antona”.IT, n. 262/2015, p. 4, il quale riconduce suggestivamente la previsione di cui al comma 6 a una sorta di giustificato motivo soggettivo del demansionamento, originato da un interesse personale del lavoratore, mentre la previsione di cui al comma 2 darebbe vita a un giustificato motivo oggettivo di demansionamento, provocato da eventi connessi all'interesse aziendale al buon andamento dell'impresa (p. 6).

⁴⁷⁷ Salvo poi inserire una delega illimitata ai contratti collettivi, i quali possono legittimamente prescindere da tale ottica di *extrema ratio* e prevedere ipotesi di demansionamento collegate a qualsivoglia causale: cfr. ancora Voza, *op. cit.*, 2015, p. 9.

valorizzare situazioni di bisogno dei lavoratori legate a condizioni personali particolari, ma che hanno iniziato ad erodere l'assoluta inderogabilità del divieto di patti di demansionamento allora sancito senza eccezioni dall'ultimo comma dell'art. 13 St. Lav. Con la previsione di cui al nuovo nono comma dell'art. 2103 c.c., invece, la perentorietà del medesimo divieto è assai smorzata dall'inciso «salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma»⁴⁷⁸.

È stato da più parti evidenziato come il presupposto legale che giustifica l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, nel caso previsto dal comma 4, sia estremamente vago e indeterminato⁴⁷⁹ e per giunta si differenzi parecchio dalla casistica (assai più dettagliata) prevista dall'art. 1, co. 7, della legge delega n. 183/2014.

In ogni caso, la disposizione che si segnala maggiormente per la sua anomalia rispetto al sistema previgente è quella inserita al 6° comma dell'art. 2103 c.c., proprio perché, al di là delle finalità dichiaratamente a favore del lavoratore bisognoso, presuppone un demansionamento molto meno contenuto e senza alcun onere a carico del datore di lavoro (come nel caso del mantenimento del livello retributivo anteriore, negli altri due casi) che deponga a favore di una scelta effettivamente temporanea e meditata dell'imprenditore, legato ad esigenze organizzative insopprimibili e non altrimenti risolvibili.

Per quanto riguarda, specificamente, la causale che ricollega l'adibizione a mansioni inferiori a un asserito interesse del lavoratore all'acquisizione di una diversa professionalità, sembra che l'unica via per conferire uno spessore pratico a tale apparentemente incongrua previsione sia quella di collegarla all'ipotesi di c.d. «demansionamento espansivo»⁴⁸⁰. Si tratterebbe, in altre parole, di quei casi

⁴⁷⁸ Fa notare la debolezza della previsione Voza, *op. cit.*, 2015, p. 5.

⁴⁷⁹ Cfr., tra gli altri, Liso, *op. cit.*, 2015, p. 11.

⁴⁸⁰ Per un approfondito intervento sul tema si rimanda a Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in Rusciano – Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro*

(non troppo diffusi nella prassi) in cui il demansionamento si iscrive in un più ampio processo di riqualificazione *on the job* che preveda anche la rotazione su mansioni inferiori nell'ambito della classificazione professionale. In realtà, tale ricostruzione è di matrice prettamente dottrinale⁴⁸¹, in quanto la giurisprudenza ha a lungo rigettato la legittimità di una simile ipotesi, anche ove temporanea, ammettendola solo sporadicamente⁴⁸² a fronte di circostanze d'emergenza⁴⁸³.

Pur se risulta arduo immaginare un contesto pratico in cui una simile soluzione possa essere concretamente adottata da un imprenditore, ove un simile percorso di riqualificazione professionale sia genuino e coniughi gli interessi del datore di lavoro ad avere una manodopera formata e produttiva e quello dei lavoratori all'occupazione e alla crescita (o, quantomeno, a un'utile diversificazione dell'esperienza) professionale, è palese come debba considerarsi legittimo ed anzi, maggiormente meritevole di plauso rispetto a una

dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183, WP CSDLE "Massimo D'Antona". Collective Volumes, n. 3/2014.

⁴⁸¹ Cfr. Ghinoy, *Art. 2103 c.c. e rotazione su posizioni di lavoro non equivalenti*, in *RIDL*, 1993, I, II, p. 287 e ss..

⁴⁸² Cfr. Cass. civ., sez. lav., 9.4.1992, n. 4314, cui si riferisce il commento di Ghinoy di cui alla nota precedente, in cui la Corte, nel decidere della legittimità di una fattispecie di rotazione su mansioni, anche inferiori, disposta nell'ambito di un più ampio percorso di aggiornamento del personale, osserva che «per il riferimento dell'equivalenza al patrimonio professionale del lavoratore, non è vietata la rotazione su mansioni tipicamente non equivalenti. Intesa la rotazione secondo il significato comune del termine, come avvicendamento secondo un ordine ciclico, essa può comportare, se la durata del ciclo è sufficientemente breve, un arricchimento professionale; e il carattere ciclico dell'alternanza implica, se le mansioni non sono tipicamente equivalenti, che a mansioni più elevate succedano dopo un certo numero di spostamenti mansioni inferiori». Si veda altresì Cass. civ., sez. lav., 1.3.2001, n. 2948, nella quale si considera legittimo «il comportamento del datore di lavoro che - per un periodo transitorio necessario per l'apprendimento di nuove tecniche lavorative - adibisce il lavoratore a diverse mansioni (seppure non strettamente equivalenti a quelle di appartenenza) al fine dell'acquisizione di una più ampia professionalità».

⁴⁸³ Cfr. il caso di Cass. 20.1.1987, n. 491, nonché quanto affermato da Cass. 8.7.1987, n. 5963, ai sensi della quale non si esclude che compiti afferenti a livelli inferiori possano essere legittimamente richiesti «in relazione ad esigenze straordinarie di emergenza, in via non solo temporanea, ma eccezionale ed episodica» (implicando comunque, secondo il tenore della sentenza, una sorta di forza maggiore che induca anche il lavoratore ad acconsentire alla richiesta, in parte legittimandola).

dequalificazione professionale comminata quale unica alternativa al licenziamento.

4) L'art. 1460 c.c. quale reazione al mutamento illegittimo delle mansioni, ai sensi della precedente formulazione dell'art. 2103 c.c.

Una volta chiarito il quadro normativo (reso più intricato dalla continua interferenza e sovrapposizione di fonti), si può descrivere il meccanismo con cui l'eccezione di inadempimento può operare in caso di demansionamento illegittimo, che storicamente ha forse costituito la fattispecie in cui più di frequente⁴⁸⁴ i lavoratori hanno fatto ricorso all'autotutela conservativa come miglior forma rimediale per il rapporto. D'altro canto, l'art. 2103 c.c. pone i limiti legali a un potere di derivazione tutta contrattuale, come quello di modificare le mansioni concretamente assegnate al lavoratore⁴⁸⁵. A maggior ragione allora appare appropriato applicare un rimedio di tipo contrattuale, come

⁴⁸⁴ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 29.9.2016, n. 18866; Cass. civ., sez. lav., 29.2.2016, n. 3959; Cass. civ., sez. lav., 16.5.2006, n. 11430; Cass. civ., sez. lav., 10.11.2008, n. 26920; Cass. civ., sez. lav., 16.5.2013, n. 11927; Cass. civ., sez. lav., 5.3.2015, n. 4474; Cass. civ., sez. lav., 19.7.2013, n. 17713; Cass. civ., sez. lav., 24.1.2013, n. 1693; Cass. civ., sez. lav., 5.9.2012, n. 14905; Cass. civ., sez. lav., 29.7.2002, n. 11181; Cass. civ., sez. lav., 19.12.2008, n. 29832; Cass. civ., sez. lav., 23.4.2015, n. 8300; Cass. civ., sez. lav., 19.1.2016, n. 831; Cass. civ., sez. lav., 23.3.2012, n. 4709; Cass. civ., sez. lav., 31.1.2012, n. 1401; Cass. civ., sez. lav., 19.12.2008, n. 29832; Cass. civ., sez. lav., 19.2.2008, n. 4060; Cass. civ., sez. lav., 12.2.2008, n. 3304; Cass. civ., sez. lav., 8.8.2003, n. 12001; Cass. civ., sez. lav., 27.4.2007, n. 10086; Cass. civ., sez. lav., 16.5.2006, n. 11430; Cass. civ., sez. lav., 12.5.2005, n. 9954; Cass. civ., sez. lav., 8.8.2003, n. 12001; Cass. civ., sez. lav., 20.12.2002, n. 18209; Cass. civ., sez. lav., 12.7.2002, n. 10187; Cass. civ., sez. lav., 15.5.2003, n. 7599; Cass. civ., sez. lav., 12.7.2002, n. 10187; Cass. civ., sez. lav., 1.3.2001, n. 2948; Cass. civ., sez. lav., 28.7.2000, n. 9957; Cass. civ., sez. lav., 26.6.1999, n. 6663; Pret. Monza, 26.5.1999; Cass. civ., sez. lav., 7.2.1998, n. 1307; Cass. civ., sez. lav., 12.10.1996, n. 8939; Cass. civ., sez. lav., 23.11.1995, n. 12121; Cass. civ., sez. lav., 7.12.1991, n. 5.

⁴⁸⁵ Cfr., tra gli altri, Broglio, *op. cit.*, 1997, p. 123. Cfr. anche Ferrante, *op. cit.*, 2004, p. 277-278, ove illustra perché l'atto di assegnazione a nuove mansioni costituisca una forma di esecuzione del contratto e dunque, ove violi le norme che ne disciplinano i limiti di esercizio, potenzialmente un inadempimento (nello specifico, nella forma dell'adempimento inesatto).

l'eccezione di inadempimento, nel caso in cui si sospetti la violazione di tale norma.

Che l'atto di adibizione unilaterale e arbitraria del lavoratore dipendente a mansioni inferiori fosse vietato dall'ordinamento giuridico, era una circostanza (ragionevolmente) pacifica almeno sino al 2015: perciò per ora si prenderà in considerazione l'applicabilità dell'eccezione di inadempimento ai casi di violazione della disciplina dello *ius variandi* nella sua formulazione anteriore al Jobs Act (anche perché in 45 anni di vigenza le occasioni di concreta invocazione dell'autotutela non sono certo mancate).

A tal proposito, occorre segnalare la presenza di un orientamento giurisprudenziale minoritario, ai sensi del quale il lavoratore sarebbe effettivamente legittimato a sollevare l'*exceptio inadimpleti contractus* a fronte di un provvedimento datoriale di modifica delle mansioni (a suo parere, in senso deteriore rispetto a quelle precedentemente espletate) solo nei casi in cui apparisse palese il carattere abusivo e gravemente lesivo nei confronti della posizione contrattuale del lavoratore del comportamento dell'imprenditore, riassumibile nell'espressione adottata dai tribunali di un «totale inadempimento»⁴⁸⁶, «tanto grave da incidere in maniera irrimediabile sulle esigenze vitali del lavoratore medesimo»⁴⁸⁷. Secondo tale discutibile linea interpretativa, ove l'illegittimità della condotta del datore di lavoro risultasse più incerta e opinabile e soprattutto ove quest'ultimo avesse continuato, per il resto,

⁴⁸⁶ Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 29.9.2016, n. 18866 (caso in cui la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva giudicato ingiustificato il rifiuto della lavoratrice di prendere servizio nella nuova sede di lavoro, avvenuto prima dell'inadempimento del datore di lavoro alla sua richiesta di convocazione per un'audizione); Trib. Latina, sez. lav., 14.1.2014; Cass. civ., sez. lav., 20.7.2012, n. 12696; Cass. civ., sez. lav., 26.4.2011, n. 9351; Cass. civ., sez. lav., 22.2.2008, n. 4673; Cass. civ., sez. lav., 5.12.2007, n. 25313; Cass. civ., sez. lav., sez. lav., 22.11.1999.

⁴⁸⁷ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 20.7.2012, n. 12696.

ad adempiere a tutti gli altri obblighi contrattuali⁴⁸⁸, il lavoratore avrebbe potuto agire in giudizio per chiederne l'accertamento, ma ciò non lo avrebbe comunque autorizzato a «rifiutarsi aprioristicamente e senza un eventuale avallo giudiziario» (riferendosi in questo caso al procedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.) di rendere la prestazione lavorativa. I giudici giungevano a tale conclusione valorizzando il portato di cui agli artt. 2086 e 2104 c.c., interpretati alla luce dell'art. 41 Cost.

Seguendo tale ragionamento, il rifiuto (pur magari fondato e di per sé legittimo) del prestatore di lavoro costituirebbe una grave forma di insubordinazione⁴⁸⁹, rendendolo passibile di essere licenziato per giusta causa.

Tuttavia, la suddetta ricostruzione giurisprudenziale appare poco condivisibile, dal momento che assume più che altro le fattezze di una giustificazione artatamente volta a escludere, di fatto, l'autotutela dal novero dei rimedi esperibili dai lavoratori, come bene emerge quando alcuni giudici si

⁴⁸⁸ Vale a dire quando il datore di lavoro assolva tutti gli altri obblighi (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale ed assicurativa, salvaguardia, comunque, del posto di lavoro etc.).

⁴⁸⁹ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 5.12.2007, n. 25313: nella sentenza in questione si verteva di un caso in cui, a seguito di legittime scelte imprenditoriali di esternalizzazione e riduzione dei servizi conseguenti a processi di riconversione o ristrutturazione aziendali, l'adibizione a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte, non è stata ritenuta valido titolo da porre a fondamento dell'eccezione di inadempimento sollevata dal lavoratore (cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 5.4.2007 n. 8596). Tale pronuncia si inserisce fra quegli arresti giurisprudenziali che hanno ritenuto legittime le previsioni contrattuali collettive di flessibilità ed intercambiabilità (c.d. «patti di dequalificazione») previste, ad esempio, dall'art. 4, co. 11, della L. n. 223/1991: quest'ultima norma, statuendo che, nel corso delle procedure di mobilità, gli accordi sindacali, al fine di garantire il reimpiego almeno ad una parte dei lavoratori, possono stabilire che il datore di lavoro assegni, in deroga all'art. 2103 c.c., mansioni diverse da quelle svolte, non solo sottintende la possibilità di attribuzione di mansioni anche peggiorative, ma non pone alcuna preclusione nell'assegnazione delle mansioni inferiori, anche attribuendo all'impiegato quelle proprie dell'operaio; e ciò si spiega considerando che trattasi per un verso di un rimedio per evitare il licenziamento e per altro verso di una deroga che non vincola i lavoratori, i quali ben potrebbero rifiutare la dequalificazione, andando però incontro al rischio del licenziamento (Cass., S.U., 24.11.2006 n. 25033, in *RIDL.*, 2007, 2, p. 336 e ss.; Cass. 7.9.2000 n. 11806, in *Foro it.*, 2000, I, 3472; Cass. 12.1.1984 n. 266; Cass. 4.5.1987 n. 4142; Cass. 9.3.2004 n. 4790). cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 20.7.2012, n. 12696.

spingono ad affermare che «L'autotutela (...) se praticata su larga scala e in via generalizzata - avrebbe conseguenze perniciose per l'organizzazione dell'impresa, per cui può ritenersi (anche in via pragmatica) che la lavoratrice non avesse comunque la facoltà di rifiutarsi di eseguire la prestazione lavorativa secondo le modalità richiestele dall'associazione datrice di lavoro, non potendo, dunque, neppure giustificarsi il suo comportamento con una ritenuta convinzione soggettiva di agire secondo diritto»⁴⁹⁰. Inoltre, il citato orientamento sembra anche indulgere in un concetto di organizzazione imprenditoriale ormai non più attuale, fortemente connotato dal potere gerarchico del datore di lavoro e caratterizzato da un rapporto di lavoro basato su regole autoritarie.

La tesi giurisprudenziale maggioritaria, invece, che si è decisamente affermata nelle corti di merito e di legittimità, è quella che ha ammesso l'esperibilità del rimedio conservativo in questione da parte del lavoratore che ritenesse di aver subito un'ingiusta dequalificazione, salvo poi – in caso di successivo provvedimento disciplinare datoriale impugnato avanti a un giudice – sottoporre l'eccezione di inadempimento a un attento vaglio, al fine di accertare la presenza dei presupposti di legittimità generalmente richiesti.

Così si spiega con il fatto che i giudici, anche dopo aver riconosciuto l'astratta legittimità del rifiuto addotto da un lavoratore a seguito di un palese demansionamento, si affrettano a precisare «sempre che la reazione del lavoratore risulti proporzionata e conforme a buona fede», rendendosi necessaria «una valutazione comparativa, da parte del giudice di merito, dei comportamenti di entrambe le parti, onde accertare la congruità tra le mansioni svolte dal lavoratore nella sede di provenienza e quelle assegnate nella sede di destinazione; queste ultime, peraltro, debbono essere vagliate indipendentemente dal loro concreto svolgimento, non essendo accompagnati i provvedimenti aziendali da una presunzione di legittimità che ne imponga l'ottemperanza fino

⁴⁹⁰ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 23.12.2003, n. 19689.

ad un diverso accertamento in giudizio»⁴⁹¹. La suddetta valutazione, poi, deve prendere in considerazione diversi fattori, tra cui «la funzione economico-sociale del contratto» e «la rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse», nonché la gravità dell'inadempimento originario⁴⁹², alla luce del criterio di buona fede sancito dall'art. 1460, co. 2, c.c.

Nei casi in cui l'autorità giudiziaria, all'esito della suddetta valutazione, conclude per la legittimità della condotta tenuta dal lavoratore eccipiente, risulta chiaro che l'interesse di quest'ultimo considerato meritevole di tutela a discapito delle scelte imprenditoriali è l'interesse a conservare e arricchire la propria professionalità in ambito lavorativo, senza doversi esporre a pretestuosi addebiti disciplinari a fronte dell'assegnazione di un incarico per cui non era preparato e adeguatamente formato. Ad esempio, la Suprema Corte ha considerato legittimo il rifiuto opposto da un dipendente di una società che si occupava del commercio e della vendita di alimenti e bevande, articolata sul territorio in più punti vendita, di svolgere il servizio di permanenza di direzione di uno di questi punti vendita - servizio che comporta l'assunzione del ruolo di responsabile del punto vendita stesso, corredato altresì di responsabilità di ordine penalistico - se non è dimostrato che si tratta di un compito rientrante nella qualifica di competenza del lavoratore e che questi ha conoscenze adeguate per il relativo svolgimento⁴⁹³.

D'altro canto, è stato altresì considerato illegittimo il licenziamento per giusta causa irrogato al lavoratore in ragione del suo rifiuto a mutare la postazione di lavoro, opposto a fronte dell'inadempimento del datore di lavoro alla sua

⁴⁹¹ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 19.2.2008, n. 4060.

⁴⁹² Cfr. Cass. civ., sez. lav., 16.5.2006, n. 11430: in tal caso, la Suprema Corte, nel confermare la sentenza impugnata, ha accertato la congruità della relativa motivazione con cui era stata fatta applicazione dell'art. 1460 c.c., ritenendosi legittimo il rifiuto del lavoratore di adempiere la propria prestazione in ragione dell'inadempimento della datrice di lavoro che continuava a non assegnargli mansioni corrispondenti alla qualifica e professionalità raggiunte.

⁴⁹³ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 19.7.2013, n. 17713.

richiesta di specifica formazione e informazione in ordine ai rischi temuti e connessi alla nuova attività⁴⁹⁴.

La Suprema Corte ha, del resto, ritenuto prevalente l'interesse del lavoratore a poter continuare ad utilizzare il proprio bagaglio tecnico ed esperienziale, rispetto ad asserite esigenze organizzative imprenditoriali, nel caso di un lavoratore dipendente da azienda produttrice di autoveicoli con la qualifica di "specialista vendite", che, assegnato al magazzino con le mansioni inferiori di magazziniere, le aveva rifiutate pur dichiarandosi pronto a svolgere le proprie mansioni nel salone vendite (configurando, tale ultima offerta, la *mora accipiendi* da parte del datore di lavoro e un segno concreto della buona fede e correttezza del prestatore di lavoro, che non si avvaleva dell'eccezione di inadempimento come scusa per non lavorare)⁴⁹⁵.

Oltre al rispetto dei principi generali della correttezza e della lealtà che devono in ogni caso informare il comportamento reciproco dei contraenti, è stato altresì statuito dai giudici che il concreto comportamento del lavoratore in cui si realizza l'eccezione d'inadempimento 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. L'inottemperanza del lavoratore all'ordine del datore di lavoro di svolgere mansioni diverse da quelle già esercitate costituisce inadempimento, e può comportare l'irrogazione di sanzioni disciplinari, solo se le nuove mansioni siano equivalenti alle precedenti». Quanto a quest'ultima indagine, si precisava, in accordo con le precedenti pronunce, che la verifica dell'equivalenza tra le mansioni di provenienza e di destinazione doveva «essere svolta in base non ad un criterio formalistico ma al contenuto e alla natura delle prestazioni effettivamente svolte,

⁴⁹⁴ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 13.1.2012, n. 1401.

⁴⁹⁵ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 12.10.1996, n. 8939.

in quanto le mansioni hanno carattere di specificità rispetto alla genericità dell'inquadramento, per cui il riferimento in astratto al livello o grado del sistema di classificazione adottato dalla contrattazione collettiva non è di per sé sufficiente ai fini dell'accertamento della equivalenza. Questa presuppone che le nuove mansioni, pur se non identiche, siano aderenti alla specifica competenza tecnico - professionale del dipendente, salvaguardandone il livello professionale, e siano in ogni caso tali da consentire l'utilizzazione del patrimonio professionale acquisito nella pregressa fase del rapporto»⁴⁹⁶.

Inoltre, valutando il comportamento datoriale non solo alla luce della lettera dell'art. 2103 c.c., ma anche attraverso il filtro interpretativo fornito dalla clausola di buona fede *ex art.* 1460, co. 2, c.c., i giudici sono giunti a rilevare la sussistenza di un illecito demansionamento (e dunque giustificato motivo di rifiuto di rendere la propria prestazione lavorativa) «non solo quando il dipendente viene assegnato a mansioni inferiori, ma anche quando il medesimo, ancorchè senza conseguenze sulla retribuzione, sia lasciato in condizioni di forzata inattività e senza assegnazioni di compiti, costituendo il lavoro non solo un mezzo di guadagno, ma anche un mezzo di estrinsecazione della personalità del soggetto». Si è, pertanto, scriminata anche la condotta omissiva del lavoratore data dalla sua assenza sul posto di lavoro, volta unicamente a evitargli un inutile quanto dannoso stress psicologico, dal momento che la sua disponibilità alla ripresa dell'attività lavorativa precedente era stata manifestata ufficialmente alla Società⁴⁹⁷.

In particolare, in quel caso la Suprema Corte (confermando un suo già espresso convincimento⁴⁹⁸) ha evidenziato apertamente che il comportamento del datore di lavoro che lascia in condizione di inattività il dipendente costituisce un

⁴⁹⁶ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 23.11.1995, n. 12121. Cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 27.4.2007, n. 10086

⁴⁹⁷ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 16.5.2006, n. 11430.

⁴⁹⁸ Cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 2.1.2002, n. 10,

inadempimento contrattuale, dal momento che non solo viola «la norma di cui all'art. 2103 c.c., ma è al tempo stesso lesivo del *fondamentale diritto al lavoro*, inteso soprattutto come *mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino, nonchè dell'immagine e della professionalità del dipendente*, ineluttabilmente mortificate dal mancato esercizio delle prestazioni tipiche della qualifica di appartenenza». Una simile condotta comporta «una lesione di un bene immateriale per eccellenza, qual è la dignità professionale del lavoratore, intesa come *esigenza umana di manifestare la propria utilità e le proprie capacità nel contesto lavorativo* e tale lesione produce automaticamente un danno (non economico, ma comunque) rilevante sul piano patrimoniale (per la sua attinenza agli interessi personali del lavoratore)»⁴⁹⁹.

Si fa strada così, grazie all'azione congiunta della valutazione operata secondo il criterio della buona fede, richiesta dall'art. 1460, co. 2, c.c., nonché di un'interpretazione ispirata dai precetti costituzionali che informano il nostro ordinamento (in particolare dagli artt. 2 e 35 Cost.), una concezione della professionalità più ampia e duttile di quella parametrata unicamente all'esperienza acquisita grazie alle mansioni svolte in precedenza, una concezione tendenzialmente onnicomprensiva, che tenesse conto altresì delle aspirazioni e delle estrinsecazioni della personalità del lavoratore, ispirata da una

⁴⁹⁹ *Ibidem*. Sulla stessa linea d'onda si veda anche Pret. Milano, 12.1.1993, ove si afferma che «Il lavoratore non ha alcun obbligo contrattuale di permanere nei locali aziendali in condizioni di forzata inoperosità o per svolgere mansioni diverse od inferiori rispetto a quelle originariamente dedotte in contratto. Quindi l'abbandono del posto di lavoro da parte del lavoratore, palesemente dequalificato, con contestuale dichiarazione di rimanere a disposizione presso la propria abitazione, in attesa dell'assegnazione di mansioni rientranti nel proprio obbligo contrattuale, non costituisce insubordinazione»; cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 19.12.2008, n. 29832, per cui «È illegittimo il licenziamento per assenza dal servizio del lavoratore che, dopo aver inutilmente sollecitato l'assegnazione di mansioni adeguate alla sua qualifica, non si sia presentato al lavoro. Il lavoratore ha diritto a non essere lasciato in condizioni di forzata inattività e, qualora gli siano state assegnate mansioni non conformi alla sua qualifica, può rifiutarsi di svolgerle. L'inadempimento della prestazione lavorativa è legittimo soltanto di fronte a un inadempimento altrettanto grave del datore di lavoro, altrimenti deve ritenersi non in buona fede e, quindi, ingiustificato».

nozione più elevata di lavoro rispetto a quella che lo vorrebbe ridurre all'oggetto dell'attività concretamente espletata.

Il giudizio di buona fede, inoltre, consente di dichiarare senz'altro illegittima la sanzione disciplinare irrogata dal datore di lavoro a causa del rifiuto della prestazione oppostogli dal lavoratore, ove l'imprenditore sia perfettamente a conoscenza dell'impossibilità fisica del dipendente di svolgere delle mansioni assegnategli, incompatibili con lo stato di salute di quest'ultimo, in quanto comportamento contrario ai canoni di correttezza e buona fede *ex art. 1375 c.c.*, cui deve conformarsi ciascuno dei contraenti nell'esecuzione del contratto⁵⁰⁰. Tanto più che tale condotta integra una vera e propria ipotesi di inadempimento contrattuale, per violazione dell'*art. 2087 c.c.*, che già di per sé legittima, ai sensi dell'*art. 1460 c.c.*, il rifiuto della controparte di svolgere la prestazione lavorativa richiestagli.

Oppure ancora, il medesimo tipo di controllo permette di attribuire una qual certa rilevanza, nel complessivo giudizio di proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, al prolungato demansionamento operato dalla società datrice, il quale - pur senza giustificare un totale rifiuto del lavoratore a svolgere le proprie mansioni - poteva essere preso in considerazione per inferirne un ridimensionamento della gravità dell'inadempimento del lavoratore, licenziato per giusta causa in ragione dalla ripetuta inosservanza dell'orario di lavoro⁵⁰¹.

Inoltre, si spiega proprio con il riferimento alla buona fede e correttezza l'onere, posto dalla maggior parte delle pronunce a carico del lavoratore eccipiente, di rendere prontamente manifesta al datore di lavoro la propria intenzione di avvalersi del rimedio di autotutela, offrendo contestualmente lo svolgimento della propria prestazione lavorativa (in questo caso, delle mansioni sino a quel momento svolte, o altre, ma ad esse effettivamente equivalenti) in

⁵⁰⁰ Cfr. Trib. Bari, sez. lav., 22.4.2005.

⁵⁰¹ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 24.1.2013, n. 1693.

modo da costituire altresì uno stato di *mora accipiendi* a carico del datore di lavoro (anche al fine di non perdere la retribuzione per il periodo di forzata inattività)⁵⁰².

Risulta così manifesto lo sforzo, operato almeno da certa parte della giurisprudenza, di avvalersi del criterio della buona fede *in executivis* al fine di sorreggere dal punto di vista giuridico e motivazionale decisioni connotate da un'evidente anelito verso una giustizia sostanziale ma potenzialmente penalizzate, quando addirittura non altrimenti impedita, da una lettura eccessivamente letterale e rigorosa della norma di diritto positivo (per quanto la formulazione dell'art. 2103 c.c. vigente all'epoca fosse sicuramente aperta all'intervento creativo dei magistrati). Al contempo, si utilizza la clausola generale in parola per rivestire il giudizio, fondato su rilievi necessariamente empirici e attagliati al caso concreto in esame, di una certa dignità e affidabilità giuridica.

Vi è, infine, da notare come le suddette valutazioni, una volta compiute in concreto, non si risolvessero poi per forza in favore del lavoratore, come sembrava temere l'orientamento minoritario e restrittivo illustrato all'inizio del paragrafo. Anzi, in molti casi proprio il doveroso vaglio alla luce dei principi di buona fede e correttezza ha considerato illegittima l'invocazione dell'eccezione

⁵⁰² Cfr. Cass. civ., sez. lav., 23.3.2012, n. 4709, che ha ritenuto giustificata l'eccezione d'inadempimento sollevata dal lavoratore che, pur contestando il trasferimento di cui era stato fatto oggetto in ragione della natura deteriore delle mansioni affidategli, aveva ugualmente lavorato nella nuova sede per oltre un mese, fino a che, per la ritenuta e poi giudizialmente accertata insussistenza delle ragioni poste a base del trasferimento stesso, si era rifiutato di eseguire la prestazione nella nuova sede e nelle nuove funzioni, mettendosi a disposizione del datore. Cfr. anche Cass. civ., sez. lav., 5.12.1988, n. 6609, riguardante il caso di un dipendente che aveva abbandonato il posto di lavoro, senza manifestare alcuna disponibilità all'espletamento di mansioni coerenti con la qualifica. La Suprema Corte, pertanto, ha ritenuto correttamente esclusa dal giudice del merito l'invocabilità dell'art. 1460 c.c. per contestare la legittimità del licenziamento intimato a causa di detto abbandono.

d'inadempimento e, invece, legittima la reazione disciplinare irrogata dal datore⁵⁰³.

**5) Applicabilità dell'*exceptio inadimpleti contractus* al nuovo art. 2103 c.c.:
rinvio.**

Il proseguimento naturale dell'analisi sinora condotta dovrebbe condurre ad affrontare le medesime ricadute applicative dell'eccezione di inadempimento, a fronte del mutato contesto normativo costituito dalle nuove previsioni di cui

⁵⁰³ Si pensi, *ex multis*, al famoso caso della fisioterapista che si era rifiutata di svolgere la mansione di riaccompagnare alla sua abitazione il cliente affetto da disabilità e costretto su una sedia a rotelle, distante tre chilometri dal centro riabilitativo, in quanto compito asseritamente accessorio non rientrante nelle sue competenze (Cass. civ., sez. lav., 23.12.2003, n. 19689); oppure il caso in cui il lavoratore, dopo aver sollevato l'eccezione di inadempimento a fronte di un effettivo inadempimento da parte del datore di lavoro, trascendeva e teneva condotte autonomamente illegittime, come l'occupazione di spazi aziendali o l'uso di espressioni ingiuriose e sprezzanti nei confronti del superiore gerarchico, in quanto in questo caso si rende del tutto superflua e irrilevante l'indagine avente ad oggetto la proporzionalità degli inadempimenti (Cass. civ., sez. lav., 8.8.2003, n. 12001, già citata); o ancora, è stata ritenuta contraria a buona fede la condotta della lavoratrice che aveva rifiutato la prestazione e si era assentata dal lavoro per quaranta giorni dopo la scadenza del periodo di astensione per maternità, limitandosi ad eccepire l'inadempimento del datore di lavoro concernente una sola mensilità di retribuzione (Cass. civ., sez. lav., 5.9.2012, n. 14905); oppure al caso in cui era stato richiesto al lavoratore di svolgere dei nuovi compiti comportanti la necessità di spostarsi di frequente in ambito regionale, che veniva considerata una richiesta rientrante nelle mansioni normalmente affidate al lavoratore, a prescindere dal fatto che ciò potesse causare un disagio a quest'ultimo, in quanto per rimediare a ciò si poteva al più pensare a un'indennità, ma non a un rifiuto totale di rendere la prestazione (Cass. civ., sez. lav., 12.5.2005, n. 9954). Infine, appare di particolare interesse, in quanto legata al tema della professionalità, la pronuncia con cui la Suprema Corte, premesso che non può definirsi quale inadempimento - ovvero quale adempimento in contrasto con il requisito della buona fede - l'adibizione temporanea del lavoratore a diverse mansioni, seppure non strettamente equivalenti a quelle di appartenenza, al fine dell'acquisizione di una più ampia professionalità, ha ritenuto esente da censure la sentenza del giudice di merito che, sulla base della cennata valutazione complessiva, aveva giudicato sussistente la giusta causa del licenziamento a fronte del rifiuto del lavoratore di espletare comunque le nuove mansioni (Cass. civ., sez. lav., 1.3.2001, n. 2948).

all'art. 3 del D.Lgs. n. 81/2015, che – come sopra descritto – ha completamente riscritto il testo dell'art. 2103 c.c.

Dal momento che, tuttavia, su questo fronte l'apporto della giurisprudenza è assai scarso – per ragioni del tutto contingenti ed evidenti, considerato il breve lasso di tempo trascorso dall'entrata in vigore del Decreto indicato e dell'invece notevole periodo di tempo normalmente necessario affinché una controversia possa giungere avanti alla Corte di legittimità – e al preciso scopo di offrire la massima stabilità argomentativa possibile ai ragionamenti che si intendono proporre in chiusura del presente elaborato, si ritiene indispensabile dedicare uno spazio adeguato all'ardua impresa di dare sommariamente conto delle principali posizioni interpretative in materia di buona fede, in particolar modo all'interno del diritto del lavoro e in stretta correlazione con i precetti costituzionali.

In questo modo, si auspica di definire meglio e così potenziare gli strumenti concettuali (afferenti sia al diritto civile che alla materia giuslavoristica) di cui ci si intende avvalere nel mettere alla prova l'effettività dell'operazione di recupero al diritto del lavoro di espedienti privatistici in chiave garantista, che si era ipotizzata nell'*incipit* dell'elaborato.

Sezione II

Le potenzialità della clausola di buona fede: un'ipotesi ricostruttiva

1) Clausole generali, legislazione per principi e autotutela individuale.

Nell'ambito di quanto si è cercato di delineare nei capitoli precedenti, appare ora opportuno tentare di appurare (in un contesto come quello attuale, che vede una sostanziale riduzione dell'utilizzo dello strumento della norma eteronoma⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ Benché non sempre in senso meno garantista per i lavoratori: cfr. Voza, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *DLRI*, 1998, 3, p. 603 e ss.

al fine di circoscrivere con precisione entro limiti esterni i poteri datoriali, ed un parallelo affievolimento delle protezioni collettive, quanto un rinnovato utilizzo delle tecniche di autotutela, ed, in particolare, dello strumento civilistico dell'eccezione di inadempimento, possano essere foriere di interessanti prospettive e rappresentare una reale alternativa per continuare a garantire una concreta e fattiva tutela del soggetto debole del rapporto di lavoro, in conformità con principi e diritti costituzionalmente tutelati.

Nel momento, cioè, in cui il legislatore, pur senza indicare un preciso percorso prospettico ed un chiaro modello sistemico, sembra orientato ad una tendenziale modifica nell'utilizzo delle tecniche di tutela del lavoratore, con un conseguente più ampio ruolo del datore di lavoro e dei suoi poteri nel rapporto lavorativo, appare particolarmente utile provare ad orientare lo sguardo proprio verso quegli snodi e infrastrutture⁵⁰⁵ (già invocati nell'incipit dell'opera) del diritto civile, i cui rapporti con il diritto del lavoro hanno attraversato fasi altalenanti di attrazione e repulsione, e che con esso si è storicamente sempre trovato in una sorta di «relazione di “antagonismo collaborativo”, di *nec tecum nec sine te*»⁵⁰⁶, posto che il compito del diritto del lavoro è sempre stato quello di «correggere la logica tradizionale del contratto, non di rifiutarla»⁵⁰⁷.

La necessità di rivolgere l'attenzione a quanto avviene nel complesso campo del diritto civile da parte del giurista del lavoro non può, quindi, stupire più tanto. Da un lato perché la limitazione dell'autonomia individuale ha nel corso del tempo trovato pieno sviluppo «in comparti diversi del diritto civile in risposta a distorsioni, asimmetrie e particolarità strutturali che caratterizzano altri

⁵⁰⁵ Cfr. Mengoni, *op. cit.*, 1990, p. 10. A commento critico della suddetta opera si veda Nivarra, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *EDP*, 2007, p. 411 e ss.

⁵⁰⁶ Cfr. Nogler, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del nuovo diritto civile*, in *EDP*, 2013, 4, p. 961.

⁵⁰⁷ Cfr. ancora Mengoni, *op. cit.*, 1990, p. 6.

mercati»⁵⁰⁸, e, dall'altro, in quanto è proprio dall'ampio dibattito sviluppatosi tra i civilisti che si è già da tempo guardato alle clausole generali proprie del diritto comune dei contratti quali specifiche fonti di arricchimento nella disciplina del contratto di lavoro⁵⁰⁹.

Nella prospettiva che più interessa in questa sede si tratta, in effetti, del tentativo di valorizzare in prospettiva diacronica lo strumento tipico dell'autotutela attraverso un riferimento a quella legislazione per principi, che sembrò trovare negli anni '60 un periodo di feconda e creativa fioritura attorno alla paradigmatica figura di Stefano Rodotà⁵¹⁰, e che pare ritrovare anche nelle discussioni più recenti fra i civilisti nuove promettenti prospettive.

È ormai argomento ampiamente dibattuto tra i civilisti quello secondo cui ci si troverebbe davanti al «tramonto della logica della fattispecie, sorpassata da quella del rimedio»⁵¹¹. Secondo tale prospettiva, infatti, è la stessa evoluzione storica ad aver avuto un ruolo attivo nel superamento della prospettiva giuridica insita nel paradigma della fattispecie astratta e del metodo proprio del sillogismo giuridico, in sostanza «l'assolutismo della legge è stato battuto dal pensiero novecentesco»⁵¹². Il che non fa certo venir meno la necessità di tutelare efficacemente le situazioni giuridiche violate e di riconoscere la centralità della persona, ma comporta la necessità di ricercare la risposta su di un piano diverso,

⁵⁰⁸ Cfr. Ichino, *op. cit.*, 2012, p. 59. L'Autore richiama a titolo esemplificativo, ma non certamente esaustivo, il campo del diritto delle locazioni; quello del credito al consumo; del turismo organizzato; della vendita in multiproprietà; della vendita di prodotti finanziari; della vendita di beni di consumo; e nota, richiamando sul punto le indicazioni di Roppo, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, come il contratto funga da veicolo di regolazione eteronoma soprattutto in riferimento ai rapporti che la dottrina civilistica indica come asimmetrici.

⁵⁰⁹ Cfr. Mancini, *op. cit.*, 1957.

⁵¹⁰ Cfr. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, *cit.*, 1966 e poi integralmente ristampato nel 2004; Rodotà, *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, in *RDComm.* 1967, I, p. 83 e ss.

⁵¹¹ Cfr. Benedetti, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, 3, p. 67 e ss..

⁵¹² *Ibidem*, 68.

ed in tale contesto «i riferimenti sono i diritti, principi, valori, custoditi nello scrigno del sistema nel suo essere diritto»⁵¹³, ma con un ruolo che non può che sovrapporsi allo scrigno dei valori costituzionali nel loro complesso.

Nell'ambito del nuovo diritto "rimediale" i criteri di decisione giudiziaria dovrebbero evolversi secondo un preciso percorso prospettico: «il primo passo sta nell'innalzarsi dalla legge al diritto: si vuol dire, dalle leggi ordinarie (fissate, ad esempio, nei codici) alle norme costituzionali (...) l'ulteriore passo sta nel salire dal diritto ai valori, cioè a criterî supremi, che si celano o si calano nelle norme costituzionali»⁵¹⁴.

Si tratta, quindi, di veicolare principi e valori entro precisi limiti che possano conferire un certo grado di certezza ed effettività nella loro applicazione, garantendo al contempo quel grado di flessibilità insito nel sistema rimediale. Il sistema costituzionale costituisce un preciso ambito di riferimento generalmente accettato.

Riprendendo quanto affermato da uno dei più eminenti esponenti della dottrina lavoristica «i principi morali incorporati dalla Costituzione nella forma dei diritti fondamentali, oggettivamente intesi come principi elementari dell'ordinamento, acquistano natura giuridica e, con essa, un nuovo modo di validità, senza perdere il loro *status* originario. Essi appartengono in pari tempo al diritto e alla morale, di guisa che, da un lato, è restituita al diritto positivo la fondazione in un ordine oggettivo di valori sostanziali, e non semplicemente nella legalità procedurale, dall'altro è salvaguardata la sua autonomia assoggettando la determinazione dei criteri di integrazione che non può avvenire se non caso per caso in relazione a singoli contesti concreti ai modi, alle procedure e ai vincoli specifici dell'argomentazione giuridica»⁵¹⁵.

⁵¹³ Ivi.

⁵¹⁴ Così Irti, *La crisi della fattispecie*, in *RDP*, 2014, 1, p. 40.

⁵¹⁵ Così Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *RTDPC*, 2001, p. 1 e ss..

Secondo Mengoni, cioè, la nozione di valore coincide con i «principi etico-giuridici sovraordinati alle norme positive», o quali «non sono *ius normatum*, ma *iustitia normans*: essi vincolano anzitutto lo stesso legislatore in quanto criteri direttivi dell'attività di formazione delle norme giuridiche; in secondo luogo impartiscono al giudice parametri di interpretazione teleologica della *lex lata* e linee direttrici per l'attività di integrazione delle lacune»⁵¹⁶. Ed il canale preferenziale per riuscire a convogliare al meglio tali valori risultano essere quelle clausole, principi o norme generali, da sempre al centro delle indagini dei giuristi in tutte le branche del diritto positivo.

È sulla clausola generale⁵¹⁷ di correttezza e buona fede che appare opportuno focalizzare la nostra attenzione. Se è stato osservato in dottrina come il significato e contenuto della buona fede «coincida, in parte, con la teoria delle clausole generali»⁵¹⁸, è il richiamo diretto alla buona fede operato dall'art. 1460 c.c., ed il ruolo determinante riconosciute dalla dottrina nel determinare lo stesso ambito di operatività dell'eccezione di inadempimento, che consente di valorizzarne maggiormente il ruolo di strumento valoriale in grado di impiegare l'approccio della legislazione per principi anche nell'ambito dell'autotutela.

La clausola generale⁵¹⁹ di buona fede ha assunto negli ultimi anni un rilevante ruolo quale principale strumento che non ha soltanto la funzione di assicurare

⁵¹⁶ Cfr. Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 6.

⁵¹⁷ Non appare rilevante, in questa sede, il pur ampio dibattito che trae spunto dalle operazioni definitorie, rispettivamente, di principi generali, clausole generali, norme elastiche o norme generali.

⁵¹⁸ Cfr. Tullini, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Bologna, 1990, p. 13. Il che comporta la necessità di tener sempre conto del fatto che la materia delle clausole generali può definirsi ancora e sempre in attesa di «una sistemazione teorica definitiva» (Mengoni, *Spunti...* cit., 1986, p. 8).

⁵¹⁹ Piraino, ne *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 41, nota come la buona fede sia spesso designata in maniera molto diversa, quale dovere, obbligo, principio, regola, clausola generale. Egli ritiene che «per diffusa convinzione la buona fede costituisce un principio generale» (*ibidem*, p. 43), ma considera altresì si possa parlare di sovrapposizione tra principio fondamentale, norma indeterminata che esprimerebbe un fine ultimo di natura morale,

l'equilibrio contrattuale, ma anche quella «di misurare il contenuto del contratto secondo criteri che tengano conto di valori socialmente rilevanti e costituzionalmente riconosciuti»⁵²⁰, con la determinante conseguenza che «la progressiva sensibilizzazione della dottrina privatistica ai valori etici della persona istituzionalizzati nella carta costituzionale nella forma di diritti fondamentali ha determinato un graduale mutamento della giurisprudenza, tradizionalmente diffidente verso l'uso della clausola della correttezza e della buona fede come strumento di controllo dell'autonomia privata»⁵²¹.

Si è in realtà ben consci dei limiti e delle problematiche derivanti da un tale tentativo. Il forte interesse verso l'utilizzo delle clausole generali⁵²² si è sempre intersecato con una altrettanto viva circospezione nel suo utilizzo, che richiama le evidenti «difficoltà di individuarne i tratti caratterizzanti e di delimitarne i

politica o sociale, e clausola generale, che non necessariamente conterrebbe un fine in sé (*ibidem*, p. 136).

⁵²⁰ Rodotà, *op. cit.*, 2004, X.

⁵²¹ Cfr. Mengoni, *Autonomia ...cit.*, 1997, 1, p. 1.

⁵²² La cui genesi concettuale è solitamente ritenuta strettamente correlata al periodo di gestazione del codice civile tedesco, che fin dalla sua entrata in vigore, il 1° gennaio 1900, contiene nel paragrafo 242 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), la necessità che la prestazione del debitore venga effettuata secondo “buona fede”, espressione che ha avuto «un’evoluzione estremamente variegata» nell’esperienza della giurisprudenza tedesca, che nel corso degli anni ha sempre meno utilizzato il criterio dei “costumi del traffico”, contenuto nel 242 BGB quale parametro della stessa buona fede, «cosicché è aumentata a dismisura la discrezionalità del giudice nell’elaborazione della regola del caso concreto» (Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 57). Si tratta, accanto al paragrafo 226 BGB che contiene il divieto di abuso del diritto, della più rilevante enunciazione di un principio generale in un codice, ma non certo l’unico. Rescigno, ne *L’abuso del diritto nel quadro dei principi generali*, in Visintini (a cura di), *L’abuso del diritto*, ESI, Napoli, 2016, p. 23, oltre a quello tedesco richiama i codici svizzero, spagnolo, portoghese, olandese, brasiliano, argentino, nonché il recente riconoscimento normativo dell’abuso del diritto ad opera del legislatore tributario italiano, che nell’art. 1 del D.Lgs. 5 agosto 2015 n. 128, modificando lo statuto del contribuente, ha previsto che «configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all’amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni».

confini rispetto ad altre nozioni giuridiche»⁵²³ e l'altrettanto concreto pericolo che possa prevalere una lettura meramente discrezionale del precetto giuridico ad opera del giudice che si trova a dover dare soluzione ad uno specifico caso concreto⁵²⁴.

Un esempio per tutti può essere rinvenuto nel (relativamente) recente e certamente conosciuto caso Renault, con cui la Suprema Corte di Cassazione, con sentenza del 18.9.2009, n. 20106, ha fatto diretto ed ampio uso del principio dell'abuso del diritto, basato sulla clausola di buona fede, ed ha avuto modo di andare al di là di un mero approccio interpretativo «poiché il ricorso alla clausola generale comporta una correzione della fattispecie normativa, considerata non adeguata per la giusta soluzione del caso concreto»⁵²⁵. Si tratta di un caso che è stato oggetto di numerose critiche da parte di ampia parte della dottrina civilistica.

Diversi autori hanno infatti evidenziato come la decisione avrebbe avuto l'effetto di intaccare il vincolo contrattuale con la conseguenza di «arrivare a privare di effetti un'inequivoca pattuizione, o quanto meno a depotenziarla in maniera significativa»⁵²⁶. Si tratta peraltro di pericoli concretamente paventati anche da un autorevole giurista del lavoro, Stefano Bellomo⁵²⁷, che, richiamando gli Autori appena citati, ritiene siano stati messi a nudo «le insidie implicite in un 'paternalismo benevolente' che, rivisitando *ex post* le opzioni contrattuali le ridisegni in funzione di apprezzamenti esterni e (suppostamente) oggettivi,

⁵²³ Cfr. Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in Aidlass, *Clausole generali e diritto del lavoro*, Giuffrè, 2014, p. 204.

⁵²⁴ È sempre vivo in tutti i commentatori il riferimento all'ampio utilizzo del paragrafo 242 BGB nell'esperienza tedesca, dalla traumatica esperienza della Repubblica di Weimar, con il tentativo dei giudici di tutelare i risparmiatori dalla grande inflazione fino all'utilizzo operato dai giuristi nel successivo periodo nazista (Campanella, *op. cit.*, p. 211).

⁵²⁵ Cfr. Patti, *op. cit.*, 2016, p. 117.

⁵²⁶ Cfr. Palmieri - Pardolesi, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in FI, 2010, I, p. 95.

⁵²⁷ Cfr. Bellomo, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in Aidlass, *Clausole generali e diritto del lavoro*, Giuffrè, 2014, p. 175.

deresponsabilizzando le parti in sede programmatica, salvo astringerle ad un contratto mai voluto»⁵²⁸.

In realtà una diversa ricostruzione del caso, operata da più che autorevole dottrina⁵²⁹, che richiama anche gli avvenimenti in fatto non immediatamente percepibili dalla mera lettura della decisione in sede di legittimità, appare non così distante da quelli che sono i più recenti sviluppi interpretativi emersi in sede giurisdizionale e conforta ulteriormente lo sforzo interpretativo che si cerca di operare in questa sede.

La vicenda, risalente agli inizi degli anni '90, concerneva il recesso dal contratto di concessione di vendita comunicato da Renault a circa 200 propri concessionari, con l'esplicito intento di riorganizzare la propria rete di distribuzione italiana. La Corte di Cassazione, ribaltando quanto deciso nei due gradi di merito, cassa la sentenza ritenendo che il giudice, di fronte ad un recesso *ad nutum* del contratto di concessione, pur previsto nel contratto ma non qualificato, avrebbe dovuto valutare la vicenda anche alla luce della conformità a buona fede. Da qui le ampie critiche alla sentenza, che avrebbe inciso sulla libertà contrattuale delle parti, disconoscendo un diritto, quello del recesso *ad nutum*, perfettamente conferente con la tipologia contrattuale oggetto della valutazione giudiziaria.

Ciò che però non emerge dalla sentenza, ma viene ben descritta da Galgano, è la ragione di giustizia che ha convinto il giudice di legittimità a prendere tale decisione, e cioè il fatto che nel frattempo vi erano state una serie di risoluzioni consensuali con propri dipendenti, che avevano accettato di tramutare il proprio rapporto lavorativo in concessione di vendita, ma che rendeva palese come «l'intento della Renault non era, come aveva dichiarato, di ristrutturare la rete di

⁵²⁸ Cfr. Palmieri - Pardolesi, *op. cit.*, p. 97.

⁵²⁹ Cfr. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in Visintini G. (a cura di), *L'abuso del diritto*, ESI, Napoli, 2016, p. 31. Si tratta, in realtà, della ripubblicazione di un articolo uscito prima della scomparsa dell'autorevole autore, in *Contratto e impresa*, 2011.

vendita, che restava numericamente pressoché immutata, bensì di ridurre il proprio personale dipendente, e di attuare questa riduzione del personale senza l'onere finanziario del trattamento di fine rapporto, attesa la pattuita conversione del rapporto di lavoro in concessione di vendita»⁵³⁰.

Ecco che, se si accetta tale visione ricostruttiva, il giurista del lavoro può probabilmente ritrovare, attraverso il canale della buona fede oggettiva, il cui «criterio rivelatore è quello dell'abuso del diritto»⁵³¹, né più né meno il riconoscimento di diritti costituzionalmente tutelati a favore del contraente debole, lavoratore subordinato, formalmente elusi attraverso l'utilizzo di strumenti contrattuali afferenti all'area del diritto privato.

E proprio tale sentenza appare utile per richiamare alcuni precetti correlati alla nozione di buona fede che costituiscono il punto di arrivo dell'approccio interpretativo della Suprema Corte. È innanzitutto ormai consolidata la diretta correlazione con i principi costituzionali. Secondo la Cassazione, infatti, «l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica. Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta costituzionale il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge»⁵³².

La buona fede appare essere un criterio che permette al giudice di integrare o modificare il contenuto negoziale prospettato dalle parti, con la specifica finalità di pervenire ad un giusto equilibrio degli opposti interessi, per raggiungere il

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 36.

⁵³¹ Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, in *GC*, 2010, 11, I, 2547.

⁵³² Cass. civ., sez. III, 18.10.2009, n. 20106, *cit*.

quale sono sempre i principi costituzionali ad avere una preminente posizione valoriale, evitando in tal modo che un diritto soggettivo possa sconfinare nell'arbitrio.

Buona fede e abuso del diritto si trovano, secondo tale visione, in stretta connessione tra loro. Secondo la Cassazione, infatti, «oggi, i principii della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali - funzione sociale *ex art. 42 Cost.* - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principii si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e dell'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti»⁵³³.

La rilevanza del ruolo attribuito alla buona fede oggettiva, quale diretta espressione del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., permette altresì al giudice di legittimità di ritenere che «la sua violazione, pertanto, costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato»⁵³⁴.

Ora, quanto fin qui rinvenuto in tale rilevante pronuncia non può, però, far dimenticare l'ampio fronte critico tuttora sussistente in dottrina su di un tale utilizzo del principio di buona fede.

Appare quindi opportuno, prima di tentare una rilettura del principio di autotutela attraverso la lente della buona fede oggettiva, richiamare, seppur in

⁵³³ *Ibidem*.

⁵³⁴ Cass. civ., sez. III, 18.9.2009, n. 20106, *cit.* Sul punto cfr. anche Cass. 29 agosto 2011, n. 17716, in *GD*, 2011, 43, 68; Cass. 22 gennaio 2009 n. 1618, in *GCMass.*, 2009, 1, 100; Cass. 6 giugno 2008 n. 21250, in *GComm*, 2010, 2, II, 229; Cass. S.U. 15 novembre 2007 n. 23726, in *FI*, 2008, 5, I, 1514; Cass. 27 ottobre 2006 n. 23273, in *Il civilista*, 2008, 12, 34; Cass. 7 giugno 2006 n. 13345, in *DPS*, 2006, 23, 52; Cass. 11 gennaio 2006 n. 264, in *GC*, 2006, 3, I, 518.

estrema sintesi, l'evoluzione di tale concetto nel dibattito civilistico e lavoristico italiano.

2) Buona fede, integrazione del contratto e principi costituzionali.

È noto come il principio generale di buona fede⁵³⁵, riconosciuto generalmente nel diritto dei contratti dalle principali codificazioni continentali⁵³⁶, trova origine nel diritto romano, ancorato ad un concetto, quello di *fides* «che gli autori antichi utilizzano con svariati significati [e che] sembra tuttavia designare due situazioni assai diverse: talora si riferisce al rispetto dell'impegno preso (*constantia et veritas*), talora alla protezione del contraente debole»⁵³⁷. La nozione giuridica di *bona fides* viene tradizionalmente declinata in buona fede soggettiva, correlata ai diritti reali ed alla piena convinzione del possessore circa il carattere legittimo del possesso, ovvero in buona fede oggettiva, afferente al diritto dei contratti ed utilizzata nei *bonae fidei iudicia*, azioni di buona fede che si contrappongono alle azioni di stretto diritto e che permettono un ampio margine discrezionale nella valutazione del magistrato e la possibilità per il convenuto di far sempre valere le proprie difese in giudizio tramite l'*exceptio doli*⁵³⁸.

⁵³⁵ In merito al quale, nella pressoché sterminata letteratura sul tema, si rinvia a Piraino, *op. cit.*, 2015; Gallo, *Contratto e buona fede*, Utet, Torino, 2009; Calderai, *Buona fede (in senso oggettivo)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, II, 2007, p. 608 e ss.; Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Cedam, Padova, 2003.

⁵³⁶ La buona fede ha trovato un suo ruolo anche nella nota Direttiva dell'Unione europea 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, il cui art. 3 prevede che «una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto», nonché una specifica codificazione nei principi Unidroit, in cui il principio di buona fede si pone quale limite interno alla libertà contrattuale.

⁵³⁷ Senn, *Buona fede nel diritto romano*, in *Digesto*, II, Utet, Torino, 1988, p. 130.

⁵³⁸ In realtà non emerge in dottrina un perfetto accordo circa il rapporto tra *bonae fidei iudicia* e *exceptio doli*: si veda, sul punto, Metro, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in D'Ippolito F.M. (a cura di), *Studi in memoria di Gennaro Franciosi*, 2007.

Tale dicotomica accezione, che resiste nel pur vario e variegato sviluppo dell'età medievale e moderna, «verrà ancora riproposta nell'ottocento in termini di buona fede soggettiva e di buona fede oggettiva: da una parte dunque “bona fides”, intesa come fenomeno psicologico, che si esprime in una falsa credenza, determinata da un qualsiasi errore, dall'altra “bona fides” intesa come fenomeno etico che, lungi dall'essere un fatto dello spirito, si traduce in correttezza e lealtà di condotta nell'ambito dell'umano consorzio»⁵³⁹. E trova nelle codificazioni moderne una sua precisa regolazione, anche se «la netta distinzione tra una buona fede in senso oggettivo ed una buona fede soggettiva che emerge dalle formule utilizzate dal legislatore del 1942, attento a distinguere tra un comportamento *secondo* buona fede e quello di colui che è *in* (o *di*) buona fede, non è persa, infatti, prestarsi a soluzioni univoche»⁵⁴⁰.

La buona fede in senso oggettivo, accezione che in questa sede ci interessa, trova quindi un preciso riconoscimento codicistico in alcune norme del codice civile del 1942⁵⁴¹, cinque articoli in cui si fa riferimento alla buona fede (artt. 1337, 1358, 1366, 1375, 1460, 2° co.) e due articoli in cui ci si riferisce alla correttezza (artt. 1175, 2598 n. 3).

La prima questione che in dottrina ci si è posti è se la diversificazione contenuta nel codice dovesse comportare un'eventuale differenza concettuale tra correttezza e buona fede⁵⁴², risolta, come è noto, nel senso di una tendenziale

⁵³⁹ Cfr. Massetto, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, II, Utet, Torino, 1988, p. 136 e ss..

⁵⁴⁰ Cfr. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto*, II, Utet, Torino, 1988, p. 158 e ss., che nota come invece il legislatore tedesco sia stato più preciso nell'utilizzare due termini diversi, quello di *guter Glaube* per la buona fede soggettiva, e quello di *Treu und Glauben* per la buona fede oggettiva, di cui al paragrafo 242 BGB.

⁵⁴¹ Pur a fronte di un unico riferimento alla buona fede oggettiva contenuto all'art. 1124 del codice civile del 1865.

⁵⁴² È stato così proposto che gli artt. 1175 e 1375 c.c. incidano su un terreno comune ma con destinatari diversi: l'art. 1175 riguarderebbe il creditore e l'art. 1375 il debitore (Branca, *Istituzioni di diritto privato*, Zanichelli, Bologna, 1958, p. 323), ovvero si è affermato che la correttezza imporrebbe soltanto doveri di carattere negativo, mentre la buona fede obblighi di

predilezione della dottrina per un concetto unitario⁵⁴³. Ed infatti «la più matura e condivisa costruzione sistematica assegna agli artt. 1175 e 1375 c.c. il medesimo ambito di applicazione»⁵⁴⁴ con l'ormai consolidata opinione che «negli artt. 1175 e 1375 si esprime, sia pure con termini diversi, un medesimo principio generale»⁵⁴⁵.

Ampio spazio del dibattito dottrinale è stato occupato dalla individuazione della funzione del principio di buona fede. Secondo l'approccio più diffuso in dottrina⁵⁴⁶ la buona fede in senso oggettivo assolverebbe a due principali funzioni: una funzione integrativa del regolamento contrattuale ed una funzione valutativa, in grado di limitare l'esercizio di pretese abusive di una parte sull'altra. Il ruolo della buona fede, quindi, sarebbe quello di «mantenere il regolamento contrattuale in sintonia non solo con le posizioni e i comportamenti concreti delle parti, ma con i principi ai quali l'ordine giuridico lega la legittimità stessa dell'agire privato»⁵⁴⁷.

Se, per lungo tempo, per stabilire quale dovesse essere il parametro di valutazione con cui misurare la clausola di buona fede si è tradizionalmente fatto riferimento all'assetto valoriale del sistema codicistico in generale, coi rischi già richiamati di un eccesso di soggettività nelle decisioni dei giudicanti, è però con la svolta dottrinale degli anni '60 che si è cominciato a guardare con più attenzione alla carta costituzionale. Per identificare il contenuto concreto dei parametri di correttezza e buona fede bisogna, quindi, innanzitutto riferirsi ai principi costituzionali nella materia dei diritti e dei doveri dei soggetti privati,

carattere positivo (cfr. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953, p. 67 e Nicolò, *Adempimento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 558).

⁵⁴³ Cfr. Bigliazzi Geri, *op. cit.*, 1988, p. 170.

⁵⁴⁴ Cfr. Piraino, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁴⁵ Cfr. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *RTDPC*, 1958, p. 26.

⁵⁴⁶ Cfr. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna, 1985, p. 305.

⁵⁴⁷ Cfr. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 2004, XIII.

nonché ai principi di solidarietà di cui l'ordinamento costituzionale è permeato, con specifico riferimento agli articoli 2, 36, 37, 39, 41, 42 Cost.⁵⁴⁸

È, infatti, ormai diffusa la convinzione che «il meccanismo che soggiace all'integrazione valutativa della buona fede tramite la Costituzione comporta sì una più ampia e consapevole valutazione della legge fondamentale, ma presuppone pur sempre l'applicazione mediata ai rapporti privatistici delle sue disponibilità, attuata attraverso il canale delle norme ordinarie, specialmente di quelle che includono clausole generali. I principi costituzionali assumono, quindi, quel ruolo di secondo termine della *relatio*, alla cui stregua valutare la fattispecie concreta per trarre dalla clausola generale la regola specifica»⁵⁴⁹.

In concreto, se può probabilmente ritenersi consolidata, in dottrina, una visione interpretativa della buona fede strettamente correlata ai principi costituzionali, la modalità con cui tale principio possa essere fatto valere in sede applicativa continua a porre qualche difficoltà, pur se è forse possibile individuare un preciso percorso evolutivo che la giurisprudenza ha compiuto nel corso del tempo.

Per quanto concerne la classica funzione della buona fede quale strumento integrativo del contenuto del contratto, in realtà, non si riscontrano particolari difficoltà di applicazione, né specifici riferimenti ai precetti costituzionali. Si tratta di casi in cui i giudici hanno individuato ulteriori adempimenti a carico delle parti contrattuali, in virtù dell'applicazione della clausola di buona fede. Tradizionalmente⁵⁵⁰ rientra in tale accezione il dovere di leale cooperazione, il dovere di informazione, la salvaguardia dell'utilità altrui, la tolleranza d'uso in merito alla modalità con cui ricevere una prestazione, l'adattabilità nella modalità di esercizio di una prestazione, un corretto esercizio dei poteri discrezionali.

⁵⁴⁸ Cfr. Rodotà, *op. cit.*, 2004, p. 151.

⁵⁴⁹ Cfr. Piraino, *op. cit.*, p. 151.

⁵⁵⁰ Cfr. Franzoni, *Buona fede*, in *Treccanion line*, 2013.

Qualche dubbio in più emerge dall'approccio giurisprudenziale relativo alla funzione valutativa della buona fede in senso oggettivo, che in concreto è stata associata al concetto di abuso del diritto⁵⁵¹ e che, per la portata invasiva che può avere sull'autonomia contrattuale delle parti, ha avuto un approccio applicativo più lento e meditato da parte dei giudici. Questo è però l'ambito in cui la diretta correlazione tra buona fede e principi costituzionali potrebbe incidere in maniera più significativa anche quale strumento di tutela della parte debole del rapporto contrattuale ed avere un apporto innovativo anche con riferimento all'istituto dell'autotutela.

Sul punto pare opportuno richiamare quella dottrina⁵⁵² che ha cercato di individuare alcuni *leading cases* particolarmente rilevanti nel percorso che il giudice di legittimità ha compiuto per dare piena e concreta rilevanza al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., il cui punto di approdo può probabilmente rinvenirsi nel già richiamato caso Renault del 2009.

Se inizialmente i riferimenti ai precetti costituzionali sembrano più clausole di stile, che non comportano un concreto ed incisivo apporto alla decisione della Corte, in cui il riferimento alla buona fede appare come un inciso di scarso valore⁵⁵³, o come *obiter dicta* «in funzione evidentemente, e meramente, persuasiva e, per così dire, di rassicurazione culturale, verso l'esterno, circa le

⁵⁵¹ Ci si limita in questa sede ad aderire a quelle opzioni che ritengono correlati i concetti di buona fede ed abuso del diritto, pur consci dell'ampia letteratura che si è occupata di tale fondamentale concetto.

⁵⁵² Cfr. Grondona, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *RTDPC*, 2004, p. 727.

⁵⁵³ Cass. 13 gennaio 1993 n. 343, in *GI*, 1993, 1, 2129, secondo cui «la normativa di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni, prevista da molteplici norme del nostro ordinamento, e confortata dal precetto costituzionale (art. 2 cost.) che impone il rispetto dell'inderogabile dovere di solidarietà sociale, esige attuazione piena, nei limiti della compatibilità con altri valori di pari grado e dignità».

convinzioni dei giudici di legittimità in tema di buona fede»⁵⁵⁴, successivamente emergono casi in cui il precetto della buona fede incide in maniera più netta.

Un esempio in tal senso è il noto, e già citato, caso Fiuggi⁵⁵⁵. Il comune di Fiuggi aveva concesso la gestione delle sorgenti ad una società esterna, con un canone direttamente correlato al prezzo di vendita delle bottiglie. La società aveva mantenuto intatto il prezzo di vendita ad una società controllata, che aveva poi il compito di vendere le bottiglie al pubblico. In quel modo al crescere dell'inflazione la società poteva aumentare il prezzo delle bottiglie al pubblico senza riflessi sul canone della concessione. In tal caso, attraverso l'applicazione del canone della buona fede, la Corte perviene alla convinzione che si sia trattato di un abuso del proprio diritto, optando per la risoluzione del contratto.

Un altro interessante caso è l'intervento con cui la Corte⁵⁵⁶ ha affermato la riducibilità d'ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva, con cui il giudice di legittimità opera anche un bilanciamento di valori costituzionalmente tutelati, con la conseguenza che «l'iniziativa economica privata è assunta, di per sé, come valore che, nel bilanciamento con quello di solidarietà, soccombe»⁵⁵⁷.

Ulteriore rilevante decisione, anche per l'autorevole provenienza dalle Sezioni Unite della Suprema Corte⁵⁵⁸, è la pronuncia con cui si è ritenuto non possibile il frazionamento giudiziale di un credito unitario. In particolare, la Corte opta per modificare un proprio orientamento del 2000, in relazione «ad una sempre più accentuata e pervasiva valorizzazione della regola di correttezza e buona fede – siccome specificativa (nel contesto del rapporto obbligatorio) degli inderogabili doveri di solidarietà, il cui adempimento è richiesto dall'art. 2 Cost.», regola che

⁵⁵⁴ Cfr. Grondona, *op. cit.*, p. 734. Si tratta di due decisioni indicate dall'autore: Cass. civ., 5.11.1999, n. 12310, in *Foro padano*, 2000, I, p. 348, e Cass. civ., 16.10.2002, n. 14726, in *Foro padano* 2003, I, 241.

⁵⁵⁵ Cfr. Cass. civ., 20.4.1994 n. 3775, in *FI*, 1995, I, 1296.

⁵⁵⁶ Cfr. Cass. civ., 24.9.1999, n. 10511, in *GCMass*, 1999, 2006.

⁵⁵⁷ Cfr. Grondona, *op. cit.*, p. 741.

⁵⁵⁸ Cfr. Cass. civ., SU, 15.11.2007, n. 23726, *cit.*.

impone alla Corte di non incidere in senso pregiudizievole sulla posizione del debitore.

3) Buona fede e poteri imprenditoriali.

La questione della clausola di correttezza e buona fede in funzione di controllo dei poteri imprenditoriali⁵⁵⁹ non ha mai raggiunto un assetto interpretativo consolidato e ben definito, posto che «il principale punto di frizione del dibattito può essere rinvenuto nella difficoltà di conciliare l'esigenza di ampliare i margini di giustiziabilità sull'esercizio dei poteri privati con quella di non invadere gli spazi di libertà costituzionale assicurati dal diritto di iniziativa economica privata»⁵⁶⁰ e che l'assetto regolativo del diritto del lavoro ha comunque goduto per lungo tempo di una solida impalcatura protettiva storicamente riservata al lavoratore subordinato, il che ha probabilmente reso meno rilevante la necessità di reperire ulteriori strumenti di tutela del contraente debole rispetto ad altre branche del diritto civile.

Come è stato affermato in dottrina, nell'ambito del diritto del lavoro l'applicazione della clausola di correttezza e buona fede non ha avuto un ruolo particolarmente rilevante per lungo tempo, ed è stata per lo più utilizzata «in funzione di un ampliamento (o meglio, di un aggravamento) della posizione soggettiva del lavoratore»⁵⁶¹, non avendo trovato eccessivo seguito quella dottrina che proponeva di utilizzare tale clausola per un intervento del giudice al

⁵⁵⁹ Su cui si veda Zoli, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988; Tullini, *op. cit.*, 1990; Saffioti, *Le clausole generali di correttezza e buona fede e la posizione del lavoratore subordinato*, Giappichelli, Torino, 1999.

⁵⁶⁰ Così Riccobono, *Clausole generali e controllo dei poteri datoriali nella giurisprudenza sui concorsi privati: interessi e tecniche di tutela*, in *temilavoro.it*, 6, 2014, p. 2.

⁵⁶¹ Cfr. Tullini, *op. cit.*, p. 87.

fine di umanizzare i comportamenti nella relazione di lavoro⁵⁶². È in tale contesto che il rinvio a tale clausola è «stato ritenuto affatto inutile, per lo più inopportuno, considerata la sua scarsa attitudine pratica e soprattutto l'ambiguità dei referenti ideologici che ne hanno caratterizzato e condizionato il contenuto»⁵⁶³.

Nonostante si registrino tentativi in tal senso di parte della dottrina⁵⁶⁴, è però solo dagli anni '80 che emerge un indirizzo giurisprudenziale che ha cominciato ad applicare la clausola di buona fede al controllo dei poteri imprenditoriali⁵⁶⁵. Ed in un contesto in evoluzione che tocca l'equilibrio dei rapporti di potere e l'utilizzo delle tecniche regolative nel rapporto di lavoro, appare evolvere anche l'interesse della dottrina, che comincia a riconoscere con più veemenza come la clausola di correttezza e buona fede abbia il compito «di controbilanciare, nella fase di gestione del rapporto, i poteri unilaterali dell'imprenditore, attribuendo al soggetto passivo la possibilità di interferire nella realizzazione dell'interesse connesso alle posizioni preminenti e di controllare i modi in cui queste ultime sono attuate»⁵⁶⁶.

Emerge la piena consapevolezza, cioè, che l'utilizzo della clausola di correttezza e buona fede possa essere utilizzata con una funzione prettamente protettiva, soprattutto «rispetto alle prerogative imprenditoriali che appaiono caratterizzate da consistenti margini di discrezionalità, non essendo puntualmente disciplinate né dalla legge, né dall'autonomia privata, sicché il loro esercizio risulta privo di limiti o di vincoli oggettivi ed esattamente definiti»⁵⁶⁷. Ed al contempo si sviluppano gli approfondimenti correlati alla tecnica

⁵⁶² Si fa riferimento alla celebre opera di Smuraglia, *La persona del prestatore... cit.*, p. 103.

⁵⁶³ Cfr. Tullini, *op. cit.*, 1990, p. 89.

⁵⁶⁴ Cfr. Di Majo, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *RGL*, 1983, I, p. 341.

⁵⁶⁵ Il cui *leading case* è considerata Cass. civ., S.U., 2.11.1979, n. 5688, in *Giur. it.* 1980, I, 1, p. 440, con nota di Di Majo, *Le forme di tutela contro i c.d. poteri privati*.

⁵⁶⁶ Cfr. Tullini, *op. cit.*, 1990, p. 133.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 165.

dell'abuso del diritto, il cui rapporto con la clausola di buona fede emerge con forza, pur tra evidenti profili di ambiguità concettuale e difficoltà applicative.

In realtà è proprio tra i giuristi del lavoro che sembra emergere una forte titubanza su di un utilizzo evolutivo della clausola di buona fede secondo quella che i civilisti definiscono funzione valutativa. Si ritiene, cioè, che nell'ambito del rapporto di lavoro l'applicazione delle clausole generali «non consente di attribuire ai singoli lavoratori la titolarità di nuove ed autonome posizioni soggettive»⁵⁶⁸, dovendo – in tale ambito – tenere conto, oltre che dell'organizzazione imprenditoriale, anche del delicato ruolo e della funzione dell'autonomia collettiva.

Anche in giurisprudenza, in realtà, l'applicazione del principio di correttezza e buona fede non è mai stata particolarmente significativa⁵⁶⁹. Nonostante ciò diversi sono, come è noto, gli ambiti⁵⁷⁰ in cui i giudici hanno fatto uso della clausola di correttezza e buona fede, con particolare riferimento a quei settori caratterizzati da un ampio margine di discrezionalità come quello dei concorsi e delle promozioni⁵⁷¹, dell'attribuzione di qualifiche, dei criteri di scelta per i licenziamenti collettivi, dei licenziamenti individuali, della malattia del lavoratore, dell'esercizio del potere disciplinare.

Sembra quindi che la correttezza e buona fede, quale criterio di integrazione contrattuale di effettività costituzionale, possa in ogni caso considerarsi un principio che permea l'intera materia contrattuale, anche con riferimento al rapporto di lavoro, e possa ritrovare nuova linfa applicativa nel rinnovato contesto regolativo degli ultimi anni.

⁵⁶⁸ Cfr. ancora Tullini, *op. cit.*, 1990, p. 180.

⁵⁶⁹ In questo senso si pronuncia Sala, *Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle sentenze più significative dell'ultimo decennio*, in DRI, 2001, 2, p. 249.

⁵⁷⁰ *Ivi.*

⁵⁷¹ È l'ambito su cui intervenne la Suprema Corte a Sezioni Unite con la pronuncia n. 5688/1979, in cui i giudici valutano tramite la buona fede la coerenza tra i criteri di selezione e le scelte operate. Cfr. Mazzotta, *Concorsi privati e tecniche di tutela. Quasi un inventario*, in DLRI, 1991, p. 737.

Rimane soltanto il dubbio se l'art. 30 della L. n. 184/2010⁵⁷², con cui si richiama l'intervento giudiziale in presenza di clausole generali, possa avere un qualche effetto in relazione ad una possibile innovativa modalità applicativa del principio di correttezza e buona fede. La questione è stata oggetto di ampia discussione in dottrina, che sembra orientata per lo più a non dare eccessiva rilevanza a tale intervento, visto che «è chiaro che se nel co. 1 dell'art. 30 si dovesse leggere un divieto all'utilizzo delle clausole generali di correttezza e buona fede una discreta parte dell'agire imprenditoriale verrebbe sottratto al controllo giudiziale»⁵⁷³.

Il complessivo quadro sinora delineato può, pertanto, farci ritenere che, a prescindere dall'esistenza dell'art. 30, si possa pensare ad un potenziale rinnovato utilizzo della clausola di buona fede anche nel diritto del lavoro, posto che in ogni caso si tratta dell'utilizzo di uno strumento in grado di veicolare e diffondere fondamentali principi di carattere costituzionale.

4) Eccezione di inadempimento e buona fede, una lettura costituzionalmente orientata.

È nel contesto fin qui delineato che si può ipotizzare un utilizzo della clausola di buona fede reinterpretata alla luce dei principi costituzionali, in funzione valutativa degli equilibri contrattuali e quale strumento che possa arginare il

⁵⁷² Ai sensi del 1° co. l. 184/2010: “In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente”.

⁵⁷³ Buffa, “*Collegato lavoro*” e tutela giurisdizionale, in *Quaderni Massimario della Cassazione*, 2011, p. 9, che richiama un intervento di Visonà.

potere di una parte contrattuale sull'altra, alla luce del disposto di cui all'art. 1460, co. 2, del codice civile.

Si tratterebbe, cioè, di una eventuale rilettura del principio di autotutela, che potrebbe divenire nel rinnovato contesto normativo uno di quegli strumenti in grado di continuare a garantire all'interno del rapporto di lavoro l'effettiva applicazione dei principi costituzionali posti a presidio della tutela della persona del lavoratore sempre immanenti nel sistema, laddove si possa configurare un abuso, attuale o potenziale, dei diritti o dei poteri formalmente riconosciuti dall'ordinamento al datore di lavoro.

L'eccezione di inadempimento, quale principale strumento di autotutela di una posizione giuridica soggettiva, rappresenta uno dei più rilevanti istituti in cui tale meccanismo può produrre i propri effetti. Il 2° comma dell'art. 1460, che secondo quanto si è già avuto modo di vedere costituisce in un certo senso l'architrave su cui la stessa *exceptio* è costruita, potrebbe consentire, attraverso il limite della buona fede riletto alla luce dei principi costituzionali, un più flessibile utilizzo di tale istituto, nei casi in cui il potere datoriale, pur rimanendo formalmente all'interno dei più labili limiti normativi introdotti, si ponga in condizioni di prevaricazione rispetto alla effettiva tutela dei principi di libertà e dignità del lavoratore costituzionalmente tutelati.

Si tratta, ovviamente, di un meccanismo delicato da maneggiare con molta cautela, anche perché, come è ovvio, da un lato vi è sempre la necessità di presidiare il fondamentale diritto costituzionale alla libertà dell'organizzazione di impresa, e, dall'altro, un improvvido utilizzo di tale strumento potrebbe incidere sullo stesso equilibrio contrattuale, portando il lavoratore che abbia erroneamente rifiutato di adempiere la propria obbligazione ad esporsi a una legittima sanzione. Le potenzialità che, però, traspaiono dalle ricostruzioni teoriche nonché dalle applicazioni pratiche dell'*exceptio* sollevata dal lavoratore

subordinato, nell'attuale assetto normativo come delineato dalla manovra del Jobs Act, confortano nell'idea di verificarne meglio la concreta proponibilità.

È l'ormai consolidato approccio interpretativo⁵⁷⁴ secondo cui la violazione della clausola di buona fede costituisce di per sé inadempimento che consente di poter ritenere utilizzabile lo strumento dell'eccezione anche in quei casi in cui il potere del datore di lavoro, pur formalmente coerente con il precetto normativo, ecceda di fatto i limiti derivanti da principi costituzionali immanenti nel sistema.

In altre parole, il complessivo meccanismo che consente l'equilibrio della norma, elevando la buona fede a parametro essenziale di funzionamento dello stesso art. 1460 c.c., consente di ritenere che l'inadempimento che autorizza la reazione tipizzata dalla norma stessa possa configurarsi anche quale comportamento contrario a specifici precetti costituzionali che la clausola di buona fede enuclea in sé.

Un maggior flessibile utilizzo del potere di autotutela del lavoratore, che si pone in realtà come sostanziale ed immediato risarcimento in forma specifica di un, quantomeno potenziale, torto subito, potrebbe risolvere un'ulteriore problematica che la dottrina si era posta nei casi in cui era stato tentato l'utilizzo della clausola di buona fede come controllo dei poteri datoriali e che attiene alle «numerosi incertezze e ambiguità [che] caratterizzano gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza nella tematica delle forme di tutela esperibili contro gli atti imprenditoriali, che violano le regole di correttezza e buona fede»⁵⁷⁵. Ed, in questo senso, si evidenziano le differenze con il diritto civile in cui la forma di tutela principe coincide normalmente con l'obbligazione risarcitoria.

⁵⁷⁴ Il precedente orientamento giurisprudenziale riteneva che un comportamento contrario alla clausola di correttezza e buona fede «non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica» (cfr. Cass. civ., 18.10.1980, n. 5610, in *GCMass*, 1980, fasc. 10).

⁵⁷⁵ Cfr. Tullini, *op. cit.*, p. 287.

D'altra parte non si tratterebbe di un *unicum* nell'ambito dell'ordinamento giuridico, ma di una specifica modalità esemplificativa, tipicamente regolata, dell'istituto della *exceptio doli* che, direttamente risalente al diritto romano quale reazione al comportamento abusivo del creditore⁵⁷⁶, la giurisprudenza più recente ha avuto modo di ritenere sussistente anche nell'ordinamento vigente, pur senza una esplicita previsione in tal senso.

Si tratta di un istituto che può certamente essere accostato alla concezione della buona fede come limite alle prerogative datoriali e come fondamento dell'abuso del diritto, anche se è sempre difficile delinearne con precisione i confini.

In dottrina si è sostenuta la stretta connessione con l'art. 1460, 2° co., visto che «accogliendo l'eccezione, il giudice esprime una valutazione negativa sui presupposti della pretesa dell'attore, non contesta il suo titolo o l'ampiezza del contenuto, ma semplicemente, sul modello dell'art. 1460, comma 2 c.c. ... non accoglie la domanda e così non conferisce la tutela edittale che alla situazione soggettiva invocata si collega»⁵⁷⁷.

La giurisprudenza ha ritenuto esperibile l'*exceptio doli* nel caso di un contratto autonomo di garanzia. L'assunzione da parte di un garante dell'obbligo di pagare una somma di denaro in favore del beneficiario a fronte della semplice richiesta comporta la rinuncia ad opporre eccezioni correlate al rapporto principale, salva l'eccezione «costituita dall'escussione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può e deve opporre l'*exceptio doli*»⁵⁷⁸.

Un utilizzo innovativo e più marcato dell'articolo 1460 c.c. non appare, pertanto, estraneo all'attuale assetto regolativo dell'ordinamento, anche con

⁵⁷⁶ Su cui v. ancora Metro, *op. cit.*

⁵⁷⁷ Cfr. Piraino, *op. cit.*, p. 439.

⁵⁷⁸ Cass. 14.12.2007, n. 26262, in *Banca borsa tit. cred.* 2009, 4, II, p. 412; Cass. 15.3.2007, n. 5997, in *GCMass*, 2007, p. 3; Cass. 17.5.2001 n. 6757, in *GC*, 2002, I, p. 729; Cass. 1.10.1999 n. 10864, in *Contratti 2000*, p. 139.

riferimento al rapporto di lavoro subordinato, con esplicita funzione di tutela del contraente debole.

L'ambito in cui lo strumento dell'autotutela e dell'eccezione di inadempimento potrebbe mostrare le maggiori potenzialità appare essere quello della disciplina delle mansioni e dello *ius variandi* successivamente alle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 81/2015, all'art. 2103 c.c.

Si è già avuto modo di approfondire le questioni correlate alla volontà del legislatore di superare la nozione di «equivalenza» delle mansioni, che nell'interpretazione della dottrina ha sempre in qualche modo introiettato il concetto, costituzionalmente rilevante, di professionalità, con il riferimento al livello ed alla categoria legale prevista dal contratto collettivo.

Tramite l'utilizzo dell'eccezione di inadempimento in funzione di autotutela si potrebbe in sostanza ritenere che, nonostante i nuovi limiti contenuti nell'art. 2103 c.c., la tutela della dignità professionale dei lavoratori, quale esplicita espressione dei principi costituzionali di libertà e dignità del lavoro, possa avvenire senza la necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale, ma attraverso l'esplicito rifiuto opposto al provvedimento datoriale consistente nell'adibizione a mansioni, che – pur se formalmente rientranti nel nuovo «contenitore» che traccia i confini della legittimità dell'esercizio dello *ius variandi* in senso orizzontale (vale a dire livello di inquadramento contrattuale e categoria legale) – si pongano in sostanziale violazione della professionalità acquisita dal lavoratore fino a quel momento e sviluppabile in futuro.

Un esempio concreto potrebbe forse meglio rendere l'idea. Si tratta di provare a valutare nuovamente un noto caso di demansionamento alla luce delle nuove norme in materia di mansioni⁵⁷⁹.

La vicenda riguardava diverse lavoratrici che lavoravano per la Telecom ed in precedenza erano state addette ai servizi di un centralino, con il compito di rispondere ad un numero di telefono, il 187, con cui avevano modo di parlare direttamente con il pubblico. Le dipendenti si erano successivamente trovate adibite ai servizi di un altro centralino, il servizio del 12, con cui continuavano ad avere il compito di indicare i numeri di telefono o gli indirizzi a chi chiamava tale numero, ma soltanto attraverso un elaboratore elettronico e senza relazionarsi con il pubblico.

In tale situazione i giudici, applicando il consolidato orientamento in merito al concetto di equivalenza delle mansioni, avevano ritenuto vi fosse stato un depauperamento professionale ed una perdita di professionalità con conseguente danno patrimoniale.

Ebbene, appare di tutta evidenza come un caso del genere avrebbe, probabilmente, un risultato affatto diverso applicando alla lettera il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. Si tratta, cioè, proprio di un caso in cui non vi è modifica del livello di inquadramento né della categoria legale, ma in cui appare altrettanto evidente il *vulnus* alla professionalità dei lavoratori.

A parere di chi scrive si tratta, invece, di una situazione in cui, anche ove si riproponesse oggi, un rifiuto ad adempiere, secondo quanto previsto dall'art. 1460 c.c. in relazione al concreto potenziale pericolo di progressiva perdita delle competenze tecnico-produttive acquisite dalle lavoratrici in forza del pregresso rapporto di lavoro, porterebbe ad una effettiva tutela di un bene della vita

⁵⁷⁹ Si tratta di Cass. 20.10.2006 n. 22551, in *RGL*, 2007, 2, II, p. 244 e ss., che ratifica le precedenti decisioni conformi del Tribunale e della Corte d'Appello di Milano.

costituzionalmente protetto, vale a dire la loro professionalità, che l'attuale assetto normativo sembra disconoscere.

Da quanto sopra delineato, appare evidente come rivesta un ruolo del tutto centrale, ai fini della presente ricerca, proprio il valore della professionalità, la cui matrice costituzionale e la cui varia fortuna nelle analisi dottrinali e nelle interpretazioni giurisprudenziali saranno pertanto descritte qui innanzi nel paragrafo conclusivo, unitamente alla verifica del complesso meccanismo sin qui delineato.

5) Applicabilità dell'*exceptio inadimplenti contractus* al nuovo art. 2103 c.c.: spunti di riflessione sul valore della professionalità nel rapporto di lavoro.

Alla fine di questo lungo *excursus* sulle caratteristiche e sulle potenzialità della clausola generale di buona fede quale strumento di tutela, resta solo da illustrare meglio quale sia l'oggetto della suddetta tutela, vale a dire la dignità professionale del lavoratore.

Per meglio comprendere la rilevanza assunta dal valore della dignità professionale all'interno dell'ordinamento giuridico, parallelamente ai processi di progressiva specializzazione, sofisticazione e terziarizzazione che hanno inciso le fattezze del mondo del lavoro e il comune sentire riguardo a tale fondamentale mezzo di affermazione della personalità umana (secondo il combinato disposto degli artt. 2, 4 e 35 Cost.), appare opportuno soffermarsi un momento sulle letture che di questa tematica sono state offerte dagli interpreti e dagli operatori del diritto.

Agli specifici fini della presente ricerca, si intende specialmente richiamare un orientamento dottrinale, sinora non molto battuto dagli studiosi e poco seguito dalla giurisprudenza se non in talune specifiche declinazioni, che pone la

professionalità del lavoratore come valore centrale all'interno delle dinamiche proprie del diritto del lavoro⁵⁸⁰.

Nell'imminenza dell'entrata in vigore della Costituzione, in realtà, il precetto di cui all'art. 35, co. 2, che prevede il compito per lo Stato di curare «la formazione e l'elevazione professionale dei cittadini» e sin dalla sua collocazione, subito sotto il primo comma che sancisce la tutela del lavoro «in tutte le sue forme e applicazioni», evidenzia la propria connessione funzionale rispetto al diritto al lavoro, non è stato molto considerato dalla dottrina, probabilmente in quanto ritenuto una mera norma programmatica e ancora prevalente la visione del rapporto di lavoro come un mero scambio tra lavoro e retribuzione⁵⁸¹.

Le prime consapevoli enunciazioni della crescente rilevanza assunta, nei contratti di lavoro, dalla formazione⁵⁸² (dimensione dinamica e *in fieri* di ciò che poi chiamiamo professionalità) hanno iniziato ad imporsi all'attenzione degli interpreti su sollecitazione europea e internazionale⁵⁸³, per poi conseguire necessariamente all'introduzione, nel nostro ordinamento, di tipologie negoziali atipiche con l'esplicito intento di venire incontro a esigenze imprenditoriali

⁵⁸⁰ Tra i principali studi specifici sul tema si richiamano Napoli, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *RGL*, 1997, I, p. 269 e ss.; Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004; Garofalo, *Formazione e lavoro*, in *DLM*, 2005, p. 267 e ss.; Loy, *Formazione e rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1988; Loy, *La professionalità*, in *RGL*, 2003, I, p. 773 e ss. Più di recente, si veda Ciucciovino, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, che muove dalla prospettiva dell'apprendimento permanente.

⁵⁸¹ In questo senso Alessi, *op. cit.*, p. 9, la quale aggiunge poi che, invece, «il ruolo della formazione, così come quello della professionalità del lavoratore, avrebbe potuto essere ricostruito, anche in un'ottica puramente contrattuale, attraverso l'utilizzazione delle clausole di buona fede e correttezza, sulla scia dell'impostazione della dottrina francese».

⁵⁸² Cfr. Romagnoli, *Il diritto del secolo. E poi?*, in *DML*, 1999, 2, p. 3 e ss., il quale già quasi vent'anni fa accusava gli interpreti giuslavoristi di «non aver capito che, per effetto della trasformazione dei processi produttivi, il lavoro avrebbe necessariamente incluso sia il lavoro per imparare a lavorare che il sapere per adattarsi ai cambiamenti del lavoro».

⁵⁸³ Alessi, *op. cit.*, p. 158, denota come tutte le fonti sovranazionali contemplino le due anime fondamentali della formazione, quale diritto esercitabile nei confronti dello Stato («come diritto all'apprestamento degli strumenti necessari all'effettività del diritto») ma anche nei confronti del datore di lavoro.

nuove e diverse rispetto a quelle tradizionali. All'interno del generale ripensamento del modello organizzativo imprenditoriale che tanto ha occupato gli studiosi del diritto del lavoro nella seconda metà del secolo breve, si è così avviata una particolare riflessione sul ruolo che la formazione e la professionalità avrebbero potuto assumere nell'ambito dei rapporti di lavoro⁵⁸⁴.

In questo ambito, vi è chi si è spinto a ritenere sussistente, sul piano generale, un vero e proprio diritto del lavoratore a preservare la propria professionalità da possibili eventi lesivi e a svilupparla ulteriormente; l'Autrice lo considera una diretta derivazione del dettato costituzionale in materia di tutela della libertà e della dignità della persona umana, dettato che assumerebbe così la forma del diritto alla dignità professionale all'interno dei rapporti di lavoro mediante il tramite proprio delle clausole generali di buona fede e correttezza⁵⁸⁵. Si delineerebbe, così, un dovere dell'imprenditore di provvedere all'adeguamento del patrimonio professionale del lavoratore al contesto produttivo all'interno del quale si svolge la prestazione.

Tale posizione è stata tradizionalmente osteggiata da gran parte della dottrina⁵⁸⁶, ma torna in primo piano – quantomeno per gli spunti problematici che sottende – alla luce degli ultimi interventi normativi in materia giuslavoristica.

⁵⁸⁴ Si pensi alla questione relativa alla «formazione continua» o «formazione permanente», posta come obiettivo strategico dai patti per il lavoro del 1996 e del 1998 – in coerenza con le indicazioni dell'UE (per una trattazione completa si rinvia a Ciucciovino, *op. cit.*, 2013); ovvero al dibattito e alle continue riforme del contratto di apprendistato.

⁵⁸⁵ Cfr. Alessi, *op. cit.*, p. 153. L'Autrice ritiene che il diritto allo sviluppo e alla crescita della propria professionalità sussista in ogni contratto di lavoro subordinato, a fronte del quale il comportamento complessivamente tenuto dal datore di lavoro (che si assume possa violarlo) andrà valutato «secondo criteri di normalità tecnico-organizzativa e alla luce del principio di buona fede nell'esecuzione del rapporto» (p. 151).

⁵⁸⁶ Si rinvia, a mero titolo esemplificativo, a quanto sostenuto da Pisani, *Formazione professionale "continua", equivalenza delle mansioni, giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *MGL*, 2004, 5, p. 396 e ss., posizione rinnovata con vigore nell'elaborato successivo all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 81/2015, *L'ambito del repêchage alla luce del nuovo art. 2103 cod. civ.*, in *ADL*, 2016, p. 537 e ss.; più risalenti Liso, *op. cit.*, 1987, p. 57 e ss.;

Si pensi alla proposta, sollevata già all'indomani della riforma Fornero sui licenziamenti individuali e divenuta ancor più attuale a fronte della disciplina in materia di contratto a tutele crescenti di cui al D.Lgs. n. 23/2015, di elevare il rispetto dell'obbligo di aggiornamento professionale della propria manodopera – in questa prospettiva gravante sul datore di lavoro in generale – a requisito di legittimità del licenziamento per motivi economici⁵⁸⁷. Oppure all'orientamento giurisprudenziale che ha ritenuto doveroso verificare che, nell'irrogazione del recesso per giustificato motivo oggettivo, l'imprenditore abbia rispettato l'obbligo di ricollocamento⁵⁸⁸, assegnando a quest'ultimo una portata assai più ampia e gravosa di quanto tradizionalmente riconosciuto: il datore di lavoro dovrà così dimostrare non solo l'assenza di posizioni di lavoro scoperte analoghe a quella del lavoratore licenziato, al momento del provvedimento espulsivo, ma altresì la vana prospettazione a quest'ultimo della possibilità di essere reimpiegato in mansioni inferiori, ma comunque rientranti nel suo bagaglio professionale, purché le stesse siano compatibili con l'assetto organizzativo aziendale insindacabilmente stabilito dall'imprenditore⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Cfr. la più dettagliata trattazione che ne fa Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 82 e ss.

⁵⁸⁸ Uno dei pochi aspetti di potenziale avanzamento di tutela per i lavoratori originato dalla modifica della disciplina dello *ius variandi*, consiste proprio nell'estensibilità delle relative disposizioni, che allargano lo spettro delle mansioni esigibili, alle posizioni professionali scoperte che il datore di lavoro deve dimostrare di aver preso in considerazione prima di procedere con il licenziamento per g.m.o., per ottemperare all'obbligo di *repêchage*: cfr., *ex multis*, De Feo, *op. cit.*, p. 864; *contra*, cfr. Pisani, *L'ambito del repêchage alla luce del nuovo art. 2103 cod. civ.*, in *ADL*, 2016, 3, p. 537 e ss. Prima del Jobs Act, si veda già Varva, *op. cit.*, p. 135 e ss., nonché 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*, in *RIDL*, 2007, 4, p. 870 e ss., il quale sostiene che, nel caso in cui, malgrado il lavoratore abbia manifestato la propria disponibilità a svolgere mansioni inferiori, il datore proceda comunque con il licenziamento per g.m.o., qualora il dipendente impugni il provvedimento espulsivo, il giudice dovrà verificare il rispetto dell'onere di *repechage* gravante sull'imprenditore (e dunque la verifica dell'insussistenza di altre possibilità di reimpiego all'interno della compagine aziendale) non solo in mansioni equivalenti ma anche in mansioni inferiori, ampliando così lo spettro dell'indagine.

⁵⁸⁹ Cfr., tra le altre, Cass. civ., 13.8.2008, n. 21579; Cass. civ., sez. lav., 1.7.2011, n. 14517; Cass. civ., sez. lav., 12.7.2012, n. 11775; Cass. civ., sez. lav., 8.10.2012, n. 17087. Le pronunce

Una prospettiva teorica che restituisca alla formazione, all'adattamento lavorativo e in ultima istanza anche alla professionalità⁵⁹⁰ il ruolo centrale che spetterebbe loro anche nella prassi, oltre che nelle petizioni di principio contenute nel diritto positivo⁵⁹¹, potrebbe costituire una strada promettente per controbilanciare in senso garantista le spinte di stampo economicista, operate da una certa componente della politica del diritto, tendenti a restituire competitività ed efficienza alle imprese in un difficile momento storico, contraddistinto dalla scarsa crescita economica connessa a un calo della produttività del lavoro e dalle incessanti innovazioni della tecnologia e dei modelli organizzativi⁵⁹².

In materia di mutamento di mansioni, invece, si configurerebbe, secondo la linea di pensiero sopra citata, un generale obbligo giuridico di salvaguardare la capacità di adempiere del lavoratore in capo al datore di lavoro⁵⁹³, quale forma

risalgono anche a date precedenti le ultime riforme, in quanto tale orientamento prende le mosse da un'estensione per via analogica della consolidata posizione giurisprudenziale in materia di licenziamento per inabilità sopravvenuta.

⁵⁹⁰ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 4.5.2008, n. 11142, ai sensi della quale: «sebbene in generale tra gli obblighi del datore non rientra quello di curare la formazione professionale del dipendente per metterlo in grado di eseguire esattamente la prestazione lavorativa, un obbligo specifico sorge, per effetto di scelte imprenditoriali (frequenti in specifiche realtà settoriali) si introducano radicali innovazioni dei sistemi e metodi tali da incidere, modificandoli, sugli originari contenuti dell'oggetto della prestazione lavorativa».

⁵⁹¹ Si pensi al secondo comma dell'art. 35 Cost., già citato, che tutela espressamente «la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori», nonché l'assegnazione alle Regioni e agli altri Enti Locali della competenza in tali materie derivante dalla riforma del Titolo V, operata nel 2001 proprio con l'intento di rendere maggiormente efficaci e idonei a rispondere alle esigenze del territorio le misure formative attuate, tra cui, non ultime, si segnalano le leggi quadro regionali emanate ad esempio in merito al contratto di apprendistato. Non si può poi tralasciare che, anche a livello europeo, si occupano del tema della professionalità e della formazione anche la Carta di Nizza e la Carta sociale europea.

⁵⁹² Cfr. Brollo, *op. cit.*, 205, p. 30; si veda anche Varva, *op. cit.*, 2015, p. 83.

⁵⁹³ L'Autrice aderisce così all'ipotesi interpretativa che diversifica le regole applicabili quando un medesimo soggetto agisce in veste di imprenditore ovvero in qualità di datore di lavoro: solo nel primo caso gli atti rientrerebbero nella libertà d'iniziativa economica privata e verrebbero contenuti unicamente dai limiti di cui all'art. 41 Cost., mentre nel secondo caso gli atti compiuti rientrerebbero nell'area regolata dal contratto. Cfr., in particolare, Scarpelli F., *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in LD, 1996, p. 25, che distingue tra il limite dell'utilità sociale e quello del divieto di contrasto con la sicurezza, dignità e libertà quali

particolarmente incisiva del dovere di cooperazione del creditore nella fase di ricevimento della prestazione⁵⁹⁴, valido anche in occasione di eventi modificativi dell'organizzazione produttiva nel suo complesso. Alessi, in particolare, lo fa discendere dal concorso di diversi fattori, dal combinato disposto degli artt. 2087 e 1206 c.c. «letti alla luce della direttiva generale di buona fede *in executivis*»⁵⁹⁵. L'ambito entro cui è compreso tale obbligo di erogazione di formazione e di rispetto e promozione della professionalità dei lavoratori coinciderebbe con l'ambito delle mansioni esigibili da questi ultimi⁵⁹⁶, in forza delle norme individuali, collettive e di diritto positivo.

Al di là della condivisibilità o meno della letteratura interpretativa sinora descritta, talune suggestioni che ne scaturiscono assumono, oggi, tutt'altra dimensione concreta e densità di significato, alla luce della riforma che ha profondamente alterato⁵⁹⁷ la configurazione della disciplina delle mansioni di cui all'art. 2103 c.c., soprattutto per quanto riguarda la mobilità laterale e quella verso il basso.

In seguito alla rimozione del concetto di equivalenza, tanto caro alla dottrina e alla giurisprudenza proprio in ragione dell'opera di mediazione che effettuava tra le esigenze dell'impresa, quelle dei lavoratori e la norma di legge, diversi interpreti⁵⁹⁸ – avallati sinora dalle prime pronunce giurisprudenziali⁵⁹⁹ – si sono

diritti fondamentali della persona; questi ultimi avrebbero immediato e diretto rilievo anche nel controllo degli atti della gestione del rapporto contrattuale di lavoro.

⁵⁹⁴ Obbligo riconosciuto persino da Persiani, *op. cit.*, 1966, p. 190, e più di recente da De Feo, *op. cit.*, p. 865.

⁵⁹⁵ Cfr. Alessi, *op. cit.*, p. 142.

⁵⁹⁶ Cfr. Alessi, *op. cit.*, p. 141.

⁵⁹⁷ Per quanto la materia della disciplina delle mansioni e del loro mutamento sia da tempi immemori «uno dei siti più “tellurici” del diritto del lavoro, in bilico tra il primo e il secondo comma dell'art. 41 Cost.», secondo la definizione che ne dà Brollo, *op. cit.*, 2015, p. 41.

⁵⁹⁸ Cfr. Perina, *La tutela della professionalità nel nuovo art. 2103 del codice civile*, in Piccinini – Pileggi – Rossi, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Lav. Prev. Oggi*, maggio 2016, le cui conclusioni sono richiamate e condivise anche da Falsone, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁹⁹ Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 3.5.2016, n. 8709.

espressi in favore di un recupero valoriale della professionalità⁶⁰⁰ in sé e per sé considerata, il cui valore all'interno dell'ordinamento giuridico (anche sovranazionale) non può e non deve essere irragionevolmente sottostimato o subire ridimensionamenti non giustificati dalla mera configurazione letterale del nuovo art. 2103 c.c. o dal tenore generale del complessivo intervento normativo denominato Jobs Act.

Passa così in capo agli interpreti e agli operatori del diritto l'onere di ridefinire dei limiti interni allo *ius variandi*, più efficaci rispetto ai limiti esterni blandamente imposti dall'art. 2103 c.c. in caso di adibizione del lavoratore a mansioni che un tempo avremmo definito equivalenti o inferiori, nonché una ridefinizione in senso più equo della linea sottile che separa le mansioni esigibili dall'area di responsabilità contrattuale per inadempimento del lavoratore.

Nel frattempo, tuttavia, si ritiene che il vuoto di tutela lasciato dall'attuale formulazione della norma in questione possa efficacemente essere colmato, mediante la via dell'autotutela, da un ben ponderata eccezione d'inadempimento *ex art. 1460 c.c.*⁶⁰¹

Ciò risulta tanto più evidente nel caso in cui il datore di lavoro adibisca un proprio dipendente a mansioni, formalmente «riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte», e tuttavia

⁶⁰⁰ D'altra parte, il suddetto valore era espressamente richiamato anche dalla Legge Delega n. 183/2014, che all'art. 1, co. 7, lett. e), prevedeva la «revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della *professionalità* e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento».

⁶⁰¹ Pur sempre con le doverose cautele, come puntalizzato da Corti, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act" (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, in Gragnoli (diretto da), *Variazioni sul tema del diritto del lavoro*, 2016, 1, p. 58, ove l'Autore precisa che «la suprema corte consente al lavoratore di opporre il proprio inadempimento a quello datoriale soltanto quando quest'ultimo inerisca alle obbligazioni fondamentali, ovvero a quelle di corrispondere la retribuzione e di garantire un ambiente di lavoro salubre e sicuro».

costituenti di fatto per il lavoratore un vero e proprio demansionamento. Ove anche quest'ultimo agisse in giudizio impugnando il provvedimento datoriale, il giudice sarebbe costretto⁶⁰² – almeno stando alla lettera della legge e fintantoché non si affermeranno orientamenti giurisprudenziali in grado di restituire ai tribunali un certo margine di manovra e di indagine empirica – a rigettare la sua domanda (probabilmente condannandolo per di più a pagare le spese processuali della controparte *ex art. 92 c.p.c.*, a meno di non voler far valere l'assoluta novità della questione o un contrasto giurisprudenziale).

Riveste allora tanta più importanza, per il prestatore di lavoro, la possibilità di sollevare efficacemente nei confronti dell'imprenditore l'eccezione di inadempimento, mediante la quale si potrà far di nuovo valere la violazione della professionalità minacciato dal provvedimento di fatto abusivo, grazie alla funzione di "ponte" che la buona fede⁶⁰³ (in quanto espressamente richiamata dall'art. 1460, co. 2, c.c. quale limite e fondamento della misura contrattuale) può espletare tra i principi di rango costituzionale (da cui discende l'interesse del lavoratore alla propria dignità professionale) e la concreta attuazione dei rapporti obbligatori. Qualora, al rifiuto del lavoratore di rendere la propria prestazione lavorativa, il datore di lavoro non faccia seguire uno spontaneo adeguamento del provvedimento alle ragioni anche dell'eccipiente, bensì irroghi a quest'ultimo una sanzione disciplinare, il lavoratore potrà agire in giudizio e fornire anche al giudice gli elementi necessari per effettuare una valutazione più ampia, recuperando la dignità professionale dell'attore quale oggetto di tutela e criterio sulla base del quale valutare la legittimità dell'azione datoriale.

⁶⁰² Per quanto la possibilità di garantire un'applicazione diretta dei diritti e dei valori costituzionalmente garantiti anche nei rapporti interprivati di lavoro sia stata teorizzata da tempo (cfr. Perulli, *op. cit.*, 2002, p. 15: «che la costituzione sia fonte di diritto idonea a disciplinare direttamente i rapporti inter-privati è argomentato dalla migliore dottrina costituzionalistica, oltre che ribadito dalla stessa Corte Costituzionale), infatti, i casi in cui la giurisprudenza civilistica se ne sia concretamente onerata non sono frequenti.

⁶⁰³ Cfr. Perulli, *op. cit.*, 2002, p. 14, ove afferma che sia «proprio la valenza integrativa che conferisce alla buona fede la funzione di riequilibrio della dimensione mercantile del rapporto obbligatorio a favore di quella "sociale" e (...) di governo della discrezionalità privata».

Che poi il concetto di professionalità si voglia intendere in senso tradizionale, quale tensione individuale verso il perfezionamento e l'arricchimento del bagaglio di nozioni, esperienze e competenze già acquisite nel corso del rapporto in essere, ovvero in senso più attuale e dinamico⁶⁰⁴, come professionalità inserita in un determinato contesto organizzativo aziendale, forma di tutela del lavoratore in quanto volta ad assicurargli una maggiore spendibilità e renderlo più adattabile alle proprie specificità, a quelle dell'impresa, del settore merceologico e del mercato del lavoro, poco cambia dal punto di vista di una proficua applicazione del rimedio di autotutela.

Altro vantaggio del ricorso al rimedio dell'autotutela è dato dal fatto che, ai sensi del 3° comma dell'art. 2103 c.c., anche ove il giudice rilevasse il mancato ottemperamento del datore di lavoro all'obbligo formativo gravante su di lui (o perché previsto nel contratto individuale o collettivo, ovvero perché considerato scaturente dall'applicazione della clausola di buona fede *in executivis*, ove l'imprenditore intendesse adibire il lavoratore a una mansione per cui costui non fosse preparato), l'unica conseguenza sanzionatoria possibile sarebbe il risarcimento del danno alla professionalità⁶⁰⁵, dal momento che la norma vieta

⁶⁰⁴ Secondo quanto sostenuto da Brollo, *op. cit.*, 2015, p. 33, questa sarebbe la scelta più auspicabile: bisogna infatti considerare le caratteristiche del mercato del lavoro italiano, «che vede un costante e crescente invecchiamento della forza lavoro, per effetto sia delle attuali dinamiche demografiche, sia dell'innalzamento dell'età pensionabile, sia della difficoltà di procedere al c.d. "ricambio generazionale". Sicché diventerà sempre più centrale il ruolo della formazione continua, dell'aggiornamento e dello sviluppo delle competenze lungo tutto il ciclo della vita».

⁶⁰⁵ Dopo note sentenze gemelle della Suprema Corte a Sezioni Unite dell'11.11.2008 sul divieto di moltiplicazione delle voci risarcitorie, il danno alla professionalità si configura composito, in quanto vi è presente una componente patrimoniale, riconosciuta in particolare nei casi in cui si tratti di un'attività lavorativa soggetta a una continua evoluzione professionale (in passato, invece, veniva parametrato alla quota percentuale della retribuzione percepita nel periodo del demansionamento) e una componente legata al ristoro delle lesioni non patrimoniale subite dal lavoratore, sia sul piano medico-sanitario (occorrendo stati ansioso-depressivi) quanto sul piano della mortificazione della propria identità professionale. Cfr., più di recente, Cass. Civ., S.U., 22.2.2010, n. 4063, ai sensi della quale «Nella disciplina del rapporto di lavoro, ove numerose disposizioni assicurano una tutela rafforzata alla persona del lavoratore con il riconoscimento di diritti oggetto di tutela costituzionale (art. 32 e 37 cost.), il danno non patrimoniale è

espressamente di considerare nullo l'atto di *ius variandi* (senza contare gli ostacoli di non agile superamento che si pongono al lavoratore dal punto di vista probatorio, in caso di demansionamento). L'eccezione di inadempimento, invece, prevedendo la maturazione del diritto alla retribuzione quale effetto della messa in mora del datore di lavoro, mediante l'offerta di svolgere le mansioni correttamente spettanti, consente (almeno dal punto di vista giuridico) di minimizzare le perdite economiche e, al contempo, agendo quale mezzo di induzione all'adempimento per l'imprenditore, agevola una soluzione della controversia consistente nella rimozione del provvedimento illegittimo di adibizione a mansioni deteriori.

In ogni caso, l'aver originariamente sollevato l'eccezione di inadempimento consente al giudice eventualmente adito, in un secondo momento, di valutare i rispettivi inadempimenti alla luce dell'art. 1460, co. 2, c.c. e prendere così ancora in considerazione valori che rischiavano di risultare del tutto obliterati dopo la riforma dell'art. 2103 c.c., *in primis* la professionalità del lavoratore.

configurabile ogni qualvolta la condotta illecita del datore di lavoro abbia violato, in modo grave, i diritti della persona del lavoratore, concretizzando un *vulnus* ad interessi oggetto di copertura costituzionale; questi ultimi, non essendo regolati *ex ante* da norme di legge, per essere suscettibili di tutela risarcitoria dovranno essere individuati, caso per caso, dal giudice del merito, il quale, senza duplicare il risarcimento (con l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici), dovrà discriminare i meri pregiudizi - concretizzatisi in disagi o lesioni di interessi privi di qualsiasi consistenza e gravità, come tali non risarcibili - dai danni che vanno risarciti, mediante una valutazione supportata da una motivazione congrua, coerente sul piano logico e rispettosa dei principi giuridici applicabili alla materia, sottratta, come tale, anche quanto alla quantificazione del danno, a qualsiasi censura in sede di legittimità. Il medesimo principio di diritto era già seguito da Cass. Civ. Sez. Lav., 12.5.2009, n. 10864, che ha confermato la decisione della corte territoriale che, in una controversia in tema di demansionamento, accertato il nesso causale tra la condotta illecita datoriale e lo stato depressivo del lavoratore, aveva riconosciuto il danno biologico e il danno morale nell'ambito del danno non patrimoniale, applicando correttamente - al di là delle singole espressioni utilizzate - il sistema bipolare introdotto nel sistema ordinamentale in materia risarcitoria e, quindi, fondando la liquidazione dei danni di cui erano risultati provati l'esistenza e il collegamento causale con l'illegittima condotta datoriale. Dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 81/2015, si veda Cass. civ., sez. lav., 12.6.2015, n. 12253, in *RIDL*, 2015, 4, p. 1004 e ss., con nota di Gargiulo, *Se il danno da demansionamento è (quasi) in re ipsa*.

Inoltre, si ritiene che l'eccezione di inadempimento possa utilmente fungere da argine altresì avverso il rischio di una strumentalizzazione, da parte del datore di lavoro, della maggiore libertà nell'individuazione delle mansioni da attribuire alla manodopera: l'imprenditore, infatti, ben potrebbe scegliere incarichi rispettosi dei limiti esterni posti dall'art. 2103 c.c. e purtuttavia abusivi, in quanto corrispondenti a mansioni che il lavoratore non sa o non è in grado di svolgere, per poi contestargli l'inevitabile inadempimento contrattuale e irrogare una pretestuosa sanzione disciplinare ovvero mortificare la dignità professionale del dipendente sino a spingerlo alle dimissioni.

In un caso del genere, il rimedio individuale fornito dall'autotutela permette di limitarne gli effetti dannosi e, se si arrivasse poi in giudizio, consentirebbe al giudice di vagliare *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. la complessiva condotta del datore di lavoro. Risulterebbe peraltro del tutto irrazionale, dal punto di vista dell'interesse organizzativo e produttivo aziendale, adibire un lavoratore a mansioni che non sia capace di esplicare, a meno che l'imprenditore non dimostri la propria buona fede predisponendo altresì degli adeguati interventi formativi che incrementino la professionalità del dipendente e, al contempo, lo pongano nella condizione di risultare più efficiente per la compagine imprenditoriale.

Adottando la prospettiva offerta dal giudizio di buona fede e proporzionalità si può circoscrivere l'area di imputabilità dell'inadempimento del lavoratore⁶⁰⁶, addossandola a quest'ultimo solo ove non si riscontri un preventivo inadempimento datoriale, consistente nella mancata offerta degli adeguati

⁶⁰⁶ Si pensi alla tecnica di delimitazione dell'area di responsabilità del lavoratore delineata da Smuraglia, *op. cit.*, p. 252, (la c.d. teoria dell'inesigibilità, pur differente dal caso di specie), al cui proposito l'Autore dichiarava che «il creditore non può pretendere uno sforzo superiore alla ordinaria diligenza, né un'attività illecita, né una attività che contrasti con i doveri morali del debitore e con gli interessi della sua personalità».

strumenti formativi che si qualifica alla stregua di una colpevole mancata cooperazione all'esecuzione da parte del creditore dell'obbligazione⁶⁰⁷.

Il quesito che ci si poneva all'inizio della presente ricerca era volto a verificare l'ammissibilità e, nel caso, le potenzialità intrinseche ai rimedi contrattuali manutentivi rientranti nella categoria dell'autotutela e, in particolare, all'eccezione di inadempimento, se applicati alle fattispecie lavoristiche inserite in un contesto sociale, economico e normativo in fase tanto decostruttiva (rispetto agli apparati di protezione tradizionali propri della materia) quanto ricostruttiva (in quanto aperto a nuovi modelli di riferimento nell'ambito della tutela, anche provenienti da altri settori dell'ordinamento, e a soluzioni interpretative innovative).

Ebbene, dal percorso argomentativo sinora condotto la risposta a tale quesito pare essere del tutto positiva, in quanto grazie a un'attenta sintesi di elementi apparentemente estranei ed eterogenei, come un istituto tipico del diritto dei contratti quale l'*exceptio inadimpleti contractus*, la clausola generale di correttezza e buona fede, sovente invocata in ogni e qualsiasi branca del diritto, e i principi costituzionali riguardanti la persona del lavoratore nella sua dimensione più dinamica e attuale (quale risulta dalla professionalità contrattuale calata nell'alveo dell'organizzazione aziendale e del mercato di riferimento, ma comunque carico di quel portato valoriale tipico della sfera personale), può dar vita a una reazione virtuosa all'interno dell'ordinamento giuslavoristico, particolarmente evidente ove si testi sulle ambiguità di tutela derivanti da applicazioni troppo formalistiche della nuova disciplina dello *ius variandi*.

⁶⁰⁷ Conclude in questo senso De Feo, *op. cit.*, p. 865, il quale tuttavia ritiene che, in una fattispecie del genere, il giudice sia autorizzato ad accertare l'effettività e le veridicità delle ragioni organizzative che avrebbero giustificato la variazione delle mansioni del lavoratore, proprio in attuazione delle regole di buona fede e correttezza che dominano il settore contrattuale (p. 863-864).

Come il ritorno della norma regolativa dello *ius variandi* all'interno del Codice Civile non rappresenta per forza un passo indietro rispetto alla direttrice evolutiva del diritto del lavoro, bensì un «riposizionarsi in quel luogo con un approccio nuovo che tiene conto dei passaggi in avanti compiuti nel suo terreno dalla legislazione e dall'interpretazione dei principi e dei valori costituzionali»⁶⁰⁸, così le nuove forme di contaminazione reciproca e di sovrapposizione delle rispettive sfere di influenza tra diritto del lavoro e diritto civile possono instillare nuova linfa vitale in un sistema di tutele sinora sin troppo esposto alle turbolenze esogene del mercato.

⁶⁰⁸ Così Brollo, *op. cit.*, 2015, p. 41.

Bibliografia

- AA.VV., *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico: atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro*, Parma, 4-5 giugno 2010, Giuffrè, Milano, 2011.
- Albi, *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, in *RIDL*, 2009, 3, II, p. 551 e ss..
- Ales, *La dimensione 'costituzionale' del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 129/2016.
- Ales, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse generale ed autotutela: spunti comparatistici*, Giappichelli, Torino, 1995.
- Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004.
- Alpa, *Manuale di diritto privato*, IX ed., Wolters Kluwer - CEDAM, Assago, 2015.
- Alvino, *I nuovi limiti al controllo a distanza dei lavoratori nell'intersezione fra regole dello Statuto dei lavoratori e quelle del codice della privacy*, in *Labour & Law Issues*, 2016, vol. 2, n. 1.
- Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1942.
- Ballestrero, *Diritto sindacale*, III ed., Giappichelli, Torino, 2010.
- Balletti, *Poteri imprenditoriali e interesse del lavoratore all'adempimento*, in *RCDP.*, 1990, 4, p. 695 e ss..
- Barassi, *Il diritto del lavoro*, II ed., 1957, vol. III, Giuffrè, Milano.
- Barbato, *Autotutela del lavoratore: rifiuto di prestazione non dovuta e eccezione di inadempimento*, in *MGL*, 2007, p. 281 e ss..
- Barcellona, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *GComm.*, 2, 2011, p. 295 e ss..
- Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *RDC.*, 2, 2014, p. 467 e ss..

- Bellomo, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in Aidlass, *Clausole generali e diritto del lavoro*, Giuffrè, 2014, p. 175 e ss..
- Benedetti, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, 3, p. 67 e ss..
- Benedetti, *Le autodifese contrattuali: artt. 1460 – 1462*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2011.
- Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo, parte generale*, IV ed., Cedam, Padova, 1987.
- Benvenuti, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959.
- Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, XXI ed., Giappichelli, Torino, 2015.
- Bettetini, *Autotutela e diritto di libertà di coscienza*, in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.
- Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953.
- Betti, voce *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 529 e ss..
- Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 2012.
- Bianca, *Eccezione di inadempimento e buona fede*, in *Il contratto. Silloge in onore di Oppo*, Cedam, Padova, 1992, p. 515 e ss..
- Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, 2014, Giuffrè, Milano.
- Bianca, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977.
- Bianca, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, aggiorn., vol. IV, 2000.
- Bigliazzi Geri – Busnelli - Ferrucci, *Artt. 2900-2969*, in *Commentario cod. civ.*, Libro VI: *della tutela dei diritti*, II ed., Utet, Torino, 1980.
- Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto*, II, Utet, Torino, 1988, p. 158 e ss..
- Bigliazzi Geri, *Profili sistematici dell'autotela privata*, I, Giuffrè, Milano, 1971.
- Bigliazzi Geri, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Giuffrè, Milano, 1974.

- Bini, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutiche e prime osservazioni*, in *ADL*, 2015, 4, p. 1240 e ss..
- Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, in Id., *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di filosofia del diritto. Prefazione di M.G. Losano*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 3 e ss..
- Bobbio, voce *Sanzione*, in *Nov. Dig. It.*, XVI, 1969.
- Bongiorno, *L'autotutela esecutiva*, Giuffrè, Milano, 1984.
- Borzaga, *Principio di equivalenza delle mansioni e ruolo della contrattazione collettiva: verso nuovi spazi di flessibilità?*, in *ADL*, 2007, II, p. 660 e ss..
- Branca, *Istituzioni di diritto privato*, Zanichelli, Bologna, 1958.
- Brollo - Vendramin, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi. Mansioni, qualifiche, jus variandi*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Persiani e Carinci F. – Vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo primo, Cedam, padova, 2012, p. 513 e ss..
- Brollo, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Carinci F. (a cura di), ebook Adapt n. 48/2015, p. 29 e ss..
- Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *ADL*, 2015, 6, p. 1156 e ss..
- Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento: art. 2103*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1997.
- Buffa, *“Collegato lavoro” e tutela giurisdizionale*, in *Quaderni Massimario della Cassazione*, 2011.
- Bulgarini D'Elci, *Autotutela del lavoratore e misura del risarcimento ex art. 18.*, in *D&L*, 2004, 3, p. 637 e ss..
- Buoncrisiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986.
- Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, Giuffrè, Milano, 2006.

Calderai, *Buona fede (in senso oggettivo)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, II, 2007, p. 608 e ss..

Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in Aidlass, *Clausole generali e diritto del lavoro*, Giuffrè, 2014.

Campanella, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro: art. 2126*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013.

Cappuccini, *L'autotutela unilaterale passiva*, in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.

Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *GDLRI*, 2008, 1, p. 147 e ss..

Carinci F. – Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2015.

Carinci F., *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 54/2007.

Carinci F., *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in *DLRI*, 2009, p. 423 e ss..

Carinci M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *Studi in onore di Tiziano Treu: lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Vol. 2, *Contratti di lavoro*, Jovene, Napoli, 2011, p. 787 e ss..

Carpino, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1988.

Carrà, *Percorsi evolutivi della funzione della responsabilità datoriale nell'ambito del sistema di responsabilità civile italiano*, in *Resp. civ. Prev.*, 2015, 5, p. 1704B.

Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.

- Castronovo, *Obblighi di protezione* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990.
- Cavallaro, *L'autotutela negata, ovvero: quale disciplina per il demansionamento illegittimo?*, in *RIDL*, 2008, 2, p. 270 e ss..
- Cavallaro, *Rapporto di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico*, in *RIDL*, 2001, 1, p. 63 e ss..
- Cester –Mattarolo, *Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro: art. 2104*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 469 e ss..
- Cester, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *DLRI*, 2016, I, p. 167 e ss..
- Cifarelli R., *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Dike giuridica, Roma, 2016.
- Ciucciovino – Maresca, *Le forme di autotutela del datore di lavoro e la repressione della condotta antisindacale*, in Carinci F. (a cura di) *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Mario Bessone, tomo I, sotto la coordinazione di Proia, Giappichelli, Torino, 2007.
- Ciucciovino, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013.
- Clarizia, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, ESI, Napoli, 2012.
- Clementel, *L'autotutela unilaterale attiva*, in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010
- Coraggio, voce *Autotutela*, I) *diritto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988.
- Corti, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act" (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, in Gragnoli (diretto da), *Variazioni sul tema del diritto del lavoro*, 2016, 1, p. 39 e ss..
- Costanza, *Sul legittimo uso della facoltà di sospendere la prestazione*, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2913 e ss..

- Dagnino, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Giuffrè, Milano, 1983.
- Dalmartello, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, 1960, p. 365 e ss..
- De Angelis, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 263/2015.
- De Feo, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, in *ADL*, 2015, 4-5, p. 853 e ss..
- De Luca Tamajo, *Introduzione*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico: atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro*, Parma, 4-5 giugno 2010, Giuffrè, Milano, 2011.
- Del Punta, *Diritto del lavoro*, 5° ed., Giuffrè, Milano, 2012.
- Dell'Olio, *Autotutela, III) diritto del lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988
- Devoto – Oli, *Il dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 1990.
- Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja e Branca*, Zanichelli, Bologna, 1985, p. 305 e ss..
- Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, II ed., Giuffrè, Milano, 1993.
- Di Majo, *Le forme di tutela contro i c.d. poteri privati.*, in *Giur. it.* 1980, I, 1, p. 440 e ss..
- Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009.
- Di Majo, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *RGL*, 1983, I, p. 341 e ss..
- Di Majo, *Una New Age per le tutele contrattuali?*, p. 1 e ss., in Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Jovene, Napoli, 2012.
- Di Stasi, *Obbligo di diligenza e obbedienza del lavoratore nel diritto vivente: una lettura ragionate dell'art. 2104 cod. civ. alla luce dei principali orientamenti giurisprudenziali*, in *ADL*, 2015, 3, p. 747 e ss..
- Duilio, *Violato l'obbligo di sicurezza dei lavoratori: legittimo il rifiuto di questi alla prestazione lavorativa*, in *D&G*, 2016, 5, p. 6 e ss..

- Fabris, *Il rifiuto di adempiere del lavoratore per omissione di misure di sicurezza*, in *LG*, 2009, n. 9, p. 881 e ss..
- Falsone, *Ius variandi e ruolo della contrattazione collettiva*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 308/2016.
- Fascione, *Profili storici dell’inadempimento*, in *RIDL*, 1993, II, p. 704 e ss..
- Ferrante, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004.
- Ferrara Santamaria, *La giustizia privata*, Jovene, Napoli, 1937.
- Foglia – Cosio (a cura di), *Il diritto del lavoro nell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2011.
- Forte, *L’illegittimità del licenziamento disciplinare in caso di applicazione dell’autotutela prevista dall’art. 1460 c.c.*, in *RGL*, II, p. 653 e ss..
- Franceschelli, *Nullità del contratto: artt. 1418-1423*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2015.
- Franzoni, *Buona fede*, in *Treccani online*, 2013.
- Gaeta (a cura di), *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura. Atti della giornata di studio, Siena, 31 gennaio 2003*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Gaeta, *Il diritto e il lavoro. Un percorso storico*, Cacucci, Bari, 2013.
- Galantino, *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014.
- Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in Visintini G. (a cura di), *L’abuso del diritto*, ESI, Napoli, 2016.
- Gallo, *Contratto e buona fede*, Utet, Torino, 2009.
- Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in Rusciano – Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.Collective Volumes, n. 3/2014.
- Gargiulo, *Lo ius variandi nel «nuovo» art. 2103 cod. civ.*, in *RGL*, 2015, n. 3, p. 619 e ss..

- Gargiulo, *Se il danno da demansionamento è (quasi) in re ipsa*, in *RIDL*, 2015, 4, p. 1004 e ss..
- Garilli, *Il contratto di lavoro e il rapporto di impiego privato nella teoria di Lodovico Barassi*, in *RGL*, 2001, n.3, p. 375 e ss..
- Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 2016, I, p. 129 e ss..
- Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Cedam, Padova, 2003.
- Garofalo, *Formazione e lavoro*, in *DLM*, 2005, p. 267 e ss..
- Garofalo, *Ludovico Barassi e il socialismo di cattedra*, in *RGL*, 2001, n.3, p. 389 e ss..
- Ghera – Liso, (voce) *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXVI, Giuffrè, Milano, p. 978.
- Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, 1979, p. 305 e ss..
- Ghinoy, *Art. 2103 c.c. e rotazione su posizioni di lavoro non equivalenti*, in *RIDL*, 1993, 1, II, p. 287.
- Gianniti, *Autotutela e diritto di resistenza*, in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.
- Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, Milano, 1939.
- Gitti – Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, 2008, Il Mulino, Bologna.
- Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- Giugni, *Diritto Sindacale*, Cacucci, Bari, 2014.
- Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963.

- Grande, *L'autotutela consensuale*, in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.
- Grondona, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in RTDPC, 2004, p. 727 e ss..
- Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana: teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2008.
- Ichino, *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 40/2005.
- Ichino, *Il contratto di lavoro*, in Cicu-Messineo-Mengoni (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. I 2000, vol. II e III, Giuffrè, Milano, 2003.
- Ichino, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in RIDL, 2012, I, p. 59 e ss..
- Ichino, *Sui limiti del controllo del datore sull'aspetto fisico del lavoratore*, in RIDL, 2002, 3, II, p. 658 e ss..
- Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Giuffrè, Milano, 2008.
- Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2012.
- Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma, 1998.
- Irti, *La crisi della fattispecie*, in RDP, 2014, 1, p. 40 e ss..
- Isola, *L'autotutela nel diritto del lavoro*, p. 277 e ss., in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.
- Kelsen, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967.
- Liberati, *L'autotutela amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2006.
- Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 257/2015.
- Liso, *L'incidenza delle trasformazioni produttive*, in QDLRI, 1987, 1, p. 169 e ss..

- Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982.
- Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970.
- Loy, *Formazione e rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1988.
- Loy, *La professionalità*, in *RGL*, 2003, I, p. 773 e ss..
- Loy, *Linee di tendenza della normalità italiana in materia della tutela della salute*, in AA.VV., *L'obbligazione di sicurezza*, in *QDLRI*, 1993, p. 18 e ss..
- Mainardi, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, UTET, Torino, 2012.
- Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico: art. 2106*, in Schlesinger (fondato da), Busnelli (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2002.
- Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957.
- Marazza, *Le tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Persiani e Carinci F. – Vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo secondo, Cedam, Padova, 2012, p. 1271 e ss..
- Marchesiello, *Diritto di resistenza. Come fare la rivoluzione attraverso il diritto*, GruppoAbele, 2013.
- Martone, *La subordinazione. Una categoria del Novecento*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Persiani e Carinci F. – Vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo primo, *Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2011, p. 3 e ss..
- Massetto, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto*, II, Utet, Torino, 1988, p. 136 e ss..
- Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002.
- Mazzamuto (a cura di), *Manuale del diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2016.
- Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, II ed., Giappichelli, Torino, 2015.

- Mazziotti di Celso, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Morano, Napoli, 1963.
- Mazzotta, *Concorsi privati e tecniche di tutela. Quasi un inventario*, in *DLRI*, 1991, p. 737 e ss..
- Mazzotta, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *RIDL*, 1991, p. 35 e ss..
- Mazzotta, *Diritto del lavoro e diritto civile: i temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994.
- Mazzotta, *Diritto del lavoro*, VI ed., in Iudica – Zatti, *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 5 e ss..
- Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 159/2012.
- Mazzotta, *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *Labor*, 1, 2017, p. 5 e ss..
- Mengoni, *Autonomia provata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 1 e ss..
- Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *RTDPC*, 2001, p. 1 e ss..
- Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985.
- Mengoni, *La cornice legale*, in *QDLRI*, 1987, 1, *L'inquadrimento dei lavoratori*, p. 46 e ss..
- Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzo» (studio critico)*, in *RDComm.*, 1954, I, p. 180 e ss..
- Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 6 e ss..
- Metro, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in D'Ippolito F.M. (a cura di), *Studi in memoria di Gennaro Franciosi*, 2007.
- Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1973.
- Muggia, *Ordine illegittimo del datore di lavoro e autotutela del dipendente*, in *D&L*, 2001, n. 3, p. 762 e ss..
- Muscarà, voce *Autotutela*, V) *diritto tributario*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988.

- Nannipieri, *L'accordo sulle mansioni inferiori*, in *RIDL*, 2001, 3, p. 355 e ss..
- Nannipieri, *Trasferimento del lavoratore e obbligo di valutare le condizioni personali e familiari dell'interessato*, in *RIDL*, 1995, II, p. 833 e ss..
- Napoli, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *RGL*, 1997, I, p. 269 e ss..
- Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Cicu - Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVI, t. 1, Giuffrè, Milano, 1974.
- Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955.
- Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *RTDPC*, 1958, p. 26 e ss..
- Navarretta, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 411 e ss..
- Nicolò, *Adempimento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 558 e ss..
- Nivarra – Ricciuto - Scognamiglio, *Istituzioni di diritto privato*, VIII ed., Giappichelli, Torino, 2016.
- Nivarra, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *EDP*, 2007, p. 411 e ss..
- Nivarra, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 3, p. 583 e ss..
- Nogler, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del nuovo diritto civile*, in *EDP*, 2013, 4, p. 961..
- Nogler, *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, in *GDLRI*, 2008, 2.
- Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009.
- Nuzzo, *Il nuovo art. 2103 Cod. Civ. e la (non più necessaria) equivalenza professionale*, in *RIDL*, 2015, 4, II, p. 1047 e ss..

Occhino, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee*, in *RIDL*, 2007, 2, II, p. 336 e ss..

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*, in *RIDL*, 2007, 4, p. 870 e ss..

Palmieri - Pardolesi, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *FI*, 2010, I, p. 95.

Palumbo, *L'autotutela nel diritto tributario*, in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.

Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2016.

Pavoni, *L'autotutela nel diritto comunitario e internazionale*, in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.

Pazzaglia, *L'autotutela decisoria*, in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.

Pera, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*, in *RIDL*, 1999, 1, p. 180 e ss..

Pera, *Il lavoratore deve radersi ogni giorno?*, in *RIDL*, 2002, 3, II, p. 662 e ss..

Perina, *La tutela della professionalità nel nuovo art. 2103 del codice civile*, in Piccinini – Pileggi – Rossi, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Lav. Prev. Oggi*, maggio 2016.

Perlingieri, *Persona e mercato*, in *RDC*, 1995, I, p. 289 e ss..

Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.

Persiani, *Diritto privato e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2008, n. 4-5, p. 947 e ss..

Persiani, in *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 2005, 1, p. 2 e ss..

Persiani, *Preliminari al potere disciplinare*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Persiani e Carinci F. – Vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo primo, *Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2011, pag. 769 e ss..

Persico, *L'eccezione d'inadempimento*, Giuffrè, Milano, 1955.

Perulli, *Buona fede e diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, p. 19 e ss..

Perulli, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *RIDL*, 2007, 4, p. 427 e ss..

Perulli, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992.

Pessi, *Fattispecie ed effetti nel diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Persiani e Carinci F. – Vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione* – Tomo primo, *Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2011, p. 49 e ss..

Piccari, *Inidoneità sopravvenuta e patto di dequalificazione: «fragilità» di un orientamento consolidato*, in *RGL*, 2006, n. 2, p. 264 e ss..

Piraino, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 2, p. 233 e ss.

Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015.

Pisani, *Formazione professionale “continua”, equivalenza delle mansioni, giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *MGL*, 2004, 5, p. 396 e ss..

Pisani, *L'ambito del repêchage alla luce del nuovo art. 2103 cod. civ.*, in *ADL*, 2016, p. 537 e ss..

Pisani, *La modificazione delle mansioni*, FrancoAngeli, Milano, 1996.

Pugliese, *Istituzioni di diritto romano - sintesi, II ed.*, Giappichelli, Torino, 1998.

Raffi, *Ideologia e regole nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *RGL*, 2016, 4, p. 845 e ss..

Realmondo, *Eccezione d'inadempimento* (voce), in *Enc. Giur.*, XIV, 1965, p. 222 e ss..

Riccobono, *Clausole generali e controllo dei poteri datoriali nella giurisprudenza sui concorsi privati: interessi e tecniche di tutela*, in *temilavoro.it*, 6, 2014, p. 2 e ss..

- Riccobono, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 1, p. 121 e ss..
- Rodotà, *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, in *RDComm.* 1967, I, p. 83 e ss..
- Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004.
- Romagnoli, *Il diritto del secolo. E poi?*, in *DML*, 1999, 2, p. 3 e ss..
- Romagnoli, *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, in *Lavoratori e sindacato fra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.
- Romano Salvatore, *Autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1957.
- Roppo, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011.
- Roppo, *Il contratto*, in Iudica - Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2001.
- Roppo, *Rimedi-2*, in *Trattato del contratto*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 2006.
- Rossi, *Immagini e dimensione storico-giuridica del rapporto tra singolo e poteri costituiti*, in Gianniti (a cura di), *La disciplina dell'autotutela nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010.
- Rousseau, *Il contratto sociale*, Oscar Mondadori, Milano, 2002.
- Sacco, *I rimedi sinallagmatici*, in Sacco - De Nova, *Il contratto*, IV ed., II, Utet Giuridica, Torino, 2016.
- Sacco, *Trattato di diritto civile, Il contratto*, vol. I, Utet, Torino, 2004.
- Saffioti, *Le clausole generali di correttezza e buona fede e la posizione del lavoratore subordinato*, Giappichelli, Torino, 1999.
- Saisi, *Brevi note in materia di exceptio inadimpleti contractus nel contratto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 1996, 3, p. 536 e ss..
- Sala, *Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle sentenze più significative dell'ultimo decennio*, in *DRI*, 2001, 2, p. 249..
- Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, 1978.

Saporiti, *La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014.

Saraceno e Cantarella, *Forme di autotutela individuale del lavoratore*, in *MGL*, 2009, 3, p. 148 e ss..

Saturno, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione d'inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, ESI, Napoli, 1995.

Scaduto, *L'“exceptio non adimpleti contractus” nel diritto civile italiano*, in *Annuali del Seminario giuridico*, Palermo, 1921.

Scarano, *Il potere datoriale di esigere il lavoro domenicale e i limiti giurisprudenziali nella determinazione delle sanzioni*, in *RIDL*, 2016, 3, p. 569 e ss..

Scarpelli F., *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in *LD*, 1996, p. 25 e ss..

Scarpelli F., *Lavoratore subordinato e autotutela collettiva*, Giuffrè, Milano, 1993.

Scarpelli F., *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *DRI*, 1994, 2, p. 43 e ss..

Scarso, *Il contraente «debole»*, Giappichelli, Torino, 2006.

Scognamiglio R., *Conclusioni*, in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche. Atti del seminario svoltosi a Roma il 26 maggio 1990 presso l'Università Roma La Sapienza*, p. 152 e ss..

Scognamiglio R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2001, I, p. 95 e ss..

Scognamiglio R., *Rapporto di lavoro e contratto*, in *ADL*, 2005, n. 3, p. 745 e ss.

Scognamiglio R., *Responsabilità civile e danno*, Giappichelli, Torino, 2010.

Scognamiglio R., voce *Responsabilità civile*, in *Nov. Dig. It.*, XV, 1968.

Senn., *Buona fede nel diritto romano*, in *Digesto*, II, Utet, Torino, 1988, p. 130 e ss..

- Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967.
- Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992.
- Stolfa, *L'exceptio inadimplenti del lavoratore a fronte degli obblighi di sicurezza: limiti dell'elaborazione giurisprudenziale e supplenza della dottrina*, in *RGL*, 2016, 2, p. 249 e ss..
- Suppiej, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, Atti del IX Convegno nazionale di diritto del lavoro, Saint Vincent, 3-6 giugno 1971, Milano, 1972.
- Suppiej, *La struttura del rapporto di lavoro*, vol. II, Cedam, Padova, 1963.
- Tiraboschi, *Diritto di sciopero ed eccezione di inadempimento*, in *DRI*, 2008, p. 1210 e ss..
- Torrente - Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXI ed., Giuffrè, Milano, 2013.
- Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Vol. 5, *Rimedi 2*, a cura di Roppo, Giuffrè, Milano, 2006.
- Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, La China, *Tutela dei diritti: tomo primo*, II ed., Utet, Torino, 1997.
- Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2005.
- Tucci, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *RDC*, 1967, I.
- Tullini, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Bologna, 1990.
- Tullini, *Motivazione e controllo giudiziale del trasferimento del lavoratore*, in *RIDL*, 2, 1999, p. 55 e ss..
- Tullini, *Poteri privati dell'imprenditore ed esercizio di autotutela contrattuale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, 4, II, p. 947 e ss.
- Vacca, *Profili della "risoluzione" nella compravendita e nella locazione fra storia e comparazione*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 2, p. 493 e ss..
- Vallebona, *Eccezione di inadempimento e contratto di lavoro*, in *RIDL*, 1993, 4, II, p. 698 e ss..

- Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale*, Cedam, Padova, 1995.
- Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, Torino, 2015.
- Varva, *Quali limiti al ricorso all'eccezione di inadempimento da parte del lavoratore? Il punto sulla giurisprudenza*, in *Note Informative*, 2009, n. 44, p. 88 e ss..
- Vecchi, *L'eccezione di inadempimento*, in Mazzamuto S. (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002.
- Vettori, *Contratto e rimedi*, II ed., Cedam, Padova, 2009.
- Vettori, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *RTDPC*, 2015, 3, p. 787 e ss..
- Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, in *ADL*, 2016, 3, p. 465 e ss..
- Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, ESI, Napoli, 2004.
- Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, WP CDSLE "Massimo D'Antona".IT, n. 262/2015.
- Voza, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *RGL*, 2006, 2, p. 229 e ss..
- Voza, *La modifica dell'art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 318/2017.
- Voza, *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2015, 1, III, p. 13 e ss..
- Voza, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *DLRI*, 1998, 3, p. 603 e ss..
- Zoli, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988.
- Zoppoli, *La corrispettività nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1991.