

Ottemperare o non ottemperare? Il dilemma dei lavoratori subordinati a fronte del mancato assolvimento da parte del datore di lavoro degli obblighi in materia di salute e sicurezza

di C. Berti - 13 aprile 2025

Il caso

La vicenda oggetto della pronuncia qui annotata (Cass., 12 febbraio 2025, n. 3609) vede coinvolto un gruppo di macchinisti dipendenti di una società di trasporti ferroviari, cui era stata comminata la sospensione di tre giorni dal servizio e dalla retribuzione per essersi rifiutati di rendere la prestazione lavorativa con le modalità del *c.d. Agente solo*, con conseguente violazione dell'art. 51, lett. h del CCNL attività ferroviarie del 16/04/2003, vigente all'epoca dei fatti. La norma, rubricata "Doveri del personale", impone di ottemperare agli ordini impartiti dai superiori gerarchici, ma, allo stesso tempo, specifica che: «se l'ordine è palesemente contrario ai regolamenti e istruzioni deve farne rimostranza al superiore che l'ha impartito, dichiarandone le ragioni; se l'ordine è rinnovato per iscritto, ha il dovere di darvi esecuzione. Non deve, comunque, eseguire l'ordine quando la sua esecuzione possa comportare violazione di norme penalmente sanzionate».

Con riferimento alla conduzione del mezzo ad *Agente solo*, espressamente prevista da un accordo sindacale del 15.5.2009, essa comporta, come il nome stesso suggerisce, che a guidare il treno sia un unico macchinista, non coadiuvato o affiancato da un collega. Tralasciando in questa sede la questione relativa all'efficacia soggettiva dell'accordo sindacale di cui sopra nei confronti dei lavoratori non aderenti ai sindacati firmatari dello stesso (per una disamina completa, si veda C. cost., 28 marzo 2023, n. 52, con nota di POSO, *I contratti collettivi aziendali di prossimità tra libertà sindacale e dissenso, pluralismo sindacale e criterio maggioritario. Una occasione mancata per la Corte Costituzionale che, dopo aver severamente criticato le valutazioni approssimative dei giudici di merito rimettenti sui requisiti soggettivi e oggettivi dell'accordo impugnato, ha arrestato la sua pronuncia al giudizio sulla rilevanza delle q. l. c. sollevate, dichiarandole, pertanto, inammissibili*, in www.rivistalabor.it, 6 maggio 2023 e Cass., 15 novembre 2017, n. 27115, con nota di NOTARO, *Efficacia vincolante dell'accordo collettivo aziendale. Il riepilogo della cassazione tra regole note, nuovi spunti e possibili questioni*, in www.rivistalabor.it, 24 gennaio 2018), su cui la Corte si era già espressa in sede di rinvio, ciò che qui interessa è che il caso torna sul tavolo dei Giudici affinché vagliano la legittimità del rifiuto dei macchinisti di adempiere la prestazione con le modalità sopra indicate.

Stando alla ricostruzione prospettata dai lavoratori, trovarsi da soli nella cabina di guida li esporrebbe al rischio di non vedersi prestare soccorso in modo tempestivo qualora dovessero restare vittime di un malore, fatto che metterebbe in pericolo non solo i conducenti, ma anche i passeggeri fruitori del servizio. Pertanto, le difese che i lavoratori svolgono a sostegno delle proprie domande, riportate nel dettaglio nella sentenza della Corte d'Appello di Roma (sentenza n. 2023/2023), si possono così riassumere: il rifiuto di condurre il treno in totale

autonomia sarebbe da configurarsi quale eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., in quanto la società datrice di lavoro si sarebbe resa per prima inadempiente dei propri obblighi, non avendo predisposto adeguate misure di sicurezza ai sensi dell'art. 2087 c.c. a tutela del macchinista lasciato solo in cabina.

Di contro, la società datrice di lavoro obiettava che l'applicazione del modulo *Agente solo* era condizionata all'utilizzo di particolari tecnologie che controllano la marcia dei treni e che assicurano l'arresto del treno in caso di emergenza; inoltre, appositi protocolli e procedure avrebbero garantito l'intervento tempestivo dei soccorsi; infine, l'ordine, reiterato e impartito per iscritto ex art. 51 CCNL, deve essere seguito.

Tali argomentazioni non convincevano la Corte d'Appello di Roma, la quale non solo accoglieva la prospettazione in diritto fornita dai lavoratori, ma attingeva alla Giurisprudenza di legittimità (Cass., 28 ottobre 2021, n. 30472) per rilevare come i macchinisti, nell'esercizio delle proprie funzioni, siano titolari nei confronti dei passeggeri del treno di una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p., per il quale "non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

Di conseguenza, l'ordine di condurre il treno in modalità *Agente solo*, in quanto potenzialmente lesivo dell'incolumità dei passeggeri, violerebbe il sopracitato art. 40, comma 2 c.p. e autorizzerebbe i lavoratori a non rispettarlo.

In sede di legittimità, il ricorso proposto dalla società di trasporti ferroviari veniva rigettato e le sanzioni disciplinari annullate. La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, con motivazione piuttosto sintetica per non dire scarna, richiamava e faceva proprie le parole del medesimo precedente citato dai Giudici romani (Cass. n. 30472/2021, *cit. supra*).

Benché la Corte non si soffermi troppo a motivare, il provvedimento costituisce uno spunto per riprendere le fila del discorso in tema di autotutela individuale nel rapporto di lavoro, con particolare riferimento agli obblighi di sicurezza gravanti sul datore di lavoro.

Cenni sull'autotutela individuale e sulla sua applicazione al rapporto di lavoro

L'istituto dell'autotutela nel diritto civile, intesa come il «diritto di tutelare da sé i propri interessi» (la definizione, come la prima vera e propria teorizzazione del concetto, si deve a BETTI, *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc dir*, vol. IV, 1959, 529) ha da sempre esercitato un fascino ambivalente sulla dottrina civilistica, che ha faticato e fatica tuttora a ricondurlo ad un concetto unitario (BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Giuffrè, 1971) e, allo stesso tempo, continua ad interrogarsi sul modo in cui esso si concili con la necessità dell'Ordinamento di mantenere saldo nelle proprie mani il monopolio dell'amministrazione della giustizia.

Non stupisce, infatti, che in uno Stato di diritto in cui la risoluzione delle controversie è affidata in via principale a magistrati terzi e imparziali, un istituto che consenta al privato di tutelare autonomamente i propri diritti sia guardato con sospetto e sia considerato, in definitiva, un'eccezione circoscritta a determinate ipotesi (BIANCA, *Autotutela*, in *Enc dir*, Agg. IV, 2000, 133, di diverso avviso, SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Edizioni scientifiche italiane, 1995).

D'altro canto, l'utilità pratica dell'istituto è indubbia, in quanto in alcuni casi rappresenta uno strumento di tutela più rapido ed efficace della giurisdizione ordinaria: non solo, infatti, permette di ottenere in tempi decisamente più brevi un risultato simile a quello assicurato dalle aule di giustizia, ma può anche andarvi oltre, garantendo ad esempio l'esecuzione di obblighi, quali quelli di fare o non fare, la cui coercibilità rappresenta un problema noto (i contributi in materia non si contano. Per una trattazione esaustiva si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Digesto civ.*, VI, 1991, LUISO, *Esecuzione forzata, II- Esecuzione forzata in forma specifica*, in *EGT*, XIII, 1998 e PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene Editore, 2012).

Ragioni di economia del presente contributo non consentono di dare spazio al nutrito dibattito dottrinario che ha analizzato le origini dell'istituto e le sue implicazioni di carattere sociologico e giuridico. Sia sufficiente ricordare che il presupposto dell'autotutela è, *va da sé*, che i diritti di un determinato soggetto siano violati o anche solo minacciati (BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 29) dalle azioni di terzi e che a tale ingerenza il titolare del diritto reagisca ricorrendo a mezzi propri, senza rivolgersi all'autorità giudiziaria. Poiché non esiste in ambito civilistico una norma che autorizzi in via generale l'esercizio del potere di autotutela da parte dei privati (BIANCA, *op. cit.*, 133), ogni reazione deve essere sottoposta ad un attento vaglio affinché ne venga accertata la legittimità o meno.

A tal fine, la dottrina ha esaminato le singole forme di autotutela consentite dal nostro Ordinamento per individuarne la *ratio* comune ed elaborare un sistema di classificazione al quale ricondurre i singoli casi concreti. Così, si è arrivati a distinguere tra autotutela consensuale e autotutela unilaterale (sempre BETTI, *op. cit.*, 529 ss.) e, nell'alveo di quest'ultima, una parte della dottrina ha suggerito di raggruppare le diverse forme di autotutela in base alle finalità che mirano a perseguire. Suggestiva, in tal senso, è la classificazione riportata da BIANCA, *op. cit.*, 134 stante la quale si deve distinguere tra: a) rimedi inibitori, che mirano a impedire la verifica dell'evento lesivo o minaccioso; b) rimedi punitivi, che hanno, appunto, carattere afflittivo; c) rimedi esecutori, con cui il creditore realizza il proprio credito in via stragiudiziale; d) rimedi risarcitori, tramite i quali vengono rimossi gli effetti della lesione; e) rimedi cautelativi, tra cui figura l'eccezione di inadempimento su cui torneremo, volti alla conservazione del diritto potenzialmente leso e, infine f) rimedi risolutivi, come la risoluzione stragiudiziale del contratto.

Stanti tali premesse, sorge spontaneo domandarsi come si comporti il diritto del lavoro: se cioè, le medesime forme di autotutela contemplate dal diritto civile possano attagliarsi al rapporto di lavoro o se, invece, le peculiarità di quest'ultimo ne escludano *tout court* l'operatività. A prescindere dal fatto che si sposino le teorie contrattualistiche o le teorie istituzionalistiche (per approfondire, si veda MENGONI, *Il contratto di lavoro*, a cura di NAPOLI, Vita e pensiero, 2008 e PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966), è innegabile che il rapporto di lavoro da qualunque angolazione lo si guardi segua spesso regole proprie rispetto al civile. Non può essere considerato, infatti, un semplice scambio sinallagmatico di prestazione contro prezzo poiché tra le parti sussiste uno squilibrio intrinseco al concetto stesso di subordinazione: nel momento in cui viene assunto, il lavoratore viene inserito nell'organizzazione aziendale, il che comporta lavorare "alle dipen-

denze” e “sotto la direzione” (art. 2094 c.c.) di un soggetto, il datore di lavoro. Questi è a capo dell’azienda (art. 2086 c.c.) ed esercita una serie di poteri fondamentali che gli consentono di dettare i tempi e le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e mantenere il controllo dell’impresa.

Alla luce di quanto detto sinora, non pare scontato che i medesimi rimedi attivabili nel diritto civile trovino applicazione *sic et simpliciter* nel rapporto di lavoro. O meglio, il problema non sembra porsi nel caso in cui ad agire in autotutela sia il datore di lavoro, cui, a ben vedere, è il legislatore medesimo ad assicurare azioni specifiche: attingendo alle categorie di cui sopra, il potere di sanzionare disciplinarmente i dipendenti potrebbe essere considerato a tutti gli effetti una forma di autotutela punitiva (BIANCA, *op cit.*, 136).

Di contro, la delicata posizione di soggezione in cui si trova il lavoratore impone di usare una particolare cautela nel vagliare la legittimità dei ricorsi all’autotutela individuale, i quali si traducono, in definitiva, nell’astensione dal rendere la prestazione lavorativa (altro discorso, va da sé, vale per le forme di autotutela di carattere collettivo come lo sciopero, che non solo è ammesso, ma ha addirittura copertura costituzionale). Da un lato, è chiaro che riconoscere un potere indiscriminato in capo al lavoratore di non presentarsi al lavoro ogniqualvolta ritenga che il datore di lavoro sia inadempiente, significherebbe annichilire il concetto stesso di subordinazione; allo stesso tempo, proprio perché il lavoratore è soggetto a poteri del datore di lavoro in grado di incidere significativamente sulla sua sfera personale, si dovrebbe riconoscergli la possibilità di opporsi all’esercizio illegittimo e indiscriminato degli stessi.

A tutto ciò si aggiunga che l’autotutela è, senza dubbio, un terreno scivoloso per il lavoratore, in quanto si trova esposto al rischio di subire una sanzione disciplinare, come è avvenuto nel caso oggetto della sentenza in commento o, nei casi più gravi, alla perdita del posto di lavoro. Il tema, di largo interesse, ha conosciuto una prima sistematizzazione verso la fine del secolo scorso e i primi anni duemila, grazie ai contributi di DELL’OLIO, *Autotutela: diritto del lavoro*, in *Enc. Giur. It.*, 1988, VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995 e FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Giappichelli, 2004, per poi essere studiato in modo più parcellizzato in forma di commento alle numerose pronunce giudiziarie il cui oggetto era proprio l’impugnazione di sanzioni disciplinari o licenziamenti irrogati a seguito di azioni di autotutela.

A tal proposito, pare ormai pacifico che l’autotutela sia ammessa, ma abbia una funzione sostanzialmente cautelativa o inibitoria (RICCOBONO, *Profili applicativi degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie: l’autotutela individuale del lavoratore*, in RIDL, 2010, 1,5), posto che in ogni caso essa non impedisce l’instaurarsi di un contenzioso, ma, anzi, spesso è prodromica allo stesso. Per questo motivo, parte della dottrina sostiene che sia necessario e opportuno che il lavoratore che si rifiuti di rendere la propria prestazione attivi al contempo un’azione giudiziaria cautelare perché venga avallata la legittimità del proprio comportamento (RICCOBONO, *op. cit.*, 5 e PISANI, *Le tecniche di tutela nell’età della giurisdizione*, in LDE, 1/2023, 152 e, in giurisprudenza, Cass., 19 aprile 2018, n. 9736), ma non tutti sono d’accordo (di diverso avviso CAVALLARO, *Rapporto di lavoro e provvedimenti d’urgenza. Un riesame critico*, in RIDL, 2001, I, 63 e Cass. 19 luglio 2019, n. 19579).

Ad ogni modo, ad oggi si contano pronunce sul rifiuto del lavoratore a prestare la propria opera quale reazione a un numero piuttosto ampio di condotte datoriali, tra cui si possono ricordare: la mancata corresponsione della retribuzione (*ex plurimis*, Cass. 2 aprile 2004, n. 6564 con nota di VALENTE, *L'exceptio inadempimenti contractus nel rapporto di lavoro. Un esempio di autotutela individuale come risposta al mancato pagamento della retribuzione*, in RIDL, 2004, 4 712 ss.), il demansionamento (*ex multis*, Cass. civ., 05 dicembre 2007, n. 25313, con nota di CORTI, *La difficile ricerca della flessibilità funzionale: equivoci della Cassazione su demansionamento ed eccezione di inadempimento*, in ADL, 2008, 4-5, 1167 ss.), il trasferimento illegittimo (*ex plurimis*, BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103*, Giuffrè, 1997 e Cass. 10 gennaio 2019, n. 434 con nota di BERTOCCO, *Il rifiuto del lavoratore di ottemperare all'ordine illegittimo di trasferimento: natura ed effetti*, in LG, 2019, 12, 1126 ss.), la discriminazione (App. Torino, 1° agosto 2010 con nota di BALESTRO, *A mali estremi, estremi rimedi*, in D&L, 2011, 1, 206), recentemente, anche la mancata predisposizione dei ragionevoli accomodamenti (Cass., 21 novembre 2024, n. 30080, con nota di SALVAGNI, *Eccezione di inadempimento per la ripresa del servizio nella sede più vicina, mancato accomodamento ragionevole e assenza ingiustificata: un'altra prospettiva di licenziamento discriminatorio del disabile*, in www.rivistalabor.it 15 gennaio 2025) e il mancato assolvimento degli obblighi di sicurezza cui si riferisce il provvedimento qui annotato.

Per quanto concerne la copertura normativa di queste azioni, nella stragrande maggioranza dei casi l'istituto prediletto è l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. Solo in rare occasioni il rifiuto a rendere la prestazione è giustificato dal fatto che gli ordini datoriali illegittimi non producono effetti in quanto radicalmente nulli (*quod nullum est nullum producit effectum*) e l'assunto trova più spazio nelle riflessioni dottrinarie che nelle sentenze. È nel quadro sino ad ora delineato che si inserisce la sentenza della Cassazione in commento, la quale, come si diceva, pur senza soffermarvisi, sposa entrambe le prospettazioni.

Autotutela come eccezione di inadempimento in relazione agli obblighi di sicurezza ex art. 2087 c.c.

Venendo, dunque, al primo dei due strumenti di tutela indicati dalla Corte di Cassazione, l'*exceptio inadempimenti contractus*, questo opera nei contratti a prestazioni corrispettive e permette a una delle due parti di rifiutarsi di adempiere alla propria obbligazione a fronte dell'inadempimento posto in essere dall'altra (per approfondimenti, anche sulla concezione di contratto a prestazioni corrispettive REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. Dir.*, XIV, 1965, 222 ss.), a condizione che il rifiuto non sia contrario a buona fede (art. 1460, comma 2 c.c.).

La funzione dell'istituto risiede, dunque, nella conservazione del vincolo contrattuale senza che ciò vada a scapito del contraente diligente, il quale in questo modo può esercitare una pressione sulla controparte inadempiente affinché provveda al più presto a sanare il *vulnus* e, allo stesso tempo, non si vede costretto a adempiere senza la certezza della controprestazione.

Si possono, così, individuare i presupposti dell'eccezione di inadempimento, ossia: a) la corrispettività delle prestazioni; b) l'inadempimento di una delle due parti e c) la conformità a buona fede del rifiuto di adempiere dell'altra parte.

Concentrando l'analisi solo sul rapporto di lavoro, per quanto concerne il primo presupposto, è ormai pacifico che il contratto di lavoro rientri nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive, la cui causa si sostanzia nello scambio tra prestazione lavorativa e retribuzione (sebbene la dottrina non manchi di sottolineare come le due prestazioni non si collochino sullo stesso piano, MEZZACAPO, *Eccezioni di inadempimento e tutela della salute nei luoghi di lavoro*, in *LPO*, 2020, 7-8,439).

Se, dunque, l'eccezione di inadempimento è astrattamente invocabile dal lavoratore in quanto parte di un contratto a prestazioni corrispettive, ciò non toglie che l'indagine relativa alla sussistenza degli altri presupposti sopraelencati debba essere compiuta in modo rigoroso, poiché da essa dipende l'attribuzione della patente di legittimità a quello che altrimenti sarebbe considerato un atto di insubordinazione sanzionabile disciplinarmente.

Alla luce di quanto sopra, relativamente al secondo requisito, è tautologico affermare che si possa parlare di inadempimento solo laddove vi sia un'obbligazione a cui ottemperare, ragione per cui si rende necessario individuare le fonti delle obbligazioni del datore di lavoro. A tal proposito urge, tuttavia, una precisazione: il presente contributo si sofferma sull'utilizzo dell'art. 1460 c.c. in relazione agli obblighi di sicurezza imposti dall'art. 2087 c.c., mentre per tutte le altre questioni cui si è accennato nel paragrafo precedente si rinvia alla dottrina e alla giurisprudenza citate.

Si tratta, dunque, di determinare se la mancata predisposizione da parte del datore di lavoro di misure idonee a tutelare la salute del lavoratore sia da considerarsi un inadempimento tale da autorizzare quest'ultimo ad attivare i rimedi di cui all'art. 1460 c.c.

Il quesito, come testimonia la scarsa trattazione riservatagli nella sentenza annotata, sembrerebbe, ad oggi, aver trovato una risposta definitiva. Infatti, la corrente maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza riconosce la natura contrattuale del dovere in capo al datore di lavoro di garantire l'integrità psicofisica dei lavoratori e, tenuto conto dei beni giuridici che tutela, primo fra tutti il diritto alla salute ex art. 32 Cost., lo pone sostanzialmente sullo stesso piano dell'obbligo di erogazione della retribuzione o del versamento dei contributi (BERTOCCO, *op.cit.*, 1130, MEZZACAPO, *op.cit.*, 439, GARGIULO, *Rischio di contagio e rifiuto della prestazione*, in *DRI*, 2020, 3, 880, ALBI *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, in *RIDL*, 2009, 3, 555. In Giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 12 gennaio 2023, n. 770, con nota di BUOSO, *Attività lavorative a rischio di rapina: art. 2087 c.c., adozione di misure di sicurezza c.d. innominate ed eccezione di inadempimento*, in *Labor*, 2023, 3, 272 ss e di CUCCHISI, *L'eccezione di inadempimento nel caso di violazione dell'obbligo di sicurezza*, in *LG*, 2023, 10, 933 ss., Cass., 18 luglio 2013, n. 17585, Cass., 25 maggio 2006, n. 12445).

Venire meno, dunque, alle disposizioni dell'art. 2087 c.c. significa, per il datore di lavoro, rendersi inadempiente ed esporsi al rischio che i lavoratori decidano di non rendere la prestazione lavorativa, com'è avvenuto nel caso dei macchinisti qui commentato.

Sulla scorta di queste osservazioni, è indispensabile riempire di contenuto l'espressione "obblighi di sicurezza", ossia individuare quali siano in concreto gli adempimenti richiesti al datore di lavoro affinché i dettami dell'art. 2087 c.c. possano dirsi rispettati (AL-

BI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087.*, in BUSNELLI, *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffr , 2008).

Una rapida lettura della sentenza della Corte d'Appello di Roma da cui scaturisce la pronuncia qui annotata consente di appurare quanto la questione sia tutt'altro che secondaria: nel caso di specie, infatti, l'azienda di trasporti ferroviari aveva messo a punto un numero elevato di procedure, rimedi e protocolli atti a soccorrere il macchinista lasciato solo in cabina, ma nulla di tutto ci    stato ritenuto sufficiente dai giudici di merito per considerare adempiuto l'obbligo di sicurezza. Nemmeno seguire i dettami della normativa di settore e le disposizioni contenute nell'accordo sindacale ha sortito l'effetto invocato dalla datrice di lavoro.

  noto, infatti, come l'art. 2087 c.c. sia una disposizione di carattere generale (PROIA, *Il diritto all'integrit  psico-fisica*, in SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, UTET, 2017, 1143) la cui ampia portata impone al datore di lavoro l'obbligo di adottare e rispettare misure anche non espressamente previste dalla legge (sulla distinzione tra misure "nominate" e "innominate" si veda BUOSO, *op. cit.*, 274), purch  utili a garantire l'integrit  fisica e psichica del lavoratore. In questo modo, la norma assicura la piena efficacia del sistema di protezione, colmando eventuali lacune normative o intervenendo nei casi in cui le disposizioni specifiche dettate dal legislatore risultino insufficienti o obsolete.

Tutto ci  dovrebbe avvenire nei limiti della ragionevolezza, in quanto sarebbe impensabile estendere il *diktat* della norma sino a prevedere un obbligo illimitato e assoluto gravante sulle spalle del datore di lavoro. A tal fine, l'art. 2087 c.c. ricorda che si deve comunque avere riguardo della "particolarit  del lavoro, l'esperienza e la tecnica" (ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza cit.*, 78 ss. e Cass., 29 marzo 2019, n. 8911).

Il tema ha trovato nuova linfa in occasione della pandemia da Covid-19. GARGIULO, *op.cit.*, 877. App. Aquila, 5 maggio 2022, n. 71 con nota di SCARANO, *Cosa ci insegna la pandemia: tutela della salute del lavoratore e sospensione della prestazione insicura*, in *GL*, 2023, 4, 408 ss.). Da quanto detto sino ad ora si ricava come non si possa stabilire a priori il contenuto dell'obbligazione e, qualora sorgano delle controversie, spetter  ai giudici di merito il compito di valutare la correttezza delle misure adottate, avuto riguardo delle peculiarit  del singolo contesto lavorativo, con evidenti ripercussioni sul principio di certezza del diritto.

Fermo quanto sopra, si deve dare atto che una parte consistente della Dottrina e della Giurisprudenza ritiene che l'eccezione di inadempimento possa essere invocata solo qualora il datore di lavoro si sia reso totalmente inadempiente, ossia solo in quei rari casi in cui non abbia assolto a nessuno dei propri obblighi contrattuali (stando a questa teoria, se, per esempio, non viene garantita la sicurezza sui luoghi di lavoro, ma la retribuzione viene erogata, il lavoratore non potrebbe agire in autotutela Cass., 19 aprile 2018, n. 9736, Cass., 12 novembre 2013, n. 25392).

Per approfondire, Cass., 18 marzo 2011, n. 9351 con nota di SCARANO, "*Non di solo pane vive l'uomo*" *sull'esatto adempimento del datore*, in *GL*, 2011, 8, 797 ss.); tuttavia, un simile approccio spunta in modo eccessivo le armi del lavoratore, le cui possibilit  di agire in autotutela sarebbero ridotte a pochissimi casi, mentre pare preferibile ammettere che anche

l'inadempimento parziale autorizzi il rifiuto della prestazione, a patto che "incida sulle esigenze vitali del lavoratore" (e Cass., 19 gennaio 2016, n. 831, citata in MEZZACAPO, *op. cit.*, 444).

Una volta appurato che un inadempimento da parte del datore di lavoro c'è stato, non resta che chiedersi se la reazione del lavoratore sia conforme a buona fede "avuto riguardo delle circostanze" (art. 1460, comma 2 c.c. Si veda, di recente Cass. 27 gennaio 2025 n. 1911, con nota di SERRA, *Il rifiuto del lavoratore di adempiere ad una disposizione di servizio è legittimo soltanto se conforme a buona fede*, in *www.rivistalabor.it*, 4 marzo 2025). Sul modo di verificare se il lavoratore abbia o meno agito secondo buona fede ci si è a lungo interrogati e non si è ancora pervenuti ad una soluzione univoca.

Se si può dire pacifico che il canone di riferimento è la proporzionalità tra gli inadempimenti del datore e del lavoratore (contra, in passato, FERRANTE, per cui si doveva guardare la «persistente possibilità di un adempimento», *Clausole generali, buona fede e contratto di lavoro*, in *DRI*, 2021, 1, 86), è sugli elementi a cui ancorare il giudizio di proporzionalità che permangono dubbi. Mentre spesso la Giurisprudenza e parte della Dottrina attingono con disinvoltura al concetto di "gravità" dell'inadempimento sancito dall'art. 1455 c.c. e ritengono proporzionata la reazione del lavoratore se l'inadempimento datoriale era di non scarsa importanza (Cass., 12 gennaio 2023, n. 770, Cass. 16 maggio 2006, n. 11430, Cass. 23 novembre 1995, n. 12121. RICCOBONO, *op.cit.*, 130, GARGIULO, *op. cit.*, 882); altri rilevano come l'art. 1455 c.c. si riferisca all'istituto della risoluzione del contratto, concettualmente incompatibile con l'autotutela conservativa rappresentata dall'eccezione di inadempimento (SCARANO, *op. cit.*, 806).

Al netto delle riflessioni sulla gravità, diversi ed eterogenei sono i fattori che vengono presi in considerazione dalle Corti di merito e di legittimità per valutare se il rifiuto sia o meno in linea con i dettami dell'art. 1460, comma 2 c.c., tra cui si possono ricordare: se il lavoratore abbia fatto precedere o meno il rifiuto da una diffida formale; se il lavoratore si sia offerto di adempiere alla propria prestazione con una diversa modalità (si tratterebbe della messa in mora del datore di lavoro, requisito ritenuto indispensabile da alcuni ai fini del mantenimento del diritto alla retribuzione. RICCOBONO, *op. cit.*, 132); se il lavoratore abbia spiegato in modo puntuale le ragioni del rifiuto.

A conclusione del breve *excursus* sino ad ora riportato, si fa notare infine come l'utilizzo della fattispecie dell'eccezione di inadempimento incida sugli oneri probatori: posto che il lavoratore sanzionato disciplinarmente dovrà solo allegare l'inadempimento del datore di lavoro e spetterà a quest'ultimo provare di aver predisposto tutte le misure tecnologicamente possibili per garantire la sicurezza sul luogo di lavoro, la valutazione sulla buona fede del rifiuto come descritta sino ad ora impone al lavoratore di circostanziare in modo accurato la propria condotta (VALLEBONA, *Gli oneri di allegazione e di prova nelle azioni fondate sull'inadempimento del datore di lavoro*, in *Studi in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, 2005).

Ad ogni modo, per quanto concerne il campo specifico degli obblighi di sicurezza, sono in molti a sostenere che l'indagine possa essere condotta in modo meno rigoroso, dal momento che un inadempimento datoriale in tale ambito può portare a conseguenze importanti per il lavoratore (MEZZACAPO, *op. cit.*, 445-446). Prova ne sia che la sentenza qui in commento

non si sofferma sul punto: si dà per scontato che, una volta appurato che la modalità di conduzione in *Agente solo* non è sicura per il macchinista, il rifiuto di questi di rendere la prestazione è considerato *tout court* e non meritevole di censura.

Per il resto, nessuna delle considerazioni svolte sino ad ora ha trovato spazio nella sentenza in commento. Non si fa menzione, infatti, né delle questioni attinenti alla gravità dell'inadempimento, né della proporzionalità e della conformità a buona fede del rifiuto dei lavoratori di adempiere la prestazione, né degli altri temi ancillari. E ciò, sembrerebbe, per due ordini di motivi: da un lato, la Corte ritiene che l'indagine sulla sussistenza dei presupposti dell'eccezione di inadempimento debba essere condotta in larga parte dai giudici di merito; dall'altro, un rimando così sbrigativo ai propri precedenti in materia lascia pensare che i principi di cui tratta il caso di specie siano così consolidati da non meritare una nuova analisi o approfondimento.

Qualche considerazione sul rifiuto di ottemperare a un ordine asseritamente illegittimo

L'eccezione di inadempimento è un valido strumento nelle mani del lavoratore per sottrarsi all'esecuzione di una prestazione dovuta. Discorso diverso dovrebbe, invece, farsi nel caso in cui si dovesse considerare la prestazione oggetto dell'ordine datoriale come non dovuta. La questione è molto delicata, poiché il rischio che la condotta del lavoratore sconfini nell'insubordinazione è decisamente più elevato: un conto, infatti, è motivare il rifiuto di rendere la prestazione lavorativa sulla base del fatto che il datore di lavoro non sta adempiendo a sua volta ai propri obblighi (che sottende la volontà di adempiere); un altro è opporsi apertamente all'ordine impartito perché non se ne condivide il contenuto. Si tratta della teoria della nullità dell'ordine datoriale emanato *ultra vires*, ossia all'infuori dei contorni tracciati dal legislatore, ancorato al principio *quod nullum est nullum producit effectum*.

Tale argomentazione ha avuto maggiore riscontro in dottrina che in giurisprudenza e non incontra grandi opposizioni quando si discute di tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro (per gli altri temi, in particolare con riferimento al demansionamento e al trasferimento, si rinvia a PISANI, *la nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, 2015, FERLUGA, *Tutela del lavoratore e disciplina delle mansioni*, Giuffrè, 2012, BROLLO, *op. cit.*, BERTOCCO, *op.cit.*, 1132, VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in RIDL, 1987,1, 67 ss.): in questo caso, in ragione dell'importanza e della delicatezza dei beni giuridici protetti, viene tendenzialmente riconosciuto un vero e proprio *ius resistentiae* in capo al lavoratore che ritenga che la propria salute sia stata messa in pericolo dall'ordine datoriale (FABRIS, *Il rifiuto di adempiere del lavoratore per omissione di misure di sicurezza*, in LG, 2009, 9, 884 e Cass.,18 maggio 2006, n. 11664). Una simile difesa non sembra essere stata spesa in questi termini dai macchinisti nel caso di specie, i quali hanno preferito optare per l'eccezione di inadempimento per spiegare le ragioni del rifiuto a adempiere, nonostante gli indubbi vantaggi sul piano probatorio che questa seconda impostazione presenta (evitare il vaglio giudiziale sulla sussistenza o meno della buona fede. RICCOBONO, *op.cit.*, 134).

Il rifiuto di eseguire un ordine illegittimo lo troviamo, nella sentenza, in un'altra veste: non quale strumento di tutela per i lavoratori, ma per salvaguardare la sicurezza dei fruitori del servizio. Ora, è pacifico che il dovere di obbedienza del lavoratore nei confronti delle disposizioni datoriali, sancito dall'art. 2104 c.c., non possa essere esteso al punto da ammettere la commissione di reati da parte del dipendente su ordine del datore di lavoro (Cass., 8 novem-

bre 2002, n.15749: il dirigente che si rifiuta di redigere un bilancio falso non è passibile di licenziamento).

Altrettanto indubbio è che l'Ordinamento penale non riconosce quale scriminante il fatto di essersi attenuto ad un ordine del proprio capo, in quanto «la disposizione dell'art. 51 c.p. prende in considerazione esclusivamente i rapporti di subordinazione previsti dal diritto pubblico e non anche i rapporti di diritto privato, come quelli intercorrenti tra i privati datori di lavoro ed i loro dipendenti (Cass. pen., Sez. 5, n. 15850 del 26/6/1990, Bordoni; Cass. pen., Sez. 5, n. 7866 del 28/5/1984, Guerrieri).

Ne consegue che il dipendente privato, che riceva dal proprio datore di lavoro una qualunque disposizione operativa, è tenuto a verificarne la rispondenza alla legge secondo gli ordinari canoni di diligenza e, qualora riscontri l'illegittimità della disposizione medesima, è tenuto a rifiutarne l'esecuzione» (Cass. pen., 30 novembre 2016, n. 50760).

A nulla varrebbe la reiterazione dell'ordine per iscritto o l'assunzione in toto della responsabilità da parte del datore, come ha provato a sostenere l'impresa di trasporti nel caso qui studiato. A tal proposito, risulta forse ambiguo il dettato dell'art. 51 CCNL del 2009 (ripreso negli stessi termini dall'art. 56 CCNL mobilità in cui è confluito), nella parte in cui prevede che, se l'ordine viene reiterato per iscritto, i macchinisti devono darvi corso, anche se precisa che ciò non deve avvenire se dall'esecuzione potrebbe derivare la violazione di norme penali.

Preme, tuttavia, sottolineare una peculiarità del caso qui esaminato. L'ordine di condurre il treno in solitaria non comporta in modo diretto e automatico la commissione di un reato, tant'è vero che la modalità *Agente solo* è espressamente contemplata da un accordo sindacale. Tuttavia, la Corte compie un passo in più, quando afferma che nell'esercizio delle proprie funzioni i macchinisti divengono titolari di una posizione di garanzia nei confronti dei passeggeri del treno ai sensi dell'art. 40, comma 2 c.p. e sono, dunque, responsabili di qualsiasi danno arrecato agli stessi. Ne consegue che ogni ordine che metta a rischio la salute dei macchinisti, questo pare il ragionamento dei Giudici di legittimità, implica una violazione dell'art. 40, comma 2 c.p., in quanto espone al medesimo rischio coloro che si trovano sul treno, al punto che i lavoratori possono addirittura rifiutare la prestazione senza indicare espressamente quali norme penali si assumono violate (sempre Cass., 28 ottobre 2021, n. 30472). In questo modo, dunque, al lavoratore viene riconosciuta un'ampia facoltà di sindacare le scelte datoriali, potendo opporsi a ordini che, sebbene formalmente leciti, possano mettere a rischio la sicurezza propria e quella dei passeggeri.

Carola Berti, avvocatessa in Torino

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 12 febbraio 2025, n. 3609](#)