

AUTOTUTELA DEL LAVORATORE: RIFIUTO DI PRESTAZIONE NON DOVUTA E ECCEZIONE DI INADEMPIMENTO

*Maria Rosaria BARBATO**

RIASSUNTO

Vi sono situazioni in cui il datore di lavoro è inadempiente o travalica i limiti del proprio potere. In tali circostanze deve riconoscersi al lavoratore la possibilità di agire in via di autotutela e rifiutare la prestazione. Ma dal rifiuto di prestazione *non dovuta* deve distinguersi l'ipotesi del rifiuto in via di eccezione di *prestazione dovuta*. Il presente lavoro è pertanto volto a indagare la natura, le condizioni e le conseguenze delle due ipotesi di autotutela summenzionate.

PAROLE CHIAVE: Autotutela. Resistenza. Rifiuto prestazione. Eccezione di inadempimento. Limiti ai poteri datoriali.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il rifiuto della prestazione non dovuta – 3. Il rifiuto della prestazione dovuta in via di eccezione di inadempimento – 4. Le sentenze in commento

FORME DI AUTOTUTELA INDIVIDUALE DEL LAVORATORE

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONE LAVORO

25 luglio 2006, n. 16907 – Pres. Lupi – Est. Stile

Contratto di lavoro – Trasferimento illegittimo – Rifiuto da parte del lavoratore – Eccezione di inadempimento – Configurabilità – Licenziamento - illegittimità

* Doutora pela Universidade de Roma “Tor Vergata”
“Cultore della materia” na Universidade de Roma “Tor Vergata”
Professora Visitante no Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da PUC/MG
Pesquisadora da CAPES
E-mail: mr_barbato@hotmail.com

*Il provvedimento del datore di lavoro di trasferimento di sede di un lavoratore quando il contratto collettivo o individuale prevede che la prestazione lavorativa debba essere svolta in un determinato luogo, integra un inadempimento contrattuale tale che è ragionevole e conforme a buona fede il comportamento del lavoratore che rifiuti di ottemperare allo stesso in via d'eccezione di inadempimento, con conseguente illegittimità del licenziamento comminato per tale rifiuto**.*

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONE LAVORO

28 settembre 2006, N. 21037 – Pres. Mercurio- Est. Maiorano
– P. M. Destro

Contratto di lavoro – Trasferimento illegittimo – Rifiuto da parte del lavoratore – eccezione di inadempimento – configurabilità – non vincolatività dell'atto nullo - configurabilità

*Il provvedimento del datore di lavoro di trasferimento di sede di un lavoratore privo di adeguata giustificazione è nullo ed integra un inadempimento parziale del contratto di lavoro, con la conseguenza che la mancata ottemperanza a tale provvedimento da parte del lavoratore trova giustificazione sia quale eccezione di inadempimento, sia per l'inefficacia dell'atto inottemperato**.*

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONE LAVORO

5 ottobre 2006, N. 21403 – Pres. Senese – Est. De Renzis

Contratto di lavoro – Trasferimento illegittimo – Rifiuto da parte del lavoratore – Ammissibilità – licenziamento per inadempimento – illegittimità

*Il lavoratore che abbia rifiutato di ottemperare ad un trasferimento illegittimo non può essere per questo validamente licenziato**.*

** Massima a cura di questa rivista

1. Appare oramai pacifico anche per la dottrina il consolidato orientamento giurisprudenziale che legittima il rifiuto della prestazione del lavoratore a fronte dell'inadempimento ovvero del mancato rispetto, da parte del datore di lavoro, dei limiti ai propri poteri¹.

¹ Così in ipotesi di violazione dei limiti dello *ius variandi* si veda Cass., sez. lav., 16 maggio 2006, n. 11430, in *Mass.*, 2006, 913; Cass. 8 agosto 2003, n. 12001 in *Orient. giur. lav.* 2003, I, 619; Cass. 1 marzo 2001, n. 2948, in *Foro it.*, 2001, I, 1869; Cass. 28 luglio 2000, n. 9957, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 38; Cass. 26 giugno 1999, n. 6663, in *Rep. Foro it.*, 1999, 927; Cass. 8 giugno 1999, n. 5643, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 1095; 8; Cass. 12 ottobre 1996, n. 8939, in *Lav. giur.*, 1997, 422; Cass. 3 febbraio 1994 n. 1088, in *Mass. Giur. Lav.*, 1994, suppl., 20; Cass. 7 dicembre 1991 n. 13187, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, 947; Cass. 6 aprile 1990 n. 2894, in *Mass. Giur. Lav.*, 1990, suppl., 77; Cass. 5 dicembre 1988, n. 6609, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (Rapporto)*, 1989, 841; Cass. 3 aprile 1987 n. 3250, in *Foro it.*, 1988, I, 221; Cass. 5 marzo 1987, n. 2346, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, 480; Cass. 5 aprile 1984 n. 2231, in *Riv.it. dir. Lav.*, 1984, II, 786; Cass. 10 gennaio 1984, n. 186, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984, 332; Cass. 6 dicembre 1983, n. 7281, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 706; Cass. 24 giugno 1977, n. 2691, in *Mass. Giur. Lav.*, 1977, 591. In caso di trasferimento ingiustificato: Cass. 9 marzo 2004, n. 4771 in *Lav. giur.*, 2004, 881; Cass. 20 dicembre 2002, n. 18209 in *Notiziario giur. lav.* 2003, 331; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1074, in *Not. Giur. Lav.*, 1999, 335; Pret. Milano 18 aprile 1998, in *Riv. Giur. Lav. news*, 1998, 20; Pret. Milano 22 marzo 1994, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1994, 916; Cass. 29 gennaio 1990 n. 577, in *Mass. Giur. Lav.*, 1990, 174; Cass. 3 luglio 1984, n. 3892, in *Giust. Civ.*, 1984 I, 3311; Cass. 4 maggio 1981 n. 2715, in *Riv. Giur. Lav.*, 1981, II, 563; Cass. 18 novembre 1975 n. 3875, in *Mass. Giur. Lav.*, 1976, 28; Cass. 21 marzo 1975 n. 1073, in *Mass. Giur. Lav.*, 1976, 106; Cass. 6 marzo 1975, n. 832, in *Mass. Giur. Lav.*, 1976, 103. In ipotesi di violazione delle norme in materia di sicurezza: Cass. 7 novembre 2005, n. 21479 in *Guida al dir.*, 2005, f. 46, 14; Tribunale Agrigento, 11 giugno 2002, in *Riv. it. dir. lav.* 2003, II, 114; Trib. Milano 4 aprile 2002, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2002, 718; Pret. Milano 23 aprile 1999, in *Riv. critica dir. lav.* 1999, 645; Pret. Milano 23 maggio 1998, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1998, 1062; Cass. 17 dicembre 1997 n. 12773 in *Riv. it. dir. lav.* 1998, II, 270; Trib. Milano 22 dicembre 1992, in *Orient. Giur. Lav.*, 1993, 279; Pret. Roma 26 maggio 1992, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1993, 129; Cass. 13 settembre 1991, n. 9569, in *Riv.it. dir. Lav.*, 1992, II, 921; Pret. Bergamo 8 gennaio 1985, in *Lavoro* 80, 1986, 157; Non ritengono invece legittimo il rifiuto ovvero lo ritengono legittimo solo a determinate condizioni: Cass. 7 febbraio 1998, n. 1307, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 855; Pret. Roma 10 dicembre 1996, in *Giur. Lav. Lazio*, 1998, 725; Cass. 16 gennaio 1996 n. 307, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, 536; Pret. Torino 22 marzo 1994 in *Giur. Piemontese*, 1994, 534; Cass. 7 dicembre

Sul fondamento giuridico di tale rifiuto la confusione, tuttavia, è ancora notevole, come attestano le sentenze in epigrafe.

E così Cass. n. 16907/06 ritiene applicabile alla fattispecie controversa, avente ad oggetto il rifiuto del lavoratore di ottemperare ad un ordine di trasferimento ritenuto illegittimo, l'eccezione di inadempimento, costruendo il comportamento datoriale quale violazione di un obbligo contrattuale². Mentre Cass. n. 21037/06, in una fattispecie analoga, alla ricostruzione in termini di eccezione di inadempimento aggiunge il rilievo che gli atti nulli non producono effetti³. Infine Cass. n. 21403/06 consente al lavoratore di rifiutare il trasferimento illegittimo senza passare per l'eccezione di inadempimento.

La distinzione decisiva è, dunque, tra il rifiuto della prestazione non dovuta da un lato e il rifiuto della prestazione dovuta in via di eccezione al comportamento inadempiente del datore di lavoro dall'altro lato.

1991, n. 13187, in *Giust. civ. Mass.* 1991, fasc.12..;

² Nello stesso senso Cass. 7 novembre 2005, n. 21479, *cit.*; Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689 in *Lav. giur.* 2004, 1169 che tuttavia ravvisa sussistente la grave insubordinazione legittimante il licenziamento per giusta causa nel comportamento del lavoratore che rifiuti di eseguire la prestazione lavorativa nei modi e nei termini fissati dal datore di lavoro per pretesa dequalificazione delle mansioni quando il datore di lavoro assolva a tutti gli altri obblighi (retribuzione, copertura previdenziale ed assicurativa, assicurazione diritto al lavoro); Cass. 14 marzo 2003, n. 3787, in *Contratti*, 2004, 446; Cass. 23 giugno 2001, n. 8621, in *Not. Giur. Lav.* 2002, 105; Cass. 26 giugno 1999, n. 6663, *cit.*; Cass. 12 ottobre 1996, n. 8939, *cit.*; Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, in *Dir. lav.* 1996, II, 356; Cass. 23 dicembre 1992, n. 13620, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, 698; Cass. 12 settembre 1991, n. 9535, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, fasc. 9; Cass. 5 dicembre 1988, n. 6609, *cit.*; 19 gennaio 1985, n. 178 in *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 1; Cass. 6 dicembre 1983, n. 7281, *cit.*. Si veda in tema TESTA, *Dequalificazione professionale del dirigente ed eccezione di inadempimento* (nota a Trib. Torino, 22 novembre 1999) in *Dir. Lav.*, 2000, II, 37; Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996.

³ Si appellano al principio del *quod nullum est nullum producit effectum* Cass. 9 marzo 2004, n. 4771, *cit.*; Cass. 20 dicembre 2002, n. 18209 *cit.*; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1074 *cit.*. Non escludono l'applicabilità di entrambi gli strumenti Cass. 9 marzo 2004, n. 4771, *cit.*; Cass. 20 dicembre 2002, n. 18209 *cit.*

2. Se il datore di lavoro travalica i limiti del proprio potere, questo non può considerarsi più tale. Difatti la posizione di soggezione del lavoratore si giustifica attraverso la mediazione del contratto di lavoro che individua i margini⁴ entro cui l'autorità datoriale deve contenersi⁵. Pertanto la pretesa del datore di lavoro esorbitante i confini di ciò che il lavoratore è effettivamente tenuto a fare non ha ragione d'essere e, conseguentemente, in assenza di potere legittimamente esercitato, la prestazione richiesta non è dovuta e il lavoratore può rifiutarla legittimamente⁶ in via di autotutela.

Tale ipotesi si riscontra, ad esempio, nel trasferimento ingiustificato⁷ o nella assegnazione a mansioni inferiori⁸.

⁴ Sembra opinabile, a tal proposito, il ricorso operato dalla giurisprudenza per l'individuazione di tali margini a criteri legati al valore sociale della prestazione richiesta ovvero alle qualità personali del lavoratore in luogo di una auspicabile e necessitata operazione ermeneutica di ampliamento a monte dell'area del dovuto. Si veda una per tutte Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689 che, nel definire illegittimo il rifiuto di una fisioterapista di accompagnare giornalmente a casa un'assistita dopo il trattamento fisioterapico effettuato presso la sede dell'associazione argomentava sulla base della circostanza che "(...) l'accompagnare un disabile su di una carrozzella per un tragitto cittadino (anche lungo) non può certo costituire per una giovane donna trentaduenne (che non ha dedotto e provato controindicazioni di natura fisica) un onere tale da rendere inesigibile una prestazione che, contrariamente a quanto apoditticamente rilevato nella sentenza impugnata, si connotava proprio per l'alto grado di "dignità del lavoro prestato" per il concreto esempio nei confronti della collettività di favorire il recupero "sostanziale" della persona handicappata nella sua integrazione e partecipazione alla vita sociale"

⁵ Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982;

⁶ Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, 131. Dell'Olio, *Autotutela (Diritto del lavoro)* in *Enc. Giuridica Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, 3; Vallebona, *Il trasferimento del lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, I, 84; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano 1982, 285; Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.*, 1979, 354; Si veda Cass. 4 giugno 2002, n. 8096 in *Lav. Prev. Oggi*, 2002, 1332 secondo cui i provvedimenti del privato datore di lavoro (contrariamente a quello pubblico) non sono assistiti da una presunzione di legittimità che imponga l'ottemperanza agli stessi fino a contrario accertamento in giudizio

⁷ Cass. 9 marzo 2004, n. 4771 *cit.*; Cass. 20 dicembre 2002, n. 18209, *cit.*; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1074, *cit.*; Cass. 29 gennaio 1990 n. 577, *cit.*, 174; Cass. 4 maggio 1981 n. 2715, *cit.*; Cass. 18 novembre 1975 n. 3875, *cit.*; Cass. 21 marzo 1975 n. 1073, *cit.*; Cass. 6 marzo 1975, n. 832, *cit.*;

⁸ Cass. 3 febbraio 1994 n. 1088, *cit.*; Cass. 7 dicembre 1991 n. 13187, in *cit.*; Cass.

L'unico onere gravante sul lavoratore che intende rifiutare la prestazione specificata da un ordine datoriale illegittimo è quello di offrire l'esatta⁹ prestazione restando a disposizione del datore di lavoro¹⁰.

Ciò che rileva nella fattispecie in esame è che il debitore offre la esatta prestazione, la quale, tuttavia, non viene effettuata per causa del creditore che la rifiuta pretendendone illegittimamente un'altra non dovuta. Resta qui irrilevante ogni questione relativa alla interdipendenza o equivalenza tra prestazioni corrispettive, poiché la valutazione riguarda solo il contenuto della prestazione lavorativa.

Se il datore di lavoro rifiuta la prestazione e insiste nel provvedimento illegittimo non ricevendo la prestazione esatta offerta dal lavoratore –*in primis* non può considerarsi inadempiente il dipendente che, conseguentemente, non può essere sanzionato¹¹ –; *in secundis* si realizza una situazione di *mora credendi* dell'imprenditore creditore che ha l'effetto di porre a suo carico ogni aggravio e maggior rischio derivante dalla sua mancata cooperazione.

6 aprile 1990 n. 2894, *cit.*; Cass. 3 aprile 1987 n. 3250, *cit.*; Cass. 24 giugno 1977, n. 2691, *in cit.*

⁹ Se il lavoratore offre una prestazione parziale o diversa da quella dovuta (artt. 1181 e 1197 CC) non si realizza la mora del creditore con tutte le conseguenze del caso. Così come concorrendo la mancata cooperazione del creditore e, indipendentemente da questa, l'impossibilità della prestazione del debitore, prevalgono le regole relative alla impossibilità della prestazione del debitore con esclusione in ambito lavoristico dell'obbligo retributivo. Così Bigliuzzi Geri, *Mora del creditore*, in *Enc. Giuridica Treccani*, vol XX, Roma, 1990, 2.

¹⁰ A tal proposito si veda Cass. 4 marzo 1989 n. 1202, in *Giust. civ. Mass.* 1989, fasc. 3 per la quale l'eventuale esercizio di altra attività da parte del lavoratore che abbia rifiutato la prestazione integra gli estremi di una volontà risolutiva del rapporto.

¹¹ Sul tema si veda Cattaneo, *La mora del creditore*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna, 1973. In giurisprudenza cfr. Trib. Roma 11 maggio 2000 in *Riv. Giur. Lav.*, 2001, II, 623; Cass. Cass 3 aprile 1987 n. 3250, *cit.*; Cass. 2824/1990 *cit.*, Cass. Cass. 7 dicembre 1991, n.13187, *cit.*; Cass. 3 febbraio 1994 n. 1088, *cit.*; diversa è l'ipotesi in cui al rifiuto della prestazione si accompagnino altri e ulteriori atti autonomamente illegittimi (quali l'occupare spazi aziendali, il pronunciare espressioni ingiuriose e sprezzanti nei confronti del datore o del superiore gerarchico). In questa ipotesi, il rifiuto, per gli stessi atti illegittimi che l'accompagnano, è privo del carattere di positività necessari alla sua giustificazione e la condotta del lavoratore può configurare giusta causa di licenziamento. Cfr Cass. 8 agosto 2003, n. 12001 *cit.*

In deroga al principio di cui all'art. 1463 CC il datore di lavoro rimane obbligato al pagamento della retribuzione in forza della traslazione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta in capo al creditore ex art. 1207 CC¹². Il debitore che si è liberato offrendo l'esatta prestazione ha diritto, infatti, di ricevere la controprestazione, che, avendo natura retributiva, non tollera le decurtazioni proprie del regime risarcitorio¹³.

3. Dal rifiuto della prestazione non dovuta si distingue l'altro strumento di autotutela a disposizione del lavoratore che è l'eccezione di inadempimento, esperibile nelle diverse ipotesi in cui il datore di lavoro violi un limite ai propri poteri ricostruito come obbligo contrattuale tale da renderlo inadempiente¹⁴. Ciò avviene, ad esempio, oltre che nel caso di mancato pagamento della retribuzione, in caso di violazione dell'obbligo di sicurezza previsto dall'art. 2087 C.C. oppure di effettuazione da parte dell'imprenditore di controlli o di indagini vietate (art. 2, 3, 4, 5, 6, 8 Stat. Lav.)¹⁵.

L'*exceptio inadimpleti contractus*¹⁶ contemplata nell'art. 1460 CC, è una eccezione dilatoria¹⁷ di diritto sostanziale, che attribuisce ad una parte del rapporto sinallagmatico in una fase patologica dello

¹² Ciò anche ai sensi della L. 1825 del 1924 sull'impiego privato che all'art. 6 ultimo comma recita "In caso di sospensione di lavoro per fatto dipendente dal principale, l'impiegato ha diritto alla retribuzione normale o in caso di rifiuto del principale, alle indennità di licenziamento di cui all'art. 10". Cass. 29 gennaio 1990 n. 577, *cit.*; Cass. 24 giugno 1977, n. 2691, *cit.*; Cass. 13 settembre 1991, n. 9569 *cit.*

¹³ Ghera-Liso, *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 1000, Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, 1992, 321 ss.

¹⁴ Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, *cit.* 131.

¹⁵ Vallebona, *ibidem*.

¹⁶ Bigliuzzi Geri, *Autotutela: Il Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani* vol. IV, Roma, 1988, 2; Dell'Olio, *op. cit.*, 3.

¹⁷ Si tratterebbe cioè di un'eccezione che non travolge l'intero regolamento negoziale, ma consente di posticipare l'adempimento al ricorso di determinate circostanze. Così Bigliuzzi Geri, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 1988. Si veda sul tema il contributo di Ferrante, *potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Torino, 2004.

stesso il diritto¹⁸ di paralizzare la pretesa della parte che per prima si sia resa inadempiente, rendendo legittimo il rifiuto conseguente dell'*excipiens* di eseguire la propria prestazione, la quale, pertanto, diviene temporaneamente inesigibile e dunque non qualificabile come inadempimento.

Essa, quindi, ha varie finalità tra cui quella di fungere da strumento di pressione onde favorire l'adempimento e prevenire ulteriori futuri inadempimenti datoriali, oltre a quello di riequilibrare una situazione di disuguaglianza tra le parti salvaguardando il sinallagma contrattuale alterato dall'inadempimento¹⁹.

L'eccezione può essere proposta al di là dall'instaurarsi del giudizio²⁰, non essendo l'effetto della norma condizionato ad una sentenza del giudice.

In giudizio essa non è rilevabile *ex officio* dal giudice²¹, secondo il principio dell'art. 112 CPC per il quale il giudice non può pronunciare d'ufficio sulle eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti²² e pertanto non può essere proposta per la prima

¹⁸ Secondo Bigliuzzi Geri si tratta di diritto potestativo, *Risoluzione per inadempimento cit* diversamente D'agnino nega tale natura al diritto di autotela sul presupposto che l'autotutela non mirerebbe a modificare l'altrui sfera giuridica, ma a mantenere la propria inalterata nega, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, 74.

¹⁹ Cendon, *Commentario al codice civile (aggiornamento 1991-2001)*, II, 805. Bigliuzzi Geri, *Risoluzione per inadempimento, cit.*, 1-2;

²⁰ Cass. 28 aprile 1986, 2923 in *Giust. civ.* 1987, I, 919; *Contra* Cass. 17 aprile 1981, n. 2332 in *Mass. Giust. civ.* 1981, fasc. 4.

²¹ App. Milano 16 luglio 2003, in *Giur. milanese* 2004, 97; Cass. 5 agosto 2002, n. 11728, in *Mass. Giust. civ.* 2002, 1471; Cass. 29 settembre 1999, n. 10764 in *Giust. civ. Mass.* 1999, 2028; Cass. 24 aprile 1996, n. 3879 in *Foro it.* 1996, I, 3738; Cass. 28 marzo 1983, n. 1934 in *Giust. civ. Mass.* 1983, fasc. 3.

²² Sulla circostanza che la norma affermi implicitamente l'esistenza di due categorie di eccezioni di merito e cioè quelle sulle quali il giudice può pronunciarsi d'ufficio e quelle che possono essere proposte solo dalle parti ORIANI, *Leccazione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, IV, 14; GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del cod. di proc. Civ.*, diretto da E. Allorio, I, Torino, 1973, 1272;

In ogni caso per la proposizione giudiziale dell'eccezione la giurisprudenza maggioritaria propende per l'orientamento secondo cui non sono richieste forme speciali o sacramentali essendo sufficiente che la volontà della parte di sollevarla (onde paralizzare l'avversa domanda di adempimento) sia desumibile,

volta in appello²³.

Considerato che nei contratti sinallagmatici ciascun contraente può rifiutarsi di eseguire la propria prestazione se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria prestazione (*inadimplenti non est adimplendum*)²⁴ con esclusione di responsabilità, il giudice chiamato a valutare i due comportamenti dovrà effettuare una ponderazione comparativa, tenendo conto del criterio di ordine cronologico e di quello logico, stabilendo se vi sia una relazione causale e quindi un vincolo di dipendenza tra l'obbligazione inadempita e quella conseguentemente rifiutata dall'altra parte in via d'eccezione²⁵.

in modo non equivoco, dall'insieme delle sue difese e, più in generale, dalla sua condotta processuale. In questo senso App. Milano, 16 luglio 2003, cit.; Cass. 5 agosto 2002, n. 11728, cit, 1471; Cass. 29 settembre 1999, n. 10764 cit; Tali pronunce si basano sul principio secondo cui un problema di extrapetizione sorgerebbe solo "quando si tratti di accertare se il giudice abbia pronunciato su una cosa diversa o maggiore di quella domandata" trattandosi invece di mera "interpretazione della domanda" quando egli debba "stabilire se una determinata richiesta sia stata esplicitamente od implicitamente proposta" Cass. 28 aprile 2004, n. 8128 in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 4; ma si veda Cass 17 agosto 1990, n. 8344, in *Giust. civ. Mass.* 1990, fasc. 8 secondo cui la eccezione di inadempimento deve essere espressamente dedotta restando escluso che la eccezione possa considerarsi proposta per il solo fatto della produzione in giudizio dei documenti che la giustificerebbero.

Diverso è il problema che si pone nell'ipotesi poi in cui ad agire giudizialmente sia il datore di lavoro - ad esempio per l'accertamento della legittimità del licenziamento irrogato - della possibilità o meno per il giudice, in caso di contumacia del convenuto, di tener conto di una eccezione (non rilevabile d'ufficio) fatta valere prima del giudizio per opporsi alla pretesa di controparte, ma la soluzione sembrerebbe negativa non potendo il giudice ritenere esistente senza prova il fatto addotto stragiudizialmente come eccezione, salvo che l'avvenuto esercizio in via stragiudiziale dell'eccezione di inadempimento sia desumibile dal fascicolo dell'attore. In tal senso Satta-Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 173

²³ Cass. 20 settembre 2002, n. 13746, in *Mass. Giust. civ.* 2002, 1688.

²⁴ Salvo che si sia stabilito che i corrispettivi adempimenti siano dovuti in tempi diversi, o che ciò risulti dalla natura del contratto.

²⁵ Cass. 2 aprile 2004, n. 6564 in *Riv. Giur. Lav.* 2004, II, 710; Cass. 6 settembre 2002, n. 12978 in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1638.

Il vincolo sinallagmatico deve intendersi quale vincolo di interdipendenza e non di corrispettività²⁶. Di qui l'applicabilità dell'eccezione anche alle obbligazioni accessorie o strumentali quali i doveri di protezione ex art. 2087 CC, nonchè alla eventualità che le diverse obbligazioni accedano ad una pluralità di fonti (legge, contratto collettivo o individuale, sentenza) legate tra loro per l'appunto da un nesso fatto palese dalla comune volontà delle parti che renda sostanzialmente unico il rapporto obbligatorio²⁷. Non sussiste alcun vincolo di interdipendenza tra gli obblighi derivanti da clausole collettive normative, che ineriscono al rapporto individuale di lavoro, e quelli derivanti da clausole collettive obbligatorie, concernenti il diverso rapporto tra sindacati e tra sindacati e datore di lavoro²⁸.

²⁶ In tal senso Bigliuzzi Geri, Della eccezione cit., secondo cui la corrispettività implica uno stretto vincolo tra i risultati, l'unicità della fonte delle obbligazioni dedotte e il carattere principale di queste. Il riferimento all'interdipendenza consente, invece, un'estensione dell'applicazione dell'*exceptio*, avendo riguardo alla sfera più ampia degli effetti giuridici direttamente o indirettamente volti alla realizzazione di quei risultati corrispettivi.

²⁷ Vallebona, Il trasferimento del lavoratore., cit, 698; Cass. 26-01-2006, n. 1698, in Mass., 2006, 260; Cass 17 marzo 2006, n. 5938 in Mass., 2006, 537; Cass. 28 maggio 2003, n. 8467 in Giust. civ. Mass. 2003, f. 5 in cui la S.C. ha escluso che, proposta da un dirigente industriale azione per ottenere l'adempimento delle obbligazioni assunte dal datore di lavoro con un contratto di transazione, potesse essere sollevata da quest'ultimo l'eccezione dell'art. 1460, c.c., sull'assunto del mancato risarcimento del danno derivante da un reato asseritamente commesso dal lavoratore in suo danno; Cfr. anche Cass. 19 dicembre 2003, n. 19556 in Giust. civ. Mass. 2003, f. 12; Cass. 14 gennaio 1998, n. 271 in Giust. civ. Mass. 1998, 59, Cass. 23 dicembre 1992, n. 13620, cit.; Cass. 11 marzo 1981, n. 1389 in Giust. civ. Mass. 1981, fasc. 3.

²⁸ Cass. 19 aprile 1979, n. 2204, in Mass. Giust. Civ., 1979, 4 secondo cui l'*exceptio inadimpleti contractus* non è opponibile se non in quanto sussista un rapporto di corrispettività tra la prestazione che si assume non adempiuta e quella di cui si pretende di rifiutare l'adempimento: ne consegue che, nell'ipotesi di più negozi, essa non è opponibile allorquando le reciproche inadempienze si riferiscano a rapporti distinti e autonomi, o, comunque, tali da non poter essere considerati in modo unitario, oppure come reciprocamente condizionati; Ma si veda contra Cass. 23 dicembre 1992 n. 13620, cit., la quale non opera alcun distinguo tra parte normativa e parte obbligatoria, ritenendo che i patti tutti intervenuti con contratto collettivo "possono essere considerati dei sub-contratti nell'ambito della più vasta operatività del contratto di lavoro, cui sono sottordinati".

Poiché la norma dell'art. 1460 fa espresso riferimento alla buona fede è necessario che il comportamento improntato al rifiuto di adempiere in via d'eccezione non contrasti con i principi generali della correttezza e lealtà²⁹, risulti ragionevole e logico in senso oggettivo e trovi concreta giustificazione nel raffronto qualitativo (e non quantitativo)³⁰ tra prestazioni ineseguite e prestazioni rifiutate³¹.

Così potranno considerarsi indici della sussistenza della buona fede la comunicazione, già in sede stragiudiziale, dei motivi dell'*exceptio* ovvero la formulazione di un invito ad adempiere nel caso di tolleranza pregressa dell'inadempimento datoriale³². Diversamente essa non può ritenersi sussistente quando l'eccezione sia determinata da motivi non corrispondenti alle finalità per le quali

²⁹ Cass. 7 novembre 2005 n. 21479 cit., secondo cui il requisito della buona fede previsto dall'art. 1460 CC "sussiste quando nella comparazione tra inadempimento cronologicamente anteriore e prestazione corrispettiva rifiutata il rifiuto sia stato determinato non solo da un inadempimento grave, ma anche da motivi corrispondenti agli obblighi di correttezza che l'art. 1175 CC impone alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità da questo perseguite". Si veda inoltre Cass. 12 luglio 2002, n. 10187 in Riv. It. Dir. Lav. 2003, I, 847. Così non è giustificato il licenziamento del lavoratore che rifiuti la prestazione in seguito alla mancata adozione da parte del datore di lavoro, pur in assenza di specifiche norme, di misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e psichica del lavoratore, "sempre che tale necessità sia evidente, o comunque accertabile o accertata";

³⁰ Cass. 7 novembre 2005 n. 21479, cit.

³¹ Cass. 16-05-2006, n. 11430 cit., secondo cui il giudice "qualora rilevi che l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave ovvero ha scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 c.c., deve ritenersi 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, 2° comma, c.c."; Cass. 26 aprile 2006, n. 9557 in Mass., 2006, 817 in tema di distacco; Cass. 2 aprile 2004, cit.; Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, cit.; Cass. 25 febbraio 1987, n. 1991 in Giust. civ. Mass. 1987, fasc. 2; Cass. 6 novembre 1981, n. 5865 in Giust. civ. Mass. 1981, fasc. 11; Cass. 28 luglio 1980, n. 4862 in Giust. civ. Mass. 1980, fasc. 7; Cass. 13 maggio 1980, n. 3151 in Giust. civ. Mass. 1980, fasc. 5; Cass. 21 febbraio 1979, n. 1123 in Giust. civ. Mass. 1979, fasc. 2

³² Vallebona, Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore cit., 135; Il trasferimento del lavoratore, cit., 699. Si veda Cass. 7 novembre 2005 n. 21479 cit.

è concessa dalla legge³³ o da pretesti dell'obbligato³⁴ ovvero da comportamento sleale³⁵.

Il giudice dovrà inoltre valutare, con apprezzamento che se congruamente motivato è insindacabile in sede di legittimità³⁶, la gravità dell'inadempimento e l'adeguatezza della reazione nel senso di proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto³⁷. Conseguentemente un inadempimento lieve non può fondare il contrapposto rifiuto di adempiere ad una prestazione principale, salva l'ipotesi di reiterazione di inadempimenti lievi da parte del datore di lavoro che legittimerebbe il ricorso all'*exceptio* in parola se preceduta da congruo preavviso³⁸.

Diversamente deve considerarsi legittima la sospensione dell'esecuzione del contratto ex art. 1460 CC anche se determinata dall'inadempimento di una obbligazione accessoria, ma tuttavia essenziale ai fini dell'equilibrio sinallagmatico del rapporto³⁹.

³³ Cass. 19 agosto 2003, n. 12161 in Giust. civ. Mass. 2003, f. 7-8; Cass. 11 maggio 1998 n. 4743 in Giust. civ. Mass. 1998, 998

³⁴ Cass. 19 agosto 2003, n. 12161, cit.; Cass. 22 giugno 1994 n. 5979 in Giust. civ. Mass. 1994, fasc. 6

³⁵ Cass. 19 agosto 2003, n. 12161, cit.

³⁶ Cass. 16-05-2006, n. 11430 cit.; Cass. 2 aprile 2004, n. 6564 cit.

³⁷ Cass. 7 novembre 2005 in Not. Giur. Lav., 2005, 615; Cass. 2 aprile 2004, n. 6564 cit.; Cass. 7 gennaio 2004, n. 58 in Giust. civ. Mass. 2004, f. 1; Cass. 19 agosto 2003, n. 12161, cit.; App. Napoli, 22 aprile 2002 in Nuovo dir. 2003, 670; Cass. 6 settembre 2002, n. 12978 cit.; Tribunale Roma, 9 aprile 2002 in Giur. romana 2002, 417; Cass. 18 aprile 2001, n. 5682 in Giust. civ. Mass. 2001, 814; Cass. 7 marzo 2001, n. 3341 in Foro it. 2001, I, 3667; Cass. 3 luglio 2000, n. 8880 Giust. civ. Mass. 2000, 1481; Cass. 22 gennaio 2000, n. 699 in Giust. civ. Mass. 2000, 119; Cass. 27 settembre 1999, n. 10668 in Giust. civ. Mass. 1999, 2016; Cass. 21 maggio 1990, n. 4565 in Mass. Giust. civ. 1990, fasc. 5; Cass. 6 novembre 1981, cit.;

³⁸ Vallebona, Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore, cit., secondo cui a tale conclusione si perviene attraverso l'applicazione analogica della norma dell'art. 1565 in materia di somministrazione.

³⁹ Cass. 19 agosto 2003, n. 12161, cit; Cass. 18 marzo 1999, n. 2474 in Giust. civ. Mass. 1999, 602. Cfr. sul tema COVI, Su eccezione di inadempimento ed esigibilità di mansioni accessorie (nota a Cass. sez. lav. 23 dicembre 2003, n.19689) in Riv. It. Dir. Lav., 2004, II, 777. In dottrina si veda Vallebona,

Diretta conseguenza dell'esperimento dell'eccezione d'inadempimento è per il lavoratore eccipiente la perdita della retribuzione in assenza di prestazione⁴⁰ in un certo senso compensata dall'obbligo datoriale di risarcire il danno causato dal proprio inadempimento⁴¹, ivi compreso il mancato guadagno parametrato alla retribuzione perduta e decurtata dell'eventuale *aliunde perceptum o percipiendum*⁴².

4. Alla luce di quanto esposto la sentenza Cass. 16907/2006 qualifica erroneamente quale eccezione di inadempimento il rifiuto del lavoratore che invece integra la diversa ipotesi di rifiuto di prestazione non dovuta in seguito ad esercizio di potere datoriale esorbitante i limiti dello stesso.

La sentenza Cass. 21037/2006, pur ricostruendo anch'essa come eccezione di inadempimento una situazione più esattamente qualificabile come rifiuto di prestazione non dovuta, si avvicina, poi, alla soluzione esatta quando rileva che gli atti datoriali nulli non possono produrre effetti e, quindi, non possono influenzare il contenuto dell'obbligazione del lavoratore. Ed è condivisibile anche quando assume che ove pure l'autotutela del lavoratore non fosse consentita dalle vicende concrete, l'estinzione del rapporto non sarebbe mai automatica, ma dovrebbe sempre derivare da un licenziamento per colpa, in ciò consistendo il rischio dell'autotutela⁴³

Eccezione di inadempimento e contratto di lavoro (Nota a Cass. sez. lav. 23 dicembre 1992, n. 13620), in Riv. It. Dir. Lav., 1993, II, 698

⁴⁰ Cass. 3 maggio 2004 n. 8364 in Dir. Prat. Lav.2004, 2468

⁴¹ Magno, Eccezione di inadempimento, retribuzione e risarcimento danni (nota a Trib. Vercelli 22 gennaio 1983), in Dir. Lav., 1984, II, 126. Dell'Olio, op. cit., 3.

⁴² Si vedano tuttavia Cass. 3 maggio 2004, n. 8364 cit.; Cass. 23 giugno 2001, n. 8621 cit. che limitano al minimo di legge di cinque mensilità di retribuzione (ex art. 18 L. 300 del 1970) il risarcimento del danno da parte del datore di lavoro ritenendo che per effetto dell'eccezione di inadempimento venga meno la presunzione iuris tantum di lucro cessante, presupponendo quest'ultima l'imputabilità al datore di lavoro dell'inadempimento.

⁴³ L'autotutela passiva è uno strumento non dà al lavoratore che rifiuti la prestazione alcuna garanzia circa la legittimità del suo esperimento, con la

Ineccepibile, infine, appare Cass. 21403/2006 che, nel limitarsi a dichiarare legittimo il rifiuto di un dipendente di trasferirsi per svolgere mansioni dequalificanti, non nomina neppure l'eccezione di inadempimento con i conseguenti problemi, correttamente accontentandosi dell'accertata non doverosità della prestazione lavorativa rifiutata.

conseguenza che in seguito ad accertamento giudiziale ben potrebbe essere ritenuto legittimo l'atto datoriale e inadempiente la contraria condotta del lavoratore; non appare quindi condivisibile la tesi di chi, sulla scorta dell'asserita efficacia e tempestività dello strumento in parola, escluderebbe nei medesimi casi la proponibilità dell'azione cautelare. Si veda in tal senso Cavallaro, Rapporti di lavoro e provvedimenti d'urgenza, un riesame critico, in Riv. It. Dir. Lav., 2001, I, 63 ss