

LUIGI FIORILLO

Obblighi del lavoratore

Estratto da:

DIGESTO

delle Discipline Privatistiche

Sezione Commerciale

Aggiornamento

UTET
GIURIDICA

INDICE

Amministratori di società (diritto del lavoro e della previdenza sociale) di A. PILATI	<i>p.</i>	1
Assistenza di G. CAZZOLA	»	15
Avviamento (nelle professioni intellettuali) di M. TICOZZI	»	20
Brevetto per invenzioni industriali di M. VENTURELLO	»	30
Capitale (società cooperativa) di F. MAZZINI	»	38
Cartolarizzazione di S. M. SEPE	»	65
Cassa conguaglio per il settore elettrico di S. D'AMATO e F. PONTANI	»	110
Contratto collettivo del lavoro pubblico di L. ZOPPOLI	»	125
Contratto di inserimento di D. GAROFALO	»	150
Contratto di reinserimento di A. C. ANTONELLO	»	194
Cooperazione e imprese collettive di M. CAVANNA	»	201
Corporate governance di F. PONTANI	»	227
Dialogo sociale di G. ZILIO GRANDI e F. BANO	»	238
Dirigenza statale di A. ZOPPOLI	»	262
Diritti sindacali di F. GHERA	»	288
Diritti sociali di G. ZILIO GRANDI e F. BOLOGNA	»	311
Disoccupazione nel diritto della sicurezza sociale di A. AURILIO	»	334
Giudizio di ottemperanza nel processo tributario di I. PELLECCIA	»	350
Lavoratori autonomi (astensione collettiva dei) di V. M. MARINELLI	»	363
Lavoro (intermediazione e interposizione nel) di O. MAZZOTTA	»	374
Lavoro all'estero di G. PERONE e M. T. SPADAFORA	»	384
Lavoro irregolare di M. FAIOLI	»	440
Lavoro nello spettacolo di G. PAONE	»	454
Lavoro occasionale di V. BRINO	»	468

Lavoro pubblico nelle amministrazioni regionali di A. TROJSI	p. 474
Obblighi del lavoratore di L. FIORILLO	» 501
Patto di non concorrenza nel contratto di agenzia di G. PELLACANI	» 541
Rappresentatività sindacale di G. PROSPERETTI	» 547
Servizi ispettivi di S. PELLEGRINO	» 571
Società (gruppi di) di N. RONDINONE	» 591
Solidarietà nel diritto tributario di F. V. ALBERTINI	» 651
Stabile organizzazione (nel diritto tributario) di C. GARBARINO	» 663
Strumenti finanziari di E. M. MASTROPAOLO	» 701
Trasformazione di cooperativa (nel diritto comune) di C. G. CORVESE	» 712
«Zone franche» e «depositi franchi» di A. DE CICCO	» 726

Appendice

Contratti di lavoro (certificazione dei) di E. GHERA	» 741
Disabili (lavoro dei) di D. GAROFALO	» 759
Lavoro ripartito di F. GHERA	» 839
Potere direttivo e suoi limiti generali di A. PERULLI	» 850

Obblighi del lavoratore

Bibliografia: ALBI, *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*, RIDL, 2009, III, 543; BARTALOTTA, *Scarso rendimento e prova per presunzioni della sua imputabilità a condotte negligenti del lavoratore*, RIDL, 2001, II, 346; BELLAVISTA, *Abbigliamento del dipendente e poteri del datore di lavoro*, RGL, 1994, II, 226; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Torino, 1955, 68; BONARDI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, in *Diritto del lavoro*, comm. diretto da Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di Cester, Torino, 2007, 725-726; BUONCRISTIANO, *I poteri del datore di lavoro*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1986, 578; CALAFÀ, *Tra mobbing e mero conflitto: un'ipotesi di legittima reazione a un atteggiamento incivile del datore di lavoro*, RIDL, 2002, II, 154; CAPONETTI, *Abuso del diritto di critica e giusta causa di licenziamento*, MGL, 2009, 535; CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, DLRI, 2004, 1; CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro*, 2, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005; CASCIANO, *Una ipotesi di «affievolimento» del diritto del lavoratore alla equivalenza delle mansioni ex art. 2103 c.c.*, RIDL, 2003, II, 53; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, RCDP, 1986, 21; CESSARI, *Fedeltà, lavoro, impresa*, Milano, 1969; CESTER-MATTAROLO, *Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro*, Milano, 2007; CESTER-SUPPIEI, «Rapporto di lavoro», in *Digesto/comm.*, Torino, 1996; CONTE, *Licenziamento disciplinare e obblighi risarcitori: poteri del giudice e oneri delle parti*, RIDL, 2001, II, 292; D'ANTONA, *L'anomalia post positiva del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Id.*, *Opere*, I, Milano, 2000, 53; DE LUCA TAMAJO, *Un rigurgito egualitario della Corte di Cassazione*, NGCC, 1995, I, 87; *Id.*, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, ADL, 2005, 467; DELL'OLIO, «Autotutela, III, Diritto del lavoro», in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; DE SIMONE, *Poteri del datore di lavoro e obblighi del lavoratore*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di Carinci, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, II, coordinato da Perulli, Torino, 2007, 249; DI CERBO, *Commento all'art. 2104*, in *Il Diritto del lavoro*, I, a cura di Amoroso-Di Cerbo-Maresca, Milano, 2007; *Id.*, *Commento all'art. 2105*, in *Il Diritto del lavoro*, I, a cura di Amoroso-Di Cerbo-Maresca, Milano, 2007; DI PAOLA, *Una interessante pronuncia della Cassazione in tema di obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, RIDL, 2001, 453; FABRIS, *Il rifiuto di adempiere del lavoratore per omissione di misure di sicurezza*, *Lav. nella Giur.*, 2009, 881; FABRIS, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Milano, 1976; FAILLA, *Diritto di critica e rapporto di lavoro: una importante presa di posizione della Corte di Cassazione*, MGL, 2008, 663; FERRANTE, *Potere ed autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004, 86; FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, DRI, 1991, 159; FIATA, «Fedeltà del lavoro

(obbligo di)», in *Enc. giur.*, Roma, 2001; *Id.*, *Obblighi positivi di diligenza e fedeltà. Sanzioni e codici disciplinari*, ADL, 2002, 289 n. 19; GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2003; *Id.*, *Il diritto del lavoro fra valori della tradizione ed esigenze di modernità*, DML, 2008, 5; GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002; GIUGNI, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963; GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1996; GRAMICCIA, *Un esercizio improprio della tutela processuale che intacca il vincolo fiduciario*, GDir, 2002, 20, 55; GRANDI, «Rapporto di lavoro», in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1987 321; *Id.*, *Riflessioni sul dovere d'obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, ADL, 2004, 725; ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979; *Id.*, *Il contratto di lavoro*, I, II, III Milano, 2000 e 2003; *Id.*, *Sui limiti del controllo del datore di lavoro sull'aspetto fisico del lavoratore*, RIDL, 2002, II, 658; *Id.*, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, RIDL, 2003, II, 695; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982; MAGRINI, «Lavoro (contratto individuale)», in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 41; MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002; *Id.*, *Lavoro e rendimento*, ADL, 2004; MARIANI, *La responsabilità del lavoratore per i danni ai beni aziendali affidatigli*, RIDL, 2009, I, 35; MARTONE, *Contratto di lavoro e beni immateriali*, Padova, 2000; MARTINUCCI, *Diritto alla difesa e obbligo di riservatezza ex art. 2105 c.c.*, RIDL, 2003, 2, 360; MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, Milano, 2000, 24; MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002; MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, RS 1965, 674; *Id.*, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971, 28; MONACO, *L'obbligo di riservatezza delle persone giuridiche e la prestazione fedele: un percorso di lettura*, RIDL, 2001, 2, 101; MONTANARI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, ADL, 2/2007, 601; *Id.*, *La Cassazione conferma i suoi orientamenti più recenti in tema di obbligo di segreto e diritto alla difesa del lavoratore*, ADL, 2007, 601; MORTILLARO, *Sul rendimento del prestatore nella obbligazione di lavoro*, DL, 1971, I, 123; NADALLET, *Sull'obbligo di diligenza e i c.d. compiti accessori: verso un'estensione della sfera di imputabilità*, RIDL, 2001, II, 446; NANNIPIERI, *Imperizia, scarso rendimento, oneri di prova e di repêchage a carico del datore di lavoro*, RIDL, 2003, II, 368; *Id.*, *Imperizia, scarso rendimento, oneri di prova e di repêchage a carico del datore di lavoro*, RIDL, 2004, II, 368; NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980; *Id.*, *Questioni di diritto del lavoro*, Torino, 1996; NEBOLI, *Licenziamento disciplinare a seguito di comportamento ingiurioso del lavoratore nei confronti dei superiori gerarchici*, DRI, 2005, 796; PASQUARELLA, *Autotutela del lavoratore e licenziamento ritrosivo*, RIDL, 2003, II, 114; PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1996;

PERA-PAPALEONI, *Diritto del lavoro*, Padova, 2003; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; ID., *Diritto del lavoro e razionalità*, ADL, 1995, 1; PERSIANI-PROIA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2008; PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992; ID., «Informazione (diritti di)», in *Digesto/comm.*, VII, Torino, 1992, 385; ID., *Subordinazione e autonomia*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di Carinci, II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, coordinato da Perulli, 2007; ID., *Obbligazione di lavoro, diligenza e rendimento*, in *Diritto del lavoro*, comm. diretto da Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di Cester, Torino, 2007, 593; PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, 41; PIETROSANTI, *Dequalificazione e rifiuto della prestazione lavorativa*, *Dir. & Prat. del Lavoro*, 2009, 28, 1634; PISANI, *Sull'uso improprio dell'art. 2105 c.c. da parte della Cassazione*, RIDL, 2005, 922; POSO, *Obbligo di fedeltà del lavoratore, tutela della riservatezza dell'azienda e produzione in giudizio di documenti aziendali riservati*, RIDL, 1994, II, 21; PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1971, 114; PUTURO DONATI, *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Torino, 2005; RIVA SANSEVERINO, *Sub art. 2060-2134 c.c.*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1977; ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2008; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; ROMAGNOLI, *L'art. 24 della legge sui brevetti è una norma da rifare?*, RTDPC, 1964, 1510; ROTONDI, *Sottrazione di documenti aziendali e violazione dell'elemento fiduciario*, LG, 1998, 7; RUSCIANO, *La diligenza del prestatore di lavoro*, *Studium Iuris*, 2000, 656; SANTINI, *Violazione dell'obbligo di riservatezza e diritto di difesa*, LG, 2002, 9, 849; ID., *Il diritto di critica del lavoratore alla luce della più recente ricostruzione dell'obbligo di fedeltà*, RIDL, 2009; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1975; G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2008; SCOGNAMIGLIO, *Manuale di diritto del lavoro*, Napoli, 2005; SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967; TOSI, *Il dirigente d'azienda*, Milano, 1974; TOSI-LUNARDON, «Subordinazione», in *Digesto/comm.*, XV, Torino, 1992; ID., «Lavoro (contratto di)», in *Digesto/Comm.*, VIII, Torino, 1993; TRAMONTANO, *Il risarcimento del danno da attività lavorativa*, Piacenza, 2008; TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, 1982; TULLINI, *Su di una nozione allargata di fedeltà*, RIDL, 1988, 981; ID., *Poteri privati dell'imprenditore ed esercizio di autotutela contrattuale*, RIDL, 1992, II, 947; ID., *Il diritto di critica civile del sindacalista*, RIDL, 1999, II, 346; TURCO, *Contratto di lavoro: uberrima bona fides*, D&G, 2005, 46, 14; ID., *Patto di demansionamento: via libera. Ma solo per evitare il licenziamento*, *ivi*, 2006, 44, 29; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995; ID., *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2005; ID., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, 2008; VINCIERI, *Una nuova pronuncia della Corte di Giustizia in merito alla nozione di orario di lavoro*, RIDL, 2004, II, 3; VISCOMI, *Diligenza e prestazioni di lavoro*, Torino, 1997.

Legislazione: si fa rinvio al testo.

Sommario: 1. L'obbligazione primaria: lo svolgimento di attività lavorativa (nozione). – 2. L'obbligo di collaborazione. – 3. Il dovere di obbedienza. – 3.1. Il rifiuto di obbedire ed i limiti al potere direttivo. – 3.2. (Segue). La casistica giurisprudenziale. – 4. L'obbligo di diligenza: nozione. – 4.1. La dimensione qualitativa della diligenza: la natura della prestazione. – 4.2. (Segue). L'interesse dell'impresa. – 4.3. (Segue). L'interesse superiore della produzione nazionale. – 4.4. La dimensione quantitativa della diligenza: il rendimento della prestazione di lavoro. – 5. L'obbligo di fedeltà. – 5.1. La tipizzazione legisla-

tiva dell'obbligo di fedeltà: l'obbligo di non concorrenza. – 5.2. (Segue). Il divieto di divulgazione e di uso comunque pregiudizievole delle notizie riguardanti l'azienda. – 5.2.1. (Segue). Obbligo di riservatezza e contemperamento con altri diritti del lavoratore in generale e con specifico riferimento alla sottrazione e divulgazione di documenti aziendali. – 5.3. L'obbligo di fedeltà ed il diritto di critica del lavoratore. – 6. La responsabilità risarcitoria connessa alla violazione degli obblighi di diligenza e fedeltà.

1. L'obbligazione primaria: lo svolgimento di attività lavorativa (nozione).

L'obbligo fondamentale del lavoratore si identifica «nella prestazione lavorativa secondo quanto risulta dalla definizione di lavoratore subordinato recepita dall'art. 2094 c.c.» (1).

In virtù di quanto disposto dalla richiamata norma codicistica il prestatore di lavoro subordinato ha l'obbligo di «collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore».

Si tratta di un obbligo primario che si sostanzia in un «comportamento direttamente indirizzato alla soddisfazione dell'interesse del creditore che si trova in posizione di attesa del comportamento dovuto» (2).

Seguendo l'impianto codicistico, all'obbligo primario sopra individuato se ne affiancano altri previsti, oltre che dal già menzionato art. 2094, dagli artt. 2104 e 2105 e costituiti, nell'ordine, dall'obbligo di collaborazione, di diligenza, dal dovere di obbedienza e dall'obbligo di fedeltà.

Il prestatore di lavoro, in ragione del suo stato di subordinazione «tecnico-funzionale» e non «personale» (3), si trova di fronte ad una serie di obblighi tipizzati, tutti finalizzati all'esatto adempimento dell'obbligazione principale che lo stesso ha assunto con il contratto.

L'oggetto dell'obbligazione primaria è costituito dallo svolgimento di un'attività lavorativa per la cui individuazione è necessario riferirsi «alla nozione di mansioni adottata dalla pratica aziendale e dalla contrattazione collettiva nonché dallo stesso legislatore (artt. 2103 c.c. e 96 disp. att.)» (4).

Si discute, in letteratura, se il lavoratore sia tenuto alla semplice messa a disposizione delle energie psico-fisiche o alla concreta prestazione. Autorevole dottrina ritiene che individuare l'oggetto del rapporto di lavoro subordinato in un obbligo di fare significa «proporne una configurazione angusta ed inadeguata, in raffronto ai possibili, diversi contenuti della prestazione lavorativa» e sostiene che lo stesso sia da rinvenire nella «messa a disposizione delle energie psico-

fisiche» (5), un'opinione altrettanto considerevole sottolinea che l'obbligazione di lavoro non può prescindere dalla effettiva prestazione e quindi da un obbligo di fare, inteso, comunque, nella sua ampia accezione (6).

Il contrasto, sotto il profilo teorico dell'oggetto della prestazione lavorativa, è più apparente che reale. Ed infatti la querelle sul punto si è sviluppata, più che sull'oggetto dell'obbligazione, in relazione alla problematica determinata dall'applicazione delle norme sulla mora del creditore al rapporto di lavoro (7), con riferimento ad alcune patologie dello stesso derivanti, ad esempio, da particolari modalità dell'esercizio del diritto di sciopero o ancora, in tutti quei casi nei quali, per fattori non imputabili al lavoratore, la prestazione non sia stata resa e, nel contempo, si ponga un problema di retribuitività o meno del periodo non effettivamente lavorato, per la cui risoluzione è apparsa decisiva l'opzione in ordine alla individuazione dell'oggetto della prestazione (messa a disposizione o concreto svolgimento dell'attività lavorativa) (8).

Se la riflessione si sofferma sul fisiologico atteggiarsi della prestazione lavorativa di natura subordinata appare evidente che la stessa non può essere circoscritta unicamente ad un'obbligazione per la quale necessita uno sforzo fisico o psichico, essendo caratterizzante di tale tipo di attività anche lo stare a disposizione del datore di lavoro. Durante lo svolgimento del rapporto di lavoro subordinato possono esserci fasi di esso caratterizzate dall'interesse del datore di lavoro ad avere a disposizione il lavoratore ed il correlativo obbligo di quest'ultimo ad offrire tale disponibilità, senza che sia richiesta, ed effettuata, alcuna concreta prestazione di lavoro.

L'esame delle svariate possibilità di porsi dell'attività lavorativa mette in luce che l'obbligazione di lavoro è caratterizzata dalla necessità di essere comunque utile al datore di lavoro che, a tal fine, ha la possibilità di organizzarla. Il lavoratore soddisfa il suo obbligo primario quando pone in essere un comportamento proficuamente utilizzabile che, nel concreto, può estrinsecarsi in una attività lavorativa effettiva (obbligo di fare) o teorica (obbligo di non fare) a seconda del contesto organizzativo nel quale lo stesso è stato inserito.

La rilevanza dell'elemento costituito dall'assoggettamento al potere organizzatorio del datore di lavoro rende convincente quelle tesi che, nell'identificazione del contenuto dell'obbligo primario del prestatore di lavoro, tendono ad uscire

dal binomio/contrapposizione concreta attività/messa a disposizione della stessa per valorizzarle entrambe ai fini del corretto adempimento dell'obbligazione.

La coesistenza delle due modalità di svolgimento della prestazione si ricavano anche dalla più recente disciplina lavoristica.

Se, come è stato opportunamente rilevato, nell'impianto codicistico prima ed in quello costituzionale poi, l'obbligazione di lavoro si configura quasi esclusivamente come svolgimento di una concreta attività (9), la più recente normativa si mostra attenta anche a valorizzare la messa a disposizione delle energie psico-fisiche.

Emblematica, sotto questo profilo, la disciplina sull'orario di lavoro. L'art. 1 d.lg. n. 66/2003 precisa che si intende per orario di lavoro «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni».

La norma si iscrive nel solco tracciato da quella giurisprudenza comunitaria che, interpretando la direttiva n. 93/104 in materia di orario, ha avuto modo di chiarire che per tempo di lavoro deve intendersi anche quello durante il quale il dipendente, presente sul posto di lavoro, non sia chiamato a svolgere alcuna attività avendo esclusivamente l'obbligo di essere a disposizione per possibili ed eventuali necessità del datore di lavoro (10).

Il legislatore italiano, senza arrivare a ritenere equipollente, ai fini dell'adempimento dell'obbligazione, il lavoro effettivamente espletato alla messa a disposizione delle energie lavorative, opera comunque un significativo allargamento in ordine all'oggetto dell'obbligo di lavoro che non coincide più con il solo tempo di produzione, ma comprende anche «la quantità di tempo messa a disposizione altrui, sottratta alla libera disponibilità del lavoratore» (11).

La rilevanza del momento organizzativo, inteso nel senso dell'inserimento del debitore della prestazione nell'impresa diretta ed organizzata dal creditore, ha significative ricadute anche con riferimento alla puntuale individuazione degli elementi caratterizzanti il comportamento del lavoratore.

Anche in questo caso si registra un'iniziale dicotomia tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, intendendo, per la prima, una forma di adempimento che si perfeziona osservando una determinata condotta e, per la seconda, una soddisfazione dell'obbligazione a condizione che, attraverso un determinato comportamento, si veri-

fichi la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore/datore di lavoro.

La distinzione, di stampo squisitamente civilistico (12), ha trovato una sua rilevanza nell'ordinamento giuslavoristico soprattutto per distinguere, nell'elaborazione giurisprudenziale (13), il lavoro autonomo da quello subordinato, ed è da tempo considerata del tutto superata e di tipo formalistico (14).

In particolare tale bipartizione, se riferita al lavoro subordinato, è destinata a perdere di significato e ciò per l'assorbente e condivisibile considerazione che la stessa presuppone, a sua volta, una diversificazione, che risulterebbe del tutto artificiosa, tra «interesse finale e strumentale del creditore» che, al contrario «sul piano strettamente giuridico-contrattuale ... coincidono necessariamente» (15).

La scarsa utilità di tale distinzione deriva dalla peculiarità in cui si trova il debitore/lavoratore che non «organizza il programma della sua prestazione, ma viene organizzato programmato e assoggettato al potere di coordinamento del datore di lavoro» (16), la qual cosa fa sì che il corretto adempimento si configuri quando la prestazione sia comunque utile e funzionale all'organizzazione aziendale «rendendo di difficile individuazione ... la distinzione tra il risultato direttamente correlato al comportamento dovuto dal lavoratore e quello individuabile mediante una valutazione dell'interesse aziendale» (17).

Alla luce delle considerazioni svolte può affermarsi che l'obbligazione primaria di eseguire la prestazione lavorativa richiesta si realizza quando con il suo comportamento, attivo o passivo, il lavoratore pone in essere una prestazione utile ai fini che il datore di lavoro intende perseguire attraverso la sua organizzazione produttiva (18).

(1) SCOGNAMIGLIO, *Manuale di diritto del lavoro*, Napoli, 2005, 373.

(2) CESTER-SUPPIEJ, «Rapporto di lavoro», in *Digesto/comm.*, XII, Torino, 1996, 10 e più di recente, CESTER-MATTAROLO, *Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro*, Milano, 2007, 33 che qualifica tale obbligo, sotto il profilo giuridico e non naturalistico, come «obbligo positivo di fare».

(3) È stato puntualmente sottolineato che l'art. 2094 c.c. «costruisce la subordinazione non tanto come particolare modo di essere del prestatore nei confronti del datore, quanto come un particolare modo di essere — eterodeterminato — della prestazione lavorativa nei confronti del potere direttivo e conformativo del datore» (TOSI-LUNARDON, «Subordinazione», in *Digesto/comm.*, Torino, 1992, 259), in modo più ampio sempre sull'art. 2094 c.c. vedi TOSI-LUNARDON, «Lavoro (contratto di)», in *Digesto/comm.*, VIII, Torino, 1993, specie par. 3.

(4) PERULLI, *Obbligazione di lavoro, diligenza e rendimento*, in *Diritto del Lavoro*, comm. diretto da Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di Cester, Torino, 2007, 593.

(5) SCOGNAMIGLIO, *Manuale*, cit., 79.

(6) Vedi, per tutti, GRANDI, «Rapporto di lavoro», in *Enc. giur.*, XXXVIII, Roma, 334; PERULLI, *Obbligazione*, cit., 593; e, da ultimo, CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 33 alle quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

(7) Sulla questione vedi ZOPPOLI, *La corresponsività nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1991, 125 e ss. nella quale l'A., nell'affrontare il tema della corresponsività nel contratto di lavoro, si sofferma sull'obbligo retributivo in mancanza della prestazione di lavoro e, per un approfondimento specifico sulla mora del datore di lavoro, SPEZIALE, *Mora del creditore e rapporto di lavoro*, Bari, 1992.

(8) Un esempio a tal fine può essere costituito dal contenzioso in materia di contratto a tempo determinato nel caso di dichiarazione di illegittimità della clausola apposita del termine e conseguente conversione del rapporto a tempo indeterminato con riferimento al periodo di tempo non lavorato decorrente dalla cessazione di fatto del rapporto e fino alla pronuncia giudiziale di ripristino dello stesso. È pacifica sul punto la giurisprudenza di legittimità per la quale «al dipendente che cessi l'esecuzione della prestazione lavorativa per attuazione di fatto del termine nullo non spetta la retribuzione finché non provveda ad offrire la prestazione stessa, determinando una situazione di 'mora accipiendi' del datore di lavoro» e ciò in ragione della «regola generale di effettività e corresponsività delle prestazioni nel rapporto di lavoro, da cui deriva che, al di fuori di esposte deroghe legali o contrattuali, la retribuzione spetta soltanto se la prestazione di lavoro viene eseguita, salvo che il datore di lavoro versi in una situazione di mora accipiendi nei confronti del dipendente». Cass., S.U., 8-10-2002, n. 14381, *GDir*, 2002, f. 43, 40, e più di recente Cass., 4-6-2009, n. 12913, *GLav*, 2009, f. 36, 51.

(9) V. SPEZIALE, *op. cit.*, che attribuisce un preciso significato indiziario all'art. 2094 c.c. al quale si aggiungono la formulazione dell'art. 2104 ed altre norme ancora in materia di mansioni (art. 2103), patto di prova (art. 2096) e retribuzione con particolare riferimento all'art. 36 Cost.

(10) V. C. Giust. CE, 9-9-2003, C-151/02, Janger, che si è pronunciata relativamente ad un fattispecie riguardante il rapporto di lavoro del medico in turno di guardia, *RIDL*, 2004, II, 3, nt. VINCIERI, *Una nuova pronuncia della Corte di Giustizia in merito alla nozione di orario di lavoro*. La sentenza richiama in motivazione C. Giust. CE, 3-10-2000, C-303/98, Simap, *FI*, 2001, IV, 12 e C. Giust. CE, 3-7-2001, ord., C-241/99, CIG, *FI*, 2001, IV, 412.

(11) PUTATURO DONATI, *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Torino, 2005, 9.

(12) Il riferimento è a quelle teorie che distinguono tra il bene dovuto, inteso come oggetto dell'obbligazione e la prestazione del debitore, vista come contenuto dell'obbligazione che la letteratura civilistica più recente sembra aver superato dando comunque rilievo al soddisfacimento dell'interesse del creditore. Per una ampia ricostruzione della questione e per l'indicazione della dottrina più significativa v. CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 36, ss. e nt. 82.

(13) Sulla distinzione si è soffermata in particolare la giurisprudenza, v. Cass., 17-12-1994, n. 10829, *NGL*, 1995, 523; più di recente Cass., 27-2-2007, n. 4500, *LG*, 2007, 1026.

(14) L'affermazione è di TOSI-LUNARDON, *Subordinazione*, cit., 266. Sulla questione si rinvia alle riflessioni critiche di MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, RDCo, 1954, 185 e di PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966. Più di recente PERULLI, *Contratto d'opera e professioni intellettuali*, Milano 1996, 177 ss.; Id., *Subordinazione e autonomia*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di Carinci, II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, coordinato da Perulli, 2007, 22 ss.

(15) Così PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989, 41, che critica fortemente la distinzione ritenendo che l'oggetto dell'obbligazione sia «il comportamento dovuto, qualificato nel soggetto obbligato e nelle modalità, nei termini e mezzi di adempimento».

(16) CESTER-MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza*, cit., 43.

(17) PERULLI, *Obbligazione*, cit., 596.

(18) ZOPPOLI, *La corresponsività nel rapporto di lavoro*, cit., 147-148, nel tentativo di individuare un oggetto dell'obbligazione dai tratti più duttili ed aderenti alle varie situazioni reali, ma al tempo stesso meno formalistici e più rispettosi degli interessi di entrambe le parti, evidenzia che il lavoratore «si obbliga ad un comportamento che consente "l'organizzabilità" della propria prestazione».

2. L'obbligo di collaborazione.

«L'obbligo primario di eseguire la prestazione lavorativa rinviene la sua integrazione in quello strettamente connesso della collaborazione» (19). Il collegamento tra l'obbligo di lavorare e quello di collaborare è fissato dalla stessa norma (art. 2094) che, nel modello civilistico, identifica la figura del prestatore di lavoro subordinato: è tale chi «si obbliga ... a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro...».

Si tratta di un obbligo che esplicita «il contenuto attivo del vincolo di subordinazione», evidenziandone la sua «destinazione finalistica al soddisfacimento delle esigenze oggettive del soggetto organizzatore ed utilizzatore della prestazione di lavoro» (20).

Il dovere di collaborare imposto al prestatore di lavoro costituisce una chiara dimostrazione che l'attività di quest'ultimo deve comunque raggiungere un risultato utile per il datore di lavoro e deve «plasmarsi secondo le direttive e le disposizioni impartite» (21) da quest'ultimo. Esso costituisce un «fattore aggregante della realtà aziendale» tanto da far ritenere che la non collaborazione configuri una forma di inadempimento contrattuale (22).

Una analisi del dato letterale contenuto nell'art. 2094 c.c., epurata del requisito delle sue innegabili ascendenze corporativistiche (23), valorizza la portata dell'elemento della «collaborazione» nella sua funzione qualificatoria della prestazione lavorativa e ciò senza la preoccupazione di scivo-

lare verso una deriva istituzionalistica (24). Ed infatti, se agli albori della nascita del diritto del lavoro dell'era repubblicana la nozione di collaborazione poteva essere ritenuta «una scoria del precedente ordinamento corporativo» (25), oggi la stessa, inserita nell'attuale contesto normativo, deve essere intesa quale indicatore «della istituzionalizzazione del vincolo sussistente tra il datore e il prestatore di lavoro nella loro qualità di parti di un rapporto obbligatorio» (26). Non è di ostacolo a tale funzione l'inevitabile antagonismo che caratterizza le parti del rapporto di lavoro: la sottoscrizione di un contratto di lavoro sta ad indicare la volontà di entrambe di pervenire ad una composizione del loro conflitto di interessi, con la conseguenza che «se pure non si ha un interesse comune alle parti, il lavoratore si obbliga a realizzare un interesse del datore e cioè a lavorare insieme a lui» (27).

La corretta rilevanza di tale elemento consente inoltre di valorizzare la funzione organizzativa del rapporto di lavoro subordinato [«intesa come coordinamento dell'attività lavorativa ad un scopo» (28) che il datore di lavoro si prefigge di raggiungere tramite la sua organizzazione] rimanendo all'interno del vincolo contrattuale (contratto di scambio), «senza dar vita ad una comunione di scopo giuridicamente qualificata e tanto meno ad un gruppo organizzato per il conseguimento di un interesse collettivo superiore» (29). Un rischio di tal fatta è comunque escluso dalla complessiva costruzione codicistica. La presenza, accanto all'art. 2094 c.c. di norme quali l'art. 2104 c.c. e l'art. 2106 c.c., che conferiscono al datore di lavoro il potere gerarchico e quello disciplinare, «incrinano in modo evidente lo schema della collaborazione intesa nel senso di una comunione di scopo» (30).

La persistenza degli interessi delle parti in termini di contrapposizione comporta che la collaborazione del lavoratore, intesa come elemento di doverosità, non coinvolge certamente quest'ultimo fino al punto di renderlo partecipe, e quindi responsabile, dei risultati positivi dell'impresa in cui opera, ma consente di poter pretendere dallo stesso comportamenti non necessariamente tipizzati, rientranti cioè nelle sue mansioni ordinarie, per far fronte ad impreviste e sopravvenute necessità aziendali o per consentire al datore di lavoro di adempiere correttamente a determinati obblighi. A titolo esemplificativo, rientrano, nel primo caso, le ipotesi di lavoro straordinario o di mansioni collaterali a quelle proprie della decla-

ratoria professionale, nel secondo, tutti quei comportamenti del lavoratore necessari perché possa essere proficuamente realizzata la tutela della sua integrità psico-fisica.

In un'ottica dinamica del rapporto di lavoro subordinato più si permea la prestazione lavorativa dell'elemento della collaborazione e più si riesce a rendere fungibile ed elastica (e quindi meglio organizzabile) l'attività stessa, affrancando l'organizzazione produttiva (ed il correlativo potere direttivo) da alcune rigidità normative come, ad esempio, quella derivante dall'art. 2103 c.c. che governa l'istituto delle mansioni e che sanziona con la nullità ogni atto o patto (individuale e collettivo) che consenta l'assegnazione a mansioni non equivalenti.

In tal caso, l'adibizione a mansioni inferiori, dovuta ad esigenze straordinarie sopravvenute quali, ad esempio, il venir meno, per ragioni organizzative, della posizione funzionale ricoperta dal lavoratore o il sopravvenire di una inidoneità fisica alle mansioni assegnate, e resa possibile da una oramai consolidata giurisprudenza (31), non troverebbe più la sua ratio nella eccezionalità della situazione, determinata dall'esigenza di salvaguardia del posto di lavoro o dello stato di salute a discapito della posizione professionale ricoperta, ma sarebbe una diretta conseguenza del più generale rapporto di collaborazione che, nel caso di specie, rende consapevoli le parti «della variabilità dell'organizzazione e conseguentemente del fatto che l'oggetto del contratto non può essere determinato una volta e per tutte attraverso il riferimento ad un tipo di attività» (32).

La valenza della collaborazione all'interno della vita del rapporto di lavoro si evince anche da quelle letture della disciplina codicistica che si contrappongono all'idea che il lavoratore, vincolandosi con il contratto, si obbliga a perseguire l'interesse del datore di lavoro. Anche chi sostiene che «la collaborazione consiste nel lavorare insieme e non in un atteggiamento psicologico o culturale di integrazione ai valori dell'impresa» e che «la subordinazione è un carattere della collaborazione e non già che questa costituisca l'indice di un allargamento di quella» comunque da atto che «la collaborazione si svolge in un ambito normativo caratterizzato dalla dipendenza e dalla direzione dell'imprenditore» (33).

(19) SCOGNAMIGLIO, *Manuale*, cit., 374.

(20) GRANDI, *Rapporto*, cit., 324.

(21) SCOGNAMIGLIO, *Manuale*, cit., 374.

(22) SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*

(23) TOSI-LUNARDON, *Subordinazione*, cit., 265.

(24) Sulla natura di tale requisito del contratto di lavoro subordinato si rinvia alle riflessioni di MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, RS, 1965, 684, per il quale «la collaborazione qualifica l'obbligazione assunta dal prestatore di lavoro, introduce dunque un criterio di determinazione delle posizioni giuridiche passive in cui il lavoratore viene a trovarsi nel rapporto di lavoro».

(25) GRANDI, *Rapporto*, cit., 324.

(26) GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, 60.

(27) PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 257 n. 421.

(28) GRANDI, *Rapporto*, cit., 330.

(29) SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2008, 110.

(30) TOSI-LUNARDON, «Lavoro (contratto di)», in *Digesto/comm.*, VIII, Torino, 1993, 143.

(31) V. Cass., S.U., 7-8-1998, n. 7755, *FI*, 1999, 197; Cass., 2-8-2001, n. 10574, *Im*, 2001, 186, e, da ultimo, Cass., 10-10-2006, n. 21700, *DeG*, 2006, f. 44, 29, nt. TURCO, Patto di demansionamento: via libera ma solo per evitare il licenziamento.

(32) FERRANTE, *Potere ed autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004, 86. L'A. con un articolato ragionamento arriva ad affermare che l'oggetto dell'obbligazione del lavoratore è costituito proprio dalla collaborazione più che dalle specifiche attività indicate nel contratto.

(33) NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro oggi*, in ID., *Questioni di diritto del lavoro*, Torino, 1996.

3. Il dovere di obbedienza.

Il secondo elemento qualificatorio della prestazione lavorativa, svolta in regime di subordinazione, è costituito dal dovere di obbedienza: sempre in base all'art. 2094 c.c. è lavoratore subordinato chi si obbliga a prestare la propria attività «sotto la direzione dell'imprenditore», obbligo che trova, poi, una ulteriore specificazione nell'art. 2104, 2° co., che, a sua volta, ne qualifica l'oggetto, il soggetto attivo e l'intensità del vincolo. Il lavoratore subordinato è tenuto ad ubbidire alle «prescrizioni relative all'organizzazione ed alla realizzazione delle attività lavorative, nonché all'andamento della vita di relazione in azienda» (34) impartite non solo dal datore di lavoro (titolare del potere direttivo), ma anche da suoi collaboratori collocati in una posizione gerarchicamente sovraordinata all'interno dell'organizzazione aziendale.

Il modello prescelto dal legislatore, desumibile anche dall'art. 2086 c.c., si fonda sulla dipendenza gerarchica oltre che su quella funzionale con la conseguenza che la comunità formata da coloro che collaborano nell'impresa opera in un ambiente giuridico costruito sull'autorità e non sulla parità tra le parti (35).

È appena il caso di precisare che tale modello rileva sotto il profilo squisitamente giuridico senza alcun riverbero sulla persona del lavoratore, sulla sua vita privata, né tanto meno su suoi comportamenti estranei alla vita aziendale.

In ogni caso, pur se nel novero di posizioni giuridiche chiaramente delimitate, ci troviamo di fronte ad un potere gerarchico, e ad un parallelo obbligo di obbedienza, particolarmente incisivo, che qualifica in modo significativo il contratto di lavoro subordinato: in capo ad una delle due parti (il datore di lavoro) si viene a creare una situazione creditoria che non si concretizza soltanto nel diritto di pretendere una prestazione o comportamento dal soggetto debitore dell'obbligazione (il lavoratore), ma anche nel potere di impartire specifiche disposizioni sulle modalità per l'esecuzione della prestazione da parte del soggetto obbligato e, più in generale, sulla vita di relazione da osservare in azienda.

In questo contesto il lavoratore subordinato incorre in un inadempimento contrattuale non solo quando non realizza la prestazione oggetto del contratto, ma anche quando non si attiene (non obbedisce) a tutte le direttive ricevute dal datore di lavoro, siano esse riferite «all'esecuzione» del lavoro o alla sua «disciplina, così come specificato dall'art. 2094, 2° co. c.c.

A ben vedere, e con specifico riferimento alla fase dinamica del rapporto di lavoro, il precetto costituisce una concretizzazione del principio, a carattere più generale, fissato dall'art. 2086 c.c., che qualifica l'imprenditore come il capo gerarchico della sua impresa.

L'insieme delle norme del codice che, a vario titolo, contribuiscono alla esatta configurazione della posizione di assoggettamento del prestatore di lavoro nei confronti del datore di lavoro, concorrendo così a disegnare il fondamento ed i confini del suo potere direttivo, creano un indissolubile legame tra obbedienza e subordinazione (36). A questo proposito riveste un preciso significato la tecnica prescelta dal codice: l'obbedienza non costituisce soltanto un requisito legale del modo d'essere della prestazione lavorativa, a mente del 2° co. dell'art. 2104 c.c., ma è frutto, in forza dell'art. 2094 c.c., di un preciso impegno che il singolo lavoratore assume con il contratto, obbligandosi a lavorare «sotto la direzione» del suo datore di lavoro. In tal modo il dovere di obbedienza «rappresenta il fulcro della posizione debitoria» qualificandosi «come elemento coesistente alla fattispecie lavoro subordinato» (37).

È stato correttamente messo in dovuta evidenza che le due norme sopra richiamate servono al legislatore per costruire «il meccanismo di funzionamento del rapporto di lavoro subordinato che è tale in quanto il datore di lavoro è munito di un potere di direzione e il lavoratore è assoggettato a quel potere» (38).

Si è già avuto modo di precisare che l'obbligo in questione non coinvolge soltanto la prestazione lavorativa e le connesse modalità di esecuzione, ma si estende all'intero contesto organizzativo e ambientale predisposto dal datore di lavoro. Durante lo svolgimento del rapporto di lavoro subordinato possono venirsi a determinare due distinte obbligazioni non coincidenti per la diversità delle finalità che intende perseguire il soggetto creditore: l'obbligo di osservare determinati comportamenti nella vita di relazione all'interno dell'azienda è destinato a soddisfare esigenze diverse da quelle legate all'adempimento della prestazione lavorativa.

Nella fase attuativa del rapporto il prestatore può essere tenuto a rispettare, ad esempio, determinate disposizioni in ordine alle regole da osservare per accedere, utilizzare e permanere nei locali aziendali o al modo di rapportarsi con colleghi e clienti, oppure al rispetto di determinati divieti (ad esempio il fumo) che solo marginalmente coincidono con l'obbligo di prestazione, con la conseguenza che ad un esatto adempimento del dovere di prestazione può non corrispondere un pari adempimento del dovere di obbedienza: è possibile che un lavoratore svolga una prestazione lavorativa con ottimi risultati in ordine alla fruibilità della stessa da parte del datore di lavoro, ma, nel contempo, non osservi le istruzioni che fanno da corollario al suo obbligo principale quali quelle concernenti, ad esempio, l'obbligo di indossare un determinato abbigliamento.

Ed allora, se si presta attenzione alla fase dinamica della prestazione di lavoro è possibile ritenere che «il dovere di obbedienza ... è un dovere autonomo quanto a struttura soggettiva, ma funzionalmente connesso con l'obbligazione di prestazione» (39) nel senso che, pur nella sua autonomia tale dovere, costituendo pur sempre una forma di assoggettamento al potere direttivo, è comunque inerente alla esecuzione della prestazione.

Lo stretto legame funzionale tra i due tipi di obbligazione non impedisce, tuttavia, di considerare l'elemento dell'«obbedienza» distinto da quello della prestazione di lavoro e ciò con conseguenze di ordine metodologico in quanto la questione

investe la parte forse più delicata del rapporto di lavoro costituita dalle relazioni intercorrenti tra situazione soggettiva di potere e conseguente posizione di dovere.

Tale distinzione, anche se dal punto di vista pratico non riveste una grande importanza, come si dirà tra breve, riqualifica il dovere di obbedienza e consente di comprendere le ragioni per le quali l'esecuzione della prestazione, anche se realizza l'interesse del creditore, non sempre costituisce adempimento dell'obbligazione di lavoro nel suo insieme, cosa questa che si verifica solo quando alla stessa si accompagna l'assolvimento dell'altra obbligazione, «ausiliaria» (40) rispetto alla prima, che consiste nell'osservare anche le disposizioni per la «disciplina» del lavoro che non sempre incidono sul contenuto della prestazione, in quanto strumentali alla ottimizzazione del funzionamento dell'organizzazione aziendale, frutto del correlativo potere del datore di lavoro.

In conclusione, il «risultato atteso dal creditore ... è da un lato quello produttivo che scaturisce dall'effettuazione della prestazione e dall'altro quello del rispetto di regole di comportamento prescritte e comunque ragionevolmente inerenti all'organizzazione ... finalizzate (ad esempio) alle esigenze di convivenza imposte dall'organizzazione oppure a tutela del patrimonio dell'imprenditore» (41).

In ogni caso, anche volendo accedere alla tesi che non opera tale distinzione, ritenendo che i poteri datoriali che hanno ad oggetto l'esecuzione della prestazione e quelli che riguardano i comportamenti accessori «vanno collocati sul medesimo piano logico» (42), ai fini dell'adempimento il risultato non cambia: il lavoratore, in forza della richiamata disciplina codicistica, è comunque tenuto ad una prestazione che comprende, sia l'esatto e diligente svolgimento delle mansioni, che il rispetto di regole comportamentali strettamente collegate all'organizzazione aziendale.

(34) SCOGNAMIGLIO, *Manuale*, cit., 378, che comunque sottolinea l'opportunità di non utilizzare il termine «obbedienza», ma quello più soft di «osservanza» riflettendo una tendenza abbastanza generalizzata di sminuire la valenza degli aspetti di doverosità che, nell'originario disegno del codice, caratterizzano la posizione del lavoratore subordinato, tendenza che, in considerazione della qualità che ha raggiunto il livello di tutele offerte dall'ordinamento al prestatore di lavoro, forse necessiterebbe di essere rivisitata.

(35) GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., 161.

(36) NAPOLI, *La stabilità*, cit., 193 precisa che «l'impegno a lavorare subordinatamente comporta l'inserimento nel

vincolo obbligatorio di tutti quei congegni che sono strumentali all'espletamento dell'attività lavorativa, oggetto del contratto».

(37) DE SIMONE, *Poteri del datore di lavoro e obblighi del lavoratore*, in *Il lavoro subordinato* a cura di Carinci, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, II, coordinato da Perulli, Torino, 2007, 274.

(38) CESTER-MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza*, cit., 273.

(39) GRANDI, *Rapporti*, cit., 746.

(40) *Ibidem*, 747.

(41) LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 56.

(42) MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002, 346, ma già PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, 199 ss., nell'ambito della più generale costruzione finalizzata a comprendere nell'obbligazione di lavorare anche la fedeltà.

3.1. Il rifiuto di obbedire ed i limiti al potere direttivo.

La posizione di debolezza contrattuale del lavoratore subordinato alimenta «la reattività garantista del diritto del lavoro ... in chiave di moderazione del potere di supremazia che lo stesso ordinamento riconosce al datore di lavoro» (43). L'ampiezza e, a volte, la pervasività, su beni e valori personali, dei comportamenti che il prestatore deve osservare in virtù dell'impegno, assunto contrattualmente, di svolgere un'attività di lavoro subordinato, se da una parte «non implica un aggravamento della posizione debitoria del prestatore di lavoro, che resta definita dalle mansioni» (44), dall'altra pone, comunque, la necessità di perimetrare gli spazi entro i quali può muoversi il potere del datore di lavoro di pretendere dal suo dipendente determinati comportamenti e l'osservanza di regole che afferiscono all'organizzazione della sua azienda.

In sostanza si tratta di legittimare «una sorta di *ius resistendae*» (45) in capo al prestatore di lavoro che gli consenta di esimersi dall'osservanza di ordini impartiti dal datore di lavoro senza incorrere in sanzioni disciplinari.

Letto in questa ottica il dovere di obbedienza manifesta un profilo marcatamente dinamico: la posizione del lavoratore, infatti, è strettamente connessa al potere direttivo del datore di lavoro e, soprattutto, al suo esercizio. Potere, quest'ultimo, che presenta le sue ricadute più interessanti proprio se analizzato sotto il profilo dei suoi limiti, come dimostra il dato giurisprudenziale dal quale risulta che il giudice è chiamato ad occuparsi della questione quasi esclusivamente da questo punto di vista.

Proprio per questo stretto collegamento una riflessione su eventuali limiti al dovere di obbe-

dienza impone di soffermarsi prioritariamente su alcuni aspetti del potere direttivo.

In via prioritaria è necessario chiarire se l'esercizio di tale potere sia corretto per definizione quando lo stesso osserva i limiti posti dalla legge e dalla contrattazione collettiva (limiti esterni) o se, al contrario, possa essere sottoposto a valutazioni di merito avendo riguardo ai fini che si propone di perseguire il datore di lavoro (limiti interni).

La soluzione prescelta non è neutra ai fini dell'effettività del potere direttivo e, conseguentemente, del tipo di tutela accordata al lavoratore. Se, infatti, non è revocabile in dubbio che «l'area del libero esercizio del potere direttivo è ben più ampia, nella realtà dell'azienda, di quella governata da specifiche regole» (46) è altrettanto certo che assoggettare il controllo di un atto di autonomia privata, quale è quello costituito dall'esercizio del potere direttivo, a valutazioni di tipo funzionale ne stravolge la sua fonte regolatrice per la quale non rilevano, ai fini della sua legittimità, i modi con i quali la parte persegue i propri interessi, fatto salvo quanto previsto dall'art. 1345 c.c. (motivo illecito) ed a condizione che vengano rispettati i canoni legali e contrattuali posti a salvaguardia dei diritti altrui.

Tale ultimo assunto si fonda sulla considerazione che «l'autonomia privata ... non è condizionata dal rispetto della logica della relazione tra mezzi e fini, proprio in quanto caratterizzata dal principio di libertà e da una assenza di 'funzionalizzazione' a interessi tipici e predeterminati» (47). Si sottolinea, infatti, che la libertà di cui gode il privato, nell'esercizio della sua autonomia, non si estrinseca solo nella «scelta degli interessi da perseguire (e cioè dei fini), ma è anche libertà di scelta degli strumenti e delle modalità con cui perseguire tali interessi (e cioè dei mezzi)», con la conseguenza che «quell'autonomia ... non deve essere esercitata in conformità ad una tavola di valori precostituita» (48).

A questo proposito è a dire che lo stesso ordinamento giuslavoristico cerca di bilanciare le due esigenze attraverso l'introduzione di una sempre più significativa e massiccia normativa, sia di legge che di contrattazione collettiva, «in chiave di progressiva limitazione dei poteri datoriali a tutela di controvalori di dignità, sicurezza e libertà di cui è portatore il lavoratore subordinato» (49). Ammettere la presenza di un controllo sui poteri unilaterali del datore di lavoro che vanno al di là di quelli espressamente tipizzati dalla disciplina

positiva, oltre a porsi in aperto contrasto con l'ordinamento giuridico del lavoro, «che non prevede il loro assoggettamento a limiti interni» (50) rischia di travolgere il difficile equilibrio, squisitamente politico, tra il valore della persona/lavoratore e l'esercizio dei poteri da parte del datore di lavoro frutto di un consapevole bilanciamento di interessi contrapposti, tipici del conflitto industriale, da parte del legislatore o dell'autonomia collettiva, la cui oscillazione a favore dell'uno o dell'altro è direttamente collegata ai mutevoli cambiamenti del contesto sociale, politico e culturale.

Optare per un controllo di merito del potere direttivo significa ricorrere a regole generali desumibili dall'ordinamento quali le clausole di buona fede e correttezza contrattuale fissate dagli artt. 1175 c.c. e 1375 c.c. e ancora quelle desumibili dal cosiddetto criterio della ragionevolezza utilizzato dalla Corte costituzionale quale parametro di valutazione della legge o quelle legate al concetto, di stampo prettamente pubblicistico, della tutela dell'interesse legittimo che presuppone una finalizzazione del potere imprenditoriale al perseguimento di un interesse generale e non più particolare proprio di ogni singolo datore di lavoro.

In tale modo «ad un sistema di regole scritte si sovrappone un sistema di regole generali che ciascun interprete può ricostruire secondo le proprie opzioni ideologiche e morali» (51) con anomala valorizzazione del ruolo del giudice e conseguente pregiudizio della certezza dei rapporti giuridici.

In ordine a quest'ultimo aspetto merita attenzione quanto affermato dalla stessa Cassazione a Sezioni Unite che, in una importante decisione sul principio di parità di trattamento in materia retributiva, ne motiva l'inesistenza osservando che lo stesso non possa essere innervato nel nostro ordinamento, in via interpretativa, come ricaduta di una generale attuazione del principio di uguaglianza che risulta, in materia, privo di parametri certi di rango legislativo.

Il giudice di legittimità osserva che, opinando in maniera diversa, oltre a limitare altri valori costituzionali fondamentali (il riferimento è agli artt. 41 e, soprattutto, 39, 1° co.), si verificherebbe «una straordinaria dilatazione dei poteri giurisdizionali i quali, proprio per l'assenza dei cennati parametri di diritto positivo, finirebbero per esercitarsi in maniera inevitabilmente soggettiva, relativa, variabile, contrastante» (52).

Alla luce delle considerazioni svolte e, soprattutto, al fine di mantenere, anche nell'ordinamento giuslavoristico, la piena effettività della regola che vuole che l'agire del privato costituisca espressione di un atto di autonomia libero e, di conseguenza, sindacabile dal giudice ordinario solo se irrispettoso dei canoni fissati dalla legge o dall'autonomia privata, è necessario escludere un controllo nel merito sull'esercizio dei poteri discrezionali del datore di lavoro (53).

Nel rapporto di lavoro la legge e la normativa collettiva sono le uniche fonti atte a disciplinare, non solo il contenuto del contratto individuale di lavoro, ma anche — e per quel che qui interessa — quello dell'esercizio dei poteri del datore di lavoro (54).

Fatta questa precisazione di ordine metodologico, e tornando ad occuparci più direttamente della fattispecie in esame, si registra una certa difficoltà nell'individuazione di regole certe in forza delle quali si può ritenere legittimo o meno il rifiuto del lavoratore di rispettare le disposizioni impartite dal datore di lavoro e ciò anche per la mancanza di una specifica disciplina della materia che, al contrario, esiste per tutti i dipendenti pubblici, sia per quelli il cui rapporto di lavoro è rimasto assoggettato alla disciplina pubblicistica, sia per quelli coinvolti nel processo di riforma che ha determinato la diretta applicazione del c.c. e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinati nell'impresa.

Per la prima tipologia di dipendenti pubblici resta in vigore l'art. 17 d.p.r. n. 3/1957 il quale stabilisce che, nel caso in cui l'impiegato ritenga che gli sia stato impartito un ordine illegittimo deve farlo presente al suo superiore, specificandone le ragioni. La stessa norma precisa che «se l'ordine è rinnovato per iscritto, l'impiegato ha il dovere di darvi esecuzione».

Per i dipendenti pubblici «privatizzati» la norma sopra richiamata non è più applicabile, ma il suo contenuto è stato recepito in tutti i contratti collettivi di comparto (stipulati all'indomani della riforma e allo stato, per la parte che qui interessa, tutt'ora vigenti) che, all'interno del capo dedicato alle norme disciplinari, contengono uno specifico articolo rubricato «doveri del dipendente» nel quale si ritrova il contenuto dell'art. 17 cit. (55). Per quest'ultima categoria di dipendenti la regola dell'assoluto rispetto dell'ordine, ove reiterato, è mitigata dal principio che lo stesso può essere disatteso non solo quando contrasti con la legge penale, ma quando configuri un illecito amministrativo.

La precisazione contenuta nella disciplina collettiva mitiga il rigore dell'obbligo di ubbidienza, ma non elimina una diversità di trattamento che permane tra le due grandi tipologie di lavoratori subordinati, pur essendo entrambe assoggettate alle regole di diritto comune.

Con riferimento al rapporto di lavoro privato, sulla scia della bipartizione del codice (art. 2104, 2° co.), che diversifica tra disposizioni che riguardano la «disciplina» e quelle collegate all'«esecuzione» del lavoro, sono enucleabili due tipologie di ordini che possono essere oggetto di «disubbidienza»: quelli che coinvolgono la persona del lavoratore e quelli che afferiscono in modo più diretto all'espletamento dell'attività lavorativa.

Nella prima ipotesi si iscrivono le disposizioni del datore di lavoro che, ad esempio, hanno ad oggetto l'abbigliamento del prestatore di lavoro o il suo aspetto fisico o, ancora, quelle formalmente rispettose dei limiti fissati dalla legge o dal contratto collettivo, che finiscono per ledere la dignità del lavoratore (56). Nella seconda rientrano quegli ordini riguardanti, sempre a titolo esemplificativo, il mutamento di mansioni o il trasferimento geografico.

Sempre dall'esame del dato empirico possono evidenziarsi altre due possibili fattispecie, la prima collegata ad ordini che rischiano di incidere negativamente sulla salute del lavoratore, la seconda che si caratterizza per la mancanza di ordini specifici da parte del datore di lavoro e si verifica quando il lavoratore pone in essere comportamenti idonei ad entrare in linea di collisione con l'organizzazione aziendale e l'ordine gerarchico considerati nel loro insieme.

Chiariti i termini della questione nei suoi tratti generali è ora necessario affrontarla nei suoi aspetti più problematici relativi alla individuazione di un criterio sufficientemente certo in base al quale ritenere legittimo o meno il rifiuto del lavoratore.

A questo proposito valgono le considerazioni svolte con riferimento ai criteri per sottoporre a controllo il potere direttivo (v. *retro*). In ragione di ciò il rifiuto del lavoratore è legittimo solo nel caso in cui il datore di lavoro sia contravenuto a precisi canoni legali e/o contrattuali non essendo possibile ricorrere ad altri criteri ermeneutici senza sfociare in una incontrollabile casistica valutativa degli atti gestionali del datore di lavoro che, lì dove non canalizzati da precise norme di diritto positivo, godono di un'ampia sfera di discrezionalità.

È comunque possibile, ricorrendo a canoni presenti nel nostro ordinamento di diritto positivo, evitare che tale discrezionalità sia causa di abusi. Le disposizioni datoriali che «presentino prima facie il connotato della illiceità, ponendosi in contrasto con i criteri di comportamento imposti dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume (art. 1343 c.c.)» (57) possono legittimamente essere disattese dal lavoratore unitamente a quelle viziate dalla presenza di un motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c. applicabile anche agli atti unilaterali in virtù di quanto disposto dall'art. 1324 c. c. In questo caso è possibile «colpire quelle deviazioni del potere imprenditoriale che ne pongono il relativo esercizio in contrasto palese con norme e principi espressi dall'ordinamento giuridico» (58) con un sufficiente grado di oggettività.

Di recente sono state avanzate soluzioni sempre al fine di poter in qualche modo controllare comportamenti del datore di lavoro che, seppur non in contrasto con precise disposizioni normative, rischiano di ledere la dignità del lavoratore o la sua persona.

In tali ipotesi, al fine di individuare uno spartiacque tra un uso legittimo del potere direttivo e la violazione dei diritti della personalità del lavoratore, è stato prospettato un recupero di alcuni principi di carattere generale rinvenibili nell'art. 41 Cost. che, come è già stato evidenziato in relazione alla fattispecie che ci occupa (59), se da una parte conferisce al datore di lavoro il diritto di organizzare liberamente la sua attività economica, e quindi di «acquisire prestazioni subordinate, caratterizzate dall'assoggettamento del prestatore», dall'altra la limita nella parte in cui prescrive che, comunque, l'esercizio di tale libertà non può ledere la libertà e la dignità umana. In questo caso un criterio per consentire all'interprete di individuare un giusto equilibrio, tra i due principi costituzionali confliggenti, che presenta ridotti margini di discrezionalità è stato individuato nel considerare «incomprimibili» «quei diritti che sono presidiati da uno specifico divieto di discriminazione» in base al quale, ad esempio, «la prescrizione di adottare un certo abbigliamento rivolta soltanto alle donne potrebbe essere considerata illegittima perché viola il principio di uguaglianza» (60).

Una seconda soluzione privilegia quanto disposto dall'art. 2087 c.c. che impone al datore di lavoro «di salvaguardare non solo la salute fisica ma anche la personalità morale del lavoratore»

ed è in grado di attrarre sotto il suo ambito di applicazione «tutti quegli atti del datore di lavoro lesivi della persona del lavoratore alla stregua di una clausola generale» (61).

Per le ragioni già esplicitate si ritiene comunque da preferire la regola per la quale un sindacato sull'esercizio dei poteri del datore di lavoro avvenga sempre con riferimento a precetti (di fonte legale e/o contrattuale) presenti nell'ordinamento e ciò al fine di non discostarsi dal principio di rimanere fedeli alla matrice contrattualistica del rapporto di lavoro, e di conseguenza anche del potere direttivo, e per evitare che si possa arrivare non solo ad una visione istituzionalistica di tale potere, ma anche ad «un impiego pervasivo ed eclettico delle clausole generali ed al rischio di una sorta di orgia giurisdizionale» (62). Quanto poi alla ricaduta sulla vita del rapporto di lavoro di fondamentali valori costituzionali, quali quello della dignità del lavoratore, deve convenirsi con quanti ritengono che tale valore non può essere «assolutizzato sino a sottrarre tale concetto alla storicizzante lettura offerta dalla disciplina positiva» (63).

Una volta individuato un criterio al fine di ritenere legittimo o meno un ordine impartito al dipendente è necessario soffermarsi sui rimedi di cui quest'ultimo può avvalersi.

Il problema sorge in ragione della immediatezza dell'incidenza, sulla sfera giuridica e sulla persona del lavoratore, degli ordini impartiti dal datore e della conseguente impossibilità della sola azione giudiziaria a porvi rimedio (64).

Con riferimento al rapporto di lavoro privato è generalmente ammessa la possibilità per il lavoratore di esercitare una forma di autotutela individuale: in presenza di atti del datore di lavoro lesivi dei suoi diritti il dipendente «può coniugare la tutela giurisdizionale alla tutela individuale conservativa per ottenere una effettività non conseguibile col solo giudizio» (65).

È necessario comunque precisare che presupposto indefettibile per un effettivo esercizio di tale strumento è costituito dal regime di protezione in caso di licenziamento: solo in presenza della cosiddetta tutela reale, garantita dall'art. 18, legge n. 300/1970, è possibile per il lavoratore contrastare, nell'immediato, un ordine o un comportamento del datore ritenuto illegittimo senza mettere in discussione il suo interesse primario che è quello della conservazione del posto di lavoro. Gli strumenti a disposizione del lavoratore variano a seconda del tipo di comportamento adottato dal datore.

Di fronte ad un inadempimento da parte del datore di lavoro il dipendente può ricorrere all'art. 1460 c.c. e rifiutare la prestazione oggetto del contratto, al fine di salvaguardare i suoi diritti o la tutela della sua persona; nel caso in cui l'ordine datoriale riguardi le modalità di svolgimento della prestazione il lavoratore potrà continuare a svolgere la sua prestazione mettendosi a disposizione del datore senza, ad esempio, espletare le nuove mansioni ritenute inferiori e, ancora, in caso di situazioni estranee alla prestazione lavorativa ma, comunque, ad essa connesse, è possibile per il dipendente resistere alla pretesa illegittima se isolata o, in caso di una sua reiterazione sistematica effettuata in occasione della prestazione lavorativa, ricorrere sempre all'eccezione di inadempimento sospendendo la sua attività lavorativa (66). Al fine di giustificare il rifiuto del lavoratore di fronte ad un ordine datoriale illegittimo si può anche prescindere dal modello astrattamente prefigurato dall'art. 1460 c.c. e ritenere che «un ordine del datore che ecceda i limiti di un corretto e legittimo esercizio dei suoi poteri ... sia un ordine appunto dato senza potere al quale per ciò stesso il lavoratore non è tenuto a dare esecuzione» o comunque sostenere che, trattandosi di una situazione *contra legem*, il lavoratore non sia tenuto a rispettare un ordine illegittimo, il tutto sul presupposto che ci troveremmo di fronte ad atti che, eccedendo i limiti imposti dalla legge e/o dal contratto, sono inefficaci sul piano operativo (67).

In ogni caso legittimare il ricorso del lavoratore a questa particolare modalità di protezione dei suoi diritti non comporta un suo esonero da ogni rischio. L'utilità di questo strumento di tutela risiede essenzialmente nella sua immediatezza con la conseguenza che l'accertamento giudiziale sulla legittimità o meno del comportamento del datore di lavoro non potrà che essere successivo al rifiuto opposto dal lavoratore. Nel caso in cui, all'esito di un giudizio, dovesse risultare legittimo l'esercizio del potere direttivo, il dipendente si verrebbe a trovare in una situazione di inadempimento, esposto ad una sanzione disciplinare anche di tipo espulsivo. In tal caso la valutazione in ordine alle conseguenze dell'inadempimento del dipendente deve tener conto della sua buona fede, e comunque del grado di colpa, sulla scorta di un giudizio di proporzionalità «così che un inadempimento lieve di una parte non potrebbe giustificare il rifiuto di adempiere ad una obbligazione fondamentale» (68).

(43) DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, *ADL*, 2005, 468.

(44) GRANDI, *Rapporto*, cit., 748.

(45) PERULLI, *Obbligazione*, cit., 654.

(46) CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 433.

(47) DE LUCA TAMAJO, *Un rigurgito egualitario della Corte di Cassazione*, *NGCC*, 1995, I, 89.

(48) PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, *ADL*, 1995, 8, 9.

(49) DE LUCA TAMAJO, *Un rigurgito*, cit., 90.

(50) PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., 1, che, nel corso del saggio, dà ampiamente conto dell'affermazione. Nello stesso senso DE LUCA TAMAJO, *Un rigurgito*, cit., 90, il quale sottolinea come il tentativo di introdurre controlli che esulano dal dato di diritto positivo «modifica la volontà legislativa e quella sindacale che non hanno casualmente tralasciato di disciplinare taluni aspetti del potere datoriale».

(51) FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, *DRI*, 1991, 162. L'A., nonostante le puntuali e pertinenti critiche a forme di controllo sui poteri dell'imprenditore desumibili dal ricorso alle clausole generali, comunque propende per la persistenza di una forma di controllo interno del potere direttivo che individua nel parametro della «ragionevolezza» che, «se opportunamente applicato, può costituire un metro accettabile di valutazione delle azioni imprenditoriali».

(52) Cass., S.U., 29-5-1993, n. 6030, *ADL*, 1995, 273.

(53) In modo incisivo è stato sostenuto che «la necessità di giustificazione per l'esercizio di un potere del datore di lavoro ed il tipo di sanzione per l'eventuale atto ingiustificato sono fissati dal legislatore o dall'autonomia privata, collettiva o individuale, e non possono essere creati dal giudice», VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2005, 232.

(54) Per una forte valorizzazione di un controllo di merito sul potere direttivo finalizzato ad accertare «la compatibilità dell'atto di esercizio del potere con i valori primari dell'ordinamento», v. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992, 258, e più in generale cap. III, 152 ss.

(55) V. per tutti, art. 23 CCNL ministeri del 16-5-1995; art. 23 CCNL regioni e enti locali del 6-7-1995; art. 26 CCNL enti pubblici non economici del 6-7-1995 e art. 26 CCNL sanità dell'1-9-1995.

Per un approfondimento sul tema e una ricognizione giurisprudenziale sull'art. 17 v. CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 491 ss. e FERRANTE, *Potere e autotutela*, cit., 295 ss.

(56) A questo proposito è stato rilevato (CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 436 ss.) che si tratta di una serie di disposizioni, anche di tipo omissivo, che solo se reiterate e teleologicamente collegate a fini persecutori configurano una ipotesi di mobbing, oggi specificamente tutelabile, ma che anche singolarmente sono in grado di ledere la dignità del lavoratore.

(57) SCOGNAMIGLIO, *Manuale*, cit., 378.

(58) DE LUCA TAMAJO, *Un rigurgito*, cit., 91.

(59) DE SIMONE, *Poteri*, cit., 278.

(60) DE SIMONE, *Poteri*, cit., 279, e, più diffusamente, sul divieto di discriminazione come limite al potere direttivo, 266 e ss.

(61) CESTER-MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza*, cit.

(62) Così FERRARO, *Poteri imprenditoriali*, cit., 169, che riporta, a proposito del ruolo della giurisprudenza, una

frase di CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, RCDP, 1986, 21.

(63) DE LUCA TAMAJO, *Un rigurgito*, cit., 91.

(64) Sottolinea DELL'OLIO, «Autotutela. III Diritto del lavoro», in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 1, che l'affermarsi della autotutela in materia di lavoro «può ricercarsi nelle carenze, anzi vere lacune, strutturali e funzionali del processo» e della sua «inidoneità per la scissione tra cognizione ed esecuzione, la ristretta tipicità delle misure cautelari, la lentezza e lunghezza, a soddisfare esigenze caratteristiche di quella materia».

(65) VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, 122, al quale si rinvia oltre che per un approfondimento sul tema anche per ulteriori indicazioni bibliografiche. La materia è stato oggetto di recente di una accurata ricerca anche da parte di FERRANTE, *Potere ed autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2004. Da ultimo, per una riflessione che ricostruisce anche l'intero dibattito dottrinale e giurisprudenziale v. CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., spec. 470 ss.

(66) La tripartizione delle concrete ipotesi in ordine all'esercizio dell'autotutela è mutuata da VALLEBONA, *Tutele*, cit., 121 ss. al quale si rinvia per i necessari approfondimenti.

(67) CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 478.

(68) CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 473. L'A. sottolinea l'orientamento consolidato della giurisprudenza civile per la quale, ai fini della legittimità del rifiuto della prestazione, «bisogna avere riguardo all'effettiva incidenza dell'adempimento sulla funzione economico sociale del contratto e, più in generale, sulla economia complessiva del rapporto».

3.2. (Segue). *La casistica giurisprudenziale.*

La giurisprudenza ha più volte affrontato le problematiche sottese al dovere di obbedienza, nelle varie sfaccettature sopra tratteggiate, e ciò quasi esclusivamente in occasione dell'impugnativa di provvedimenti di licenziamento adottati a seguito del rifiuto del lavoratore di rispettare ordini di vario tipo impartiti dal datore di lavoro, il che supporta ampiamente quanto già affermato, in linea di principio, circa la possibilità dell'esercizio di forme di autotutela individuale solo a condizione che il rapporto di lavoro sia resistente al licenziamento ai sensi dell'art. 18, legge n. 300/1970.

Lo strumento ampiamente utilizzato dal giudice, chiamato a sindacare sul rifiuto del lavoratore a fronte di ordini inerenti lo svolgimento della prestazione lavorativa, è costituito dall'art. 1460 c.c. nella sua funzione di legittimare il comportamento di quest'ultimo quale eccezione di inadempimento nei confronti del datore di lavoro, a sua volta ritenuto inadempiente per aver utilizzato il suo potere direttivo in violazione degli obblighi contrattuali dallo stesso assunti.

Nell'interpretare le differenti fattispecie, alla luce del principio enucleato dalla richiamata normati-

va codicistica, la giurisprudenza è attenta a valutare il supposto inadempimento datoriale ritenendolo tale quando lo stesso è idoneo ad incidere sulle immediate esigenze vitali del lavoratore (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale ed assicurativa) (69), ma non quando il dipendente, non condividendo una scelta organizzativa aziendale, rifiuta l'espletamento di determinate mansioni ritenute dequalificanti (70), oppure mettendo a confronto sempre in materia di ius variandi, il comportamento di entrambe le parti occorrendo valutare, da una parte, la correttezza dell'operato del datore di lavoro e, dall'altra, il rifiuto del lavoratore, alla luce dell'obbligo di buona fede imposto dall'art. 1460 c.c. (71).

La casistica giurisprudenziale affronta anche il tema dell'adempimento parziale da parte del lavoratore che risolve mettendo in evidenza, anche in questo caso, la necessità di far luogo ad un giudizio di comparazione dei comportamenti delle parti e ciò «con riferimento ai rispettivi interessi ed alla oggettiva entità degli inadempimenti», al fine di verificare chi delle due «si sia resa responsabile delle trasgressioni maggiormente rilevanti a causa del comportamento della controparte» (72).

Si registrano fattispecie nelle quali il giudice, accertata la illegittimità di un trasferimento i cui motivi, enunciati in modo generico, si basano su circostanze di fatto mai verificatesi, ritiene che il rifiuto del lavoratore allo spostamento di sede sia legittimo non solo ai sensi dell'art. 1460 c.c., ma anche sulla base del rilievo che, nella specie, ci si trova di fronte ad un atto nullo per violazione di norma inderogabile (art. 2103 c.c.) e pertanto improduttivo di effetti (73).

All'interno di questa breve ricognizione giurisprudenziale merita di essere segnalata, infine, una risalente Cassazione del 1991 che, pur ribadendo la natura contrattuale dei poteri del datore di lavoro, risolve la questione senza ricorrere all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. Di fronte all'assegnazione di mansioni non equivalenti, il giudice ha ritenuto legittimo il rifiuto del dipendente, in considerazione del fatto che un ordine illegittimo per violazione di norma inderogabile «si colloca del tutto al di fuori del contenuto contrattuale» con la conseguenza che «il rifiuto di svolgere mansioni estranee al contenuto del contratto non è qualificabile in termini di rifiuto di inadempimento» (74).

Il lavoratore, inoltre, non può essere tenuto ad eseguire ordini e direttive che risultino determi-

nate da motivo illecito, ovvero che abbiano ad oggetto comportamenti *contra legem*. In tali casi, infatti, il lavoratore ha la facoltà, normativamente tutelata, di opporre il suo legittimo rifiuto (75). Sempre in tema di legittimità o meno del ricorso a forme di autotutela una interessante casistica giurisprudenziale si registra in tema di atti datoriali che investono il diritto del lavoratore alla sua integrità psico-fisica.

Da una parte, la giurisprudenza riconosce anche in capo al lavoratore un dovere di utilizzo ed applicazione dei mezzi di protezione e fissa il principio secondo il quale il datore di lavoro deve esigere che il lavoratore utilizzi i mezzi di protezione messi a sua disposizione (76), arrivando a stabilire che il datore di lavoro, nel caso in cui il lavoratore non ottemperi all'ordine di utilizzare i mezzi di protezione necessari per un corretto e sicuro svolgimento della propria attività lavorativa, può fare ricorso anche a mezzi coercitivi e sanzioni disciplinari (77).

Per contro, è principio pacifico quello secondo il quale, qualora il datore di lavoro non si adoperi per garantire gli standard di sicurezza imposti dalla legge e non predisponga un ambiente lavorativo ottimale per la salvaguardia della integrità psico-fisica del lavoratore, deve ritenersi legittimo il rifiuto della prestazione di lavoro in via di autotutela (78).

La Cassazione, utilizzando lo stesso approccio ermeneutico adottato in relazione all'art. 1460 c.c., ha sottolineato che non si realizza una ipotesi di licenziamento quando una delle parti giustifica il proprio inadempimento, totale o parziale, con l'inadempimento dell'altra (datore di lavoro) per aver omesso, quest'ultima, di adottare le misure di sicurezza che, pur in mancanza di norme specifiche è tenuta ad osservare, a tutela dell'integrità fisica e psichica del lavoratore, sempre che tale necessità sia evidente o, comunque accertabile o accertata (79).

Sempre nell'ambito dell'espletamento dell'attività lavorativa la giurisprudenza si è occupata anche di fattispecie caratterizzate da forme di insubordinazione collegate, non tanto al rifiuto di eseguire ordini, quanto a comportamenti che mostrano una insofferenza del lavoratore al rispetto delle regole di correttezza deputate a governare i rapporti all'interno di una azienda sia con i colleghi che con i superiori gerarchici (80).

L'orientamento della giurisprudenza di legittimità è piuttosto rigido sotto tale profilo e riconosce al datore di lavoro il potere d'irrogare la mas-

sima sanzione disciplinare nei confronti del lavoratore che assuma un atteggiamento manifestamente ingiurioso ed irrispettoso ritenendo tale comportamento una chiara negazione del potere gerarchico, anche a fronte di un atteggiamento fiscale ed assillante di un superiore (81), salvo che non ci si trovi in fattispecie caratterizzate da comportamenti datoriali fortemente offensivi e mortificanti (82).

In generale la Cassazione ha sempre stigmatizzato atteggiamenti del lavoratore che denotino insofferenza e rifiuto verso l'uso legittimo dei poteri di controllo e disciplina che vengono equiparati ad atti di vera e propria insubordinazione (83).

In giurisprudenza si registrano poi decisioni che si soffermano sul legittimo esercizio del potere direttivo nell'ipotesi di una sua incidenza sulla sfera personale del lavoratore subordinato.

Dall'esame del dato giurisprudenziale, e dalle posizioni assunte in dottrina a commento delle sentenze, si può ricavare il principio che l'esercizio del potere direttivo non può non abbracciare la possibilità di dettare delle disposizioni in tema di abbigliamento dei lavoratori e della cura della loro persona, ma tale potere trova il suo limite invalicabile nel dovere di rispetto della libertà e della dignità dei lavoratori.

In ogni caso la giurisprudenza opera anche una valutazione di ragionevolezza legata alla mansione svolta dal lavoratore, al ruolo ricoperto nell'organizzazione produttiva ed al contesto sociale di riferimento (84).

(69) Cass., 2-4-2004, n. 6564, *RGL*, 2004, II, 710, nt. VALENTE, *L'exceptio inadempimenti contractus nel rapporto di lavoro*, ritiene giustificato ed in buona fede il rifiuto del lavoratore ad eseguire le proprie prestazioni a fronte del mancato pagamento delle retribuzioni da parte del datore di lavoro.

(70) Cass., 23-12-2003, n. 19689, *FI*, 2004, I, 1111, ritiene legittimo il licenziamento del dipendente che si è rifiutato di svolgere mansioni ritenute dequalificanti il cui espletamento era strettamente collegato ad una scelta organizzativa aziendale; in termini anche Cass., 1-3-2003, n. 2948, *FI*, 2001, I, 1869, che ha confermato il licenziamento di un dipendente che si era rifiutato di svolgere mansioni inferiori assegnategli transitoriamente al fine di fargli acquisire nuove tecniche lavorative. Ed ancora, posta la legittimità del conferimento di mansioni inferiori in esecuzione di accordo sindacale volto ad evitare il licenziamento collettivo, integra giusta causa di recesso il rifiuto del lavoratore di espletarle. Cass., 5-12-2007, n. 25313, *FI*, 2008, 3, 813.

(71) Cass., 12-7-2002, n. 10187, *RIDL*, 2003, II, 53 (nt. CASCIANO, *Una ipotesi di "affievolimento" del diritto del lavoratore alla equivalenza delle mansioni ex art. 2103 c.c.*), ritiene illegittimo il rifiuto del lavoratore di svolgere

nuove mansioni anche se non strettamente equivalenti a quelle di appartenenza, assegnategli per improrogabili esigenze aziendali. Il Supremo Collegio, più di recente, ha cassato una pronuncia dichiarativa di illegittimità di un licenziamento specificando che il rifiuto del lavoratore di adempiere alla propria prestazione può ritenersi giustificato soltanto di fronte ad un inadempimento grave, di carattere totale, da parte del datore di lavoro; un inadempimento parziale, come quello relativo ad una illegittima assegnazione di mansioni non proprie, non può, invece, giustificare un rifiuto totale della prestazione lavorativa. Così Cass., 22-2-2008, n. 4673, *FI*, 2008, I, 3276. V. anche Cass., 19-12-2008, n. 29832, *GCMass.*, 2008, 12, 1815 e *Dir. & Prat. del Lavoro*, 2009, 28, 1634 con approfondimento di PIETROSANTI, *Dequalificazione e rifiuto della prestazione lavorativa*.

(72) Cass., 15-4-2002, n. 5444, *RFI*, 2002, *Contratto in genere*, 508, giustifica il comportamento del lavoratore che, trasferito ad altra sede, ha continuato ad offrire la sua prestazione in quella originaria, in ragione del fatto che il datore di lavoro aveva disposto il trasferimento, senza concedere il prescritto preavviso, in una la cui distanza dalla precedente comportava necessariamente per il dipendente il cambio di abitazione.

(73) Cass., 20-12-2002, n. 18209, *RFI*, 2002, *Lavoro (rapporto)*, 908. V. anche Cass., 9-3-2007, n. 4771, *LG*, 2007, 881, confermata di recente anche da Cass., 10-11-2008, n. 26920, *RFI*, 2008, *Lavoro (rapporto)*, 1212.

(74) Cass., 7-12-1991, n. 13187, *RIDL*, 1992, II, 947, nt. TULLINI.

(75) È questo il caso affrontato da Cass., 8-11-2002, n. 15749, *GDir*, 2002, f. 46, 35, con riferimento al rifiuto del dirigente di apportare modifiche al bilancio della società datore di lavoro che presentino irregolarità contabili e fiscali le quali renderebbero il lavoratore complice di un'attività illecita incorrendo, eventualmente, in responsabilità a titolo di concorso o di agevolazione colposa.

(76) Cass. pen., 6-11-2006, *RFI*, 2007, *Lavoro (rapporto)*, 1268.

(77) In questo senso Cass. pen., 25-10-1991, n. 10730, *DPL*, 1991, 3132, per la quale «Qualora in ambienti di lavoro inquinati ... gli impianti localizzati di aspirazione ... non assicurino una bonifica sufficiente, il datore di lavoro è tenuto, sia a realizzare un conveniente e frequente ricambio dell'aria, sia a imporre l'uso dei mezzi personali di protezione da parte dei lavoratori, ricorrendo ove del caso a mezzi coercitivi e sanzioni disciplinari». In tal senso anche P. Torino, 11-11-1996, *RFI*, 1997, *Lavoro (rapporto)*, 899 nonché T. Torino, 9-12-1993, *RFI*, 1994, *Lavoro (rapporto)*, 1044. Sulla questione merita di essere segnalata una pronuncia della sez. lavoro della Cassazione per la quale non sussiste responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c. in caso di infortunio occorso ad un preposto alla sicurezza che disattende la normativa in materia (Cass., 15-12-2008, n. 29323, *MGL*, 2009, di prossima pubblicazione, nt. GULINO, *Sul ruolo attivo del dipendente nell'osservanza delle cautele antinfortunistiche: i debitori «qualificati» dell'obbligo di sicurezza*).

(78) La Suprema Corte ha confermato l'illegittimità di un licenziamento disciplinare intimato a causa del rifiuto del lavoratore di continuare a svolgere le proprie funzioni all'interno di un locale ove lo sviluppo di gas e vapori tossici, in difetto di adeguato sistema di aspirazione, avrebbe potuto arrecare pregiudizio alla sua salute (Cass., 18-5-2006, n. 11664, *NGL*, 2006, 507). Infatti, «non vi può essere dubbio che il lavoratore, ove effettivamente sussi-

stano situazioni pregiudizievoli per la sua salute o per la sua incolumità, possa legittimamente astenersi dalle prestazioni che lo espongano ai relativi pericoli, in quanto è coinvolto un diritto fondamentale, espressamente previsto dall'art. 32 cost., che può e deve essere tutelato in via preventiva» (Cass., 9-5-2005, n. 9576, *OGI*, 2005, I, 401). Per la giurisprudenza di merito, nello stesso senso vedi T. Agrigento, 11-6-2002, *RIDL*, 2003, II, 114, nt. PASQUARELLA, *Autotutela del lavoratore e licenziamento ritorsivo* e, più di recente, T. Ravenna, 16-1-2009, *RIDL*, 2009, III, 543 (nt. ALBI, *Eccezione di inadempimento e obbligo di sicurezza*) e *LG*, 2009, 881 (nt. FABRIS, *Il rifiuto di adempiere del lavoratore per omissione di misure di sicurezza*) che ha ritenuto legittimo il rifiuto del lavoratore di eseguire ordini pregiudizievoli per la propria incolumità fisica, giungendo ad escludere che il comportamento omissivo tenuto dal dipendente possa integrare un vero e proprio inadempimento, attesa l'inesigibilità stessa della prestazione da parte datoriale.

(79) Cass., 7-11-2005, n. 21479, *D&G*, 2005, 46, 14, nt. TURCO, *Contratto di lavoro: uberrima bonafides*.

(80) Cass., 2-4-1987, n. 3199, *NGL*, 1987, 606.

(81) Cass., 1-12-2004, n. 22532, *DRI*, 2005, 796, nt. NEBOLI, *Licenziamento disciplinare a seguito di comportamento ingiurioso del lavoratore nei confronti dei superiori gerarchici*.

(82) Cass., 16-6-2001, n. 8173, *RIDL*, 2002, II, 154, nt. CALAFÀ, *Tra mobbing e mero conflitto: un'ipotesi di legittima reazione a un atteggiamento incivile del datore di lavoro*.

(83) Cass., 20-8-2004, n. 16384, *RFI*, 2004, *Lavoro (rapporto)*, 1613; Cass., 25-2-2000, n. 2179, *GCMass.*, 2000, 483; Cass., 16-2-2000, n. 1721, *ibidem*, 2000, 359; Cass., 26-9-1995, n. 10187, *MGL*, 1996, 83, nt. BOGETICH. Per la giurisprudenza di merito v. T. Torino, 18-6-2005, *GPiem*, 2006, 100.

(84) Sulla questione v. A. Milano, 9-4-2002, *RIDL*, 2002, II, 658, nt. PERA, *Il lavoratore deve radersi ogni giorno? e di ICHINO, Sui limiti del controllo del datore di lavoro sull'aspetto fisico del lavoratore, e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali*; Cass., 9-4-1993, n. 4307, *RGL*, 1994, II, 223, nt. BELLAVISTA, *Abbigliamento del dipendente e poteri del datore di lavoro*. V. anche DE SIMONE, *Poteri*, cit., 277.

4. L'obbligo di diligenza: nozione.

«Il prestatore deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della nazione» così recita l'art. 2104, 1° co., c.c. ed in tal modo individua un ulteriore elemento qualificatorio della prestazione lavorativa subordinata che, rispettivamente, integra e si aggiunge a quelli, già analizzati, della collaborazione e dell'obbedienza.

La norma, non fornisce una definizione in ordine alla natura ed al contenuto della diligenza, ma adatta alla prestazione lavorativa di natura subordinata il principio generale fissato dall'art. 1176 c.c. secondo il quale il debitore, nell'adempimento della sua obbligazione, deve usare la «diligenza del buon padre di famiglia», che,

quando concerne un'attività professionale, in forza della specificazione contenuta nel 2° co. della stessa norma, «deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

Trattandosi di attività caratterizzata dal vincolo della subordinazione, ai sensi dell'art. 2104 c.c., la diligenza richiesta deve essere parametrata oltre che al tipo di attività svolta, anche all'interesse dell'impresa e, nei limiti di cui si dirà in prosieguo, a quello superiore della produzione nazionale.

Nell'impianto codicistico la diligenza è intesa «come misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta» e sta ad indicare «quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione» (85).

Collocata nell'alveo della prestazione di lavoro subordinato, la diligenza ne costituisce «una modalità intrinseca» (86), è la misura stessa della subordinazione (87) e non configura un dovere autonomo rispetto all'obbligazione lavorativa, ma qualifica il comportamento del lavoratore, costituendo un parametro di valutazione del suo esatto adempimento (88).

Sotto questo profilo la diligenza si differenzia da altri parametri, che comunque connotano l'adempimento dell'obbligazione con riferimento all'intero procedimento contrattuale, fissati sempre dal c.c. (artt. 1175 e 1375), che impongono al debitore il rispetto dei principi di correttezza e buona fede o ancora da altri obblighi accessori quali, ad esempio, quelli di protezione o di sicurezza; mentre questi ultimi concorrono ad individuare comportamenti ulteriori rispetto a quelli legati strettamente all'esecuzione della prestazione, il criterio della diligenza «opera in relazione al contenuto del rapporto obbligatorio già compiutamente individuato nella sua precisa estensione» (89).

Con specifico riferimento alla obbligazione di lavoro, in base al criterio sopra enunciato, rientrano nel novero dei principi generali fissati dall'ordinamento alcuni dei cosiddetti obblighi preparatori all'adempimento (90), cioè tutti quei comportamenti «che consentono al lavoratore di porsi nella condizione di adempiere alla prestazione dedotta in contratto» (91) che, al pari della diligenza, «non sono posizioni soggettive autonome rispetto all'obbligo di prestazione, del quale integrano il contenuto in funzione strumentale», ma contribuiscono comunque ad individuare il corretto adempimento da parte del lavoratore (92).

Definita la nozione di diligenza, ed individuato il suo modo di rapportarsi all'obbligazione di lavoro, è necessario soffermarsi sulle sue caratteristiche in quanto incidenti sulla qualità e sul modo dell'adempimento.

In particolare si pone il problema se, ai fini di un corretto adempimento, la diligenza debba essere valutata sotto il profilo dello sforzo soggettivo del lavoratore, oppure come «qualità esterna dell'azione» (93), con la conseguenza che, nel primo caso, l'obbligazione di lavoro è soddisfatta in linea teorica, e cioè a prescindere dal raggiungimento dello scopo, essendo sufficiente che il lavoratore dimostri comunque di aver osservato le regole dell'ordinaria diligenza, mentre, nel secondo, il comportamento è diligente se il lavoratore realizza effettivamente il risultato oggetto dell'obbligazione (94).

La distinzione, frutto di una riflessione che prende le mosse dall'art. 1176 c.c., non è esportabile alla nozione di diligenza richiesta al prestatore di lavoro subordinato per la quale rilevano, ai fini dell'esatto adempimento, entrambi i profili e ciò in ragione del rapporto di specialità nel quale si pone l'art. 2104 c.c. rispetto al richiamato art. 1176 c.c. (95).

Nonostante la sostanziale identità di formulazione delle due norme, relativamente al tipo di prestazione richiesta, «la specialità della regola lavoristica sta nell'utilizzazione congiunta di più parametri di valutazione» (96). Ed infatti, la norma in esame (art. 2104 c.c.) esprime l'esigenza di commisurare il criterio della diligenza alla «natura della prestazione» e cioè al concreto contenuto del rapporto e «all'interesse dell'impresa» e cioè ad una precisa utilità da parte del datore di lavoro.

La coesistenza dei menzionati parametri determina una inscindibile legame tra comportamento del lavoratore e risultato ottenuto e ciò con l'obiettivo che la prestazione di lavoro sia sempre produttiva di un risultato utile per il datore di lavoro.

Anche in caso di espletamento di una attività eterodiretta è necessario che la stessa sia «apprezzabile nei termini di interesse creditorio» che, a sua volta può essere concepito «come risultato produttivo utile per l'impresa, ovvero quale risultato parziale di volta in volta individuato e ordinato dal datore di lavoro mediante l'esercizio del potere direttivo» (97).

Le peculiarità proprie della prestazione lavorativa di tipo subordinato quali l'assoggettamento al-

le direttive altrui e l'inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro fanno sì che la valutazione in ordine alla diligente esecuzione non può essere «atomistica» (98), attenta cioè soltanto all'espletamento delle mansioni, ma deve tener conto dei fattori sopra menzionati destinati «ad incidere sull'attività concreta di adempimento del lavoratore» (99).

(85) Il testo virgolettato è ripreso da CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 90, che riporta alcuni passi della Relazione al codice relativa alla diligenza.

(86) GRANDI, *Rapporto*, cit., 341.

(87) GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., 157, e ancor prima GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, 112.

(88) Concetto condiviso in modo pressoché prevalente dalla dottrina giuslavoristica v. per tutti PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 213, GRANDI, *Rapporto di lavoro*, cit., 341 e, da ultimo, anche per una ampia ricognizione bibliografica, CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, 87 ss.

(89) Così PERULLI, *Obbligazione di lavoro*, cit., 596, che richiama sul punto, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

(90) MAGRINI, «Lavoro (contratto individuale)», in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 411, li individua, a titolo di esempio, nel dovere di cura degli strumenti di lavoro, nella preservazione dello stato di salute condizionante l'espletamento della prestazione, nell'arresto del lavoratore, precisando che «la relativa problematica, pur presentando aspetti di particolare interesse pratico per il contratto di lavoro, ... non si discosta da quella del diritto delle obbligazioni in generale, se non per quanto attiene alla necessaria ricerca di un equilibrio fra l'osservanza di correttezza nei confronti della controparte ed il godimento dei diritti irrinunciabili del lavoratore».

(91) MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, 431. A questo proposito GIUGNI, *Mansioni e qualifiche*, cit., 114, con riferimento alle regole di buona fede e correttezza, che a tal fine ritiene equivalenti, precisa che le stesse possono «dilatare il contenuto della prestazione ai comportamenti preparatori e conservativi della possibilità di adempiere» ma non valgono «a rilevare l'identità della prestazione principale».

(92) A questo proposito CESTER, *Diligenza*, cit., 97, ritiene che «il loro conglobamento nell'obbligo di prestazione non crea problemi per l'individuazione della nozione di diligenza, ma semmai è idoneo ad illuminarla».

(93) CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 98.

(94) Per una circostanziata ricostruzione del dibattito così come sorto e successivamente sviluppatosi nella dottrina giuslavoristica v. CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., specie par. 6 e 7, 63 ss.

(95) La posizione della dottrina è pressoché unanime v. sul punto CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro*, cit., 163; GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., 157; VALLEBONA, *Istituzioni*, cit., 135. Non mancano autori che ritengono che l'art. 2104 c.c. costituisca una superflua ripetizione dell'art. 1176 c.c. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1996, 448.

(96) DE SIMONE, *Poteri*, cit., 283, che sul punto richiama anche MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002, 432 ss.

(97) PERULLI, *Obbligazione di lavoro*, cit., 595.

(98) Così BUONCRISTIANO, *I poteri del datore di lavoro*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1986, 578.

(99) GRANDI, *Rapporto di lavoro*, 342.

4.1. La dimensione qualitativa della diligenza: la natura della prestazione.

Ai fini dell'adempimento diligente, una volta individuati, nei suoi tratti generali, i parametri di valutazione, è necessario soffermarsi sul significato da attribuire alle peculiari qualificazioni assegnate dal c.c.

La prima è costituita dalla «natura della prestazione dovuta» e cioè dalle mansioni che il lavoratore è chiamato a svolgere: la tipologia di mansioni esigibili è destinata a qualificare la diligenza dovuta.

Tale parametro rende evidente che, nel rapporto di lavoro, la diligenza richiesta non è in alcun modo rinvenibile in quella del «buon padre di famiglia», dovendosi identificare con la «perizia» e cioè con il corredo di esperienze e conoscenze necessarie per la corretta esecuzione della prestazione lavorativa richiesta all'interno del contesto produttivo; non basta, cioè che «il lavoratore svolga la propria prestazione con lo stesso impegno col quale una persona buona ed avveduta si occupa normalmente, in casa propria, degli interessi della propria famiglia» (100).

La diligenza acquista in tal modo una sua rilevanza oggettiva corrispondendo alla capacità tecnico professionale connaturata alla prestazione dovuta e alla qualifica attribuita al lavoratore. Il parametro dell'«oggettività» sta a significare che per comportamento diligente deve intendersi quello che «solitamente si richiede al lavoratore normale in quelle determinate mansioni e in quel determinato contesto tecnico-produttivo» (101) osservando, cioè, «lo standard di perfezione che normalmente si richiede a chi svolge professionalmente la stessa attività» (102).

Ciò nonostante, una valutazione effettiva del comportamento diligente del prestatore non può prescindere del tutto da una attenzione anche al suo profilo soggettivo: un lavoratore diligente integra l'osservanza delle regole tecniche, che devono necessariamente presiedere l'esecuzione della prestazione, con il suo apporto personale influenzato anche dal contesto lavorativo nel quale effettivamente si colloca la sua prestazione e dal grado di professionalità (103).

Deve convenirsi con quella dottrina che sottolinea come la diligenza del lavoratore, sotto il profilo qualificatorio ora preso in considerazione, rileva

come momento di sintesi della dimensione soggettiva ed oggettiva (104) e che, pur nei confini dell'eterodirezione e delle funzioni assegnate, misura la capacità del singolo lavoratore di «individuare autonomamente i modi ... più efficienti ed efficaci per raggiungere l'obiettivo affidato» (105).

Del resto il precetto contenuto nell'art. 2104 c.c. di cui qui si discute non può essere avulso dal generale contesto normativo che tratteggia la qualità del comportamento dovuto dal prestatore ed in particolare, dall'art. 2094 c.c., che individua nella collaborazione, intesa come cooperazione debitoria del prestatore di lavoro, uno degli elementi qualificanti della subordinazione.

(100) ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, Milano, 2000, 260.
 (101) PERA-PAPALEONI, *Diritto del lavoro*, Padova, 1996, 519.

(102) ICHINO, *op. ult. cit.*

(103) Per la giurisprudenza di legittimità, il comportamento diligente del lavoratore deve essere valutato tenendo conto non solo dell'effettiva natura e del reale contenuto della prestazione, ma anche della reale posizione assunta dal lavoratore e dell'attività dallo stesso concretamente svolta, avendo riguardo al contesto di svolgimento della prestazione, della particolare dimensione aziendale, della qualifica professionale del prestatore, della natura delle incombenze affidategli, nonché delle situazioni ambientali ed aziendali nelle quali egli esplica le sue mansioni. In particolare, sulla diligenza parametrata alle mansioni svolte ed alla specifica professionalità acquisita dal lavoratore v. Cass., 26-5-2008, n. 13530, *RIDL*, 2009, I, 35, nt. MARIANI, *La responsabilità del lavoratore per i danni ai beni aziendali affidatigli*; Cass., 27-9-2000, n. 12769, *ivi*, 2001, II, 446, nt. NADALET, *Sull'obbligo di diligenza e i cd. compiti accessori: verso un'estensione della sfera di imputabilità*.

(104) GRANDI, *Rapporto di lavoro*, cit., 341.

(105) VISCOMI, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Torino, 1997, 182-183.

4.2. (Segue). *L'interesse dell'impresa.*

Per essere diligente il comportamento dovuto dal prestatore di lavoro deve essere espletato anche «nell'interesse dell'impresa»: è questo il secondo parametro qualificatorio del corretto adempimento dell'obbligazione di lavoro, fissato dall'art. 2104 c.c.

Anche in questo caso l'interpretazione della norma non è univoca, la nozione si presta a divergenti letture.

Ai confini estremi del dibattito si colloca, da una parte, una nozione oggettiva di tale interesse che sottende una concezione di «matrice organicistica ed oggettiva ove campeggia l'interesse dell'impresa in sé, come istituzione» (106), dall'altra, una nozione che, in una accezione fortemente soggettiva, privilegia l'interesse individuale dell'impre-

ditore, al pari di qualsiasi creditore, ed esclude che l'impresa, in quanto tale, possa comunque rilevare ai fini della qualificazione dell'interesse del creditore della prestazione di lavoro.

Tale radicalità di posizioni deriva dal fatto che il tema, come è stato opportunamente sottolineato, «rappresenta uno degli snodi — di politica legislativa prima e di tecnica interpretativa poi — più significativi e fors'anche più complessi dell'intero diritto del lavoro» essendo coinvolti «da una lato la funzione stessa dell'impresa nell'ordinamento giuridico ... e dall'altro, i cruciali temi dell'organizzazione e della rilevanza, in quest'ambito, del contratto di lavoro e dei diversi interessi che ad esso si riconnettono» (107).

Ed allora, l'approccio ermeneutico al tema, essendo circoscritto all'esegesi di una specifica norma, può rifuggire da valutazioni di politica del diritto per ispirarsi al rispetto dell'analisi tecnico-giuridica, in linea con quell'autorevole insegnamento che intende valorizzare, nell'interpretazione delle norme del diritto del lavoro, «la positività del diritto, riaffermando l'autorità del punto di vista giuridico» (108).

Tanto premesso, senza voler indulgere a favore di concezioni istituzionaliste ed organicistiche che presuppongono forme di compartecipazione nelle relazioni di lavoro che collidono con i tratti qualificanti del nostro ordinamento, si deve concordare con chi ha rilevato che una interpretazione in senso meramente soggettivo di tale interesse renderebbe inutile lo specifico richiamo operato dall'art. 2104 c.c., dal momento che la soddisfazione dell'imprenditore, nella sua esclusiva veste di creditore della prestazione, sempre dalla stessa norma, «è già assicurata dalla commisurazione della diligenza alla 'natura della prestazione'» (109).

A questa considerazione deve aggiungersi l'altra, di carattere più generale, per la quale, costituendo il rapporto di lavoro un contratto a prestazioni corrispettive, è la stessa disciplina generale applicabile che pone a suo fondamento il raggiungimento, da parte dei singoli contraenti, dei rispettivi interessi.

Necessariamente, a meno che non si voglia attribuire all'art. 2104 c.c. una funzione meramente pleonastica con riferimento alle norme già presenti nell'impianto del c.c. che sorreggono la regolamentazione del contratto, l'interesse del datore di lavoro è anche quello connesso al risultato produttivo dell'impresa.

Non possono essere condivise quelle interpretazioni che circoscrivono l'interesse dell'impresa ad

un astratto o generico interesse del creditore all'esatto adempimento ritenendo che lo stesso «in nulla si distingue da quello di un qualsiasi altro creditore della prestazione stessa» e ciò in forza dell'art. 1176 c.c. che garantisce a quest'ultimo che il debitore operi «con la cura che vi dedicherebbe il buon padre di famiglia e secondo uno standard professionalmente adeguato di diligenza tecnica» (110).

Del pari non condivisibile è quell'opinione che non disconosce un interesse del datore di lavoro ad una prestazione utile sotto il profilo organizzativo, ma sposta la responsabilità della mancata utilità integralmente sul datore di lavoro lasciando indenne il prestatore da ogni obbligo.

Partendo dal presupposto che l'accoppiamento diligenza/interesse dell'impresa sia strumentale alla «dilatazione dell'obbligazione del lavoratore» e che la funzione economico-sociale del contratto di lavoro sia quella di «assicurare uno scambio secco tra retribuzione ed attività lavorativa qualificata dalla subordinazione», qualificazione, quest'ultima, che comporta come conseguenza giuridica l'assunzione, in capo al datore di lavoro, «dell'integrale responsabilità gestionale e di coordinamento dei fattori produttivi» e di conseguenza del «rischio dell'utilità o produttività del lavoro», si arriva alla conclusione che la prestazione lavorativa è sì funzionale all'interesse dell'impresa, qualificato come «interesse organizzativo del datore di lavoro», ma che la presenza o meno di tale requisito «rientra integralmente nella responsabilità — nonché nel rischio — del datore di lavoro» (111).

In materia resta ancora di grande attualità l'insegnamento di Mengoni secondo il quale, ai fini della valutazione del corretto adempimento e dell'annessa responsabilità, l'interesse dell'impresa, «pur rimanendo estraneo all'oggetto dell'obbligazione assunta dal lavoratore, diviene punto di riferimento per la determinazione del contenuto e del modo di essere della prestazione dovuta (arg. artt. 2104 e 2105)» (112).

È opportuno sottolineare, inoltre, che questo «allargamento della causa del contratto si risolve a vantaggio del lavoratore» in quanto consente di sottrarre a «valutazioni soggettive e arbitrarie, e quindi incontrollabili» l'interesse dell'imprenditore «assoggettandolo, invece, alle valutazioni oggettive e tipiche proprie della causa negoziale, in vista di un controllo dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'imprenditore» (113).

Le considerazioni svolte non sminuiscono la natura del vincolo contrattuale, ma dimostrano la

peculiarità del contratto di lavoro che, pur annoverandosi tra quelli di scambio, è fortemente caratterizzato dalla funzione organizzativa, che si realizza grazie alla collaborazione cui è tenuto il prestatore di lavoro.

Anche a proposito di questo secondo parametro qualificatorio, non bisogna dimenticare che la specifica normativa sulla diligenza — pur nella sua innegabile valenza di tipo tecnico-professionale grazie al primo dei parametri qualificatori — si inserisce necessariamente nel più generale contesto costituito dall'art. 2094 c.c. che, non a caso, qualifica il lavoratore subordinato come colui che si obbliga a «collaborare nell'impresa».

Si è già avuto modo di specificare (v. *retro*, par. 2) che la collaborazione si caratterizza per la sua destinazione finalistica al soddisfacimento delle esigenze del soggetto organizzatore ed utilizzatore della prestazione di lavoro, pertanto la diligenza richiesta al prestatore di lavoro non può che essere costituita anche dal suo grado di collaborazione che ove mancante (anche nella sua dimensione teleologica) rende negligente la sua prestazione.

Lo stretto collegamento con la collaborazione conferisce un carattere relativistico alla diligenza nel senso che il suo grado di corretto adempimento varia a secondo del tipo di azienda nel quale il prestatore opera: il contenuto ed il modo di essere della prestazione devono adattarsi alle specifiche esigenze dell'organizzazione e ciò affinché l'adempimento lavorativo del singolo sia coordinabile con il lavoro degli altri dipendenti. In ragione di tale caratteristica è stato evidenziato che «l'interesse dell'impresa può correttamente definirsi come l'interesse produttivo che attiene all'organizzazione cioè come 'interesse dell'organizzazione'» (114).

Il parametro costituito dall'interesse dell'impresa, nel senso delineato, spiega anche le ragioni per le quali il prestatore è responsabile di una serie di adempimenti fuori dall'orario di lavoro o comunque non strettamente collegati alle sue specifiche mansioni configurando, sotto questo profilo, una specificazione dei più generali principi di correttezza e buona fede.

Si richiama a questo proposito quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità per la quale il contenuto dell'obbligo della diligenza «si sostanzia non solo nell'esecuzione della prestazione lavorativa secondo la particolare natura di essa (diligenza in senso tecnico), ma anche nell'esecuzione di comportamenti accessori che si rendano ne-

cessari in relazione all'interesse del datore di lavoro all'utile prestazione» (115) e ancora quanto precisato, in ordine all'obbligo del lavoratore, anche in assenza di direttive del datore di lavoro, di eseguire la prestazione di lavoro non solo secondo la particolare qualità dell'attività svolta, ma di osservare tutti quei comportamenti accessori e quelle cautele che si rendano necessari ad assicurare una gestione professionalmente corretta (116). La costruzione ora proposta, avallata anche dal dato giurisprudenziale, sulla valenza dell'elemento della diligenza, potrebbe trovare un parziale ridimensionamento alla luce delle riflessioni di una dottrina (117) che, prendendo le mosse dall'entrata in vigore dello Statuto dei diritti dei lavoratori (l. n. 300/1970), ritiene che l'arricchimento normativo che questa legge ha realizzato «appare di portata tale da mettere profondamente in discussione la filosofia del precedente modello di contratto» (quello disciplinato dal codice civile) ed afferma che quest'ultimo «non può più considerarsi esclusivamente ispirato — come era nel codice civile — al soddisfacimento delle esigenze aziendali», non potendosi più considerare «esclusivamente strumento di organizzazione dell'impresa e di legittimazione del potere dell'imprenditore».

La disciplina statutaria — secondo questa tesi — modifica il modello normativo del contratto di lavoro contenuto nel codice civile con la conseguenza che, sul versante datoriale, «viene a ridursi l'ampiezza dei poteri», con conseguente «rafforzamento della dimensione puramente patrimoniale del rapporto» e, su quello del lavoratore, si verifica un ampliamento dei suoi interessi che non sono più limitati unicamente alla percezione del trattamento retributivo.

La tesi sopra riportata registra un oggettivo cambiamento nella disciplina del contratto di lavoro che, sicuramente, riflette una differente dimensione dell'impresa, non più «territorio esclusivamente destinato alla realizzazione del fine produttivo dell'imprenditore», tuttavia, anche in questo nuovo contesto, caratterizzato da un significativo ridimensionamento della libertà d'impresa, si può ritenere che siano destinati a rimanere integri i doveri posti a carico del lavoratore, secondo la costruzione proposta dal codice civile, nella parte in cui sono strumentali all'effettivo esercizio del potere direttivo, pur in un quadro di ampliamento qualitativo della tutela degli interessi del lavoratore.

(106) PERULLI, *Obbligazione di lavoro*, cit., 598.

(107) CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 163, al quale si rinvia anche per l'ampia rassegna bibliografica in ordine alle posizioni più significative assunte dalla dottrina.

(108) PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, ADL, 2000, 6, che si ricollega al saggio di D'ANTONA, *L'anomalia postpositiva del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in D'ANTONA, *Opere*, I, Milano, 2000, 53.

(109) RUSCIANO, *La diligenza del prestatore di lavoro*, in *Studium Iuris*, 2000, 659.

(110) ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, 262. Lo stesso A. (*op. ult. cit.*, 263), nel contempo, affrontando la questione del rendimento dell'attività lavorativa, recupera il concetto dell'utilità per l'organizzazione aziendale, sostenendo che la prestazione di lavoro per essere diligente non possa essere eseguita senza una determinata intensità (intesa come ritmo, velocità dell'esecuzione e, per quello che qui interessa, come «disponibilità ad una ragionevole variabilità del carico di lavoro in relazione alle normali sopravvenienze operative») arrivando a concludere, dopo una serie di esempi pratici, che «se l'intensità del lavoro è inferiore al minimo compatibile con il risultato utile immediato ... consistente nella cooperazione sinergica tra i membri del gruppo, la prestazione stessa non è idonea a costituire adempimento».

(111) CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, DLRI, 2004, 17 e 47. L'A. (*op. ult. cit.*, 16-17) arriva alla interpretazione sinteticamente ricostruita nel testo partendo, dichiaratamente, da un presupposto di tipo ideologico costituito dalla necessità di bilanciare «i nuovi equilibri economici e di potere che si vanno consolidando nella società del lavoro nel nuovo secolo» (caratterizzati da una riduzione delle tutele a favore del prestatore di lavoro) con un ridimensionamento del concetto «cooperativo» del rapporto di lavoro.

(112) MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971, 28.

(113) MENGONI, *op. ult. cit.*, che, in tal modo, spiega anche la ratio dell'art. 46 Cost. senza bisogno di «ricorrere all'idea di comunità d'impresa».

(114) RUSCIANO, *La diligenza*, cit., 660.

(115) Così Cass., 28-3-1992, n. 3845, NGL, 1992, 496, come riportata da DI CERBO, *Commento all'art. 2104*, in AMOROSO-DI CERBO-MARESCO (a cura di), *Il diritto del lavoro*, I, Milano, 2007, 663.

(116) Così Cass., 27-9-2000, n. 12769, cit. (v. nt. 98). La cautela del lavoratore, intesa quale ulteriore sfaccettatura del dovere di diligenza, non può tuttavia estendersi sino al punto da pretendere dallo stesso l'esigibilità di comportamenti finalizzati a preservare interessi specifici del datore lesi da direttive illegittime imposte dagli stessi organi di vertice (v. Cass., 7-4-2004, n. 6813, OGL 2004, I, 418). Sulla rilevanza «ambientale» della condotta tenuta dal dipendente in termini di condizionamento dell'altrui comportamento v. Cass., 4-12-2002, n. 17208, LG, 2003, 344, con commento di MANNACIO.

(117) LISO, *La mobilità del lavoratore*, cit., 65-71.

4.3. (Segue). *L'interesse superiore della produzione nazionale.*

L'art. 2104 c.c., concepito in vigenza dell'ordinamento corporativo, indica un terzo ed ultimo pa-

rametro, per potere qualificare come diligente il comportamento dovuto dal prestatore di lavoro, che individua nell'«interesse superiore della produzione nazionale».

Si tratta di una formulazione tipica dell'ideologia corporativa fondata sullo statalismo economico per la quale tutte le attività economiche e professionali dovevano, comunque, tendere ad un fine identificabile nell'interesse superiore della nazione (118).

La stretta derivazione dall'ordinamento corporativo ha indotto la quasi totalità della dottrina a considerare questo criterio implicitamente abrogato, non avendo alcun significato giuridicamente vincolante ed essendo insuscettibile di poter essere recuperato in quanto in contrasto con l'attuale assetto costituzionale (119).

Un tentativo di recupero del precetto codicistico è stato ipotizzato come proiezione del principio di solidarietà economica e sociale proclamato dall'art. 2 Cost., nonché del principio del coordinamento dell'iniziativa economica ai fini sociali secondo l'art. 41 Cost. (120).

In entrambi i casi sono state avanzate critiche convincenti su entrambi i tentativi di legittimare tale parametro qualificatorio della prestazione diligente.

Con riferimento all'art. 41 è stato osservato che l'utilità sociale «deve essere configurata correttamente come limite esterno alla libertà dell'imprenditore, che non può appunto svolgersi in contrasto con essa, ma che ad essa non può essere funzionalizzata» (121), trattandosi di un vincolo all'attività dell'impresa.

L'art. 2, nell'imporre a tutti i cittadini «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» è idoneo a coinvolgere, sotto il profilo indicato, il prestatore di lavoro, ma appare un parametro di riferimento difficilmente definibile e, soprattutto, troppo ampio se utilizzato per individuare una specifica responsabilità del soggetto debitore (122).

In ogni caso, è possibile un recupero dei principi costituzionali sopra menzionati, che sempre di più ispirano gli interventi legislativi in materia di lavoro, utilizzando il secondo dei parametri qualificatori della diligenza costituito dall'«interesse dell'impresa» supportando così ulteriormente l'interpretazione che dello stesso è stata offerta nel paragrafo che precede.

A conclusione dell'analisi sulle varie sfaccettature della regola della diligenza sembra utile riportare in questa sede una riflessione tesa alla valo-

rizzazione del perseguimento dell'interesse generale all'incremento della produzione nazionale, al di fuori della «logica giuridica» e della «sistemica del rapporto obbligatorio», attraverso la riscoperta, sul piano socio-culturale, «del valore etico del lavoro prestato, qualunque esso sia» ricorrendo, sempre alla nostra carta costituzionale, ed in particolare al precetto che impone ad ogni cittadino l'espletamento di una attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.) (123).

(118) GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., 158; con molta efficacia ricostruisce in breve i tratti salienti dell'ideologia corporativa, relativamente al tema in esame, MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., 10.

(119) Con riferimento alla manualistica v. GHERA, *op. ult. cit.*; CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, 162; MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., 434.

(120) PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1971, 114; v. anche, più di recente, VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, 2008, 136 che valorizza il dovere di solidarietà fissato dall'art. 2 Cost.

(121) CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 183 ed *ivi* ulteriori approfondimenti e indicazioni bibliografiche

(122) L'osservazione è di RUSCIANO, *La diligenza*, cit., 660, il quale, sulla scia del pensiero di VISCOMI, *Diligenza*, cit., sottolinea che l'introduzione di un parametro così poco definibile, quale è quello di un interesse dell'intera collettività alla ottimizzazione dei comportamenti debitori, «può determinare un alto grado di incertezza nelle relazioni giuridiche che, paradossalmente, può incrementare l'inefficienza economica nel suo complesso».

(123) RUSCIANO, *op. ult. cit.*

4.4. La dimensione quantitativa della diligenza: il rendimento della prestazione di lavoro.

La diligenza del prestatore di lavoro, pur rilevando prevalentemente nella sua dimensione qualitativa, con ciò intendendo l'esatta applicazione delle regole tecniche legate al tipo di lavoro richiesto, è valutabile anche in relazione all'aspetto quantitativo della prestazione e, segnatamente, al suo rendimento «inteso come rapporto tra il tempo dedicato alla prestazione ed il risultato conseguito» (124).

Un adempimento diligente presuppone che il lavoratore, oltre ad eseguire con perizia, cioè in modo tecnicamente corretto, la sua prestazione, «sia in grado di fornire anche quella intensità quantitativa 'normale' che è necessaria affinché la prestazione stessa sia concretamente utilizzabile e coordinabile con gli altri fattori produttivi» (125). Si discute in dottrina se il diritto di pretendere che il lavoratore svolga le sue mansioni nel rispetto di un determinato ritmo sia desumibile di-

rettamente dall'art. 2104 c.c., e che quindi costituisca un fattore di verifica dell'esatto adempimento dell'obbligazione.

Prima di entrare nel merito della questione è opportuno chiarire che la stessa esula dall'ambito di applicazione dell'art. 2100 c.c. che, regolamentando il sistema della retribuzione a cottimo, presuppone che il lavoratore sia vincolato all'osservanza di un determinato ritmo produttivo ed afferisce all'obbligazione di lavoro in quanto tale (126).

Autorevolmente si è sostenuto che il concetto di rendimento è estraneo alla previsione codicistica di cui all'art. 2104 c.c. (127): non costituendo la prestazione lavorativa subordinata un'obbligazione di risultato, la dimensione quantitativa della diligenza «non rileva perché dà soddisfazione ad un interesse del datore di lavoro che rimane fuori dal rapporto obbligatorio» (128).

Seguendo questa impostazione lo scarso rendimento può inficiare l'esatto adempimento solo se il datore di lavoro dimostra la colpa e comunque la negligenza del prestatore di lavoro (129).

L'unica possibilità perché il rendimento possa diventare «oggetto di apposita garanzia» (130) è costituito da una espressa pattuizione che ne assicuri un determinato livello.

In senso contrario è stato argomentato che «lo scarso rendimento costituisce una rilevanza giuridica autonoma» (131) sul presupposto che «anche nel lavoro subordinato, come in tutte le altre obbligazioni, comportamento e risultato assumono entrambi rilevanza giuridica» (132), la qualcosa non comporta che il lavoratore subordinato sia tenuto a realizzare un opus, «bensì ad osservare diligentemente, per il tempo convenuto, le direttive del datore di lavoro (133) ed in ciò si sostanzia il suo rendimento che diventa, in tal modo, un parametro per la valutazione del corretto adempimento indipendentemente dalla negligenza o imperizia del lavoratore.

In questo contesto si inserisce anche la questione riguardante la legittimità o meno di clausole di rendimento che obblighino il lavoratore a mantenere un determinato ritmo produttivo.

Anche in questo caso, se si ritiene che l'obbligazione di lavoro subordinato sia ascrivibile tra quelle di mezzi deve necessariamente dedursi che tale tipologia di clausola comunque non può costituire un elemento essenziale del contratto di lavoro subordinato che, a differenza di quello autonomo, non presuppone una obbligazione di risultato. La compatibilità con la struttura del rap-

porto di lavoro subordinato è ammissibile solo nel caso in cui le modalità di svolgimento della prestazione siano caratterizzate da ampia autonomia organizzativa.

Si perviene ad una diversa conclusione ove si ritenga che il rendimento abbia una sua valenza giuridica: in questo caso la clausola in questione ha la funzione di esplicitare il rendimento normalmente richiesto dalla natura della prestazione e può ritenersi illegittima solo nel caso in cui fissa un minimo di rendimento oggettivamente non raggiungibile.

La difficoltà di valutare, anche sotto il profilo del rendimento, in sé considerato, la prestazione del lavoratore fonda le sue ragioni sulla premessa che quest'ultimo, inserito in una organizzazione diretta da altri, non può essere considerato responsabile del risultato che da questa organizzazione dipende.

Ma, a ben vedere, questa sorta di sostanziale deresponsabilizzazione del lavoratore dipendente non è in linea con l'analisi del dato normativo. Potrebbe essere così se fosse giuridicamente possibile semplificare il sinallagma contrattuale ritenendo che il contratto di lavoro non sia altro che un contratto di scambio attraverso il quale il datore di lavoro, con la corresponsione della retribuzione «acquista» il lavoro e con ciò realizza il suo interesse, rimanendo così estraneo al rapporto obbligatorio il grado di utilità che il creditore è in grado di ricavare dalla prestazione resa.

L'art. 2104 c.c., letto nel suo insieme, non consente questa lettura del rapporto contrattuale. Non bisogna dimenticare la valenza che in questa tipologia contrattuale riveste il fatto che l'obbligazione di lavoro è assolta quando, grazie ad essa, si persegue l'interesse dell'impresa che si realizza compiutamente nel momento in cui il datore di lavoro, fornito del potere di conformare il comportamento del suo dipendente, riesce a coordinare le singole prestazioni lavorative al fine di raggiungere il risultato che lo stesso si prefigge di realizzare attraverso la sua organizzazione produttiva.

Ciò non comporta la traslazione del rischio di impresa anche sul debitore della prestazione lavorativa: occorre distinguere nettamente tra il risultato legato alla organizzazione produttiva, complessivamente intesa, da quello connesso alla singola prestazione.

Nel primo caso il rendimento è sicuramente estraneo all'obbligazione di lavoro, si tratta, cioè di «un risultato ... ulteriore e mediato sul quale

influiscono anche fattori totalmente sottratti al controllo del lavoratore, quali il funzionamento di altri servizi essenziali, la qualità del prodotto venduto, il prezzo di vendita, l'andamento del mercato...» (134), che può diventare giuridicamente rilevante solo in presenza di accordi individuali o collettivi che, senza ledere diritti fondamentali per il lavoratore (135), comportino una sua forma di partecipazione al rischio di impresa. Nel secondo caso il risultato che si chiede al singolo lavoratore è quello di rendere la sua prestazione organizzabile e, perché ciò sia possibile, è necessario che la stessa rispetti un determinato ritmo lavorativo. Su questo presupposto restano di grande attualità le riflessioni di Giugni per le quali «ai fini della qualificazione dell'esatto adempimento, una determinazione quantitativa della prestazione sia implicita nell'atto in cui ne ha luogo l'individuazione qualitativa» sul cui presupposto si arriva all'affermazione per la quale «la diligenza ... non concerne solo la qualità dell'attività solutoria, ma anche il quantum di applicazione e di attività che nulla vieta di considerare come rendimento» (136): la dimensione quantitativa, da questo punto di vista, costituisce l'elemento che, unitamente alla perizia, concorre a configurare l'esatto adempimento.

È opinione ampiamente condivisa che «un livello minimo di intensità della prestazione, intesa come ritmo di lavoro, sia giuridicamente dovuto in qualsiasi contratto di lavoro subordinato e sia assistito dall'apparato sanzionatorio disciplinare» (137).

La rilevanza di tale elemento qualificatorio comporta che lo stesso faccia parte integrante del vincolo contrattuale, di conseguenza, ai fini della valutazione dell'esatto adempimento, è necessario individuare quale debba essere la sua misura.

Nell'ipotesi in cui la singola attività sia collegata alle prestazioni di altri lavoratori, la congruità della stessa, sotto il profilo quantitativo, è strettamente collegata al tipo di prestazione richiesta all'intero gruppo: ogni singolo lavoratore avrà l'obbligo di far in modo che la sua attività, sotto il profilo della sua intensità, sia in sinergia con quella degli altri membri del gruppo.

Nel caso di prestazione scollegata dal gruppo, il criterio della sua misurazione può essere quello della «normalità» dell'attività richiesta intesa come «caratteristica di mercato che la prestazione deve soddisfare per essere considerata diligente» (138) o, come è stato evidenziato da altri, utilizzando, come punto di riferimento, la «figura

modello» del prestatore i cui parametri di valutazione poggiano su basi oggettive risultanti «dall'osservazione della pertinente realtà sociale» (139) dovendo, invece, rifuggire da valutazioni troppo legate a criteri soggettivi che prendano come base di riferimento la singola organizzazione lavorativa e le connesse valutazioni ad opera del datore di lavoro (140).

In giurisprudenza non si registra lo stesso dibattito che caratterizza la dottrina. Il giudice del lavoro, chiamato a decidere sulla legittimità o meno di licenziamenti per scarso rendimento, considera la prestazione del lavoratore subordinato vincolata ad un obbligo di fare e, di conseguenza, quando viene chiamato a giudicare in ordine ad eventuali responsabilità del debitore della prestazione sotto il profilo del rendimento, finisce per ridimensionarne l'incidenza sul presupposto che il comportamento diligente è circoscritto alle modalità di esecuzione della prestazione e prescinde dal risultato finale al quale essa è preordinata (141).

La giurisprudenza, anche in presenza di realtà aziendali che individuano tra le loro funzioni il raggiungimento di standards qualitativi di servizio mediante apposite direttive aziendali nelle quali viene specificato che il mancato raggiungimento dell'obiettivo di qualità può comportare l'adozione di provvedimenti disciplinari, ritiene che se «è lecito che l'imprenditore si prefigga il raggiungimento di determinati obiettivi ... rimane fermo ed invalicabile il concetto che l'obbligo principale del lavoratore è quello di fornire il suo lavoro» concludendo che «non è consentito apprezzare come inadempimento ... il mancato raggiungimento di un risultato in sé e per sé» (142).

Una consolidata giurisprudenza di legittimità, da tempo, sostiene che il rendimento lavorativo inferiore al minimo contrattuale o d'uso, non integra ex se l'inesatto adempimento (143) e ciò anche quando fossero previsti minimi quantitativi, patuiti individualmente o con apposito accordo sindacale e il datore di lavoro provi l'oggettiva esigibilità della prestazione richiesta, avuto riguardo alla normale capacità ed operosità della maggioranza dei lavoratori di pari qualificazione professionale ed addetti alle medesime mansioni (144). Le ragioni di tale orientamento trovano il loro fondamento oltre che nella natura dell'obbligazione (obbligo di fare), anche nella considerazione che la inadeguatezza della prestazione resa può essere imputabile alla stessa organizzazione azien-

dale o comunque a fattori non dipendenti dal lavoratore (145).

In fattispecie del genere è comunque necessario che il datore di lavoro provi il colpevole inadempimento degli obblighi contrattuali rilevando, a tal fine, l'apprezzamento degli aspetti concreti del fatto addebitato, tra cui il grado di diligenza richiesto dalla prestazione e quello usato dal lavoratore, nonché l'incidenza dell'organizzazione dell'impresa e di fattori socio-ambientali (146). Per completezza di ricostruzione è necessario soffermarsi sulle conseguenze dello scarso rendimento.

In ragione dell'impostazione giurisprudenziale sopra descritta lo scarso rendimento è stato quasi sempre valutato sotto il profilo del licenziamento per giustificato motivo soggettivo e ciò per la rilevanza che viene data al requisito della colpevolezza del lavoratore (147).

Tuttavia, se si attribuisce valenza alla circostanza per la quale il lavoratore è obbligato a garantire una prestazione valutabile anche sotto il profilo quantitativo, in quanto deve consentire al datore di lavoro di poter coordinare la sua prestazione con quella degli altri dipendenti, lo scarso rendimento rileva anche sotto il profilo del giustificato motivo oggettivo potendo ostacolare l'ottimale organizzazione aziendale.

A prescindere dall'accertamento della colpevolezza o meno del lavoratore, la prestazione lavorativa, deficitaria sotto il profilo del rendimento, può configurare, al tempo stesso, una ipotesi di licenziamento per giustificato motivo sia soggettivo che oggettivo.

Si sostiene a questo proposito che l'imputabilità dell'inadempimento alla volontà del lavoratore «non può far venir meno la rilevanza (anche) oggettiva del fatto dal punto di vista delle esigenze aziendali economico-organizzative» (148) e, ancora, che «lo scarso rendimento costituisce al tempo stesso inadempimento all'obbligazione di lavoro e, in quanto influente sull'andamento dell'attività produttiva, motivo tecnico-organizzativo di risoluzione del rapporto di lavoro» (149). Anche in questo caso non mancano autori che, peraltro con argomentazioni molto incisive, sostengono che quando è in ballo il comportamento del lavoratore non possono essere chiamate in causa le ragioni organizzative indicate dall'art. 3, legge n. 604/1966 «pena la (loro) trasformazione in una clausola di chiusura praticamente illimitata» (150).

Nella prassi applicativa, nei pochi casi di specifica regolamentazione, si registra una chiara indicazione da parte della contrattazione collettiva nel senso della qualificazione della fattispecie nell'ambito del giustificato motivo soggettivo inserendo tra le sanzioni disciplinari di tipo espulsivo «il persistente insufficiente rendimento» e più in generale la «piena incapacità ad adempiere adeguatamente agli obblighi di servizio» (151).

Sul fronte giurisprudenziale non mancano sentenze che qualificano lo scarso rendimento come ragione di tipo tecnico-organizzativo idonea a giustificare la risoluzione del rapporto sottolineando che «l'inidoneità del lavoratore allo svolgimento dei compiti affidatigli per mancanza delle capacità e della preparazione necessari può giustificare il licenziamento non disciplinare senza che possa rilevare in senso contrario l'inquadramento della prestazione del lavoratore nell'ambito delle obbligazioni di mezzi e non di risultato» (152).

In materia si segnala un intervento della Suprema Corte (153) che avalla la tesi dello scarso rendimento come ipotesi suscettibile di essere qualificata, al tempo stesso, come ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo ed oggettivo. Dall'esame della motivazione della richiamata sentenza si evince che il datore di lavoro, in tema di rendimento lavorativo, abbia la possibilità di scegliere se considerare la fattispecie rilevante sotto il profilo dell'inesatto adempimento o se privilegiarla dal punto di vista della disfunzione organizzativa. Ciò che varia è l'onere probatorio, in entrambi i casi, molto rigoroso: in caso di giustificato motivo soggettivo deve in ogni caso dimostrarsi il notevole inadempimento degli obblighi contrattuali, non rilevando il mancato raggiungimento del risultato; in caso di giustificato motivo oggettivo la prova è raggiunta non solo se si dimostra che la ridotta attività lavorativa comporta «la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione» ma, ove dovesse verificarsi, che «il datore di lavoro ... si sia attivato per prevenire o rimuovere situazioni ostative allo svolgimento della prestazione lavorativa».

In conclusione, sulla rilevanza della dimensione quantitativa della prestazione lavorativa deve osservarsi che la stessa, seppur teoricamente configurabile come fattispecie autonoma rientrante nei doveri del prestatore di lavoro, sottoposta al vaglio della giurisprudenza, può costituire, tutt'al più, un corollario in ordine alla legittimità o meno del suo comportamento lavorativo.

- (124) PERULLI, *Obbligazione*, cit., 602.
- (125) CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 187.
- (126) Per un approfondimento sul tema si rinvia a DE LUCA TAMAJO, *La diversificazione della prestazione ai confini e nel cuore del lavoro subordinato*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, a cura di M. Pedrazzoli, Bologna, 1989, 118.
- (127) MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 41; NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 185, dopo aver sottolineato che «di un dovere di rendimento non vi è traccia nella legge», sottolinea che «è da considerarsi scientificamente scorretto costruire un obbligo di vasta portata, nel quale far rientrare l'intera posizione debitoria del lavoratore».
- (128) SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Torino, 2008, 112.
- (129) NAPOLI, *La stabilità*, cit., 184-185. Per questo A. «lo scarso rendimento altro non è che la figura opposta alla prestazione esattamente eseguita sulla base del criterio obiettivo di diligenza», di conseguenza, la sua rilevanza, ai fini risolutivi del rapporto, è legata ad un notevole inadempimento.
- (130) NAPOLI, *La stabilità*, cit., 186.
- (131) MARAZZA, *Lavoro e rendimento*, ADL, 2004, 567. Sulla questione vedi anche MORTILLARO, *Sul rendimento del prestatore nella obbligazione di lavoro*, DL, 1971, I, 123.
- (132) MARAZZA, *Lavoro*, cit., 559.
- (133) MARAZZA, *Lavoro*, cit., 561.
- (134) ICHINO, *Sullo scarso rendimento come fattispecie ambigua, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, RIDL, 2003, II, 695.
- (135) Si pensi, a titolo di es., alla tutela della sua integrità psico-fisica garantita dall'art. 2087 c.c. o alla retribuzione proporzionata e sufficiente assicurata dall'art. 36 Cost.
- (136) GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 125.
- (137) ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, cit., 267, al quale si rinvia anche per le ulteriori indicazioni bibliografiche. In particolare l'A. sostiene che nell'ordinamento sia rinvenibile una garanzia in ordine all'intensità minima della prestazione «garantita come oggetto di clausola implicita» che pertanto viene a configurarsi come «elemento non accidentale, ma essenziale nel contratto di lavoro».
- (138) CESTER-MATTAROLO, *Diligenza*, cit., 195.
- (139) VISCOMI, *Diligenza*, cit., 203.
- (140) Legittima una valutazione soggettiva MARAZZA, *Lavoro*, cit., 564-567.
- (141) DI CERBO, *Commento all'art. 2104*, cit., 663.
- (142) Così T. Roma, sez. lav., 8-7-2003, LG, 2004, 487, nt. SANTINI. In termini anche Cass., 2-2-2002, n. 1365, cit. e, più di recente, A. Roma, 12-4-2007, RCDL, 2007, 1134.
- (143) Cass., 9-9-2003, n. 93194, RIDL, 2004, II, 368, nt. NANNIPIERI, *Imperizia, scarso rendimento, oneri di prova e di repêchage a carico del datore di lavoro*.
- (144) Cass., 30-3-1987, n. 3062, NGL, 1987, 473 e Cass., 27-3-1987, n. 3014, FI, 1987, I, 2081; Cass., 21-11-1984, n. 5967, RIDL, 1985, II, 455.
- (145) Cass., 3-12-2004, n. 22752, GCMass., 2004, 12. Cass., 10-11-2000, n. 14605, OGL, 2000, I, 1070; Cass., 19-8-2000, n. 11001, RIDL, 2001, II, 346, nt. BARTALOTTA, *Scarso rendimento e prova per presunzioni della sua imputabilità*

a condotte negligenti del lavoratore; Cass., 10-11-2000, n. 14605, OGL, 2000, I, 1070.

(146) I concetti espressi nel testo riassumono le motivazioni di sentenze della sezione lavoro della Suprema Corte che hanno caratterizzato gli ultimi decenni, v. Cass., 25-11-1982, n. 6405, NGL, 1982, 514; Cass., 19-8-2000, n. 11001, cit.; Cass., 2-2-2002, n. 1365, *ivi*, 2002, 342; Cass., 5-3-2003, n. 3250, RIDL, II, 2003 689, nt. ICHINO, *Sullo scarso rendimento come fattispecie*, cit.; Cass., 9-9-2003, n. 13194, *ivi*, 2003, II, 368, nt. NANNIPIERI, *Imperizia, scarso rendimento, oneri di prova e di repêchage a carico del datore di lavoro*.

(147) Così Cass., 22-2-2006, n. 3876, NGL, 2006, 497. La pronuncia merita di essere segnalata in quanto, diversamente dal consolidato orientamento giurisprudenziale richiamato nella precedente nota, ha ritenuto provato lo «scarso rendimento» in ragione della consistente discrepanza tra obiettivi di produzione programmati per il lavoratore e quanto in concreto dallo stesso realizzato. Il principio ha trovato conferma in una recente pronuncia della Suprema Corte — Cass., 22-1-2009, n. 1632, RFI, 2009, Lavoro (rapporto), 27 — ove «in conseguenza all'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali e riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento della soglia minima di produzione» è stato ritenuto legittimo il licenziamento del dipendente per violazione del dovere di collaborazione.

(148) ICHINO, *Sullo scarso rendimento*, cit., 696.

(149) MARAZZA, *Lavoro*, cit., 567.

(150) Tosi, *Il dirigente d'azienda*, Milano, 1974, 193, concetto ripreso e ampiamente sviluppato da NAPOLI, *La stabilità*, cit., 349 ss. in occasione di una riflessione tesa a dimostrare «l'impossibilità d'identificare all'interno del giustificato motivo obiettivo evenienze che attengono alla sfera giuridica del lavoratore».

(151) Così dispone il CCNL Poste Italiane del 2007, art. 56.

(152) Cass., 20-11-2000, n. 14974, RFI, 2000, Lavoro (rapporto), 1631.

(153) V., in tal senso Cass., 5-3-2003, n. 3250, cit., nt. ICHINO, *op. ult. cit.*

5. L'obbligo di fedeltà.

Il quadro delineato dal legislatore per individuare gli obblighi del prestatore di lavoro e, più in generale, la sua posizione debitoria si completa con il precetto contenuto nell'art. 2105 c.c. che impone a quest'ultimo l'espresso divieto di trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con il suo datore di lavoro e di divulgare notizie attinenti all'organizzazione aziendale ed ai metodi di produzione o di farne uso in modo da poter arrecare ad essa pregiudizio (154).

Il complesso dei divieti imposti al prestatore è qualificato come «obbligo di fedeltà»: non ci troviamo di fronte ad un obbligo di «fedele e personale dedizione al datore di lavoro» (155), ma dinanzi ad «una dedizione funzionale, cioè limi-

tata dallo scopo di lavoro per cui la dedizione avviene» (156) posto a tutela della capacità di concorrenza dell'impresa e della sua posizione sul mercato (157).

Si tratta di un obbligo accessorio, rispetto a quello principale costituito dallo svolgimento della prestazione di lavoro, che in ragione della sua finalità «rientra nei cosiddetti obblighi di protezione posti a tutela di un interesse del creditore» (158). L'autonomia di cui tali obblighi godono «rispetto all'obbligo di lavorare, fa sì che essi possano perdurare anche in assenza della prestazione lavorativa» (159).

Anche su questa norma si registra un articolato dibattito che, al di là delle varie sfaccettature (160), si può sintetizzare in due posizioni che, pur partendo entrambe dalla qualificazione del contratto di lavoro come contratto di scambio, arrivano a conclusioni antitetiche: un primo orientamento nega l'esistenza di un sostanziale dovere di fedeltà, ritenendo vincolanti per il lavoratore unicamente gli specifici divieti menzionati nella norma codicistica; un secondo legittima una nozione ampia di fedeltà che, oltre a comportare l'obbligo di astenersi dai comportamenti elencati nell'art. 2105 c.c., determina in capo al lavoratore un più generale dovere di adottare comportamenti, positivi o negativi, finalizzati alla cura degli interessi dell'impresa.

Tale sostanziale diversità di opinioni è favorita anche dalla struttura letterale della norma in esame caratterizzata da una rubrica che richiama l'obbligo di fedeltà e da un testo che si limita ad indicare alcuni specifici divieti in capo al prestatore di lavoro (161).

I sostenitori della prima tesi si muovono all'interno di un contesto interpretativo che, partendo da un ridimensionamento, sia dell'obbligo di collaborazione, che delle finalità alle quali deve tendere il comportamento del lavoratore (il riferimento è al concetto di interesse dell'impresa richiamato dall'art. 2104 c.c.), leggono la normativa in questione come una specificazione della generale regola di correttezza, di cui all'art. 1176 c.c., posta a fondamento della legittima esecuzione di ogni rapporto obbligatorio. Di conseguenza, l'art. 2105 c.c. ha la esclusiva funzione di salvaguardare l'interesse aziendale prevenendo eventuali danni che potrebbero derivare all'azienda in ragione delle notizie aventi ad oggetto la sua organizzazione ed i suoi metodi di produzione di cui il prestatore di lavoro viene a conoscenza lavorando al suo interno (162).

In particolar si sostiene che «dedurre dall'esistenza di divieti specifici, di natura patrimoniale, un obbligo generale e personale, positivo e negativo nello stesso tempo, sembra giuridicamente inammissibile» (163).

In questo contesto viene fortemente ridimensionata la stessa titolazione della norma la cui rubrica è stata ritenuta «errata o inutile» (164).

A questa tesi si contrappone altra dottrina che, con varia intensità, ritiene che l'obbligo di fedeltà non possa limitarsi ai soli doveri negativi previsti dall'art. 2105 c.c., ma costituisca un dovere che si sostanzia in un obbligo di cooperazione finalizzato alla realizzazione dell'interesse dell'impresa. Da parte di alcuni autori, senza negare la fonte contrattuale di tale obbligo che comunque ne definisce anche i confini, viene valorizzata una dimensione comunitaria, nella quale entrambe le parti, pur perseguendo finalità che possono divergere, collaborano nell'interesse dell'impresa che acquista una sua valenza oggettiva. In tale contesto «la situazione di pericolo generata dall'infedeltà non investe esclusivamente l'interesse finale di un unico soggetto; ma prima ancora l'interesse mediato e strumentale dell'impresa» (165).

Sempre al fine di valorizzare l'elemento della fedeltà è stato sostenuto che tale obbligo non è altro che la specificazione, in ambito lavoristico, di un più generale principio, presente in ogni rapporto, rinvenibile in un «divieto di abuso di posizione». Si sostiene, a questo proposito, che al lavoratore è imposto l'obbligo di «astensione da ogni abuso di posizione ossia da quei comportamenti pregiudizievoli che sono qualificati dall'uso deviante dei mezzi messi a disposizione dalla stessa parte danneggiata» (166); così ragionando i comportamenti vietati nella normativa codicistica non sono altro che esempi di un più generale dovere di fedeltà che sta a sottolineare la natura fiduciaria del rapporto di lavoro.

In questo ambito si iscrive quella dottrina che più di ogni altra valorizza l'obbligo di fedeltà ritenendo che la stessa vada ben oltre gli specifici divieti sanciti dalla disposizione codicistica.

Per pervenire a tale conclusione si afferma la pregnante rilevanza del momento collaborativo — determinante per consentire al datore di lavoro di realizzare la sua funzione organizzativa — per arrivare a valorizzare la fedeltà come parte integrante di quest'ultimo, contribuendo ad arricchirne il suo modo di essere (racchiude a pieno il senso di questa teoria l'affermazione per la quale

il lavoratore è tenuto a svolgere «una attività subordinata e fedele» (167).

In questo contesto la fedeltà costituisce una tipizzazione dell'esecuzione dell'obbligazione di lavoro secondo buona fede, clausola generale quest'ultima che, secondo l'insegnamento di Betti (168), presuppone una cooperazione per la realizzazione di interessi altrui da cui derivano obblighi a contenuto positivo e che, come viene ampiamente dimostrato, «si pone come principio generale che qualifica il nostro ordinamento» (169).

Sulla questione merita anche segnalare la posizione di altra dottrina che, nell'avallare la tesi sopra formulata, sottolinea «l'originalità del codice civile italiano» che, pur rifiutando «la concezione istituzionalista o comunitaria del rapporto di lavoro», ... «non rimane adagiato nella concezione tradizionalistica» e di conseguenza avalla la «rilevanza giuridica alla destinazione del rapporto ad integrarsi in una organizzazione di lavoro» e quindi la sua idoneità a «vincolare il lavoratore allo scopo dell'organizzazione» (170).

Su questi presupposti, il dovere di fedeltà non può essere considerato «una semplice etichetta priva di riscontro nella normativa del codice civile» ma anzi «si risolve interamente nel contenuto dell'obbligazione di lavoro nell'ambito della quale accentua il significato della collaborazione come criterio integrativo della subordinazione attraverso una interpretazione di buona fede, condotta con riferimento all'interesse oggettivo dell'organizzazione in cui opera il lavoratore» (171). Allo stato è sicuramente prevalente la dottrina che tende a svilire la rilevanza di tale obbligo ritenendo che l'unica interpretazione possibile dell'art. 2105 c.c. sia quella evidenziata dal primo orientamento sopra menzionato, sottolineando, a questo proposito, che «non è ragionevolmente enucleabile un obbligo che imponga specificamente la fedeltà del lavoratore» al di là dei precisi divieti imposti dalla norma (172).

In particolare, un forte ridimensionamento dell'obbligo in questione si registra da parte di quella dottrina che, pur ribadendone la sua rilevanza in quanto previsto nella disciplina legale tipica, con conseguente allargamento della posizione debitoria del lavoratore rispetto all'obbligo di prestazione, ritiene che «in nessun modo è possibile far rientrare i comportamenti ivi previsti nel contenuto dell'obbligazione di lavorare», sostenendo che la fedeltà non può neanche identificarsi con l'esecuzione in buona fede in quanto, se così fosse, «da un lato perderebbe quel valo-

re specifico che giustifica l'autonoma previsione normativa come obbligo» e dall'altro «dovrebbe investire l'intero rapporto obbligatorio» e non limitarsi «ad un mero allargamento del contenuto dell'obbligazione di lavorare».

In quest'ottica la funzione dell'art. 2105 c.c. è quella, ben delimitata, di attribuire una specifica rilevanza all'interesse dell'imprenditore a non subire un'attività concorrenziale e di divulgazioni di notizie, interesse che, altrimenti, non potrebbe essere tutelato «non essendo in quanto tale coinvolto nello scambio tra lavoro subordinato e retribuzione» (173).

A conclusione di una circostanziata indagine a tutto campo sull'obbligo di fedeltà, è stato evidenziato che, mentre la dottrina meno recente riteneva che dall'art. 2105 c.c. dovesse ricavarsi l'esistenza di un generale obbligo per il lavoratore da compiere attività, all'interno ed all'esterno dell'azienda, che potessero compromettere l'interesse dell'impresa, quella più recente «tende a negare che dall'art. 2105 c.c. possa desumersi l'esistenza di un obbligo di fedeltà del dipendente» (174) con ciò ponendosi in contrasto con un consolidato orientamento giurisprudenziale (175) che valorizza l'obbligo in questione alla luce delle clausole generali di correttezza e buona fede ponendolo in stretta connessione con la natura fiduciaria del rapporto di lavoro e configurando la fedeltà come «un dovere di condotta leale tale da non pregiudicare l'affidamento posto dal datore di lavoro sulla persona del lavoratore» (176).

La giurisprudenza offre una interpretazione in senso lato dell'obbligo di fedeltà in forza del quale il lavoratore, non solo non deve porre in essere i comportamenti espressamente vietati dall'art. 2105 c.c., ma deve astenersi da tutti quelli che «per la loro natura e le loro conseguenze, appaiono in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o creano situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi dell'impresa stessa» (177).

Sempre la giurisprudenza di legittimità sottolinea che «l'obbligo di fedeltà ha un contenuto più ampio di quello desumibile dal testo della disposizione in esame dovendosi ricollegare ai generali principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.» (178), precisando che «il dovere di fedeltà, sancito dall'art. 2105 c.c., si sostanzia nell'obbligo del lavoratore di tenere un comportamento leale verso il datore di lavoro e di tutelarne in ogni modo gli interessi» (179).

Anche la contrattazione collettiva si è mossa in controtendenza rispetto al prevalente orientamento dottrinario. Le parti sociali tendono a valorizzare la funzione della norma in esame con prescrizioni che, oltre a riferirsi agli specifici divieti in essa previsti, si richiamano al dovere di fedeltà in quanto tale.

In diversi contratti collettivi si rinvergono clausole che estendono la portata del dovere di fedeltà sino a prevedere l'obbligo di mantenere il massimo riserbo, non solo sull'organizzazione e sui metodi di produzione dell'impresa, ma anche sugli «interessi dell'azienda» genericamente intesi (180). Si sanziona con il licenziamento in tronco il prestatore che abbia svolto «anche fuori dell'orario di lavoro, mansioni ed attività a titolo gratuito od oneroso che siano in concorrenza e in contrasto con gli interessi della Società» (181), ivi compresa «qualunque forma di partecipazione in imprese od organizzazioni di fornitori, clienti, concorrenti o distributori» (182).

Altri contratti collettivi prevedono il licenziamento senza preavviso per gravi mancanze riguardanti «la moralità e l'infedeltà verso l'azienda», ricomprendendo addirittura l'«abuso di fiducia» tra le ipotesi di violazione dell'art. 2105 c.c. (183).

All'esito dell'indagine sul campo, al fine di tentare di ridurre il contrasto interpretativo/applicativo avente ad oggetto una normativa che è destinata ad incidere in modo rilevante sulla concreta disciplina del rapporto di lavoro, non può non attribuirsi una giusta rilevanza all'interpretazione offerta dalla giurisprudenza e soprattutto al ruolo svolto in materia dalla contrattazione collettiva che, come è stato osservato da chi attribuisce al dovere di fedeltà una significativa rilevanza, rappresenta «un'espressione di quella coscienza sociale in corrispondenza della quale la legge deve essere interpretata» (184).

L'attuazione data alla norma potrebbe legittimare una rivisitazione del concetto per il quale l'obbligo di fedeltà, se concepito all'interno di un rapporto contrattuale, configurerebbe «un vero e proprio monstrum giuridico» (185).

L'interpretazione giurisprudenziale e la regolamentazione pattizia danno atto della filosofia che ispira la costruzione, delineata dagli artt. 2094, 2104 e 2105 del c.c., per la quale il prestatore di lavoro entrando nell'organizzazione aziendale non si limita ad instaurare un vincolo a contenuto patrimoniale, ma si obbliga a collaborare nell'impresa, ponendosi alle dipendenze di un altro sog-

getto e contraendo una serie di obbligazioni collaterali tra le quali rientra quella della fedeltà che, al pari dell'obbedienza, concorre a tipizzare i cosiddetti obblighi complementari che integrano l'obbligazione principale costituita dalla prestazione di lavoro.

Ad ulteriore sostegno della valenza dell'obbligo in esame vale una considerazione di tipo strettamente esegetico ed una, di carattere più generale, che attiene ad un rinnovata attenzione da parte di chi si occupa di organizzazione aziendale e della stessa contrattazione collettiva ad enfatizzare gli aspetti collaborativi della prestazione di lavoro.

Relativamente al primo aspetto non si può liquidare la rubrica dell'art. 2105 c.c. intitolata «obbligo di fedeltà» ritenendola sostanzialmente inesistente in quanto «il lemma 'fedeltà' non compare ... nella disposizione in esame» (186).

Il legislatore nel definire questo specifico obbligo del prestatore di lavoro lo ha qualificato nella rubrica, prodotto anch'essa di una esplicita funzione normativa primaria (187) e tipizzato nel testo della norma. Ciò premesso, al fine di una corretta individuazione, sotto il profilo ermeneutico, del contenuto dell'obbligo, l'interprete deve tener conto sia della rubrica della norma, sia del suo testo con la conseguenza che il lavoratore è tenuto, in via generale, ad osservare un comportamento improntato alla fedeltà e, nello specifico, a non compiere determinati atti, in costanza del rapporto di lavoro, sia interni che esterni all'attività lavorativa.

La ratio della norma, nell'interpretazione prospettata, è strumentale alla realizzazione dell'esatto adempimento così come tipizzato dall'art. 2104 c.c. e, ancor prima, dall'art. 2094: una lettura d'insieme di entrambe le norme evidenzia che è lavoratore subordinato diligente chi collabora anche alla realizzazione dell'interesse dell'impresa e ciò è possibile, secondo l'impianto codicistico, osservando le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dal datore di lavoro con un comportamento improntato alla fedeltà, sia all'interno che all'esterno dell'azienda (188).

La seconda considerazione trae spunto dall'evoluzione dell'organizzazione produttiva, che inevitabilmente investe anche la regolamentazione del rapporto di lavoro e la sua organizzazione.

I processi di innovazione tecnologica rendono possibile alle aziende di superare la divisione funzionale del lavoro «attuando sistemi di collega-

mento diretto fra progettazione, produzione e mercato al fine di soddisfare nel modo migliore le aspettative del consumatore» dando così vita ad un modello organizzativo che viene definito della «qualità totale» nel quale «la prestazione lavorativa si caratterizza per una maggiore discrezionalità tecnica e decisionale, per una più ampia partecipazione dei lavoratori e per una condivisione degli obiettivi dell'impresa» (189).

In ogni caso, a prescindere dalle divergenze di ordine sistematico, anche se si dovesse ritenere che i doveri in capo al lavoratore siano solo quelli tipizzati dalla norma codicistica, ci si trova comunque di fronte a precetti comportamentali atipici rispetto a quelli che caratterizzano un rapporto di scambio di tipo patrimoniale che, come autorevolmente sottolineato, «è il solo a porre un soggetto alle dipendenze di un altro» (190) e ad inserirlo in modo organico all'interno dell'organizzazione del soggetto creditore della prestazione dovuta.

La particolarità di questo tipo di obblighi è da individuare nella circostanza che gli stessi, come si avrà modo di verificare nei successivi paragrafi, impongono l'osservanza di comportamenti che possono esulare dalla prestazione lavorativa e, in alcuni casi, coinvolgere la persona del lavoratore. La peculiarità dell'obbligo in esame, che si sostanzia, come efficacemente rilevato, nella sua idoneità ad incidere sulla qualificazione «di posizioni proprie del diritto delle obbligazioni onde adattare tali disposizioni agli aspetti personalistici e talora fiduciari del lavoro subordinato» (191), anziché indurre la maggioranza della dottrina a svilire tale tipologia di vincolo, dovrebbe consigliare una ponderata valutazione in ordine al concreto atteggiarsi dell'obbligo di fedeltà, tenendo conto del contenuto, sotto il profilo qualitativo, delle mansioni del lavoratore, della sua posizione e del suo grado di affidamento all'interno della compagine aziendale.

Al fine di sgombrare il campo da valutazioni strumentali sulla pregnanza dell'obbligo di fedeltà è opportuno sottolineare che tale obbligo, se da una parte comporta il diretto coinvolgimento del lavoratore ad una collaborazione attiva, dall'altra, ha un ben delimitato campo d'azione che deve essere individuato «avendo esclusivo riguardo all'effettiva realizzazione degli interessi tipici in vista dei quali il contratto di lavoro è stato stipulato, restando escluso qualsiasi vincolo ulteriore rispetto a quell'obbligazione» (192).

(154) Norme specifiche costruite sul modello dell'art. 2105 c.c., ma con delle peculiarità, sono previste per il lavoro a domicilio (art. 11, l. n. 877/1973), per il lavoro domestico (art. 6, l. n. 339/1958). Una normativa sostanzialmente identica a quella civilistica è stata prevista per il lavoro a progetto (d.lg. n. 276/2003, art. 64). Per una breve quadro di sintesi v. BONARDI, *L'obbligo di fedeltà e il patto di non concorrenza*, in *Diritto del lavoro*, comm. diretto da Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di Cester, Torino, 2007, 746, e per una approfondita disamina anche in relazione al lavoro nautico e quello alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, Milano, 2000, 221.

(155) MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 24.

(156) F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1975.

(157) MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 50. L'A. mette in evidenza che la finalità della norma è sostanzialmente condivisa dalla generalità della dottrina a prescindere dalle divergenze che la caratterizzano in ordine al significato da attribuire al dovere di fedeltà.

(158) GHERA, *Diritto del lavoro*, cit., 161.

(159) CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro*, cit., 165.

(160) Le varie tesi sono efficacemente ricostruite, in modo molto ampio e circostanziato, da MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 22 ss., e in modo più sintetico, da BONARDI, *L'obbligo di fedeltà*, cit., 725-726.

(161) Per una ampia ricognizione sul tema v. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 3 ss. e, in modo più sintetico, FIATA, «Fedeltà del lavoratore (obbligo di)», in *Enc. giur.*, Roma, 2001, 5.

(162) Si tratta della nota tesi prospettata da MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 131 ss.

(163) SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, 294-295.

(164) Così MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 11 ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici specie n. 22.

(165) CESSARI, *Fedeltà, lavoro, impresa*, Milano, 1969, 148.

(166) TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milano, 1982, 132.

(167) PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 265.

(168) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Torino, 1955, 68.

(169) PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., 216 ss. Sul punto v. anche la ricostruzione del pensiero di Persiani e di Betti ad opera di FIATA, *Obblighi positivi di diligenza e fedeltà. Sanzioni e codici disciplinari*, ADL, 2002, 289, 19.

(170) MENGONI, *Contratto di lavoro e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, RS, 1965, 685.

(171) MENGONI, *Contratto di lavoro*, cit., 688.

(172) Così MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., 494, richiamato da DE SIMONE, *Poteri del datore e obblighi del lavoratore*, cit., 290, che ribadisce, a sua volta, la necessità di mantenere nei suoi giusti confini quella che qualifica come «il c.d. obbligo di fedeltà». Nello stesso senso 7. 4. 2.

(173) NAPOLI, *La stabilità*, cit., 207-209.

(174) MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 237, ed *ivi* indicazioni bibliografiche sulle due posizioni della dottrina.

(175) Ex multis: Cass., 1-6-1988, n. 3719, NGL, 1988, 367; Cass., 16-1-1996, n. 313, LG, 1996, 594; Cass., 26-8-2003, n. 12489, NGL, 2004, 180; Cass., 14-6-2004, n. 11220, OGL,

2004, I, 410; Cass., 2-2-2004, n. 1878, *DRI*, 2005, 799; Cass., 4-4-2005, n. 6957, *RIDL*, 2005, 920; Cass., 19-4-2006, n. 9056, *MGL*, 2006, 836, nt. M. PAPALEONI; nonché le più recenti Cass., 1-2-2008, n. 2474, *GCM*, 2008, 2, 148 e Cass., 18-6-2009, n. 14176, *ivi*, 2009, 6. Sulla specifica questione C. PISANI, *Sull'uso improprio dell'art. 2105 c.c. da parte della Cassazione*, *RIDL*, 2005, 922, registra «un singolare fenomeno di incomunicabilità tra dottrina e giurisprudenza» (nt. a Cass. n. 6957/2005, cit.).

(176) Così riassume l'interpretazione offerta dalla prevalente giurisprudenza BONARDI, *L'obbligo*, cit., 728.

(177) MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., che riporta la massima ricorrente della giurisprudenza di legittimità.

(178) Così Cass., 18-6-2009, n. 14176, cit. In merito v. DI CERBO, *Commento all'art. 2105*, in *Il Diritto del lavoro*, I, a cura di Amoroso-Di Cerbo-Maresca, Milano, 2007, 672, che si riporta a Cass., 4-4-2005, n. 6957, cit., anche in *MGL*, 2005, 550, nt. BRUZZONE.

(179) Così Cass., 19-4-2006, n. 9056, cit., nt. 164.

(180) Tra i tanti, v. art. 54, lett. c), del CCNL per il personale non dirigente di Poste Italiane S.p.A. dell'11-7-2007; art. 1 del CCNL per i dipendenti addetti all'industria metalmeccanica privata del 20-1-2008; art. 51 del CCNL per i lavoratori della piccola e media industria chimica del 5-10-2006; art. 67 del CCNL per i lavoratori dell'Industria Alimentare del 14-7-2003.

(181) V. art. 56, 6° co., lett. g), del CCNL Poste Italiane, cit.; l'astensione dallo svolgimento di «attività contrarie agli interessi dell'impresa» rientra, più genericamente, tra i doveri e gli obblighi del prestatore in numerosi contratti collettivi: v. ad es., l'art. 32 CCNL per i quadri direttivi e per il personale dipendente dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali del 12-2-2005; l'art. 28 del CCNL per i dirigenti ed i dipendenti delle Banche di Credito Cooperativo, Casse Rurali ed Artigiane del 17-6-2008; l'art. 15 del CCNL Tessili-Industria abbigliamento del 22-7-2008.

(182) Così l'art. 48 del CCNL per i dipendenti delle imprese esercenti servizi di telecomunicazione del 3-12-2005. V. anche art. 54, lett. d), del CCNL Poste, cit., che prevede, tra i doveri del dipendente, proprio quello di astenersi da qualunque forma di partecipazione in imprese ed organizzazioni di fornitori, clienti concorrenti e distributori che possano configurare conflitto di interessi con la Società, nonché quello di astenersi, in periodo di malattia ed infortunio, dallo svolgere attività lavorativa ancorché non remunerata, causa questa di licenziamento senza preavviso per il citato CCNL dei dipendenti delle imprese di telecomunicazioni (art. 48, lett. B, h).

(183) Così art. 23 del Protocollo aggiuntivo per operatori di vendita di cui al CCNL per i dipendenti da aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi del 2-7-2004; art. 110 del CCNL per i dipendenti di studi professionali contabili del 23-7-2004; art. 44 del CCNL per i dipendenti di aziende farmaceutiche speciali del 16-6-2000.

(184) PERSIANI, *Contratto e organizzazione*, cit., 240.

(185) MANCINI, *La responsabilità*, cit., 127.

(186) DE SIMONE, *Potere del datore*, cit., 290.

(187) Per un approfondimento della questione tecnica sulla rilevanza o meno della rubrica della norma in esame v. FIATA, *Obbligo*, cit., 5, specie par. 1.4.2 e in modo più ampio MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, 2 ss.

(188) Sulla questione è stato autorevolmente sottolineato che «riesce possibile ravvisare nell'essenza del rapporto di lavoro, imperniato sulla collaborazione e sulla fiducia tra i suoi soggetti, temperate dai criteri di buona fede e

correttezza, il fondamento di un obbligo del lavoratore, di prendersi cura degli interessi aziendali e di astenersi in ogni caso da comportamenti che possano pregiudicarlo, che bene può intitolarsi alla fedeltà» (SCOGNAMIGLIO, *Manuale*, cit., 379).

(189) GALANTINO, *Il diritto del lavoro fra valori della tradizione ed esigenze di modernità*, *RML*, 2008, 9; v. anche *Qualità e rapporto di lavoro*, a cura di Galantino, Milano, 1995.

(190) F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni*, cit.

(191) RIVA SANSEVERINO, *Sub art. 2060-2134 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, 385.

(192) PERSIANI-PROIA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2008, 208.

5.1. La tipizzazione legislativa dell'obbligo di fedeltà: l'obbligo di non concorrenza.

L'interpretazione in ordine al contenuto precettivo della norma in esame non registra lo stesso dibattito e la netta divergenza di opinioni che sono state evidenziate per la sua rubrica.

È pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, che i due divieti imposti dal precetto codicistico sono finalizzati a salvaguardare la capacità di concorrenza dell'impresa e la sua posizione nel mercato. La prima prescrizione, nel riprendere un principio già presente nella legge sull'impiego privato del 1924 (193), impone al lavoratore subordinato di «non trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore».

La formulazione utilizzata dal legislatore deve essere interpretata nella sua più ampia accezione prescindendo dalla nozione di «affare» in senso tecnico e privilegiando il termine «concorrenza»: si può senz'altro concordare con chi ha sottolineato che «l'uso del termine 'affari' non sembra particolarmente rilevante per definire la fattispecie in esame» precisando che «l'atto di concorrenza non consiste necessariamente in un contratto o in un negozio, ma può tradursi in atti e comportamenti anche non negoziali» così che è vietato «ogni comportamento, attività o atto ... finalizzato ad una attività concorrente» (194).

La concorrenza in tal senso intesa si verifica ogni qual volta il prestatore di lavoro ponga in essere comportamenti «idonei ad arrecare (al datore di lavoro) un danno sebbene non comportanti una immediata perdita economica» (195) e viene qualificata come «differenziale» proprio per la sua idoneità ad essere particolarmente «intensa ed insidiosa» (196), in quanto posta in essere da un soggetto che, inserito stabilmente all'interno dell'organizzazione aziendale e a conoscenza dell'attività dell'impresa, è in grado di compromettere in modo significativo la sua posizione nel mercato.

Per le ragioni ora esposte si ritiene che questo tipo di concorrenza rilevi come mero pericolo e non necessariamente come danno effettivo, potendo essere frutto anche di un comportamento occasionale (197). A questo proposito la Cassazione, di recente, ha ribadito ancora una volta che, ai fini della violazione dell'obbligo di fedeltà, rileva «la mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore di lavoro potenzialmente produttiva di danno» (198).

Si tratta di una concorrenza che si differenzia da quella «sleale» tipizzata dall'art. 2598 c.c. nel senso che ne costituisce un fattispecie più ampia che, oltre a comprendere atti ritenuti illeciti, annovera azioni che potrebbero anche essere legittime, frutto cioè di una corretta attività competitiva, ma che diventano *contra legem* perché poste in essere da un soggetto che, nel sottoscrivere un contratto di lavoro subordinato, si è sottoposto ad un particolare vincolo quale è quello di svolgere una attività collaborativa nell'interesse dell'impresa.

Dalla natura del vincolo discendono alcune conseguenze con riferimento alla qualificazione dell'illecito che nel nostro caso è contrattuale, differenziandosi da quello extracontrattuale proprio della concorrenza sleale (199).

Si discute in ordine alla qualificazione del soggetto protetto dal divieto e, di conseguenza, sull'ambito di applicazione della prescrizione. Dal tenore letterale della norma potrebbe dedursi che solo il datore di lavoro imprenditore sia salvaguardato dalla disposizione, con la conseguenza che il datore di lavoro in quanto tale non goda di questa protezione rispetto a determinati comportamenti dei suoi dipendenti (200).

La presenza nel nostro ordinamento dell'art. 2239 c.c. in forza del quale la norma in questione si estende anche ai rapporti di lavoro subordinato che non sono inerenti all'esercizio di una impresa in quanto compatibili (201) e le ragioni di ordine sostanziale sulla funzione del divieto per le quali con il termine «affari» non debbano intendersi solo gli atti negoziali, ma ogni comportamento idoneo a compromettere l'interesse dell'azienda nella quale il lavoratore presta la sua attività, sono idonee ad escludere una interpretazione restrittiva e ritenere che forme di concorrenza infedele debbano essere proibite ad ogni lavoratore subordinato anche a tutela di datori di lavoro non imprenditori, tra i quali possono essere comprese le organizzazioni di tendenza per le quali, come è stato opportunamente evidenziato (202),

è ipotizzabile una protezione del loro interesse di tipo ideologico per le stesse ragioni per cui «la rilevanza teleologica dell'interesse dell'impresa viene utilizzato quale criterio di valutazione della diligenza».

La valenza sostanziale del divieto determina che la qualità delle mansioni svolte dal prestatore di lavoro può aver rilievo ai fini di una graduazione dell'intensità del livello di fedeltà richiesto (203), ma non può escluderla (204).

Il divieto di non concorrenza, così come tipizzato dall'art. 2105 c.c., è strettamente collegato alla durata del rapporto, includendo il periodo di preavviso e, in caso di licenziamento ritualmente impugnato, quello intercorrente tra l'atto di risoluzione del rapporto e la pronuncia del giudice che lo dichiara illegittimo applicando la tutela prevista dall'art. 18, legge n. 300/1970 (205).

La possibilità di protrarre nel tempo il divieto di concorrenza, in ragione della sua idoneità a limitare fortemente la libertà del singolo sotto il profilo economico e professionale, è rigidamente disciplinato dall'art. 2125 c.c. che indica precisi requisiti formali e sostanziali quali l'onerosità del patto, la sua durata, l'oggetto e il luogo e ciò con l'obiettivo che, seppur remunerato, l'accordo deve comunque poter consentire lo svolgimento di altra attività lavorativa diversa da quella oggetto della specifica pattuizione (206).

La protezione dell'impresa sul mercato da atti concorrenziali potenzialmente posti in essere dal lavoratore subordinato investe anche la disciplina delle invenzioni del lavoratore oggetto di una specifica regolamentazione costituita dagli artt. 23 e 24, r.d. n. 1127/1939.

Una possibile connessione con l'art. 2105 c.c. è stata individuata con riferimento alle cosiddette invenzioni occasionali, quelle cioè in cui «l'invenzione del lavoratore sia realizzata, al di fuori del rapporto, ma rientri pur sempre nel campo di attività dell'impresa datrice di lavoro» (207) e con riferimento alle quali è fatto obbligo al lavoratore di comunicare l'evento al datore di lavoro, che ha un diritto di prelazione per l'uso dell'invenzione o per l'acquisto del brevetto.

Anche in questo caso si registrano opinioni contrastanti: da una parte è stato sostenuto che la fattispecie rientri comunque tra quelle oggetto dell'obbligo di non concorrenza (208), dall'altra è stato sottolineato che trattasi di discipline differenti «che prevedono obblighi contrattuali diversi la cui inosservanza dà luogo a diverse ipotesi di

inadempimento» (209) per cui si esclude un possibile collegamento con l'art. 2105 c.c.

Fermo restando la evidente diversità di regolamentazione della materia e la maggiore incisività dei vincoli imposti al lavoratore dall'art. 24 cit., rispetto a quelli previsti dalla normativa del c.c., sembra da preferire la prima tesi sulla scorta della considerazione che l'osservanza della prima parte dell'art. 2105 c.c. impone al lavoratore dei comportamenti che comunque sono idonei a favorire l'ottimale esercizio del diritto di prelazione da parte del datore di lavoro (210).

- (193) Si tratta dell'art. 8, 1° co., r.d.l. n. 1825/1924.
 (194) MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 67; nello stesso senso.
 (195) FIATA, *Obbligo*, cit., par. 2.1.1.
 (196) BONARDI, *L'obbligo di fedeltà*, cit., 731.
 (197) BONARDI, *L'obbligo di fedeltà*, cit., 732 ed *ivi* indicazioni di dottrina e giurisprudenza.
 (198) Cass., 1-2-2008, n. 2474, cit.
 (199) È stato evidenziato che la netta differenza tra le due forme di concorrenza può determinare il cumulo dei due tipi di responsabilità nel caso in cui il comportamento del lavoratore posto in violazione dell'art. 2105 possa configurare anche una ipotesi di concorrenza sleale MATTAROLO, *Obbligo*, cit., 95.
 (200) GRANDI, *Rapporto di lavoro*, cit., 343; ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 288. Sulla questione ampiamente MATTAROLO, *L'obbligo*, cit., 72-80.
 (201) Alla luce del richiamato precetto non è possibile ritenere che tutti i datori di lavoro non imprenditori sono per definizione incompatibili con il divieto di non concorrenza dovendosi tutt'al più dimostrare per ogni tipologia, le incompatibilità.
 (202) DE SIMONE, *Poteri del datore*, cit., 292.
 (203) BONARDI, *L'obbligo* cit., ed *ivi* ampia rassegna di giurisprudenza.
 (204) ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 288.
 (205) Si tratta di un principio consolidato in giurisprudenza v., da ultimo, Cass., 28-4-2009, n. 9925, *GLav*, 2009, n. 30, 54, che, richiamando anche Cass., 4-6-2004, n. 10663, specifica che la persistenza dell'obbligo di fedeltà «permane sia durante il processo, sia dopo la sentenza di reintegra, anche durante le ferie del lavoratore» ritenendo ammissibili solo quei «comportamenti necessitati dal reperimento di fonti di sostentamento alternative alla retribuzione di fatto non più corrisposta con una ricerca svolta dal lavoratore nell'ambito della propria professionalità e quindi anche, eventualmente, presso la concorrenza».
 Per alcune valutazioni critiche in ordine al principio affermato dalla giurisprudenza v. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 148 ss.
 (206) Per una rapida ricognizione delle problematiche sottese al patto di cui all'art. 2125 c.c., v. FIATA, *Fedeltà*, cit., 8, e per un ampio approfondimento FABBRIS, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Milano, 1976.
 (207) MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., 441. Le altre fattispecie riguardano le invenzioni frutto di una attività oggetto del contratto o espletata nell'ambito del rapporto di lavoro, ma non costituente uno specifico impegno

per il lavoratore e pertanto estranee alla problematica connessa con l'art. 2105 c.c. in quanto si tratta di diritti appartenenti al datore di lavoro.

(208) ROMAGNOLI, *L'art. 24 della legge sui brevetti è una norma da rifare?*, RTDPC, 1964, 1510.

(209) MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 109.

(210) L'osservazione è di FIATA, *Fedeltà*, cit., 8 che riporta quanto affermato da MARTONE, *Contratto di lavoro e beni immateriali*, Padova, 2000.

5.2. (Segue). Il divieto di divulgazione e di uso comunque pregiudizievole delle notizie riguardanti l'azienda.

La seconda prescrizione che concorre a tipizzare l'obbligo di fedeltà riguarda il divieto di diffondere notizie aventi ad oggetto l'organizzazione e i metodi di produzione dell'azienda o di farne un uso idoneo ad arrecare alla stessa un pregiudizio. Il lavoratore è tenuto ad un generale obbligo di riservatezza che si sostanzia in due divieti che, pur assimilabili, presentano delle differenze ai fini della responsabilità del soggetto obbligato: la divulgazione di notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa è in sé e per sé rilevante «indipendentemente dal danno che ciò potrebbe provocare al datore di lavoro» (211), l'uso delle notizie aziendali, per espressa previsione del legislatore, deve essere pregiudizievole per l'azienda.

Si discute su cosa debba intendersi per «pregiudizio»: alcuni autori ritengono che sia necessaria «la concreta realizzazione del danno» (212), altri propendono per una nozione più ampia, sostenendo che il legislatore, non avendo utilizzato il termine «danno», abbia inteso vietare anche quei comportamenti «potenzialmente produttivi di danni» (213). Tesi, quest'ultima, da preferire sia per ragioni di interpretazione letterale della norma, sia perché in linea con quanto già sostenuto a proposito del divieto di non concorrenza (v. *retro*).

I divieti in questione, finalizzati, al pari dell'obbligo di non concorrenza, a salvaguardare la posizione dell'impresa sul mercato, si diversificano da quest'ultimo «costituendo una obbligazione autonoma e diversa» (214).

Non può condividersi quella dottrina che ritiene che l'obbligo in questione non sia altro che un corollario di quello di non concorrenza (215) e ciò sia per ragioni di ordine sistematico, che per considerazioni fattuali.

Sotto il primo profilo l'assimilazione delle distinte fattispecie comporta un drastico ridimensionamento dell'obbligo della riservatezza che sarebbe limitato alle sole ipotesi di notizie idonee ad

esporre l'imprenditore alla concorrenza di altre imprese, con ciò alterando la costruzione della norma; se il legislatore avesse voluto limitare alla sola tutela della concorrenza i divieti imposti al lavoratore, non avrebbe avuto bisogno di esplicitare in modo così netto tale ultimo obbligo, né tanto meno avrebbe avuto la necessità di differenziare, all'interno dello stesso, da una parte «la divulgazione» e dall'altra «l'uso pregiudizievole» delle notizie: accomunare tutto nell'ambito di divieti posti a tutela della concorrenza renderebbe sempre e comunque pregiudizievole la divulgazione di notizie.

Con riferimento, poi, alle concrete ipotesi verificabili, la divulgazione di notizie può riguardare interessi strettamente patrimoniali e di prospettive economiche o, comunque, pregiudicare la posizione dell'azienda «a causa di danni arrecati nei rapporti con i terzi, con gli istituti bancari, con la pubblica amministrazione, con i creditori, con i soggetti e le autorità capaci di incidere sull'attività» (216) o interessare imprese che, con riferimento ad un determinato segmento di mercato, non hanno problemi di concorrenza gestendo servizi in monopolio, ma che, comunque, hanno interesse a non vedere diffuse notizie sulla propria organizzazione per motivi che esulano da aspetti strettamente economici o patrimoniali.

La norma è sicuramente strutturata secondo una finalità unitaria, che è quella della protezione dell'impresa sul mercato difendendola da chi, per la sua particolare collocazione, in qualità di lavoratore dipendente, viene a conoscenza di notizie interne all'organizzazione aziendale, tuttavia, tipizza fattispecie fra di loro distinte sotto il profilo operativo: il legislatore intende vietare la divulgazione di «notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa» in quanto tali e non solo quelle che hanno finalità concorrenziali, se poi, come è stato evidenziato, la divulgazione di notizie e il suo uso rileva anche sotto tale profilo «vi sarà violazione di entrambi i divieti previsti dall'art. 2105 c.c. con eventuale aggravio di responsabilità anche ai fini dell'entità della sanzione applicabile al lavoratore» (217).

L'autonoma rilevanza del divieto determina che lo stesso riguarda «tutte le notizie di carattere organizzativo e produttive conosciute dal dipendente in ragione del suo inserimento nell'impresa ... (es. elenco clienti, bilancio non pubblicato)» (218).

È opinione diffusa che tale obbligo deve escludersi per le cognizioni soggettive che fanno parte

del bagaglio professionale del lavoratore e che vengano acquisite durante lo svolgimento del rapporto di lavoro (219).

Sul punto si registra una diversa opinione che, in modo decisamente convincente, mette in evidenza come sia da escludere che il lavoratore possa divulgare comunque le notizie oggetto del divieto di cui all'art. 2105 c.c. e ciò anche in ipotesi che le stesse «coincidano con nozioni che sono parte integrante della sua professionalità» (220). Partendo dalla considerazione che si assiste sempre di più ad una «interazione tra fattore umano e aspetti tecnici e organizzativi» di tal che segreti oggettivi possano diventare parte del bagaglio professionale del dipendente e, all'opposto, «cognizioni soggettive ... contribuire a determinare o incrementare il patrimonio immateriale dell'azienda», si sostiene che «la norma ha riguardo solo all'aspetto oggettivo, destinato pertanto a prevalere sempre su quello soggettivo». La tesi prospettata rende più comprensibile la specificazione in ordine al divieto dell'uso delle notizie, se pregiudizievole per l'azienda, che in tal modo acquisirebbe una valenza generale, altrimenti «si dovrebbe consentire che il lavoratore faccia uso, nocivo per l'azienda, di notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione solo perché tali notizie fanno parte del suo bagaglio professionale» (221).

Con riferimento alla natura delle notizie, ed in particolare al requisito del segreto o della riservatezza, è necessario rimanere aderenti al dato letterale: la norma codicistica non limita il suo ambito di operatività alle notizie segrete o riservate, ma ne specifica unicamente la tipologia, imponendo il segreto (o meglio la riservatezza), in ordine alla loro divulgazione, al lavoratore subordinato (222).

La chiara indicazione del legislatore comporta che il lavoratore debba astenersi dal divulgare o usare in modo pregiudizievole tutte le informazioni oggetto della norma e non solo quelle segrete o riservate (223).

La soluzione prescelta trova conforto raffrontando l'art. 2105 c.c. con altre norme dell'ordinamento che, nel vietare la rivelazione di notizie, le qualificano espressamente come segrete o riservate cosa questa che non è avvenuta con riferimento all'obbligo di fedeltà.

Le norme da ultimo menzionate possono comunque coinvolgere il lavoratore subordinato, appare pertanto opportuno un breve riferimento.

Si tratta degli artt. 662 e 663 c.p. e dell'art. 2622

c.c. che, segnatamente, riguardano il segreto professionale, quello industriale e il divieto di divulgazione di notizie sociali riservate da parte di amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori (224).

Le norme ora richiamate, pur potendo coinvolgere, in linea di principio, il lavoratore subordinato come autore di un comportamento criminoso (225), costituiscono fattispecie diverse da quella tipizzata dall'art. 2105 c.c. e ciò sia con riferimento alle rispettive finalità, che in relazione all'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo.

Le norme sul segreto professionale e industriale intendono tutelare l'interesse generale in ordine alla inviolabilità del segreto e non solo in alcun modo legate al perdurare dell'attività lavorativa che ha occasionato la conoscenza delle notizie, mentre l'art. 2105 c.c. è posto a tutela dell'interesse dell'imprenditore, relativamente alla sua organizzazione aziendale in costanza del rapporto di lavoro subordinato.

L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina penale riguarda un platea di destinatari molto diversificata, costituita da chiunque, a causa dei suoi specifici compiti, venga a conoscenza di un segreto o di notizie destinate a rimanere segrete, mentre l'art. 2105 c.c. coinvolge esclusivamente il lavoratore subordinato.

Anche l'oggetto del divieto si distingue nettamente: le notizie protette dalla norma penale possono essere di qualsiasi tipo, purché segrete o destinate a rimanere tali, ma debbono essere acquisite a causa delle funzioni espletate, la norma civile circoscrive le notizie a quelle attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, ma amplia la fase dell'apprendimento collegandola alla presenza del lavoratore in azienda.

Diverso è anche l'elemento psicologico ai fini della punibilità/responsabilità del soggetto coinvolto: le fattispecie criminose «sono punibili esclusivamente a titolo di dolo, mentre la norma del codice civile vieta la divulgazione indipendentemente dall'atteggiamento della volontà del prestatore di lavoro» (226).

In ogni caso, e con specifico riferimento al rapporto di lavoro, ha scarsa rilevanza la disquisizione teorica circa la non coincidenza dell'area delle due normative: la divulgazione di notizie non rientranti nel novero di quelle protette dall'art. 2105 c.c., ma configurante comunque una ipotesi criminosa ai sensi degli artt. 662 e 663

c.p., è idonea ad essere valutata sotto il profilo sanzionatorio e può comportare la risoluzione del rapporto di lavoro per il venir meno del vincolo fiduciario (227).

A conclusione della trattazione sulla seconda parte dell'art. 2105 c.c. è necessario precisare la durata del vincolo in capo al prestatore di lavoro (228). «Per la natura dell'interesse protetto, l'opinione prevalente ritiene che l'obbligo di riservatezza perduri in capo al lavoratore finché persista l'esigenza cui è finalizzato, quindi anche dopo la cessazione del rapporto» (229).

La dottrina più risalente (230) e quella che fa rientrare tale obbligo nel più generale divieto di concorrenza (231) ritengono che il vincolo sia strettamente connesso alla durata del rapporto di lavoro.

L'argomento merita una precisazione nel senso che l'obbligo alla riservatezza, la cui violazione, tra l'altro, genera le conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 2106 c.c., non sembra possa, di per sé, conservare una sorta di ultra attività e non può che trovare il suo presupposto nel rapporto di lavoro (232).

Una volta cessato il rapporto, a fronte di divulgazione o uso pregiudizievole di notizie da parte dell'ex dipendente, entrano in gioco altre norme quali quelle già esaminate con riferimento alla tutela del segreto professionale e industriale o quelle che comunque colpiscono, sotto il profilo civilistico, atti di concorrenza sleale (art. 2598 c.c.) e ancora la più recente normativa costituita dall'art. 98, d.lg. n. 30/2005 che, avendo l'obiettivo di proteggere le informazioni suscettibili di utilizzazione economica, si avvicina di molto alle finalità perseguite dalla seconda parte dell'art. 2105 c.c. (233). A questo proposito è necessario precisare che il comportamento dell'ex dipendente potrà essere perseguito come illecito civile extracontrattuale o come illecito penale, sussistendone i presupposti (234).

Si ritiene comunque possibile che le parti possano stipulare patti, decorrenti dalla cessazione del rapporto di lavoro, che impongono all'ex dipendente di continuare ad osservare un obbligo di riservatezza in ordine alle notizie di carattere organizzativo e produttivo riguardanti l'impresa applicando in via analogica quanto disposto dall'art. 2125 c.c.

(211) FIATA, *Fedeltà*, cit., 8.

(212) FIATA, *op. ult. cit.*

(213) MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 198.

(214) MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 162, in tal senso anche GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1996, 46-47, che, a questo proposito, sottolinea la diversità dei due istituti, seppur «collocati nel medesimo orizzonte» specificando che si tratta di un divieto che intende tutelare il datore di lavoro «non solo nei confronti dei concorrenti, ma a quanti sono coinvolti negli scambi e nei raccordi presenti in una società tecnologicamente evoluta».

(215) ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979, 209.

(216) GRAGNOLI, *L'informazione*, cit., 46.

(217) MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 162, ed *ivi* anche riferimenti giurisprudenziali.

(218) CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro*, cit., 166. Per una ampia ricognizione di tutte le posizioni espresse sul punto dalla dottrina v. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 163 ss.

(219) In tal senso BONARDI, *L'obbligo di fedeltà*, cit., 737, e FIATA, *Fedeltà*, cit., 9, ed *ivi* riferimenti bibliografici. V. in ogni caso SCOGNAMIGLIO, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., 380; CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro*, cit., 166.

(220) Così MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 167.

(221) MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 167-168.

(222) A questo proposito è stato precisato che «l'obbligo di fedeltà ricomprende le cognizioni acquisite in occasione dell'attività lavorativa, ma non tutte sono 'segreti'». GRAGNOLI, *L'informazione*, cit., 76.

(223) La soluzione indicata, sulla quale v. ampiamente MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 169 ss., non costituisce in dottrina l'orientamento prevalente per il quale «con i termini 'riservato' e 'segreto' si fa riferimento a ciò che non è di dominio pubblico» (BONARDI, *L'obbligo di fedeltà*, cit., 738), a questo proposito si sostiene che «si deve trattare di notizie segrete o quanto meno riservate, cosicché non viola alcun divieto il lavoratore che propali all'esterno tecniche produttive o modalità organizzative che siano ampiamente conosciute o standardizzate» (MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., 440); altri autori qualificano formalmente tale obbligo come «il divieto di utilizzazione o divulgazione dei segreti aziendali» (GHERRA, *Diritto del lavoro*, cit., 163).

(224) Per un esame approfondito delle norme indicate nel testo ed una differente interpretazione delle stesse v. ICHINO, *Diritto alla riservatezza*, cit., 211 ss.; ID, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 290 ss.; MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 171 ss.; GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, cit., 71 ss., che sottolinea come le due fattispecie normative non sono collegate neanche da un vincolo di complementarietà.

(225) L'art. 2622 c.c., qualificato come tipologia di segreto professionale «rafforzato» (così ICHINO, *Diritto alla riservatezza*, cit., 214), nell'ambito del lavoro subordinato, può riguardare soltanto il direttore generale.

(226) FIATA, *Fedeltà*, cit., 10.

(227) In tal senso BONARDI, *Obbligo di fedeltà*, cit., 740, ed *ivi* anche riferimenti giurisprudenziali.

(228) A questo proposito valgono gli stessi principi giurisprudenziali già menzionati con riferimento al divieto di concorrenza nell'ipotesi di licenziamento impugnato dal lavoratore e successivamente dichiarato illegittimo (v. *retro*).

(229) CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro*, cit., 166; nello stesso senso SCOGNAMIGLIO, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., 380, il quale specifica che la pro-

trazione della durata oltre la fine del rapporto «si potrae ... per il ragionevole lasso di tempo in cui l'interesse alla segretezza permane»; PERSIANI-PROIA, *Diritto del lavoro*, cit., 209; VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., 101. Si discosta dalle opinioni sopra espresse ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2008, 252, per il quale «il vincolo gravante sul lavoratore persisterebbe anche dopo la fine del rapporto di lavoro soltanto quando si tratti di segreto professionale».

(230) MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 140; CESSARI, *Fedeltà, lavoro*, cit., 166.

(231) ICHINO, *Diritto alla riservatezza*, cit., 246. Lo stesso A. (*Il contratto di lavoro*, III, cit., 302) ritiene che con riferimento al segreto aziendale, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 d.lg. n. 198/1996 (oggi sostituito dal d.lg. n. 30/2005) che ha apportato modifiche alla normativa sul segreto industriale, l'obbligo in capo al lavoratore permane anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro.

(232) In tal senso GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2003, 425-425.

(233) BONARDI, *Obbligo*, cit., 730.

(234) Per una articolata ricostruzione delle posizioni assunte dalla dottrina v. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 207 ss.; v. anche FIATA, *Fedeltà*, cit., 9.

5.2.1. (Segue). *Obbligo di riservatezza e contemporaneo con altri diritti del lavoratore in generale e con specifico riferimento alla sottrazione e divulgazione di documenti aziendali.*

L'obbligo di fedeltà previsto dall'art. 2105 c.c. si estende anche all'ipotesi della sottrazione e divulgazione di documenti aziendali (235).

Anche per tale particolare declinazione permane il principio di carattere generale secondo cui l'obbligo di fedeltà cui è tenuto il dipendente nell'esecuzione del contratto di lavoro, non può sovrastare interessi da considerare prevalenti rispetto a quello dell'impresa a mantenere il riserbo su notizie ed informazioni che la riguardano. Così posto, però, anche tale principio rischia il limite dell'astrattezza, considerato che è sempre da stabilire, in una valutazione comparatistica, quali siano i reciproci confini degli interessi in gioco.

Se appare incontestabile la prevalenza di interessi costituzionalmente tutelati, quali la salute, la dignità e la libertà dell'individuo, sembra meno agevole il discriminare qualora si affrontino ipotesi più ricorrenti nella dinamica del rapporto tra impresa e lavoratore.

Secondo un'opinione dottrinale il bilanciamento va sempre risolto a favore della circolazione delle informazioni, a prescindere dalla finalità della divulgazione e dalle materie cui essa attiene (236); un'altra opinione discerne metodologicamente l'oggetto delle informazioni cui attiene la divulgazione, e, a tal proposito, menziona la sicurezza sul lavoro quale materia da considerare a priori

come preminente sul segreto aziendale (237); v'è, infine, la linea pragmatica di chi, evidenziando l'inefficacia di ogni regola di risoluzione preventiva in ordine alla comparazione tra aspettative economiche dell'azienda connesse al mantenimento del segreto e interessi individuali o plurisoggettivi dei lavoratori o della collettività, afferma che ai criteri di carattere generale ed astratto si debba preferire la valutazione empirica dei diversi casi concreti (238).

La giurisprudenza, almeno secondo i non molti precedenti che è dato rinvenire, sembra porsi lungo il crinale di un criterio prudenziale, teso a verificare se dalla divulgazione dei documenti sia derivato un danno all'impresa o se il dipendente, a fronte di una responsabilità individuale e nei confronti di terzi, avesse l'obbligo di venir meno al riserbo. Detti criteri si rinvergono in pronunce paradigmatiche della Corte di Cassazione, quale quella che ha ritenuto legittimo il comportamento di un lavoratore che, nell'ambito di un accertamento fiscale, aveva fotocopiato una distinta di spedizione di merce venduta a terzi dalla società datrice di lavoro senza la relativa documentazione fiscale e l'aveva poi trasmessa alla Guardia di finanza (239) e quella secondo cui «ai sensi dell'art. 621 c.p. la rivelazione del contenuto di documenti segreti costituisce reato solo se dal fatto deriva un documento, inteso questo come pregiudizio giuridicamente rilevante di qualsiasi natura possa derivare a colui che abbia il diritto alla segretezza dei documenti» (240). In quest'ultimo caso, la Corte aveva annullato la condanna inflitta a tre dipendenti che si erano appropriati dei segreti aziendali della società presso la quale lavoravano per costituirne una simile, atteso che dei documenti segreti non era stato fatto uso e che non era stata accertata o individuata la presenza di un qualsiasi pregiudizio di natura, anche non patrimoniale, per la società proprietaria di quella documentazione.

L'obbligo di riserbo non può comunque contrastare con la piena ed integrale attuazione della disciplina di legge e di contratto che regola il rapporto di lavoro, in relazione alla quale si verifica la frequente ipotesi della produzione in giudizio di documentazione aziendale al fine di supportare le tesi di un lavoratore.

A tale riguardo il più recente orientamento della Suprema Corte (241) ritiene si debba distinguere l'ipotesi della sottrazione dei documenti aziendali da quella della loro riproduzione fotostatica ai fini dell'uso processuale.

La prima fattispecie, anche nelle forme del tentativo (242) integra il reato di furto ex art. 624 c.p. e pertanto è una condotta ontologicamente incompatibile con la permanenza del vincolo di fiducia tra datore e lavoratore (243). Va precisato che detta condotta, per potere integrare un'ipotesi di violazione dell'art. 2105 c.c., deve provocare un pregiudizio (inteso anche come danno potenziale) e deve riguardare documenti contenenti notizie attinenti all'organizzazione aziendale ed ai metodi di produzione.

La fotocopiatura dei documenti aziendali cui il dipendente abbia avuto accesso non integra violazione dell'obbligo di fedeltà ex art. 2105 c.c. «giacché tale produzione, avendo ad oggetto copie e non originali, da un lato non costituisce sottrazione di documenti in senso proprio e, dall'altro, essendo finalizzata all'esercizio del diritto di difesa, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, ed esclusivamente a tale esercizio, con le modalità prescritte dal codice di rito, non comporta divulgazione del contenuto dei documenti ed assolve ad una esigenza prevalente su quella di riservatezza propria del datore di lavoro» (244).

La Corte risolve a favore del diritto di difesa del lavoratore ex art. 24 Cost. il bilanciamento con l'interesse dell'impresa alla riservatezza della propria documentazione. Per giungere a tali conclusioni essa ricorre ai principi giurisprudenziali affermatasi in materia di segreto d'ufficio (245) secondo cui a proposito dell'operatività di causa di giustificazione idonea a rendere legittima la rivelazione in giudizio di segreti d'ufficio, è stata riconosciuta l'esigenza di riconoscere prevalente il diritto di difesa in giudizio rispetto alle esigenze di segretezza e buon funzionamento della pubblica amministrazione, atteso che la stessa dizione dell'art. 24 Cost. rivela la preminenza del diritto di difesa, inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, sull'esigenza della riservatezza. Afferma la Corte che se il menzionato orientamento è valido per il segreto d'ufficio, nell'ambito del rapporto di pubblico impiego, esso appare ancor più condivisibile per i limiti dell'obbligo di fedeltà nell'ambito del rapporto di lavoro privatistico.

In secondo luogo la Corte ha fatto riferimento alla normativa in materia di tutela della privacy, ed in particolare all'art. 12 della legge n. 675/1996 il quale prevede espressamente che il consenso dell'interessato per il trattamento di dati personali da parte di privati o enti pubblici economici non è richiesto quando detto trattamento sia ne-

cessario per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento.

(235) MONTANARI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, *ADL*, 2/2007, 601.

(236) PERULLI, «Informazione (diritti di)», in *Digesto/comm.*, VII, Torino, 1992, 385.

(237) GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1996, 59.

(238) ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro, La disciplina della circolazione delle informazioni nell'impresa*, Milano, 1979.

(239) Cass., 16-1-2001 n. 519, *RIDL*, 2001, 453, nt. DI PAOLA, *Una interessante pronuncia della cassazione in tema di obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*.

(240) Cass. pen., 26-4-2009, n. 17744, in *CED Cass. pen.*, 2009.

(241) Cass., 7-7-2004, n. 12528, *RIDL*, 2005, 3, 641, nt. A. MONTANARI, *La Cassazione conferma i suoi orientamenti più recenti in tema di obbligo di segreto e diritto alla difesa del lavoratore*; Cass., 4-5-2002, n. 6420, *RIDL*, 2003, 2, 360, nt. MARTINUCCI, *Diritto alla difesa e obbligo di riservatezza ex art. 2105 c.c.*; *LG*, 2002, 9, 849, nt. SANTINI, *Violazione dell'obbligo di riservatezza e diritto di difesa*; *GDir*, 2002, 20, 55, nt. GRAMICCIA, *Un esercizio improprio della tutela processuale che intacca il vincolo fiduciario con l'impresa distingue tra l'ipotesi della sottrazione di documenti aziendali e la loro riproduzione fotostatica*; Cass., 2-2-2000, n. 1144, *RIDL*, 2001, 2, 101, nt. MONACO, *L'obbligo di riservatezza delle persone giuridiche e la prestazione fedele: un percorso di lettura*.

(242) Cass., 24-5-1985, n. 3156, *MGL*, 1985, 433, nt. SBROCCA, *Sottrazione di documenti aziendali e giusta causa di licenziamento*.

(243) Cass., 25-10-2001, n. 13188, *NGL*, 2002, 45; Cass., 2-3-1993, n. 2560, *RIDL*, 1994, II, 21, nt. Poso, *Obbligo di fedeltà del lavoratore, tutela della riservatezza dell'azienda e produzione i giudizio di documenti aziendali riservati*; Cass., 29-6-1981, n. 4229, *FI*, 1982, I, 155; T. Milano, 31-10-1997, *LG*, 1998, 7, nt. ROTONDI, *Sottrazione di documenti aziendali e violazione dell'elemento fiduciario*.

(244) Cass. n. 12258/2004, cit.

(245) Cass. pen., sez. VI, 24-1-1989, in *Giur. Pen.*, 1990, II, 115.

5.3. L'obbligo di fedeltà ed il diritto di critica del lavoratore.

La specifica attenzione a questa particolare sfaccettatura dell'obbligo di fedeltà è determinata dalla presenza di precetti costituzionali che garantiscono a tutti i cittadini la libera manifestazione del proprio pensiero e, quindi, anche al lavoratore subordinato che, a sua volta, sotto questo profilo, è garantito anche dall'art. 1 della legge n. 300/1970 che gli consente l'esercizio di tale libertà anche nel luogo di lavoro.

A questa considerazione si aggiunge una seconda peculiarità costituita dal ruolo svolto in materia

dalla giurisprudenza che non legge la fattispecie nell'ottica dei divieti tipizzati dall'art. 2105 c.c., ma in quella, ben più ampia, di un generale obbligo di fedeltà a cui deve comunque attenersi il lavoratore nel manifestare pubblicamente le proprie opinioni in merito a notizie riguardanti l'azienda nella quale presta la sua attività.

Con riferimento alla prima questione è necessario precisare che la presenza del precetto costituzionale non può essere invocata a sostegno di un generalizzato diritto per il lavoratore di divulgare le notizie afferenti l'azienda rientranti nel novero di quelle previste dall'art. 2105 c.c., «perché questo equivarrebbe a negare tout court la legittimità costituzionale di questa norma» (246).

In relazione alla seconda, l'interpretazione ampia che la giurisprudenza offre dell'obbligo di fedeltà consente di poter affermare che sicuramente il lavoratore ha la possibilità di esercitare il suo il diritto di critica, sia all'interno che all'esterno del luogo di lavoro, ma il controllo su tale comportamento non è limitato alla diffusione di notizie riguardanti «l'organizzazione» e «i metodi di produzione» dell'impresa o al loro uso pregiudizievole, ma si estende all'intero contesto aziendale e, soprattutto, deve trattarsi di critiche che, per veridicità dei fatti e per le modalità di divulgazione, non siano lesive del vincolo di lealtà al quale il lavoratore è tenuto nei confronti del suo datore di lavoro.

A conferma dell'orientamento sopra menzionato si registra un recente intervento della Corte di Cassazione (247) che ha ritenuto legittimo il licenziamento di un lavoratore, dipendente e amministratore di una impresa che opera nel settore dello smaltimento di rifiuti per aver dichiarato in pubbliche assemblee che quest'ultima avrebbe destinato all'incenerimento materiale derivante dalla raccolta differenziata anziché destinarlo al recupero, al riciclaggio e allo smaltimento differenziato.

La sentenza ribadisce, supportandolo ulteriormente, un orientamento oramai risalente (248) che allo stato può ritenersi consolidato per il quale, sul presupposto che «l'obbligo di fedeltà ... si sostanzia nell'obbligo di un leale comportamento ... e va collegato con le regole di correttezza e buona fede», è suscettibile di violare il disposto dell'art. 2105 c.c. e di vulnerare la fiducia che il datore di lavoro deve poter riporre nel lavoratore, un esercizio da parte di quest'ultimo del diritto di critica che, superando i limiti del rispetto

della verità oggettiva, si sia tradotto in una condotta lesiva del decoro dell'impresa datoriale, suscettibile di provocare con la caduta della sua immagine anche un danno economico in termini di perdita di commesse e di occasioni di lavoro». Con particolare riferimento al modo che comunque deve caratterizzare l'esercizio del diritto di critica la sentenza merita attenzione anche nella parte in cui avalla espressamente il ragionamento del giudice di merito nel quale si mette in evidenza che la critica, per essere legittima, deve rispettare anche una determinata forma che «non è civile» quando è eccedente rispetto alla scopo informativo, difetta di serenità o obiettività, calpesta quel minimo di dignità e di immagine cui ogni persona fisica o giuridica ha sempre diritto, ma anche quando «si ricorra 'al sottinteso sapiente', agli accostamenti suggestionati, al tono sproporzionalmente scandalizzato o sdegnato, specie nei titoli di articoli o di pubblicazioni, quindi, in genere, nelle manifestazioni pubbliche, o comunque all'artificiosa e sistematica drammatizzazione con cui si riferiscono notizie neutre nonché alle vere e proprie insinuazioni».

È stato dato già conto delle critiche che l'orientamento giurisprudenziale sopra riportato ha suscitato e suscita in gran parte della dottrina, compatta nel sostenere che l'obbligo di fedeltà, desumibile dall'art. 2105 c.c., deve limitarsi alle due fattispecie individuate dalla norma (v. *retro* par. 5).

In ogni caso, circoscrivendo l'attenzione sul piano strettamente operativo, è possibile affermare, in forza di una lettura d'insieme degli artt. 2094, 2104, 2105 c.c. che se al lavoratore subordinato spetta il diritto di critica, la particolare relazione che lega i due soggetti del rapporto di lavoro fa sì che tale diritto debba essere «correttamente inteso nei suoi elementi costitutivi» (249).

(246) MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà*, cit., 192.

(247) Cass., 10-12-2008, n. 29008, *RIDL*, 2009, II, nt. SANTINI, *Il diritto di critica del lavoratore alla luce della più recente ricostruzione dell'obbligo di fedeltà*, e *MGL*, 2009, 535, nt. CAPONETTI, *Abuso del diritto di critica e giusta causa di licenziamento*, al quale si rinvia anche per l'ampia ed accurata rassegna di giurisprudenza.

(248) V., per tutte, Cass., 16-5-1998, n. 4952, *MGL*, 1998, 663, nt. FAILLA, *Diritto di critica e rapporto di lavoro: una importante presa di posizione della Corte di Cassazione*; *RIDL*, 1999, II, 346, nt. TULLINI, *Il diritto di critica civile del sindacalista*, e ancor prima Cass., 1-6-1988, n. 3719, *RIDL*, 1988, 981, nt. sempre di TULLINI, *Su di una nozione allargata di fedeltà*.

(249) SANTINI, *Il diritto di critica*, cit.

6. La responsabilità risarcitoria connessa alla violazione degli obblighi di diligenza e fedeltà.

In giurisprudenza è assodato che la violazione dei doveri sanciti dagli artt. 2104 e 2105 c.c. dia luogo, oltre che alla responsabilità disciplinare, prevista dall'art. 2106 c.c., all'insorgere del diritto al risarcimento del danno (250).

Trattandosi di responsabilità contrattuale, l'obbligo del risarcimento del danno scatta anche in presenza di colpa lieve (251)

Sebbene entrambi i profili, risarcitorio e disciplinare, trovino radice nel medesimo comportamento del lavoratore, le due fattispecie sono caratterizzate da reciproca autonomia.

Sotto tale aspetto va innanzi tutto considerato che non sempre un comportamento lesivo del vincolo di fiducia è tale da comportare l'insorgenza di un danno risarcibile.

In secondo luogo vale altresì ricordare come, anche in presenza di danno, sussista tra le due azioni una differenza ontologica, fondata su ciò che «in caso di azione risarcitoria proposta dal datore di lavoro nei confronti del lavoratore per violazione degli obblighi di diligenza nello svolgimento della prestazione, la valutazione del giudice si pone su un piano distinto, anche se parallelo, rispetto all'accertamento del venir meno dell'elemento fiduciario, che abbia dato luogo all'esercizio del potere disciplinare, poiché l'evento deve essere calibrato non più sul versante della fiducia, emergente nel rapporto di lavoro sotto il profilo dell'art. 2119 c.c., ma sull'accertamento della condotta colposa, in funzione della prestazione pattuita» (252).

Da tale assioma si ricava la regola generale secondo cui la domanda di risarcimento non è subordinata, come lo è invece l'azione disciplinare, al preventivo espletamento del procedimento ex art. 7, legge n. 300/1970 (253), anche se può ritenersi legittima la clausola collettiva che, al fine di evitare strumentali azioni risarcitorie, subordini la possibilità del datore di lavoro di proporre l'azione finalizzata al risarcimento del danno alla preventiva adozione di un provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore inadempiente (254).

Ovviamente l'autonomia delle due azioni non si può spingere fino all'affermazione di una sorta di indifferenza dell'azione risarcitoria rispetto alla qualificazione della radice fattuale che ne è presupposto, di talché «il datore di lavoro che agisca in giudizio nei confronti del dipendente per il risarcimento del danno da inadempimento non

può sostenere contemporaneamente che i danni sono causati dalla condotta infedele del lavoratore in violazione dell'art. 2105 c.c. e dalla condotta negligente dello stesso in violazione dell'art. 2104 c.c., poiché l'elemento soggettivo si atteggia diversamente nei due casi, trattandosi di dolo per la condotta infedele e di colpa per quella negligente» (255). In omaggio al principio secondo cui la dimostrazione dell'avvenuta violazione degli obblighi di diligenza e fedeltà non può essere presunta sulla base della prova dell'esclusivo venir meno dell'elemento fiduciario, poiché, essendo quest'ultima elemento costitutivo della ulteriore pretesa del datore di lavoro, va analizzata nei limiti della prevedibilità (art. 1225 c.c.) e secondo un criterio di normalità, che si pone come misura del danno risarcibile (256) compete al datore di lavoro la prova della fattispecie di inadempimento (257), quella del nesso causale tra il comportamento del lavoratore e il danno (258), e, più in particolare, la dimostrazione che l'evento dannoso sia eziologicamente riconducibile alla violazione del dovere di diligenza da parte del dipendente (259).

Poiché la ripartizione dell'onere probatorio è quella tipica del diritto comune delle obbligazioni, secondo cui il creditore è onerato della prova del danno e il debitore della esistenza di circostanze liberatorie rispetto al proprio obbligo contrattuale, il lavoratore, ai sensi dell'art. 1218 c.c., è onerato della dimostrazione della non imputabilità della violazione delle regole del rapporto e quindi del sopraggiungere del caso fortuito o della forza maggiore (260).

Nell'assolvimento di tale onere probatorio, il dipendente può far valere elementi quali la sua qualifica professionale, la natura delle incombenze affidategli, nonché le situazioni ambientali ed aziendali nelle quali egli esplica le sue mansioni (261).

Quanto alla dimostrazione, di evidente importanza rispetto alle concrete ricadute sul piano processuale, del grado di diligenza richiesto al lavoratore, oltre il quale è lecito escludere la colpa a suo carico, il Supremo Collegio ha avuto modo di precisare che non può essere esclusa la responsabilità del dipendente anche qualora il datore di lavoro abbia la possibilità di controllare l'esecuzione della prestazione e il lavoratore stesso abbia l'obbligo di uniformarsi alle direttive impartite da un professionista esterno impegnato in un rapporto di collaborazione con l'azienda (262). Non è invece imputabile per mancanza di diligen-

za il commesso del negozio in caso di sottrazione della merce, poiché sullo stesso non gravano gli stessi obblighi e la stessa responsabilità del depositario ai sensi dell'art. 1766 ss. c.c.: «infatti, anche nel caso in cui sia configurabile una forma di affidamento della merce al commesso, quale condizione necessaria per l'espletamento delle sue mansioni, egli, quale lavoratore subordinato, rimane vincolato da un'obbligazione di mezzi e non di risultato», sicché il datore che intenda chiedere il risarcimento è tenuto ancora una volta a provare che l'evento dannoso sia conseguenza di una condotta colposa del lavoratore (263). La stessa regola viene applicata anche in riferimento agli strumenti di lavoro affidati dall'imprenditore al dipendente per lo svolgimento della prestazione lavorativa (264).

Per altro verso, è stato riconosciuto che qualora un dipendente addetto al pagamento dei contributi e delle imposte ometta tali adempimenti a causa della mancanza dei fondi necessari e di tale ultima circostanza non faccia menzione agli amministratori della società, la responsabilità di detto dipendente sia da escludere o quanto meno da ritenere fortemente attenuata in ragione della non scusabile ignoranza del problema da parte degli amministratori, tenuti, per ragione di carica sociale, ad esserne informati (265).

Il novero dei comportamenti positivi richiesti al datore di lavoro, al fine di ridurre la responsabilità gravante sul lavoratore, però non può spingersi fino a pretendere che questi debba procedere, ad esempio, alla stipula di un contratto di assicurazione idoneo ad eliminare o ridurre il rischio del dipendente di dover rispondere patrimonialmente degli errori commessi, ciò perché «il dovere di correttezza imposto al danneggiato dall'art. 1227, 2° co., c.c., si riferisce a comportamenti attraverso cui con certezza il danno possa essere evitato o ridotto, mentre la stessa disposizione non impone a carico del creditore attività gravose e comportanti rischi e spese» (266).

In merito alla violazione dell'obbligo di fedeltà, si riscontra una casistica soprattutto con riferimento all'ipotesi dello svolgimento di attività concorrenziali.

Con particolare riguardo al diritto del datore al risarcimento del danno, la giurisprudenza è pervenuta alla fissazione di un principio di carattere generale secondo cui perché possa parlarsi di violazione dell'obbligo di non concorrenza è necessario «l'effettivo svolgimento di concreti atti concorrenziali prima della cessazione del rapporto.

Infatti, il danno presuppone un evento e tale evento non si identifica con l'intenzione, ma neppure con la predisposizione degli elementi operativi che rendono possibile la realizzazione del programma concorrenziale» (267).

Appare in linea con detto principio la soluzione di un caso pratico in cui un dipendente aveva costituito, prima della cessazione del rapporto, una società avente lo stesso oggetto sociale del datore di lavoro; in tal caso si è osservato che tale atto, essendo solo «prodromico rispetto ad un successivo svolgimento di attività, costituisce violazione da parte del lavoratore dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. passibile anche di sanzione disciplinare, ma non è sufficiente a fondare un'azione del datore di risarcimento del danno subito, implicando, questa, la prova di un danno verificatosi in relazione ad attività concorrenziale svolta prima della risoluzione del rapporto. Infatti, una volta risolto il rapporto tra le parti, l'ex prestatore di lavoro, se non vincolato da specifici patti di non concorrenza ex art. 2125 c.c. resta libero di svolgere attività in proprio, con la conseguenza che non può ritenersi ingiusto il danno derivante da attività concorrenziale» (268).

Ulteriori ricadute pratiche del dovere di fedeltà si hanno in merito alla divulgazione di documentazione di provenienza aziendale e in merito alle particolari responsabilità connesse a figure di vertice della stessa.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, è stato stabilito che «con riguardo alla domanda di risarcimento dei danni proposta dal datore di lavoro nei confronti del dipendente che abbia sottratto, in violazione dell'art. 2105 c.c., documenti aziendali riservati per utilizzarli come prova nei confronti del datore del medesimo, questi ha l'onere di dimostrare sia il carattere riservato della documentazione (in relazione al contenuto delle notizie di cui detta norma vieta la divulgazione) sia il pregiudizio almeno potenziale derivato da detto comportamento» (269).

Nel secondo caso, con riferimento, ad esempio, alle funzioni di direttore generale di una società

quotata in borsa, si è stabilito che rappresenta violazione degli obblighi di fedeltà e riservatezza di cui all'art. 2105 c.c. passibile di risarcimento dei danni patrimoniali, morali e per lesione dell'immagine e della credibilità dell'azienda, la comunicazione alla stampa di dati sul conto della società determinandone il tracollo in borsa (270). Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale l'azione risarcitoria, nelle sue varie sfaccettature sopra ricostruite, rientra nella competenza del giudice del lavoro (271).

LUIGI FIORILLO

(250) Uno degli ultimi arresti della giurisprudenza di legittimità, rimasta sostanzialmente immutata e conforme nel tempo, è costituito da Cass., 12-1-2009, n. 394, *DeG*, 2009, nt. VECCHI. Per una riflessione aggiornata sul risarcimento del danno a carico del lavoratore v. TRAMONTANO, *Il risarcimento del danno da attività lavorativa*, Piacenza, 2008.

(251) Cass., 21-8-2004, n. 16530, *GCM*, 2004, 9, e più di recente Cass., 26-5-2008, n. 13530, *MGLRep*, 2008, 17.

(252) Cass., 26-6-2000, n. 8702, *RIDL*, 2001, 2, 292, nt. CONTE, *Licenziamento disciplinare e obblighi risarcitori: poteri del giudice e oneri delle parti*.

(253) Cass., 3-2-1999, n. 950, *GCM*, 1999, 254.

(254) Cass., 21-3-2002, n. 4083, *GCM*, 2002, 496.

(255) T. Milano, 19-7-2006, *RCDL*, 2006, 4, 1146.

(256) Cass., 26-6-2000, n. 8702, cit.

(257) Cass., 21-8-2004, n. 16530, *GCM*, 2004, 9.

(258) Cass., 26-5-2008, n. 13530, *RIDL*, 2009, II, 35, nt. MARIANI, *La responsabilità del lavoratore...*, cit.

(259) Cass., 23-8-2006, n. 18375, *NGL*, 2006, 773.

(260) Cass., 26-5-2008, n. 13530, cit.

(261) Cass., 29-11-1989, n. 5250, *NGL*, 1990, 360.

(262) Cass., 21-8-2004, n. 16530, cit.

(263) Cass., 13-12-1995, n. 12758, *NGCC*, 1997, I, 420.

(264) Cass., 21-10-1991, n. 11107, *GCM*, 1991, 10.

(265) Cass., 7-1-1995, n. 208, *RIDL*, 1995, II, 822.

(266) Cass., 20-12-1999, n. 14338, *GCM*, 1999, 2583; nella specie la Suprema Corte ha cassato la sentenza del giudice di merito che aveva ritenuto sussistente il dovere di una società di trasporti di stipulare una polizza di assicurazione cosiddetta kasko che prevedesse la copertura dei danni ai veicoli della società per sinistri dovuti alla responsabilità dei conducenti dipendenti della stessa società.

(267) A. Milano, 10-12-2002, *GMil*, 2003, 377.

(268) A. Milano, 15-2-2001, *LG.*, 2001, 895 (s.m.).

(269) Cass., 10-6-1993, n. 6473, *GCM*, 1993, 1019 (s.m.).

(270) T. Ivrea, 21-2-2003, *DII*, 2003, 545.

(271) Cass., 21-3-1997, n. 2508, *GCM*, 1997, 433.