



Vigilantibus, non dormientibus, iura succurrunt

DI ANDREA D'ALLEO

Abstract - *The refusal of performance by the worker can be rightfully object also in the safety on working obligation area under the art. 1460 c.c. The greater danger condition can rise also by the change of the working mode; therefore, this new model can be valued by the court, with any new measures taken to bridge the security gap given by the new organizational model. The objection to the non-fulfillment negates the punishment of the failure to perform and also the existence of "material fact" provided by art. 18, co. 4 l.n. 300/1970*

Abstract - *Le refus de la performance par le travailleur peut être opposé légitimement – ex art. 1460 c.c. – aussi dans les obligations de sécurité. La condition des plus grand danger pour le travailleur peut également résulter de la modification de le modèle organisationnel; donc ce nouveau modèle peut être évaluée par le juge, avec les nouvelles mesures prises pour surmonter l'écart de sécurité. L'exception d'inexécution exclut la responsabilité pour défaillance du travailleur et exclut, encore, l'existence du «événement contesté», ex art 18, co. 4 l.n. 300/70.*

Abstract - *La negación del desempeño laboral puede ser invocada legítimamente – ex art. 1460 c.c. - también en el contexto de las obligaciones que caben en el ámbito de la seguridad. La mayor condición de peligro para el trabajador puede derivar también del cambio del modelo de organización del trabajo; de manera que dicho modelo puede ser evaluado por el juez, que además estimará las medidas de seguridad adicionales, adoptadas para conseguir aquella seguridad que resulta de la modificación del modelo de organización. La excepción excluye el incumplimiento y, por lo tanto, la existencia del hecho cuestionado, ex art. 18, co. 4 l.n. 300/1970."*

Riassunto - *Il rifiuto della prestazione da parte del lavoratore può essere legittimamente opposto ex art. 1460 c.c. anche in materia di obblighi di sicurezza. La condizione di maggior pericolo - o, più in generale, di minor sicurezza - per il lavoratore può discendere anche dal mutamento del modello organizzativo adottato dall'impresa; pertanto, tale nuovo assetto organizzativo potrà essere oggetto del sindacato giudiziale, unitamente alle nuove – eventuali - misure predisposte dal datore per vincere il divario di sicurezza creatosi a seguito del mutamento dell'assetto organizzativo del lavoro. Il rifiuto della prestazione in via d'eccezione ex art. 1460*

* Commento a Tr. Genova, 23 marzo 2015, ordinanza; in questo stesso fascicolo nella sezione giurisprudenza.

c.c. si configura quale causa di giustificazione, capace – di per sé – di escludere l'inadempimento del lavoratore e, pertanto, la sussistenza del fatto contestato, ex art. 18, co. 4 L.n. 300/1970.

Sommario 1. *La fattispecie.* - 2. *Principali profili d'interesse dell'ordinanza in esame.* - 3. *L'obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c. - 4. La exceptio inadimpleti contractus nel contesto lavoristico ed i suoi limiti.* - 5. *La tutela accordata.*

LA FATTISPECIE.

La fattispecie in commento afferisce il licenziamento intimato ad un macchinista dipendente di Trenitalia, a fronte del rifiuto di quest'ultimo di eseguire la propria prestazione, conformemente alla precedentemente sollevata eccezione di inadempimento degli obblighi di sicurezza gravanti su parte datrice.

Più nello specifico, la questione concerne la sussistenza di una situazione di pericolo per i lavoratori, discendente dalla introduzione da parte della Società del modello organizzativo c.d. del "*macchinista unico*", in luogo del precedente a due macchinisti. Tale modello organizzativo - introdotto con accordo sindacale del 2010¹, limitatamente a talune tratte ed a talune fasce orarie - prevede che il *macchinista unico* sia affiancato dal cosiddetto "*tecnico polifunzionale treni*" (*TPT*), soggetto - questo - non abilitato alla conduzione del mezzo, ma - fra le mansioni cui attende - preposto all'arresto ed immobilizzo del treno in caso di emergenza; si rilevi - ulteriormente - che le operazioni d'immobilizzo, cui il tecnico è preposto, ineriscono in via esclusiva la messa in sicurezza del treno e - concretizzandosi nell'operazione di apposizione delle staffe - possono richiedere un cospicuo lasso di tempo. Tali limitate mansioni e l'oggetto delle cautele cui è preposto il TPT impediscono, pertanto, di accostare tale ultima figura al personale addetto alla conduzione dei locomotori, anche limitatamente a situazioni di pericolo.

Il ricorrente ha affermato in giudizio l'illegittimità del licenziamento intimatogli, in quanto la propria astensione è discesa e legittimata dal mancato rispetto degli obblighi di sicurezza da parte di Trenitalia. Dall'introduzione del menzionato modulo organizzativo - argomenta il lavoratore - discende un aggravio del pericolo per il personale conducente²; nell'ipotesi in cui un malore colpisca il macchinista, infatti,

¹Il testo integrale del verbale di accordo del 17 novembre 2010 - sottoscritto dal Gruppo FS (FS SpA, RFI SpA, *Trenitalia* SpA...) e CGIL, CISL, UIL, UGL, FAST - è reperibile in: http://www.filtcgilfoggia.it/norme_contratti/ferrovieri/accordo%2017.11.2010/Accordo%20Quadro%20completo%2017.11.2010%22.pdf; si veda - per quel che qui interessa - l'Allegato A dell'accordo.

²Si pone ad ulteriore sostegno di tale tesi l'argomentazione secondo la quale le tratte alla cui percorrenza il ricorrente era assegnato presentano una "*altimetria fortemente ondulata ed alterna*", nonché aree a binario unico ed una serie di gallerie, fra le quali una lunga otto chilometri, circostanze - queste - determinanti un evidente aggravio del pericolo nell'ipotetico caso di malore del macchinista.

nessun soggetto sarebbe abilitato a condurre il treno fino al punto più idoneo alla gestione dell'emergenza.

La società datrice ha contrariamente argomentato nel senso che tale modulo organizzativo - introdotto in accordo con i sindacati - sia affiancato da misure idonee a garantire adeguati e pronti soccorsi ai macchinisti nell'evenienza - da tale difesa considerata tanto rara, da poter essere relegata all'irrelevanza - del sopravvenire di un malore del conducente.

In particolar modo, le cautele apprestate dalla Società datrice paiono potersi compendiare nell'introduzione di un sistema di controllo centralizzato e di un collegamento telefonico con il treno, nonché nella previsione di un protocollo d'intervento sul luogo e collegamento con i servizi pubblici di pronto soccorso. Si rilevi che tali specifiche procedure, pur conformi alla disciplina settoriale, risultavano caratterizzate - così come rilevato dalla polizia giudiziaria dell'ASL a seguito di esercitazione - da tempi di primo soccorso eccessivi e pertanto inadeguate a garantire la sicurezza.

Il punto nodale della vicenda giudiziaria, pertanto, è se dall'introduzione della nuova modulazione del personale impiegato possa effettivamente discendere una condizione di maggior pericolo per il macchinista, ovvero se le misure predisposte ed attuate dalla Società - in conformità con la disciplina settoriale - possano essere considerate di per sé stesse sufficienti a neutralizzare tale pericolo, discendendo da tale valutazione la liceità dell'inadempimento del lavoratore - in quanto espressione dell'eccezione ex art. 1460 c.c. - o la sua illegittimità.

Il ricorrente ha adito il Giudice del Lavoro chiedendo che il licenziamento irrogato dalla Società datrice fosse qualificato quale licenziamento ritorsivo e, pertanto, meritevole della tutela ex art. 18, co. 1, L.n. 300/1970.

Tale tutela non è stata, però, accordata dall'ordinanza in commento, in quanto difettano, nel caso di specie, i presupposti necessari per considerare il licenziamento quale determinato da motivi di rappresaglia. Esclusa, pertanto, l'applicabilità della tutela reintegratoria piena, il Tribunale ligure ha comunque ritenuto di poter accordare al ricorrente la c.d. "tutela reintegratoria attenuata", ex art. 18, co. 4 Stat. lav., sul presupposto dell'insussistenza del fatto contestato dal datore di lavoro.

PRINCIPALI PROFILI D'INTERESSE DELL'ORDINANZA IN ESAME.

Il provvedimento in commento presenta molteplici profili d'interesse, poiché - nel giudicare in ordine alla legittimità del licenziamento irrogato - il giudice è indirettamente chiamato a valutare la legittimità dell'eccezione d'inadempimento sollevata dal lavoratore - che questi assume esser giustificativa del rifiuto della prestazio-

ne – e, pertanto, a verificare l'adempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c.

La peculiarità che sembra distinguere tale ordinanza dalle altre pronunce in materia è individuabile nell'oggetto della valutazione operata dal giudice, non semplicemente riferibile a singole misure materiali, ma riguardante pure l'adeguatezza del modello organizzativo adottato dalla Società datrice a garantire la sicurezza dei lavoratori.

A tale valutazione in ordine al livello di sicurezza implicito nel nuovo modello organizzativo (c.d. del “*macchinista unico*”) viene attribuita priorità dal giudice, al fine di verificare se effettivamente la sola rimodulazione dell'organico in servizio sulle singole vetture sia di per sé stessa foriera di maggior pericolo per il personale. A tale valutazione – allorché deponga nel senso di un aumento del rischio – deve, però, ulteriormente conseguire la valutazione circa le misure adottate per garantire adeguati livelli di sicurezza; tale successiva valutazione si pone comunque su di un piano certamente paritario rispetto alla prima, ben potendo le ulteriori misure adottate – nell'eventualità – sopperire al minor livello di sicurezza insito nel nuovo modello organizzativo. Pertanto, deve ritenersi che dal combinato – e, dunque, solo dal combinato – di tali valutazioni possa discendere una corretta valutazione in ordine alla legittimità ex art. 2087 c.c. del nuovo assetto organico disposto da Trenitalia, nonché l'ulteriore valutazione circa la legittimità del rifiuto opposto in eccezione da parte del lavoratore.

E' evidente – e tale profilo merita d'esser evidenziato, costituendo uno dei punti di principale interesse dell'ordinanza in commento - che una siffatta operazione implichi la possibilità da parte del giudice – insita nell'art. 41, co.2, Cost. - di sindacare anche i concreti assetti organizzativi interni all'impresa, quantomeno in ragione della loro idoneità a garantire i livelli di sicurezza richiesti ex art. 2087 c.c.; non si tratterà, comunque, di un ingresso “*a gamba tesa*” del giudice in quelle valutazioni aziendali che nei modelli organizzativi s'inverano, bensì di una valutazione della congruità di questi - nonché delle eventuali, ulteriori, misure apprestate - rispetto al fine di garanzia della sicurezza dei lavoratori.

Particolare interesse pare suscitare, ulteriormente, la valutazione dell'adeguatezza delle ulteriori misure poste in essere dall'Azienda al fine di vincere il gap di sicurezza generato dall'introduzione del nuovo modello; tale analisi sembra, infatti, essere stata effettuata dal giudice, non solo attraverso una valutazione assoluta ed oggettiva del livello di sicurezza esigibile nello specifico ambito lavorativo, ma sembra ulteriormente concretarsi – quantomeno, in parte - in una sorta di raffronto con le misure - *rectius*, con i livelli - di sicurezza precedentemente garantiti dall'azienda nell'applicazione del modello organizzativo a doppio macchinista.

Tale approccio, giustificato dall'impossibilità che i livelli di sicurezza vengano influenzati da decisioni meramente improntate all'economicità dell'attività d'impresa – quali quelle che avevano condotto al mutamento di modello organizzativo – pare, però, implicitamente affermare e sottendere l'esistenza di una sorta di *acquis* dei lavoratori in materia di sicurezza, quantomeno riferibile ai livelli da essa raggiunti. Soluzione - questa – che, se confermata, apparirebbe certo un'innovazione di non poco momento.

Il ragionamento operato dal giudice del lavoro di Genova si mostra – a sommosso avviso di chi scrive - pienamente condivisibile ed ispirato ai più alti valori e principi - costituzionalmente sanzionati - dell'ordinamento, applicati al caso di specie con ampio rigore giuridico ed alta sensibilità sociale.

L'OBBLIGO DI SICUREZZA EX ART. 2087 C.C.

La disposizione in parola, costituente il perno della questione giudiziaria, introduce un obbligo generale gravante sul datore di lavoro di predisporre le misure di sicurezza idonee a garantire l'integrità psicofisica del lavoratore; seppur si sia ampiamente discusso - in giurisprudenza, così come in dottrina³ - circa la qualificabilità dell'art. 2087 c.c. quale *clausola generale*, indiscusso ne appare il portato generale⁴, implicando la disposizione in parola un obbligo dal contenuto assai ampio ed in continuo divenire, in conseguenza del costante mutare delle tecniche produttive e dei conseguenti rischi e pericoli che da queste derivino.

La disposizione codicistica deve necessariamente esser letta alla luce del dettato costituzionale, con specifico riferimento all'articolo 32⁵. In primo luogo dalla lettura costituzionalmente orientata della disposizione discende il necessario passaggio

³Per un'espressione favorevole a tale qualificazione si veda O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè Ed., 536; in senso contrario, si veda P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, voce art. 2087 c.c., in *Commentario* a cura di P. SCHLESINGER, F. DONATO BUSNELLI, Giuffrè Ed., 78 ss. Sul punto anche A. GABRIELE, *Obbligo di sicurezza del prestatore di lavoro ed effettività della tutela antinfortunistica*, *temilavoro.it* Vol. 4 n. 1 (2012)

⁴Tale rilievo è, infatti, pressoché unanime in dottrina, si vedano, fra gli altri, M. RUSCIANO, G. NATULLO, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in F. CARINCI, *Diritto del lavoro, commentario*, vol. VIII, UTET Ed., 79 ss.; M. CAPECE, *Obbligazione di sicurezza, inadempimento e mora credenti del datore di lavoro*, *Comparazione e Diritto Civile*, 3 ss; G. MARANDO, *La sicurezza del lavoro nel sistema della giurisprudenza*, Giuffrè Ed., 1992, 10 ss., l'Autore ulteriormente attribuisce all'articolo in commento i caratteri cumulativi di norma "aperta", nonché "di chiusura" del sistema, *ivi*, 12. Analoghe affermazioni circa il carattere generale della norma provengono dalla giurisprudenza di legittimità, *ex pluribus*, S.C. Cass. 23 giugno 1986, sent. n. 4171, che afferma la sussistenza del generale obbligo di sicurezza, anche – e specie – laddove una normativa "specifica" deficit.

dalla considerazione dell'*integrità fisica* – dalla norma espressamente richiamata e fortemente riecheggiante il disposto dell'art. 5 c.c. – a quella della *salute del lavoratore*, con il contestuale allargamento visuale che da ciò derivi⁶. Inoltre, l'indisponibilità del diritto alla salute e la sovraordinazione dello stesso rispetto alla libera attività economica d'impresa sembrano imporre una lettura ampiamente "*garantista*" della disposizione in favore del lavoratore.

L'ampio portato dell'art. 2087 c.c. appare - poi - ulteriormente e meglio specificato dalle discipline settoriali e dalla normativa successiva - sorta sulla spinta della disciplina di fonte comunitaria⁷. Tali norme non elidono affatto - nei rispettivi ambiti - la disposizione a contenuto generale, la quale permane pienamente attiva, comportando – talvolta - il riconoscimento della doverosità di misure di sicurezza ulteriori rispetto a quelle individuate dalla normativa tecnica⁸.

Seppur sia ormai generalmente riconosciuta la rilevanza contrattuale degli obblighi datoriali ex art. 2087 c.c., ancor oggi appare dubbia in dottrina la qualificazione degli stessi. Tramontate in via pressoché definitiva le tesi a fondamento prettamente pubblicistico – fortemente criticate e marginalizzate fin dai primi anni '70⁹

⁵Tale evidente constatazione è ripresa da molteplici autori, *ex pluribus*, P. ALBI, op. ult. cit., 49, il quale afferma che “in virtù dell'art. 2087 cod. civ. la tutela costituzionale della persona può considerarsi introiettata nel rapporto di lavoro”.

⁶Nuovamente P. ALBI, op. ult. cit., 46.

⁷Un'innequivocabile influenza nello sviluppo della disciplina in materia di sicurezza deve certamente riconoscersi alle direttive provenienti dall'UE; dovendo per ragioni di brevità espositiva soprassedere su di un'analisi di tale normativa, pare necessario - ai fini del discorso che qui interessa - quantomeno rammentare che “il presupposto da cui sembra partire, quindi, il legislatore europeo è quello secondo cui un imprenditore moderno non può informare la sua attività al metodo scientifico solo in funzione della massimizzazione del proprio profitto. Egli può e deve essere obbligato dalla legge ad utilizzare lo stesso rigore (omissis) anche quando venga chiamato a garantire la salute e l'integrità fisica dei propri dipendenti nello svolgimento di quella medesima attività”, F. STOLFA, *L'individuazione e le responsabilità del datore di lavoro e dei dirigenti in materia di sicurezza sul lavoro*, W.P. OLYMPUS, Università degli studi di Urbino Carlo Bo, 2014, XXXIII, 22.

⁸Si rilevi, inoltre, che la disciplina extra-codicistica finisce - talora - con il fornire elementi di chiarimento e maggiore specificazione di nozioni vevolevoli - pure - ai fini dell'applicazione della norma a carattere generale, ex art. 2087 c.c.

⁹Tali tesi sono sopravvissute nel loro portato di maggior rilievo – consistente nella capacità di porre in adeguata luce l'interesse collettivo che si assume assista quello del singolo nella pretesa di sicurezza – attraverso quelle coeve teorie mediane che, pur riconoscendo il fondamento contrattuale dell'obbligo, ne hanno esaltato il cumulativo rilievo pubblicistico; in tal senso si veda, C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè Ed., 1974, 99 per l'affermazione del fondamento contrattuale e 50 - dalla prima edizione, del 1962 – per l'individuazione del duplice fondamento dell'obbligo di sicu-

– la dottrina pressoché concorde ad oggi afferma la sussistenza di un fondamento contrattuale degli obblighi in parola; tale posizione risulta peraltro asseverata dalla costante giurisprudenza. Il comune intendimento circa la natura dell'obbligo cela però numerosi e rilevanti distinguo: dall'affermazione – residuale, ma ancor presente – della doppia natura del fondamento giuridico dell'obbligo di sicurezza¹⁰, all'inquadramento dello stesso nelle differenti categorie di obblighi contrattualmente rilevanti. Le tesi a formante contrattuale hanno, infatti, giustificato per varie vie il rilievo sinallagmatico d'attribuirsi agli obblighi in parola; la condizione del prestatore di fronte all'obbligo datoriale di sicurezza è stata talvolta ricostruita in termini di diritto assoluto – direttamente discendente dal dettato costituzionale – mentre tal'altra parte della dottrina ha ricondotto il fenomeno nell'alveo dell'istituto della cooperazione del creditore¹¹. Gli orientamenti interpretativi che - ad oggi - incontrano il maggior favore di dottrina e giurisprudenza sembrano comunque essere quelli che riconducono gli obblighi datoriali - alternativamente - in termini di obblighi *accessori di protezione* od in termini di obblighi *primari, autonomi e principali*¹².

Tralasciando – per necessità di sintesi - ogni considerazione circa i citati indirizzi, pare comunque utile ai fini del commento rilevare che, da un lato, il percorso argomentativo seguito dalla dottrina - nelle sue multiformi qualificazioni dell'obbligo ex art. 2087 c.c. – appare, comunque, sempre improntato all'esigenza di una più

rezza. Per un'ampia critica alle differenti tesi a fondamento – anche – pubblicistico, si veda, P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza...*, op. cit., 128 ss.

¹⁰Non pare, infatti, del tutto sopita in giurisprudenza l'idea della duplice natura dell'obbligo – contrattuale e legale al contempo - in tal senso si vedano, *ex pluribus*, S.C. Cass., Sez. lav., 8 marzo 2006, sent. n. 4980; in senso antitetico alla citata giurisprudenza sembrerebbe porsi la già citata S.C. Cass., Sez. lav., 14 aprile 2008, sent. n. 9817, nella quale – in un elaborato e condivisibile ragionamento sul riparto dell'onus probandi - si afferma che “la responsabilità conseguente alla violazione dell'art. 2087 cod. civ. ha natura contrattuale, perché il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge (ai sensi dell'art. 1374 c.c.) dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c.) (Cass. 25 maggio 2006 n. 12445), che entra così a far parte del sinallagma contrattuale”.

¹¹In tal senso, si veda L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute ed organizzazione del lavoro*, Franco Angeli Ed., 1989, 71 ss.

¹²Per una pienamente esaustiva elaborazione critica dei citati indirizzi si fa rinvio a P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza...*, op. cit., 125 ss; sul punto si veda ulteriormente *C.d'Ap. Torino, Sez. lav., 17 febbraio 2011, A.A.ed altri c. Fiat Group Automobiles Spa*, con nota di A. VELTRI, RGL, 2011, IV, 567 ss.; con specifico riferimento alla qualificazione in termini di obbligo primario ed autonomo, nuovamente, P. ALBI, op. ult. cit., 147 ss.

marcata tutela della sicurezza del dipendente e, dall'altro, che, una volta raggiunto il generale consenso circa la rilevanza contrattuale dell'obbligo di sicurezza¹³, il rilievo da riconoscersi al dibattito sulla qualificazione di tale obbligo - in termini di obbligo accessorio o primario - appare notevolmente scemare¹⁴.

L'attecchirsi dell'articolo 2087 c.c. a norma generale determina – pertanto - la necessità d'individuare, non tanto le singole misure dovute, bensì il livello generale di sicurezza cui il datore di lavoro sia tenuto. Nell'individuazione di tale livello si profilano due principali orientamenti¹⁵ – basati rispettivamente sul principio c.d. della “*massima sicurezza tecnologica*” e quello della “*massima sicurezza praticabile*” - seppur le differenze tra le possibili accezioni del primo orientamento suggeriscano una trattazione tripartita delle tesi.

Una prima declinazione, a contenuto *massimalista*, del principio della massima sicurezza tecnologica imporrebbe l'adozione da parte del datore di lavoro di ogni misura ed accorgimento che lo sviluppo tecnico vada - via, via – suggerendo. Le criticità di tale interpretazione del principio appaiono evidenti: l'adesione ad una tale ricostruzione implicherebbe l'imposizione in capo al datore di uno sforzo continuo di ricerca degli ultimi ritrovati in materia di sicurezza, prescindendo dalla loro diffusione, tanto nel settore produttivo, quanto nel mercato in generale.

Da tale rilievo critico è sorta, dunque, una seconda ipotesi interpretativa del principio della “*massima sicurezza possibile*” – noto anche come principio della *best available technology* - che impone al datore l'assunzione di ogni misura che sia comune (ovvero sia, comunemente accettata) nel mercato, prescindendo così dalla

¹³In tal senso, M. RUSCIANO, G. NATULLO, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, op. cit., 80 ss. Sembrerebbe, invece, escludere tale rilevanza, quantomeno in riferimento all'esperibilità dell'eccezione di inadempimento, S. MARGIOTTA, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, IPSOA Ed., 1998, citato in F. GIROLAMI, *Commento a Cass.*, 7 novembre 2005, sent. n. 21479, DL, maggio-giugno 2006. In giurisprudenza, si veda – *ex pluribus* – Cass., Sez. pen., 7 aprile 2011, n. 16164, che, seppur nella differente fattispecie del mobbing, afferma la natura contrattuale della responsabilità discendente dall'art. 2087 c.c.

¹⁴Si rilevi infatti che, anche allorché si qualificano gli obblighi come *accessori di protezione*, ne conseguirebbe un eguale effetto sul rapporto, specie sul piano della responsabilità da inadempimento di tali obblighi; anche in relazione agli obblighi accessori si ammette, pertanto, l'esperibilità dell'*exceptio inadimpleti contractus*, in tal senso si veda – fra gli altri – V. FERRANTE, *Potere ed autotutela...*, op. cit. 132 ss.

¹⁵Per un'approfondita disamina degli stessi si fa rinvio a M. RUSCIANO, G. NATULLO, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, op. cit., 85 ss, nonché a F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi*, in *Collana del dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi di Brescia*, Giuffrè Ed., 2014, 47 ss ed, in particolar modo, 51, laddove l'Autrice evidenzia il permanere d'incertezze applicative anche in tale - ben meno garantista - impostazione.

valutazione circa la diffusione della stessa all'interno dello specifico settore produttivo.

In una posizione ben meno garantista della sicurezza del lavoratore si pone, invece, il terzo orientamento - quello della *massima sicurezza praticabile*, anche nota come *best practicable technology* - che riconosce il gravare sul datore di lavoro dell'obbligo di assumere tutte e sole quelle misure di sicurezza diffuse nel settore produttivo. La criticità maggiore di tale orientamento - al netto di ogni considerazione circa il dubbio bilanciamento tra diritto alla sicurezza e libertà d'impresa - risiede nel possibile - e probabile - effetto di *corsa al ribasso* nell'applicazione delle misure di sicurezza all'interno del settore o, quanto meno, di minor incentivo allo sviluppo di misure ulteriori e maggiormente atte a salvaguardare il lavoratore.

Seppur il principio della "*massima sicurezza praticabile*" sia stato fatto proprio dalla Corte Costituzionale¹⁶, non ha trovato fin'ora il favore della dottrina e della giurisprudenza di merito e legittimità; ciò, in quanto tale orientamento risulta rivolto prevalentemente alla garanzia di maggior certezza per il datore in ordine agli obblighi cui possa dirsi assoggettato ed al contestuale contenimento dei costi per l'impresa, piuttosto che alla concreta tutela dell'integrità fisica e morale del lavoratore. Appare pertanto preponderante - così in dottrina, così in giurisprudenza - l'affermazione del principio della "*massima sicurezza possibile*".

Un'ulteriore ipotesi interpretativa potrebbe individuarsi nel c.d. principio della "*massima sicurezza ragionevolmente praticabile*" noto alle esperienze degli ordinamenti di *common law*¹⁷; secondo tale opzione il livello di sicurezza esigibile

¹⁶Si fa riferimento a C. Cost. 25 luglio 1996, n. 312. Appare necessario rilevare che il pronunciamento della Consulta - avente ad oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 41, comma 1, del DLgs 277/1991 - era stato sollecitato nel procedimento penale, il che pare spiegare - quantomeno in parte - la cautela del ragionamento del Giudice delle leggi, nonché l'allontanarsi di tale linea argomentativa con quella costantemente seguita dalla S.C. di Cassazione; per un'osservazione in tal senso, si veda, fra gli altri, L. MONTUSCHI, *La Corte Costituzionale e gli standard di sicurezza del lavoro*, ADL, 2006, I, 4, 11. Per un'analisi critica della pronuncia richiamata, si veda, fra gli altri, O. BONARDI, *La Corte di Giustizia*, op. cit., 20; F. MALZANI, op. cit., 45, nonché M. LAI, *Sicurezza del lavoro ed aggiornamento tecnologico...*, op. cit., 4. Per un'espressione favorevole all'orientamento assunto dalla Consulta, si veda, A. VALLEBONA, *Sicurezza del lavoro e certezza del diritto: finalmente scende in campo la Corte Costituzionale*, MGL, 96, 6, 829 ss., nonché L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, 7 ss.

¹⁷ Il principio richiamato è attestato nel Regno Unito già nella sentenza della Court of Appeal, "*Edwards v National Coal Board*" del 1949, nella quale la Corte affermò il principio secondo cui, "*reasonably practicable is a narrower term than 'physically possible' and implies that a computation must be made... in which the quantum of risk is placed in one scale and the sacrifice involved in the measures necessary for averting the risk (whether in time, trouble or money) is placed in the other and that, if it be shown that there is a great disproportion between them - the risk being insignificant in relation to*

deve discendere dal c.d. “*balancing test*”, fra i benefici in termini di aumento del livello di sicurezza e lo sforzo economico richiesto al datore di lavoro per apprestare tali misure¹⁸. Tale orientamento, pur avendo superato il vaglio della Corte di Giustizia¹⁹, non può certamente trovare applicazione nel nostro ordinamento – né, a tutt’oggi, pare essersi levata voce alcuna a favore della sua introduzione – stante l’invalidabile e provvidenziale limite posto all’attività economica dall’art. 41, co. 2 Cost.; non può sfuggire, infatti, il fatto che la *ragionevole praticabilità* delle misure così individuate dovrebbe necessariamente confrontarsi col peso economico delle stesse.

Individuato così il livello generale di sicurezza richiesto al datore di lavoro, deve ritenersi spettante a quest’ultimo la scelta delle concrete misure - non specificamente previste dalle discipline settoriali - da porsi in essere al fine di raggiungere tale livello. Nell’individuazione e nella predisposizione di tali misure di sicurezza il datore di lavoro è comunque limitato dalla necessaria rispondenza di queste alle “*oggettive esigenze dettate dall’ambito tecnico e dall’esperienza*” ed è ulteriormente tenuto all’adozione di un particolare livello di diligenza “*particolarmente qualificata*”²⁰. Come già ricordato, la scelta delle misure di sicurezza da adottarsi - per concorde opinione - non può in ogni caso esser fatta dipendere da ragioni di na-

the sacrifice – the person upon whom the obligation is imposed discharges the onus which is upon him”. Tale impostazione di principio pare aver guidato il successivo *Health and Safety at Work Act* del 1974. Appare opportuno evidenziare che il principio in parola è interpretato in termini oggettivi, cosicché non sembrerebbero assumere rilievo diretto le condizioni economiche della singola impresa, quanto – semmai – il costo in termini di sforzo oggettivo da raffrontare con il beneficio derivante per la sicurezza dei lavoratori.

¹⁸O. BONARDI, *La Corte di Giustizia e l’obbligo di sicurezza del datore di lavoro: il criterio del reasonably practicable è assolto per insufficienza di prove*, RIDL, 2008, II e F. MALZANI, op. cit., 47 ss.

¹⁹Si fa evidente riferimento al noto caso *Commissione c. Regno Unito*, CdG, 14 giugno 2007, C127/05. Per un ampio commento in merito alla discussa pronuncia della Corte europea, si veda, fra gli altri, O. BONARDI, *La Corte di Giustizia*, op. cit., RIDL, 2008, II, 12 ss; ed, ancora, M. LAI, *Sicurezza del lavoro e aggiornamento tecnologico: sviluppi recenti*, 4 in www.centrostudi.cisl.it e F. MALZANI, *Ambiente di lavoro...*, op. cit., 48.

²⁰F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona*, op. cit., 39. La natura *tecnica* di tale diligenza sembra poi alimentarsi tanto degli ultimi ritrovati scientifici e tecnologici, quanto delle “*norme prevenzionali che una figura modello di buon imprenditore è in grado di ricavare dall’esperienza, secondo i canoni di diligenza, prudenza e perizia*” ed i relativi livelli, connessi – conformemente all’art. 1176, co. 2 c.c. - alle peculiarità dell’attività produttiva. Una valorizzazione di tale ultimo profilo può essere riscontrata in C. SMURAGLIA, op. cit., 108.

tura economica inerenti l'impresa²¹. Tale affermazione trova conforto e fondamento nel limite posto alla libertà d'impresa dall'art. 41, co.2 Cost., laddove viene chiaramente espresso un giudizio di valore che subordina l'esercizio dell'attività economica al limite della "sicurezza, libertà e dignità umana"²². La disposizione costituzionale pone, pertanto, la sicurezza ed integrità altrui – ivi compreso, quindi, il lavoratore – in una posizione sovraordinata rispetto all'esercizio d'impresa, impedendo così – per ciò che qui interessa – che le necessità economiche possano giustificare l'adozione di inidonee misure di sicurezza od, ancora, la riduzione del livello di sicurezza garantito²³.

Giova ulteriormente rammentare – e questo aspetto costituisce indubbiamente uno dei punti di maggior pregio dell'ordinanza in commento – che la garanzia del livello di sicurezza al quale s'è fatto prima cenno non s'invera in via esclusiva nella predisposizione di singole misure tecniche, ma – al contrario – involve l'intera attività lavorativa, ivi compresi i modelli organizzativi aziendali; cosicché – in taluni contesti – un mutamento dell'assetto organizzativo, anche solo riferibile alla rimodulazione dell'organico in servizio, può di per sé stesso determinare un mutamento nel livello di sicurezza. Da tale constatazione discende – quale logica conseguenza – che anche i modelli organizzativi possano divenire oggetto del vaglio giudiziale di conformità con l'art. 2087 c.c.²⁴; ovvero – con minor approssimazione – potrà dirsi che, al variare del modulo organizzativo, il Giudice potrà e dovrà verificare se, a seguito di tale mutamento, il livello generale di sicurezza sia variato ed, ulteriormente, se tale eventuale divario di sicurezza - ingenerato dal passaggio dal precedente al successivo assetto organizzativo – sia efficacemente colmato da ulteriori e nuove misure di sicurezza. Tali ulteriori misure devono – e qui risiede la seconda più importante affermazione dell'ordinanza in commento - considerarsi dovute nella misura necessaria a colmare l'eventuale ribasso nel livello di sicurezza derivante dal mutato assetto organizzativo; ciò in ragione del fatto che la presenza stessa di

²¹Ex pluribus, S.C. Cass., Sez. pen., 5 febbraio 1998, n. 2703.

²²Si veda a tal proposito la recentissima S.C. Cass., Sez. pen., 9 aprile 2015, n. 25919, nella quale si afferma "Tale tesi (fondata sulla presunta assenza di misure "fattibili" al fine di garantire la tutela dei lavoratori addetti a mansioni da svolgersi "in quota", ndr) infatti era in palese contrasto con le norme di legge (art.41 della Costituzione e art.2087 del codice civile) che stabiliscono il valore assolutamente preminente assegnato alla vita e alla integrità fisica del lavoratore, la cui compromissione non può essere in alcun modo giustificata nell'espletamento dell'attività lavorativa da esigenze di ordine economico e produttivo".

²³In tal senso, F. MALZANI, *Ambiente di lavoro...*, op. cit., 39.

²⁴ Non pare superfluo rammentare che tale verifica - nel caso di specie, così come in molti altri similari – assume nel giudizio carattere meramente incidentale, essendo - da ultimo - rivolta a verificare la legittimità dell'eccezione opposta dal lavoratore e, conseguentemente, l'illegittimità del recesso datoriale.

un pregresso e più sicuro modello obbliga il datore – in ossequio alla tesi della “*massima sicurezza possibile*” – a garantire per il futuro quantomeno il permanere di tale - già raggiunto - livello di sicurezza, che in tal modo diviene una sorta di *droit acquis* del lavoratore.

Orbene, non può tacersi che una simile valutazione di congruità delle nuove misure predisposte può, in taluni casi, apparire oggettivamente assai difficoltosa, al punto da suggerire – come accaduto nel caso in commento – una valutazione congiunta con le forze sindacali circa l’opportunità – ed accettabilità – del passaggio da un modulo organizzativo ad un altro.

Va però ricordato che, seppur - specie in riferimento alle maggiori realtà produttive - le principali misure di sicurezza ed i moduli organizzativi divengano, sovente, oggetto di contrattazione con le organizzazioni dei lavoratori, può ritenersi che ciò possa – al più - ingenerare fiducia nel datore di lavoro circa la congruità delle misure predisposte²⁵; ciò, ovviamente, non esclude affatto che le stesse divengano oggetto del sindacato giudiziale ed, ancor prima, dell’eventuale giudizio d’inidoneità da parte del lavoratore, col conseguente - eventuale - rifiuto in via d’eccezione della prestazione, al persistere dell’inadempimento datoriale.

L’EXCEPTIO INADIMPLETI CONTRACTUS NEL CONTESTO LAVORISTICO ED I SUOI LIMITI.

Per giurisprudenza ormai concorde anche nell’ambito del rapporto di lavoro subordinato, come in ogni altro rapporto a prestazioni corrispettive, si ammette l’operatività dell’articolo 1460 codice civile, cosicché il lavoratore potrà legittimamente rifiutare la propria prestazione in presenza di un inadempimento datoriale, purché tale rifiuto sia conforme a buona fede.

In ambito lavoristico *l’exceptio inadimpleti contractus* sembra, però, assumere un significato diverso ed ulteriore rispetto a quello condiviso con la nozione civilistica; ciò, probabilmente, può farsi discendere dal fatto che in tale contesto non viene in gioco un qualunque rapporto sinallagmatico, ma quello lavorativo, nel quale la

²⁵ Qualche perplessità circa la capacità della contrattazione collettiva di assolvere ad un tale onere è espressa in M. RUSCIANO, G. NATULLO, op. cit., 89, laddove gli autori sottolineano il fatto che la contrattazione possa intervenire sul piano dell’individuazione delle misure tecniche “in senso stretto” che debbano essere adottate, piuttosto che su quello differente dell’individuazione degli standard (o livelli) richiesti; una conferma circa la correttezza di tale osservazione può trarsi da M. MEUCCI, *L’ampiezza di contenuto dell’art. 2087 cod. civ. secondo la Cassazione*, LPO, 2000, 4, 5, reperibile pure in: *dirittolavoro.altervista.org*, laddove l’Autore – nel commentare Cass. 4012/1998 - sottolinea il carattere “*non esonerativo*” dal generale obbligo gravante sul datore delle previsioni contenute nell’accordo integrativo aziendale.

mercede ricompensa lo sforzo del lavoratore, e – com'è generalmente – ne costituisce il suo sostentamento.

Primo elemento necessario ai fini dell'eccepibilità del rifiuto è, pertanto, il sussistere di un nesso sinallagmatico e, dunque, la reciprocità fra le prestazioni; tale nesso ed il conseguente vincolo d'interdipendenza²⁶ fra le prestazioni risulta - di certo - maggiormente evidente in relazione agli obblighi principali del contratto di lavoro subordinato, il che – però – non implica affatto ch'esso sia carente nell'ambito degli *obblighi accessori*²⁷, cosicché – anche prescindendo, dalla qualificazione degli obblighi di sicurezza in termini di obblighi principali od accessori - l'eccezione di inadempimento può trovare certamente applicazione anche in relazione agli obblighi ex art. 2087 c.c.²⁸; infatti, seppur tali obblighi siano stati variamente qualificati²⁹, ne è a tutt'oggi pacifica la rilevanza ai fini contrattuali³⁰.

L'esercizio legittimo dell'eccezione, in quanto reazione all'altrui inadempimento, esclude che il rifiuto possa a sua volta essere qualificato quale inadempimento sanzionabile da parte del datore di lavoro³¹. Tale funzione al contempo conservati-

²⁶ In tal senso, A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali ed autotutela individuale del lavoratore*, CEDAM ed., 1995, 132.

²⁷ In tal senso si esprimono, fra gli altri, F. REALMONTE, voce *Eccezione di inadempimento*, *Enc. Dir.*, 1964, vol. XIV, 226; V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, G. Giappichelli ed., Torino, 2004, 132 ss.; A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali...*, cit., 132, ove si fa espressa menzione dei c.d. "*doveri di protezione*".

²⁸ Fra le innumerevoli espressioni in tal senso della giurisprudenza di legittimità, si veda: S.C. Cass., Sez. lav., 30 luglio 2003, sent. n. 11704; Cass., Sez. lav., 30 agosto 2004, sent. n. 17314; S.C. Cass., Sez. lav., 9 maggio 2005, sent. n. 9576, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005.

²⁹ Riguardo alle differenti qualificazioni in termini di obblighi secondari, di protezione o primari direttamente discendenti dal contratto, si veda quanto appresso illustrato in materia di art. 2087 c.c.

³⁰ In tal senso, fra gli altri, F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli ed., 1995, 90; analogamente così pure S. C. Cassazione, Sez. lav., 26 aprile 2006, n. 9557 e Cass., Sez. Lav., 18 maggio 2006, n. 11664, con nota di A. SITZIA, RIDL, 2006, II, 886 e Cassazione, Sez. lav., 22 marzo 2013, n. 7318, con nota di L. M. DENTICI, DL, 2013, 2576.

³¹ Fra le innumerevoli espressioni della giurisprudenza di legittimità in tal senso, qui si cita, per la cristallina chiarezza ed aderenza al tema trattato in commento, S. C. Cass., Sez. lav., 7 novembre 2005, n. 21479, che afferma – con specifico riferimento all'eccezione d'inadempimento degli obblighi di sicurezza - che "in riferimento al contratto di lavoro l'ipotesi del sopravvenuto venir meno in modo totale o parziale della prestazione lavorativa tale da giustificare il licenziamento ex art. 18 l. 300/1970 per giusta causa o per giustificato motivo (omissis) non è ravvisabile se il mancato o non completo adempimento del lavoratore trova giustificazione nella mancata adozione delle misure di sicurezza che, pur in mancanza di norme specifiche, il datore è tenuto ad osservare a tutela dell'integrità (omissis) del prestatore di lavoro".

va del rapporto e cautelativa della posizione debitoria del lavoratore - che certamente opera a pieno ogni qualvolta il datore di lavoro riconosca il proprio inadempimento - necessita, però, al fine del suo attivarsi, di una sanzione esterna al rapporto, ogniqualvolta il datore disconosca la sussistenza degli obblighi invocati dall'*excipiens*; così come di frequente avviene in relazione agli obblighi ex art. 2087 c.c. Tale sanzione esterna è, ovviamente, individuabile nella valutazione del giudice, che sarà chiamato a pronunciarsi - nella generalità dei casi - a seguito dell'irrogazione di una sanzione o del licenziamento, discendenti dalla qualificazione dell'eccezione in termini d'inadempimento da parte del datore.

L'*exceptio* si configura - pertanto - quale espressione dell'autotutela unilaterale privata il cui carattere - salvo significative eccezioni³² - suole considerarsi interamente passivo, poiché con tale eccezione si oppone all'inerzia insita nell'inadempimento, quella derivante dal rifiuto della prestazione. Tale carattere di opposizione delle rispettive inattività - dell'inadempiente e, conseguentemente, dell'*excipiens* - ha indotto una parte della dottrina a sottolineare il carattere *dilatorio*³³ dell'eccezione, in quanto capace di porre il sinallagma in una condizione di stallo, "*intesa a conservare la possibilità di un esatto adempimento e comunque a rinviare nel tempo la decisione circa la sussistenza del vincolo contrattuale*"³⁴.

Seppur si sia lungamente dibattuto circa la natura strumentale dell'eccezione in parola rispetto all'esperimento di rimedi altri - primo fra tutti, la risoluzione - ad oggi, pare assolutamente maggioritario l'orientamento tendente a riconoscere l'autonoma esperibilità dell'eccezione³⁵, in tal modo confermando ed - anzi - rafforzando quella funzione di autotutela conservativa che le è propria. L'eccezione, infatti, non necessariamente si fa espressione della volontà di addivenire alla riso-

³² L'inidoneità della definizione in termini di pura e semplice autotutela passiva è posta in luce in M. DELL'OLIO, voce *Autotutela*, in EGT, 1988, 3, laddove viene rilevato che "interamente e solo passiva non può dirsi, come invece si fa solitamente, neanche l'autotutela consistente nel rifiuto della propria prestazione (omissis), trattandosi, almeno allorché a compierla è il lavoratore, di 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 (omissis)".

³³ Così si esprime, in un quadro condiviso, V. FERRANTE, op. cit., 170, che sottolinea come tale eccezione sia idonea a "consentire a colui che se ne avvale di scegliere la condotta che ritiene più utile al fine della tutela dei propri interessi"; tale affermazione si riconnette con quanto citato nella nota a seguire. Analoghi rilievi sono riscontrabili in S.C. Cass., 7 novembre 2005, n. 21479, con nota di F. GIROLAMI, DL, maggio-giugno 2006, 163.

³⁴ V. FERRANTE, ibidem, 178.

³⁵ *Ex pluribus*, P. Albi, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, voce Art. 2087 c.c., in Commentario a cura di P. Schlesinger, F. Donato Busnelli, Giuffrè ed., 2008, 552.

luzione del contratto, adempiendo – semmai - sovente, alla diversa funzione di coazione dell'adempimento. Ciò appare ben evidente in ambito lavoristico, laddove il *liberarsi dal vincolo contrattuale* assume – di frequente - il diverso senso della perdita dell'impiego, ogni qualvolta parte inadempiente sia il datore³⁶.

Tale funzione *conservativa*³⁷ – come meglio si argomenterà trattando dei rischi derivanti dall'eccezione – sembra, però, sfumare allorché l'eccezione sollevata dal lavoratore si fonda sull'inadempimento di un obbligo di sicurezza non codificato, ma direttamente discendente da quello generale ex art. 2087 c.c.; ciò, poiché - qui più che altrove – l'individuazione degli obblighi diviene ardua, con la conseguenza che “*se la misura di autotutela adottata sia in sé stessa legittima (omissis) è questione che rimane aperta finché la controparte a carico della quale l'autotutela si esercita (omissis) non vi cooperi con un valido negozio giuridico*”³⁸, ben potendo – però – la controparte considerare insussistente l'obbligo posto base dell'eccezione e, conseguentemente, reputare l'eccezione illegittima e la prestazione rifiutata quale inadempimento, con ogni conseguenza che da ciò derivi. Seppur in tali casi si assista ad un'assunzione da parte del lavoratore del rischio derivante dall'eccezione, per ciò solo non può comunque dirsi assente la funzione conservativa del rapporto, essendo – anzi – questa implicita nel comportamento del lavoratore, il quale è evidentemente ben interessato acciocché il rapporto prosegua, ma con l'impiego d'ogni misura necessaria alla sua tutela.

Seppur tale affermazione non sia a tutt'oggi unanime in dottrina³⁹, l'eccezione d'inadempimento sembrerebbe ulteriormente caratterizzarsi, rispetto al differente strumento della risoluzione, per l'ulteriore finalità di *coartazione* all'esecuzione dell'obbligo da parte del datore di lavoro; se la situazione di stallo, conseguente all'inadempimento ed all'opposta eccezione, non esclude – quantomeno - la possibilità dell'adempimento e, dunque, del ritorno al regolare svolgersi del rapporto,

³⁶In tal senso si esprime, fra gli altri, A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali ed autotutela individuale del lavoratore*, CEDAM ed., 1995, 134, con un interessante riferimento a Cass. 3 luglio 1984, sent. n. 3892.

³⁷In tal senso, fra gli altri autori, A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 122 ss.

³⁸E. BETTI, voce *Autotutela* (diritto privato), ED, 1959, 529.

³⁹Permane in ambito privatistico l'orientamento espresso dal E. BETTI, voce *Autotutela*, *op. cit.*, 531, laddove l'autore – in una panoramica complessiva dell'istituto dell'eccezione d'inadempimento – afferma che “mentre nella ritenzione il rifiuto di restituire serve da coazione per indurre la controparte a soddisfare un obbligo connesso con la cosa da restituire, qui esso è in funzione di quella reciprocità su cui i rapporti sinallagmatici sono imperniati”.

tale possibilità è del tutto carente nella risoluzione per inadempimento, volta com'è – semmai – a render definitivamente libera la parte che vi abbia interesse.

A tale funzione di coartazione dell'adempimento se ne aggiunge - a ben vedere - un'ulteriore valevole in relazione agli obblighi di sicurezza; in tale contesto, infatti, l'eccezione d'inadempimento sembrerebbe assumere un significato forse ancor più pregnante, consistente nella necessità di sottrarre il lavoratore ad una condizione di potenziale pericolo, che derivi dall'inadempimento obbligo di sicurezza⁴⁰.

L'esercizio dell'eccezione d'inadempimento si caratterizza - come già accennato - per la generale accettazione da parte del lavoratore delle eventuali conseguenze negative che da tale contegno possano derivargli⁴¹. Si rilevi a tal riguardo che, seppur il lavoratore - convinto della fondatezza dell'eccezione e della doverosità delle misure di sicurezza che vi sta a monte - possa ben cercare tutela in sede giurisdizionale avverso l'illegittima sanzione o - più di frequente - avverso l'illegittimo licenziamento, alcuna certezza potrà evidentemente vantare circa il favorevole esito dell'azione intrapresa, il che diviene oltremodo evidente in relazione ad obblighi di sicurezza non "codificati" dalla disciplina settoriale, ma direttamente discendenti dal generale obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c.

L'assunzione del rischio, materialmente concretantesi nella perdita - forse definitiva - dell'impiego⁴², risulta particolarmente rilevante - e di tale necessario rilievo è pregevolmente conscia l'ordinanza in commento - in quanto pone in adeguata luce il carattere *estremo* della reazione da parte del lavoratore, il quale è - eventualmente - disposto a subire le conseguenze in termini di perdita dell'occupazione, pur di veder riconosciuto il diritto alla sicurezza che assume essergli - quantomeno parzialmente - negato. Rifacendosi ad un noto brocardo potrebbe dirsi che *vigilantibus, non dormientibus, iura succurrunt*; seppur la vigilanza, talvolta, richieda non indifferenti sacrifici.

Non pare, pertanto, essere riconducibile ad un caso fortuito che la casistica in materia di eccezione d'inadempimento nell'ambito degli obblighi di sicurezza sia concentrata prevalentemente in procedimenti d'impugnazione di licenziamenti o - alternativamente e comunque in minor misura - di misure disciplinari a carattere con-

⁴⁰ Tale pare essere uno dei presupposti rilevanti in S.C. Cass., Sez. lav., 9 maggio 2005, sent. n. 9576.

⁴¹ Rilevano tale aspetto, fra gli altri, M. DELL'OLIO, voce *Autotutela* (diritto del lavoro), EGT, 1988, vol. IV, 1; E. BETTI, voce *Autotutela*, Enc. Dir., 1959, 529; A. VALLEBONA, op. cit., 138.

⁴² Fra gli altri, A. VALLEBONA, op. ult. cit., 138 ed ancora, *ivi*, 140, per gli ulteriori profili della rappresentanza e della concreta esperibilità dell'eccezione nella sola area dei c.d. "rapporti resistenti", seppur tale ultima considerazione debba necessariamente esser rapportata agli sconvolgimenti che negli ultimi anni hanno riguardato tale area.

servativo⁴³; procedimenti – questi – che, pertanto, si prestano ad essere naturale sede di valutazione della congruità dell'eccezione sollevata, in quanto presupposto logico-giuridico della verifica di legittimità del licenziamento o della sanzione impugnati.

L'esercizio dell'eccezione stragiudiziale di inadempimento in ambito lavoristico incontra due limiti o condizioni di legittimità, uno a carattere sostanziale - individuato dal secondo comma dell'art. 1460 c.c. - concretantesi nella non contrarietà a buona fede del rifiuto della prestazione e l'altro a carattere formale - la cui genesi va ricercata nella riflessione giurisprudenziale - consistente nella comunicazione o preavviso al datore di lavoro della volontà di avvalersi dell'eccezione, anch'esso – in ultima analisi – costituente espressione, seppur formalizzata, della buona fede dell'*excipiens*.

Il primo e più pregnante dei limiti sopra ricordati - quello a carattere sostanziale, consistente nella buona fede dell'*exceptio* - assume certamente maggior rilievo fra i due, discendendo da quest'ultimo la necessità di un duplice giudizio, vertente - da un lato - sulla considerazione dell'entità dell'inadempimento contestato e - dall'altro - sulla proporzionalità tra la prestazione inadempita e quella rifiutata.

Appare in primo luogo opportuno delimitare l'ambito della nozione di buona fede rilevante ai fini della disposizione in esame; secondo concorde dottrina, infatti, la nozione qui valevole deve considerarsi esclusivamente quella a carattere oggettivo⁴⁴, escludendosi - per converso - ogni rilievo dell'elemento psicologico.

Una siffatta delimitazione della nozione di buona fede è determinata certamente da ragioni di garanzia di certezza nei rapporti giuridici; appare, infatti, conforme a ragione che il rifiuto della prestazione non possa essere legittimamente opposto per il sol fatto che l'*excipiens* ritenga la controprestazione - in tutto od in parte - inadempita.

Come altrove accennato, la questione diviene evidentemente assai più complessa in relazione agli obblighi di sicurezza; ciò poiché in tale ambito appare più difficile che in ogni altro contesto individuare gli obblighi gravanti sul datore di lavoro e, pertanto, la mancata valutazione dell'elemento soggettivo fa gravare sul lavoratore

⁴³Tr. Ravenna, Sez. lav., 16 gennaio 2009, con nota di P. ALBI, RIDL, 2009, II, 555; A. RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l'autotutela individuale del lavoratore*, RIDL, 2010, I, 129, laddove il ragionamento in esame viene inserito in un più ampio contesto argomentativo inerente il processo ed, in particolar modo, l'impiego dei rimedi cautelari.

⁴⁴In tal senso si esprimono, fra gli altri, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Cedam ed., vol. II, 509; V. FERRANTE, op. cit., 142 ed ulteriormente, ivi, 147, laddove l'Autore afferma che “nella prospettiva moderna, in cui la prospettiva contrattuale prescinde per pressoché generale opinione dall'elemento soggettivo, la buona fede si presenta dunque, non già come elemento psicologico, ma come criterio alla cui stregua valutare l'inadempimento dell'attore”. Ulteriormente si veda, A. RICCOBONO, op. cit., 141 ss.

l'intero rischio discendente dall'eccezione. Tale ultima constatazione, però, non appare costituire ragione di per sé stessa sufficiente perché muti quell'orientamento dottrinario prevalente che esclude ogni rilievo soggettivo nella valutazione dell'inadempimento⁴⁵.

Attribuendo rilievo ai soli profili oggettivi della buona fede, la verifica della stessa si risolve concretamente in un duplice giudizio, vertente sulla gravità dell'inadempimento, da un lato, e sulla proporzionalità tra l'inadempimento ed il rifiuto opposto, dall'altro; se il secondo di tali momenti di verifica è pacificamente accolto in dottrina e giurisprudenza, altrettanto non può dirsi quanto al primo, riguardante la gravità dell'inadempimento.

Il requisito della gravità è richiesto ai fini della legittimità dell'*exceptio* da quella dottrina⁴⁶ e giurisprudenza⁴⁷ che ritengono applicabile il disposto dell'articolo 1455 c.c. anche all'ambito dell'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 c.c. L'applicabilità di tale norma discenderebbe direttamente dall'inserzione dell'eccezione in esame nella sezione dedicata alla "*risoluzione per inadempimento*"; tale tesi, però, contrasta con l'ormai diffusa affermazione dell'autonomia e *non strumentalità* dell'art. 1460 rispetto al rimedio risolutorio. Sulla base di una siffatta autonoma esperibilità dell'eccezione, una parte consistente della dottrina ad oggi esclude – pertanto - la necessaria sussistenza della gravità dell'inadempimento⁴⁸, vertendo -

⁴⁵Tale rilievo parrebbe essere, invece, riconosciuto in S.C. Cass., Sez. Lav., 9 maggio 2005, n. 9576, con nota di M. R. IORIO, DRI, 2006, 2, 497.

⁴⁶In tal senso, si veda F. REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, Enc. Dir., cit., 225 ss.; così pure A. VALLEBONA, *Commento a Cassazione, Sez. lav., 23 dicembre 1992, n. 13620*, RIDL, 1993, II, 699.

⁴⁷Fra le molteplici pronunce in tal senso si veda, S. C. Cass., Sez. lav. 7 novembre 2005, sent. n. 21479, con nota di commento di F. GIROLAMI, DL, maggio-giugno 2006, 155 ss. ed, ulteriormente, S.C. Cass. 12 gennaio 2011, sent. n. 7886, laddove la Corte riafferma che “va, in primo luogo accertata la sussistenza della gravità dell'inadempimento cronologicamente anteriore, perché quando non è grave, il rifiuto dell'altra parte di adempiere non è di buona fede e, quindi, non è giustificato”; sul punto, si veda A. RICCOBONO, op. cit., 142.

⁴⁸In tal senso si esprimono, fra gli altri, V. FERRANTE, op. cit., 179, laddove l'Autore afferma che “liberata dalla necessaria connessione con la risoluzione, l'eccezione di adempimento mostra così il suo volto di potente mezzo di dissuasione dall'inadempimento, esaltando così il sinallagma funzionale nei termini che i paciscenti hanno determinato (omissis) Questa funzione dell'eccezione però viene negata dalla giurisprudenza quando rifiuta di ammettere l'eccezione per i casi di inadempimento non grave: in questo modo l'eccezione si riduce ad un mezzo propedeutico della risoluzione senza esplicitare alcuna funzione sua propria”. Analogamente si esprime l'Autore in, *Commento a S.C. Cass. 7 novembre 2005*, sent. n. 21479, con nota di C. CARNOVALE, DL, maggio-giugno 2006, 167.

così - la verifica della legittimità dell'eccezione sul solo giudizio di proporzionalità⁴⁹.

La questione non appare comunque qui assumere particolare rilievo sulla base di due differenti ordini di considerazioni, uno a carattere generale e l'altro specificamente riferimento all'inadempimento degli obblighi di sicurezza. In primo luogo va notato, infatti, che la giurisprudenza è andata - via, via - offrendo una nozione di gravità dell'inadempimento sempre più rivolta verso la parzialmente differente nozione di *non scarso rilievo* dell'inadempienza rispetto all'interesse dell'altro contraente⁵⁰, così attenuando notevolmente il portato specifico di tale requisito; non sfugge, inoltre, il fatto che - in molti Autori⁵¹ - la verifica della gravità dell'inadempimento finisca col risolversi in buona parte nel giudizio di proporzionalità, confermando - in tal modo - il rilievo preponderante che tale secondo giudizio sembra assumere nella valutazione in ordine alla legittimità dell'eccezione ex art. 1460 c.c.

Concorre ulteriormente a mitigare l'importanza del requisito della gravità dell'inadempimento la constatazione che, nell'ambito degli obblighi di sicurezza - stante il peculiare interesse alla cui tutela tali obblighi sono preposti - la verifica stessa dell'inadempimento sembra già in sé contenere la valutazione circa la gravità dello stesso⁵² ed, in parte, quella in ordine alla proporzionalità fra i reciproci inadempimenti.

Alla luce di tali ultime considerazioni appare - dunque - evidente che il secondo requisito assuma, nell'ambito che ci riguarda, rilievo preponderante, dovendosi certamente disconoscere la sussistenza della buona fede dell'eccezione, ogniqualvolta

⁴⁹In tal senso, *Tr. di Ravenna, sez. lav., 16 gennaio 2009*, con nota di P. ALBI, op. cit., 552 ss; C. CARNOVALE, op. ult. cit., 167.

⁵⁰In tal senso si esprime, S.C. Cass, 16 maggio 2006, sent. n. 11430, che - in materia di mansioni - valuta i rispettivi inadempimenti in un'ottica di "incidenza sull'equilibrio sinallagmatico" e sui rispettivi interessi delle parti.

⁵¹In tal senso parrebbe esprimersi, fra gli altri, P. ALBI, op. cit., 553, laddove l'Autore afferma che "l'applicazione giurisprudenziale sembra dimostrare che la gravità dell'inadempimento quale requisito che legittima l'esperimento dell'eccezione (omissis) viene ampiamente valorizzata nel giudizio di proporzionalità fra prestazione ineseguita e prestazione rifiutata operato nella valutazione di buona fede del comportamento dell'excipiens". Si rilevi, peraltro, che una nozione sì edulcorata della gravità, la verifica della cui sussistenza viene a coincidere con il giudizio di proporzionalità fra gli inadempimenti, sarebbe in grado di conservare una coerenza ed armonia sistemica anche allorché si intenda adottare la tesi della c.d. *non strumentalità* dell'eccezione rispetto alla risoluzione per inadempimento, così come dallo stesso autore auspicato nella pagina precedente la citazione sopra riportata.

⁵²Così, V. FERRANTE, op. cit. 283, laddove si afferma che "di più facile soluzione appaiono i casi in cui si faccia questione della violazione dell'art. 2087 c.c., essendo palese come la gravità della violazione discenda in questo caso dal tipo di pericolo prodotto"; in senso analogo parrebbe esprimersi pure A. RICCOBONO, op. cit., 137.

questa non appaia proporzionata rispetto all'inadempimento che vi si ponga a monte.

La non facile *misurabilità* degli obblighi di sicurezza sembra - però - imporre, nell'ambito che ci riguarda, una valutazione lontana dal basarsi su di una mera equivalenza quantitativa⁵³, poiché viene qui in gioco un interesse, non solo costituzionalmente tutelato, ma sovraordinato rispetto anche all'esercizio dell'attività economica d'impresa; da ciò dovrebbe logicamente discendere la proporzionalità del rifiuto della prestazione ogni qualvolta il lavoratore venga a trovarsi in una condizione di rischio o di pericolo⁵⁴, direttamente discendente dall'inadempito obbligatorio.

Quanto al secondo dei cennati requisiti di legittimità dell'*exceptio* – consistente nell'obbligo del lavoratore di dar notizia dell'opposizione dell'eccezione e del ritenuto inadempimento che vi sta a monte - è a tutt'oggi discusso se si realizzi in un concreto obbligo di offerta della prestazione gravante sul lavoratore⁵⁵ - il che comporterebbe un obbligo materiale per il lavoratore di presentarsi sul luogo di lavoro offrendo l'esatto adempimento a fronte di quello datoriale – o, come da dottrina maggioritaria sostenuto, se sia sufficiente a tal riguardo la semplice comunicazione dell'intento di astenersi dalla prestazione dovuta, con indicazione dell'obbligo che si assume inadempito ed, in quanto tale, legittimante l'eccezione.

Tale comunicazione - il cui preavviso può anche esser minimo - viene considerata una condizione essenziale per l'esperimento dell'eccezione nel rapporto di lavoro

⁵³ Difformemente si esprime, fra gli altri, C. CARNOVALE, op. cit., 168, che rileva il rischio “di allargare eccessivamente i confini dell'*exceptio*, privilegiando troppo la posizione contrattuale del contraente”, dalla tesi esposta nel testo. Propende con evidenza verso una valutazione meramente quantitativa C.d'Ap. Torino, 10 maggio 2002, caso Mancini c. Autostrade Concessioni S.p.A.

⁵⁴ Per la distinzione fra le due nozioni si veda il testo del D.Lgs n. 81/2008, il quale all'art. 2, lett. r) ed s), definisce il pericolo quale “*proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni*” ed il rischio quale “*probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione*”.

⁵⁵ In tal senso sembrerebbe esprimersi, fra gli altri, V. FERRANTE, op. cit., 290, seppur ivi possa riscontrarsi una tendenza a considerare l'offerta della prestazione quale “*implicita nel palesamento dei motivi dell'astensione*”. Posizioni fortemente critiche rispetto a tale argomento sono espresse in A. RICCOBONO, op. cit., 142 ss, laddove l'Autore rileva che, allorché trovasse riscontro la tesi dell'obbligatorietà dell'offerta dell'esatta prestazione da parte dell'*excipiens*, “*si arriverebbe alla conclusione per cui un lavoratore che si limiti a rifiutare il proprio adempimento, senza contestualmente offrire l'esatta prestazione, potrebbe essere considerato in mala fede...*”. Per un'ampia casistica giurisprudenziale in materia, si veda *ibidem*, n. 67.

subordinato, apparendo conforme a buona fede la preventiva comunicazione delle ragioni legittimanti il rifiuto, di modo che il datore di lavoro possa - eventualmente - adempiervi, evitando in tal modo il diniego della prestazione da parte del lavoratore.

Nel caso di specie, tale requisito – quantomeno nella formulazione offertane dalla prevalente dottrina - pare esser pienamente soddisfatto, avendo il ricorrente provveduto a manifestare il proprio intento, previa individuazione della fattispecie generatrice del rischio e, pertanto, dell'inadempito obbligo di sicurezza.

LA TUTELA ACCORDATA.

Un ulteriore profilo di particolare interesse che emerge dall'ordinanza è individuabile nella tutela specifica accordata al lavoratore avverso l'illegittimo recesso datoriale; negata la qualificabilità del licenziamento quale ritorsivo – ed in quanto tale, eventualmente, meritevole della tutela ex Art. 18, co. 1 stat. lav. - il Giudice del lavoro di Genova ha comunque riconosciuto l'applicabilità della tutela reintegratoria, seppur nella sua formulazione attenuata, ex co. 4.

L'esclusione della volontà di rappresaglia posta a base del licenziamento interviene solo a seguito di un compiuto ragionamento, fondato su di una scrupolosa analisi degli elementi della condotta datoriale, dai quali possa eventualmente desumersi tale volontà ritorsiva, quale motivo illecito determinante.

Più nello specifico, il Tribunale ligure rileva che l'intento vendicativo o di rappresaglia non può dirsi sussistente nel caso di specie alla luce del comportamento tenuto da parte datoriale precedentemente al licenziamento impugnato; tale condotta, inizialmente improntata alla relativa tolleranza del rifiuto della prestazione da parte del ricorrente, è stata –infatti - improntata alla gradualità e progressione nella scelta delle sanzioni irrogande. Nel caso di specie, infatti, il provvedimento espulsivo è intervenuto solo a seguito dell'irrogazione di sanzioni a carattere conservativo.

Tanto basta - di per sé - secondo l'equilibrato ragionamento del Giudice, ad escludere la volontà ritorsiva quale motivo determinante il recesso e, pertanto, l'applicazione della conseguente tutela.

Di non poco momento appare pure la seconda fra le argomentazioni addotte dal Giudice nell'individuazione della tutela da riconoscersi al lavoratore-*excipiens*, inerendo - tale argomentazione - la capacità dell'eccezione di costituire - ove legittimamente opposta - una circostanza esimente, capace - in quanto tale - di privare la condotta della sua valenza illecita. Ulteriormente – e qui risiede il punto nodale della questione - il Giudice è chiamato a statuire se la sussistenza di un'esimente - quale l'*exceptio* - sia in grado di escludere la sussistenza del fatto contestato, di-

scendendo da ciò la scelta fra la tutela reintegratoria attenuata e quella meramente indennitaria.

Pur nella coscienza dell'impossibilità di approcciarsi adeguatamente in un simile contesto ad un siffatto tema, fra i più controversi dell'attuale dibattito lavoristico, vale egualmente la pena di soffermare brevemente l'attenzione su tale aspetto.

Seppur l'accezione del "fatto contestato" che parrebbe a tutt'oggi esser stata abbracciata dalla Corte di Cassazione sia quella del "fatto materiale"⁵⁶, tale nozione sembra essere implicitamente posta in discussione – anche – dal Giudice ligure, il quale rileva la necessità giuridica e sociale di un'interpretazione della locuzione normativa che contenga in sé - quantomeno – la considerazione della causa di giustificazione in parola, la quale viene argutamente affiancata alle esimenti in senso stretto.

D'altronde, la formulazione stessa della norma statutaria rileva la necessaria permanenza dell'antigiuridicità del fatto contestato, proprio alla luce di quell'elementare ragionamento per cui il fatto contestato da parte del datore è – o, *rectius*, dovrebbe essere – quello tale da giustificare il licenziamento; ovvero sia, non un qualunque fatto, ma un fatto che per il suo portato sia capace d'ingenerare una lesione significativa del rapporto fiduciario fra datore e lavoratore. Ebbene, allorché ciò che al lavoratore si imputi sia l'inadempimento della propria prestazione, il sopravvenire dell'accertamento della legittimità dell'eccezione, vale di per sé a giustificare l'inattività del lavoratore, svuotandola definitivamente del senso umano e giuridico dell'inadempimento legittimante il recesso.

Reviewed August 2rd, 2015 - Accepted September 1st, 2015 on line December 20, 2015 - Word 9576, Characters 68517

⁵⁶ Si fa evidentemente riferimento all'estremamente controversa S.C. Cass., Sez. lav., 6 novembre 2014, n. 23669.