

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione quale causa di estinzione del rapporto di lavoro

INDICE

Capitolo I – Sui profili civilistici dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione nel diritto delle obbligazioni e dei contratti

1- I connotati dell'impossibilità sopravvenuta nel diritto delle obbligazioni e dei contratti	p. 4
a) L'assolutezza e l'oggettività dell'impedimento	
b) L'attuale rilevanza del requisito dell'oggettività	
c) L'impossibilità sopravvenuta definitiva e temporanea	
d) L'impossibilità sopravvenuta totale e parziale	
e) La facoltà di recesso in tema di impossibilità parziale: natura e limiti	
f) Subingresso del creditore nei diritti del debitore	

2- Obbligazioni di mezzi e di risultato: persistente unità del concetto e della disciplina dell' obbligazione	p. 23
---	-------

3- Imputabilità e dovere di diligenza	p. 26
---------------------------------------	-------

4- Causa non imputabile e colpa: quali i limiti dello sforzo debitorio?	p. 28
---	-------

Capitolo II - La corrispettività nel rapporto di lavoro ed il regime delle sospensioni

1- La natura giuridica del contratto di lavoro	p. 33
--	-------

2- La nozione di corrispettività nel diritto del lavoro	p. 39
---	-------

3- L'impossibilità sopravvenuta di stampo civilistico e le ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro: assonanze e distinzioni	p. 43
---	-------

4- La questione dell'eccessiva morbilità	p. 52
--	-------

Capitolo III - Profili ricostruttivi dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa

- 1- Gli effetti dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione sul rapporto di lavoro p. 56
- a) La ricostruzione in termini di impossibilità temporanea
 - b) La ricostruzione in termini di impossibilità parziale
- 2- Impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro e giustificato motivo oggettivo di licenziamento p. 70
- 3- Il rilievo della colpevolezza ed il dovere del prestatore di lavoro di evitare il fortuito p. 77

Capitolo IV – Le fattispecie di impossibilità sopravvenuta della prestazione concernenti la persona del lavoratore

- 1-La sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni di assunzione p. 81
- 2- La perdita del possesso di titoli o abilitazioni, ovvero la cd. impossibilità per provvedimento dell'Autorità p. 85
- a) Il ritiro del tesserino di accesso alla zona di esecuzione della prestazione
 - b) Il ritiro della patente di guida del lavoratore assunto con mansioni da autista
 - c) Revoca della nomina a guardia giurata e ritiro del porto d'armi
 - d) Cessazione di efficacia o di validità del permesso di lavoro o di soggiorno
- 3- Carcerazione preventiva o per esecuzione di pena del dipendente p. 91
- 4- L'obbligo del reimpiego del lavoratore la cui prestazione è divenuta impossibile p. 100

Capitolo V - Impossibilità sopravvenuta e mora del creditore nel rapporto di lavoro

1- La cooperazione all'adempimento: il contenuto di un onere	p. 113
2- La cd. mora inculpata	p. 116
3- Gli effetti della <i>mora accipiendi</i> nel rapporto di lavoro	p. 119
4-La linea di confine tra mora del creditore e impossibilità della prestazione	p.121
5- La giurisprudenza in tema di impossibilità sopravvenuta inerente alla sfera del datore di lavoro	p. 126
Bibliografia	p. 136

Capitolo I

Sui profili civilistici dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione

1- I connotati dell'impossibilità sopravvenuta nel diritto delle obbligazioni e dei contratti.

La disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore va integrata e coordinata con la disciplina della risoluzione del contratto, tutte le volte in cui l'obbligazione risulta inserita in un contratto a prestazioni corrispettive. Quest'ultimo si caratterizza per l'instaurazione, nella fase cd. genetica o stipulativa, di un legame di reciprocità ed interdipendenza tra le prestazioni, cui i contraenti si sono reciprocamente obbligati; nella successiva fase di esecuzione può, però, verificarsi uno squilibrio tra le parti, determinato dall'inadempimento di uno dei contraenti, ovvero dalla sopravvenuta impossibilità di esecuzione della prestazione, o ancora dall'eccessiva onerosità della stessa. Nelle ipotesi appena citate diventa impossibile consentire la realizzazione degli interessi dei contraenti, in quanto il programma contrattuale non è più suscettibile di attuazione; all'uopo il legislatore ha predisposto il meccanismo della risoluzione, il quale, integrando un'ipotesi di scioglimento del negozio giuridico ammesso dalla legge ai sensi dell'art. 1372 c.c., è volto a rimediare all'alterazione della causa del contratto, riequilibrando le rispettive posizioni economico-patrimoniali dei contraenti.

Il cd. sinallagma contrattuale, espressione del reciproco condizionamento tra le prestazioni, implica che il debitore liberato per impossibilità sopravvenuta non imputabile perde il diritto ad ottenere la controprestazione¹; il venir meno di una delle obbligazioni comporta, dunque, *la risoluzione del contratto* perché ne rende irrealizzabile la causa². In forza del principio per cui "*casus sentit debitor*" le conseguenze economiche negative, derivanti dal mancato conseguimento della controprestazione, ricadono sul debitore della prestazione divenuta impossibile

¹ In dottrina: OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, Riv. dir. civ., 1918, 209 ss; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Problemi generali, Milano, 1955; CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione. 1) Diritto civile*, Enc. giur., XVI, Roma, 1989; L. CABELLA PISU, *Impossibilità della prestazione, adempimento dell'obbligazione, risoluzione del contratto. Spunti sistematici, Scintillae iuris* (Studi in memoria di Gino Gorla), VIII, Milano, 1994, 1781 ss.

² Cfr. BIANCA, *Diritto Civile*, Milano, 1994, vol. V, p.372.

(art. 1463 c.c.). In caso di impossibilità soltanto parziale, ai sensi del successivo art. 1464 c.c., il creditore ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione dovuta dallo stesso e può, altresì, decidere di recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

Nell'ambito della sistematica del codice civile, la sopravvenuta impossibilità di eseguire la prestazione dedotta in obbligazione si apprezza sotto tre differenti profili: quale strumento per misurare la responsabilità del debitore per inadempimento (art. 1218 c.c.), come causa di estinzione dell'obbligazione (art. 1256 c.c.) ed, infine, laddove la prestazione risulti inserita in un contratto sinallagmatico, l'impossibilità sopravvenuta viene in rilievo quale motivo di risoluzione dell'accordo stesso (art. 1463 c.c.).

Lo studio della tematica della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta richiede il necessario approfondimento della nozione di causa non imputabile, elemento essenziale per poter operare la distinzione tra i rimedi sinallagmatici previsti per l'impossibilità della prestazione e quelli predisposti contro l'inadempimento. In seguito al verificarsi di un inadempimento o ritardo nell'esecuzione della prestazione dovuta, il creditore ha diritto al risarcimento del danno subito; tuttavia, ai sensi dell'art. 1218 c.c., è consentito al debitore liberarsi da ogni responsabilità provando che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa allo stesso non imputabile. Di primaria importanza diventa l'individuazione del limite oltre il quale l'evento, che produce l'impossibilità di adempiere correttamente, non possa ritenersi imputabile all'obbligato; soltanto l'impossibilità non riconducibile ad un comportamento colposo del debitore, infatti, risolve il rapporto contrattuale, estingue l'obbligazione ed esclude la responsabilità del debitore. Se, viceversa, l'inadempimento risulta imputabile al debitore, l'obbligazione non si estingue, ma viene a modificarsi il suo oggetto: l'obbligato non è più tenuto all'esecuzione dell'originaria prestazione ormai divenuta impossibile, ma al risarcimento del danno arrecato al creditore. Il rapporto obbligatorio, dunque, non è in questo caso soggetto ad alcuno scioglimento automatico; solo nell'ipotesi in cui il creditore non domandi l'adempimento, bensì propenda per la risoluzione ex art. 1453 c.c., il vincolo contrattuale potrà sciogliersi.

a) L'assolutezza e l'oggettività dell'impedimento.

La problematica dell'imputazione dell'inadempimento è stata oggetto, nei primi decenni del novecento, di un acceso dibattito accademico, incentrato principalmente sulla valenza da attribuire all'elemento cardine della fattispecie, la nozione di impossibilità sopravvenuta. Come evidenziato da autorevole dottrina, in nessuna norma l'impossibilità è stata aggettivata in un modo piuttosto che nell'altro; spetta quindi all'interprete dimostrare se e perché là dove è scritto "impossibilità" si debba leggere "impossibilità oggettiva ed assoluta"³.

Nel ripercorrere le interpretazioni degli autori dell'epoca, è opportuno, in primo luogo, soffermarsi proprio sulla ricostruzione dell'impossibilità sopravvenuta in termini di *assolutezza ed oggettività*, che ebbe largo seguito in dottrina e che è possibile ricondurre al pensiero di Giuseppe Osti⁴. Il citato orientamento attribuisce al debitore la responsabilità per il fatto stesso dell'inadempimento, indipendentemente da qualsiasi valutazione sull'impiego della diligenza dovuta, ad eccezione della ipotesi in cui l'ostacolo all'esatta esecuzione della prestazione derivi da un evento che non è oggettivamente riconducibile alla sfera personale del debitore, né appaia in alcun modo superabile, se non con il compimento di una attività illecita o pericolosa per l'integrità personale del soggetto obbligato. L'Autore sottolinea che mentre la distinzione tra impossibilità oggettiva e soggettiva si fonda sulla direzione dell'impedimento dal quale l'impossibilità deriva, quella tra impossibilità assoluta e relativa si basa, invece, sull'intensità dell'impedimento in sé e per sé considerato⁵.

In merito alla distinzione tra impossibilità oggettiva e soggettiva, la dottrina prevalente utilizza come *discrimen* l'estensione dell'impedimento: è obbiettiva l'impossibilità derivante da un impedimento tanto esteso da rendere impossibile a chicchessia l'adempimento; è, invece, soggettiva, quando l'ostacolo non è così esteso, in quanto il solo debitore è incapace di adempiere, ma la prestazione resta suscettibile di adempimento⁶.

³ Così, G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore, Problemi generali*, cit., 29.

⁴ G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, cit.

⁵ G. OSTI, voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 288.

⁶ Più precisamente Osti distingue tra l'impedimento che ha diretta attinenza alla prestazione in sé e per sé considerata e quello che deriva da condizioni personali o patrimoniali proprie del debitore.

Sulla linea interpretativa di Osti si collocava la prevalente dottrina e la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, che conferiva all'impossibilità di cui all'art. 1218 c.c. i caratteri dell'assolutezza e dell'oggettività, al fine di distinguerli da eventi in grado di ostacolare l'adempimento del singolo debitore. L'impossibilità in grado di incidere sul vincolo contrattuale è, dunque, solo quella che preclude *a chiunque e con qualunque mezzo lecito*, nelle stesse circostanze, di adempiere correttamente l'obbligazione. In particolare, nelle obbligazioni fungibili l'impedimento deve essere molto esteso e riguardare l'intera categoria di debitori. In queste ipotesi ogni impedimento che ricade nell'area organizzativa del debitore è irrilevante. Per le obbligazioni infungibili invece, anche gli impedimenti fisici del debitore assumono rilievo giacché precludono del tutto l'adempimento⁷.

Nonostante la cennata ricostruzione in termini oggettivi avesse fortemente inciso sulla impostazione normativa del codice del 1942 ed in particolare dell'art. 1218 c.c., la stessa era notoriamente avversata dall'interpretazione, sostenuta altrettanto autorevolmente⁸, volta a leggere in chiave *soggettiva e relativa* l'impossibilità sopravvenuta. Nello specifico questo orientamento considera imputabile alla responsabilità del debitore soltanto l'inadempimento che lo stesso avrebbe potuto evitare con lo sforzo richiesto in concreto, in relazione al tipo di rapporto ed alla natura della prestazione. L'impossibilità così intesa contribuisce a qualificare come ineseguibile la prestazione divenuta impossibile. Il creditore, infatti, in coerenza con il principio di correttezza e buona fede, non può pretendere l'esecuzione della prestazione quando la stessa non sia realizzabile con i mezzi dedotti in obbligazione (arg. ex art. 1175 c.c.).

Il contrasto tra le due ricostruzioni sembra, però, almeno in parte, ricomporsi nell'evoluzione del pensiero di Osti⁹. Nell'ammettere l'eccessiva rigidità del principio secondo il quale si considera assoluta la sola impossibilità insuperabile dalle forze umane, l'Autore tenta una rilettura della fattispecie giungendo alla conclusione per cui è liberatoria, ai fini del 1218 c.c., l'impossibilità determinata da un impedimento non superabile con le modalità di esecuzione connaturate alla prestazione medesima nel singolo tipo di rapporto obbligatorio. Viene, in

⁷ Sul punto si v. *infra*, capitolo IV paragrafo 1.

⁸ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953-55, 48; N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, 12 ss.

⁹ G. OSTI, voce *Impossibilità sopravveniente*, cit., 289.

sostanza, attenuato il carattere oggettivo dell'impossibilità, ravvisabile non più soltanto nell'ostacolo che renda impossibile a chiunque l'esecuzione della prestazione, ma anche nell'impedimento che abbia diretta attinenza alla prestazione in sé e per sé considerata e che sia indipendente da condizioni personali o patrimoniali proprie del debitore. L'impossibilità della prestazione deve, perciò, essere valutata rispetto all'esatta delimitazione del contenuto del rapporto. Se l'economia del contratto impone di giudicare dedotte in obbligazioni solo talune condotte e non altre, è rispetto alle prime che l'impossibilità deve essere valutata e non in ordine a qualunque condotta per il sol fatto che sarebbe comunque idonea a conseguire il risultato cui la prestazione obbligatoria è rivolta. In tal senso è stato autorevolmente affermato che qualsiasi elencazione o rigida classificazione degli eventi impeditivi non può che assumere un valore descrittivo, senza assurgere a criterio per la soluzione sostanziale del fenomeno: criterio che risiede e va individuato nella varietà e nella diversità degli interessi che concorrono ad integrare il regolamento in cui consiste l'obbligazione¹⁰. La citata riconduzione del problema dell'impossibilità liberatoria al singolo e concreto rapporto obbligatorio consente di ridimensionare le dispute tra interpretazione oggettiva e soggettiva, assoluta e relativa dell'impossibilità.

Su presupposti diversi si fonda la tesi di chi¹¹ ravvisa nell'impossibilità sopravvenuta una situazione di impedimento non prevedibile né superabile da parte del debitore con lo sforzo diligente cui egli è tenuto. La nozione di impossibilità liberatoria risulta, così, ancorata alla responsabilità per inadempimento. In particolare la non imputabilità dell'impedimento consegue alla dimostrazione, da parte del debitore, di aver fatto quanto possibile nei limiti dello sforzo diligente cui è tenuto. Se lo sforzo necessario a superare l'ostacolo sopravvenuto richiede un impegno superiore a quello corrispondente alla normale diligenza, non è in alcun modo configurabile un inadempimento imputabile a colpa del debitore. Da presupposto della responsabilità per inadempimento la colpa del soggetto obbligato diventa criterio di imputazione dell'impossibilità. L'esonero da responsabilità, secondo questa ricostruzione, produce indirettamente l'estinzione dell'obbligazione e si riflette sul vincolo contrattuale, causandone la risoluzione su domanda dell'altro contraente. La misura dell'impossibilità

¹⁰ Così P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Art. 1230-1259, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1975, 447.

¹¹ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, Milano, IV, 1993, 534-535.

scriminante deve, dunque, determinarsi secondo l'art. 1176 c.c., il quale, esigendo dal debitore che l'adempimento sia prodotto con l'impiego di una diligenza non superiore a quella del buon padre di famiglia, consente di argomentare a favore della rilevanza dell'impossibilità relativa e soggettiva.

In tal senso rileva la costruzione a difesa della teoria soggettivistica operata da parte della dottrina¹², che ritiene che a fronte di un impedimento, pur superabile, ma soltanto con un impegno superiore a quello anzidetto, il debitore non è più tenuto ad eseguire la prestazione giusta l'art. 1176 c.c. E poiché tale ostacolo si traduce in una impossibilità relativa e soggettiva, il combinato disposto tra tale ultima disposizione e l'art. 1218 c.c. consente di concludere che siffatta impossibilità non imputabile costituisca il limite della responsabilità debitoria. Seguendo questa linea interpretativa, sulla base della combinazione tra gli artt. 1176, 1218 e 2727 c.c è possibile leggere il contenuto dell'art. 1218 nel modo che segue: *“Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o ritardo non è stato determinato da sua colpa”*. Laddove, malgrado lo sforzo diligente profuso, sia ravvisabile un inadempimento, non è riscontrabile colpa del debitore e, conseguentemente, l'impossibilità verificatasi, seppure soggettiva e relativa, estingue l'obbligazione (ai sensi dell'art. 1218 c.c.) ed esonera da responsabilità (ai sensi dell'art. 1256 c.c.). Esisterebbe, secondo questa ricostruzione, una perfetta coincidenza tra il concetto di “assenza di colpa” e quello di “causa non imputabile”. E' stato, però, correttamente affermato che questo assioma subisce numerose eccezioni; basti pensare che il debitore il quale abbia tenuto un comportamento colposo (lieve) è liberato nella misura in cui sia stato stipulato un patto di non responsabilità; viceversa lo stesso debitore potrebbe dover rispondere anche di un'impossibilità non collegata al suo inadempimento colposo, quando abbia assunto tale responsabilità cd. oggettiva¹³. L'impossibilità liberatoria può infatti operare indipendentemente dalla presenza o dall'assenza della diligenza nell'evitare l'evento ovvero nell'attenuarne le conseguenze. Pur non escludendosi che gli indici offerti dalle clausole generali di diligenza, buona fede e correttezza contribuiscano, nell'ottica della complessiva valutazione del singolo rapporto, a

¹² U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. Cicu Messineo*.

¹³ Così P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Art. 1230-1259, cit., 450; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, *Problemi generali*, cit., 203-204.

delineare i presupposti dell'imputabilità, quest'ultima non può ricondursi esclusivamente nell'ambito della responsabilità per colpa del debitore.

Se le nozioni apparentemente contrastanti di impossibilità assoluta e relativa (quest'ultima nelle due forme di impossibilità relativa "tipizzata"¹⁴ e di impossibilità relativa "concreta"¹⁵, a seconda della rilevanza dell'elemento impeditivo della prestazione alla stregua del tipo di obbligazione ovvero del concreto e specifico rapporto obbligatorio), appaiono entrambe riconducibili, quanto meno, ad una nozione di impossibilità come impedimento che il debitore non è tenuto a superare con i mezzi dedotti in obbligazione. Appare, però, netta la divergenza dall'opinione dottrinale che ravvisa l'impossibilità liberatoria nell'impedimento che il debitore non può superare con la normale diligenza dovuta ex art. 1176 c.c.

Rimane a questo punto da chiedersi quali effetti produca l'impossibilità originaria della prestazione e se la stessa possa mettersi in relazione con l'impossibilità sopravvenuta. I sostenitori della nozione più rigorosa propendono per un inquadramento unitario di impossibilità originaria e sopravvenuta: se la prestazione si rivela impossibile fin dall'inizio il contratto è nullo (art. 1346 e art. 1418 c.c.), mentre se l'impedimento si verifica successivamente il contratto si risolve automaticamente¹⁶. A conclusioni diverse giunge altra parte della dottrina che, con l'intento di introdurre elementi di flessibilità nella nozione di impossibilità, sottolinea come non sempre le circostanze rilevanti per il sorgere del vincolo (la cui mancanza comporta nullità del contratto) coincidono con le condizioni cui è subordinata la continuazione del rapporto già posto in essere (il cui venir meno genera risoluzione automatica del contratto)¹⁷.

La nullità del contratto, in effetti, è ravvisabile ogni qual volta la prestazione risulti impossibile sin dall'origine, indipendentemente dal momento nel quale si verificherà l'effetto reale: all'atto della conclusione del contratto ovvero in un momento successivo, nel caso di contratti ad effetti obbligatori. La risoluzione per impossibilità sopravvenuta, invece, si configura, secondo un'interpretazione

¹⁴ L. MENGONI, in *Enc. dir.*, voce *Responsabilità contrattuale*, 1988, 1087 ss.

¹⁵ G. OSTI, in *Noviss. Dig. it.*, voce *Impossibilità sopravveniente*, cit.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, *Problemi generali*, cit.

¹⁶ G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, cit.; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952.

¹⁷ Così L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, art. 1463-1466, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, 2002, p.40; BIANCA, *Diritto Civile*, cit., III, 319.

dottrinale, limitatamente ai contratti ad effetti obbligatori; in effetti nell'ipotesi di contratti con effetti traslativi o costitutivi l'art. 1465 c.c. prevede che la risoluzione del contratto è preclusa dal verificarsi dell'effetto traslativo. Ne consegue che la risoluzione per impossibilità sopravvenuta può operare, per questi contratti, solo fintantoché non sia ancora stata adempiuta la prestazione, cioè non si sia ancora verificata l'attribuzione traslativa. Secondo questa interpretazione, dunque, il campo di applicazione della nullità per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) risulta più ristretto di quello di impossibilità originaria dell'art. 1346 c.c.. Vi è, inoltre, da ricordare che mentre l'impossibilità sopravvenuta estingue il contratto solo se non è imputabile al debitore, l'impossibilità originaria causa la nullità del contratto in ogni caso.

b) L'attuale rilevanza del requisito dell'oggettività.

Secondo l'interpretazione preferibile, come sopra chiarito, l'obbligazione si estingue ed il contratto a prestazioni corrispettive si risolve automaticamente, non al verificarsi di un impedimento non superabile dal debitore di ordinaria diligenza nelle circostanze concrete, ma solo per impedimenti che il debitore non può essere tenuto a superare, avuto riguardo al concreto regolamento contrattuale, con i mezzi dedotti in obbligazione.

Ciò detto, appare necessario chiedersi se ed in che misura il citato requisito dell'oggettività svolga ancora un ruolo nella selezione degli impedimenti rilevanti. Si è detto che secondo la prevalente interpretazione l'obbligazione si estingue solo se diventa impossibile la prestazione in sé e per sé considerata, cioè solo se nessun altro soggetto, al posto del debitore, avrebbe potuto adempiere. Ne consegue che non sembra possibile ravvisare un'impossibilità liberatoria nell'ipotesi in cui l'ostacolo all'adempimento incida solo sulla sfera soggettiva del debitore, salvo, ovviamente, che si tratti di una prestazione di fare infungibile. In quest'ultimo caso, infatti, anche impedimenti che colpiscono la persona del debitore possono rilevare come ipotesi di impossibilità oggettiva. In tutte le altre ipotesi, se la parte debitrice, pur facendo uso della normale diligenza dovuta, non è in grado di adempiere, trovandosi in una situazione soggettiva che le impedisce di eseguire la prestazione, la quale resta però possibile dal punto di vista oggettivo, non sarà tenuta al risarcimento del danno, ma sarà soggetta alla risoluzione ex art. 1463 c.c.

Per l'interpretazione dominante l'impossibilità deve, dunque, necessariamente essere dotata non solo del carattere dell'assolutezza, ma anche da quello dell'oggettività; autorevole dottrina, peraltro, contrasta questo assunto, svalutando quest'ultimo tradizionale requisito. In tal senso Cottino afferma che il criterio dell'oggettività perde il suo carattere di elemento essenziale: ad evitare la liberazione dell'obbligato è sufficiente il criterio della non imputabilità della causa allo stesso debitore. In altre parole gli impedimenti rilevanti ex art. 1463 c.c. potranno essere individuati e selezionati sulla sola base del requisito dell'assolutezza dell'impossibilità; ciò implica che potranno ritenersi rilevanti anche impedimenti soggettivi se il debitore riesca a dimostrare di aver compiuto uno sforzo dell'intensità richiestagli in quel particolare rapporto e di non essere riuscito a superare l'ostacolo con l'utilizzo dei mezzi dedotti in obbligazione¹⁸.

Nello stesso si pone la dottrina che ritiene necessario il requisito dell'oggettività nell'individuazione degli impedimenti rilevanti, solo fintantoché continui a sostenersi che la causa non imputabile coincida con la causa incolpevole. In questo caso dovrà necessariamente ricorrersi al citato requisito per evitare che il debitore possa liberarsi per qualsiasi impedimento attinente alla sua sfera soggettiva ed organizzativa¹⁹ sol dimostrando di aver utilizzato la diligenza richiesta e, pertanto, di non essere in colpa. Non si ravviserebbe, al contrario, la necessità del riferimento all'oggettività, allorquando per causa non imputabile si intendano soltanto quegli eventi che non rientrano nella sfera di controllo del debitore, ma che prescindano dalla colpa di quest'ultimo. Laddove si propenda per questa interpretazione, infatti, il requisito dell'oggettività risulterebbe superfluo, non sussistendo il rischio di consentire la liberazione del debitore dietro la semplice prova dell'uso della diligenza dovuta²⁰.

c) L'impossibilità sopravvenuta definitiva e temporanea.

Non sempre il verificarsi di una sopravvenuta impossibilità determina la risoluzione del contratto: la dottrina distingue l'impossibilità sopravvenuta definitiva - generata da un impedimento irreversibile ovvero in relazione al quale

¹⁸ G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore, Problemi generali*, cit., 193.

¹⁹ G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 345 ss.

²⁰ Così L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta, art. 1463-1466*, cit., p.62.

si ignora se possa mai venir meno - la quale determina l'estinzione dell'obbligazione, dall'impossibilità temporanea²¹. Come è noto, quest'ultima deriva da una causa prevedibilmente transitoria e produce l'effetto di sospendere il rapporto esonerando il debitore da qualsivoglia responsabilità per il ritardo nell'adempimento, ma non è causa di estinzione dell'obbligazione, sempre che non superi i limiti dell'interesse del creditore al conseguimento della prestazione. L'impossibilità temporanea può, infatti, trasformarsi in impossibilità definitiva laddove l'ostacolo perduri fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non possa più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non abbia più alcun interesse a conseguirla (art. 1256, comma 2).

Nel primo caso (debitore che non può più essere ritenuto obbligato) si tratta di una valutazione oggettiva, commisurata al limite dell'impegno richiesto al debitore ed operata indipendentemente da una diversa volontà del creditore. La prestazione, cioè, potrebbe ancora essere utile per quest'ultimo, ma nonostante ciò l'obbligazione deve considerarsi estinta per il sopraggiungere di circostanze tali da far cadere la previsione di un futuro venir meno dell'ostacolo. Nel secondo caso (creditore che non ha più alcun interesse a conseguire la prestazione), invece, prevale una valutazione di tipo soggettivo, legata all'interesse personale ed all'utilità del creditore. Cessata la causa di impossibilità temporanea, il debitore sarà nuovamente tenuto ad adempiere, salvo che la prestazione, con il trascorrere del tempo, sia divenuta eccessivamente onerosa.

Vengono, dunque, presi in considerazione gli interessi facenti capo ad entrambe le parti e non soltanto l'utilità residua per il creditore. E', inoltre, necessario considerare che una volta cessata l'impossibilità temporanea, la controprestazione torna ad essere dovuta da parte del creditore; ma se il periodo di sospensione dell'obbligazione ed il ritardo nell'esecuzione abbiano prodotto una riduzione della complessiva utilità conseguita dal creditore a fronte di quella prospettata all'atto della stipula del contratto, si verifica un'alterazione dell'originario equilibrio economico del contratto a danno del creditore. Per questo motivo si ritiene che il procedimento di sospensione degli effetti del contratto e l'eventuale ripresa al cessare dell'impossibilità alle stesse condizioni

²¹ Ipotesi tipica di impossibilità sopravvenuta temporanea della prestazione è rappresentata dallo sciopero dei dipendenti, il verificarsi del quale sospende l'obbligo della prestazione, escludendo la responsabilità del debitore per il ritardo nell'adempimento.

previste nel programma contrattuale originario comporti un onere eccessivo sul creditore, rispetto alla posizione allo stesso garantita in caso di impossibilità definitiva cui consegue la risoluzione automatica del contratto. Al fine di sollevare la posizione del contraente la cui prestazione non è divenuta impossibile, parte della dottrina ha proposto, nell'ambito dei contratti cd. di durata, di avvicinare l'impossibilità temporanea all'impossibilità parziale, applicando l'art. 1464 c.c. con la conseguente possibilità di recesso per il creditore²².

Sulla base di un criterio "temporale"²³, utilizzato come parametro per sospendere l'obbligazione, il debitore è esonerato dall'obbligo di risarcire i danni di mora conseguenti al ritardo nell'adempimento. La giurisprudenza²⁴ ha, però, escluso che la mera *difficultas praestandi*, ovvero qualsiasi ostacolo che renda più oneroso l'adempimento dell'obbligazione, possa di per sé sola configurare un'impossibilità temporanea ed esonerare il debitore da responsabilità per il ritardo.

Il nesso di corrispettività che collega la prestazione temporaneamente impossibile alla controprestazione implica che anche quest'ultima non sia dovuta nello stesso periodo di tempo, cosicché una eventuale azione volta ad ottenere l'esecuzione della controprestazione possa essere bloccata con un'eccezione di inadempimento.

d) L'impossibilità sopravvenuta totale e parziale.

Dal dettato normativo dell'art. 1258 c.c. la dottrina ha desunto l'ulteriore distinzione tra impossibilità totale, la quale rende completamente irrealizzabile l'interesse creditorio, ed impossibilità parziale, che impedisce solo in parte il soddisfacimento dello stesso. A differenza di ciò che accade nella più generale ipotesi di adempimento parziale della prestazione, ove il creditore è legittimato a rifiutare l'esecuzione solo di parte della prestazione, anche se la stessa è divisibile (art. 1181 c.c.), in materia di impossibilità parziale non imputabile al debitore l'art. 1258 c.c. stabilisce espressamente che la prestazione residua è dovuta, né

²² R. SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, 1993, 653.

²³ Cfr. L. MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta*, cit., 435. L'autore sottolinea che l'impossibilità temporanea ha luogo allorché l'ostacolo di fatto o di diritto che si oppone all'adempimento è, sì, attualmente insormontabile, ma si può prevedere che col decorso del tempo esso possa venir meno.

²⁴ Cfr. Cass. 5 aprile 1975, n. 1221, in *Mass. Giur. It.*, 1975, 325.

può il creditore rifiutarsi di riceverla²⁵. Eseguendo la prestazione nella parte rimasta possibile, il debitore è totalmente liberato, sempre che l'impossibilità, sebbene parziale, assuma i caratteri della definitività e della non imputabilità.

L'impossibilità parziale assume maggior rilievo nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, caratterizzati dalla interdipendenza delle reciproche prestazioni. In questo ambito è necessario, infatti, ripristinare l'originario equilibrio del rapporto di scambio attraverso i sistemi predisposti dall'art. 1464 c.c.: la parte non inadempiente ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta ed, inoltre, la stessa può anche recedere dal contratto, qualora non abbia apprezzabile interesse all'adempimento parziale.

Nella particolare ipotesi di contratto di lavoro subordinato si assiste alla tendenza, da parte della dottrina, ad estendere l'ambito di operatività della impossibilità parziale, restringendo proporzionalmente quello dell'impossibilità temporanea. Quest'ultima, infatti, può essere causa di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1256 (2° comma), ove si protragga fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla. L'impossibilità parziale, invece, non risolve il contratto, ma consente alla parte creditrice, che non abbia un interesse, ritenuto apprezzabile, all'adempimento parziale, di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 1464 c.c.. Riconducendo le ipotesi di impossibilità temporanea nella nozione di impossibilità parziale, la dottrina e la giurisprudenza hanno ottenuto l'effetto di garantire in maggior misura il lavoratore, evitando la risoluzione automatica del contratto ed assicurandogli il diritto al preavviso in caso di recesso del datore di lavoro²⁶.

Presupposto del verificarsi della cd. impossibilità parziale risulta essere la divisibilità della prestazione oggetto dell'obbligazione, cosicché l'ostacolo impediente, incidendo esclusivamente su una parte dell'oggetto, non estingue bensì limita la "quantità oggettiva" della prestazione dovuta. Il debitore, cioè, rimane obbligato per la parte di prestazione rimasta possibile, concentrandosi l'obbligazione solo su quest'ultima. Nella previsione di cui al citato articolo sembrerebbe, peraltro, potersi comprendere anche la diversa ipotesi in cui la prestazione risulti indivisibile per natura, ovvero sia tale per volere delle parti;

²⁵ Cfr. L. MENGONI, *Scritti per A. Scialoja*, IV, Bologna, 1952-53, 276, che ritiene l'art. 1258 c.c. in deroga all'art. 1181 c.c..

²⁶ Sul punto si v. *infra* capitolo 3, paragrafo 1.

l'art. 1258 c.c., infatti, estende il campo di applicazione dell'impossibilità parziale anche ai casi di deterioramento della cosa oggetto della prestazione ovvero di perimento totale del bene dovuto, sempre che dello stesso residui alcunché.

Se quanto sin qui detto risulta sostenibile sul piano della singola obbligazione, potrebbe non apparire fondato laddove venisse estrapolato dal contesto descritto ed inserito nel diverso ambito dei contratti a prestazioni corrispettive. In effetti la distruzione della cosa dovuta, della quale permanga però qualche residuo, potrebbe non essere riconducibile *sic et simpliciter* alla previsione dell'art. 1464 c.c. (con conseguente alternativa tra riduzione della controprestazione e recesso del creditore), ma rientrare nel campo di applicazione della risoluzione automatica per impossibilità totale di cui all'art. 1463 c.c.²⁷. Ai fini del corretto inquadramento della descritta fattispecie occorre, dunque, valutare la rilevanza della parte di prestazione rimasta possibile rispetto al complessivo significato economico della stessa; operazione che, sostanzialmente, coincide con l'individuazione del criterio distintivo tra impossibilità totale e parziale.

Opinioni discordanti si ritrovano in dottrina ed in giurisprudenza circa l'individuazione del citato criterio distintivo; nelle ipotesi di dubbia qualificazione, in termini di impossibilità parziale o totale, dell'impedimento che colpisce la prestazione, alcuni Autori²⁸, hanno affermato che il *discrimen* tra le due figure andrebbe ricercato nella valutazione che il creditore compie circa il soddisfacimento del suo interesse; in altre parole, ai sensi dell'art. 1464 c.c., al creditore spetterebbe riscontrare l'idoneità della prestazione residua alla soddisfazione dell'interesse contrattuale e dunque decidere circa lo scioglimento del contratto.

In aperto contrasto con questa interpretazione si pone altra dottrina²⁹, la quale, sulla scorta di parte della giurisprudenza di legittimità³⁰, propende per un criterio obbiettivo ed afferma che spetta unicamente al giudice stabilire, nel contrasto tra le parti, se la sopravvenuta impossibilità della prestazione sia totale o parziale, se cioè l'impedimento verificatosi produca o meno l'oggettiva inidoneità

²⁷ Così L. Cabella Pisu, *Dell'impossibilità sopravvenuta, art. 1463-1466*, cit., p.146.

²⁸ Per tutti si v. DI PRISCO, *Impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Trattato di diritto privato*, IX, Torino, 1999, 451.

²⁹ L. MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., 436.

³⁰ La questione è stata oggetto di attenzione soprattutto nell'immediato dopoguerra, in materia di danno agli immobili locati: cfr. Cass. 11 febbraio 1947, n. 170, in *Foro it.*, 1947, I, 450.

della parte residua della prestazione a soddisfare le esigenze funzionali che tendeva a realizzare la prestazione originariamente dovuta.

La valutazione dell'impossibilità parziale potrebbe, dunque, portare alla conclusione che il deterioramento della *res* si è tradotto in una modificazione qualitativa della prestazione dovuta, tale da mutare addirittura la destinazione della stessa, trasformandola in un *aliud pro alio*. Di fronte ad una modifica qualitativa e funzionale della prestazione il debitore non potrebbe pretendere di liberarsi consegnando un oggetto non solo quantitativamente, ma anche qualitativamente diverso da quello dedotto in contratto³¹. E' possibile, in conclusione, affermare che ricorre una ipotesi di impossibilità totale, riconducibile all'art. 1463 c.c., non soltanto nell'ipotesi in cui la prestazione è divenuta completamente ineseguibile, ma anche nella diversa circostanza in cui, pur rimanendone eseguibile una parte, la stessa non possa dirsi oggettivamente idonea alla realizzazione delle esigenze funzionali soddisfatte, invece, dalla prestazione così come originariamente dovuta.

Verificatasi la causa di impossibilità parziale, nei contratti a prestazioni corrispettive non è sufficiente che il debitore esegua la prestazione per la parte che è rimasta possibile, liberandosi così dall'obbligazione, ma risulta altresì necessaria l'applicazione dei rimedi di cui all'art. 1464 c.c., volti a controbilanciare la riduzione della prestazione, ristabilendo l'equilibrio nel rapporto contrattuale. Nello specifico il creditore ha il diritto di ricevere il parziale adempimento, ottenendo una corrispondente riduzione della controprestazione dovuta ovvero, laddove ritenga di non avere un apprezzabile interesse all'adempimento parziale, recedere dal contratto. Si ritiene comunemente che alla parte creditrice sia lasciata l'analoga scelta di cui all'art. 1453 c.c. letto in combinato disposto con l'art. 1454 c.c., in tema di mancato o inesatto adempimento dovuto a fatto imputabile al debitore³².

³¹ Cfr. L. MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, *Scritti per A. Scialoja*, IV, Bologna, 1952-53, 277.

³² A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 35 ss.

e) La facoltà di recesso in tema di impossibilità parziale: natura e limiti.

Risulta, a questo punto, necessario individuare il criterio per valutare se, in tema di impossibilità parziale, possa liberamente consentirsi al creditore la scelta alternativa tra prosecuzione del rapporto e recesso dal contratto.

Autorevole dottrina³³, utilizzando le medesime argomentazioni cui ha fatto ricorso la giurisprudenza per distinguere l'impossibilità parziale dalla totale, ha sostenuto che l'interesse del creditore vada apprezzato sulla scorta di una valutazione astratta e oggettiva: il recesso, inteso quale negozio unilaterale recettizio avente ad oggetto l'esercizio di un diritto potestativo, potrà essere consentito solo quando l'impossibilità parziale si è tradotta in realtà in una modificazione quantitativa del bene dovuto. La decisione sarebbe dunque valutabile dal giudice, al quale è assegnato il compito di controllare la legittimità dell'esercizio da parte del creditore del diritto di recesso, nel pieno rispetto del principio della buona fede.

La cennata interpretazione viene, peraltro, avversata da chi³⁴ sottolinea l'incoerenza del risultato cui porterebbe l'utilizzo di un identico criterio sia per distinguere l'impossibilità totale dalla parziale, nonché per orientare l'alternativa tra prosecuzione del rapporto e recesso del creditore. Sulla scorta di una valutazione oggettiva potrebbe, infatti, giungersi alla conclusione che, a seguito del sopravvenuto impedimento, laddove la prestazione ridotta non abbia subito un rilevante mutamento, conservando la sua funzionalità, l'impossibilità sopravvenuta verrebbe ricondotta all'art. 1464 c.c., con la conseguente alternativa lasciata al creditore tra riduzione della controprestazione e recesso. Se anche la successiva valutazione tra riduzione della controprestazione e recesso fosse orientata secondo stessi parametri, il creditore avrebbe sempre e solo diritto alla riduzione della controprestazione, non potendosi mai configurare l'ipotesi di recesso perché la prestazione ha mantenuto la sua identità sotto il profilo funzionale. Si ritiene, dunque, preferibile l'utilizzo di criteri diversi: in ordine alla distinzione tra impossibilità totale e parziale risulta adeguato, ai fini del temperamento degli interessi di entrambe le parti, il criterio oggettivo della compatibilità funzionale della prestazione con l'attuazione del programma economico realizzato; per quanto concerne l'alternativa di cui all'art. 1464 c.c., si

³³ Così Cfr. L. MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, *Scritti per A. Scialoja*, IV, cit.

³⁴ Così L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, art. 1463-1466, cit., p.149 ss.

sostiene, viceversa, la prevalenza dell'interesse del creditore ai fini della scelta, che non deve però tramutarsi in mero arbitrio³⁵. La facoltà del creditore di scegliere tra i due rimedi della riduzione e del recesso non è, dunque, insindacabile: l'autorità giudiziaria potrà, infatti, essere chiamata a sindacare l'ammisibilità della scelta operata dal creditore; un eventuale giudizio di legittimità del recesso dovrà fondarsi sulla valutazione della ragionevolezza della scelta alla stregua della correttezza, lealtà e buona fede contrattuale³⁶.

In merito ai criteri di valutazione dell'interesse del creditore, parte della dottrina distingue l'impossibilità totale, caratterizzata dal punto di vista contrattuale dall'assoluta inattuabilità dello scambio tra le prestazioni, da quella parziale, che invece sussisterebbe nel caso di scambio attuabile, ma connotato da squilibrio tra le prestazioni. Questo squilibrio potrebbe trovare soluzione nella ridefinizione quantitativa della prestazione non impossibile, mentre il potere di recesso rileverebbe sotto il diverso profilo dell'interesse (non più persistente) del creditore allo scambio, oggettivamente valutato alla luce "del programma di utilità e convenienze incorporato nel regolamento contrattuale", in ragione del quale il creditore si è indotto a concludere il contratto³⁷.

Secondo questa tesi, al verificarsi dell'impossibilità sopravvenuta totale, la risoluzione del contratto è causata dall'inattuabilità del rapporto di scambio, così come nell'ipotesi di impossibilità parziale, la riduzione della prestazione si apprezza proprio con riferimento al valore economico dello scambio, cioè al bilanciamento operato tra i contrapposti interessi delle parti al fine di ripristinare l'equilibrio del sinallagma. Viceversa la valutazione in ordine alla legittimità del recesso ex art. 1464 c.c. deve essere svolta avendo riguardo all'utilità soggettiva della prestazione attesa dal creditore al momento della stipula del contratto (desumibile dal regolamento contrattuale), confrontata con l'utilità soggettiva successiva al verificarsi dell'impossibilità sopravvenuta parziale. Dal citato confronto è possibile desumere l'eventuale persistente interesse del creditore allo scambio, tenendo sempre presente, per garantire la dovuta tutela al debitore, l'operazione economica che le parti, di comune accordo, intendevano perseguire al momento della stipula.

³⁵ Cfr. MIRABELLI, *Contratti in generale*, 647 ss.

³⁶ Cass. 19 settembre 1975, n. 3066, in *Mass. Giur. It.*, 1975, 879.; Cass. 8 marzo 1960, n. 430, *ivi*, 1960, 110; Cass. 17 luglio 1987, n. 6299, in *Mass. Foro it.*, 1987, 1066. In dottrina: M. TAMPONI, in *Contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, 1549.

³⁷ CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, 500 ss.

Per quanto concerne la natura giuridica del recesso di cui al citato art. 1464 c.c., alcuni autori vi ha ravvisato un'ipotesi di risoluzione giudiziale su istanza di parte, a fronte dello scioglimento automatico del contratto proprio dell'impossibilità sopravvenuta totale³⁸. Tuttavia la tesi preferibile e dominante in dottrina colloca il recesso nell'ambito dei diritti potestativi da esercitarsi in via stragiudiziale³⁹.

Si riscontrano diverse opinioni anche in merito all'efficacia retroattiva del recesso; in particolare, vi è chi⁴⁰ ritiene che l'esercizio del recesso non possa avere effetto recuperatorio, potendo essere esercitato dal creditore insoddisfatto solo finchè il contratto non abbia avuto un inizio di esecuzione; una volta eseguita anche solo parzialmente la prestazione, il creditore perderebbe la facoltà di scelta di cui all'art. 1464 c.c., rimanendogli solo la risoluzione o la modifica. La cennata ricostruzione è contestata dalla dottrina maggioritaria, che estende al recesso gli effetti retroattivi di cui all'art. 1463 c.c.. Opinare diversamente porterebbe all'assurda conseguenza che laddove l'impossibilità che sopravvenga allorché il creditore ha soltanto iniziato ad eseguire la propria prestazione sia totale, questi può recuperare quanto prestato; se, viceversa l'impossibilità, pur essendo soltanto parziale, causi il venir meno dell'interesse allo scambio, il creditore che intende recedere sarebbe oramai privato dell'effetto recuperatorio, avendo iniziato ad eseguire la propria prestazione. Dovrebbe allora accontentarsi del più blando rimedio della riduzione, con la perdita della possibilità di recedere solo perché, paradossalmente, è stato troppo celere nell'iniziare l'esecuzione della prestazione. Sulla scorta di queste argomentazioni la dottrina⁴¹ ha escluso che, di fronte all'impossibilità parziale sopravvenuta che faccia venir meno l'interesse del creditore allo scambio, il recesso perda l'effetto recuperatorio solo perché sia stata puntualmente avviata l'esecuzione della prestazione dalla parte creditrice.

f) Subingresso del creditore nei diritti del debitore.

L'impossibilità della prestazione di una cosa determinata, sia essa totale o parziale, provoca non soltanto l'estinzione o la limitazione sul piano quantitativo

³⁸ Così A. DALMARTELLO, in *Noviss. Dig. it.*, voce *Risoluzione del contratto*, 128 ss.

³⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1961, 275 ss.

⁴⁰ G. SCALFI, in *Enc. giur.*, voce *Risoluzione del contratto*, 11;

⁴¹ L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta, art. 1463-1466*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, 2002, 163.

dell'obbligazione, ma è causa del subentrare del creditore nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha prodotto l'impossibilità (art. 1259 c.c.). Il descritto meccanismo di subingresso nei diritti spettanti al debitore verso terzi in conseguenza della sopravvenuta impossibilità non è soltanto l'espressione del principio dell'ingiustificato arricchimento (legato all'iniustizia di consentire al debitore, oltre alla liberazione dall'obbligazione, anche il risarcimento o l'indennità surrogatoria della prestazione), ma trova piuttosto fondamento nel principio di onnicomprensività della spettanza del bene al creditore, in virtù del quale il diritto avente ad oggetto un bene determinato concerne tutte le pretese spettanti al debitore nella qualità di titolare dello stesso. Ne consegue che il creditore subentra nel diritto di risarcimento o indennizzo vantato dal debitore verso il terzo, in tal modo surrogando l'originario diritto oramai venuto meno a seguito del verificarsi dell'impossibilità.

Oggetto di contrastanti interpretazioni è l'ambito di applicazione della norma, sia dal punto di vista delle prestazioni cui la disciplina in oggetto è applicabile, che sotto il diverso aspetto della ricorrenza dei presupposti per l'operatività della stessa.

Per quanto concerne la prima delle citate problematiche, parte della dottrina ritiene che la surrogazione, nonostante il tenore letterale dell'art. 1259 c.c., possa estendersi anche oltre l'ambito delle obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di dare cose determinate, giungendo a comprendere anche le prestazioni di fare, nelle quali il debitore potrebbe avere diritto ad una indennità integrante un elemento rappresentativo della prestazione divenuta impossibile⁴². Fondamento di questa ricostruzione si rinviene nel principio del cd. *commodum repraesentationis*, secondo cui il creditore insoddisfatto a causa del verificarsi dell'impedimento non imputabile al debitore, acquisisce il diritto di ottenere tutto ciò che viene attribuito al debitore in dipendenza dell'evento, in qualità di surrogato o di "elementi rappresentativi" della mancata prestazione ed a prescindere dalla natura dell'oggetto dell'obbligazione resasi impossibile per fatto del terzo. Sebbene

⁴² Cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Art. 1230-1259, cit., 523 ss. L'Autore sottolinea come nella previsione dell'art. 1259 c.c. non possano essere incluse le mere prestazioni di consegnare una cosa determinata, la quale, in virtù del principio con sensu lato, sia già entrata nel patrimonio del creditore. In questo caso, infatti, non vi sarebbe motivo di ricorrere al meccanismo del subingresso, in quanto al creditore, in quanto titolare del diritto, spettano anche le azioni e le pretese derivanti dal fatto che ha causato l'impossibilità della consegna. Ne consegue che la citata norma si riferisce alle ipotesi in cui l'efficacia del trasferimento è differita.

risultati più complessa l'individuazione di un elemento patrimoniale rappresentativo dell'oggetto della prestazione di fare o di non fare, non può escludersi che il debitore possa aver diritto ad una indennità che costituisce l'elemento rappresentativo ovvero il surrogato della prestazione di fare dedotta in obbligazione; è questa, ad esempio, l'ipotesi del debitore che abbia assicurato la prestazione divenuta impossibile ed al quale, dunque, spetti l'indennità di assicurazione.

In merito all'individuazione dei presupposti che consentono l'applicabilità del meccanismo surrogatorio, è discussa l'operatività della norma al di fuori delle ipotesi di fatto illecito compiuto dal terzo e fonte di risarcimento in senso proprio ex art. 2043 c.c.. La dottrina prevalente sembra propendere per una interpretazione estensiva, fondata sul dato letterale che consente il subingresso nei diritti del debitore "in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità"; non sembra corretto, dunque, limitare l'operatività della norma alla sola ipotesi dell'illecito compiuto dal terzo, potendo la stessa estendersi ad ogni ostacolo sopravvenuto, compresi il caso fortuito e il *factum principis*. Ne consegue che, laddove il fatto del terzo produca l'impossibilità sopravvenuta totale o parziale e sussistano diritti rappresentativi della prestazione divenuta impossibile, si verifica l'operatività dell'art. 1259 c.c., a prescindere dalla natura lecita o illecita della causa dell'impossibilità.

La norma in parola si ritiene applicabile anche nei rapporti sorti da contratti a prestazioni corrispettive, pur se con gli opportuni adattamenti; è, infatti, evidente che il creditore non può rifiutarsi di eseguire la controprestazione ex art. 1463 c.c. e contemporaneamente surrogarsi nei diritti spettanti alla controparte. L'utilità del meccanismo del subingresso può, però, venire in rilievo tutte le volte in cui la controprestazione è stata già effettuata e risulta oramai irripetibile; in tal caso il creditore potrà soddisfarsi ottenendo ciò che eventualmente spetta al debitore in seguito al verificarsi dell'impossibilità.

2- Obbligazioni di mezzi e di risultato: persistente unità del concetto e della disciplina dell' obbligazione.

Come è noto, la teoria che distingue obbligazioni di mezzi da obbligazione di risultato, nata in Germania e sviluppatasi successivamente in Francia ed in Italia, definisce le prime come obbligazioni oggetto delle quali è il dispiegamento di un'attività, di un comportamento qualificato da un certo grado di convenienza o utilità, in ordine alla realizzazione di un risultato che non è dovuto perché non compreso nel contenuto dell'obbligazione. Tali obbligazioni sono cioè dirette all'apprestamento dei mezzi necessari all'attuazione mediata di uno scopo che non è di per sé incluso nella sfera dell'obbligo. A questa categoria di obbligazioni sono riconducibili quella del mandatario, del medico, dell'avvocato e più in generale del prestatore d'opera.

Si definiscono, al contrario, obbligazioni di risultato quelle nelle quali non è dovuto il compimento di una certa attività, bensì il diretto conseguimento del risultato, che consiste in una realizzazione finale in cui si risolve lo scopo economico del creditore. A questa categoria appartengono l'obbligazione del vettore nel trasporto di persone, ovvero dell'albergatore per le cose portate in albergo dai clienti, o dell'assicuratore.

L'analisi della teoria di cui sopra risulta necessaria ai fini della presente trattazione, nella misura in cui si ritenga che, dalla citata distinzione in termini di natura giuridica tra obbligazioni di mezzi e di risultato, derivi una differenza di disciplina in tema di responsabilità, nonché di imputabilità dell'inadempimento, tale da mettere in crisi l'unitarietà del concetto di obbligazione⁴³.

All'uopo si afferma che alla categoria di obbligazioni di mezzi sarebbe da applicare prevalentemente la norma sul dovere di diligenza (art. 1176 c.c.), il cui rispetto sarebbe sufficiente ad esonerare il debitore da responsabilità, generando nell'ambito della risoluzione per impossibilità sopravvenuta l'automatico scioglimento del contratto per il verificarsi di un evento non prevedibile né superabile con la dovuta diligenza. La stessa norma non troverebbe, invece, applicazione nel diverso contesto di un'obbligazione di risultato, laddove il debitore rimane responsabile per il mancato conseguimento del risultato promesso pur avendo tenuto un comportamento diligente. Si ritiene, cioè, che la diversa delimitazione della prestazione dovuta possa incidere sul giudizio di impossibilità

⁴³ M. G. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 16 ss.

dell'esecuzione: nelle obbligazioni cd. di mezzi il debitore è liberato quando risulta impossibile quella specifica attività dedotta in obbligazione; nelle obbligazioni di risultato, invece, il debitore è esonerato solo quando risulta impossibile realizzare lo scopo mediante qualsiasi attività strumentale⁴⁴.

Il quadro sopra delineato viene fortemente criticato da autorevole dottrina⁴⁵, la quale nega l'assunto su cui si basa la citata teoria; secondo questi autori, infatti, non ha alcun fondamento l'affermazione che vi sarebbero delle obbligazioni in cui non è dovuto il risultato. La prima smentita di questo enunciato potrebbe, in primo luogo, evincersi testualmente dall' art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione deve sempre corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore; in qualsiasi tipo di obbligazione, infatti, il debitore tende a soddisfare un interesse del creditore, procurandogli una determinata utilità che, già di per sé, rappresenta il risultato dedotto in obbligazione, pur se lo stesso non coincide con l'eventuale ulteriore obiettivo che il creditore intende perseguire. La teoria criticata muove dalla confusione tra il risultato proprio di quella specifica obbligazione e quello esterno la cui realizzazione non è affatto compresa nel contenuto dell'obbligazione. Il risultato, in altre parole, è un concetto relativo e pertinente alla singola prestazione, per cui qualsiasi azione, anche se strumentale rispetto ad un fine ulteriore, rappresenta di per sé "il risultato" di quella obbligazione. La tradizionale dottrina, secondo cui le obbligazioni di mezzi non comportano il perseguimento di un risultato, cadrebbe nell'errore di prendere in considerazione l'interesse remoto e del tutto estraneo al rapporto obbligatorio, non tenendo conto dell'interesse attuale del creditore a ricevere il singolo apporto dovuto.

Le frequenti affermazioni tese a sostenere che l'obbligazione del medico non è un'obbligazione di risultato perché egli non si impegna a guarire il malato, così come non lo è quella dell'avvocato che non si impegna a garantire la vittoria al cliente, non fanno altro che confondere lo scopo esterno ed ulteriore del creditore con lo specifico interesse che caratterizza il contenuto dell'obbligazione, il cui solo soddisfacimento rappresenta il risultato bramato dal creditore e dedotto in contratto. Il creditore, pertanto, mira ad uno scopo in tutte le obbligazioni di mezzi; tale risultato può definirsi frammentario rispetto ad uno scopo più esteso

⁴⁴ Cfr. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., vol. IV, p. 74.

⁴⁵ L. MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta*, in *Enc. del diritto*, XX, 1970, 410, secondo il quale questa teoria ha avuto una vasta, sebbene immeritata fortuna; M. G. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., 20.

che però, rimanendo al di fuori del contenuto dell'obbligazione, è da considerarsi giuridicamente irrilevante.

Ne consegue che, essendo anche le obbligazioni cd. di mezzi tese al conseguimento di un risultato, il debitore non potrà ritenersi liberato sulla base della sola dimostrazione di aver utilizzato la diligenza richiesta; al contrario, lo stesso dovrà rispondere dell'inadempimento a lui imputabile, indipendentemente dal rispetto della norma del comportamento diligente.

La stessa dottrina che nega l'esistenza di obbligazioni di mezzi in cui non è dovuto un risultato, a dimostrazione dell'infondatezza anche della contrapposta categoria di obbligazioni di solo risultato – in cui non vi sarebbe comportamento giuridicamente rilevante del debitore – richiama la differenza tra diritto reale e diritto di credito. Mentre il titolare di un diritto reale ottiene il godimento immediato delle utilità derivanti dalla *res*, il titolare di un diritto di credito ha sempre bisogno della collaborazione del debitore per conseguire il risultato promesso. L'attività di cooperazione dell'obbligato è, dunque, sempre giuridicamente rilevante, in quanto è l'unica che consente al creditore di realizzare lo scopo promesso. Quanto detto appare confermato dalla circostanza che anche nelle obbligazioni di dare è necessario la predisposizione dell'oggetto della prestazione (ad esempio il danaro), così come nelle obbligazioni di non fare è comunque necessario un comportamento del debitore che si traduca in un'astensione volta a conservare lo stato di cose esistente. Va, dunque, contestata l'idea di obbligazioni in cui sia dovuto esclusivamente il risultato e non lo sforzo necessario per conseguirlo.

In conclusione, sulla scorta della citata dottrina, sembra potersi affermare che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, se pur rileva dal punto di vista formale quale criterio di classificazione delle prestazioni, non pregiudica l'unitarietà del concetto di obbligazione, né implica la formazione di distinte discipline di responsabilità o imputabilità dell'inadempimento⁴⁶.

⁴⁶ “La classica distinzione tra prestazioni di dare e prestazioni di fare è solo approssimativa e non scientifica, una distinzione che si fonda su quello che può chiamarsi l'anello ultimo della catena del comportamento. Non è già invero che in una categoria di obbligazioni vi sia solo un dare e nell'altra solo un fare, ma in una categoria il dare e nell'altra il fare sono gli elementi più vicini allo scopo, al risultato cui mira il creditore”: cit. da L. MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta*, cit., 412.

3- Imputabilità e dovere di diligenza

La tradizionale formula di cui all'art. 1176 c.c., secondo cui il debitore è tenuto alla diligenza del buon padre di famiglia, esprime la nozione di normale diligenza intesa come impiego di energie e mezzi utili alla realizzazione di un determinato interesse creditorio. Come affermato dalla stessa giurisprudenza, la diligenza si pone come criterio generale offerto all'interprete per valutare la condotta dell'obligato nell'adempiere le obbligazioni da lui assunte, come regola e misura di comportamento del debitore.

Differenti sono, come è noto, gli aspetti della diligenza. In primo luogo vi è la cura, intesa come attenzione volta al soddisfacimento dell'interesse creditorio; il debitore diligente dovrà, cioè, prendere le necessarie iniziative per l'adempimento, seguire l'esecuzione corretta della prestazione, curare la fase preparatoria dell'adempimento. Altro aspetto della diligenza è la cautela, intesa come osservanza scrupolosa delle misure idonee ad evitare che vengano in qualsiasi modo pregiudicati gli interessi tutelati del creditore. Infine si annoverano la perizia, cioè l'impiego di adeguate nozioni e strumenti tecnici, nonché la legalità ovvero l'osservanza delle norme giuridiche rilevanti al fine del rispetto della sfera giuridica del creditore.

Si ritiene tradizionalmente che la colpa si risolva nella mancanza di diligenza: viene svilito l'aspetto "psicologico" per spostare l'attenzione sul dato dell'attenzione, della perizia e dello sforzo tenuto dal debitore. In ordine alla natura giuridica della regola di diligenza, parte della dottrina la ritiene fonte autonoma di doveri strumentali per il debitore, come l'obbligo di preservare la stessa possibilità di adempimento; altri autori ritengono, invece, che la diligenza non sia fonte di obblighi, ma solo criterio di misura della responsabilità, in quanto la condotta dovuta sarebbe già delineata sulla base di principi diversi, quale quello di buona fede⁴⁷.

Nelle prestazioni comuni e professionali è generalmente richiesto l'impiego di una diligenza media, commisurata cioè alle capacità psichiche dell'uomo medio ed alla sua volontà ed intelligenza. Al debitore viene richiesto di impiegare, nell'esecuzione della prestazione, un complesso di cure e cautele la cui misura potrà variare in relazione alla concezione morale e sociale dell'epoca in cui ci si trova. Tale obbligo si considera applicabile a qualsiasi specie di obbligazioni e

⁴⁷ Cfr. S. RODOTÀ, in *Enc. del dir.*, voce *Diligenza (dir. civ.)*, 540

viene considerato condizione necessaria (ma, secondo alcuni, come si vedrà, non sufficiente) affinché il debitore possa considerarsi liberato dal vincolo obbligatorio per il verificarsi di un'impossibilità sopravvenuta.

Parte della dottrina rileva come possa cogliersi, in tempi recenti, a causa della complessità della vita attuale, un adeguamento maggiore alla concretezza dell'attività posta in essere ed un conseguente ridimensionamento della formula tradizionale di cui al primo comma dell'art. 1176 c.c.; del resto lo stesso comma secondo del citato articolo si preoccupa di commisurare la diligenza non alle generiche capacità dell'uomo medio, bensì alla natura dell'attività esercitata. Questa regola vale, in particolar modo, per le prestazioni di lavoro subordinato, ai sensi dell'art. 2104 c.c., oltre che per le obbligazioni assunte dall'imprenditore nell'esercizio dell'impresa. Sembra, pertanto, evidente che il concetto di diligenza (ed il correlativo concetto di colpa) si allontani dal tradizionale riferimento soggettivo o morale, per assumere gradualmente un significato sempre più oggettivo e tarato sulla concreta prestazione oggetto del contratto.

Si ritiene, in particolare, che il debitore debba attenersi ad un comportamento diligente in primo luogo durante la fase dell'esecuzione della prestazione, laddove un'eventuale negligenza gli renderebbe imputabile qualsiasi difetto nell'adempimento. L'obbligato è, inoltre, tenuto ad osservare le regole della prudenza nella prevenzione di ostacoli che rendano impossibile l'adempimento: se, infatti, il debitore non si è impegnato ad impedire un evento che era prevedibile alla stregua di ordinaria diligenza, lo stesso impedimento sopravvenuto non potrà che essergli imputato. Infine, dovrà mantenere lo stesso comportamento diligente nella terza fase rappresentata dal compimento di attività idonee ad attenuare gli effetti degli ostacoli all'adempimento che si siano verificati.

Si parla, in questo ultimo caso, di diligenza successiva ed un'ipotesi emblematica è ravvisabile nello sciopero indetto in uno stabilimento produttivo e che impedisca all'imprenditore di mantenere gli impegni contrattualmente assunti. Al fine di potersi liberare da responsabilità il datore di lavoro non potrà soltanto dimostrare il verificarsi dello sciopero inteso quale impedimento sopravvenuto, ma, affinché lo stesso possa dirsi a lui non imputabile, dovrà dimostrare di aver

adottato di fronte al citato impedimento tutte le misure prescritte dall'ordinaria diligenza⁴⁸.

Se, dunque, l'obbligo di diligenza, così come configurato dalla dottrina, viene spinto fino al punto da imputare alla negligenza e dunque alla colpa del debitore la circostanza di non aver adottato le misure idonee a prevenire l'impossibilità, ne consegue che criterio di imputazione dell'inadempimento non è altro che la riconducibilità dell'evento alla sfera di controllo dell'obbligato, il quale avrebbe potuto impedire il verificarsi dell'ostacolo; non avendo egli impiegato i mezzi dedotti in obbligazione per prevenire l'impedimento, è considerato per ciò stesso responsabile⁴⁹.

4- Causa non imputabile e colpa: quali i limiti dello sforzo debitorio?

Sulla base delle considerazioni sinora svolte emerge la necessità di interrogarsi sul ruolo della colpa nella valutazione della causa di impossibilità di cui all'art. 1218 c.c.. In particolare la dottrina si è chiesta se, anche in mancanza di colpa, la causa di impossibilità possa essere imputata al debitore con conseguente esclusione dello scioglimento automatico del contratto: “la colpa o la cd. imputabilità del debitore, mentre costituiscono sicuramente il presupposto della sanzione del risarcimento del danno (art. 1218 c.c.), non sempre né altrettanto sicuramente costituiscono il presupposto degli altri mezzi di tutela accordati al creditore di fronte al mancato soddisfacimento del suo interesse”⁵⁰. In effetti non sembra, dall'analisi delle norme del Codice Civile, che il legislatore abbia inteso configurare la non imputabilità dell'impedimento in ogni ipotesi di assenza di colpa dell'obbligato. Al riguardo può farsi riferimento all'art. 1455 c.c., ove il legislatore richiama esclusivamente l'interesse del creditore in ordine all'importanza dell'inadempimento, prescindendo dalla colpa del debitore.

Nonostante ciò “una massima che ha attraversato i secoli”⁵¹ ha fatto coincidere imputabilità e colpa: qualsiasi conseguenza che l'ordinamento riconnette all'inadempimento presupporrebbe un comportamento colpevole del debitore. La causa non imputabile viene letta, cioè, come causa incolpevole e

⁴⁸ Così L. MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta*, cit., 422.

⁴⁹ Così L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, art. 1463-1466, cit., p. 76-77.

⁵⁰ Così M. GIORGIANNI, in *Enc. del dir.*, voce *Inadempimento (dir. priv.)*, 1970, 861.

⁵¹ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, 55.

poiché la colpa non è altro che il contrario della diligenza richiesta al buon padre di famiglia, l'imputabilità dell'inadempimento viene valutata alla luce dell'art. 1176 c.c., il quale dispone che il debitore deve adempiere l'obbligazione con la diligenza del buon padre di famiglia. Tale disposizione, infatti, viene ritenuta norma di completamento del regime della responsabilità per inadempimento di cui all'art. 1218 c.c..

Nelle formulazioni di principio della dottrina, infatti, si tende ad attribuire alla responsabilità per inadempimento un fondamento morale, mettendola in relazione con quel comportamento del debitore riconducibile al concetto di colpa. In tal senso sembrava indirizzarsi anche il Codice del 1965, il quale tendeva ad identificare la non imputabilità con l'assenza di colpa, disponendo nell'art. 1226 che il debitore non fosse tenuto ad alcun risarcimento del danno laddove, in conseguenza di forza maggiore o caso fortuito gli fosse stato impedito dare o fare ciò a cui si era obbligato. La citata norma, attribuendo efficacia liberatoria al caso fortuito, cioè ad un evento estraneo non riconducibile al debitore, venne utilizzata al precipuo fine di individuare nella colpa il fondamento della responsabilità del debitore inadempiente, considerata la preminenza che veniva attribuita, ai fini della liberazione da responsabilità, all'elemento soggettivo del comportamento del debitore.

In particolare merita di essere ricordata la teoria del Barassi, tesa a dimostrare il fondamento della responsabilità per inadempimento sulla colpa del debitore⁵². L'Autore prendeva le mosse dalle norme contenute nel Codice Civile del 1965, artt. 1224, 1225 e 1226 c.c. La prima disposizione imponeva al debitore di utilizzare la diligenza del buon padre di famiglia nell'adempimento dell'obbligazione, mentre le altre due regolavano la responsabilità del debitore per inadempimento. Dal combinato disposto di queste tre norme, collocate in successione immediata tra di loro, il Barassi desumeva che il debitore non fosse tenuto ad una qualsivoglia intensità di sforzo per eseguire la prestazione, ma soltanto allo sforzo normalmente richiesto per il conseguimento del medesimo scopo, ovvero all'utilizzo di quel grado di diligenza richiesto al buon padre di famiglia per poter adempiere.

Contro questa integrazione tra l'art. 1218 (che prende il posto degli artt. 1225 e 1226 del Codice previgente) e 1176 (che sostituisce l'art. 1224) del vigente

⁵² L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946.

Codice Civile si schierava altra dottrina⁵³, sottolineando che mentre la prima norma determina le conseguenze dell'inadempimento, la seconda, viceversa, definisce le modalità dell'adempimento: il citato art. 1176 ha, cioè, il solo compito di individuare la misura dell'esatto adempimento nelle obbligazioni aventi come oggetto o come elemento integrante un'attività del debitore. Con la nuova sistemazione delle norme operata dal Codice Civile viene eliminato anche quel collegamento tra le citate norme, in quanto l'art. 1176 viene inserito tra le disposizioni che disciplinano l'adempimento, mentre l'art. 1218 è stato correttamente collocato nell'ambito delle disposizioni che regolano la fattispecie dell'inadempimento. La nuova collocazione delle norme, secondo questa dottrina, non dovrebbe più dar adito a dubbi ovvero ad equivoci dottrinali.

Nessuna interdipendenza esisterebbe, di conseguenza, tra diligenza ed impossibilità, potendo le stesse coesistere in quanto dirette a regolare aspetti distinti di un medesimo fenomeno. La colpa, pur configurando il presupposto necessario della responsabilità contrattuale, non appare requisito della risoluzione, la quale, invece viene fondata sul fatto oggettivo dell'inadempimento della prestazione. E' appena il caso di rilevare, infine, che far coincidere l'imputabilità dell'impedimento con la nozione di colpa, piuttosto che con il dato oggettivo dell'inadempimento, implica un'estensione delle ipotesi di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta.

La tradizionale prospettiva che rinviene nella mancanza di adeguata diligenza il solo criterio di imputabilità dell'impedimento al debitore viene, dunque, fortemente messa in discussione dalla dottrina che abbraccia la tesi dell'oggettività dell'impedimento come principio alla cui stregua apprezzare l'imputabilità. Nell'ambito di quest'ultima ricostruzione, alcuni autori avvicinano la nozione di impossibilità sopravvenuta a quella di caso fortuito, nella quale sono compresi tutti quegli ostacoli caratterizzati, sotto il profilo causale, dall'estraneità alla sfera di influenza del debitore. Risulta imputabile al debitore, secondo questa impostazione, ogni evento rientrante nella propria sfera di competenza e di

⁵³ G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, cit., 84; ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. Trim.*, 1954, 607; ID., voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. it.*, 293: "è solamente frutto di un equivoco ritenere che la norma dell'art. 1218 sia integrata da quella dell'art. 1176, che impone al debitore di usare nell'adempimento la diligenza del buon padre di famiglia, di guisa da giustificare la tesi secondo cui la colpa del debitore medesimo è presupposto essenziale della sua responsabilità per inadempimento".

organizzazione: il criterio della diligenza del buon padre di famiglia perde il suo ruolo nella valutazione di imputabilità della causa di impossibilità⁵⁴.

Qualsiasi evento impeditivo che renda impossibile la prestazione, ma che possa essere evitato con i mezzi dedotti in obbligazione, è imputabile al debitore in quanto, in questo caso, lo stesso non ha utilizzato le misure in concreto possibili per contrastare o rimuovere l'impedimento. Per quanto concerne gli ostacoli inevitabili, invece, si ritengono imputabili al debitore tutti e solo quelli che ricadano nell'ambito della sua sfera di controllo. Può dirsi sussistente, pertanto, una causa di impossibilità sopravvenuta che esoneri il debitore e risolva automaticamente il contratto solo quando si tratti di un ostacolo non superabile con i mezzi dedotti in obbligazione ed estraneo al rischio tipico ovvero ai calcoli economici dell'obbligato. Più in generale, prescindendo dalla diligenza utilizzata e dunque dalla colpa, è possibile escludere l'imputabilità dell'impedimento solo allorquando non sia riscontrabile alcun nesso causale o connessione occasionale tra lo stesso e la cerchia di attività del debitore.

Rimane da sottolineare che i cennati criteri di imputazione della causa non imputabile sono passibili di modifica in relazione alla natura dell'attività svolta dalla parte debitrice. Uno stesso impedimento, infatti, potrà dirsi imputabile o meno al debitore a seconda del concreto ambito di estensione della sfera di controllo allo stesso riconducibile. Ruolo determinante nell'orientare l'interprete in questi casi verrà assunto dal regolamento di interessi e, soprattutto, dalla distribuzione dei rischi contenuta nel contratto. Nella individuazione degli impedimenti imputabili all'obbligato sarà, pertanto, necessario attenersi all'area di rischio ritenuta controllabile dal debitore e delineata in origine dalle parti. Ad esempio, limitatamente al campo delle prestazioni d'impresa, criterio di imputazione della causa di impossibilità al debitore è il cd. rischio d'impresa: all'imprenditore vengono imputati tutti gli eventi che realizzano rischi tipicamente collegati con la propria attività, di cui lo stesso è obbligato a tener conto nella fase di assunzione dell'obbligazione, pur avendo utilizzato la diligenza dovuta per evitarne il verificarsi. La sfera di controllo del debitore è anche la sfera degli eventi che lo stesso è tenuto a controllare per legge o in virtù dell'assunzione

⁵⁴ G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, art. 1218-1221, in *Commentario del codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987, 353; causa non imputabile è "ogni evento interamente estraneo alla sfera di controllo dell'obbligato e da lui inevitabile, e in rapporto causale con una effettiva impossibilità di adempiere".

dell'obbligo concreto, cioè del rischio contrattualmente assunto. Ai fini della risoluzione del contratto, dunque, la non imputabilità verrà riscontrata in un numero più ristretto di ipotesi, in quanto sarà apprezzata in maniera più rigorosa, se si tratta di una prestazione d'impresa divenuta impossibile; apparirà, viceversa meno contenuta l'elencazione di eventi ritenuti estranei e non controllabili da un debitore non imprenditore.

Capitolo II

La corrispettività nel rapporto di lavoro ed il regime delle sospensioni

1- La natura giuridica del contratto di lavoro

La classificazione del contratto di lavoro tra i contratti di scambio, riscontrabile nelle più recenti pronunce giurisprudenziali, risale a più antiche elaborazioni dottrinali⁵⁵, assertrici della matrice contrattuale del rapporto di lavoro, la cui causa si rinviene appunto nello “scambio” tra energie umane e corrispettivo. Sin dall’inquadramento del rapporto di lavoro nell’ambito della cd. *locatio operarum*, si è, infatti, affermata l’esistenza di un nesso di corrispettività tra le prestazioni nascenti dal contratto, in virtù del quale una obbligazione sorge in funzione dell’altra. Non sembrerebbe, dunque, potersi negare l’integrale applicazione delle norme civilistiche che trovano la loro fonte nel sinallagma genetico e funzionale del rapporto; tra queste rilevano in particolar modo, per l’applicazione quanto meno problematica che presentano nell’ambito del rapporto di lavoro, le disposizioni concernenti il rimedio sinallagmatico della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione. Né dovrebbe destar meraviglia il fatto che, nella più corretta applicazione delle norme privatistiche, “se una parte di lavoro non fu fatta è anche giusto che la corrispondente mercede non venga pagata, perché normalmente la mercede presuppone un lavoro eseguito”⁵⁶.

Eppure nell’ambito del rapporto di lavoro sono numerose le ipotesi in cui il datore rimane obbligato all’esecuzione della propria prestazione, pur in difetto dell’altrui controprestazione. Basti richiamare le sospensioni del rapporto di lavoro per malattia, infortunio, gravidanza e puerperio, oltre alle ipotesi di ferie retribuite, ma anche i permessi, i congedi, le aspettative e le pause per l’esercizio dei diritti sindacali. Gli stessi principi costituzionali, del resto, impongono di distaccarsi dall’asettica proporzionalità tra le reciproche prestazioni: l’art. 36 Cost. garantisce infatti al lavoratore, in ogni caso, il diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente ad assicurare allo stesso ed alla sua famiglia un’esistenza libera e dignitosa⁵⁷.

⁵⁵ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1915.

⁵⁶ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., pp. 558-559.

⁵⁷ Nella stessa direzione si orienta il successivo art. 37 Cost. che, prevedendo il diritto di donne e minori alla parità retributiva con gli altri lavoratori a parità di lavoro, indirettamente deroga al

Sorgono ulteriori dubbi sull'applicabilità, *sic et simpliciter*, della categoria civilistica della sinallagmaticità, a causa della presenza nel diritto del lavoro di una ineliminabile dimensione collettiva a fronte degli interessi individuali del singolo contraente. Appare, in effetti, difficilmente conciliabile l'autonoma valutazione degli interessi su cui si fondano le regole privatistiche (in virtù delle quali il contraente accetta di obbligarsi solo a condizione che anche l'altra parte compia a sua volta un sacrificio che soddisfi il proprio interesse) con la prevalenza, sulla manifestazione di volontà del lavoratore, di clausole individuate dai rappresentanti degli interessi collettivi.

La dottrina si è, pertanto, interrogata sulla possibilità di riscontrare il nesso di corrispettività, esistente nei contratti privatistici, anche nel contratto di lavoro, data la cennata incongruenza tra i principi civilistici e la constatazione che, frequentemente, nel rapporto di lavoro il diritto alla retribuzione rimane slegato dall'effettiva erogazione della prestazione⁵⁸. Si afferma, in particolare, che “costituisce tendenza innata del pensiero scientifico quella di avvalersi nella definizione di fenomeni, che pure si presentano con importanti caratteri di novità, di strumenti concettuali già conosciuti e consolidati”⁵⁹. Sulla base di questa “tendenza innata” la dottrina prevalente tende ad inquadrare i rapporti di lavoro nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, classificandoli nel più ampio ambito del rapporto di locazione, inteso come scambio tra il godimento di un bene (la prestazione delle energie lavorative del dipendente) verso il relativo compenso. All'interno di questa categoria di contratti, si riscontra l'ulteriore distinzione tra la *locatio operarum*, connotata dalla messa a disposizione delle energie del prestatore, e la *locatio operis*, individuata nella fornitura di un'opera o di un servizio, senza vincolo di subordinazione. In netto contrasto con tali letture della natura giuridica del contratto di lavoro, vi è chi⁶⁰ ha ritenuto opportuno procedere con approccio realistico, sottraendosi agli effetti suggestivi della concezione contrattualistica del rapporto di lavoro.

principio della proporzionalità tra quantità di lavoro svolto e corrispettivo, laddove, come normalmente avviene, alla “parità di lavoro” si attribuisca il significato non di “parità di rendimento” ma di “parità di qualifica”.

⁵⁸ In tal senso L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, pp. 38-39. L'Autore sottolinea come “la classificazione del contratto di lavoro tra i contratti di scambio a prestazioni corrispettive sia da lungo tempo più un portato delle prime elaborazioni teoriche della materia che il frutto di un'adeguata considerazione della funzione e dell'attuale regolamentazione del contratto, del rapporto di lavoro e, in particolare, dell'obbligazione retributiva”.

⁵⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1990, p. 9.

⁶⁰ R. SCOGNAMIGLIO, cit., p.10.

Pur non escludendo la sussistenza di elementi di contrattualità nell'ambito del suddetto rapporto, si intende rilevare come il ricorso allo schema del contratto a prestazioni corrispettive “non appare in grado di comprendere nel suo ambito, e di esprimerla, la diversa, esorbitante realtà del lavoro subordinato e della sua disciplina giuridica”⁶¹. In evidente contrasto con i connotati di un rapporto contrattuale paritario si pone, secondo la citata dottrina, l'evidente stato di soggezione in cui si trova il lavoratore alle altrui dipendenze, al fine di soddisfare l'imprescindibile bisogno di mantenimento proprio e della famiglia. Pertanto i rimedi contrattuali delineati a favore del contraente debole di stampo civilistico (riveste tale ruolo, in particolare, il consumatore nei confronti dell'imprenditore) non sono idonei ad espletare adeguata tutela anche per il lavoratore subordinato, il quale con lo svolgimento della prestazione alle altrui dipendenze, realizza valori morali e professionali della persona umana⁶².

Questo è il motivo per il quale il legislatore ha sottratto in larga parte ai soggetti privati il potere di regolamentare i propri interessi in maniera discrezionale, provvedendo a fissare condizioni minime di trattamento dei lavoratori, mentre i singoli contraenti possono esclusivamente pattuire, caso per caso, clausole più favorevoli al prestatore di lavoro. Proprio il ruolo ridimensionato che il legislatore attribuisce all'autonomia delle parti del rapporto di lavoro induce ad escludere, secondo la citata dottrina, che possano essere applicate integralmente le norme che dettano la disciplina generale dei contratti⁶³; né trovano applicazione i vizi del sinallagma genetico, causati dalla iniquità delle condizioni in cui è stato concluso il contratto e cui pongono rimedio la rescissione, di cui all'art. 1447 c.c., nonché all'art. 1448 c.c.. Sono costituzionalmente stabiliti, infatti, i requisiti di proporzionalità (alla quantità e qualità del lavoro svolto) e sufficienza (a soddisfare le esigenze di mantenimento del lavoratore e della famiglia) propri della retribuzione dovuta (art. 36 Cost.), che la contrattazione

⁶¹ Così R. SCOGNAMIGLIO, cit., p. 10.

⁶² In ordine alla “duplice” soggezione del prestatore di lavoro, sia dal punto di vista della inferiorità socio-economica, che sotto il profilo dell'esposizione giuridicamente sanzionata ai poteri datoriali, si v. R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.

⁶³ In particolare si sottolinea come “la circostanza che la regolamentazione del rapporto non derivi, se non marginalmente, dagli accordi delle parti toglie ogni spazio, o quasi, alla considerazione del voluto, come della mancanza e/o dei vizi del volere, e alle relative azioni di accertamento o impugnativa. Tant'è che rarissime risultano, nella pur copiosa elaborazione giurisprudenziale del diritto del lavoro, le controversie in tema di interpretazione della volontà delle parti del rapporto di lavoro (artt. 1362 ss.); o di divergenza tra l'interno volere e la sua manifestazione; o di errore, violenza e dolo nella formazione della volontà”: cit. da R. SCOGNAMIGLIO, cit., p. 11.

collettiva provvede ad attuare, nella realizzazione degli interessi del lavoratore. Un ragionamento simile viene svolto con riferimento alle circostanze che, in un momento successivo rispetto alla stipula del contratto, possono incidere sul rapporto; anche in questo caso, infatti, la legge e la contrattazione collettiva dimostrano come le peculiarità del rapporto di lavoro precludono alle fattispecie impeditive della prestazione di incidere sul rapporto provocandone l'automatica risoluzione (nelle ipotesi di gravidanza, puerperio, malattia e infortunio). Rilevate le contraddizioni legate alla qualificazione del rapporto di lavoro in termini contrattualistici, questa dottrina evidenzia che l'assoluta prevalenza del momento esecutivo della prestazione - rispetto a quello tipicamente contrattuale dell'autoregolamentazione dei privati interessi - giustifica il principio secondo cui, per effetto della semplice esecuzione dell'attività lavorativa, laddove non vi sia opposizione del soggetto che si avvale della prestazione, sorge, in capo al lavoratore, il diritto alla retribuzione ed al trattamento previsto dai contratti collettivi. In tal senso si spiega il disposto dell'art. 2126 c.c., ai sensi del quale la nullità ovvero l'annullamento del contratto di lavoro non inficiano gli effetti dallo stesso prodotti per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione ed il prestatore di lavoro ha diritto alla retribuzione spettategli, anche se la prestazione è stata eseguita in violazione di norme poste a tutela dello stesso.

Queste affermazioni sono però avversate dalla maggior parte degli studiosi, che prendono le mosse proprio dalla natura contrattuale del rapporto di lavoro, ritenuto fondamento necessario anche per sostenere l'inammissibilità del cd. lavoro coatto⁶⁴. Autorevole dottrina, senza revocare in dubbio la corrispettività del contratto di lavoro, durante la vigenza del Codice del 1865, ha tentato di temperare la portata delle norme civilistiche sull'impossibilità sopravvenuta, tramite l'utilizzo della disciplina della *locatio operarum*. Da questa si è desunto il principio in base al quale il *conductor* viene tutelato dalla regola della interdipendenza delle prestazioni, con la corrispondente liberazione anche dalla propria obbligazione, solo quando il danno causato dall'impedimento possa definirsi rilevante⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, II, pp. 1080-1081.

⁶⁵ Ne consegue, come afferma L. BARASSI, cit., 572, che: "il capo dell'azienda subisce il danno dell'interruzione poco rilevante nella prestazione di opere, ma questo danno si compensa col maggior vantaggio che esso può eventualmente ricavare da un'energia di lavoro superiore al normale, e che non dà diritto a proporzionale aumento della mercede".

In seguito all'entrata in vigore del Codice Civile del 1942, la citata dottrina rimane coerente con l'affermazione secondo cui l'onerosità del contratto di lavoro determina il sorgere di rapporti obbligatori reciproci e paralleli provenienti dalla stessa fonte; e tale assioma viene riproposto nonostante le nuove norme (artt. 2109, 2110, 2111) determinino, in maniera ancora più evidente, il distacco dal contratto sinallagmatico in senso stretto. Si rileva, infatti, la necessità di distinguere il rischio dell'impossibilità della prestazione di lavoro, la cui causa sia relativa ad un fatto del datore di lavoro, dall'impedimento comunque risalente alla persona del lavoratore. Nel primo caso si applicano senza remore le norme civilistiche, in quanto ogni qual volta il lavoratore "possa dire che per parte sua egli era prontissimo al lavoro, sussiste veramente il diritto alla mercede, dato che il caso fortuito provenisse dalla parte del capo dell'azienda"⁶⁶. Nel secondo caso, di converso, esistono rilevanti eccezioni alla regola della proporzionalità corrispettiva; le stesse, però, non si ritengono espressione di un più ampio principio in base al quale porre a carico dell'impresa il rischio derivante da impedimenti collegati alla persona del dipendente, bensì vengono interpretate quali previsioni finalizzate ad ammorbidire la rigida regola della proporzionalità della retribuzione al lavoro. Quanto dovuto dal datore al lavoratore in tali occasioni non dovrebbe, però, qualificarsi come corrispettivo in senso stretto, perché ciò creerebbe rilevanti problemi di compatibilità con il nesso sinallagmatico, in forza del quale la retribuzione corrispettiva presuppone un lavoro eseguito, che in questi casi manca. Tali compensi, allora, espressamente previsti dal legislatore, non possono che assumere la natura giuridica di indennità, la cui *ratio* potrebbe rinvenirsi nell'esigenza di tutela da accordare al lavoratore, che trova nel corrispettivo l'unica fonte di sostentamento⁶⁷.

Anche la regola della cd. postnumerazione (secondo cui la retribuzione viene corrisposta al lavoratore solamente a lavoro svolto), che parrebbe contrastare con il principio fondamentale dei contratti onerosi (in forza del quale le reciproche prestazioni vanno eseguite simultaneamente), viene riletta ed interpretata in maniera tale da attenuare l'effetto derogatorio della previsione. La *ratio* della citata regola si rinviene, in particolare, nella necessità di "attendere che la prestazione di lavoro sia eseguita perché vi si possa commisurare la mercede"⁶⁸;

⁶⁶ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit, p. 553.

⁶⁷ L. BARASSI, cit., pp. 203-207.

⁶⁸ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., pp. 734-735.

ma, in quanto elemento normale e non essenziale del rapporto di lavoro, si ammette la contraria volontà delle parti. La regola della postnumerazione diventa, in sostanza, una mera modalità di adempimento della prestazione retributiva, che non entra nella causa del contratto, né può avere l'effetto di deviarne la funzione di scambio, tipica del contratto di lavoro⁶⁹.

Questa lettura, ridimensionando la portata delle peculiarità proprie della disciplina lavoristica, consente di salvaguardare la costruzione dogmatica seguita dalla tradizionale dottrina, per cui non può esistere retribuzione se non vi è effettiva prestazione. Si intende, in sostanza, ribadire che, nonostante nel rapporto di lavoro la corrispettività delle prestazioni risulti attenuata, ciò non può ingenerare dubbio sul fatto che il contratto di lavoro appartiene alla categoria dei contratti con funzione di scambio; questi ultimi risultano caratterizzati dalla corrispettività tra le prestazioni, confermata dall'art. 2094 c.c., che mette in esplicita interrelazione la prestazione di lavoro e la retribuzione, sia nella fase genetica che in quella funzionale del rapporto⁷⁰.

Nonostante la quasi unanimità di consensi che circonda l'inquadramento del rapporto di lavoro nella categoria dei contratti di scambio, nell'ambito dell'indagine sviluppatasi intorno alla funzione social-tipica del contratto di lavoro, la dottrina ha ravvisato una peculiarità, legata all'oggetto delle prestazioni offerte e ricevute in occasione del rapporto lavorativo. Il lavoratore, infatti, è tenuto, in forza del contratto, ad una prestazione di *facere* consistente non solo nel mettere a disposizione le proprie energie lavorative, ma, più specificamente, nel prestare una attività lavorativa idonea al raggiungimento di un risultato utile per il creditore⁷¹. La corrispettività civilistica viene, dunque, a delinearsi come scambio tra prestazione utile e corrispettivo, tanto da potersi affermare che una siffatta accentuazione dei profili qualitativi dell'obbligazione porta ad una rivalutazione del risultato del lavoro, inteso come risultato dell'organizzazione produttiva⁷².

⁶⁹ R. CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Milano, 1966, III, p. 354; F. LISO, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1087.

⁷⁰ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1946, pp. 68-69; L. RIVA SANSEVERINO, *Elementi di diritto sindacale e del lavoro*, Padova, 1971, p. 21.

⁷¹ Cfr. G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1975, pp. 14 ss.

⁷² In tal senso L. MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, *Riv. soc.*, 1965, p. 685; in particolare l'Autore afferma che: "dagli altri schemi negoziali di scambio il contratto di lavoro si distingue per la peculiare caratteristica consistente nella rilevanza giuridica che, ai fini della qualificazione causale del contratto, cioè della sua funzione tipica, è attribuito al

A seguito della rilevanza attribuita all'utilità della prestazione nell'economia del contratto di lavoro, viene a delinearsi quale causa o funzione dello stesso non più solo uno scambio tra tempo lavorato e retribuzione, ma, piuttosto, tra retribuzione e prestazione di lavoro connotata da elementi qualitativi prevalenti, volti alla realizzazione di un fine utile all'organizzazione imprenditoriale. Sorge, in altre parole, l'interesse del lavoratore a ricevere la retribuzione non più solo in relazione al tempo lavorato, bensì commisurata anche ai risvolti qualitativi della prestazione e dunque allo stesso risultato utile per il committente⁷³.

2- La nozione di corrispettività nel diritto del lavoro

Pur prendendo le mosse dalla medesima premessa iniziale (e cioè l'inquadramento del contratto di lavoro tra i contratti sinallagmatici), gli studiosi del diritto del lavoro hanno individuato differenti soluzioni interpretative, mediante le quali sanare i contrasti derivanti dall'incompatibilità di alcune regole civilistiche con i connotati solidaristici della disciplina del lavoro.

a) La prima fondamentale ricostruzione afferma, *in primis*, la completa applicabilità al diritto del lavoro della disciplina civilistica dei contratti di scambio, sulla base della considerazione che il contratto di lavoro realizza la massima espressione del sinallagma sia genetico (all'atto di costituzione del rapporto) che funzionale (nel corso della durata dello stesso). Al fine di ricomporre le alterazioni dovute alla specialità della legislazione lavoristica rispetto al regime civilistico, vengono utilizzate tecniche differenti in relazione alle ipotesi (come le ferie o le festività, ovvero le fattispecie di sospensione di cui all'art. 2110) in cui, al compenso dovuto dal datore, non corrisponde alcuna prestazione effettivamente svolta dal lavoratore⁷⁴.

risultato finale che il datore si propone, ossia al risultato tecnico da lui prestabilito, all'organizzazione produttiva, della quale il rapporto di lavoro è destinato a svolgersi come elemento costitutivo” e conclude affermando che “in tal modo la causa di scambio, propria del contratto di lavoro, assorbe la funzione organizzativa ad esso assegnata dal datore di lavoro”.

⁷³ Così R. DE LUCA TAMAJO, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, DLRI, 1986, p. 471 ss.; l'Autore ravvisa nelle ipotesi di flessibilità del rapporto di lavoro la possibile causa di una alterazione della logica di fondo del contratto di lavoro, in quanto lo scambio contrattuale non avviene più tra tempo-lavoro e corrispettivo, bensì tra retribuzione e apporto di lavoro connotato da una serie di fattori qualitativi che corrispondono ad interessi dell'una e dell'altra parte.

⁷⁴ P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 341; O. BUCCISANO, *In tema di ferie del lavoratore*, Riv. giur. lav., 1964, II, p. 156 ss.; C. SMURAGLIA, *Una parola definitiva in materia di*

Per quanto concerne, in particolare, i compensi dovuti dal datore per ferie e festività, confermandosi la natura retributiva degli stessi, si suole definirli come quote del corrispettivo (accantonato e differito) dell'attività prestata in precedenza, ovvero come anticipo di corrispettivo dovuto per prestazione non ancora svolta. In queste ipotesi non potrebbe negarsi la sussistenza del nesso di corrispettività (sebbene non di immediata evidenza) in virtù del fatto che, delle citate pause, si sarebbe già tenuto conto nella determinazione della retribuzione dovuta, dato il carattere obbligatorio e prevedibile che le connota⁷⁵.

Diversa appare la tecnica di difesa del sinallagma contrattuale di fronte alle vere e proprie ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro; si ammette, infatti, l'impossibilità di ricondurre direttamente queste fattispecie alle previsioni normative dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (artt. 1463 e 1464 c.c.), data l'espressa previsione legislativa degli artt. 2110 e 2111 c.c. Non è, dunque, consentito al datore, in queste ipotesi, chiedere la risoluzione del contratto ovvero esercitare il recesso per carenza di apprezzabile interesse all'adempimento parziale. Sul punto, però, si precisa che sebbene le ipotesi di sospensione non siano collocabili nell'ambito dell'impossibilità definitiva di cui al primo comma dell'art. 1256 (che prevede l'estinzione dell'obbligazione ed il venir meno della controprestazione), le stesse potrebbero ricondursi all'interno della fattispecie dell'impossibilità temporanea, di cui al secondo comma dello stesso articolo, che non dispone la cessazione del rapporto, bensì la sospensione dell'obbligo dell'altro contraente. Condividendo queste conclusioni, non dovrebbe apparire, poi, così evidente la discrepanza con la norma civilistica, assistendosi alla sospensione dell'obbligazione in entrambi i casi.

Nonostante lo sforzo operato dalla citata dottrina, rimane, peraltro, insoluta l'ulteriore contraddizione, consistente nella diversa valenza attribuita all'interesse del creditore, cui l'art. 2110 non riconosce particolare rilievo. Di converso ai sensi dell'art. 1256, II comma, tale interesse rappresenta il limite alla sospensione stessa

festività, Riv. giur. lav., 1958, II, p. 223; P. SANDULLI, voce *Ferie dei lavoratori*, Enc. Dir., XVII, 1968, p. 192 ss.

⁷⁵ F. GUIDOTTI, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 120; P. SANDULLI, voce *Ferie dei lavoratori*, cit., p. 192 ss. *Contra* questa ricostruzione v. L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, cit. p. 109, il quale rileva la contraddittorietà insita nella configurazione come corrispettivo di un compenso che concerne specificamente un periodo in cui la prestazione di lavoro è inibita *ex lege*. Nello stesso senso T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, p. 321, che, nella riferibilità del compenso ad un periodo in cui la prestazione lavorativa è giuridicamente impossibile, ravvisa un inevitabile superamento del principio usuale di corrispettività, in forza del quale alla retribuzione dovrebbe sempre far riscontro la corrispondente attività di lavoro.

del rapporto: il venir meno dell'interesse del creditore a conseguire la futura prestazione determina, infatti, l'estinzione del contratto. Inoltre, al fine di armonizzare del tutto le regole civilistiche con le ipotesi di cui all'art. 2110, resta, inoltre, da giustificare la previsione legislativa in base alla quale, in determinate ipotesi, non solo il rapporto di lavoro rimane sospeso, ma è altresì prevista l'erogazione del compenso, nonostante la mancata esecuzione della prestazione lavorativa. A tal proposito si afferma che la permanenza in capo al datore dell'obbligo retributivo non configura alcun contrasto con i principi generali che regolano i contratti di scambio, poiché il compenso dovuto non ha carattere di retribuzione, bensì di attribuzione indennitaria di natura previdenziale⁷⁶. Mediante il ricorso al rapporto giuridico previdenziale, che non coincide con quello di lavoro, si tende a rigettare ogni peculiarità o anomalia della disciplina lavoristica per abbracciare pienamente la classificazione dogmatica del contratto.

La ricostruzione prospettata presta il fianco alle obiezioni di chi rileva che, mentre per le ipotesi di sospensione delineate dagli artt. 2110 e 2111 potrebbe ancora ritenersi ammissibile un collegamento con le prestazioni previdenziali (che sono dovute per le stesse fattispecie di malattia, infortunio, gravidanza e puerperio) tale parallelismo con il concetto di indennità non sarebbe in alcun modo sostenibile di fronte ad ipotesi quali i permessi per motivi sindacali, di studio o di famiglia⁷⁷.

b) Sempre al fine di giustificare le evidenti deviazioni dal principio di corrispettività, altra parte della dottrina distingue il sinallagma genetico dal sinallagma funzionale, affermando la persistenza del primo ed il superamento del secondo nel diritto del lavoro⁷⁸. Quest'ultimo filone dottrinario ribadisce, ai fini

⁷⁶ F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1985, p. 232; G. LAVAGNINI, *La sospensione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1961, p. 116; R. CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, p. 159.

⁷⁷ Così v. L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, cit., pp. 124-125. L'Autore ritiene opinabili le argomentazioni utilizzate per negare la natura retributiva delle prestazioni economiche dovute dal datore in caso di sospensione, rilevando l'inesistenza di un dato normativo che consenta tale affermazione; si parla di natura indennitaria sulla base dell'aprioristica convinzione che retribuzione è unicamente quanto destinato a compensare un lavoro già eseguito. L'Autore rileva, comunque, che a seguito della entrata in vigore dell'art. 12 della l. n. 153 del 1969, che ha ricondotto anche i trattamenti in esame nella retribuzione considerata base imponibile per la contribuzione previdenziale, dottrina e giurisprudenza maggioritarie negano la natura previdenziale dei trattamenti economici cui ha diritto il lavoratore nei periodi di sospensione del rapporto.

⁷⁸ Cfr. M. CINELLI, *Retribuzione dei dipendenti privati*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, app. IV, 1986, pp. 674 ss.; M. V. BALLESTRERO, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Milano, 1985, p. 391 ss.

della qualificazione del negozio in termini di contratto a prestazioni corrispettive, la rilevanza del solo sinallagma genetico e non di quello funzionale: la semplice permanenza del rapporto di lavoro (anche in assenza di prestazione) costituisce la fonte dell'obbligazione retributiva. Il nesso di corrispettività, infatti, si rinviene nella sfera genetica delle obbligazioni, vincolando le promesse reciproche delle parti, ed in forza dell'accordo costitutivo del rapporto, che ne programma l'attuazione, la retribuzione rimane casualmente collegata all'esistenza dell'obbligazione di lavoro; pertanto potrebbe ammettersi la corresponsione in assenza della prestazione lavorativa. In tali ipotesi eccezionali, l'obbligo retributivo assume una funzione previdenziale, di conservazione del reddito del prestatore di lavoro in presenza di una situazione di bisogno, connesso ad eventi riconosciuti dal legislatore e socialmente protetti. Le temporanee deviazioni dalle regole sinallagmatiche possono, dunque, spiegarsi in virtù delle esigenze riconducibili alla funzione di sostentamento tipica del diritto alla retribuzione, senza per questo comportare la negazione del principio di corrispettività⁷⁹.

c) Alla luce di una impostazione ancora differente, che ha avuto particolare seguito in dottrina⁸⁰, si afferma che la regola della corrispettività risulta applicabile al rapporto di lavoro, ma solo ammettendosi che il modo di operare della stessa possa subire deroghe, che le consentono di adattarsi alla disciplina positiva del contratto di lavoro⁸¹. In altri termini, sul presupposto della sussistenza di un nesso non solo genetico, ma anche funzionale delle prestazioni reciproche, le ipotesi in cui al datore di lavoro viene imposto l'obbligo retributivo, pur in assenza di lavoro, vanno giustificate quali ammissibili deviazioni dalla regola generale, valevole per tutti i contratti sinallagmatici. Tali deroghe, circoscritte ed eccezionali, non integrano il superamento del principio di corrispettività, ma si giustificano in considerazione della necessità di soddisfare esigenze ed interessi personali del prestatore, particolarmente coinvolto nel rapporto di lavoro. La peculiarità del contratto di lavoro potrebbe causare un effettivo ed insuperabile contrasto con la corrispettività civilistica nella sola ipotesi in cui il nesso

⁷⁹ V. E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, p. 297 ss.; cfr. P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984, pp.82 ss..

⁸⁰ T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, cit., 196 ss.

⁸¹ V. R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, *Vicende, estinzione del rapporto di lavoro e garanzie dei crediti di lavoro*, Novara, 1987, p. 7ss.; F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979, p. 227 ss.; M. RUSCIANO, *Sospensione del rapporto di lavoro (cause di)*, *Enc. Giur. Treccani*; M. DELL'OLIO, *La retribuzione*, *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, XV, p. 472.

sinallagmatico venisse interpretato come un principio logico assoluto e, come tale, non suscettibile di deroghe; può, al contrario, rilevarsi come la regola della corrispettività abbia un valore pratico e relativo, in grado di operare solo in certe ipotesi e non in altre. Siffatto orientamento, pur ammettendo l'esistenza di una corrispettività "derogabile" (nelle specifiche e determinate ipotesi in cui l'obbligo retributivo permane anche in mancanza della controprestazione) non approda, però, ad affermare la sussistenza, in capo al datore di lavoro, di un obbligo generale, discendente dal contratto, di assistenza nei confronti del lavoratore.

d) Vi è stato, infine, chi⁸², muovendo dalla condivisione di un concetto di corrispettività "lavoristica" e rifiutando il condizionamento eccessivamente stringente della sinallagmaticità civilistica, ha riesaminato la struttura dell'obbligazione retributiva, individuando all'interno di essa, due sfere distinte: una prima sfera, slegata dall'effettiva utilità della prestazione, appare connotata dai caratteri di una "obbligazione sociale", che trascende il piano dell'autonomia privata ed è volta a tutelare interessi facenti capo al prestatore; una seconda sfera, definibile quale "obbligazione corrispettiva" in senso stretto, che prescinde dalla tutela accordata alla posizione sociale del lavoratore e che viene in rilievo ogni qual volta la retribuzione appare immediatamente diretta a compensare quantità e qualità del lavoro prestato.

3- L'impossibilità sopravvenuta di stampo civilistico e le ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro: assonanze e distinzioni

Sulla base delle ricostruzioni appena accennate, è possibile affermare che nessuna delle tesi esposte rinuncia del tutto a ricorrere alla regola generale della corrispettività, ai fini della classificazione del contratto *de quo*, pur adattandola alle esigenze del diritto del lavoro. Risulta, cioè, dominante l'orientamento che continua, pur se con qualche forzatura, a definire il contratto di lavoro come un contratto a prestazioni corrispettive⁸³, in cui la sinallagmaticità, a volte attenuata, è sempre riscontrabile. Del resto, in tal senso milita l'enunciato normativo contenuto nell'art. 2094 c.c., dal quale si evince che l'obbligo di eseguire la

⁸² L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, cit., pp. 199 ss..

⁸³ Come rileva L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, cit., p. 217, nel rapporto di lavoro può rinvenirsi la portata descrittiva del fenomeno della corrispettività civilistica, ma "dal punto di vista della rilevanza normativa la corrispettività non può non avere nel diritto del lavoro una portata del tutto diversa".

prestazione di lavoro è in rapporto di interdipendenza causale con quello di corrispondere la retribuzione al prestatore di lavoro subordinato.

E' necessario, peraltro, interrogarsi sulle modalità e sui margini di applicazione, nell'ambito del rapporto di lavoro, del rimedio civilistico della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione del lavoratore e, cioè, dei limiti in cui è possibile ammettere l'operatività degli artt. 1256, 1258, 1463, 1464 c.c.. Più degli altri rimedi sinallagmatici, infatti, l'impossibilità sopravvenuta consente di apprezzare la specialità del contratto di lavoro di fronte agli altri contratti di scambio.

Deve, in primo luogo, rilevarsi che l'esistenza di una apposita e speciale disciplina, contenuta negli artt. 2110 e 2111 c.c., impedisce che per le ipotesi ivi elencate (malattia, infortunio, gravidanza, servizio militare, ecc.) trovi applicazione la normativa civilistica dell'impossibilità sopravvenuta. Al verificarsi di uno dei citati eventi, infatti, scatta l'effetto legale della sospensione del rapporto, con diritto alla conservazione del posto di lavoro, spesso accompagnato dal diritto alla retribuzione. Si assiste, in queste ipotesi, alla codificazione del principio della traslazione del rischio prodotta dall'esigenza di tutela del contraente debole, in aperto contrasto con la regola codificata nel brocardo *casus sentit debitor*, secondo cui il debitore, la cui prestazione è divenuta impossibile, è esonerato dall'obbligo di adempimento, ma subisce, nel contempo, la perdita della controprestazione.

La previsione di cui all'art. 2110 c.c. esprime il principio, proprio dei contratti di durata, in forza del quale la momentanea interruzione dell'esecuzione della prestazione non determina il venir meno della causa negoziale. Il datore di lavoro non può, pertanto, esercitare il diritto di recesso, se non superato un determinato periodo stabilito dalla legge, dai contratti collettivi o secondo equità; il licenziamento intimato durante tale periodo è inefficace⁸⁴, potendo produrre i propri effetti solo alla scadenza dello stesso.

Decorso il suddetto periodo, il perdurare dell'impossibilità di effettuare la prestazione non integra né giustificato motivo oggettivo né impossibilità sopravvenuta, ma costituisce una fattispecie autonoma di recesso con preavviso, la

⁸⁴ Ma v. M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 374, secondo cui il principio della conservazione del posto provoca nullità del recesso intimato durante il periodo, in quanto effettuato *non iure*.

cui giustificazione è *in re ipsa*⁸⁵. Ne consegue che il superamento del limite rappresentato dal periodo di comportamento diventa condizione sufficiente di legittimità del recesso, non essendo necessaria alcuna prova della sussistenza del giustificato motivo oggettivo, né della sopravvenuta impossibilità della prestazione.

Mediante l'individuazione del periodo di comportamento viene in sostanza operata una quantificazione dell'assenza del dipendente tollerabile dal datore di lavoro. A quest'ultimo non è consentito recedere unilateralmente prima del superamento del periodo di comportamento, predeterminato dalla legge, dalla disciplina collettiva o dagli usi. Il superamento del suddetto limite, però, "è condizione sufficiente di legittimità del recesso – nel senso che non è all'uopo necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo, né della sopravvenuta impossibilità della prestazione di lavoro né della correlata impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse – senza che ne risultino violati disposizioni o principi costituzionali"⁸⁶.

Il prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità esclude che il superamento del periodo di comportamento possa giustificare il licenziamento se l'inidoneità sopravvenuta del dipendente risulti imputabile al datore di lavoro, il quale, violando l'obbligo di sicurezza impostogli dall'art. 2087 c.c., non abbia posto in essere le misure necessarie per prevenire, ovvero eliminare, la nocività connessa alle mansioni assegnate ed all'ambiente lavorativo⁸⁷.

La specialità e la portata derogatoria delle regole dettate dall'art. 2110 c.c., rispetto alla disciplina dei licenziamenti individuali, si sostanziano, da un lato, nel vietare al datore di lavoro di recedere unilateralmente sino al superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (rappresentato dal periodo di comportamento) e, dall'altro, nell'individuare, nel superamento del periodo di comportamento, l'unica condizione di legittimità del recesso; il datore di lavoro viene, pertanto, esonerato dall'onere di fornire la prova di un giustificato motivo (ex art. 3 l.n. 604/66) o della sopravvenuta impossibilità della prestazione⁸⁸. Di recente la Suprema Corte ha ribadito questo principio, sottolineando come la specialità e la portata derogatoria

⁸⁵ Cass. 13 dicembre 1999, n. 13992, *LG*, 2000, 635. Ma v. M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 373, secondo cui "il superamento del periodo di comportamento, lungi dal costituire autonoma causa di risoluzione, non è altro che il ricorso al rimedio risolutivo previsto in generale e che il datore può utilizzare quando crede, fuori dai casi in cui è espressamente vietato".

⁸⁶ Cit. da Cass. 7 aprile 2003 n. 5413, reperita su *Info Utet*.

⁸⁷ In tal senso, tra le altre, Cass. 7 aprile 2003 n. 5413; la sentenza citata chiarisce che incombe sul lavoratore l'onere di provare il collegamento causale fra la malattia ed il carattere morbigeno delle mansioni espletate.

⁸⁸ Cass. 14 dicembre 1999 n. 14065, reperita su *Info Utet*.

delle regole dettate dall'art. 2110 c.c. si sostanziano nell'impedire al datore di porre unilateralmente fine al rapporto sino al raggiungimento del limite di tollerabilità dell'assenza del prestatore⁸⁹.

Per quanto concerne, invece, la specialità dell'art. 2110 c.c. rispetto alle regole codicistiche, si suole ravvisare nella norma citata una triplice deroga al diritto comune; in primo luogo le ipotesi delineate di malattia, gravidanza, infortunio, ecc., pur integrando eventi interruttivi della prestazione di lavoro, subirebbero una trasformazione da causa di risoluzione a motivo di sospensione del rapporto. Altra deroga rilevante al diritto comune consisterebbe nella traslazione del rischio derivante dall'impossibilità dal lavoratore-debitore al datore-creditore, per effetto della quale si assisterebbe alla conservazione del diritto del lavoratore alla controprestazione; infine, ulteriore peculiarità sarebbe insita nel fatto che, esaurito il periodo di comporto, il rapporto non si estingue automaticamente, bensì il datore sarà tenuto a recedere con preavviso⁹⁰.

In merito all'asserita portata derogatoria della norma, vi è chi⁹¹ ritiene, però, che solo le ultime due argomentazioni rappresentino deroghe effettive al diritto comune dei contratti; per quanto concerne il primo punto, infatti, se si condivide la premessa dell'inquadramento dell'impossibilità della prestazione nell'art. 1256, II comma, c.c., l'evento sopravvenuto non risolve, bensì sospende il rapporto. Ne consegue che, interpretando in tal modo le ipotesi di cui all'art. 2110 c.c., tale norma non rappresenterebbe più una deroga, ma, piuttosto, la conferma della regola civilistica. Si riconosce, invece, l'esistenza delle altre deroghe ed, in particolare, lo spostamento del rischio dell'impossibilità dal debitore al creditore, nonché l'inapplicabilità dell'estinzione automatica del rapporto. E' principio condiviso, infatti, che lo strumento di reazione al perdurare dell'impossibilità è il licenziamento e non l'estinzione automatica del rapporto di lavoro⁹².

Come più volte sottolineato dalla giurisprudenza⁹³, le ipotesi di malattia e le fattispecie di impossibilità sopravvenuta in genere, presentano caratteri ed

⁸⁹ Cass. 24 giugno 2005, n. 13624. Sul punto v. R. NUNIN, *Superamento del periodo di comporto e riflessi sul rapporto di lavoro negli orientamenti recenti della giurisprudenza*, ADL, n.3/06.

⁹⁰ Si tratta di un'impostazione condivisa pacificamente dalla dottrina. Si v. in particolare: F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1983, pp. 234 e 237; L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1978, p. 334 ss; M. J. VACCARO, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, 1983, p. 9.

⁹¹ Così M. NAPOLI, cit., p. 371-372.

⁹² E. GHERA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Bari, 1989, 269.

⁹³ V. in particolare Cass. 27 agosto 1993 n. 9076; Cass. 14 dicembre 1999 n. 14065, reperita su *Info Utet*.

elementi qualificatori differenti: la malattia ex art. 2110 c.c. ha carattere temporaneo, implica la totale impossibilità della prestazione e determina la legittimità del licenziamento solo se l'astensione dal lavoro si protrae per un periodo superiore al comporto. La sopravvenuta impossibilità ha, invece, carattere permanente o comunque durata indeterminabile, non implica necessariamente l'impossibilità totale della prestazione e consente la risoluzione del contratto – ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c. – indipendentemente dal superamento del periodo di comporto. Ne consegue che se la malattia del lavoratore determini la sua inidoneità a prestare per il futuro l'attività lavorativa, il datore potrà recedere anche prima della scadenza del comporto⁹⁴.

Malattia e sopravvenuta inidoneità producono, pertanto, sul rapporto di lavoro conseguenze differenti: in caso di malattia l'attività lavorativa rimane sospesa senza ripercussioni sul rapporto di lavoro, garantendosi in ogni caso al prestatore il diritto alla retribuzione. Al datore di lavoro viene, altresì, preclusa la possibilità di recedere durante l'intero periodo di comporto, salvo che non ricorra una giusta causa.

Dal punto di vista dei diversi effetti sul rapporto, a seconda che il lavoratore sia colpito da malattia ovvero da sopravvenuta inidoneità, autorevole dottrina ha sottolineato la disparità di trattamento tra il lavoratore ammalato ed il lavoratore colpito da sopravvenuta inidoneità; nel primo caso infatti il lavoratore riceve una tutela di fronte al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per la durata dell'intero periodo di comporto, tutela di cui il lavoratore assente per sopravvenuta inidoneità è del tutto sprovvisto⁹⁵.

⁹⁴ Cass. n. 8855/91; Cass. 3517/92; Cass. 5416/97; Così anche Cass. 27 giugno 2003 n. 10272, secondo cui: "La sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore a causa di malattia, anche se non è stato superato il periodo di comporto, giustifica la risoluzione del rapporto di lavoro, in quanto costituisce un caso di giustificato motivo oggettivo di licenziamento". In proposito si v. Cass. 20 maggio 1993 n. 5713, la quale ha affermato che ove venga accertata la sussistenza di una situazione consolidata di capacità lavorativa ridotta, causata da uno stato morboso e connotata dalla permanenza o dall'imprevedibilità circa la sua durata, è in facoltà del datore di lavoro, che non abbia più interesse alle future prestazioni lavorative, recedere dal rapporto ai sensi dell'art. 1464 c.c., senza che nell'accertamento dello stato di inidoneità possa rilevare l'eventuale postuma recuperata idoneità fisica da parte del lavoratore. Ancora sul punto Cass. 27 agosto 1993 n. 9076, in cui la Suprema Corte (confermando la sentenza del giudice di merito che aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento intimato alla dipendente per inidoneità sopravvenuta, poi venuta meno in seguito ad un successivo accertamento medico) rileva che è necessario individuare la corretta linea di demarcazione tra l'art. 2110 c.c., che consente al datore di lavoro di esercitare il potere di recesso per giustificato motivo solo dopo il superamento del periodo di comporto e l'art. 1464 c.c., che prevede il recesso nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta, la quale deve essere caratterizzata da un impedimento definitivo e non meramente temporaneo.

⁹⁵ Così G. PERA, *Malattia e Licenziamento*, RIDL, 1999, I, 153 ss.

Lo stato di malattia appare, pertanto, regolato da norme legali diverse, a seconda della temporaneità o definitività della stessa: nel primo caso la fattispecie è tutelata dall'art. 2110 c.c. con la conseguenza dell'impossibilità di recedere per il datore durante il periodo "protetto"; nel secondo caso, invece, laddove il tipo di malattia sia tale da non consentire una prognosi definitiva di durata secondo la scienza medica, ovvero di non consentirla ulteriormente, si rientra nelle ipotesi di sopravvenuta impossibilità di cui all'art. 1464 c.c., che consentono al creditore della prestazione di recedere anche durante il periodo di comporto⁹⁶. Sarà, però, necessario, in questo ultimo caso, compiere un accertamento che consenta di abbandonare la tutela disposta appositamente dal legislatore mediante la previsione di un periodo di comporto. Per evitare, cioè, di sconfinare "nell'assurdo di espropriare il lavoratore dal diritto di fruire delle assenze per malattia secondo i canoni dell'art. 2110 c.c."⁹⁷ bisognerà verificare attentamente la patologia, mediante una valutazione che operi sulla base di rigidi criteri di ragionevolezza, che autorizzino a ritenere la durata dell'assenza "indeterminata o indeterminabile" come frutto di "ragionevole previsione"⁹⁸.

Può ancora rilevarsi, in merito alla distinzione tra le ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro e l'impossibilità sopravvenuta di diritto comune, che l'art. 2110 c.c. non contiene la disposizione, prevista, invece, in tema di impossibilità sopravvenuta di diritto comune, secondo cui deve tenersi conto dell'interesse apprezzabile che l'altra parte abbia o meno alla prestazione parziale. In effetti, nel rapporto di lavoro, durante il periodo di comporto, al datore non è concesso effettuare alcuna valutazione circa l'incidenza dell'impossibilità sull'organizzazione del lavoro, né gli è dato sostenere la carenza di apprezzabile interesse alle future prestazioni. Le considerazioni appena svolte hanno indotto parte della dottrina⁹⁹ ad affermare che l'impossibilità nel diritto del lavoro sembra seguire maggiormente la regola dettata dall'art. 1258 c.c. per le obbligazioni in generale, piuttosto che la disciplina dei contratti di cui all'art. 1464 c.c.. La prima delle citate norme, infatti, tutela esclusivamente l'interesse dell'obbligato, la cui prestazione è divenuta impossibile: in caso di impossibilità parziale il creditore non può rifiutare la residua prestazione anche se non ne abbia interesse, laddove la

⁹⁶ Sul punto vedi Cass. 7 gennaio 2005 n. 253, *RIDL*, 2006, II, con nota di M. ROSANO.

⁹⁷ Cass. n. 9076/1993, reperita su *Info Utet*.

⁹⁸ Cass. n. 5117 del 1988, espressamente richiamata da Cass. n. 9067/1993.

⁹⁹ M. J. VACCARO, cit., p. 11.

regola in caso di inadempimento imputabile è ben diversa (il creditore può sempre rifiutare l'adempimento parziale ex art. 1181 c.c.). L'art. 2110 c.c., in altri termini, verrebbe ad integrare una delle ipotesi cui fa riferimento l'ultima parte del citato art. 1181 c.c., ove afferma che il creditore può rifiutare l'adempimento parziale, salvo che la legge o gli usi prevedano diversamente. Durante tutto il periodo di comporto, pertanto, non potrebbe operarsi alcuna valutazione dell'interesse del datore, in quanto l'interesse pubblico alla tutela della salute e della conservazione del posto di lavoro assumono preminente rilevanza rispetto all'interesse dell'impresa.

E' necessario, ancora, interrogarsi sulla valenza che i connotati dell'impossibilità sopravvenuta di stampo civilistico assumono all'interno del rapporto di lavoro con riguardo, in particolare, ad ipotesi quali la malattia ovvero l'infortunio. Sul punto va, in primo luogo, ricordato l'orientamento della tradizionale dottrina, che usa qualificare l'impossibilità sopravvenuta con i tre requisiti della non imputabilità, della assolutezza e dell'oggettività¹⁰⁰. Per quanto concerne la non imputabilità, si rileva come l'art. 2110 c.c. rappresenti una delle modalità di realizzazione del diritto alla salute, espressamente sancito dalla Costituzione (art. 32) e pertanto operante sempre, anche nelle ipotesi in cui la malattia o l'infortunio siano imputabili a dolo o colpa del dipendente. L'impossibilità della prestazione lavorativa, cioè, si presenta anche in seguito a cause che non possono definirsi estranee alla sfera di controllo del debitore (basti pensare alla gravidanza, per la quale non può porsi una questione di imputabilità o meno): lo stesso tenore letterale dell'art. 2110 c.c. non fa alcun riferimento al concetto di "non imputabilità" dell'evento impediente¹⁰¹. In tal senso propende anche il dato formale dell'art. 5 St. lav., ai sensi del quale è richiesta la dimostrazione da parte del lavoratore della sola esistenza della malattia e non della non imputabilità della stessa¹⁰².

Non può, pertanto, ritenersi sussistente nel diritto del lavoro un obbligo a carico del prestatore, assimilabile a quello gravante sul debitore di diritto comune,

¹⁰⁰ Per il significato meno rigido che hanno assunto nel tempo questi connotati si veda cap. I, par. 1.

¹⁰¹ Così M. J. VACCARO, cit., secondo cui l'art. 2110 c.c. pone una importante deroga all'art. 1218 c.c., prevedendo che l'impossibilità nel rapporto di lavoro sia priva (almeno per gli eventi menzionati dalla norma) del requisito della non imputabilità. *Contra* F. MANCINI, cit., 14, secondo il quale sussisterebbe una difformità solo apparente tra le citate norme, in quanto "un'attenuazione della regola fissata nell'art. 1218 non può argomentarsi in base alla disciplina certamente protettiva degli artt. 2110-2111 c.c.".

¹⁰² Dovrà poi essere il datore a dimostrare che la malattia deriva da dolo del prestatore.

secondo cui lo stesso è tenuto ad eseguire diligentemente la prestazione cercando di evitare il prodursi dell'impossibilità della stessa. Il lavoratore, cioè, non può essere gravato dal dovere di mantenersi in buona salute, al fine di eseguire al meglio la prestazione dedotta in contratto¹⁰³.

In merito agli altri requisiti, va in primo luogo rilevato che gli interpreti hanno inteso smussare la rigida concezione dell'impossibilità sopravvenuta naturalisticamente intesa e del tutto avulsa dalle condizioni personali dell'obligato, giungendo ad affermare che la valutazione circa l'impossibilità della prestazione deve essere effettuata con riguardo al contenuto delle obbligazioni assunte dalle parti, desumibile attraverso una interpretazione secondo buona fede del contratto di lavoro. All'esito di questo accertamento potranno delinearsi con certezza le conoscenze e le capacità che il debitore è tenuto a prestare, nonché i mezzi attraverso i quali egli si è impegnato ad adempiere; per le obbligazioni derivanti dal contratto, dunque, la regola astratta dell'art. 1218 deve essere concretizzata alla stregua del complessivo regolamento contrattuale in funzione del quale l'obbligazione si è costituita.

Sulla base di queste considerazioni, deve essere analizzata la cd. oggettività dell'impedimento, non sempre di facile individuazione nell'ambito di una impossibilità che colpisce la persona del lavoratore, la cui prestazione consiste in un *facere* infungibile ed appare, altresì, permeata da un elemento fiduciario di intensità variabile a seconda delle qualifiche attribuite al prestatore. Sul punto vi è, peraltro, chi sostiene che “data l'immanenza delle condizioni proprie del lavoratore nel contenuto della prestazione, va considerata obiettiva, ossia immediatamente attinente al detto contenuto, l'impossibilità determinata da un impedimento che incida sulla sua persona”¹⁰⁴. La conclusione del ragionamento consiste nella possibilità di definire obiettiva l'impossibilità generata dall'impedimento personale del lavoratore che, senza soluzione di continuità, reagisce sulla prestazione infungibile. In tali ipotesi, dunque, il debitore viene esonerato dall'adempimento, ma solo “perché l'ostacolo, data la natura del legame sussistente tra persona e prestazione, reagisce immediatamente su quest'ultima.

¹⁰³ Cfr. G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 151 ss. Sul punto v. *infra*, cap. III, paragrafo 3.

¹⁰⁴ G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit, p. 47. La peculiarità della prestazione di lavoro, in cui viene coinvolta la persona del lavoratore, “lungi dal risolversi in un mutamento dei requisiti di obiettività e assolutezza, si riduce al riscontro dei medesimi requisiti in fattispecie che, solo ad una considerazione eccessivamente superficiale, paiono non conformarsi”: così p. 15.

Laddove, invece, tale immediata reazione non abbia luogo, per essere le condizioni personali del debitore estrinseche rispetto all'entità obiettiva della prestazione, si potranno avere impotenza, *difficultas*, *incommodum*, ma non mai l'impossibilità obiettiva richiesta dall'art. 1218"¹⁰⁵.

Parte della dottrina ritiene, infine, che difficilmente possa riscontrarsi nell'ambito dell'impossibilità della prestazione il connotato dell'assolutezza, poiché gli impedimenti concernenti la persona del prestatore, di cui all'art. 2110 c.c., non escludono totalmente la possibilità materiale di eseguire la prestazione, residuando, di norma, in capo al lavoratore impossibilitato, una pur minima capacità lavorativa. Tale prestazione lavorativa, però, appare inesigibile laddove contrasti con la tutela della salute del prestatore, ovvero con altri diritti personali tutelati dalla Costituzione. A tal fine viene in rilievo la categoria dell'inesigibilità della prestazione¹⁰⁶ (considerata una sottospecie dell'impossibilità, utilizzata dalla dottrina proprio al fine di temperare la rigorosa nozione di absolutezza dell'impossibilità), tramite la quale si intende garantire la preminenza dei doveri derivanti dallo *status* giuridico del lavoratore (politico, sindacale, familiare, militare) sugli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro. In altri termini, ci si riferisce all'inesigibilità, pur senza definirla quale categoria autonoma, in tutte le ipotesi in cui il lavoratore è tenuto ad adempiere un dovere collidente con l'obbligazione di lavoro, nonché nel caso in cui il lavoratore eserciti un diritto fondamentale riconosciuto dall'ordinamento, "configurandosi l'inesigibilità come limite di responsabilità operante quando l'adempimento oggettivamente possibile pregiudicherebbe o metterebbe a grave repentaglio gli interessi più alti del debitore"¹⁰⁷.

Con l'intento di negare all'inesigibilità la rilevanza di autonoma categoria, parte della dottrina ha rilevato come la stessa rifluisce nel concetto di impossibilità ogni qual volta si ricollegli alla teoria del limite del sacrificio, rappresentato dagli impedimenti non superabili, se non mediante l'utilizzo di mezzi anormali rispetto a quelli dedotti in contratto; diverso significato deve, invece, essere attribuito all'inesigibilità allorché con la stessa si intenda designare un limite di

¹⁰⁵ Ancora G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., p. 51-52.

¹⁰⁶ P. ICHINO, *Malattia, assenteismo e giustificato motivo di licenziamento*, RGL, 1976, I, 279; G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale del rapporto di lavoro, I, Il recesso ordinario*, Milano, 1962, p. 281; P. SANDULLI, *Servizio militare (trattamento dei lavoratori)*, *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1969, p. 210.

¹⁰⁷ Così R. SANTUCCI, *La sospensione del rapporto di lavoro: spunti ricostruttivi*, *Lav. dir.*, 1989, I, 57.

responsabilità operante nei casi in cui, pur essendo l'adempimento ancora possibile, lo stesso pregiudicherebbe interessi preminenti facenti capo al prestatore. In quest'ultima ipotesi, infatti la nozione di inesigibilità si traduce in un'applicazione del più generale principio di correttezza, che vieta al creditore di pretendere la prestazione anche a costo del sacrificio di interessi prevalenti¹⁰⁸.

4- La questione dell'eccessiva morbilità

Di un certo rilievo è il dibattito sviluppatosi in dottrina e giurisprudenza, a partire dagli anni settanta, in merito al fenomeno della cd. eccessiva morbilità del lavoratore, relativo al succedersi di episodi morbosi di breve durata, causa di assenze frequenti ma discontinue, che non consentono il superamento dell'intero arco del periodo di comporta. L'atteggiamento piuttosto sospettoso, se non addirittura ostile, della dottrina e della giurisprudenza verso la malattia reiterata, è dovuto anche al fatto che spesso la stessa potrebbe nascondere un fenomeno di assenteismo¹⁰⁹. Proprio al fine di evitare che le ripetute assenze del lavoratore potessero gravare sull'impresa, si è per lungo tempo sostenuto che la malattia reiterata costituisce un evento diverso dalla malattia cui fa riferimento l'art. 2110 c.c., nel quale sarebbe possibile, pertanto, ricomprendere esclusivamente la malattia continuata, di lunga durata o in atto, che impedisce al datore di lavoro di recedere durante il periodo di comporta. La giurisprudenza di merito ha, pertanto, in un primo momento, individuato nella malattia reiterata la causa legittimante il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa di recesso, collocandola, in altri termini, nell'ambito della fattispecie di inadempimento contrattuale¹¹⁰. L'obiezione posta alla cennata ricostruzione consiste principalmente nell'impossibilità di riscontrare, nella malattia, l'elemento soggettivo proprio dell'illecito contrattuale¹¹¹: l'evento morboso esonera da responsabilità il debitore poiché non imputabile. La malattia non può essere intesa quale fatto legittimante il recesso per giustificato motivo soggettivo, in quanto il

¹⁰⁸ Così R. SANTUCCI, *La sospensione del rapporto di lavoro: spunti ricostruttivi*, cit., p. 60.

¹⁰⁹ Sull'argomento si v. P. ICHINO, *Ancora sul licenziamento per eccessiva morbilità*, *RGL*, 1976, I, p. 259; M. PAPALEONI, *Licenziamento per assenteismo un problema ancora attuale*, *DL*, 1980, I, p. 310; G. PERA, *L'assenteismo in Corte di Cassazione*, *Riv. it. prev. Soc.*, 1977, p. 3.

¹¹⁰ Pret. Torino, 18 maggio 1973, *OGI*, 1973, p. 914, e *MGL*, 1974, p. 350, con nota di F. SAFFIRO.

¹¹¹ Così R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro, artt. 2110-2111, Il Codice Civile, Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, p. 283.

presupposto necessario per il configurarsi dello scarso rendimento è la possibilità per il lavoratore sano di adempiere; di scarso rendimento, in altri termini, può parlarsi solo con riferimento ad un lavoratore in buona salute.

Un diverso orientamento giurisprudenziale tendeva, invece, ad individuare nella malattia reiterata un'ipotesi di sopravvenuta impossibilità della prestazione, non imputabile al debitore, disciplinata dalle norme del codice civile in materia: in particolare l'art. 1256, comma II, c.c. (per chi considera l'eccessiva morbilità un'ipotesi di impossibilità temporanea)¹¹², ovvero l'art. 1464 c.c. (per chi, di converso, ritiene che integri una fattispecie di impossibilità parziale)¹¹³. Non sono mancate, inoltre, pronunce di merito che hanno riscontrato la configurabilità di un'impossibilità assoluta e definitiva, di cui agli artt. 1256, comma I, e 1463 c.c.¹¹⁴.

L'opinione più accreditata inquadrava, peraltro, la malattia reiterata nell'ambito del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, incidendo la stessa sul regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro¹¹⁵. In particolare un nutrito orientamento giurisprudenziale¹¹⁶ collocava la fattispecie nell'ambito del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, rilevandosi come, in tali situazioni, l'incertezza circa l'effettiva presenza del lavoratore in azienda ovvero le sue frequenti assenze incidessero negativamente sull'organizzazione del lavoro; si consentiva, pertanto, al datore, previa allegazione della prova del pregiudizio organizzativo, di recedere dal rapporto anche prima del superamento del periodo di comporto.

La più forte obiezione mossa a questa ricostruzione fa capo a quella dottrina che rifiuta la possibilità di ricomprendere tra le causali oggettive enunciate dall'art. 3 l.n. 604/66 fatti o comportamenti attinenti alla persona del lavoratore¹¹⁷. Si ritiene, inoltre che una discriminazione di regime giuridico tra malattie lunghe e brevi sia priva di qualsiasi giustificazione logica, oltre che positiva, in quanto l'art. 2110 c.c. non distingue tra le cennate fattispecie. Dato il carattere di specialità della norma, dunque, dovrebbe escludersi la possibilità di ricorrere alla

¹¹² Cass. 8 aprile 1976 n. 1233 e Cass. 28 giugno 1976 n. 246, *FI*, 1976, I, c. 1804 ss.

¹¹³ Pret. Como, 24 gennaio 1977, *OGL*, 1977, p. 720.

¹¹⁴ Trib. Torino, 25 febbraio 1975, *MGL*, 1975, p. 398; Trib. Torino, 23 gennaio 1975, *GI*, 1976, I, c. 644.

¹¹⁵ Cass. 28 agosto 1979 n. 4707, *FI*, 1980, I, c. 729; Cass. 29 dicembre 1977 n. 5752, *MGL*, 1978, p. 185, con nota di P. FRANCESCHINI.

¹¹⁶ Tra le altre Cass. 9 febbraio 1980 n. 897, in *OGL*, 1980, p. 440.

¹¹⁷ M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 358.

disciplina generale del licenziamento nelle ipotesi di malattie, pur reiterate, del lavoratore: il conflitto tra l'art. 3 l.n. 604/66 e l'art. 2110 c.c. non può che essere risolto nel senso di privilegiare la disposizione più aderente alla situazione regolata. Pertanto “a rendere improponibile la tesi del giustificato motivo oggettivo è puramente e semplicemente l'art. 2110; tanto che una disciplina delle assenze per malattia impostata sui canoni della valutazione caso per caso della “soportabilità” delle stesse da parte dell'impresa può esservi solo in ordinamenti che, come quello tedesco e francese, sono privi di una previsione legale circa il comportamento”¹¹⁸.

Sul punto intervengono le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per accogliere le considerazioni da ultimo esposte, affermando, in particolare, che l'art. 2110 c.c. non sopporta alcuna classificazione ed è diretto a tutelare qualsiasi alterazione psicofisica, in qualunque modo si manifesti¹¹⁹. Sarebbe infatti del tutto arbitrario sostenere che il legislatore abbia inteso riferirsi esclusivamente ad un concetto di malattia “normale”, con la conseguente esclusione degli episodi morbosi reiterati, connotati dal succedersi anche di più malattie, irregolari e discontinue. Né potrebbe ritenersi legittimo l'inquadramento della fattispecie nell'ambito del giustificato motivo oggettivo, per almeno due ordini di motivi: in primo luogo, il diritto alla salute, costituzionalmente tutelato, non può rientrare nell'ambito delle valutazioni di carattere obiettivo di cui all'art. 3 l.n. 604/66, bensì deve poter essere garantito in ogni caso, indipendentemente dal tipo di malattia. In secondo luogo, si ribadisce la prevalenza dell'art. 2110 c.c., in quanto norma speciale, sia sulla normativa generale del recesso dal rapporto di lavoro, sia sulla disciplina del codice civile in tema di impossibilità sopravvenuta.

Le Sezioni Unite riportano, dunque, la cd. eccessiva morbilità nell'alveo originario dell'art. 2110 c.c., precisando, peraltro, che, verificandosi una sostanziale carenza di disciplina per la ipotesi della reiterazione di malattie, il giudice, chiamato a risolvere il caso, dovrebbe in primo luogo rinvenire nel contratto collettivo la previsione di una clausola di sommatoria¹²⁰, contenente l'indicazione di una limitazione temporale al trasferimento del rischio sul datore

¹¹⁸ Così R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro, artt. 2110-2111*, cit., 277.

¹¹⁹ Cass. Sez. un., 29 marzo 1980 n. 2072, *GI*, 1980, I, 1438, con nota di G. ARDAU; Cass. Sez. un. 29 marzo 1980 n. 2073, *GC*, 1980, I, 1526, con nota di CARNEVALI; Cass. Sez. un. 29 marzo 1980 n. 2074, *MGL*, 1980, 419, con nota di L. RIVA SANSEVERINO.

¹²⁰ La contrattazione collettiva frequentemente regola l'ipotesi del cd. “comporto per sommatoria”, consistente nella possibilità di cumulare i numerosi periodi di brevi episodi morbosi al fine di raggiungere il tetto complessivo del periodo di comparto.

di lavoro (non essendo idonee a tal fine le clausole di comportamento secco, destinate a disciplinare appropriatamente la sola ipotesi di malattia unica e continuativa); in assenza di tale clausola, il giudice dovrebbe surrogarsi al contratto collettivo, determinando il comportamento mediante il ricorso agli usi ed, in mancanza, all'equità, secondo l'ordine di fonti disposto dal citato art. 2110.

Come rilevato dalla dottrina¹²¹, il ragionamento operato dalla Corte si fonda sull'implicito presupposto dell'eccessiva morbilità come "fattispecie non regolata in presenza di clausole di mero comportamento secco". Ne consegue che la ricostruzione della Suprema Corte giunge a delineare la malattia reiterata come fattispecie autonoma rispetto a quella della malattia unica, condividendo paradossalmente questo assunto con l'indirizzo del giustificato motivo oggettivo. La differenza tra le due impostazioni risiede nel fatto che quest'ultimo orientamento mirava ad attrarre l'eccessiva morbilità al di fuori dell'alveo dell'art. 2110, mentre le Sezioni Unite intendono ricondurre la fattispecie proprio alla norma citata, alla quale, però, si ritiene facciano capo due fattispecie distinte¹²².

Questo nuovo orientamento ha avuto seguito anche in pronunce più recenti, che hanno ribadito l'impossibilità per il datore di lavoro di recedere prima del superamento del periodo di comportamento, anche nelle ipotesi del succedersi di diversi episodi morbosi¹²³.

¹²¹ Così R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro, artt. 2110-2111*, cit., p. 291.

¹²² L'Autore sottolinea "il significato normativo che le S.U. di fatto (..) attribuiscono alla previsione legale: essa non solo consentirebbe, come si era al massimo ritenuto sino a quel momento, ma anzi *imporrebbe* la predisposizione di un comportamento per sommatoria accanto ad uno secco. Non più, insomma, uno svolgimento eventuale della norma, bensì necessitato; tanto che, se la clausola di sommatoria manca, deve essere creata utilizzando i meccanismi autointegrativi (ma di integrazione *ab externo* rispetto al contratto collettivo e naturalmente a quello individuale) contenuti dallo stesso disposto": Così R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro, artt. 2110-2111*, cit., p. 292.

¹²³ Cass. 7 aprile 2003 n. 5413. La Suprema Corte ha chiarito, infatti, che anche la malattia frazionata, così come la sola affezione continuata, è soggetta alla disciplina speciale contenuta nell'art. 2110 c.c., che prevale sia sulla disciplina generale della risoluzione del contratto per sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione lavorativa (di cui agli artt. 1256, secondo comma, e 1464 c.c.), che sulla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali (contenuta nella legge n. 604/66, nonché nella legge n. 300/70).

Capitolo III

Profili ricostruttivi dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa

1- Gli effetti dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione sul rapporto di lavoro

Sulla scorta della ricostruzione operata nei capitoli precedenti, sembrerebbe potersi concludere che l'impossibilità sopravvenuta, intesa nella sua più rigorosa accezione civilistica, liberi il debitore dall'obbligazione nella sola ipotesi in cui l'impedimento rivesta i caratteri dell'assolutezza e dell'oggettività. Trasfondendo i rigidi principi civilistici all'interno del rapporto di lavoro, si dovrebbe coerentemente sostenere la responsabilità del dipendente ogni qual volta lo stesso, ai sensi dell'art. 1218 c.c., non dimostri il sopravvenire di un'impossibilità oggettiva e assoluta che gli precluda la puntuale esecuzione della prestazione.

L'esclusione da responsabilità del debitore sarebbe, allora, configurabile solo allorquando l'ostacolo all'esatto adempimento derivi da un evento non oggettivamente riconducibile alla sfera personale del lavoratore, che appaia insuperabile, se non con il compimento di una attività illecita o pericolosa per l'integrità personale del soggetto obbligato. Non può non rilevarsi l'eccessiva gravosità di siffatta ricostruzione: il lavoratore colpito da un sopravvenuto impedimento, non direttamente imputabile a sua colpa, risulterebbe liberato dall'obbligazione solo provando che l'ineseguibilità della prestazione trae origine da un impedimento tanto esteso da rendere impossibile a chicchessia l'adempimento.

D'altro canto, come rilevato da autorevole dottrina, i principi di diritto comune delle obbligazioni e dei contratti "debbono trovare applicazione fino a quando non siano espressamente derogati da norme speciali dettate nella *sedes materiae*"¹²⁴. Detta deroga è testualmente rinvenibile nelle fattispecie di sospensione tipizzate espressamente dal legislatore nell'art 2110 c.c., ma non in tutti gli altri casi di sopravvenuta impossibilità della prestazione, nei confronti dei quali non potrà che ritenersi applicabile l'art. 1218 c.c.. Per consentire che

¹²⁴ L. MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, Riv. Trim. Dir. Civ., 1950, p. 271.

determinati accadimenti, pur non integrando propriamente una impossibilità assoluta ed oggettiva, assumano rilevanza all'interno del rapporto di lavoro, è necessario smussare la nozione civilistica di impossibilità adattandola alle esigenze di tutela del lavoratore, il quale, a differenza di ogni altro debitore, compromette la sua stessa persona nell'obbligazione assunta.

Basti pensare ad eventi, quali la morte o la malattia di uno stretto congiunto, che, pur non rendendo la prestazione oggettivamente impossibile, incidono fortemente sulla persona del lavoratore e dovrebbero, per ciò stesso, esonerare il debitore dall'adempimento. Il lavoratore, in altri termini, secondo tale ricostruzione, dovrebbe potersi legittimamente astenere dal lavoro a causa della prevalente necessità di adempiere altri doveri ritenuti moralmente più rilevanti. In queste ipotesi, pur rimanendo la prestazione in concreto oggettivamente possibile, la stessa appare (sulla falsariga di quanto previsto dagli artt. 51, comma 3, e 52, comma 2, Cost. con riguardo all'adempimento di funzioni pubbliche elettive e del servizio militare obbligatorio) inesigibile: "l'adempimento di un dovere, collidente con l'obbligazione di lavoro, e obiettivamente giudicato prevalente rispetto a quest'ultima, costituisce causa di legittima sospensione o, a seconda dei casi, interruzione del rapporto di lavoro, il quale soggiace pertanto ai medesimi effetti della sopravveniente impossibilità incolpevole della prestazione"¹²⁵. Allo stesso modo gli obblighi e i doveri che attengono alla tutela giuridica della famiglia, pur non essendo coercibili, prevalgono inevitabilmente sulle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, generando una fattispecie di impossibilità, *sub specie* di inesigibilità, riconducibile alla salvezza di cui all'art. 1218 c.c..

Attenuati, in forza di questa ricostruzione, i connotati civilistici dell'impossibilità sopravvenuta (assolutezza e oggettività) mediante il ricorso alla categoria dell'inesigibilità, resta da vagliare nell'ottica "lavoristica" l'ulteriore requisito essenziale della non imputabilità. Quest'ultima, secondo parte della dottrina, sussiste ogni qual volta si dimostri l'assenza di colpa del debitore nonché l'utilizzo dell'opportuna diligenza richiesta dalla prestazione dovuta. La rigorosa applicazione di questo principio nel rapporto di lavoro, porterebbe a gravare il lavoratore di un dovere di custodia in preparazione dell'adempimento talmente ampio da ricomprendere ogni attività ed espressione della sua personalità, da cui

¹²⁵ L. MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, cit., 273.

potrebbe eventualmente discendere una lesione o un pregiudizio della capacità lavorativa dedotta in contratto. In altri termini, sarebbe liberato per sopravvenuta impossibilità della prestazione soltanto il lavoratore che riuscisse a dimostrare che l'impedimento non deriva dal compimento di un'attività "rischiosa" compiuta dallo stesso; per non incorrere in responsabilità, pertanto, il lavoratore dovrebbe astenersi dal porre in essere questo genere di attività (si pensi ad uno sport particolarmente pericoloso, a causa del quale il lavoratore potrebbe rimanere infortunato).

Contro tale rigida ricostruzione la dottrina sottolinea che il dovere di diligenza non può estendersi fino al punto di interdire qualsiasi espressione della personalità potenzialmente lesiva della capacità di lavoro, bensì deve limitarsi ai soli comportamenti necessari per l'immediata preparazione all'esecuzione del lavoro: "fuori di questi limiti, anche se la sopravvenuta impossibilità della prestazione trovi causa in un fatto volontario del lavoratore (ad es. tentato suicidio) non si potrà parlare di violazione del dovere di diligenza imposto dall'art. 1176 c.c. e quindi la causa non potrà qualificarsi come imputabile al debitore"¹²⁶.

Ridefiniti i contorni dell'impossibilità sopravvenuta all'interno del rapporto di lavoro, resta ancora da chiarire in che misura sono applicabili all'impossibilità di stampo lavoristico le norme del codice civile ed, in particolare, gli artt. 1256, 1463 e 1464 c.c.

A tal fine è necessario, in primo luogo, sgombrare il campo dalle conclusioni cui è giunta una risalente giurisprudenza¹²⁷ che, rinvenendo l'oggetto del contratto di lavoro nella prestazione *continua* di un'attività, ha ritenuto che l'interruzione, causata dall'impedimento non imputabile al lavoratore, determini la sopravvenuta impossibilità *definitiva e totale*, prodotta dal venir meno della causa stessa del rapporto. A sostegno di quanto affermato, detta giurisprudenza sottolinea la seguente circostanza: solo ove il legislatore, per motivi di solidarietà sociale, ha

¹²⁶ L. MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, cit., p. 274.

¹²⁷ Cass. 10 marzo 1949 n. 495, in Foro it., 1950, I, c. 167; Cass. 17 ottobre 1960 n. 2777, *Riv. Dir. Lav.*, 1961, II, p. 313, la quale afferma che "è in realtà di tutta evidenza" che l'interruzione della prestazione lavorativa, dovuta a causa non riconducibile alle ipotesi di sospensione legale di cui agli artt. 2110 e 2111 c.c., comporti il venir meno dell'interesse dell'imprenditore a mantenere un rapporto ormai privo di contenuto. Nella struttura sinallagmatica del rapporto, infatti, prosegue la Suprema Corte "l'effettiva e concreta prestazione dell'attività lavorativa caratterizza la funzione di scambio tra lavoro e retribuzione, rappresenta cioè la causa stessa del contratto riguardata come ragione determinante dei soggetti al perfezionamento del negozio".

inteso evitare che si verificasse la cessazione del rapporto, ha testualmente disposto la prosecuzione dello stesso, ai sensi degli artt. 2110 e 2111 c.c..

Autorevole dottrina¹²⁸ tende a correggere il tiro della giurisprudenza di legittimità, sottolineando come il ragionamento operato dalla Corte andrebbe, a rigore, esteso a tutti i contratti di durata, per i quali, pertanto, non potrebbe mai concepirsi un'impossibilità *temporanea*. In queste fattispecie contrattuali, infatti, la durata dell'adempimento, e cioè la continuità della prestazione, è elemento della causa del contratto, che verrebbe automaticamente meno, seguendo il risalente indirizzo giurisprudenziale, ad ogni interruzione dell'attività lavorativa. E' evidente come tale ricostruzione risulti eccessiva e fuorviante, poiché sottrarrebbe alle norme civilistiche sull'impossibilità temporanea tutte le prestazioni nascenti da contratti di durata.

Un ostacolo temporaneo, che impedisce lo svolgimento della prestazione, non necessariamente è causa della cessazione del rapporto, bensì provoca, almeno inizialmente, solo una diminuzione della portata funzionale dello stesso: l'interruzione non determina il venir meno della causa del contratto fin quando la prestazione mantiene la sua rilevanza funzionale. Ne consegue che la fattispecie dell'impossibilità temporanea di cui all'art. 1256, II comma, c.c., che sospende il rapporto e subordina la cessazione dello stesso al recesso del datore, che non abbia più interesse alla prestazione resa in ritardo, dovrebbe ritenersi applicabile anche al contratto di lavoro. Esclusa l'obbligatorietà dell'inquadramento nell'ambito dell'impossibilità definitiva e totale, si prospetta la possibilità di configurare il sopravvenuto impedimento allo svolgimento della prestazione, a seconda della teoria preferita, sia in termini di *impossibilità temporanea* (art. 1256 c.c.) che in termini di *impossibilità parziale* (art. 1464 c.c.).

a) La ricostruzione in termini di impossibilità temporanea

A questa prima opzione interpretativa è da ricondurre l'autorevole tesi di Mengoni¹²⁹. L'Autore intende dimostrare che all'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro non può ritenersi applicabile la normativa sull'impossibilità parziale di cui all'art. 1464 c.c., ma, piuttosto, la disciplina dell'impossibilità

¹²⁸ L. MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, cit., 270 ss.

¹²⁹ L. MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, cit., 270 ss.

temporanea di cui all'art. 1256 c.c.¹³⁰, in combinato disposto con l'art. 1463 c.c.. A tal fine l'autore propone di distinguere tra le *operae* svolte durante il verificarsi dell'impedimento e le *operae* che il debitore potrà ancora rendere a seguito della rimozione dello stesso. Per quanto concerne le prime, può affermarsi che, ai sensi dell'art. 1256 I comma, l'obbligazione è estinta per "perimento dell'oggetto"¹³¹; per quanto riguarda, invece, le prestazioni future ancora possibili, sembrerebbe potersi richiamare il secondo comma dello stesso articolo, che disciplina la temporanea impossibilità della prestazione¹³².

L'art. 1464 c.c., di converso, troverebbe applicazione solo di fronte al verificarsi di una impossibilità parziale *ratione obiecti* (tipica delle prestazioni a carattere istantaneo). La citata norma presupporrebbe, infatti, una prestazione frazionabile e riducibile dal punto di vista dell'oggetto, al contrario dell'attività lavorativa, ritenuta indivisibile sotto l'aspetto qualitativo delle *operae* prestate. L'impossibilità parziale *ratione obiecti* opererebbe, cioè, nelle sole ipotesi in cui l'oggetto della prestazione risulti frazionabile in parti autonome coesistenti nello stesso momento. Tale fondamentale requisito manca alla prestazione lavorativa, la quale è indivisibile dal punto di vista dell'oggetto, ma può considerarsi frazionabile solo in funzione del tempo: "l'impossibilità parziale in senso tecnico,

¹³⁰ Nell'ambito della dottrina che inquadra l'impossibilità della prestazione di lavoro nell'impossibilità temporanea, è necessario, inoltre, distinguere chi ritiene che "se, in ragione del decorso del tempo, l'interesse viene a cessare, e perciò la prestazione diventa inutile, l'impossibilità produce gli effetti di quella definitiva, cioè estingue l'obbligazione e corrispondentemente risolve di diritto il contratto" (L. MENGONI, *Note sull'impossibilità della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, 1953, p. 274) e chi, pur condividendo il presupposto fondato sul secondo comma dell'art. 1256 c.c., ritiene, al contrario, sempre necessaria una manifestazione di volontà del creditore, il quale deve "esplicitare il venir meno del suo interesse al conseguimento della prestazione" (F. MAZZIOTTI, cit., p. 108). Ne consegue che l'impossibilità temporanea, così intesa, non provoca la risoluzione automatica del rapporto, ma funge da presupposto del recesso del datore.

¹³¹ L. MENGONI, *Ancora sull'impossibilità temporanea della prestazione di lavoro*, in *Temì*, 1951, p. 128.

¹³² Convengono sull'applicabilità dell'art. 1256, II comma, c.c. alle ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro: MINZIONI, *Sull'impossibilità temporanea della prestazione di lavoro*, *Riv. dir. civ.*, 1981, II, 127; F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, 109, il quale afferma che la valutazione della rilevanza dell'interesse del creditore ai fini del recesso deve essere operata in ragione della durata dell'impossibilità, riferendosi cioè al ritardo concernente le successive prestazioni e non alla residua utilità dei futuri adempimenti. Secondo questa dottrina deve considerarsi artificioso il ragionamento operato dalla giurisprudenza, secondo cui le prestazioni impossibili sono del tutto perse e per quelle future non è configurabile alcuna impossibilità, in quanto, al contrario, con riguardo alle future prestazioni è possibile ravvisare una impossibilità temporanea, che consentirà la corretta esecuzione delle stesse solo al termine dell'impedimento. Secondo il citato Autore, l'impossibilità temporanea assume il valore di giusta causa del recesso del datore, pertanto, ai sensi dell'art. 1256, II comma, c.c., in combinato disposto con l'art. 2119 c.c., "si ha giusta causa di licenziamento se l'impossibilità per la prevedibile durata futura sia tale da far venir meno l'interesse del datore al conseguimento della prestazione": così F. MAZZIOTTI, cit., p. 110.

è inconcepibile rispetto alla prestazione di lavoro, la quale, considerata sotto l'aspetto qualitativo è indivisibile: le *operae* sono, per natura, *res quae divisionem non recipiunt*¹³³. Pertanto l'impossibilità che colpisce la prestazione di lavoro, riconducibile ad una impossibilità parziale *ratione temporis*, non potrebbe rientrare nel campo di applicazione dell'art. 1464 c.c., limitato alla sola impossibilità *ratione obiecti*. L'impossibilità parziale della prestazione, in altri termini, è caratterizzata dal fatto che solo parte dell'oggetto dell'obbligazione è divenuto impossibile, mentre sussiste "l'attuale" possibilità della prestazione in ordine alla parte residua. Di converso, l'impossibilità della prestazione di lavoro implica la possibilità "futura" di ripresa del lavoro, ma esclude l'attualità di una parte della stessa.

Inoltre, la dottrina sopra citata sottolinea come ai sensi dell'art. 1464 c.c. il creditore può recedere dal rapporto solo in seguito alla sopravvenuta mancanza di un interesse *qualificato* all'adempimento parziale e, cioè, nella sola ipotesi in cui riesca a dimostrare di non poter trarre alcuna utilità dalla prestazione residua. L'apprezzabile interesse del creditore potrà, allora, dirsi mancante solo quando il lavoratore presenti al datore una prestazione qualitativamente e non solo quantitativamente diversa. In altre parole, secondo questa ricostruzione, il recesso del creditore sarebbe consentito nel solo caso in cui il debitore offra una prestazione effettivamente diversa da quella dovuta, ovvero un *aliud pro alio*, ex art. 1197 c.c..

Nel rapporto di lavoro, però, l'impossibilità sopravvenuta di norma non si riverbera sulla natura della prestazione, né comporta alcuna modifica qualitativa della stessa; le prestazioni rimaste possibili non possono, cioè, definirsi qualitativamente diverse da quelle andate perdute. Quanto detto porterebbe ad escludere l'ammissibilità di un recesso ex art. 1464 c.c.: il datore non avrebbe mai occasione di recedere ai sensi della citata norma, mancando la possibilità di rinvenire nel rapporto di lavoro i presupposti applicativi della stessa.

Limitata la portata normativa dell'art. 1464 c.c., ritenuto del tutto inapplicabile al rapporto di lavoro, Mengoni esclude l'inquadrabilità dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro nell'ambito dell'impossibilità parziale e propende, invece, per un richiamo all'impossibilità

¹³³ Così L. MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, cit., p.279.

temporanea ex art. 1256, secondo comma¹³⁴. Assumendo quale presupposto il carattere unitario della prestazione di lavoro, si afferma che l'inadempimento parziale si riflette sull'intera obbligazione e provoca, ex art. 1256 II comma, un ritardo nell'adempimento, ritardo che "fa progredire l'adempimento complessivo dell'obbligazione in una misura che, con riguardo al termine generale di scadenza, avrebbe dovuto essere raggiunto prima"¹³⁵. Il ritardo cui fa riferimento l'autore, però, non può configurarsi in termini di mora per inadempimento, dato il connotato di imputabilità di quest'ultima al debitore, bensì deve, piuttosto, ricondursi ad un concetto di mora incolpata o oggettiva, cioè ad un ritardo non colpevole, come disciplinato dall'art. 1256 II comma c.c..

La prospettata ricostruzione non è andata esente da critiche, dovute principalmente al fatto che un concetto di ritardo *stricto sensu* inteso non sembra rinvenibile con facilità nella prestazione di lavoro. Pur volendosi, infatti, condividere la tesi dell'unitarietà della prestazione, va anche considerato che la stessa si esprime in termini di continuità dell'esecuzione; difficilmente, pertanto, potrebbe immaginarsi che la prestazione si interrompa per poi riprendere, in tutta la sua complessiva durata, a seguito della rimozione dell'impedimento. Non potrebbe, in sostanza, ammettersi il prolungarsi nel tempo della prestazione di lavoro a causa del ritardo.

Come correttamente rilevato¹³⁶, in effetti, ove la prestazione di lavoro è a tempo indeterminato, non si rinviene una durata predefinita che possa prolungarsi nel tempo in seguito al ritardo causato dalla sopravvenuta impossibilità: il rapporto cesserà in ogni caso, a prescindere dal ritardo accumulato, di fronte ad eventi quali il licenziamento, le dimissioni o la morte del lavoratore. Pertanto non appare corretto immaginare che il rapporto di lavoro termini in un momento successivo rispetto ad una certa durata (in corrispondenza del ritardo conseguito) né che le mansioni ed i compiti affidati al lavoratore impossibilitato restino in attesa del suo ritorno.

¹³⁴ Nello stesso senso M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 364, sottolinea come la giurisprudenza, che ritiene applicabile al rapporto di lavoro il rimedio della risoluzione per impossibilità parziale, "dà per scontato quel che scontato non è affatto". Al contrario l'unica forma di impossibilità sopravvenuta concepibile in tale ambito è l'impossibilità temporanea, pertanto anche laddove si parli di impossibilità parziale *ratione temporis* debba intendersi, in realtà, un fenomeno d'impossibilità temporanea della prestazione.

¹³⁵ L. MENGONI, *Ancora sull'impossibilità temporanea della prestazione di lavoro*, cit. p. 130

¹³⁶ G.G. BALANDI, *Il procedimento penale a carico del lavoratore*, cit., 920.

Anche la ricostruzione offerta da Mengoni con riguardo all'ambito di applicazione dell'art. 1464 c.c. alla sola ipotesi in cui il debitore offra in adempimento un *aliud pro alio*, ha ricevuto pesanti critiche. Non si è mancato, infatti di sottolineare come tale orientamento tenda a svuotare di contenuto la citata norma, che non potrebbe in pratica trovare concreta attuazione nel rapporto di lavoro, ove, come si è detto, le opere rimaste possibili non possono dirsi qualitativamente diverse dalle precedenti.

Al fine di dimostrare l'eccessiva rigidità della tesi prospettata occorre fare un passo indietro, prendendo le mosse da un principio generale delle obbligazioni, contenuto nell'art. 1181 c.c., secondo cui al creditore è riconosciuto il diritto di rifiutare la prestazione laddove la stessa non sia conforme, per qualità e quantità, al contenuto dell'obbligazione, ed integri, pertanto, un adempimento inesatto ai sensi dell'art. 1218 c.c.. Detta norma, però, consente al debitore di liberarsi dimostrando il verificarsi di una causa a lui non imputabile che abbia reso solo in parte (sia dal punto di vista dell'oggetto, che da quello del tempo) impossibile la prestazione. Laddove si configuri siffatta ipotesi il legislatore prevede, in deroga all'art. 1181 c.c., che il creditore non possa rifiutare il parziale adempimento (ai sensi dell'art. 1258, I comma, c.c.). Passando dall'ambito delle obbligazioni a quello dei contratti a prestazioni corrispettive, si rileva come anche l'art. 1464 c.c., di fronte ad un adempimento parziale (anche *ratione temporis*) non consenta, di regola, al creditore di rifiutare la prestazione, disponendo invece la prosecuzione del rapporto, previa corrispondente riduzione della controprestazione.

La citata norma, però, contiene una salvezza: il creditore acquista la legittimazione a recedere allorché venga a mancare un suo apprezzabile interesse all'adempimento parziale. Tralasciando per il momento i criteri (come ad esempio le dimensioni dell'impresa ovvero il tipo di mansioni affidate al dipendente impossibilitato) alla luce dei quali vagliare "l'apprezzabilità dell'interesse" del creditore¹³⁷ (e che di fatto sono individuati dalla

¹³⁷ La nozione di interesse apprezzabile viene delineata dalla dottrina con riguardo ai due aspetti della prevedibilità della residua utilità della prestazione futura, da un lato, e della non prevedibilità di un costo di sostituzione del lavoratore talmente elevato da non poter essere ragionevolmente accollato all'imprenditore, dall'altro. Nella valutazione circa l'apprezzabilità dell'interesse al giudice competono due operazioni: "valutare la perdita attesa nel caso concreto e stabilire se essa sia compresa o no nella "copertura assicurativa" dovuta dal datore al prestatore; se la perdita attesa eccede il "massimale" assicurato, il licenziamento è giustificato": così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, 2003, 450.

giurisprudenza¹³⁸), è opportuno in questa sede definire più specificamente il significato da attribuire alla nozione di “adempimento parziale”. La questione alla quale si cerca di dare soluzione, pertanto, concerne l’esatta individuazione delle ipotesi in cui la prestazione offerta dal debitore possa definirsi parziale o inesatta.

Alla luce della ricostruzione prospettata da Mengoni, l’adempimento parziale che legittima il recesso risulterebbe riconducibile esclusivamente all’ipotesi in cui il debitore offra una prestazione qualitativamente diversa, cioè un *aliud pro alio* e ciò implicherebbe la scarsa, se non impossibile, applicabilità dell’art. 1464 c.c. al rapporto di lavoro. Contrariamente a quanto affermato da così autorevole dottrina, deve però rilavarsi che la fattispecie riconducibile all’art. 1197 c.c. non risulta l’unica ipotesi in cui il legislatore ha inteso ravvisare un adempimento parziale o inesatto. Dal principio generale contenuto nell’art. 1181 c.c., infatti, si evince che il creditore è legittimato a rifiutare la prestazione ogni qual volta questa non realizzi, più genericamente, *l’effettiva rispondenza al programma negoziale divisato tra le parti*, ovvero presenti un’alterazione dell’assetto di interessi preesistente. Si tratterebbe, in tali ipotesi, di un concetto di adempimento parziale che esula dallo specifico e ristretto riferimento *all’aliud pro alio* di cui all’art. 1197 c.c.. Il principio generale del rifiuto della prestazione inesatta, in altri termini, non dovrebbe essere circoscritto unicamente all’art. 1197 c.c.: quest’ultima norma, lungi dal palesare un intervento riduttivo delle ipotesi in cui è consentito al creditore il rifiuto di ricevere la prestazione, appare piuttosto dettata dall’intuibile esigenza di disciplinare le ipotesi al riguardo più ricorrenti ed in un certo senso tipiche.

In conclusione si ritiene di poter affermare che, ai sensi dell’art. 1464 c.c., il datore di lavoro non possa, di regola, rifiutare la prestazione parziale, in linea con quanto previsto in tema di obbligazioni dall’art. 1258 c.c.. Laddove, però, l’adempimento parziale non ingeneri più alcun interesse apprezzabile del creditore, da valutarsi sulla base di parametri oggettivi, deve ritenersi nuovamente operante la regola generale di cui all’art. 1181 c.c.: il creditore è legittimato al rifiuto del parziale adempimento, inteso non solo quale *aliud pro alio*, bensì, più genericamente, come prestazione inesatta in quanto non corrispondente, anche solo da un punto di vista quantitativo, al programma negoziale. Interpretato in tal modo, l’art. 1464 c.c. potrà di certo trovare attuazione nell’ambito del rapporto di

¹³⁸ Si v. *infra* Capitolo IV.

lavoro e, per effetto dello stesso, il datore potrà recedere sia di fronte all'offerta di una prestazione qualitativamente diversa sia, come più spesso accade, di fronte all'offerta di una prestazione quantitativamente inesatta, comunque riconducibile alla nozione di adempimento parziale di cui all'art. 1181 c.c..

Appaiono, pertanto, tutto sommato superabili le obiezioni mosse contro la ricostruzione dell'impossibilità sopravvenuta nel rapporto di lavoro in termini di impossibilità parziale *ratione temporis* ex art. 1464 c.c., anche ove si ritenga che le prestazioni ancora possibili non siano qualitativamente difformi dalla prestazione nel suo complesso, bensì rispondano alla medesima funzione economica. Queste *operae*, infatti, pur non integrando alcun *aliud pro alio*, possono essere rifiutate dal creditore che non abbia apprezzabile interesse a prestazioni anche solo quantitativamente inferiori rispetto a quelle pattuite. Come è stato correttamente affermato, infatti “per attivare il meccanismo dell'art. 1464 non occorre che il debitore offra una prestazione che per essere parziale si risolva nel venerabile *aliud pro alio*, essendo perfettamente ammissibile il rifiuto della prestazione genuinamente parziale (art. 1181)”¹³⁹.

b) La ricostruzione in termini di impossibilità parziale

E' necessario, a questo punto, dar conto del prevalente orientamento dottrinario che ha contestato la tesi dell'applicabilità dell'art. 1256 c.c. all'impossibilità sopravvenuta verificatasi nell'ambito del rapporto di lavoro, sulla base della considerazione che l'impossibilità temporanea è caratterizzata dal ritardo non imputabile dell'adempimento. Detto ritardo non è configurabile, secondo questa ricostruzione, nella prestazione di lavoro, poiché l'esecuzione dei singoli compiti concreti, cui avrebbe dovuto attendere il lavoratore durante i giorni in cui è stato impossibilitato, non potrebbe essere ritardata fino al suo rientro in azienda¹⁴⁰. In altri termini, l'interruzione di una prestazione, oggetto di un contratto di durata con obbligazioni ad esecuzione continuata, non può essere ricompresa nel concetto di ritardo.

Il citato orientamento attinge alla nota tesi di Torrente¹⁴¹, secondo cui la prestazione divenuta impossibile non è semplicemente una prestazione resa in

¹³⁹ G.G.BALANDI, *Il procedimento penale a carico del lavoratore*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1980, II, 923.

¹⁴⁰ G.G.BALANDI, *Il procedimento penale a carico del lavoratore*, cit., p. 904 ss.

¹⁴¹ A. TORRENTE, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, in Riv. giur. lav., 1950, I, p. 110; ID., *Ancora sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, in Riv. giur. lav., 1960, I, p. 211.

ritardo, ma è definitivamente persa. La ricostruzione prospettata dall'autore prende le mosse dall'inapplicabilità dell'art. 1256 c.c. ai rapporti di durata e così, in particolare, ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato. La norma, infatti, e particolarmente il primo periodo del secondo comma della stessa (*Se l'impossibilità è solo temporanea il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento*), sembra riferirsi esclusivamente ai rapporti ad esecuzione istantanea, per effetto dei quali, cioè, il debitore è tenuto all'esecuzione della prestazione in un determinato momento. In rapporti di tal fatta, l'attenzione del legislatore è rivolta alla possibilità di configurare o meno una responsabilità del debitore al verificarsi di una sopravvenuta impossibilità e non alla valutazione circa la persistenza o meno del vincolo obbligatorio. Ciò dipende dal fatto che il momento nel quale il debitore è tenuto all'esecuzione della prestazione configura un termine di adempimento che, salvo diverso accordo delle parti, non è essenziale, con la conseguenza che la sua inosservanza non dà luogo all'estinzione del rapporto. In queste ipotesi, di norma, non si pone una questione di estinzione del vincolo obbligatorio, ma può venire in rilievo un problema di responsabilità del debitore, che deve escludersi in relazione alla non imputabilità dell'evento. Normalmente, pertanto, nelle obbligazioni istantanee il termine non è essenziale ed il rapporto perdura fino a che non si ravvisi l'irrealizzabilità degli scopi che le parti intendevano perseguire e la conseguente carenza di interesse del creditore all'adempimento non più utile.

Viceversa, alla luce di questo orientamento, nelle prestazioni di durata il verificarsi di un'impossibilità che impedisca l'esecuzione della prestazione non può apprezzarsi nei termini di impossibilità temporanea. In questo tipo di obbligazioni, infatti, non potrebbe ravvisarsi un ritardo nell'esecuzione ovvero un adempimento tardivo, ai sensi dell'art. 1256 secondo comma c.c., poiché la prestazione rimasta inadempita è oramai definitivamente persa. Non è, in altri termini, configurabile, nell'ambito dell'unica prestazione svolta con continuità nel tempo, uno "spazio vuoto" causato dal ritardo, oltre il quale collocare l'intera prestazione nel suo complesso. La parte di attività lavorativa che avrebbe dovuto svolgersi all'interno di quel segmento temporale non è più in alcun modo recuperabile. Il ritardo appare, cioè, configurabile solo quando la prestazione si esaurisca in un oggetto unico ed indivisibile, non quando essa sia frazionata in adempimenti che si susseguono nel tempo.

Questa prestazione andata perduta, però, configura, secondo la ricostruzione prospettata dall'autore, solamente una parte dell'intero vincolo che lega il debitore al creditore: "il rapporto tra la prestazione singola e quella unitaria complessa si riduce al rapporto tra la parte ed il tutto", laddove per parte deve intendersi una componente che "pur non avendo le stesse qualità del tutto" e, pertanto, pur essendo suscettibile di una autonoma valutazione economica, "concorre alla formazione di una diversa unità complessa"¹⁴². Sottolineando la frazionabilità della prestazione in relazione ad un arco di tempo indeterminato, può affermarsi che le *operae* corrispondenti ai giorni o alle settimane nella quali si è manifestata l'impossibilità non possono più essere prestate, mentre la residua prestazione ancora non svolta conserva tutta la sua utilità per il creditore.

Sulla scorta di tali argomentazioni l'indagine circa l'esatto inquadramento nell'alveo civilistico dell'impossibilità sopravvenuta nel rapporto di lavoro viene orientata verso l'art. 1464 c.c. e, più precisamente, sul concetto di impossibilità parziale sopravvenuta *ratione temporis*, poiché il frazionamento dell'attività lavorativa non si verifica in relazione all'oggetto, bensì in funzione del tempo di esecuzione. La prestazione di lavoro appare unitaria dal punto di vista dell'oggetto, ma nello stesso tempo scomponibile in segmenti temporali minimi, quali ad esempio le singole giornate di lavoro. Intendendo la parzialità cui fa riferimento la norma come frazionabilità della prestazione in funzione del tempo, la sopravvenuta impossibilità che concerne solo alcuni di questi segmenti temporali non intacca la residua prestazione ancora possibile che, pertanto, può e deve ancora essere prestata, con conseguente liberazione del debitore e corrispondente riduzione della controprestazione, fatta salva la mancanza dell'interesse qualificato del debitore ex art. 1464 c.c.. La norma si preoccupa di disciplinare, secondo la citata dottrina, la *sorte futura* del rapporto prevedendo, di fronte al verificarsi della sopravvenuta impossibilità di parte di una prestazione, la correlativa riduzione della prestazione rimasta possibile e, subordinatamente, la legittimità del recesso del creditore che non abbia apprezzabile interesse all'adempimento parziale.

Nell'ambito delle diverse ricostruzioni prospettate appare, pertanto, più corretto ricondurre la fattispecie nell'ambito della cd. impossibilità parziale *ratione temporis*, di cui all'art. 1464 c.c., norma che non deve ritenersi applicabile

¹⁴² A. TORRENTE, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, cit., p. 117 e 118.

esclusivamente all'ipotesi di mutamento dell'oggetto dell'obbligazione (di norma non riscontrabile nel rapporto di lavoro). La citata previsione normativa, infatti, consentirebbe il diritto di recesso non soltanto in presenza di una impossibilità parziale *ratione obiecti*, ma anche di fronte ad una impossibilità parziale *ratione temporis*. La prestazione di lavoro, seppur indivisibile dal punto di vista dell'oggetto, è, invece, frazionabile in ragione del tempo: il decorrere di un certo arco di tempo, senza che le *operae* abbiano vita, determina una realizzazione solo parziale dell'insieme che le parti si erano proposte stipulando il contratto¹⁴³.

L'impossibilità sopravvenuta colpirebbe, pertanto, esclusivamente una parte dell'attività lavorativa, che verrebbe conseguentemente ridotta in proporzione alle *operae* passate che non possono più essere adempiute. Le prestazioni rese alla cessazione dell'impossibilità non rappresentano, pertanto, prestazioni adempiute in ritardo, ma sono, invece, adempimenti futuri. Secondo questo orientamento, dunque, in nessun caso può configurarsi impossibilità temporanea: l'impossibilità per le prestazioni passate è oramai definitiva ed, una volta cessata, la prestazione futura diventa possibile, mancando la possibilità di configurare per questi adempimenti una impossibilità, né definitiva, né temporanea¹⁴⁴.

La validità della tesi che riconduce la sopravvenuta impossibilità della prestazione di lavoro nell'ambito civilistico e precisamente nell'alveo dell'art. 1464 c.c. deve essere dimostrata anche alla luce delle ipotesi di sospensione tipizzate dal legislatore negli artt. 2110 e 2111 c.c., per effetto delle quali viene fortemente limitata l'autonomia dell'imprenditore, impossibilitato a recedere durante il periodo protetto. E' necessario cioè dimostrare che le cennate fattispecie di gravidanza, malattia, infortunio, ecc. non sono espressione di un meccanismo estensibile a tutte le ipotesi di sospensione che opera nel rapporto di lavoro in totale deroga alla disciplina della sopravvenuta impossibilità contenuta nel codice civile, bensì sono eccezioni al principio generale, valevole per tutti i contratti di durata e conseguentemente anche per il rapporto di lavoro, contenuto nell'art. 1464 c.c.

Deve trattarsi di disposizioni eccezionali, come tali non estensibili alle altre ipotesi di impossibilità concernente la persona del lavoratore, la cui *ratio* riposa sulla necessità di tutelare il lavoratore in una situazione nella quale non potrebbe neanche trovare una diversa occupazione che gli consenta il sostentamento: “nel

¹⁴³ G.G.BALANDI, *Il procedimento penale a carico del lavoratore*, cit., p. 922- 923.

¹⁴⁴ V. Cass. 9 novembre 1978 n. 5156, reperita su *Info Utet*.

nome di interessi superiori viene sopraffatta la libertà di determinazione dell'imprenditore, ma questa stessa libertà, su cui il legislatore ha agito, dimostra che l'impedimento non produceva in se e per sé, obiettivamente, l'estinzione del rapporto"¹⁴⁵. Da quanto detto consegue che in tutte le altre ipotesi di sopravvenuta impossibilità non disciplinate del legislatore si applichi il principio generale desumibile dall'art. 1464 c.c. in tema di sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione: l'impedimento non produce l'automatico scioglimento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ma il creditore ha il diritto di recedere ove non abbia apprezzabile interesse all'adempimento parziale.

Di fronte alla facile obiezione secondo cui, rinvenendosi la causa del rapporto di lavoro nello scambio tra collaborazione continua e retribuzione, qualunque sospensione della prestazione che non rientri tra quelle considerate a priori dal legislatore, produrrebbe il venir meno della causa stessa del contratto, la dottrina suole replicare che il singolo rapporto di lavoro si inquadra nella più vasta organizzazione dell'imprenditore e che, pertanto, l'impedimento del singolo lavoratore non arresta la vita dell'organizzazione produttiva: la continuità del funzionamento dell'organismo produttivo "non è collegata in maniera assoluta ed imprescindibile alla presenza delle singole parti che contribuiscono al funzionamento del tutto"¹⁴⁶.

Nonostante l'autorevolezza dell'argomentazione, sembra opportuno rilevare come in realtà, per superare l'obiezione che ritiene non più ravvisabile la causa del rapporto di lavoro in siffatte ipotesi, è necessario dimostrare (piuttosto che la "vitalità" dell'organismo imprenditoriale) che la causa del contratto continua ad essere riscontrabile anche a fronte di sospensioni del rapporto. A tal fine andrebbero, in primo luogo, distinti il piano dell'esecuzione della prestazione da quello della causa del contratto. La causa del rapporto di lavoro, infatti, non viene meno in caso di interruzione dell'attività lavorativa, in quanto il momento dell'esecuzione della prestazione, al cui interno operano le ipotesi di sospensione, è altro rispetto al fondamentale requisito della causa del contratto, non entra cioè nello scambio tra energie lavorative e corrispettivo.

Sulla scorta di queste considerazioni sembrerebbe, pertanto, potersi affermare che la sospensione del rapporto e dunque l'assenza del prestatore dovuta ad impossibilità sopravvenuta non soltanto non impedisce "per il futuro" la

¹⁴⁵ A. TORRENTE, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, cit., p. 123.

¹⁴⁶ A. TORRENTE, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, cit., p. 120.

collaborazione nell'impresa, come rilevato da Torrente, ma più specificamente la stessa non inficia neanche "per il presente" la causa del contratto, la quale continua a sussistere anche se la prestazione rimane inadempita. Nello stesso senso appare orientata parte della dottrina¹⁴⁷, che si sofferma sulla distinzione tra rapporto e momento esecutivo dello stesso, per dimostrare che la prestazione concerne l'esecuzione del rapporto, non la sua causa o la sua esistenza. Il rifiuto di svolgere la prestazione, ovvero di cooperare alla sua attuazione, in conclusione, provoca l'effetto di ridurre l'efficienza del rapporto, ma non ne preclude l'esistenza, cioè non ne inficia la causa.

2- Impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro e giustificato motivo oggettivo di licenziamento

L'opzione ricostruttiva verso la quale è confluita la prevalente dottrina, come si è avuto modo di verificare, inquadra nell'ambito dell'art. 1464 c.c. (impossibilità parziale *ratione temporis*) le diverse ipotesi di impossibilità della prestazione di lavoro dovuta ad eventi non imputabili che incidono sulla persona del lavoratore. Nello stesso senso sembra orientarsi la giurisprudenza di legittimità, impegnata, peraltro, a chiarire che il semplice richiamo alle norme civilistiche non giustifica, di per sé, il recesso datoriale dal rapporto di lavoro. A tal fine, infatti, vengono necessariamente in rilievo le norme sui licenziamenti, cui è affidato il compito di offrire maggiore tutela al lavoratore subordinato, consentendo il recesso del datore solo in presenza di determinati presupposti. Nello specifico la dottrina, ed in particolar modo la giurisprudenza, si sono interrogate sulla possibilità di collegare l'impedimento sopravvenuto all'art. 2119 c.c., e dunque alla nozione di giusta causa, ovvero all'art. 3 l.n. 604/66, nelle sue due espressioni del giustificato motivo oggettivo e soggettivo. Per poter legittimare lo scioglimento del rapporto di lavoro, in altre parole, l'evento sopravvenuto dovrebbe consistere in un fatto che non consenta la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto, ovvero incidere sul regolare funzionamento

¹⁴⁷ G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, I, Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, 234; G.Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, 128.

dell'organizzazione dell'impresa, o ancora, integrare gli estremi del giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

Tale ultima qualificazione, ovvero la sussunzione dell'impossibilità sopravvenuta nel giustificato motivo soggettivo, è stata ritenuta in astratto configurabile¹⁴⁸, posto che l'impedimento sopravvenuto si traduce in una mancata esecuzione dell'obbligazione principale del rapporto di lavoro, che integra, pertanto, un inadempimento, benché non imputabile. Si afferma, infatti, che l'imputabilità, pur essendo il presupposto del risarcimento del danno, non assurge a requisito dell'inadempimento, che può essere anche incolpevole o non imputabile. Ciò può desumersi dall'art. 1218 c.c., nella misura in cui dispone che il debitore risponde della mancata o inesatta esecuzione della prestazione, salvo che l'inadempimento sia stato determinato da impossibilità derivante da causa a lui non imputabile.

La stessa dottrina, però, pur ammettendo in astratto la possibilità di qualificare la sopravvenuta impossibilità come inadempimento degli obblighi contrattuali, tende ad escludere in concreto l'inquadramento nell'ambito del giustificato motivo soggettivo, ritenendosi inapplicabile la regola del recesso con preavviso alle ipotesi che vengono qui in rilievo. Ne mancherebbero, infatti, i presupposti: venuto completamente meno l'interesse del datore di lavoro al ricevimento della prestazione al momento della cessazione dell'impedimento, non sarebbe in alcun modo configurabile la prosecuzione di un rapporto privo di causa¹⁴⁹. Altri autori¹⁵⁰, giudicando non pertinente il richiamo all'art. 3 l.n.

¹⁴⁸ Così F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., p. 103.

¹⁴⁹ F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., p. 104, il quale rileva che il medesimo ragionamento svolto per negare la classificazione dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione nell'ambito del giustificato motivo oggettivo dovrebbe essere utilizzato al fine di escludere la configurabilità dell'impossibilità sopravvenuta come presupposto del recesso con preavviso.

¹⁵⁰ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002, pp. 571-572; F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., p. 109, rileva che prima dell'entrata in vigore della legge sui licenziamenti individuali, si tendeva ad includere l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro nel concetto di giusta causa, sulla base del dato testuale dell'art. 2119 c.c., a fronte della formulazione dell'art. 9 della legge sull'impiego privato. Mentre quest'ultima disposizione conteneva un riferimento specifico alla "grave mancanza", la norma codicistica si riferisce, più genericamente, ad una "causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto". Con l'emanazione della legge n. 604/66, da ritenersi fonte esclusiva di disciplina dei mezzi utilizzabili dal datore di lavoro al fine di estinguere il rapporto di lavoro, si tende ad escludere la rilevanza dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione come fattispecie estintiva di diritto comune; il richiamo all'art. 2119 c.c., inoltre, contenuto nell'art. 1 della citata legge, viene utilizzato al fine di includere nella ampia nozione di giusta causa l'impossibilità sopravvenuta della prestazione¹⁵⁰. La conferma dell'impossibilità temporanea come giusta causa si rinviene, inoltre, secondo l'Autore, nella "forza di attrazione della normativa specifica del licenziamento, che ingloba in sé, come sembra oramai ammesso in giurisprudenza, la stessa normativa di diritto comune, che con la disciplina dei licenziamenti deve essere interpretata in combinato disposto".

604/66, ritengono che l'impossibilità della prestazione configuri una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto e propende, pertanto, per il riferimento alla giusta causa di cui all'art 2119 c.c. piuttosto che al giustificato motivo oggettivo. Si rileva, all'uopo, che il giustificato motivo oggettivo comprende elusivamente eventi collocati nella sfera dell'interesse dell'impresa, alla quale rimane estraneo il lavoratore, non qualificabile come elemento dell'organizzazione aziendale. Anche in tal caso, inoltre, non avrebbe, alcun significato la previsione di un termine di preavviso, con la permanenza del rapporto in capo ai soggetti per la relativa durata (conseguente all'applicazione del citato art. 3): venuto completamente meno l'interesse creditorio all'adempimento dovrebbe coerentemente sostenersi la cessazione immediata del rapporto¹⁵¹. Per potersi, però, configurare giusta causa di recesso è necessario, secondo tale ricostruzione, accertare l'effettivo e concreto venir meno dell'interesse datoriale. Andranno, pertanto, valutati dal giudice del merito gli elementi di fatto, quali le mansioni ricoperte dal lavoratore impossibilitato, la sua sostituibilità e le dimensioni dell'impresa¹⁵².

Disattendendo l'opzione del recesso per la giusta causa, pur autorevolmente sostenuta, i giudici di legittimità¹⁵³ tendono prevalentemente a ricondurre le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione al giustificato motivo oggettivo di licenziamento, concernente ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa. La lettura in chiave civilistica della sopravvenuta impossibilità viene, in tal modo, smussata: le rigidità derivanti dall'esclusivo riferimento alla disciplina codicistica, vengono, infatti, attenuate tramite il rinvio alla legge sui licenziamenti individuali ed, in particolar modo, al giustificato motivo oggettivo¹⁵⁴.

¹⁵¹ In tal senso anche parte della giurisprudenza: v. Cass. 17 ottobre 1960 n. 2777, *Riv. dir. lav.*, 1961, II, 313.

¹⁵² Va, inoltre, rilevato che, pur qualificando l'impossibilità sopravvenuta in termini di giusta causa, vi è chi ritiene che il prestatore di lavoro non perda il diritto all'indennità di preavviso, inteso quale trattamento economico, anche se il rapporto deve considerarsi interrotto. Nell'ipotesi di impossibilità definitiva della morte del prestatore di lavoro, infatti, il legislatore dispone l'obbligo di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso e si ritiene, pertanto, che la stessa regola (contenuta nell'ultimo comma dell'art. 2118 c.c.), possa applicarsi alle ipotesi di impossibilità che, sebbene temporanea, faccia venire meno l'interesse del creditore alla prosecuzione del rapporto. Così F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., p. 109-110.

¹⁵³ Cfr. Cass. 3 luglio 1997 n. 5961, *MGL*, 1998, 437, con nota di R. SCOGNAMIGLIO; Cass. 23 agosto 1997 n. 7908.

¹⁵⁴ Così M. RUSCIANO, *Sospensione*, cit, p. 21-22. L'Autore ritiene che l'ormai affermato regime giuridico di stabilità del rapporto di lavoro, fondato sul recesso motivato, si scontrerebbe radicalmente con la previsione di un'ipotesi di risoluzione automatica del contratto. Si afferma,

Al riguardo la dottrina prevalente suole distinguere le prime due causali (attività produttiva e organizzazione del lavoro) dalla terza (regolare funzionamento di essa). Le prime risultano, infatti, accumulate dal fatto che il licenziamento per ragioni inerenti all'attività produttiva o all'organizzazione del lavoro presuppone sempre una scelta organizzativa del datore di lavoro che, per legittimare il licenziamento, deve implicare la soppressione del posto, a causa dell'insorgenza di specifiche esigenze aziendali. La terza causale, invece, non è legata ad alcuna decisione organizzativa del datore, bensì dipende da fatti relativi alla persona del lavoratore, che non sono riconducibili al giustificato motivo soggettivo, in quanto non integrano un inadempimento degli obblighi contrattuali.

In contrasto con la riconducibilità degli impedimenti che colpiscono la persona del lavoratore al giustificato motivo oggettivo, si pone la lettura di Mario Napoli, secondo cui tale indirizzo “pur corretto sul piano del metodo e pur arrivando a conclusioni sostanzialmente esatte, è tuttavia criticabile”¹⁵⁵, in quanto frutto “di un errore esegetico e di un equivoco sistematico”¹⁵⁶: ritenere che l'impossibilità della prestazione sia elemento costitutivo del giustificato motivo oggettivo, come evenienza che si ripercuote sul regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro. Si afferma, al contrario, che nell'ambito del giustificato motivo oggettivo possono identificarsi esclusivamente evenienze riferibili alla sfera giuridica dell'impresa; ne consegue la non divisibilità delle opzioni interpretative che tendono ad estendere le ipotesi rientranti nella citata causale oggettiva di licenziamento.

Il diverso modo di procedere, consistente nel distinguere tra le ragioni inerenti all'attività produttiva e quelle inerenti all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa, porta ad analizzare le prime due separatamente dalla terza, con la conseguenza che “la terza ipotesi di giustificazione assume un ruolo residuale idoneo a comprendere casi più disparati non legati da alcun

pertanto, sulla scorta di indici normativi quali l'art. 2110 c.c., che “di fronte al prolungarsi nel tempo dell'impossibilità temporanea l'estinzione del rapporto deve sempre avvenire attraverso un atto di recesso”.

¹⁵⁵ M. NAPOLI, cit., p. 381.

¹⁵⁶ M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 358: in particolare l'Autore sottolinea che l'errore esegetico – consistente nel ritenere che nelle ragioni obiettive di licenziamento possano rientrare anche comportamenti o profili attinenti alla persona del lavoratore – potrebbe anche tollerarsi, se non celasse anche un equivoco sistematico: la valutazione del comportamento del lavoratore con un metro diverso da quello dell'esattezza dell'adempimento dei vari obblighi contrattuali.

denominatore comune”¹⁵⁷. Al fine di dare senso compiuto alla definizione contenuta nell’art. 3 l.n. 604/66, ogni singola ipotesi deve, viceversa, essere letta restrittivamente, in maniera tale che ciascuna regolamenti situazioni differenti: “il richiamo all’organizzazione del lavoro o al regolare funzionamento di essa in tanto si giustifica, in quanto questi concetti sono idonei ad ospitare evenienze diverse da quelle indicate precedentemente”¹⁵⁸.

Il prevalente orientamento giurisprudenziale, come meglio specificato in seguito¹⁵⁹, pur ribadendo la natura oggettiva del giustificato motivo, tende a far rientrare nell’ambito delle ragioni attinenti al regolare funzionamento dell’organizzazione del lavoro, fattispecie inerenti alla persona del lavoratore, che possano intralciare l’organizzazione lavorativa. Ciò deriva, secondo la citata dottrina, da una erronea comprensione della locuzione “ragioni inerenti al regolare funzionamento dell’organizzazione del lavoro”: piuttosto che intendere dette ragioni risolutive come *riferibili o appartenenti all’impresa*, le stesse vengono interpretate come “ragioni che ostacolano”, “impediscono” o “incidono” sul regolare funzionamento dell’organizzazione del lavoro. In tal modo si fanno rientrare, nella causale oggettiva, fatti e comportamenti riconducibili alla sfera soggettiva del prestatore, privi dell’effettivo requisito dell’inerenza all’impresa. Di converso, si ribadisce l’assoluta impossibilità di identificare all’interno del giustificato motivo oggettivo evenienze legate alla sfera giuridica del lavoratore: nell’ambito delle vicende attinenti all’organizzazione del lavoro possono annoverarsi solo episodi che incidono sul profilo dinamico-funzionale dell’impresa, quali la trasformazione, la riduzione di azienda e, più in generale, i fenomeni di ristrutturazione, riconversione e riorganizzazione aziendale¹⁶⁰.

Va, peraltro, dato conto del fatto che, secondo la dottrina sopra citata, pur essendo il giustificato motivo oggettivo incapace di inglobare fattispecie che riguardano la sfera giuridica del lavoratore, la stessa causale oggettiva appare

¹⁵⁷ M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p.303-304.

¹⁵⁸ Così ancora M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 304.

¹⁵⁹ V. il successivo capitolo IV per la ricostruzione giurisprudenziale delle singole ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro.

¹⁶⁰ “Se la terza ipotesi di giustificazione permettesse di valutare il comportamento del lavoratore alla luce della sua incidenza sull’organizzazione del lavoro, sarebbe senza significato la previsione del notevole inadempimento degli obblighi contrattuali”; ed ancora: “il notevole inadempimento degli obblighi contrattuali esprime in tal modo l’unico criterio di valutazione del comportamento del lavoratore, mentre il giustificato motivo oggettivo identifica delle evenienze “totalmente altre” e in suscettibili di valutazione in termini d’inadempimento perché estranee alla sfera di comportamento del lavoratore”: così M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 352 e p. 361.

perfettamente in grado di assurgere a criterio di valutazione del venir meno dell'interesse del creditore, di fronte al verificarsi ovvero al permanere dello stato di impossibilità temporanea. In altri termini, la verifica della sussistenza dei requisiti previsti dalle norme civilistiche ai fini della cessazione del rapporto è oggetto di un accertamento giudiziale che deve tener conto delle ragioni attinenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa. In tal modo la temporanea impossibilità della prestazione, valutata alla stregua dei criteri individuati dall'art. 3 l.n. 604/66, potrà essere ritenuta idonea ai fini della risoluzione del rapporto di lavoro, solamente laddove si ritenga venuta meno l'eventuale residua utilità per il creditore al momento della cessazione dell'impossibilità¹⁶¹.

Il descritto *iter* argomentativo viene sviluppato sul tema del superamento del periodo di comporta quale causa di impossibilità, ma viene ritenuto dallo stesso Autore suscettibile di estensione a tutte le ipotesi di impossibilità della prestazione, conseguente ad impedimenti che colpiscono la persona del lavoratore. La rilevanza risolutiva degli stessi è ricondotta nell'alveo dell'art. 1256 c.c. ed è subordinata alla manifestazione della volontà di recedere (con esclusione, dunque, della risoluzione automatica) del datore, il cui interesse a conseguire la prestazione per il tempo successivo alla cessazione dell'impedimento deve essere vagliato secondo i criteri desumibili dal citato art. 3 della legge sui licenziamenti individuali. Pur criticando la sussunzione della fattispecie nel giustificato motivo oggettivo, pertanto, la citata dottrina riconduce l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro nell'art. 1256, II comma, c.c., per poi fare ricorso al medesimo art. 3 l.n. 604/66 quale metro di valutazione dell'interesse del creditore¹⁶².

La giurisprudenza di legittimità, però, in contrasto con la dottrina da ultimo citata, continua a ricondurre le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione nell'ambito dell'art. 1464 c.c., integrato dalla disciplina della causale oggettiva di licenziamento. Si tratta, infatti, di vicende che attengono alla persona del lavoratore, ma che vengono in rilievo perchè causano una oggettiva impossibilità di adempiere e si riflettono, pertanto, sul regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro. Ne consegue che in tali situazioni il lavoratore non viene licenziato a causa della soppressione di un posto di lavoro (in quanto non

¹⁶¹ In tal senso M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., p. 385.

¹⁶² Così F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, p. 94, nota n. 3.

più utile o necessaria la sua prestazione a causa di scelte imprenditoriali), ma, al contrario, proprio perché la prestazione affidata al lavoratore impossibilitato risulta indispensabile per l'azienda e quest'ultimo non è evidentemente in grado di fornirla. Il giustificato motivo oggettivo si rinviene, in particolare, nelle vicende ovvero negli eventi che, per incidenza immediata sulla realtà aziendale in cui il lavoratore è inserito, cagionano l'effettiva esigenza del datore di porre fine al rapporto di lavoro. Rientrano, pertanto, nel suddetto ambito sia i licenziamenti intimati in relazione all'insorgenza di specifiche esigenze aziendali che impongono la soppressione del posto di lavoro, sia i licenziamenti che traggono origine da comportamenti o situazioni facenti capo al prestatore di lavoro, purché non costituiscano una forma di inadempimento¹⁶³.

La sussunzione delle fattispecie di impossibilità sopravvenuta, nelle sue diverse espressioni in seguito analizzate, nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento, consente la sindacabilità giudiziale ex art. 3 l. 604/66 dell'interesse apprezzabile all'adempimento parziale di cui all'art. 1464 c.c. e produce rilevanti conseguenze in punto di tutela per il lavoratore.

Il licenziamento potrà, infatti, essere considerato legittimo solo quando la sopravvenuta impossibilità non imputabile crei una turbativa al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro e non ogni qual volta il datore non abbia più un generico apprezzabile interesse all'adempimento parziale. Può dirsi, cioè, non più tollerabile la mancata esecuzione della prestazione, quando l'impossibilità si traduca in un fermo dell'attività produttiva o finisca per cagionare pregiudizi gravi e definitivi all'impresa. La giurisprudenza di legittimità chiarisce che l'interesse del datore di lavoro al recesso deve essere valutato di volta in volta, con riferimento all'art. 3, seconda parte, l. 604/66; ne consegue che, tenuto conto dell'economia globale del rapporto, nonché delle mansioni affidate e considerando la durata dell'assenza correlata alla complessiva durata della prestazione contrattualmente convenuta, il recesso può ritenersi giustificato solo quando risponda a ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa¹⁶⁴.

¹⁶³ La causale concernente le ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro, appare connotata, secondo parte della dottrina, da una sorta di "ambivalenza", nella misura in cui individua una zona di confine o di sovrapposizione tra fattispecie di carattere oggettivo e soggettivo, all'interno della quale potrebbero, pertanto, ricomprendersi anche le ipotesi connotate dal venir meno della capacità del lavoratore all'esecuzione della prestazione.

¹⁶⁴ Così, tra le altre, Cass. 14 aprile 1981, n. 2256, in *Riv. Giur. Lav.*, 1981, II, pp. 579 ss.

3- Il rilievo della colpevolezza ed il dovere del prestatore di lavoro di evitare il fortuito.

Il debitore la cui prestazione è divenuta impossibile, come è noto, si libera dall'obbligazione provando che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. *Nulla quaestio*, pertanto, allorché l'ostacolo sopravvenuto non è in alcun modo riconducibile ad un comportamento ovvero ad una omissione del debitore: se l'impossibilità è totale e definitiva il rapporto si estingue, liberando di conseguenza il soggetto obbligato. *Quid iuris* se il lavoratore ha concorso alla genesi del *casus*? Deve negarsi la riconducibilità della fattispecie nell'alveo degli artt. 1463 ss., non riscontrandosi il presupposto della non imputabilità del fortuito, oppure deve ritenersi che il rapporto obbligatorio continui ad essere soggetto alle norme sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione, salva la responsabilità del debitore cui è riconducibile l'evento? Da questa angolazione è opportuno analizzare la questione, in precedenza solo accennata, della sussistenza in capo al debitore del dovere di evitare il fortuito ed, in particolare, del contenuto del predetto dovere nell'ambito del rapporto di lavoro.

Un autorevole corrente dottrina¹⁶⁵ ritiene prevalente, nell'ipotesi considerata, il rilievo assunto dal *casus*: pur essendo il fortuito riconducibile al comportamento commissivo o omissivo del debitore, lo stesso rende impossibile l'oggetto dell'obbligazione dedotta in contratto, pregiudicando *ab origine* la possibilità di adempiere. Il soggetto obbligato, pertanto, non potrebbe ritenersi responsabile per inadempimento, essendo venuta meno la fondamentale *condicio iuris* del rapporto che è la possibilità del suo oggetto. Al debitore sarebbe, peraltro, contestabile una "responsabilità per sopravvenuta impossibilità obiettiva", distinta dalla responsabilità per inadempimento in senso stretto. In altri termini, secondo questa ricostruzione, il debitore sarebbe tenuto ad osservare un contegno idoneo ad evitare l'impossibilità ai soli fini dell'esonero da responsabilità per sopravvenuta impossibilità, mentre l'eventuale violazione di siffatto dovere non inciderebbe sulla qualificazione del fortuito in termini di impossibilità sopravvenuta della prestazione, idonea, in quanto tale, ad estinguere un rapporto il cui oggetto è divenuto impossibile.

¹⁶⁵ G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, Riv. Trim. Dir e Proc. Civ., 1954, 606, n. 30.

Il contenuto di tale dovere viene individuato in “qualche cosa di meramente negativo rispetto all’entità e alla funzione del rapporto”, rinvenibile in un contegno idoneo ad evitare l’impossibilità della prestazione; il debitore deve, in altri termini, tenere un comportamento conforme ai normali criteri di correttezza e cautela che presiedono alle relazioni tra consociati. Il dovere di evitare il fortuito, nella ricostruzione riconducibile alla dottrina appena citata, risulta collegato “dall’esterno” all’obbligazione dedotta in contratto, senza entrare a far parte della stessa: il lavoratore sarebbe, cioè, tenuto sia ad adempiere il rapporto obbligatorio che ad assumere un contegno idoneo a rendere possibile la prestazione, evitando il fortuito.

Differente appare la ricostruzione del dovere di evitare il fortuito messa a punto da altra dottrina¹⁶⁶, che individua la violazione del suddetto dovere nel comportamento del lavoratore che sia “contraddittorio” rispetto alla possibilità dell’adempimento. Per potersi definire contraddittorio “occorre che il comportamento del debitore sia di natura tale da metter necessariamente capo ad un’impossibilità della prestazione: se, al contrario, tale necessaria concatenazione non sussiste, non si potrà parlare di inosservanza dell’obbligo di evitare l’impossibilità”¹⁶⁷. Lungi dal considerare detto dovere collegato dall’esterno all’obbligazione di lavoro, la citata dottrina ritiene che il comportamento diretto ad evitare il fortuito sia parte integrante del contegno preparatorio all’adempimento, che sia dunque “interno” al rapporto obbligatorio.

Si tratterebbe, in altri termini, di un momento del dovere di prestazione che, pur dotato di un contenuto autonomo, svolgerebbe una funzione ausiliaria rispetto allo stesso. Il dovere di evitare il fortuito potrebbe, pertanto, qualificarsi in termini di *obbligo preparatorio*, funzionalmente legato al dovere di prestazione ed “inconcepibile senza il supporto del secondo, come l’ombra non si può immaginare senza il corpo di cui rappresenta la proiezione, esso non è ordinato ad altro che non sia la preservazione della possibilità di soddisfare l’interesse positivo del creditore”¹⁶⁸.

In coerenza con tali premesse, la dottrina da ultimo citata, nell’ipotesi di fortuito riconducibile ad un comportamento del debitore, non ravvisa i presupposti di una risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, bensì

¹⁶⁶ G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 53 ss.

¹⁶⁷ Così G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., p. 60.

¹⁶⁸ Così G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., p. 69.

riscontra, in assenza del fondamentale requisito della non imputabilità dell'evento, un vero e proprio inadempimento dell'obbligazione dedotta in contratto. Quest'ultima, infatti, è composta non solo dal dovere di prestazione, ma anche da doveri di sicurezza e da un dovere accessorio di diligenza inteso ad assicurare la possibilità dell'adempimento. Violando quest'ultimo il prestatore di lavoro si rende responsabile di un inadempimento contrattuale, cui potrà seguire una risoluzione per inadempimento e non per impossibilità sopravvenuta della prestazione. L'inadempimento, infatti, non si rinviene esclusivamente nella mancata esecuzione del dovere di prestazione, ma è conseguenza anche della inosservanza dell'obbligo preparatorio di evitare il fortuito: ne consegue che la responsabilità per la determinazione del fortuito non è che una specificazione della più ampia responsabilità per inadempimento.

Indipendentemente dalla preferenza accordata all'una o all'altra delle tesi citate, il contenuto del dovere di evitare il fortuito (sia esso inteso come obbligo esterno e collegato al dovere di prestazione ovvero come obbligo preparatorio facente parte dello stesso) si rinviene nell'adozione di tutte le misure atte a preservare la possibilità della prestazione e nell'astenersi da tutti quei comportamenti idonei a mettere a repentaglio tale possibilità.

Il dovere di evitare il fortuito va, poi, indagato con maggior attenzione nello specifico ambito del rapporto di lavoro. Il particolare coinvolgimento della persona nella vicenda obbligatoria, infatti, non può non avere ripercussioni sui limiti entro i quali può imporsi al prestatore di lavoro il suddetto dovere. Volendo applicare rigorosamente le conclusioni fin qui enunciate, con riferimento alle obbligazioni in generale anche rapporto di lavoro, in cui "il buono o cattivo esito dell'adempimento dipendono per gran parte dal buono o cattivo stato della persona"¹⁶⁹, dovrebbe ritenersi che il prestatore di lavoro sia obbligato ad evitare ogni situazione o circostanza che, incidendo sulla sua persona, potrebbe provocare l'inadempimento della prestazione, orientando la propria vita e le proprie scelte in ragione della natura dell'attività lavorativa che è tenuto a svolgere. Appare evidente la pericolosità di una tale conclusione, che impedirebbe al prestatore di lavoro di condurre liberamente la propria vita, anche al di fuori dell'orario di lavoro, temendo che qualsiasi attività svolta nel tempo libero possa, anche solo

¹⁶⁹ Così G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., p. 152.

eventualmente, ledere la sua capacità lavorativa, rendendolo responsabile della violazione del dovere di evitare il fortuito¹⁷⁰.

Non potendosi, pertanto, ritenere sussistente in capo al prestatore di lavoro un generico obbligo di conservarsi in buona salute, deve individuarsi un criterio che, nelle obbligazioni di lavoro, consenta di separare le attività che rimangono “contrattualmente lecite”, anche se in astratto sono suscettibili di ridurre la capacità lavorativa, da quelle che, incidendo direttamente sulla fase preparatoria dell’adempimento, integrano un inadempimento del dovere di evitare il fortuito. A tal fine la dottrina suole far ricorso al criterio della buona fede “nell’essenziale aspetto di remora al *delicatus debitor* e all’*onerosus creditor* (..) e, dunque, nel suo carattere di direttiva impartita ad entrambi i soggetti, operante reciprocamente tra di essi mediante opportuni allargamenti e restringimenti della complessiva posizione di obbligo”¹⁷¹. Detto criterio, di norma utilizzato per incrementare la misura dello sforzo debitorio, ampliando l’ambito delle condotte cui è tenuto il prestatore per la realizzazione dell’interesse creditorio, viene in tal caso in rilievo al diverso scopo di circoscrivere gli obblighi cui il lavoratore può essere soggetto nella fase preparatoria all’adempimento.

¹⁷⁰ Così si esprime G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro, cit.*, p. 152: “Al limite, il lavoratore che sia fuori dal tempo e dal luogo di lavoro non potrebbe far escursioni in montagna, partecipare ad una gara di nuoto, dedicarsi da dilettante alla boxe o al calcio, scendere da un tram in corsa, celebrare una ricorrenza con una cena o con una libagione più abbondanti del solito, avvicinare una donna per tema di contagio venereo, ecc.”.

¹⁷¹ Così G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro, cit.*, p. 158.

Capitolo IV

Le fattispecie di impossibilità sopravvenuta della prestazione concernenti la persona del lavoratore

1- La sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni di assunzione

Tra le ipotesi di sopravvenuta impossibilità della prestazione si annovera la fattispecie dell'inabilità definitiva del dipendente che, secondo la prevalente dottrina, non rientra nel campo di applicazione dell'art. 2110 c.c.. La citata norma, infatti, si riferisce esclusivamente agli stati morbosi di carattere temporaneo che consentano, una volta cessati, la normale ripresa dell'attività lavorativa.

Mentre l'impedimento temporaneo del lavoratore, che sia riconducibile all'art. 2110 c.c., postula la normale ripresa dell'attività lavorativa al termine della malattia, la perdita totale o parziale della capacità lavorativa causata da patologia irreversibile rende il dipendente inidoneo allo svolgimento delle mansioni in maniera definitiva, o quanto meno per un tempo indeterminato o indeterminabile¹⁷². La disciplina della sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni di assunzione è stata per lo più ricercata dalla giurisprudenza nell'art. 1464 c.c., norma che consentirebbe, come si è avuto modo di precisare, non la risoluzione di diritto, bensì il recesso del datore di lavoro¹⁷³.

In un primo momento, in realtà, si ritenevano applicabili alla fattispecie *de qua* i principi dettati in via generale per ogni tipo di contratto sinallagmatico, dagli artt. 1256 e 1463 c.c.¹⁷⁴; con la conseguenza che al verificarsi della sopravvenuta inidoneità della prestazione, si sarebbe prodotto automaticamente l'effetto risolutivo, senza necessità di un formale atto di recesso. Di converso la prevalente dottrina preferiva ricondurre la fattispecie in questione esclusivamente all'art. 3 l.

¹⁷² Sulla distinzione tra la sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni e la malattia si v. Cass. 8 gennaio 1983, n. 140, *MGL*, 1984, 50; Cass. 20 marzo 1992, n. 3517, *MGL*, 1992, 210; Cass. 10 novembre 1995, n. 11700, *MGL*, 1996, 247; Cass. 13 marzo 1996, n. 2067, *NGL*, 1996, 305; Cass. 21 marzo 1990, n. 2329, *MGL*, 1990, 298.

¹⁷³ Cass. 18 novembre 1981, n. 6126, *NGL*, 1982, 255; Cass. 6 novembre 1996, n. 9648, *MGL*, 1996, 768; Cass. 9 settembre 1988, *OGL*, 1988, 1082. Questa operazione ha, peraltro, consentito alla dottrina la possibilità di "innestare sull'impossibilità parziale la disciplina del recesso del datore di lavoro, configurando numerose ipotesi di licenziamento per impossibilità parziale e assicurando così al lavoratore il diritto al preavviso", così L. CABELLA PISU, *op. cit.*, p. 144-145.

¹⁷⁴ PAPALEONI, 1998, p. 882, secondo cui il licenziamento per inabilità sopravvenuta trova "la sua *sedes materiae* istituzionale nelle norme del codice civile".

n. 604/66, norma speciale da ritenersi prevalente rispetto alla disciplina generale¹⁷⁵.

La seconda parte del citato articolo si presta, infatti, a ricomprendere *sub specie* giustificato motivo oggettivo, l'impossibilità sopravvenuta totale o parziale per inidoneità psico-fisica del dipendente che, pur essendo un evento pertinente alla persona del lavoratore, si riflette sull'organizzazione del lavoro. Il richiamo alla legge limitativa del recesso datoriale impedisce, da un lato, che il datore possa far ricorso alla risoluzione di diritto del rapporto, come prospettata dall'art. 1463 c.c. e, dall'altro, sottopone a sindacabilità giudiziale l'intento del datore di porre fine al rapporto, imponendo che di fronte ad un'impossibilità parziale lo stesso dimostri la mancanza di un apprezzabile interesse all'adempimento residuo¹⁷⁶.

Sulla questione concernente la riconducibilità della sopravvenuta inidoneità alle norme del codice civile in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione mitigate dalla disciplina sul licenziamento individuale, intervengono anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁷⁷. La scelta verso la quale propendono i giudici di legittimità è ancora quella di un riferimento congiunto alla normativa civilistica e lavoristica: in altri termini, l'art. 3 della l.n. 604/66 costituisce specificazione e non deroga alle previsioni generali di impossibilità sopravvenuta della prestazione nel contratto sinallagmatico. Ne consegue che la valutazione circa l'interesse apprezzabile all'adempimento parziale non è nella discrezionalità del datore di lavoro. La tesi dell'apprezzamento soggettivo, in forza della quale il creditore sarebbe titolare di un diritto potestativo di recesso da esercitare a propria discrezionalità (ed a cui corrisponderebbe la situazione di mera soggezione del debitore), ha, in effetti, avuto seguito in giurisprudenza¹⁷⁸, ma relativamente a contratti di scambio di natura differente, quale la vendita, che non può essere completamente equiparata al contratto di lavoro, nel quale l'oggetto della prestazione coinvolge la stessa persona umana. Deve, al contrario, assegnarsi al giudice di merito il compito di riscontrare, tenuto conto dell'eventuale residua capacità lavorativa del prestatore, nonché

¹⁷⁵ MAZZIOTTI, 1991, p.46.

¹⁷⁶ In tal senso P. CAMPANELLA, *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore*, RIDL, 1997, II. 619, secondo cui il richiamo al giustificato motivo oggettivo di licenziamento provoca un effetto correttivo sulla normativa generale di diritto comune.

¹⁷⁷ Cass. Sez. un., 7 agosto 1998, n. 7755, OGL, 1998, 697.

¹⁷⁸ Cass. 8 marzo 1960 n. 430; Cass. 19 settembre 1975 n. 3066, citate dalle Sezioni Unite.

dell'organizzazione e dell'assetto aziendale, la persistenza dell'interesse datoriale alla prestazione lavorativa, secondo buona fede oggettiva¹⁷⁹.

Nulla impedisce, infatti, di ricondurre la sopravvenuta incapacità fisica del lavoratore alle previsioni generali di impossibilità sopravvenuta della prestazione nel contratto sinallagmatico, di cui agli artt. 1463 e 1464 c.c. e, nello stesso tempo, al citato art. 3, il quale si riferisce “sia alle ipotesi di inadempimento imputabile, che produce il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, sia alle ipotesi di inadempimento non imputabile, che giustifica il licenziamento per motivo oggettivo. Esso costituisce così, siccome concernente un contratto sinallagmatico qual è quello di lavoro e per quanto qui interessa, una specificazione degli artt. 1453, 1455, 1463, 1464 c.c.”¹⁸⁰.

Nella fattispecie della sopravvenuta inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle mansioni di assunzione vengono in considerazione contrapposti interessi, costituzionalmente tutelati, che necessitano di essere bilanciati in sede di interpretazione, tra cui l'interesse alla salute, tutelato come diritto soggettivo fondamentale, l'interesse del lavoratore e della sua famiglia ad un'esistenza libera e dignitosa e l'interesse dell'imprenditore all'esplicazione della libera iniziativa economica, pur se nei limiti consentiti dalla sicurezza, libertà e dignità umana. A tal fine i giudici di legittimità si propongono la risoluzione della problematica consistente nello stabilire se la sopravvenuta inidoneità fisica permanente del lavoratore all'esecuzione della prestazione dovuta comporti, salvo diverse previsioni legislative e contrattuali, il diritto ad essere assegnato ad attività diverse da quella già svolta e compatibili con la detta inidoneità, oppure se essa sia sufficiente a giustificare la risoluzione del contratto per iniziativa del datore, vale a dire il licenziamento. La propensione della Corte di Cassazione verso l'imposizione in capo al datore dell'obbligo di *repèchage*, come si chiarirà meglio in seguito¹⁸¹, deriva dall'insanabile contrasto con i principi costituzionali di tutela della salute e del lavoro di cui agli artt. 4 e 32 Cost. che verrebbe a determinarsi

¹⁷⁹ S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in *QDLRI*, 2002, n. 26, 131 ss., rileva come le parole utilizzate dalla Suprema Corte rischiano di aprire il varco ad un sindacato di opportunità sulla scelta operata dal datore di lavoro.

¹⁸⁰ Cass. Sez. un 7 agosto 1998 n. 7755, cit..

¹⁸¹ Si v. *infra*, paragrafo 4.

ove non fosse riconosciuto al lavoratore un diritto concesso invece al datore nell'interesse dell'impresa dall'art. 2103 c.c.¹⁸².

Nonostante il rinvio al combinato disposto degli artt. 1463, 1464 c.c. e 3 l.n. 604/66 sia oramai costantemente effettuato dai giudici di legittimità in presenza di situazioni di sopravvenuta impossibilità della prestazione, non mancano rilievi critici della dottrina avverso tale ricostruzione giurisprudenziale¹⁸³. Si dubita, infatti, dell'utilità del richiamo congiunto alle due discipline, quella civilistica e quella giuslavoristica, posto che appare evidente la prevalenza assunta dalla seconda delle citate norme: l'interesse apprezzabile alla prestazione parziale sarà sempre soggetto al vaglio della giurisprudenza, esercitato secondo i criteri desunti dalle norme sui licenziamenti individuali. Queste ultime, infatti, consentono di ottenere il risultato voluto (la maggior tutela possibile per il lavoratore colpito da sopravvenuta inidoneità) senza bisogno di alcuna integrazione con gli articoli del codice civile. In altri termini il datore è tenuto a provare l'inevitabilità del licenziamento, dimostrando di non avere la possibilità di reimpiegare altrove il dipendente colpito da impossibilità, sulla base della sola disciplina limitativa dei licenziamenti individuali e senza la necessità di ricorrere a tal fine alle norme civilistiche. Sulla scorta di tali argomentazioni potrebbe ritenersi, secondo la citata dottrina che, a fronte della maggior tutela accordata al lavoratore dalla speciale disciplina giuslavoristica, l'ostinato rinvio alle norme civilistiche risulti null'altro che un richiamo meramente formale, cui si continua a far ricorso al solo fine di rispettare esigenze stilistiche di inquadramento della fattispecie.

¹⁸² In tal senso G. LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Milano, 1993, 309; M. MEUCCI, *Il diritto alla flessibilità delle mansioni accordato dall'art. 2103 all'impresa e negato ai lavoratori colpiti da sopravvenuta inidoneità psicofisica*, *RCDL*, 1996, 35; G. MANNACIO, *Malattia ed inidoneità permanente alle mansioni*, *DPL*, 1992, 1517.

¹⁸³ G. LUDOVICO, *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa*, *DRI*, n. 1-2001, 124; L. ZOPPOLI, op. cit., 235; P. CAMPANELLA, *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore*, cit., 620; M. AGOSTINI, *Ancora su impossibilità temporanea della prestazione e licenziamento*, nota a Cass. 21 luglio 2000, n. 9620, *RIDL*, 2001, II, 367; A. ARMENTANO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione tra vecchio e nuovo mercato del lavoro*, *MGL*, 2005, n.5, cit., 347, il quale rileva come le argomentazioni proposte dalla Corte di Cassazione si fondino su un richiamo all'art. 1464 oramai svuotato del suo pieno significato normativo; il riferimento all'interesse del datore all'adempimento parziale perde, infatti, ogni connotazione soggettiva ed è reso oggetto di una valutazione operata dal giudice del merito mediante l'utilizzazione del criterio della cd. buona fede oggettiva. Pertanto l'Autore ritiene che, al fine di rendere coerente il combinato disposto del citato articolo con l'art. 3 l.n. 604/66, sarebbe necessario utilizzare la norma speciale sul licenziamento individuale al solo scopo di fondare il diritto al preavviso, mentre la norma di disciplina generale consentirebbe al datore di lavoro di recedere a causa dell'interesse venuto meno, senza ancorare tale potere di exit al vincolo del *repechage*, peraltro estraneo alla previsione normativa di cui al suindicato art. 3.

2- La perdita del possesso di titoli o abilitazioni, ovvero la cd. impossibilità per provvedimento dell’Autorità

A causa di un provvedimento autoritativo che impedisca l’esecuzione della prestazione dedotta in contratto, può verificarsi una preclusione soltanto parziale dello svolgimento dell’attività lavorativa (impedendosi, ad esempio, al lavoratore di soddisfare l’interesse creditorio mediante il ricorso ad una determinata modalità di esecuzione della prestazione, ma consentendogli di utilizzare modalità diverse per garantire lo svolgimento della attività lavorativa), ovvero una preclusione totale, impedendosi del tutto al prestatore lo svolgimento dell’attività lavorativa.

Nell’ambito delle ipotesi di perdita di titoli o abilitazioni si annoverano la revoca al lavoratore aeroportuale del tesserino di autorizzazione per l’accesso agli spazi doganali, il ritiro della patente all’autista, la sospensione o il ritiro del porto d’armi della guardia giurata. Anche nei casi sopraelencati la giurisprudenza, seppure con qualche oscillazione¹⁸⁴, ha riconosciuto l’applicabilità della normativa in tema di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, consentendo il recesso ex art. 1464 c.c. allorquando siano riscontrabili, per effetto della sopravvenuta impossibilità, disfunzioni organizzative all’interno dell’azienda.

La peculiarità della materia giuslavoristica, peraltro, ha impedito di considerare la sopravvenuta impossibilità della prestazione per *factum principis* quale fattispecie estintiva alla stregua del diritto comune e, dunque, causa di risoluzione automatica del contratto (ex art. 1463) o di recesso volontario del datore (ex 1464). Il venir meno dei titoli abilitativi per fatto non imputabile al lavoratore, infatti, va incardinato nella disciplina dei licenziamenti individuali, ed, in particolare, viene ricondotto al giustificato motivo oggettivo, assumendo i connotati di una “ragione inerente al regolare funzionamento dell’organizzazione del lavoro” ex art. 3 l.n. 604/66, a causa dell’incidenza dell’evento sopravvenuto sulla realtà aziendale in cui il prestatore è inserito.

La perdita del possesso di titoli o abilitazioni deriva, nella maggior parte delle ipotesi, da un comportamento colposo del lavoratore (basti pensare all’autista che subisce il ritiro della patente di guida per violazione delle norme del Codice della strada). Ciò non ha, peraltro, indotto la giurisprudenza a mutare la qualificazione della fattispecie in termini di impossibilità sopravvenuta; al più

¹⁸⁴ V. Cass. 1 ottobre 1998, n. 9768, in *Foro it.- Rep.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1604, secondo cui il datore di lavoro potrebbe optare per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, piuttosto che per il licenziamento per ragioni disciplinari.

alcune pronunce di legittimità hanno sottolineato che l'imputabilità dell'impedimento al comportamento colposo del lavoratore esonera il datore dal cd. obbligo di *repèchage*¹⁸⁵.

Devono, peraltro, rilevarsi le perplessità manifestate sul punto dalla dottrina¹⁸⁶, la quale sottolinea come le ipotesi di *factum principis* che siano in realtà riconducibili al comportamento colposo del dipendente “non sembrano potersi correttamente ricondurre alla disciplina degli artt. 1463 e 1464 c.c., la cui applicazione richiede la non imputabilità dell'impossibilità al comportamento del debitore. La giurisprudenza persevera invece nel valutare la colpa del lavoratore quale elemento fondante la sola esclusione dell'obbligo del *repèchage*, in contrasto peraltro con i più rigorosi criteri valutativi adoperati nei riguardi delle circostanze impeditive riconducibili all'impresa”¹⁸⁷.

In altri termini secondo questa ricostruzione la colpa del lavoratore, lungi dal configurarsi quale elemento che consenta di esonerare il datore dall'obbligo di *repèchage*, escluderebbe a monte la stessa configurabilità della fattispecie in termini di impossibilità sopravvenuta.

a) Il ritiro del tesserino di accesso alla zona di esecuzione della prestazione

Per quanto concerne, nello specifico, la fattispecie dell'impossibilità di svolgere la prestazione a causa del ritiro del tesserino di accesso alle strutture aeroportuali da parte della guardia di finanza, secondo la costante giurisprudenza di legittimità¹⁸⁸, il datore di lavoro è legittimato ad esercitare il diritto di recesso, ponendo così fine al rapporto. In questa ipotesi, non essendo il lavoratore in grado di eseguire la propria prestazione di lavoro, in quanto non abilitato ad accedere alle strutture aeroportuali, si configura una sopravvenuta impossibilità per evento estraneo al rapporto di lavoro non imputabile al dipendente, che autorizza il recesso del datore nell'ipotesi in cui lo stesso sia privo di apprezzabile interesse all'adempimento delle future, residue, prestazioni lavorative. La sussistenza di tale

¹⁸⁵ Sul punto v. *infra*, paragrafo IV.

¹⁸⁶ G. LUDOVICO, *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa*, cit., 121.

¹⁸⁷ G. LUDOVICO, *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa*, cit., 121.

¹⁸⁸ Cass. 13 marzo 1999 n. 2267; Cass. 25 agosto 1993 n. 8947. Nello stesso senso, più di recente, Cass. 18 luglio 2006, n. 16370, reperita su *Info Utet*.

interesse deve essere valutata, ai sensi dell'art 3 l.n. 604/66, con riguardo alle ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro ed il regolare funzionamento di essa.

In proposito, è opportuno dar conto di un principio enunciato dalla Suprema Corte, con riferimento ad un caso di sospensione della tessera di accesso alle zone aeroportuali. I giudici di legittimità sottolineano che i contenuti precettivi dell'art. 3 l.n. 604/66 devono essere impiegati quali principi generali dell'ordinamento del lavoro, in grado di fornire criteri guida di valutazione dell'interesse del datore di lavoro a ricevere le prestazioni residue. Ai fini del recesso ex art. 1464 c.c. è, dunque, necessario, in primo luogo, stabilire di volta in volta la sussistenza di elementi che consentano di desumere la prevedibilità della cessazione dell'impedimento¹⁸⁹ e, successivamente, verificare se, ai sensi dei principi desunti dalla legge sui licenziamenti individuali, l'interesse alla risoluzione appare giustificato, anche in caso di assenza di durata prevedibilmente breve, dalle ragioni organizzative prese in considerazione¹⁹⁰. Pertanto, secondo la Suprema Corte, l'impossibilità parziale non giustifica il recesso solo quando, sulla base di tutte le circostanze del caso concreto, "si può prevedere, e dunque, necessariamente a livello di prognosi, la ripresa della fattualità del rapporto senza significativi pregiudizi per l'organizzazione del datore di lavoro in relazione alla durata dell'assenza"¹⁹¹.

Ancora sul tema dei criteri attraverso i quali determinare il venir meno dell'interesse creditorio al conseguimento delle residue prestazioni, la Suprema Corte¹⁹² ribadisce che il provvedimento di sospensione del permesso di ingresso alla zona di esecuzione della prestazione, configura un vero e proprio *factum principis*, che può autorizzare il datore di lavoro a recedere. Si conferma, però, la necessità di valutare l'interesse del creditore alla continuazione del rapporto, alla stregua, in primo luogo, del criterio della ragionevole previsione della durata dell'impossibilità della prestazione, oltre che delle specifiche e peculiari esigenze

¹⁸⁹ La Suprema Corte chiarisce infatti che l'incarico specifico dato al giudice del rinvio consisteva nella valutazione dell'interesse del datore in relazione alla prevedibilità o imprevedibilità della durata dell'impossibilità.

¹⁹⁰ Può, peraltro, verificarsi, che le ragioni organizzative escludano l'interesse del datore al recesso, anche in presenza di un'assenza prevedibilmente prolungata, ma pur sempre entro i confini segnati dalla ragionevolezza e dall'equità.

¹⁹¹ Cass. 28 gennaio 2004 n. 1591, cit.

¹⁹² Cass. 13 marzo 1999 n. 2267, reperita su *Info Utet*. Nello specifico, la Corte si pronuncia sul caso della sospensione dei permessi ai dipendenti di una società di ristorazione disposta dalla Direzione dell'aeroporto ove gli stessi erano impiegati, in relazione ad indagini di polizia giudiziaria che erano state disposte nei loro confronti.

dell'impresa, del suo tipo di organizzazione tecnico produttiva, delle sue dimensioni e, non da ultimo, delle modalità caratterizzanti gli eventi che hanno determinato l'impossibilità della prestazione. Il sopravvenuto impedimento, pertanto, anche se destinato ad esaurirsi in pochi giorni, "può giustificare l'immediato recesso dell'imprenditore dal rapporto lavorativo qualora un qualsiasi ritardo nella sostituzione del personale, le cui prestazioni sono divenute oggettivamente impossibili (e sempre che non si versi in quelle situazioni di tutela giuridica rafforzata garantita dal legislatore; cfr. art. 2110 e 2111 c.c.), finisca per tradursi concretamente in un fermo dell'attività produttiva o finisca per cagionare pregiudizi gravi e definitivi all'impresa"¹⁹³.

b) Il ritiro della patente di guida del lavoratore assunto con mansioni da autista

Ulteriore ipotesi di *factum principis* che impedisce lo svolgimento della prestazione lavorativa e che integra impossibilità sopravvenuta è il ritiro, ovvero la scadenza, della patente di guida del lavoratore assunto con mansioni di autista. In proposito la Corte¹⁹⁴ ha ribadito l'impossibilità di considerare l'evento alla stregua di una fattispecie estintiva autonoma di diritto comune; la stessa deve essere valutata mediante il ricorso alle regole particolari che regolano l'estinzione del rapporto di lavoro, subordinandone la risoluzione all'iniziativa del recesso ed attribuendo rilievo giuridico al profilo causale del potere di licenziamento, consentito nelle sole ipotesi di giusta causa e giustificato motivo. Più precisamente i giudici di legittimità operano una scelta nel senso di ricondurre l'impossibilità sopravvenuta dovuta alla scadenza della patente di guida nell'area delle ragioni aziendali di impedimento alla continuazione del rapporto, inquadrandola nell'ambito giustificato motivo oggettivo con preavviso. Nella specie la Suprema Corte, affrontando il caso di un autista di camion cui era stata ritirata per scadenza la patente di guida rilasciata da un Paese non comunitario, ha confermato la pronuncia del giudice del merito, che aveva ritenuto sussistente il giustificato motivo e non la giusta causa di licenziamento, riconoscendo, pertanto, il diritto del lavoratore al preavviso.

¹⁹³ Cit. da Cass. n. 2267/99, cit.

¹⁹⁴ Cass. 19 dicembre 1998 n. 12719, reperita su *Info Utet*.

La preclusione allo svolgimento della prestazione causata dal provvedimento dell'Autorità determina, secondo la prospettata ricostruzione giurisprudenziale, una disfunzione organizzativa che il datore di lavoro, in considerazione della durata, delle dimensioni e del tipo di impresa, della natura e qualità delle mansioni assegnate al lavoratore, può anche non essere in grado di fronteggiare, ricorrendo perciò al recesso dal rapporto.

c) Revoca della nomina a guardia giurata e ritiro del porto d'armi

Ad analoghe soluzioni la giurisprudenza è pervenuta in tema di impossibilità della prestazione dovuta alla revoca della nomina a guardia particolare giurata e del porto d'armi, disposte dal prefetto a seguito della sospensione adottata dal questore nei confronti della guardia per inosservanza degli obblighi di servizio. Anche questa ipotesi, infatti, è stata esaminata dai giudici di legittimità sotto il profilo della configurabilità di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento. In proposito è stato affermato¹⁹⁵ che i suddetti provvedimenti sono emessi in virtù del potere disciplinare attribuito agli organi preposti alla tutela della sicurezza pubblica (art. 4 r.d.l. 12 novembre 1936 n. 2144), in presenza di comportamenti della guardia che non attengono alla disciplina del rapporto privatistico (tra la guardia e l'istituzione di vigilanza), ma riguardano, invece, la violazione degli obblighi imposti alla guardia stessa nell'interesse del servizio; la valutazione della violazione dei cennati obblighi è rimessa alla esclusiva discrezionalità degli organi preposti alla tutela della sicurezza pubblica. Ne consegue che, nella formazione ed esecuzione di tali provvedimenti, non ha alcuna ingerenza il datore di lavoro, ma gli stessi costituiscono estrinsecazione del potere disciplinare dei citati organi e privano autoritativamente la guardia giurata del titolo di nomina e degli strumenti imprescindibili per lo svolgimento del servizio. La giurisprudenza di legittimità conclude, dunque, nel senso della riconducibilità della fattispecie della revoca della nomina a guardia giurata particolare alla nozione di fatto del terzo, configurandosi in tali ipotesi un'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa ed un giustificato motivo oggettivo di licenziamento a norma dell'art. 3 l.n. 604/66.

¹⁹⁵ Cfr. Cass. 7 settembre 1988, n. 5076, *DPL*, 1988, 50, 3387. Più di recente giunge alle medesime conclusioni Cass. 25 luglio 2006, n. 16924.

Diversamente dall'ipotesi appena considerata, la Corte di Cassazione ha ritenuto non invocabile il principio di cui sopra nel caso in cui il venir meno dell'autorizzazione dipenda da un evento morboso, posto che il rischio di tale evento è posto *ex lege* a carico del datore di lavoro. Quest'ultimo, pertanto, non potrà recedere di fronte alla sopravvenuta sospensione del porto d'armi che renda impossibile la prestazione lavorativa, se non quando l'art. 1464 c.c., su cui prevale nel caso di specie la disciplina dell'art. 2110 c.c., abbia riacquisito la sua operatività per essere terminato il periodo di sospensione del rapporto a causa di malattia¹⁹⁶.

d) Cessazione di efficacia o di validità del permesso di lavoro o di soggiorno

Accanto alle ipotesi di impossibilità sopravvenuta collegata al ritiro del tesserino di accesso alla zona di esecuzione della prestazione, della patente di guida e del porto d'armi, i giudici di legittimità hanno preso in considerazione la scadenza del permesso di lavoro o di soggiorno del lavoratore straniero extracomunitario¹⁹⁷. Al datore di lavoro, infatti, è fatto divieto di occupare alle proprie dipendenze lavoratori extracomunitari sprovvisti di autorizzazione al lavoro (art. 12 comma 2, l.n. 943/1986) oppure privi del permesso di soggiorno per lavoro subordinato (art. 22, comma 10, d.lgs. n. 286/1998). Ne consegue, secondo l'interpretazione offerta dalla Suprema Corte, che la mancanza di siffatto titolo abilitativo, così come la sua scadenza ovvero la sua revoca, integra un impedimento allo svolgimento dell'attività lavorativa assimilabile all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, poiché rende doveroso il rifiuto della stessa da parte del datore di lavoro.

La Suprema Corte tende, peraltro, a chiarire che in ogni caso il sopraggiungere di detto impedimento non produce automaticamente la risoluzione del rapporto, ma può costituire un giustificato motivo di licenziamento a norma dell'art. 3 della l.n. 604/1966. La scadenza o la revoca del permesso di soggiorno, infatti, non necessariamente determina una impossibilità definitiva di esecuzione della prestazione, poiché lo stesso permesso potrebbe essere rinnovato o nuovamente rilasciato. Risulterebbe, pertanto, eccessivamente drastica e

¹⁹⁶ Cass. 3 luglio 1987, n. 5848, *MGL*, 1987, 650.

¹⁹⁷ Così Cass. 11 luglio 2001, n. 9407, reperita su *Info Utet*.

penalizzante per il lavoratore straniero l'automatica e definitiva perdita del posto di lavoro, nel momento stesso della scadenza o revoca: a tal fine si ritiene necessario un apposito negozio risolutivo.

Sul punto i giudici di legittimità concludono chiarendo che, inteso il permesso di lavoro come requisito di efficacia e non di validità del contratto di lavoro, la sua mancanza così come la sua revoca non determina la risoluzione del rapporto, ma la sua sospensione totale, con riguardo ad ogni suo effetto economico e giuridico.

3- Carcerazione preventiva o per esecuzione di pena del dipendente

Una rilevante ipotesi di impossibilità dovuta a provvedimento dell'autorità, che merita, pertanto, una trattazione separata, è costituita dalla carcerazione preventiva, o per esecuzione di pena, cui sia sottoposto il lavoratore. Quest'ultima non risulta specificamente disciplinata dal legislatore, né la contrattazione collettiva ha modo di occuparsene frequentemente. Pertanto ci si è interrogati sulla possibile estensione in via analogica alla fattispecie *de quo* delle norme codicistiche relative alla sospensione del rapporto di lavoro (artt. 2110 e 2111 c.c.).

In particolare si è ritenuto di poter quantificare il pregiudizio arrecato dall'impossibilità sopravvenuta all'organizzazione aziendale, utilizzando il comparto come parametro per valutare quando il perdurare dell'impedimento del lavoratore faccia cessare l'utilità di un'eventuale residua prestazione per il datore di lavoro¹⁹⁸. Ma la dottrina e giurisprudenza più recenti tendono a negare tale estensione, poiché le norme citate sono sempre state considerate eccezionali rispetto alla disciplina generale ed, in quanto tali, non estensibili. In tal senso si orienta anche la Corte Costituzionale nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2110 c.c., nella parte in cui non prevede la

¹⁹⁸ Così L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta, art. 1463-1466*, cit., p. 145, che richiama Pret. Roma del 5 marzo 1984, *Lavoro* 80, 1984, 886, Trib. Napoli, del 1 luglio 1992, *RCDL*, 1993, 165.

carcerazione preventiva nell'ambito delle fattispecie di sospensione del rapporto di lavoro legislativamente tutelate¹⁹⁹.

Esclusa, dunque, la possibilità di risolvere la questione della custodia cautelare del dipendente applicando l'art. 2110 c.c., un primo orientamento giurisprudenziale, piuttosto risalente²⁰⁰, collocava gli effetti della carcerazione preventiva sul terreno della risoluzione *ipso iure* del rapporto. Per le prestazioni di lavoro, connotate dal carattere della continuità e pertanto non suscettibili di valutazione economica frazionata, infatti, non poteva assumere alcun rilievo il concetto di impossibilità temporanea; si riteneva, pertanto, plausibile il solo ricorso all'impossibilità definitiva ai sensi degli artt. 1256, primo comma e 1463 c.c..

Ritenendosi eccessivamente rigoroso il ricorso alla categoria dell'impossibilità definitiva della prestazione, i giudici di legittimità preferirono, in seguito, inquadrare la carcerazione preventiva del dipendente nell'ambito dell'impossibilità temporanea di cui al secondo comma del citato art. 1256. Ai fini risolutivi del rapporto, pertanto, non si riteneva più sufficiente il solo accertamento del verificarsi dell'impedimento, bensì risultava necessario dimostrare che il ritardo nell'esecuzione della prestazione non fosse tollerabile dal creditore; il superamento del limite della normale tollerabilità dell'assenza da parte del datore di lavoro si riteneva causa di risoluzione automatica del rapporto.

Negli anni successivi, la Suprema Corte²⁰¹ ha, in primo luogo, chiarito che la mancata esecuzione della prestazione a causa della sopravvenuta impossibilità non è configurabile in termini di ritardo, in quanto la parte di attività lavorativa che il prestatore non è riuscito a rendere è definitivamente persa, mentre quella ancora possibile non può che essere resa in futuro: il lavoratore che torna ad adempiere le proprie obbligazioni al cessare dell'impedimento, non svolge con ritardo le stesse prestazioni, ma ne esegue di nuove²⁰². Si tendeva, pertanto, ad escludere l'applicabilità dell'art. 1256, II comma, c.c., norma intesa a disciplinare le

¹⁹⁹ C. Cost. 5 aprile 1984 n. 90, *FI*, 1984, I, 1187. Più di recente Cass. 9 giugno 1993, n. 6409, *DPL*, 1993, 2339, nega la possibilità di applicare analogicamente il comports alla fattispecie *de qua*.

²⁰⁰ Cass. 17 ottobre 1960 n. 2777, *GC*, 1960.

²⁰¹ Cass. 28 giugno 1976 n. 2469, *Riv. Giur. lav.*, 1976, II, 1103 ss..

²⁰² Cass. 28 giugno 1976 n. 2469, *GC*, 1976, I, 1407. In tal senso anche Cass. 9 novembre 1978 n. 5156, *Foro it.*, 1979, I, 368, la quale sottolinea che la causa dell'impedimento rende impossibile non l'intera prestazione considerata nella sua globalità, quale oggetto di un'unica obbligazione del rapporto, bensì soltanto una parte di essa (sia pure in funzione del tempo), cui è correlato, con pari estensione, il contrapposto interesse del datore di lavoro.

conseguenze del ritardo nell'esecuzione della prestazione, cui consegue l'automatica estinzione dell'obbligazione, senza la necessità di alcun atto di recesso, una volta venuto meno l'interesse del creditore e, dunque, la causa stessa del contratto.

Sulla base delle cennate argomentazioni, la giurisprudenza di legittimità ha, infine, ritenuto plausibile il ricorso alla categoria civilistica del rimedio sinallagmatico dell'impossibilità parziale della prestazione di cui all'art. 1464 c.c.²⁰³. La carcerazione preventiva del lavoratore dovuta a fatti estranei al rapporto, lungi dall'integrare inadempimento degli obblighi contrattuali, costituisce fatto oggettivo che determina una sopravvenuta impossibilità parziale *ratione temporis* della prestazione²⁰⁴. Laddove la residua prestazione non risulti più idonea a realizzare l'interesse sotteso al rapporto, è consentito il recesso datoriale in considerazione della prevedibile durata dell'assenza, delle dimensioni ed esigenze dell'azienda, della natura delle mansioni affidate al lavoratore, nonché della loro fungibilità.

La prevalente dottrina fornisce le necessarie argomentazioni a sostegno della configurabilità dell'impossibilità della prestazione dovuta a custodia cautelare come impossibilità parziale *ratione temporis*. Nel rapporto di lavoro, infatti, come e più degli altri rapporti di durata, assume rilievo preponderante il "tempo", che funge da parametro di valutazione della prestazione; quando il lavoratore, nel tempo a sua disposizione, non esegue la propria attività lavorativa, quest'ultima è definitivamente persa. Ne consegue la riduzione parziale del contenuto dell'obbligazione e la diminuzione dell'utilità che il creditore avrebbe dovuto ottenere secondo quanto convenuto, in proporzione al tempo in cui le opere sono andate perse. Può, pertanto, concludersi che la carcerazione preventiva configura una impossibilità parziale *ratione temporis*, incidendo sull'oggettiva entità della prestazione, piuttosto che un'impossibilità temporanea, che si tradurrebbe in mero ritardo nell'adempimento.

Una volta individuata la disciplina civilistica di riferimento, la giurisprudenza di legittimità ha affrontato la questione concernente la compatibilità della fattispecie con la normativa sui licenziamenti individuali. Infatti, la carcerazione del lavoratore integra un evento interruttivo del rapporto di lavoro e dovrebbe, pertanto, rientrare nell'ambito di applicazione della legge n.

²⁰³ Cass. 9 novembre 1978 n. 5156, *MGC*, 1978; Cass. 12 febbraio 1980 n. 993, *GC*, 1980, I, 1647.

²⁰⁴ Cass. 11 gennaio 1995 n. 266, *RIDL*, p. 667 ss. con nota di M. VASARRI.

604/66. Il ragionamento operato dalla Suprema Corte si incentra sulla idoneità della normativa di tutela del lavoratore, di cui alla citata legge, a colmare eventuali vuoti di disciplina in presenza di eventi interruttivi del rapporto di cui il legislatore non si sia specificamente occupato, offrendo adeguata soluzione al problema dell'adattabilità degli istituti normativi del diritto comune alle peculiarità del rapporto di lavoro.

In altri termini, secondo l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità²⁰⁵, la custodia cautelare del lavoratore si traduce in un fatto oggettivo che determina l'impossibilità sopravvenuta parziale *ratione temporis* della prestazione lavorativa, ex art. 1464 c.c., rispetto alla quale l'apprezzabile interesse del datore a ricevere le prestazioni ulteriori del dipendente, deve essere valutato in base a criteri oggettivi, riconducibili alla previsione di cui alla seconda parte dell'art. 3 l.n. 604/66; da quanto detto consegue l'applicabilità alla fattispecie *de qua* delle disposizioni relative alla forma, all'onere probatorio e all'impugnativa del licenziamento.

In linea con le suesposte argomentazioni, la Suprema Corte ha coniato, negli anni novanta, un principio di diritto, al quale si sono poi conformate le pronunce successive, secondo cui: "la carcerazione preventiva del lavoratore, determinata da fatti esulanti dallo svolgimento del rapporto di lavoro, non può essere ritenuta né giusta causa né giustificato motivo soggettivo di licenziamento, mancando un inadempimento colpevole degli obblighi contrattuali. Essa si traduce, invece, in un fatto oggettivo (non inquadrabile nella disciplina prevista dall'art. 1256 c.c.) che determina una sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione lavorativa a norma dell'art. 1464 c.c.; in relazione alla quale la persistenza o meno nel datore di lavoro dell'interesse a ricevere le ulteriori prestazioni del dipendente forzatamente assente dal lavoro, deve essere valutata alla stregua dei criteri fissati nell'ultima parte dell'art. 3 della legge 15 luglio 1966 n. 604, cioè in relazione alle oggettive esigenze dell'impresa, tenendo conto delle dimensioni della stessa, del tipo di organizzazione tecnico-produttiva in essa attuato, del periodo di assenza del lavoratore, dell'ulteriore durata ragionevolmente prevedibile (e quindi secondo

²⁰⁵ Cass. 11 aprile 1980 n. 2317, *FI*, 1981, I, 201; Cass. 14 aprile 1981 n. 2256, *GC*, 1981, I, 1228, con nota di PERA; Cass. 4 maggio 1982 n. 2780, *NGL*, 1982, 392; Cass. 15 luglio 1983 n. 4849, *RIDL*, 1984, II, 508, con nota di AGNESI; Cass. 4 maggio 1990 n. 3690, *NGL*, 1990, 405; Cass. 9 giugno 1992 n. 1966, *LPO*, 1992, 2245; Cass. 23 giugno 1992, n. 7668, *NGL*, 1992, 662; Cass. 9 giugno 1993 n. 6409, *MGC*, 1993, 1006; Cass. 30 marzo 1994, n. 3118, *FI*, 1994, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1458.

un giudizio *ex ante* e non *ex post*) dello stato di carcerazione, della natura e fungibilità delle mansioni espletate dal lavoratore detenuto, della possibilità di affidare temporaneamente dette mansioni ad altri dipendenti, nonché di ogni altra circostanza rilevante ai fini dell'accertamento della misura della tollerabilità, da parte del datore di lavoro, della mancata esecuzione della prestazione lavorativa del dipendente colpito dal provvedimento restrittivo della libertà personale”²⁰⁶.

Applicando coerentemente il cennato principio la Suprema Corte, qualche anno più tardi²⁰⁷, cassa con rinvio la sentenza di merito sottoposta al suo giudizio²⁰⁸, nella quale l'intera valutazione della situazione controversa era stata compiuta con riferimento alla utilità che il datore di lavoro avrebbe ricavato dalla ricollocazione del lavoratore dopo la cessazione della causa di impossibilità, piuttosto che sotto il profilo della capacità dello stesso datore di lavoro di fronteggiare l'assenza e, quindi, del suo interesse alla prosecuzione del rapporto. Inoltre nella sentenza impugnata veniva del tutto omessa una adeguata verifica della presumibile durata della carcerazione preventiva in relazione al tipo di reato imputato al lavoratore, nonché alla fase in cui si trovava il relativo procedimento penale; tale verifica appariva, invece, indispensabile al fine di accertare se la corrispondente prevedibile durata dell'assenza del lavoratore (dipendente con mansioni di caposala) fosse sopportabile dal datore di lavoro (nella specie una struttura sanitaria), senza pregiudizio delle obiettive esigenze di copertura del servizio. In proposito la Corte sottolinea come il principio di non colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. non vada inteso come principio che necessariamente esclude a carico del lavoratore penalmente imputato qualsiasi pregiudizio di natura civilistica fino alla condanna definitiva, bensì va interpretato nel senso che la condanna penale, ed a maggior ragione la sola pendenza del processo, non possono riflettersi automaticamente sul rapporto di lavoro.

Anche le pronunce più recenti in materia continuano a far riferimento al suesposto principio, sottolineando peraltro che le dimensioni aziendali evocate dalla citata giurisprudenza non significano necessariamente irrilevanza per le aziende di notevoli dimensioni del protrarsi della carcerazione preventiva, perché anche tali strutture devono ubbidire a criteri di economicità; vanno, conseguentemente, valutati in maniera equilibrata i diversi elementi considerati,

²⁰⁶ Cit. da Cass. 13 luglio 1990 n. 7252, *NGL*, 1990, 902, n. 79.

²⁰⁷ Cass. 1 settembre 1999 n. 9239, reperita su *Info Utet*.

²⁰⁸ Trib. Salerno del 7 febbraio 1997 n. 364.

ponendo anche in risalto il dato della prevedibile durata della carcerazione preventiva, desumibile dal titolo di reato²⁰⁹. Inoltre si ritiene che i principi affermati con riferimento alla carcerazione preventiva, valgono, a maggior ragione, quando l'assenza dal lavoro sia dovuta a carcerazione in esecuzione di pena detentiva in base a sentenza passata in giudicato. In tal caso la valutazione dell'interesse del datore di lavoro alle ulteriori prestazioni lavorative trova nella predeterminata durata della pena un sicuro e affidabile elemento di giudizio.²¹⁰

La scelta, operata dalla Suprema Corte, del richiamo congiunto alla nozione di impossibilità parziale della prestazione ed a quella di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ha dato luogo, però, ad una difficoltà di contemperamento tra i predetti concetti, rilevata da parte della giurisprudenza²¹¹. Si afferma, infatti, che la causale oggettiva del licenziamento individuale comprende esclusivamente le ipotesi che implicano una situazione di impedimento che precluda obiettivamente la prosecuzione del rapporto, per cui il recesso appare l'unica alternativa possibile; di converso, nella nozione di cui all'art. 1464 c.c. viene fatto espresso riferimento all'interesse apprezzabile del creditore della prestazione all'adempimento parziale, interesse soggettivo che potrebbe giustificare anche un recesso che sia solo utile o vantaggioso per il datore, sebbene non strettamente necessario.

Di fronte alla cennata discrepanza tra le norme, vi è chi ha sostenuto che l'introduzione dei presupposti del giustificato motivo oggettivo come parametro di valutazione dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione appare una forzatura²¹². Ci si troverebbe, in altri termini, innanzi alla necessità di assegnare una diversa rilevanza all'una o all'altra delle norme di cui sopra, operando una scelta tra l'assegnare prevalenza logica alla previsione civilistica, ovvero a quella della legge sui licenziamenti individuali. Secondo questa lettura risulta preferibile optare per la soluzione da ultimo esposta, ritenendosi che l'applicazione dell'art. 3 l.n. 604/66 è in grado di soddisfare le esigenze derivanti dalla carcerazione preventiva del lavoratore. Il continuo richiamo, operato dalla giurisprudenza, all'art. 1464 c.c., si tradurrebbe in una mera clausola di stile e dovrebbe, quindi,

²⁰⁹ Così Cass. 5 maggio 2003 n. 6803, reperita su *Info Utet*.

²¹⁰ Così Cass. 23 giugno 1992 n. 7668, reperita su *Info Utet*.

²¹¹ In particolare da P. Pontedera, 7 aprile 1984, *GC*, 1984, I, 2649.

²¹² Così M. VASARRI, *Ancora in tema di custodia cautelare del lavoratore*, nota a Cass. 11 gennaio 1995 n. 266, cit., p. 669.

considerarsi privo di effettivo significato, applicandosi nella sostanza unicamente il criterio sostanziale del giustificato motivo oggettivo²¹³.

Altro problema affrontato dalla giurisprudenza concerne la carcerazione preventiva intesa come causa di impossibilità di svolgere la prestazione non solo materiale ma anche morale e sociale, dovuta al titolo di imputazione del reato. In proposito si pronuncia la Suprema Corte²¹⁴, confermando la sentenza del giudice del merito che aveva correttamente rilevato come la posizione del dirigente, particolarmente in una unità produttiva di ridotte dimensioni ed in un mercato locale, costituisce il vertice gerarchico ed amministrativo ed assolve, altresì, al ruolo di rappresentanza dell'impresa sul piano della vita giornaliera di relazione, ovvero nei rapporti con la clientela, con le autorità pubbliche e con gli istituti creditizi. Ne consegue che la peculiare posizione lavorativa richiede un ampio margine di fiducia riposto nel dipendente da parte del datore di lavoro, esteso anche all'onestà ed alla serietà della sua condotta privata.

Nel caso di specie il comportamento tenuto dal dipendente sottoposto a carcerazione preventiva, integrava un grave fatto criminoso che, anche a causa della risonanza avuta sulla stampa nazionale, configurava non soltanto un'ipotesi di impossibilità materiale di esecuzione della prestazione, ma, altresì, un'impossibilità morale e sociale dovuta all'incompatibilità del comportamento tenuto con l'immagine che l'impresa intendeva conseguire a mezzo dei propri dirigenti. Nella medesima pronuncia la Corte coglie l'occasione per sottolineare l'impossibilità, ai fini della determinazione della durata massima dell'assenza tollerabile dal datore di lavoro, di far riferimento al periodo di comperto per malattia, giacché questo istituto risponde fundamentalmente all'esigenza di protezione del lavoratore colpito da evento morboso ed è, quindi, fissato per la tutela del diritto alla salute.

Nell'ambito del discorso concernente la carcerazione del dipendente, va dato conto del fatto che, come è noto, il legislatore, con l'art. 24 della legge n. 332 del 1995, ha introdotto, nelle norme di attuazione del codice di procedura penale, l'art. 102 bis, con il quale ha inteso garantire al cittadino-lavoratore ingiustamente detenuto il diritto di essere "reintegrato" nel posto di lavoro, ove intervenga un

²¹³ In particolare M. VASARRI, cit., p. 670, ritiene che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 90 del 5 aprile 1984, sopra citata, pur non prendendo esplicita posizione sul punto, sembra propendere per l'applicazione del solo art. 3 l.n. 604/66.

²¹⁴ Cass. 11 gennaio 1995, n. 266, cit.

provvedimento di archiviazione, assoluzione, proscioglimento o non luogo a procedere. Come opportunamente chiarito dai giudici di legittimità, però, la menzionata norma presuppone che il licenziamento sia stato determinato in stretto rapporto di causalità con la detenzione; occorre, cioè, che il recesso del datore di lavoro risulti “fondato esclusivamente sul fattore obiettivo dello *status custodiae* del prestatore d’opera”²¹⁵. Ciò implica che la reintegrazione nel posto di lavoro non può avere luogo qualora il licenziamento risulti giustificato in via autonoma, sulla base di elementi ulteriori rispetto alla mera assenza del lavoratore determinata da provvedimento cautelare.

Si ritiene pacificamente che il concetto di reintegrazione non implichi alcun riferimento alla tutela reale di cui all’art. 18 St. Lav., escludendosi conseguentemente la sussistenza di qualsivoglia obbligo retributivo in capo al datore per il periodo anteriore all’assoluzione²¹⁶. La reintegrazione di cui alla citata norma, infatti, è priva di ogni funzione sanzionatoria nei confronti del datore di lavoro e produce solo effetti *ex nunc*, non comportando in capo al datore alcun obbligo retributivo o previdenziale per il periodo intercorso tra il licenziamento e la reintegrazione stessa. La Corte di Cassazione rileva che il fondamento dell’indennità risarcitoria per le retribuzioni perse si rinviene nell’invalidità o inefficacia del licenziamento; tale emolumento viene, pertanto, negato al lavoratore, sulla base della considerazione che l’acclarata ingiustizia della carcerazione non produce l’effetto di rendere illegittimo il licenziamento²¹⁷.

In applicazione dell’art. 102 bis, potrebbero verificarsi casi in cui a seguito di un licenziamento intimato in aderenza al combinato disposto degli artt. 1464 c.c. e 3 l.n. 604/66 e dotato di tutti i crismi della legittimità, il datore di lavoro si veda costretto a riassumere il lavoratore con effetto *ex nunc*, all’esito a lui favorevole del processo penale. Con il risultato, poco apprezzato da parte della dottrina²¹⁸, di far gravare sull’imprenditore i costi “sociali” derivanti dagli errori e dalle disfunzioni della giustizia penale, oltretutto senza la fissazione di alcun

²¹⁵ Cass. 1 aprile 2003, n. 4935, in *Foro it- Rep*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1764.

²¹⁶ Così Cass. 2 maggio 2000, n. 5499, in *MGL*, 2000, 651, con nota di G. GRAMICCIA.

²¹⁷ Così Cass. 2 maggio 2000, n. 5499, cit; i giudici di legittimità precisano che “sarebbe in contrasto con ogni logica giuridica la norma che imponesse all’impresa anche di corrispondere al lavoratore, già sottoposto a carcerazione preventiva ingiusta, somme corrispondenti ad una retribuzione virtuale, che non potrebbero trovare fondamento nel rapporto di lavoro, ormai legittimamente estinto, né in un comportamento colpevole del datore di lavoro”.

²¹⁸ V. per tutti O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 572-573. L’Autore parla di “discutibile intervento del legislatore”, in grado di suscitare “qualche perplessità sul piano costituzionale, ove addossasse al datore i costi dei tempi e delle disfunzioni del processo penale, imponendo il ripristino della collaborazione anche a distanza di moltissimo tempo”.

limite temporale: il citato articolo, infatti, non precisa fino a quando l'intervento di un provvedimento di assoluzione costringa il datore alla riassunzione del dipendente.

Si discute, più in generale, sulla scelta di addossare al datore, terzo rispetto alla vicenda processuale, un costo dovuto alla riparazione che dovrebbe essere ad esclusivo carico dello Stato²¹⁹. Ad alcuni appare, altresì evidente l'incompatibilità sistematica tra l'esercizio legittimo del diritto di recesso da parte del datore di lavoro e la opposta pretesa del lavoratore alla reintegrazione in forza della norma stessa²²⁰. Per evitare tali contrasti, altri autori hanno definito la sentenza penale come "condizione risolutiva dell'efficacia del licenziamento"²²¹ ovvero quale "causa di inefficacia sopravvenuta dell'atto estintivo con efficacia *ex nunc*"²²².

Peraltro l'imposizione di un lavoratore divenuto superfluo perché sostituito, ad esempio, in seguito al verificarsi dell'evento impeditivo, potrebbe configurare addirittura un contrasto con l'art. 41 Cost., come rilevato dalla dottrina²²³. I caratteri di questa disposizione, che fa carico al datore di lavoro di una situazione di incertezza circa la possibile reviviscenza del rapporto, fanno sì che la stessa si traduca in un obbligo sostanzialmente assistenziale, in contrasto con il principio di cui all'ultimo comma dell'art. 38 Cost.

²¹⁹ PISANI, *La reintegrazione nel posto di lavoro per ingiusta detenzione*, MGL, 1998, p. 177; CASTELVETRI, SCARPELLI, *La "Reintegrazione nel posto di lavoro perduto per ingiusta detenzione"*, RIDL, 1996, III, p. 27.

²²⁰ MANNA, *Ingiusta detenzione del lavoratore e reintegra: una svolta?*, RCDL, 1996, p. 574.

²²¹ GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 1996, p. 263.

²²² PISANI, *La reintegrazione nel posto di lavoro per ingiusta detenzione*, cit., 177-179.

²²³ Così MAZZOTTA, *I licenziamenti, commentario*, p. 328, secondo cui il cennato contrasto dovrebbe trovare soluzione nello stesso tenore letterale dell'art. 102 bis, in forza del quale il lavoratore ha diritto ad essere reintegrato nel posto di lavoro medesimo; la soppressione di questo, sempre che non sia pretestuosa, dovrebbe comportare, pertanto, il venir meno di quel diritto.

4- L'obbligo del reimpiego del lavoratore la cui prestazione è divenuta impossibile.

L'attrazione delle molteplici figure dell'impossibilità sopravvenuta nella sfera del giustificato motivo oggettivo ha condotto dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sull'eventualità di rinvenire, anche con riguardo a questa particolare ipotesi di licenziamento, l'obbligo di *repêchage* e cioè l'impegno del datore di salvaguardare il posto del dipendente, utilizzandolo, se possibile, in mansioni analoghe²²⁴. Al suddetto obbligo, derivante dalla ricostruzione giurisprudenziale in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, è correlato l'onere, gravante sul datore che intende far valere la legittimità del recesso, di dimostrare l'impossibilità di impiegare il lavoratore in mansioni equivalenti, senza sovvertimenti della struttura organizzativa esistente e senza aggravii economici²²⁵.

La problematica concernente l'obbligo di *repechage* consiste, in particolare, nella necessità di stabilire il limite della perdita suscettibile di essere imposta all'imprenditore in funzione del reinserimento del lavoratore in una diversa posizione nella quale possa produrre utilità per l'impresa. Il suddetto obbligo impone al datore di lavoro di accollarsi una perdita attesa, poiché, si afferma, se vi fosse una possibilità di spostamento del lavoratore senza alcuna perdita attesa per l'impresa, anzi con la prospettiva di ricavarne profitto, "l'imprenditore disporrebbe spontaneamente in tal senso senza alcuna necessità che l'ordinamento ve lo costringa"²²⁶. Il compito di determinare l'entità massima di tale perdita, non prevista dal legislatore, spetta al giudice, il quale dovrà valutare caso per caso, distinguendo il reinserimento che può essere ragionevolmente imposto al datore da quello che comporterebbe un aggravio eccessivo per lo stesso.

Un primo filone giurisprudenziale²²⁷, per lungo tempo maggioritario, ha escluso l'applicabilità dell'obbligo del reimpiego, assimilando le ipotesi di sopravvenuta impossibilità della prestazione alle situazioni di protrazione della malattia oltre il periodo di comporto, di cui all'art. 2110 c.c. Detta norma, contenendo una sorta di clausola risolutiva espressa, consentirebbe al datore, secondo il citato orientamento, il diritto potestativo di recedere, attraverso una

²²⁴ In analogia a quanto avviene nel sistema giuridico francese (*Conseil Constitutionnel* n. 2004-509 del 13 febbraio 2005) in cui il diritto al *reclassement* trova origine nel principio costituzionale del diritto ad ottenere un impiego.

²²⁵ Così anche Cass. 9 giugno 1989, n. 2803, *RGL*, 1990, II, 57, con nota di N. BERGIANTI.

²²⁶ Così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit. p. 451.

²²⁷ Cass. 19 settembre 1996 n. 7638; Cass. 14 maggio 1994 n. 7423; Cass. 13 marzo 1996 n. 2067, cit.; Cass. 6 novembre 1996 n. 9684, reperate su *Info Utet*.

dichiarazione di volontà, di fronte al semplice verificarsi dell'evento e senza la necessità di dimostrare la giustificatazza del licenziamento.

La sopravvenuta impossibilità fisica o psichica, in altri termini, non comporterebbe il diritto di ottenere l'assegnazione a nuove e diverse mansioni compatibili con lo stato di minorata capacità, salvo il caso di espressa e specifica previsione legislativa o contrattuale, ma, anzi, potrebbe giustificare il recesso dell'imprenditore, senza che questi abbia l'onere di provare che nell'azienda vi siano altri posti con mansioni confacenti alle condizioni del lavoratore²²⁸. Il datore di lavoro sarebbe, pertanto, legittimato a recedere per giustificato motivo oggettivo, anche prima dell'esaurimento del periodo di comporto, sulla base della valutazione circa la sussistenza di un interesse apprezzabile all'adempimento parziale e senza dover dimostrare l'impossibilità di adibire altrove il dipendente.

A nulla varrebbe, inoltre, secondo le citate pronunce, il ricorso all'art. 2103 c.c., poché detta norma, si limita a consentire al datore di lavoro l'esercizio del cd. *ius variandi*, ma non implica alcun diritto del lavoratore alla modifica delle proprie mansioni, neanche al fine di evitare il licenziamento²²⁹.

Almeno in un primo momento, dunque, la Suprema Corte²³⁰ nega la possibilità di estendere l'obbligo del reimpiego, imposto dal diritto vivente in materia di giustificato motivo oggettivo, alle situazioni di interruzione del rapporto legate ad eventi sopravvenuti e non imputabili. L'obbligo del *repèchage* risulta, infatti, finalizzato esclusivamente a contemperare, da un lato, le scelte organizzative dell'imprenditore e, dall'altro, la tutela del posto di lavoro. Il licenziamento per impossibilità della prestazione rappresenterebbe, di converso, una vicenda non comparabile alla risoluzione del rapporto determinata dalla volontà del datore di lavoro.

L'obbligo del *repèchage* riposa, infatti, sulla considerazione del licenziamento quale *extrema ratio*: prima di recedere dal contratto l'imprenditore, il quale volontariamente provoca le condizioni per la soppressione di posti di lavoro, è tenuto, nei limiti delle compatibilità organizzative e produttive, a salvaguardare il posto di lavoro dei dipendenti coinvolti, reperendone, ove possibile, altre occupazioni. Mediante l'imposizione di tale obbligo si tutela, cioè,

²²⁸ Così Cass. 18 marzo 1995, n. 3174, *RGL*, 1995, II, 447 e, nello stesso senso Cass. 12 giugno 1995 n. 661.

²²⁹ Cass. 12 giugno 1995 n. 661.

²³⁰ Cass. 20 marzo 1992, n. 3517, cit.; Cass. 3 febbraio 1992, n. 115; Cass. 28 ottobre 1997, n. 10616, reperite su *Info Utet*.

il lavoratore da una possibile strumentalizzazione dell'iniziativa datoriale in funzione dell'estromissione di dipendenti sgraditi.

Se il *repêchage* è una misura protettiva nei confronti del lavoratore, a fronte di eventi influenti sul rapporto e riconducibili al datore di lavoro, non sussisterebbero i presupposti per l'estensione del suddetto obbligo alle ipotesi in cui la mancata esecuzione della prestazione non derivi da scelte datoriali né sia in alcun modo riconducibile al datore di lavoro, bensì dipenda da un impedimento sopravvenuto non imputabile alle parti. In altri termini, secondo il citato orientamento, allorché il mancato utilizzo dell'attività lavorativa non sia riconducibile al datore di lavoro, bensì configura un evento dallo stesso subito, con conseguente danno per la mancata esecuzione della prestazione dedotta in contratto, sarebbe del tutto incongruente imporre in capo al datore l'obbligo del reimpiego.

In linea con questo orientamento si pone anche parte della dottrina²³¹, secondo la quale dovrebbero essere trattate separatamente le ipotesi in cui la sopravvenuta impossibilità è del tutto estranea alla sfera di controllo del datore, rispetto a quelle in cui il lavoratore perde il posto a causa di scelte imprenditoriali immediatamente riconducibili al capo dell'azienda.

In netto contrasto con tali affermazioni si pone la nota pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite²³², la quale accoglie l'orientamento fino a quel momento minoritario della giurisprudenza di legittimità²³³, in forza del quale la sopravvenuta impossibilità della prestazione (*sub specie* di sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore) legittima il datore di lavoro a risolvere il rapporto ove non abbia apprezzabile interesse all'adempimento parziale (ex art. 1464 c.c.), ma nel rispetto dei principi dettati dagli artt. 1 e 3 della l.n. 604/66. Tale forma di impossibilità sopravvenuta costituisce, dunque, motivo oggettivo di licenziamento, da ritenere giustificato solo se la permanenza del lavoratore nell'impresa rechi pregiudizio all'attività produttiva ovvero all'organizzazione del lavoro e sempre che non sussista alcuna possibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni.

²³¹ Tra gli altri P. SCOGNAMIGLIO, *Sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore e mutamento delle mansioni*, in MGL, 1998, pp. 438 ss.

²³² Cass. Sez. un. 7 agosto 1998 n. 7755 cit.

²³³ Cass. 23 agosto 1997 n. 7908, MGL, 1997, 871; Cass. 20 marzo 1992 n. 3517, cit.; Cass. 2 aprile 1996 n. 3040, NGL, 1996, 618, reperite su *Info Utet*.

Le Sezioni Unite fanno proprio un orientamento desunto da alcune precedenti pronunce della stessa Corte in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione per *factum principis*²³⁴, in forza del quale assurge a principio generale “l’onere datoriale di cosiddetto *repèchage* del dipendente nel caso di sua possibilità di impiego in mansioni almeno equivalenti”²³⁵.

Nel definire il concetto di “mansioni equivalenti” la Suprema Corte ricorda che in giurisprudenza²³⁶ si definiscono tali le mansioni che siano comprese nella stessa area professionale e salariale, dal punto di vista oggettivo e che, in relazione al profilo soggettivo, si armonizzino con la professionalità già acquisita dal lavoratore nel corso del rapporto, impedendone la dequalificazione o comunque la mortificazione. In relazione alla necessità di bilanciare la tutela degli interessi del prestatore con la libertà di iniziativa economica dell’imprenditore, garantita dall’art. 41 Cost., la Corte chiarisce che “l’assegnazione del lavoratore, divenuto inabile all’attuale attività, allo svolgimento di compiti diversi riconducibili alle stesse mansioni o a mansioni equivalenti, può essere rifiutata legittimamente dall’imprenditore se comporti aggravii organizzativi e in particolare il trasferimento di singoli colleghi dell’invalido”²³⁷.

In particolare il datore di lavoro dovrà assegnare, al lavoratore diventato inidoneo, mansioni compatibili con le sue mutate condizioni psico-fisiche, nei limiti in cui ciò non implichi aggravii economici ovvero oneri aggiuntivi per l’organizzazione imprenditoriale, alla luce degli obblighi di cooperazione del creditore-imprenditore, tenuto non soltanto a predisporre gli strumenti materiali necessari per l’esecuzione del lavoro, ma anche ad utilizzare appieno le capacità lavorative del dipendente. Pertanto la sopravvenuta impossibilità allo svolgimento della prestazione, con la conseguente facoltà di recedere del datore, dovranno essere valutati in relazione ai descritti obblighi di cooperazione, che consentiranno

²³⁴ Le Sezioni Unite non omettono, peraltro, di sottolineare che la fattispecie oggetto delle pronunce favorevoli alla previsione di un generale obbligo di *repèchage* consisteva nella revoca di autorizzazioni amministrative necessarie ad accedere all’area in cui doveva essere svolta la prestazione. Come rileva la Corte, a differenza della sopravvenuta inidoneità, la revoca di tali autorizzazioni integra un’ipotesi di impossibilità temporanea, nell’ambito della quale è più probabile il residuo interesse del datore alla prestazione di lavoro.

²³⁵ Cass. 28 febbraio 1992 n. 2461, *RIDL*, 1993, II, 351, con nota di POSO. In caso di sopravvenuta inidoneità del dipendente, dunque, il datore di lavoro non potrà recedere se non dimostrando l’impossibilità di reimpiegarlo altrove, poiché il coordinamento dell’art. 1464 c.c. con la legge sui licenziamenti individuali implica necessariamente l’operatività del suindicato principio generale.

²³⁶ Cass. 28 marzo 1986 n. 2228; Cass. 19 luglio 1990 n. 7370; Cass. 20 settembre 1990 n. 9584.

²³⁷ Cass. Sez. un 7 agosto 1998 n. 7755, cit.

la cessazione del rapporto solo se il lavoratore risulti effettivamente non collocabile altrove, nei limiti dell'art. 2103 c.c., nonché dell'art. 41 Cost.²³⁸.

La Sezioni Unite richiamano, a sostegno della tesi preferita, le riflessioni effettuate dalla dottrina sull'art. 2087 c.c., secondo cui la citata norma, sancendo l'obbligo dell'imprenditore di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica del lavoratore, non impone esclusivamente obblighi di prevenzione a carico del datore, ma "potrebbe essere usato per non privare dei mezzi di sussistenza il lavoratore ammalato"²³⁹. Dall'art. 2087 si inferisce, dunque, un obbligo datoriale di tutelare la salute del lavoratore attraverso l'assegnazione a mansioni compatibili con la sua ridotta capacità lavorativa. Nello stesso senso si osserva, inoltre, che l'art. 20, V comma, l.n. 482/68, nella misura in cui prevede la facoltà del datore di adibire l'invalido, assunto obbligatoriamente, a mansioni diverse da quelle originariamente attribuitegli, purché compatibili con le sue condizioni fisiche, non deve essere interpretata quale norma eccezionale, pur se contenuta in una legge speciale, bensì assurge alla rilevanza di "principio valido anche per il rapporto di lavoro di diritto comune"²⁴⁰.

La sentenza delle Sezioni Unite sembra, pertanto, aver posto fine al dibattito concernente la sussistenza o meno dell'obbligo di *repêchage* in tema di licenziamento per sopravvenuta impossibilità della prestazione. Ha, infatti, avuto seguito nella giurisprudenza di legittimità²⁴¹ l'orientamento secondo cui la sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, che determini l'impossibilità della prestazione lavorativa, integra un giustificato motivo oggettivo di recesso del datore di lavoro, solo allorché il datore provi l'impossibilità di adibire il lavoratore ad una diversa attività lavorativa, che sia riconducibile – alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede – alle mansioni allo stesso

²³⁸ Deve, dunque, sottolinearsi, in linea con l'orientamento giurisprudenziale seguito dalle Sezioni Unite in tema di giustificato motivo oggettivo, la necessità che il datore di lavoro dimostri l'esistenza, quale condizione di legittimità del licenziamento, di tre presupposti: l'effettività delle esigenze aziendali richieste dalla legge ed il nesso di causalità tra queste ed il licenziamento; le ragioni tecnico-produttive che rendono possibile attendere, in caso di impossibilità temporanea, la rimozione dell'impedimento alle normali funzioni del lavoratore; ed, infine, le ragioni ostative ad un impiego del lavoratore, con mansioni almeno equivalenti, in luoghi diversi. Nello stesso senso dell'estensione dell'obbligo di *repêchage*, in dottrina, G. LOY, *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, cit., p. 309; MEUCCI, *Il diritto alla flessibilità delle mansioni accordato dall'art. 2103 all'impresa e negato ai lavoratori colpiti da sopravvenuta inidoneità psicofisica*, cit., pp. 35 ss.

²³⁹ Cass. Sez. un 7 agosto 1998 n. 7755, cit.

²⁴⁰ Cass. Sez. un 7 agosto 1998 n. 7755, cit.

²⁴¹ In tal senso Cass. 22 agosto 2003 n. 12362; Cass. 15 novembre 2002 n. 16141; Cass. 2 agosto 2001 n. 1074; Cass. 5 agosto 2000 n. 10339 e, particolarmente Cass. 7 marzo 2005 n. 4827, reperite su *Info Utet*.

assegnate, ovvero a queste equivalenti. Il principio adottato dalle Sezioni Unite non autorizza, però, ad imporre al datore di lavoro una modifica delle mansioni da attribuire al dipendente che non tenga conto dell'organizzazione aziendale come stabilita dall'imprenditore, e ciò per la necessità, sottolineata nella medesima sentenza, di bilanciare la tutela degli interessi, costituzionalmente rilevanti (art. 4, 32, 36) del prestatore con la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore, garantita dall'art. 41 della Carta fondamentale²⁴². Nello stesso senso, in altre pronunce, la Corte ribadisce che, pur sussistendo il citato obbligo in capo al datore, quest'ultimo non è tenuto, una volta accertato di non nutrire apprezzabile interesse ad un residuale utilizzo del lavoratore, a modificare il suo assetto organizzativo per mantenere in servizio il dipendente con innegabile aggravio dei costi²⁴³.

Più di recente la Suprema Corte²⁴⁴ si sofferma nuovamente sull'estensione dell'obbligo di *repèchage*, sottolineando che al datore di lavoro è consentito il licenziamento del dipendente colpito da sopravvenuta inidoneità psico-fisica alle mansioni assegnategli, solo ove dimostri l'assoluta impossibilità di impiegare il medesimo in altra posizione ed attribuendogli altre mansioni rispetto a quelle precedentemente svolte e per le quali sussiste inidoneità.

Del resto milita in tal senso anche il tenore letterale dell'art. 2103 che, come rilevato da attenta dottrina, esordisce affermando che il prestatore di lavoro "deve", e non semplicemente può, essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a mansioni equivalenti²⁴⁵. Di recente la giurisprudenza di legittimità ha sottolineato come la norma sopra citata viene a saldarsi con le indicazioni ricavabili dalla Carta costituzionale²⁴⁶ (art. 4 e 35) dando loro concretezza applicativa: "il lavoro si configura non soltanto come una fonte di sostentamento (così che il solo interesse rilevante del prestatore sarebbe, in una prospettiva di

²⁴² In tal senso Cass. 7 marzo 2005 n. 4827, cit.

²⁴³ Così Cass. 19 aprile 2003 n. 6378.

²⁴⁴ Con la sentenza del 24 maggio 2005, n. 10914, I/XVII, 2007, 199, con nota di S. LENGHI, *Soppravvenuta inidoneità psico-fisica allo svolgimento delle mansioni, giustificato motivo obiettivo di licenziamento e obbligo di repèchage*.

²⁴⁵ Così L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, DLRI, 2007, n. 4, 593, secondo il quale "si continua a dare per scontata una libertà del datore di lavoro di "lasciare il lavoratore a casa" che è, invece, clamorosamente smentita dal linguaggio con cui è formulato l'art. 2103 c.c."

²⁴⁶ Dall'art. 4 Cost. la giurisprudenza costituzionale ricava, accanto ad un diritto al lavoro, anche un diritto alla stabilità del posto a favore dei cittadini che siano già occupati. La stabilità dell'occupazione viene elevata a principio costituzionale da C.Cost. n. 45/1965, mentre ribadisce il diritto a non subire un licenziamento arbitrario C. Cost. 108/1990.

scambio, quello al pagamento della retribuzione); ma anche uno strumento tramite il quale ciascuna persona realizza le proprie capacità, contribuendo al tempo stesso al progresso e all'evoluzione del consesso sociale"²⁴⁷. La sopravvenuta impossibilità della prestazione, pertanto, deve essere valutata, ai fini dell'estinzione del rapporto, in relazione all'obbligo, gravante sul datore, di utilizzare appieno le capacità lavorative del dipendente, nei limiti posti dall'art. 2103 c.c.²⁴⁸.

A parziale correttivo della tesi esposta la stessa corte afferma che l'obbligo del datore di assegnare al dipendente mansioni diverse da quelle pregiudizievoli per la sua salute, non si estende fino al punto di dover creare ruoli o mansioni non esistenti nell'organizzazione dell'impresa, eventualmente mediante ristrutturazione della stessa. L'impresa, infatti, non è in alcun modo chiamata al perseguimento di finalità assistenziali, dovendo condursi la gestione secondo criteri di economicità. Ne consegue che l'obbligo di venire incontro al dipendente colpito da sopravvenuta impossibilità, destinandolo ad altre mansioni, non può tradursi nell'imposizione al datore della istituzione di ruoli che non facciano già parte dell'organico ovvero dell'assetto organizzativo aziendale ovvero delle attività istituzionalmente svolte all'interno dell'azienda.

La scelta di dilatare l'applicabilità del suddetto obbligo dalle ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento a quelle di impossibilità sopravvenuta della prestazione sembra essere stata accolta in precedenza anche dal legislatore, che con l'art. 4, comma 4, della l.n. 68/99 ha disposto che i lavoratori divenuti inabili allo svolgimento delle mansioni di assunzione, a seguito di infortunio o malattia, non possono essere licenziati laddove sia possibile adibirli a mansioni equivalenti o addirittura inferiori, fermo restando il diritto al trattamento retributivo corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, se favorevole. Sembrerebbe, dunque, che l'intento del legislatore sia quello di disciplinare allo stesso modo e munire delle stesse garanzie il lavoratore, nelle diverse ipotesi di licenziamento per motivi oggettivi, sia che la causale si sostanzi in ragioni economico-organizzative facenti capo al datore, sia che si tratti di esigenze inerenti alla persona del lavoratore che rilevino dal punto di vista oggettivo del regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro.

²⁴⁷ Così Cass. 2 agosto 2006, n. 17564; nello stesso senso Cass. 8 novembre 2004, n. 21253, reperite su *Info Utet*.

²⁴⁸ In tal senso Cass. 20 novembre 2001, n. 14592, reperita su *Info Utet*.

L'ampliamento della sfera di applicazione dell'obbligo può, inoltre, cogliersi anche sul piano delle mansioni cui adibire il lavoratore al verificarsi di siffatti impedimenti. Superando l'orientamento che limitava l'obbligo di reimpiego nella sfera delle mansioni equivalenti la Corte di Cassazione accoglie la tesi favorevole all'estensione dello stesso anche alle mansioni inferiori²⁴⁹. Previo consenso del lavoratore, infatti, si consente l'adibizione del lavoratore anche a mansioni inferiori, nell'ipotesi in cui risulti esclusa la possibilità di svolgere altra attività riconducibile alle mansioni assegnate o ad altre equivalenti ai sensi dell'art. 2103 c.c..

La Corte, accogliendo l'orientamento favorevole alla validità del cd. "patto di dequalificazione" quale unico mezzo per conservare il posto di lavoro, dà conto di un posizione oramai recessiva²⁵⁰, secondo cui il divieto di patti di dequalificazione o di trasferimento contenuto nel capoverso dall'art. 2103 c.c. è assolutamente inderogabile: sarebbe, pertanto, necessaria la rinnovazione del contratto di lavoro al fine di evitare la disoccupazione attraverso l'impiego in mansioni inferiori. Di converso, nell'ottica della prevalenza delle esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro (art. 4 e 36 Cost.) su quelle di salvaguardia della professionalità dello stesso lavoratore (art. 2103 c.c. e art. 35, secondo comma, Cost.), un orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità²⁵¹ sostiene che il divieto di adibire il lavoratore a mansioni inferiori, posto nell'esclusivo interesse del medesimo, non opera quando egli chieda o accetti il mutamento in peggio al fine di evitare il licenziamento.

Aderendo all'ultimo filone giurisprudenziale, indice della tendenza alla conservazione del posto di lavoro nei limiti della compatibilità con la organizzazione dell'impresa, la Suprema Corte giunge ad ammettere la possibilità di un accordo di dequalificazione²⁵², concepibile, peraltro, soltanto nel caso in cui l'imprenditore non ritenga di poter assegnare il lavoratore alle stesse o equivalenti mansioni, secondo il modo più conveniente per l'organizzazione dell'impresa²⁵³. In queste ipotesi non sussisterebbe neppure una vera e propria dequalificazione in

²⁴⁹ Cass. Sez. un 7 agosto 1998 n. 7755, cit.

²⁵⁰ Cass. 14 gennaio 1985 n. 37; Cass. 5 aprile 1985 n. 2231; Cass. 18 giugno 1987 n. 5388; Cass. 23 gennaio 1988 n. 539, richiamate dalle Sezioni Unite.

²⁵¹ Cass. 28 novembre 1990 n. 11312; Cass. 20 maggio 1993 n. 5695; Cass. 7 settembre 1993 n. 9386.

²⁵² Precisando che "ad una non rigida interpretazione dell'art. 2103 c.c. inducono le maggiori e notorie difficoltà in cui versa oggi il mercato del lavoro", Cass. Sez. un 7 agosto 1998 n. 7755, cit.

²⁵³ Cass. 15 marzo 1995 n. 2990, citata da Cass. Sez. un 7 agosto 1998 n. 7755.

deroga all'art. 2103 c.c., ma più semplicemente un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto, giustificato dall'interesse del lavoratore e sorretto dal suo consenso.

La giurisprudenza di legittimità ha mostrato, più di recente²⁵⁴, di aderire all'orientamento delle Sezioni Unite in materia di dequalificazione concordata o consensuale, ribadendo che la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni inferiori non costituisce eccezione all'art. 2103 c.c., norma volta alla regolamentazione dello *ius variandi* del datore di lavoro, inderogabile secondo l'espresso disposto del secondo comma dell'articolo, bensì rappresenta un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto e cioè alla ridotta capacità lavorativa del dipendente²⁵⁵. Da tali considerazioni la Suprema Corte desume che il datore di lavoro è tenuto a giustificare oggettivamente il recesso anche con l'impossibilità di assegnare mansioni non equivalenti nel solo caso in cui il lavoratore abbia, sia pure senza forme rituali, manifestato la sua disponibilità ad accettarle²⁵⁶.

L'impossibilità della prestazione, pertanto, può giustificare il recesso datoriale, secondo una corretta interpretazione degli artt. 1463 e 1464 c.c. e dell'art. 3 della legge n. 604/66, solo allorquando risulti esclusa la possibilità di adibire il lavoratore impedito non solo a mansioni equivalenti ma, in mancanza, anche a mansioni inferiori purché accettate dal dipendente²⁵⁷. Come in tutte le ipotesi di giustificato motivo oggettivo, peraltro, il datore può ritenersi gravato da siffatto obbligo nei soli limiti in cui le diverse mansioni assegnate siano utilizzabili nell'impresa secondo i fini programmati dalla stessa e nel quadro dell'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore²⁵⁸.

Le conclusioni cui giungono i giudici di legittimità non restano, peraltro, circoscritte nell'ambito della sopravvenuta inidoneità psicofisica, ma vengono estese alle altre ipotesi di sopravvenuta impossibilità della prestazione, in seguito

²⁵⁴ Cass. 5 agosto 2000 n. 10339, reperita su *Info Utet*.

²⁵⁵ Di adeguamento alle sopravvenute esigenze dei contraenti parla anche la recentissima Cass. 8 marzo 2007, n. 5288. *Contra*, in dottrina, L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, cit., secondo cui "il datore di lavoro non è *de iure condito* obbligato ad offrire al lavoratore un posto di lavoro che corrisponda a mansioni inferiori e ciò indipendentemente dalle opportunità offerte dall'organizzazione concretamente realizzata. Le parti individuali ben possono, tuttavia, accordarsi spontaneamente nel senso dell'adibizione a mansioni inferiori al fine di evitare il licenziamento".

²⁵⁶ Sempre in tal senso, di recente, Cass. 6 marzo 2007, n. 5112, reperita su *Info Utet*.

²⁵⁷ Cass. 19 gennaio 2002, n. 572.

²⁵⁸ Sui limiti entro cui il datore di lavoro è tenuto all'obbligo del reimpiego si v. anche Cass. 30 marzo 2006, n. 7536.

alle quali il datore di lavoro che intende recedere viene gravato dell'onere di provare l'impossibilità di assegnare il lavoratore a mansioni alternative non soggette all'impedimento²⁵⁹.

In proposito, è opportuno dar conto di un principio enunciato dalla Suprema Corte, con riferimento ad un caso di sospensione della tessera di accesso alle zone aeroportuali. Nello specifico, i giudici di legittimità²⁶⁰ sottolineano che i contenuti precettivi dell'art. 3 l.n. 604/66 devono essere impiegati quali principi generali dell'ordinamento del lavoro, in grado di fornire criteri guida di valutazione dell'interesse del datore di lavoro a ricevere le prestazioni residue. Nel valutare l'interesse del datore di lavoro alle future prestazioni, tenendo conto dei pregiudizi derivanti all'organizzazione del lavoro, il giudice del merito è tenuto a considerare l'imprevedibilità della durata della sospensione della tessera aeroportuale, riferito al momento dell'intimato licenziamento. L'impossibilità parziale della prestazione, pertanto, non giustifica il recesso solo quando, sulla base di tutte le circostanze del caso concreto, "si può prevedere, e dunque, necessariamente a livello di prognosi, la ripresa della fattualità del rapporto senza significativi pregiudizi per l'organizzazione del datore di lavoro in relazione alla durata dell'assenza"²⁶¹.

Di converso, il giudice di merito²⁶² aveva ritenuto che l'assenza del dipendente, per cause avulse dalla sua volontà e diverse da quelle espressamente disciplinate dalla legge, non legittimasse il recesso del datore ex art. 1464 c.c., nel caso in cui lo stesso fosse in grado di espletare il servizio senza assumere un altro lavoratore e senza modificare in modo apprezzabile i moduli organizzativi. Il Tribunale ha, in altri termini, deciso la controversia senza operare una previa valutazione concernente la prevedibilità, al momento del licenziamento ed in relazione a tutte le circostanze del caso concreto, del tempo occorrente alla cessazione dell'impedimento e cioè alla restituzione del tesserino. Al contrario, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, soltanto una volta conclusa l'indagine sulla *prevedibilità della durata*, il giudice

²⁵⁹ In particolare v. Cass. 24 gennaio 2005, n. 1378, RIDL, 2005, II, 986 ss, con nota di S. BARTALOTTA, *Estensione del repechage al caso di sospensione per impossibilità temporanea della prestazione e nodi non ancora sciolti sul fondamento di quest'obbligo*. La citata sentenza conferma la pronuncia di merito che aveva condannato il datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni per il periodo in cui il lavoratore non aveva potuto svolgere le sue mansioni contrattuali a causa della sospensione del tesserino necessario per accedere all'area aeroportuale, in difetto della prova della sua inutilizzabilità in altre mansioni che prescindessero dal possesso di tale tesserino.

²⁶⁰ Cass. 28 ottobre 1997 n. 10616 e successivamente Cass. 28 gennaio 2004 n. 1591, reperite su *Info Utet*.

²⁶¹ Cass. 28 gennaio 2004 n. 1591, cit.

²⁶² Trib. Rieti n. 35 del 6 giugno 2000.

avrebbe potuto interrogarsi sulla *sostenibilità dell'assenza* del lavoratore da parte dell'organizzazione aziendale.

L'applicazione dell'obbligo di *repêchage* alle ipotesi di perdita del possesso di titoli o abilitazioni è stata particolarmente controversa²⁶³, posto che nelle fattispecie in esame l'impossibilità è solitamente provocata da un comportamento addebitabile a colpa del lavoratore, seppure estraneo al rapporto di lavoro e del tutto privo di riflessi sulle sue vicende. Si pensi al ritiro della patente di guida per violazione di una norma del codice della strada, nella maggior parte dei casi ascrivibile a negligenza, imperizia o imprudenza del lavoratore.

La giurisprudenza maggioritaria²⁶⁴ propende per l'estensione del suddetto obbligo, ritenendo che il motivo che ha portato al provvedimento dell'Autorità si pone quale mero antecedente che non riverbera alcun effetto sul successivo atto risolutivo del datore di lavoro che ne prescinde, potendo quest'ultimo addirittura non essere a conoscenza di tale motivo.

In altri termini il *factum principis*, sebbene sostanzialmente riferibile ad un comportamento del lavoratore, esula dalla sfera volitiva di questo soggetto, poiché non rappresenta una conseguenza direttamente prodotta dalla volontà dello stesso. Ne consegue che se il licenziamento è stato comminato per giustificato motivo oggettivo, costituito dal *factum principis* del ritiro del titolo abilitativo, diventa del tutto irrilevante la condotta colpevole o dolosa del lavoratore che abbia determinato quel provvedimento ed il datore è comunque tenuto a dimostrare l'impossibilità di reimpiegare il dipendente.

Se, infatti, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per evento esulante dal rapporto di lavoro, deve essere valutata nel coordinamento degli artt.1463 e 1464 c.c. con la legge del 1966 n. 604, è necessario che il datore di lavoro dimostri o che la prestazione è divenuta totalmente impossibile, per cui il lavoratore non è in grado di svolgere alcun altro tipo di attività lavorativa, oppure che lo stesso non abbia un interesse apprezzabile alla prosecuzione del rapporto.

²⁶³ Il suddetto obbligo è stato, ad esempio, riconosciuto da Cass. 19 settembre 2002, n. 13732, nella specifica ipotesi di temporaneo ritiro, ad un dipendente aeroportuale svolgente le proprie mansioni negli spazi doganali, del tesserino di accesso ai medesimi per denuncia penale risoltasi con la piena assoluzione del dipendente; mentre Cass. 28 gennaio 2004 n. 1591 sembra escludere l'applicabilità dell'obbligo di *repêchage*, poiché tende a sottolineare come l'impossibilità della prestazione lavorativa è fattispecie non comparabile con la risoluzione del rapporto determinata dalla volontà del datore di lavoro per il perseguimento degli interessi collegati alle sue scelte organizzative, vicenda, quest'ultima, che vede la cessazione dell'esecuzione determinata proprio dall'iniziativa del datore di lavoro.

²⁶⁴ Cass. 11 agosto 1998 n. 7904; Cass. 14 aprile 2005 n. 7726, reperite su *Info Utet*.

Tale interesse, come sopra chiarito, deve valutarsi alla stregua delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di esse e deve, pertanto, essere accompagnata in ogni caso, in linea con il costante orientamento giurisprudenziale in tema di giustificato motivo oggettivo, dalla prova di non aver potuto impiegare il lavoratore in altre mansioni non richiedenti il titolo revocato dall'autorità amministrativa.

Pertanto se l'evento sopravvenuto non è conseguenza diretta del comportamento del lavoratore poiché non deriva dalla sua volontà, *pur avendo lo stesso inciso sulla genesi del casus*, la fattispecie rimane qualificabile in termini di giustificato motivo oggettivo, trattandosi di un impedimento che incide dal punto di vista oggettivo sull'attività produttiva, sull'organizzazione del lavoro o sul regolare funzionamento di essa. Ove, di converso, l'impedimento sopravvenuto sia in realtà *imputabile al prestatore di lavoro*, essendo direttamente generato da una sua condotta che, secondo la prevalente dottrina²⁶⁵, configura violazione dell'obbligo preparatorio di evitare il fortuito, l'obbligo del *repechage* non può più ritenersi sussistente.

In tal caso, però, la fattispecie non può più ricondursi all'interno del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, poiché si assiste ad un inadempimento degli obblighi contrattuali, che, ove ne sussistano i presupposti, è causa di licenziamento, senza alcun obbligo di *repechage*, per giustificato motivo soggettivo. Il diritto all'assegnazione di mansioni alternative, pertanto, spetta al lavoratore in ogni ipotesi di licenziamento per impossibilità sopravvenuta ricondotto al giustificato motivo oggettivo, indipendentemente da dolo o colpa dello stesso. Il medesimo diritto può essergli negato solo allorquando lo stesso lavoratore con la sua condotta abbia direttamente provocato l'impedimento, violando gli obblighi preparatori funzionali al dovere di prestazione e, pertanto, sconfinando nell'area del giustificato motivo soggettivo di licenziamento²⁶⁶.

²⁶⁵ Così G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., p. 69.

²⁶⁶ I giudici di legittimità hanno chiarito che "il problema della rilevanza o meno di una colpa del lavoratore in relazione alla emanazione del provvedimento amministrativo di revoca del titolo, agli effetti della sussistenza o meno di un obbligo di *repechage*, va risolto in base a quella che è stata la motivazione del licenziamento. Se è stato addotto il giustificato motivo oggettivo, costituito dal *factum principis*, allora diviene irrilevante la condotta colpevole del lavoratore che abbia determinato quel provvedimento": Cass. 24 ottobre 2000, n. 13986. Di converso, ove il licenziamento si fondi "più che sulle conseguenze del comportamento del lavoratore (il provvedimento di revoca) sul comportamento stesso, di modo che il motivo del recesso è costituito in realtà da un giustificato motivo soggettivo", ovvero su un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali, non si potrà imporre al datore l'obbligo di rinvenire, per il lavoratore colpevole, un posto di lavoro con mutamento di mansioni.

Rimane pertanto minoritario il diverso orientamento giurisprudenziale²⁶⁷, in forza del quale di fronte ad una impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a *factum principis*, l'obbligo del datore di lavoro di destinare il lavoratore impossibilitato allo svolgimento di mansioni diverse non sussiste, laddove la revoca del titolo abilitativo risulti imputabile a dolo o colpa dello stesso dipendente. Il ritiro del tesserino di accesso ai luoghi di lavoro ovvero della patente vanno valutati diversamente, a seconda se gli stessi traggano origine in un comportamento doloso o colposo del lavoratore oppure se siano l'effetto di valutazioni estranee alla volontà e responsabilità di questi. In concreto, dunque, qualora il lavoratore deduca e dimostri l'estraneità di ogni suo comportamento nel procedimento decisionale che ha portato al ritiro del titolo abilitativo, lo stesso avrà il diritto di ottenere dal datore di lavoro, ove possibile, una ricollocazione in altre mansioni. Di converso, quando il comportamento colposo del lavoratore abbia dato origine all'evento che causa l'ineseguibilità della prestazione, il datore di lavoro non è tenuto a dimostrare l'impossibilità di reimpiegare il dipendente.

La cennata interpretazione della Suprema Corte ha generato il dubbio che potesse verificarsi una non condivisibile commistione tra l'aspetto soggettivo dell'imputabilità dell'evento e quello oggettivo dell'impossibilità della prestazione; piani che, invece, andrebbero tenuti nettamente distinti²⁶⁸. Dall'eventuale assoluzione del lavoratore, infatti, dovrebbe desumersi l'illegittimità del licenziamento, con una valutazione *ex post*, in contrasto con il principio, ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, secondo cui la legittimità del licenziamento deve essere valutata *ex ante*, indipendentemente dal verificarsi di fatti successivi.

²⁶⁷ Cass. 6 maggio 2005 n. 11753, *DPL*, 2006, n. 26, 1443; Cass. 3 febbraio 1992, n. 1115, *LPO*, 1993, 988, reperita su *Info Utet*.

²⁶⁸ In tal senso M. MANICASTRI, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione e obbligo di repechage*, *DPL*, 2006, n. 26, p. 1442.

Capitolo V

Impossibilità sopravvenuta e mora del creditore nel rapporto di lavoro

1- La cooperazione all'adempimento: il contenuto di un onere

La disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, come si è avuto modo di verificare, mira ad evitare che ricadano esclusivamente sul soggetto obbligato le conseguenze economiche dannose di un evento a lui non imputabile ed a tal fine, in deroga all'art. 1181 c.c., l'art. 1258 impedisce al creditore il rifiuto del parziale adempimento, disponendo che il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile. La medesima finalità viene realizzata, nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, dall'art. 1463 c.c., che distribuisce tra le parti gli effetti negativi della sopravvenuta impossibilità, consentendo, da un lato, la liberazione del debitore, ma, dall'altro, negandogli la possibilità di ottenere la controprestazione. Se questa è, in estrema sintesi, la *ratio* che anima la normativa sull'impossibilità sopravvenuta, non può non cogliersi una certa affinità con l'istituto della mora del creditore, la cui funzione consiste nel "regolare l'incidenza dei costi e dei rischi derivanti da un certo tipo di impedimenti, che possono ostacolare la prestazione dovuta dal debitore stesso"²⁶⁹.

Per individuare più precisamente la linea di confine che intercorre tra le fattispecie di impossibilità sopravvenuta della prestazione e le ipotesi di mora del creditore, è opportuno soffermarsi, in primo luogo, sui presupposti della cd. *mora accipiendi*, nonché sulle sue applicazioni al rapporto di lavoro: l'art. 1206 c.c. dispone che il creditore è in mora quando, senza un motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli o non compie quanto necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione. Dal tenore letterale della norma non risulta di immediata evidenza il rilievo da attribuire all'interesse del debitore alla liberazione: può, in altri termini, ritenersi che il creditore è tenuto a cooperare alla liberazione in quanto il legislatore riconosce al debitore la titolarità di un diritto soggettivo di adempiere?

²⁶⁹ Così G. CATTANEO, *Della mora del creditore, Art. 1206-1217*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1973, p. 47.

La risposta non può che essere positiva per quella dottrina secondo cui esiste anche in capo al debitore una posizione creditoria, avente ad oggetto il diritto alla liberazione dall'obbligazione: il creditore sarebbe, pertanto, tenuto ad un vero e proprio obbligo di cooperazione, obbligo che rappresenta "un ufficio secondario e complementare" rispetto alla principale obbligazione oggetto del rapporto, gravante sul debitore²⁷⁰.

Di converso vi è chi ritiene che la disciplina della *mora accipiendi* vada ricondotta ad un generale dovere di rispettare la sfera giuridica altrui²⁷¹, con la conseguenza che la cooperazione del creditore non può ritenersi oggetto di uno specifico obbligo, né può essere assimilata alla prestazione del soggetto passivo. Non sembra, infatti, riscontrabile nel nostro ordinamento una specifica tutela dell'interesse del debitore all'effettivo adempimento, tale per cui egli abbia il diritto di "pretendere" dal creditore la necessaria collaborazione alla sua liberazione²⁷².

La dottrina da ultimo citata, pertanto, giunge alla conclusione che gli effetti della mora del creditore, lungi dal configurarsi come sanzione di un obbligo violato dal creditore, rappresentano il "rimedio" prospettato dal legislatore a fronte delle conseguenze economiche di eventi che incidono sulla prestazione dovuta. L'istituto della *mora accipiendi* mira a realizzare non solo l'interesse del debitore alla liberazione, ma anche quello del creditore ad ottenere l'esecuzione della prestazione, determinando i confini oltre i quali quest'ultimo non può più pretendere che il soggetto obbligato sopporti le conseguenze della permanenza del vincolo obbligatorio. La cooperazione all'adempimento risulta, pertanto, il contenuto di un onere, la cui esecuzione è necessaria affinché l'obbligo del debitore (cui non fa capo, secondo la tesi preferibile, alcun diritto soggettivo alla liberazione) possa essere adempiuto.

Ma può ritenersi allo stesso modo inesistente un diritto all'esecuzione della prestazione anche nel rapporto di lavoro subordinato? Oppure in questo ambito operano più pregnanti meccanismi di tutela del prestatore di lavoro? Il dubbio sorge in quanto dall'art. 4 della Costituzione sembrerebbe emergere in capo al

²⁷⁰ Così FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, 1947, p. 77.

²⁷¹ G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 47.

²⁷² La norma che la citata dottrina richiama per dimostrare l'inesistenza del diritto del soggetto passivo ad adempiere, è l'art. 1180 secondo comma, in tema di adempimento del terzo, che consente al creditore di rifiutare l'offerta del terzo nel caso in cui il debitore si opponga "ma non gli vieta affatto di accettarla e tanto meno esclude l'efficacia dell'avvenuto pagamento", così G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 49.

prestatore un diritto al lavoro; l'inadeguatezza di una tale ricostruzione viene rilevata da quella dottrina che nega, anche nell'ambito del rapporto di lavoro, la sussistenza in capo al lavoratore di una situazione giuridica assimilabile ad un diritto individuale cui, di conseguenza, dovrebbe corrispondere un obbligo del datore di cooperare all'adempimento. Il diritto al lavoro spettante a tutti i cittadini in virtù dell'art. 4 della Costituzione, infatti, postula l'esistenza di un impegno dello Stato ad assicurare e promuovere le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro, ma non determinano il sorgere di una posizione di vantaggio del prestatore nei confronti dei privati, per effetto della quale gli stessi siano tenuti a porre in essere comportamenti vincolati al precetto costituzionale²⁷³.

Aderendo alla tesi per cui al lavoratore deve essere riconosciuto un interesse legittimo all'adempimento, ma non un diritto soggettivo, deve concludersi che, anche nell'ambito del rapporto di lavoro, il contenuto dell'art. 1206 c.c. non può consistere in un vero e proprio obbligo di cooperare in capo al creditore²⁷⁴. Se questa può considerarsi, in linea con la prevalente dottrina, la regola vigente nell'ambito del rapporto di lavoro, non mancano rilevanti eccezioni, in alcuni casi previste dalla legge (artt. 2132 e 2096 c.c.) caratterizzate dalla sussistenza di un interesse specifico del lavoratore a prestare la propria opera. E' questo il caso dell'apprendista, che ha un interesse giuridicamente tutelato a ricevere un adeguato insegnamento professionale, oppure della prestazione dell'artista, il quale è titolare di un interesse, distinto da quello alla retribuzione, ad ottenere la notorietà mediante la pubblicità derivategli dall'esecuzione della prestazione²⁷⁵.

²⁷³ V. G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965, p. 25.

²⁷⁴ V. però G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 59, secondo cui un obbligo del creditore alla cooperazione nell'ambito del rapporto di lavoro potrebbe forse evincersi dallo Statuto dei Lavoratori, e precisamente dall'art. 18, che legittima il prestatore a far valere in giudizio una autonoma pretesa alla reintegrazione nel posto di lavoro.

²⁷⁵ V. G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 236 ss. e particolarmente p. 238, ove l'autore rileva come nelle ipotesi in cui venga oggettivamente in rilievo un interesse del debitore a prestare, autonomo rispetto al normale interesse alla liberazione, piuttosto che alla mora del creditore la fattispecie della mancata cooperazione del creditore deve ricondursi alla *mora debendi*, gravando sul datore di lavoro non più un onere ma un vero e proprio obbligo, indipendente seppure accessorio a quello che ha per oggetto la prestazione del debitore di lavoro.

2- La cd. mora inculpata

Atteso che la cooperazione all'adempimento non rappresenta un obbligo bensì un onere cui è tenuto il creditore, rimane da chiarire se la *mora accipiendi* possa trovare applicazione solamente nel caso in cui la mancata collaborazione sia imputabile a colpa del creditore, ovvero se egli è tenuto a subire gli effetti di cui agli artt. 1206 s.s. anche laddove la mancata liberazione del debitore sia dipesa da un evento non imputabile allo stesso creditore. La citata norma si riferisce di certo, infatti, a tutte le ipotesi di mancanza di cooperazione derivante dalla stessa volontà del creditore (cd. *mora culpata*), mentre non viene univocamente interpretata dalla dottrina per quanto concerne gli eventi che impediscono detta cooperazione pur non essendo in alcun modo imputabili al creditore.

Una fattispecie frequentemente richiamata quale esempio di comportamento non collaborativo ai fini della liberazione del debitore, tenuto volontariamente dal datore di lavoro e dunque imputabile a sua "colpa", è la serrata, intesa come mezzo di "lotta sindacale" che genera l'interruzione temporanea dell'attività, impedendo ai lavoratori di adempiere. Esclusa la sua illiceità dal punto di vista penale, la serrata rimane una mera libertà che, in quanto tale, non sfugge alla qualificazione di illecito civile, integrando un comportamento che contrasta espressamente con gli obblighi assunti mediante il contratto di lavoro. Parte della dottrina, pertanto, ritiene che il datore di lavoro che si rifiuta di ricevere le prestazioni offertegli, con il conseguente diniego del pagamento della retribuzione, può essere costituito in mora ai sensi dell'art. 1206 c.c..

Non manca chi, peraltro, ritiene che la serrata non sia riconducibile alla mora del creditore, bensì integri un inadempimento degli obblighi retribuiti discendenti dal contratto di lavoro. Alla luce di questo orientamento il datore di lavoro andrebbe qualificato non solo come creditore dell'attività lavorativa, ma anche quale debitore di retribuzione, con la conseguenza che dalla sua mancata cooperazione discenderebbero gli effetti risarcitori connessi ad un inadempimento contrattuale²⁷⁶.

Per quanto attiene, invece, agli eventi che precludono l'attività di cooperazione, senza che ciò possa essere in alcun modo imputato al datore di lavoro, la dottrina si è interrogata circa la possibilità di considerare dette ipotesi di impossibilità sopravvenuta quali presupposti idonei a costituire in mora il

²⁷⁶ SANTORO-PASSARELLI, *Diritto di sciopero e libertà di serrata*, Riv. dir. lav., 1960, I, p. 7ss.

creditore incolpevole. Gli orientamenti meno recenti avevano, già in passato, negato che requisito della mora del creditore potesse essere la colpa dello stesso, escludendo pertanto ogni analogia tra la *mora accipiendi* e la mora del debitore. L'istituto di cui all'art. 1206 c.c., cioè, non poteva fondarsi né sulla responsabilità del creditore per inadempimento, né su quella derivante da atto illecito; si trattava, dunque, di una responsabilità da fatto lecito.

Questa ricostruzione è stata, però, messa in discussione in tempi più recenti, ad opera di una interpretazione dottrinarica che ha, invece, fornito una nozione dell'art. 1206 in chiave di *mora culpata*: presupposto per la costituzione in mora del creditore sarebbe da ravvisarsi, analogamente alla *mora debendi*, nel requisito della colpa. Il creditore deve, cioè, rispondere della mancata cooperazione solo nei limiti in cui la stessa risulti a lui imputabile. Se, di converso, l'evento impeditivo è esterno alla sua "sfera di rischio", le conseguenze negative della mancata liberazione dovranno ricadere sul prestatore di lavoro²⁷⁷. In altri termini, secondo questa ricostruzione, il "motivo legittimo" cui fa riferimento l'art. 1206 c.c., che consente al creditore di non compiere gli atti necessari alla liberazione del debitore, andrebbe rinvenuto nella non imputabilità dell'impedimento sopravvenuto. Dimostrando, cioè, che l'onere di cooperare all'adempimento è reso impossibile da una causa non imputabile, e dunque provando l'assenza di colpa, il creditore risulterebbe esonerato dall'obbligo di risarcimento e non potrebbe essere costituito in mora.

Nonostante l'autorevolezza delle tesi appena accennate, l'orientamento dottrinario prevalente²⁷⁸ tende, ancora oggi, ad accogliere l'interpretazione della *mora accipiendi inculcata*, richiamando il principio generale dell'ordinamento in forza del quale l'impossibilità di servirsi del bene deve essere sopportata dal soggetto titolare del diritto. Il creditore della prestazione è titolare del diritto di far proprie le utilità conferite dal debitore e pertanto, ove lo stesso non riesca, anche a causa di un evento esterno e non imputabile, a compiere quegli atti che gli consentirebbero di recepire utilmente l'attività solutoria del debitore, deve sopportarne le conseguenze negative. Egli, infatti, è tenuto allo svolgimento di

²⁷⁷ FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 50 ss e 162 ss.

²⁷⁸ V. G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 63 ss e G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 64 ss.

un'attività finalizzata al perseguimento di un interesse proprio ed “è giusto che sopporti il rischio di eventi tali da impedirgli di agire”²⁷⁹.

In relazione alla specifica funzione della mora, pertanto, l'elemento soggettivo della colpa non sembrerebbe assumere alcuna giuridica rilevanza: gli eventi impeditivi della cooperazione, anche non imputabili al creditore, genererebbero a suo carico gli effetti di cui all'art. 1207 c.c. A causa della mancata cooperazione, infatti, il debitore rimarrebbe vincolato per un periodo di tempo prolungato, con la necessità di svolgere attività supplementari per consentire comunque al creditore di ottenere la prestazione in un momento successivo. Il compimento di tali attività produce, evidentemente, un costo per il debitore, che si traduce in spese sostenute e mancata occasione di guadagno.

A fronte di un soggetto pronto ad adempiere, costretto a rimanere obbligato a causa del creditore che non pone in essere gli atti necessari a ricevere la prestazione, l'ordinamento ritiene che il debitore non possa essere gravato dai costi generati da un evento che si verifica nell'altrui sfera di rischio e, pertanto, dispone che sia proprio il creditore a rimborsare le spese e risarcire i danni arrecati alla controparte. In questo contesto non rileva l'imputabilità o meno dell'impedimento di *accipere*, poiché la mancata cooperazione assurge di per sé a criterio idoneo ad addossare al creditore i costi della mancata liberazione del debitore.

Né può affermarsi, sulla scorta del tenore letterale dell'art. 1206 c.c., che l'impossibilità sopravvenuta non imputabile sia riconducibile al “motivo legittimo” idoneo a sollevare il creditore dall'onere di cooperare. Si ritiene, infatti, secondo l'orientamento dominante, che la cennata espressione faccia rinvio ad un principio di correttezza e buona fede obiettiva nell'esecuzione del contratto: la mancata collaborazione all'adempimento, in altri termini, risulterebbe inidonea alla costituzione in mora del creditore, non ogni qual volta sia causata da un evento non imputabile, ma solo allorquando risulti “giustificata” da altra norma dell'ordinamento, che faccia sorgere in capo al creditore un legittimo interesse ad astenersi dal cooperare. E' questo il caso, in primo luogo, della inesattezza della prestazione resa rispetto a quella dovuta, ovvero dell'offerta di cose esattamente corrispondenti a quelle dovute ma di cui il debitore non poteva disporre, o ancora dell'adempimento del terzo se la prestazione è infungibile. Il rifiuto di *accipere* è,

²⁷⁹ G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, 1964, p. 147.

cioè, consentito laddove si basi su “motivi che appaiono plausibili alla stregua della regola dell’agire corretto, contenuta nell’art. 1175 c.c.”²⁸⁰.

3- Gli effetti della *mora accipiendi* nel rapporto di lavoro

In ordine agli effetti della mora del creditore, il perdurare del vincolo obbligatorio fa sì che il debitore rimanga tale e risponda dell’ipotesi di inadempimento successivo alla costituzione in mora, ai sensi degli artt. 1176 e 1218 c.c., norme che restano operanti pur essendo il creditore in mora. Ciò implica un notevole aggravio della posizione del debitore, la cui tutela viene però riposta nell’obbligo di risarcimento danni e rimborso delle spese gravante sul creditore moroso, e viene inoltre assicurata, per le ipotesi diverse dalle obbligazioni di fare, dalla procedura di liberazione coattiva. Come chiarito dall’art. 1207 c.c., infine, quando il creditore è in mora è a suo carico l’impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore.

Per comprendere la portata della norma è necessario ricordare che, di regola, nell’ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, l’art. 1463 c.c. statuisce la liberazione del debitore della prestazione resa impossibile, ma, nel contempo, gli impedisce di ottenere la controprestazione, bilanciando così i rischi e ripartendo le conseguenze dannose tra le parti. Di converso, per effetto del citato art. 1207, se l’impossibilità sopravvenuta si verifica a seguito della costituzione in mora del creditore, tutti gli effetti negativi sono a carico di quest’ultimo.

In particolare, secondo parte della dottrina le somme che il datore di lavoro in mora è tenuto a versare non avrebbero natura retributiva ma troverebbero fondamento nel risarcimento del danno, complessivamente dovuto ex art. 1207 c.c.²⁸¹. Questa convinzione si basa sulla struttura sinallagmatica del rapporto di lavoro, per effetto della quale, non potendo eseguire il prestatore la propria opera, il datore di lavoro dovrebbe corrispondentemente essere liberato dall’obbligazione

²⁸⁰ Così G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 89. Tra le ipotesi di motivo legittimo l’autore enumera la palese anormalità di un pagamento anticipato che ingeneri nel creditore il sospetto dello stato di insolvenza del debitore, causa di una eventuale revocatoria fallimentare.

²⁸¹ G. COTTINO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, 1955, p. 215; G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 129 ss.

retributiva. Il citato orientamento dottrinario non ritiene, cioè, ammissibile la permanenza dell'obbligo della controprestazione in capo al datore di lavoro, allorquando la prestazione della controparte si è estinta per impossibilità sopravvenuta.

A carico del datore di lavoro graverebbe, invece, ai sensi dell'art. 1207, un obbligo risarcitorio, conseguente alla costituzione in mora, il cui importo sarebbe da ragguagliare esattamente alla retribuzione dovuta, come risulta dall'art. 6 del R.d.l. sull'impiego privato n. 1825 del 1924, norma ritenuta principio generale del diritto del lavoro, applicabile non solo agli impiegati, ma anche alle prestazioni di opere che si svolgono al di fuori dell'impresa. Detta norma prevede che, in caso di sospensione del rapporto per fatto dipendente dal principale, il lavoratore mantiene il diritto di percepire la somma corrispondente esattamente alla retribuzione dovuta, a titolo di risarcimento danni.

Di converso altri autori sostengono la permanenza in capo al lavoratore del diritto alla retribuzione, per cui sul datore di lavoro continuerebbe a gravare l'esecuzione della controprestazione, nonostante il verificarsi di una sopravvenuta impossibilità durante la sua costituzione in mora²⁸². Il prestatore di lavoro, in tali casi, non solo avrebbe diritto al risarcimento dei danni eventualmente provocati dalla mora, bensì conserverebbe l'originario diritto alla retribuzione. Si rileva, infatti, che il corrispettivo dovuto prima del verificarsi dell'impossibilità sopravvenuta avrebbe la stessa fonte di quello che la tesi criticata definisce obbligo risarcitorio: entrambi, infatti, trovano origine nel contratto che instaura il vincolo tra le parti e fa sorgere l'obbligazione originaria, entrambi, inoltre, hanno la medesima funzione, volta alla soddisfazione dell'interesse del debitore della prestazione di lavoro, nonché lo stesso oggetto.

Al di là di queste considerazioni, l'obiezione principale che la tesi della permanenza dell'obbligo retributivo muove all'orientamento che ravvisa nella fattispecie un obbligo di natura risarcitoria, benché commisurato alla retribuzione stessa, consiste principalmente nell'artificiosità di quest'ultimo: "pare difficile ammettere che l'ordinamento disponga l'estinzione dell'obbligo di controprestazione, ma nello stesso istante lo sostituisca con un altro obbligo, gravante sullo stesso soggetto ed avente lo scopo di risarcire il danno provocato dall'estinzione dell'obbligo precedente. E' invece preferibile ritenere che il

²⁸² FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., p. 279; G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, cit., p. 29.

legislatore abbia inteso raggiungere nel modo più semplice e diretto lo scopo, enunciato dalla norma, di porre a carico del creditore l'impossibilità sopravvenuta: abbia cioè mantenuto in vita l'obbligazione originaria, senza dar luogo a vicende estintive e costitutive non necessarie"²⁸³.

4- La linea di confine tra mora del creditore e impossibilità della prestazione

Tornando alla cennata problematica dei rapporti intercorrenti tra la mora del creditore e l'impossibilità sopravvenuta della prestazione del rapporto di lavoro, non sembra a prima vista che possano sussistere margini di compatibilità tra i due istituti, in quanto, divenuta impossibile la prestazione, non potrebbe configurarsi alcuna offerta idonea a costituire in mora il creditore.

E', infatti, di immediata evidenza che, allorquando la prestazione dovuta diventa impossibile, in tutto o in parte, per causa non imputabile al debitore, non risulta spazio alcuno per la configurabilità dell'istituto della *mora accipiendi*, poiché, se il prestatore è impossibilitato a svolgere la propria opera, non potrà neanche dar luogo all'offerta della prestazione al creditore. Viene, pertanto, a mancare del tutto il presupposto imprescindibile della *mora accipiendi*, ovvero l'offerta di una prestazione esatta.

Da quanto detto consegue che l'impossibilità sopravvenuta che si verifichi all'interno della sfera giuridica del debitore, incidendo sulla prestazione di lavoro, esclude a monte la configurabilità dei presupposti della mora del creditore. Pertanto se il debitore "intende porre il creditore in *mora accipiendi*, deve essere in grado di prestare; il che può esprimersi anche dicendo che la sua prestazione deve essere, in quel momento, non impossibile"²⁸⁴. Ove, di converso, un impedimento sopravvenuto incida sull'attività dovuta dal debitore, lo stesso darà sempre luogo ad impossibilità sopravvenuta, indipendentemente dall'imputabilità dell'evento alla sfera di controllo del creditore: tale ultimo elemento servirà solo a disciplinare il regime del rischio, che sarà a carico del creditore ove egli sia responsabile dell'evento, senza che in tal caso possano rinvenirsi punti di contatto con l'istituto della *mora accipiendi*.

²⁸³ G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 109.

²⁸⁴ G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 52.

A seguito di un primo approccio alla problematico proposta e sulla scorta delle precedenti considerazioni, potrebbe affermarsi che la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro non può coesistere con quella della mora del creditore, essendone del tutto contrastanti i presupposti. Ma l'analisi dei margini di compatibilità (o di sovrapposizione) della mora del creditore con l'impossibilità sopravvenuta non può considerarsi esaustiva se non si procede ad indagare gli altri elementi sui quali potrebbe incidere un'impossibilità sopravvenuta e che, insieme alla prestazione, completano la fattispecie del rapporto di lavoro: la cooperazione del creditore all'adempimento ed il cd. substrato della prestazione.

In effetti, se la sopravvenuta impossibilità può incidere sulla persona del debitore, rendendo impossibile l'esecuzione della prestazione, la stessa può anche colpire la sfera del creditore impedendogli di cooperare; inoltre l'impedimento sopravvenuto può cadere, come rilevato da attenta dottrina²⁸⁵, sul cd. substrato della prestazione di lavoro, cioè sulle condizioni, da ricercarsi nei luoghi e negli altri presupposti essenziali, che complessivamente consentono lo svolgimento dell'attività dedotta in contratto.

Nella seconda delle ipotesi sopra evidenziate, pur essendo il lavoratore pronto ad adempiere (poiché, a differenza del primo esempio fatto, l'impossibilità non attiene alla sua persona impedendogli l'offerta), il creditore è impossibilitato a ricevere la prestazione. Quale disciplina risulta applicabile alla fattispecie *de quo*? Può ritenersi riscontrabile, nel rifiuto del datore di cooperare, una fattispecie di impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro? Ovvero deve ritenersi operante la regola di cui all'art. 1206 c.c. con la conseguenza che il datore di lavoro può essere costituito in mora?

Secondo la dottrina che si è occupata della questione, per trovare una risposta è necessario approfondire il ruolo che il creditore assume all'interno del fenomeno solutorio, interrogandosi sul contenuto dell'onere di concorso o di cooperazione cui lo stesso è tenuto, al fine della realizzazione dell'interesse del debitore alla liberazione. Sul punto deve rilevarsi che quando l'oggetto dell'obbligazione consiste in una prestazione di lavoro subordinato, spetta al creditore coordinare le *operae* offertegli con il substrato, e cioè con l'ambiente esterno ove l'attività solutoria si realizza. In altri termini l'attività economica

²⁸⁵ G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 53 ss.

organizzata che fa capo al datore di lavoro, deve essere in grado di “recepire” utilmente la prestazione e questo compito non può che gravare esclusivamente sul creditore. Quest’ultimo, pertanto, verrà costituito in mora, sempre che sussistano in astratto i presupposti della possibilità della prestazione e dell’esistenza del substrato, in ogni caso in cui non si realizzi il collegamento tra prestazione e substrato, anche laddove ciò avvenisse a causa di un evento non generato dal creditore né da questo controllabile²⁸⁶.

Per poter costituire in mora il datore di lavoro è, dunque, indispensabile la coesistenza di due presupposti: la possibilità della prestazione e l’esistenza del substrato. Non basta che il creditore non abbia esercitato quel potere di conformazione che consente il collegamento tra prestazione e substrato, ma è necessario riscontrare, a monte, l’esistenza del substrato stesso. Al verificarsi di entrambi i presupposti il datore di lavoro risulta obbligato a rispondere delle sospensioni o delle interruzioni del lavoro che siano dipendenti dalla sua sfera giuridica e gli impediscano, pertanto, di ricevere la prestazione, indipendentemente dalla imputabilità o meno degli eventi al creditore. Questa, infatti, è la conclusione cui giunge la dottrina maggioritaria, sulla scorta dell’interpretazione dell’art. 1206 c.c. in termini di *mora inculpata*²⁸⁷.

Per quanto detto, mentre l’impossibilità sopravvenuta della prestazione che impedisce al debitore l’offerta è incompatibile con la mora del creditore, sembrano invece riscontrabili, in relazione alle suesposte considerazioni, spazi di coesistenza tra la mora del creditore e l’impossibilità sopravvenuta quando quest’ultima colpisce non la prestazione del debitore (che pertanto resta astrattamente possibile) ma l’attività di cooperazione, impedendo al creditore di ricevere la prestazione. In tal modo è resa impossibile non la prestazione in quanto tale, ma il concreto adempimento da parte del lavoratore, la cui opera viene puntualmente offerta ma, a causa della sopravvenuta impossibilità di cooperare, non viene accettata dal creditore, il quale potrà, di conseguenza, essere costituito in mora. Se, infatti, il creditore non esercita (perché non può o non vuole) quel potere di conformazione che è assolutamente necessario per collegare la singola prestazione di lavoro al complesso sistema aziendale ed è finalizzato a fare di

²⁸⁶ “ Nel fornire il substrato o nel non sopprimere il substrato già esistente, e nel ricollegarlo alla prestazione del debitore consiste, in altre parole, l’essenza della cooperazione richiesta al creditore di opere”: G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 56.

²⁸⁷ Vedi le conclusioni raggiunte nel precedente paragrafo 2.

quella prestazione un'utilità per il datore, si verificano in pieno i presupposti della mora e non più quelli dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione: offerta di idonea ed esatta prestazione e rifiuto ingiustificato.

Ne consegue che, ove la liberazione del prestatore risulti impossibile per un sopravvenuto evento che impedisce al creditore di ricevere la prestazione, senza però distruggere il substrato della stessa, l'impossibilità sopravvenuta si traduce nel presupposto necessario per costituire in mora il creditore. La prestazione del debitore, infatti, risulta ancora astrattamente possibile, così come il substrato all'interno del quale l'opera va collocata. Pertanto il datore di lavoro, ai sensi degli artt. 1206 ss c.c., risponderà delle conseguenze economiche pregiudizievoli che derivino dal suo mancato concorso e cioè dal fatto che viene meno il collegamento tra elemento oggettivo (il substrato) e soggettivo (la prestazione) dell'adempimento. La *mora accipiendi* si verifica, dunque, ogni qual volta il substrato, pur rimanendo possibile ed idoneo, non viene collegato dal creditore alla prestazione offerta e ciò rende impossibile l'adempimento.

Rimane da considerare l'ipotesi in cui l'evento non imputabile colpisce il terzo "elemento" del rapporto di lavoro: il substrato nel quale opera la prestazione. Come chiarito, la dottrina prevalente rinviene il substrato della prestazione di lavoro nel luogo di lavoro e nelle altre condizioni necessarie per l'adempimento, come impianti e macchinari idonei a tradurre l'attività del prestatore in utilità per il datore. Ciò porta a ritenere che, nel rapporto di lavoro subordinato, il substrato è rappresentato, in primo luogo, dall'azienda. Cosa accade, pertanto, quando un evento non imputabile ad alcuna delle parti del rapporto obbligatorio (come l'incendio o il fulmine che distrugge l'azienda) rende del tutto impossibile il substrato? Quale disciplina può considerarsi applicabile ed in che misura concorrono impossibilità sopravvenuta della prestazione e la mora del creditore?

Anche in questa ipotesi va indagato il ruolo assegnato al creditore della prestazione di lavoro; allo stesso spetta, infatti, come chiarito, l'onere del coordinamento tra prestazione e substrato. Ci si chiede, pertanto, se che il creditore, impossibilitato a ricevere la prestazione a causa dell'incendio che distrugge l'azienda, è passibile di costituzione in mora, non ravvisandosi il suo concorso all'adempimento del debitore. Ad una attenta analisi non può non rilevarsi come, nel caso di specie, l'impossibilità sopravvenuta che produce la distruzione del substrato opera, nello stesso tempo, quale causa impeditiva della

prestazione di lavoro. Se, in effetti, non risulta più esistente l'azienda con tutti gli altri elementi necessari all'adempimento, l'impossibilità del substrato si traduce in impossibilità della prestazione, la quale ultima non potrà neanche essere offerta al creditore. In mancanza di offerta, dunque, nessuna mora del creditore può dirsi sussistente. Anche in questa ultima ipotesi, pertanto, come nel caso dell'impossibilità che incide sulla sfera del debitore, sono applicabili esclusivamente le norme concepite in tema di impossibilità sopravvenuta, non trovando spazio alcuno l'istituto della mora del creditore.

Tirando le somme dell'indagine appena svolta, può concludersi che, indipendentemente dal fatto che la mancata cooperazione del creditore sia determinata da motivi soggettivi o da cause oggettive a lui non imputabili, unico limite all'operatività della mora del creditore è rappresentato dall'impossibilità della prestazione del debitore, sia la stessa generata da un evento attinente alla persona di quest'ultimo ovvero provocata dal venir meno del substrato della prestazione.

Condividendosi la ricostruzione proposta, è possibile chiarire anche le conseguenze in termini di disciplina applicabile alle diverse fattispecie. In particolare, ove il prestatore risulti impossibilitato ad offrire la prestazione (e cioè nelle due ipotesi di impossibilità sopravvenuta inerente alla persona del lavoratore e di sopravvenuta impossibilità del substrato) il rapporto rimane sospeso fintantoché, a causa del perdurare dell'impossibilità, non venga a mancare l'interesse del creditore alla prestazione residua. Laddove si verifici detta circostanza, peraltro, il rapporto non si risolve di diritto, bensì viene concesso al creditore l'esercizio del diritto di recesso ai sensi dell'art. 3 l.n. 604/66.

Nessuna possibilità di cessazione del rapporto può, invece, riscontrarsi nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta causata da un evento riconducibile alla sfera giuridica del creditore, che impedisce a quest'ultimo di ricevere la prestazione. Non solo, infatti, il rapporto non è suscettibile di estinzione ma, applicandosi le norme di cui agli artt. 1206 ss c.c., il datore di lavoro è tenuto a continuare a corrispondere la retribuzione, pur non ricevendo la prestazione dedotta in obbligazione.

Le cennate considerazioni inducono a ravvisare una rilevante distinzione tra il diritto di recesso, che spetta al creditore a seguito della sopravvenuta inidoneità della prestazione, sempre che ricorrano le condizioni dell'art. 1464 c.c., dal rifiuto

di ricevere la prestazione, ovvero di cooperare all'adempimento. Nel primo caso il recesso, se correttamente esercitato, può legittimamente estinguere il rapporto di lavoro; nel secondo caso il rifiuto del datore integra la fattispecie della mora del creditore, con la conseguenza che il rapporto prosegue inalterato, con tutto ciò che ne deriva in termini di responsabilità a carico del datore di lavoro, anche per il caso in cui la prestazione del lavoratore diventi impossibile.

5- La giurisprudenza in tema di impossibilità sopravvenuta inerente alla sfera del datore di lavoro

Il principio, desumibile dall'art. 1206 c.c., che impone al creditore di sopportare i rischi derivanti dall'impossibilità di cooperare all'adempimento, trova peraltro un limite. Esistono, infatti, come già accennato, eventi che intervengono in maniera estremamente invasiva nel rapporto di lavoro, tali che non impediscono solo la cooperazione del creditore bensì ostacolano la stessa prestazione del debitore, producendo non più gli effetti della mora del creditore, bensì quelli dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Non risulta sempre immediatamente percepibile la differenza tra elementi che ostacolano l'onere di cooperare alla liberazione, le cui conseguenze sono completamente a carico del creditore, ed eventi che si traducono in impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro, i cui effetti dannosi vengono ripartiti, ai sensi degli artt. 1463 e 1464 c.c., tra i contraenti del rapporto di lavoro. In merito la giurisprudenza tende ad affermare che la mancanza di commesse, le crisi economiche congiunturali sono eventi a carico del creditore, mentre il caso fortuito o la forza maggiore, rendendo impossibile il substrato e così impedendo anche l'offerta della prestazione di lavoro, generano impossibilità sopravvenuta della prestazione, secondo la cui disciplina vengono, di conseguenza, ripartiti i rischi.

In queste ultime ipotesi, infatti, ciò che viene meno non è solo la cooperazione del creditore ma è lo stesso substrato della prestazione, ovvero il presupposto che deve essere fornito dal datore di lavoro affinché il prestatore possa adempiere. Se, cioè, si verificano eventi straordinari ed imprevedibili, tali

da non poterne tener conto nel cd. rischio di impresa, gli stessi non possono più porsi esclusivamente a carico dell'imprenditore incolpevole.

Per avere una cognizione più precisa delle diverse fattispecie che possono in concreto delinearci all'interno del rapporto di lavoro, è opportuno offrire una panoramica delle pronunce della giurisprudenza di legittimità che, in particolar modo negli ultimi vent'anni, ha avuto occasione di affrontare la problematica, chiarendo che non rientrano tra le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al datore di lavoro alcune specifiche tipologie di eventi concernenti l'impresa.

In linea con quanto appena accennato, la Corte di Cassazione precisa che il prevedibile ritardo nel rilascio di una concessione edilizia, relativa al cantiere in cui il lavoratore era addetto, non può giustificare, in virtù dei principi vigenti in materia di mora del creditore, il rifiuto del datore di ricevere la prestazione. Riconoscendo l'esigenza di svincolare il diritto del lavoratore a percepire la retribuzione dalle vicende del rapporto di lavoro, i giudici di legittimità escludono che "possano costituire causa giustificativa del rifiuto di accettare la prestazione lavorativa tutte quelle situazioni ostative, rientranti nella sfera del rischio imprenditoriale e riguardanti la persona del datore di lavoro (o la gestione e l'organizzazione dell'impresa, come il calo delle commesse, le crisi economiche congiunturali e strutturali, i ritardi burocratici) che non siano tali da integrare l'impossibilità assoluta di ricevere la prestazione."²⁸⁸.

In altra occasione la stessa Corte ribadisce che lo stato di crisi aziendale, con conseguente ricorso ad un intervento di cassa integrazione guadagni straordinaria, non evoca di per sé una fattispecie di impossibilità sopravvenuta della prestazione. Il trattamento straordinario di integrazione salariale, infatti, determina non la cessazione, ma la mera sospensione dei rapporti di lavoro con i dipendenti, che rimangono quiescenti per il periodo in cui viene concesso il beneficio. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione, quale causa di risoluzione del rapporto di lavoro, potrà configurarsi esclusivamente nei casi in cui il rapporto non possa proseguire per fatti che non sono addebitabili ad alcuna delle parti: eventi naturali o provvedimenti dell'autorità non riconducibili ad azioni od omissioni del datore. Ove, di converso, l'attività produttiva subisca una battuta d'arresto prodotta da uno stato di crisi aziendale, lungi dal ravvisarsi i presupposti

²⁸⁸ Cass. 27 settembre 1991, n. 10090, reperita in *Info Utet*.

della risoluzione del rapporto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, potrà al più ricondursi la fattispecie al giustificato motivo oggettivo di licenziamento, sempre che il datore ne dimostri la sussistenza²⁸⁹.

Sostanzialmente nello stesso senso si esprime ancora la Suprema Corte, analizzando però l'eventuale configurabilità, in termini di impossibilità sopravvenuta, della cessazione dell'attività intervenuta in seguito alla concessione del beneficio della cassa integrazione guadagni. La cessazione del trattamento di cassa integrazione, facendo venire meno lo stato di quiescenza del rapporto di lavoro, importa di regola il sorgere dell'obbligo di pagare la retribuzione in capo al datore di lavoro. Quest'ultimo, come già chiarito, potrà addurre, quale causa giustificatrice del rifiuto di ricevere la prestazione, esclusivamente fatti estranei alla sua volontà ed al suo comportamento. Da tale punto di vista non può assimilarsi la cessazione dell'attività ad un evento naturale imprevedibile ovvero ad un provvedimento dell'autorità non imputabile, rimanendo al datore di lavoro, anche in fase di liquidazione dei beni, un ventaglio di scelte tese a rimodellare un nuovo assetto aziendale e riprendere il perseguimento di interessi economici ed utilitaristici. Ne consegue che, come la crisi aziendale, anche la cessazione di attività potrà al massimo giustificare, ove si riscontrino le ragioni attinenti all'organizzazione del lavoro, all'attività produttiva ed al regolare funzionamento di essa, un recesso per giustificato motivo oggettivo²⁹⁰.

Nell'ambito degli eventi che si producono nella sfera aziendale e che non possono definirsi "non imputabili" al datore di lavoro, oltre alla crisi aziendale ed alla cessazione di attività, deve ricondursi anche la cessione dei beni connessa ad una procedura di concordato preventivo. La Corte di Cassazione esclude, infatti, che la procedura di concordato preventivo intervenuta dopo il trattamento di cassa integrazione possa ostacolare definitivamente la ripresa del rapporto di lavoro, producendone l'estinzione: essendo il concordato preventivo procedura richiesta dal debitore ex art. 160 e 161 della legge fallimentare, ne deriva che la impossibilità di ricevere la prestazione lavorativa nel caso di *cessio bonorum*, come in ogni altro caso di cessione dei beni aziendali, non può integrare una ipotesi di sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa non imputabile al datore di lavoro²⁹¹. Può, pertanto, concludersi, sulla scorta delle precedenti

²⁸⁹ Cass. 16 giugno 1992, n. 7345, reperita in *Info Utet*.

²⁹⁰ Cass. 7 ottobre 1991, n. 10456, reperita in *Info Utet*.

²⁹¹ Cass. 18 gennaio 2001, n. 673, reperita in *Info Utet*.

considerazioni dei giudici di legittimità, che le ragioni che attengono all'iniziativa imprenditoriale non sono causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione, ma possono configurare solo causa di recesso per giustificato motivo oggettivo.

Altra problematica affrontata dai giudici di legittimità, ai limiti della qualificazione in termini di impossibilità sopravvenuta della prestazione ovvero di mora del creditore, è la mancata predisposizione delle ottimali condizioni di lavoro, che rende impossibile lo svolgimento dell'attività lavorativa. Si trattava, nella specie, della sospensione dell'attività posta in essere da alcuni dipendenti di una fabbrica in cui risultava mal funzionante l'impianto di riscaldamento. A causa del guasto, infatti, la temperatura dello stabilimento non era tale da consentire l'esecuzione della prestazione dovuta ed andava, pertanto, accertata la sussistenza o meno del diritto dei lavoratori a percepire la retribuzione, anche per il periodo in cui l'opera non era stata prestata. La Corte di Cassazione rileva che la prestazione lavorativa si inserisce necessariamente in una organizzazione di mezzi e di persone, che spetta all'imprenditore predisporre e che costituisce il sostrato indispensabile per l'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore. Assicurare al debitore la possibilità di svolgere la propria opera in un determinato contesto, dotato delle condizioni di lavoro ottimali, rappresenta l'espressione della necessaria cooperazione all'adempimento da parte del creditore. Nello specifico, tra i mezzi che l'imprenditore deve predisporre e garantire durante l'intera esecuzione del rapporto di lavoro si annoverano, accanto a quelli indispensabili al processo produttivo in senso stretto (come lo stabilimento ed i macchinari) anche tutti quelli che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessari a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro. Risulta pertanto di notevole rilievo il fatto che il datore di lavoro non avesse approntato, nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, i mezzi necessari a garantire, nell'ambito dello stabilimento o nei confronti dei singoli lavoratori, una temperatura idonea ad evitare pericoli per la salute. I giudici di legittimità, sulla scorta delle cennate considerazioni, concludono che "vi è una mancata cooperazione da parte del datore di lavoro all'adempimento dell'obbligazione del prestatore d'opera, che esimerebbe il primo dall'obbligo di corrispondere la retribuzione per le prestazioni ineseguite solo se la mancata cooperazione dipendesse da forza maggiore"²⁹². Nel caso di specie, invece,

²⁹² Cass. 13 settembre 1991 n. 9569, reperita in *Info Utet*.

l'evento che rende impossibile la prestazione di lavoro (il guasto al sistema di riscaldamento) è sotto il controllo dell'imprenditore, in quanto strettamente connesso all'organizzazione dell'impresa ed alla sua gestione. Non sussistono pertanto residui dubbi nel qualificare la fattispecie non come impossibilità sopravvenuta della prestazione, ma come mora del creditore, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di risarcimento danni cui è tenuto l'imprenditore²⁹³.

I principi che governano l'impossibilità sopravvenuta, da una parte, e la mora del creditore, dall'altra, vengono in rilievo anche per quanto concerne la questione, frequentemente indagata dalla dottrina, del rifiuto di occupazione dei lavoratori che non aderiscono ad uno sciopero parziale. Detta forma di sciopero, paralizzando una parte dell'impresa, consente con difficoltà solo lo svolgimento della prestazione di una parte dei dipendenti: ci si chiede, pertanto, se gli stessi abbiano diritto alla retribuzione. Secondo l'interpretazione prevalente in dottrina²⁹⁴, la soluzione al problema non può essere univoca, ma deve verificarsi in concreto se l'imprenditore incontra solo qualche difficoltà, superabile con provvedimenti eccezionali, nel ricevere la prestazione dei soggetti non scioperanti, ovvero se l'agitazione di uno stabilimento provochi la paralisi anche del settore in cui operano i non scioperanti, senza che il datore di lavoro possa fare alcunché per rimuovere l'ostacolo.

Nel primo caso si ritiene che lo sciopero parziale non esoneri l'imprenditore dall'onere della cooperazione, che si traduce nel compiere ogni attività possibile per consentire l'adempimento dell'obbligazione lavorativa. Come si è avuto modo di chiarire, però, l'onere di cooperare del creditore trova un limite insuperabile nel verificarsi di un impedimento sopravvenuto e non imputabile alle parti, che impedisca del tutto al datore di predisporre gli strumenti ed il contesto per l'esecuzione dell'attività lavorativa. In altri termini la mora del creditore non è più ravvisabile allorché l'impedimento sopravvenuto è di tale entità da provocare

²⁹³ A diverse conclusioni sono giunti, invece, i giudici di legittimità nell'ipotesi di impossibilità di ricevere la prestazione di lavoro causata da provvedimento dell'autorità giudiziaria che sollevava il datore di lavoro dalla custodia degli impianti aziendali sottoposti a sequestro giudiziario. Nella specie, infatti, si era verificata una situazione indipendente dalla volontà del creditore (cd. *factum principis*) che aveva generato la materiale impossibilità di esecuzione della prestazione: "tutte le volte che l'imprenditore è privato della opportunità di utilizzare la prestazione della controparte a seguito della perdita della disponibilità della struttura aziendale, si realizza una situazione che, al pari della cessazione dell'azienda, fa venir meno lo stesso substrato della prestazione lavorativa ed estingue i rapporti di lavoro per impossibilità sopravvenuta ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c.", così Cass. 26 luglio 2002, n. 11121, reperita in *Info Utet*.

²⁹⁴ V. G. CATTANEO, *Della mora del creditore*, cit., p. 91.

la stessa impossibilità del substrato e, di riflesso, l'impossibilità della prestazione di lavoro²⁹⁵.

Pertanto, ove lo sciopero di una parte del personale occupato provochi il blocco totale anche degli altri settori, risultando obiettivamente impedita la continuazione del lavoro nell'impresa, ove cioè la paralisi dell'attività non possa essere in alcun modo superata con un provvedimento del datore di lavoro, non si ritiene che su quest'ultimo debbano ricadere le conseguenze dannose. Sul creditore della prestazione, infatti, non può gravare il rischio di un evento che non solo non è a lui imputabile, ma risulta, altresì, del tutto al di fuori della sua sfera di controllo. Conseguenza del descritto ragionamento è che, in caso di sciopero parziale che renda impossibile il funzionamento dell'impresa, si applicheranno le regole dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione: il rapporto rimane sospeso ed il datore di lavoro è esonerato dall'obbligo retributivo, fino ad arrivare al recesso datoriale, nell'ipotesi in cui il creditore non abbia più un apprezzabile interesse alla prestazione lavorativa residua.

Come rilevato da attenta dottrina²⁹⁶, il datore di lavoro potrà sfuggire alle conseguenze della mora non solo nel caso in cui lo sciopero parziale integri una sopravvenuta impossibilità della prestazione, impedendo del tutto l'attività d'impresa, ma anche ogni qual volta riesca ad utilizzare in suo favore l'inciso contenuto nell'art. 1206 c.c.. In altre parole, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 1464 c.c., il datore non potrà essere costituito in mora ogni qual volta il suo rifiuto di ricevere la prestazione sia supportato da "motivo legittimo". Quest'ultimo potrebbe essere ravvisato non soltanto nell'esigenza di garantire il rispetto di specifiche norme di legge, ma anche laddove il rifiuto, come chiarito in precedenza, appaia plausibile alla stregua della regola dell'agire corretto, contenuta nell'art. 1175 c.c.. Pertanto, là dove non sovvenga un più puntuale riferimento giuridico, a stregua di buona fede, il datore di lavoro potrà tutelarsi anche dimostrando che l'occupazione dei lavoratori non scioperanti avrebbe potuto provocare il pericolo di gravi ritorsioni degli scioperanti contro i crumiri.

Accanto alla specifica questione concernente lo sciopero parziale, suscita interesse la problematica dell'incidenza dell'impossibilità di cooperare del

²⁹⁵“L'impossibilità del soggetto attivo di *accipere* la prestazione di lavoro coincide, allora, con l'impossibilità (temporanea) della prestazione stessa, sopravvenuta senza che il debitore ne debba rispondere”, così G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 193-194.

²⁹⁶ G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 196.

creditore dovuta a sciopero che blocca la produzione, sul singolo rapporto di lavoro sospeso per malattia. Sulla questione una prima pronuncia della giurisprudenza di legittimità²⁹⁷ aveva provveduto a cassare l'impugnata sentenza del giudice di merito²⁹⁸, il quale affermava la retribuitività ex art. 2110 c.c. del rapporto sospeso per malattia anche in caso di prestazione lavorativa impedita per la generalità dei dipendenti da uno sciopero generale che aveva precluso l'attività produttiva.

Nello specifico il Tribunale escludeva l'applicabilità alla fattispecie dell' art. 1206 c.c., sulla base dell' assunto per cui il datore di lavoro, in conseguenza della quiescenza del rapporto sospeso per malattia del lavoratore, non è più tenuto ad approntare una condotta idonea a ricevere la prestazione lavorativa ed è obbligato a pagare la retribuzione per il solo fatto della sussistenza della malattia. L'art. 2110 c.c., infatti, è disposizione di carattere eccezionale che protegge il lavoratore ammalato garantendogli la retribuzione come se fosse in servizio ma, ciononostante, non elimina la diversità delle sue condizioni rispetto ai lavoratori effettivamente impiegati. Ne consegue che, secondo il predetto giudice, non possono incidere negativamente nella sua sfera giuridica le vicende attinenti alla dinamica dei rapporti di lavoro dei dipendenti in servizio, ivi comprese le situazioni di inadempimento della prestazione lavorativa per cause di forza maggiore.

Nel confutare le conclusioni cui era giunto il giudice di merito, la Suprema Corte²⁹⁹ richiama una consolidata giurisprudenza³⁰⁰, a mente della quale nell'ipotesi in cui la prestazione di lavoro, da parte della generalità dei dipendenti dell'impresa, sia mancata per causa non imputabile al datore di lavoro, il diritto alla retribuzione viene meno, ai sensi dell'art. 1463 c.c., anche per quei lavoratori il cui rapporto sia già sospeso per malattia ai sensi dell'art. 2110 c.c.. Questa norma, infatti, produce la traslazione del rischio a carico del datore di lavoro, ottenendo la parità di trattamento tra lavoratore sano e lavoratore malato, ma, in quanto disposizione di carattere eccezionale, non consente di sostenere l'estensione della responsabilità del creditore anche alle ipotesi di forza maggiore

²⁹⁷ Cass. 7 febbraio 1991, n. 1256 reperita in *Info Utet*.

²⁹⁸ Sentenza del Tribunale di Taranto del 27 agosto 1988, n. 807.

²⁹⁹ Cass. 7 febbraio 1991, n. 1256, cit.

³⁰⁰ Cass. n. 3529 del 13 giugno 1984, Cass. 3158 del 9 maggio 1983, Cass. n. 2522 del 23 aprile 1982.

che paralizzano l'attività d'impresa ed incidono sui rapporti di lavoro con la generalità dei dipendenti, ivi compresi quelli già sospesi per malattia.

Diversamente opinando, infatti, si giungerebbe ad offrire ai lavoratori ammalati un trattamento ingiustamente privilegiato rispetto ai lavoratori effettivamente in servizio. Proprio per effetto dell'equiparazione imposta dall'art. 2110 c.c. tra lavoratore sano e lavoratore malato, ai fini della tutela della retribuzione di quest'ultimo, non appare coerente una differenziazione di trattamento laddove la prestazione risulti impossibile per causa non imputabile alle parti. Il citato art. 2110 c.c., secondo la pronuncia *de quo*, provvede a disciplinare l'ipotesi di una soggettiva impossibilità, per il lavoratore ammalato, di svolgere la propria opera, ma per ciò stesso presuppone la possibilità in senso oggettivo della prestazione. In altri termini, affinché operi la tutela del lavoratore assente per malattia devono sussistere tutti i presupposti che consentirebbero al datore, in condizioni normali, di ricevere la prestazione. In conclusione se l'attività lavorativa dell'intera impresa risulta oggettivamente paralizzata dallo sciopero generale, viene meno il diritto alla retribuzione, non solo per i lavoratori che partecipano all'agitazione, bensì anche per il lavoratore in malattia.

In deciso contrasto con le argomentazioni del cennato orientamento della giurisprudenza di legittimità si pone, qualche anno dopo, la stessa Corte³⁰¹, scardinando la convinzione che la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta possa incidere negativamente sul rapporto già regolato dall'art. 2110 c.c. ed enuncia il seguente principio di diritto: “nell'ipotesi in cui il datore di lavoro si trovi nell'impossibilità di ricevere la prestazione per causa a lui non imputabile, il diritto alla retribuzione non vien meno per quei lavoratori il cui rapporto di lavoro sia sospeso per malattia, ai sensi dell'art. 2110 del codice civile”.

La citata norma, secondo il giudice di legittimità, introduce una vistosa deroga al principio di cui all'art. 1463 c.c., in forza del quale *casus sentit debitor*, garantendo che il lavoratore che si trova nell'impossibilità di eseguire la prestazione a causa di malattia ha ugualmente il diritto di pretendere dal datore la controprestazione. Il legislatore ha voluto, per ragioni di carattere sociale, gravare il datore di lavoro dell'obbligazione retributiva dovuta, nonostante il lavoratore non sia più in grado di rendere la propria opera a causa di infermità e ciò spinge a ritenere che l'eccezionale previsione regolamenti specificamente il singolo

³⁰¹ Cass. 9 aprile 1998, n. 3691, reperita in *Info Utet*.

rapporto di lavoro, rendendolo estraneo a qualsivoglia avvenimento che incide sull'attività lavorativa degli altri dipendenti. Se, infatti, il datore è tenuto alla corresponsione della retribuzione sulla base della regola posta dall'art. 2110 c.c., speciale disciplina dettata per la particolare causa di impossibilità sopravvenuta rappresentata dallo stato di malattia, non possono incidere sul rapporto già sospeso le ragioni che rendano impossibile la prestazione di altri dipendenti in servizio. La circostanza che l'impossibilità provenga dallo stato di malattia del lavoratore esclude a monte che il datore possa invocare, ai fini della liberazione dall'obbligazione retributiva verso quel lavoratore, la non imputabilità dell'evento che blocca l'intera attività produttiva.

La Corte contesta *in primis* la convinzione, manifestata dal precedente orientamento giurisprudenziale, che l'art. 2110 mirerebbe a realizzare la parità di trattamento tra il prestatore sano e quello infermo, parità che sarebbe violata da una sua diversa interpretazione, la quale finirebbe per riservare al lavoratore ammalato un trattamento addirittura privilegiato rispetto al dipendente in servizio. A queste affermazioni si risponde che nella fattispecie in esame la parità di trattamento costituirebbe, di converso, uno strumento volto a sopprimere un regime differenziale espressamente posto dal legislatore a tutela dei lavoratori che si trovino in condizioni tali da richiedere un trattamento privilegiato rispetto ai dipendenti della medesima impresa. Né può sostenersi che sussista disparità di trattamento tra il lavoratore ammalato che riceva la retribuzione ed uno sano che, pur non avendo aderito allo sciopero, non sia stato retribuito per l'intervenuto blocco della produzione; nel primo caso, infatti, il lavoratore è sin dal principio impossibilitato ad adempiere a causa della malattia, mentre nel secondo caso "il lavoratore, pronto ad adempiere e posto dinanzi ad una alternativa, esprime un'opzione che è pur sempre interna alla dinamica delle relazioni di lavoro e che, mentre non partecipa del bilanciamento di interessi che caratterizza la condizione del dipendente ammalato, si inserisce in una dimensione nella quale entrano in tensione, con le conseguenze affrontate dalla giurisprudenza, altri valori di ordine costituzionale (diritto di sciopero, libertà dell'iniziativa economica privata, diritto alla retribuzione)"³⁰².

Il ragionamento operato dalla Suprema Corte per determinare la prevalenza dell'art. 2110 c.c. sulla disciplina della sopravvenuta impossibilità della

³⁰² Cass. 9 aprile 1998, n. 3691, cit.

prestazione si fonda anche sul tenore letterale dell' art. 1256c.c.: l'impossibilità temporanea sospende il rapporto fino all'estinzione dello stesso allorquando la stessa perdura fino a che, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla. Ciò porta a ritenere rilevanti, ai fini del pregiudizio dei rapporti sospesi per impossibilità, i soli eventi preordinati a dar luogo all'estinzione del rapporto obbligatorio, con esclusione, dunque, del blocco della produzione dovuto allo sciopero generale. Tale ultima fattispecie, e più in generale tutte le ipotesi di impedimenti che non possiedono tale attitudine, non essendo preordinati né a riattivare né ad estinguere in via definitiva il rapporto sospeso, non potranno di certo incidere sullo stesso.

L'intera ricostruzione operata dalla Corte di Cassazione si fonda sulla necessità della traslazione del rischio sull'imprenditore per la realizzazione di prioritarie finalità di carattere sociale, come del resto è confermato dallo stesso art. 2110 che attribuisce carattere residuale all'obbligazione del datore di lavoro, la quale viene in rilievo solo ove non sussistano equivalenti trattamenti previdenziali o assistenziali. I giudici di legittimità si attengono, pertanto, alle specifiche indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, secondo cui "l'interesse alla salvaguardia della salute del lavoratore fa parte del sinallagma contrattuale; e conseguentemente, la corresponsione della retribuzione durante le assenze per malattia non è fatto eccezionale, ma strumento per far assolvere ad essa la sua normale funzione"³⁰³. La permanenza dell'obbligo retributivo in capo al datore nelle ipotesi di sospensione del rapporto a causa di malattia realizza, pertanto, la soddisfazione di interessi costituzionalmente rilevanti che non possono in alcun modo venire pregiudicati a causa del verificarsi *medio tempore* di una sopravvenuta impossibilità che rende irricevibile l'attività lavorativa da parte del datore di lavoro³⁰⁴.

³⁰³ C. Cost. 18 dicembre 1987, n. 559.

³⁰⁴ "Non si comprende, invero, perché l'impossibilità della cooperazione creditoria (per sciopero, occupazione, ecc.) che non investe affatto l'ambito nel quale il rapporto quiescente ha trovato un suo peculiare equilibrio in ragione degli interessi costituzionali che vi sono coinvolti, possa condurre ad una sua alterazione e, quindi, ad un ribaltamento delle tutele": Cass. 9 aprile 1998, n. 3691, cit.

Bibliografia

AGOSTINI M., *Ancora su impossibilità temporanea della prestazione e licenziamento*, nota a Cass. 21 luglio 2000, n. 9620, RIDL, 2001, II, 367

ALLARA M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952

ARMENTANO A., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione tra vecchio e nuovo mercato del lavoro*, MGL, 2005, n.5, 347

BALANDI G., *Il procedimento penale a carico del lavoratore*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1980, II, 923

BALLESTRERO L., *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Milano, 1985

BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1915

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953-55

BIANCA M.C., *Diritto Civile*, Milano, 1994, vol. IV e V

BRUN S., *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in QDLRI, 2002, n. 26

BUCCISANO O., *In tema di ferie del lavoratore*, Riv. giur. lav., 1964, II

CABELLA PISU L., *Dell'impossibilità sopravvenuta, art. 1463-1466*, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, 2002

CABELLA PISU L., *Impossibilità della prestazione, adempimento dell'obbligazione, risoluzione del contratto. Spunti sistematici, Scintillae iuris* (Studi in memoria di Gino Gorla), VIII, Milano, 1994

CAGNASSO O., *Impossibilità sopravvenuta della prestazione. 1) Diritto civile*, Enc. giur., XVI, Roma, 1989

CAMPANELLA P., *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore*, RIDL, 1997, II, 619

CASTELVETRI P., SCARPELLI L., *La "Reintegrazione nel posto di lavoro perduto per ingiusta detenzione"*, RIDL, 1996, III, p. 27

CATTANEO G., *Della mora del creditore*, Art. 1206-1217, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1973

CATTANEO G., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, 1964

CINELLI M., *Retribuzione dei dipendenti privati*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, app. IV, 1986

CORRADO R., *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956

CORRADO R., *Trattato di diritto del lavoro*, Milano, 1966, III

COTTINO G., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, *Problemi generali*, Milano, 1955

COVIELLO N., *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895

DALMARTELLO A., in *Noviss. Dig. it.*, voce *Risoluzione del contratto*, 128 ss.

DE LUCA TAMAJO R., FERRARO G., *Vicende, estinzione del rapporto di lavoro e garanzie dei crediti di lavoro*, Novara, 1987

DE LUCA TAMAJO R., *Il tempo nel rapporto di lavoro*, DLRI, 1986

DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976

DEL PUNTA R., *La sospensione del rapporto di lavoro*, artt. 2110-2111, *Il Codice Civile, Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER

DELL'OLIO M., *La retribuzione*, *Tratt. Dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, XV

- DI PRISCO N., *Impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Trattato di diritto privato*, IX, Torino, 1999
- FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, 1947
- GENTILI A., *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990
- GHERA G., *Diritto del lavoro*, Bari, 2002
- GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965
- GIORGIANNI M., in *Enc. del dir.*, voce *Inadempimento (dir. priv.)*, 1970
- GRECO P., *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939
- GUIDOTTI F., *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965
- ICHINO P., *Ancora sul licenziamento per eccessiva morbilità*, *RGL*, 1976, I, p. 259
- ICHINO P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984
- ICHINO P., *Malattia, assenteismo e giustificato motivo di licenziamento*, *RGL*, 1976, I, 279
- LAVAGNINI R., *La sospensione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1961
- LISO F., *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972
- LOY G., *La capacità fisica nel rapporto di lavoro*, Milano, 1993
- LUDOVICO G., *L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa*, *DRI*, n. 1-2001, 124
- MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale del rapporto di lavoro, I, Il recesso ordinario*, Milano, 1962
- MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957

MANICASTRI M., *Impossibilità sopravvenuta della prestazione e obbligo di repaceage*, *DPL*, 2006, n. 26, p. 1442

MANNA A., *Ingiusta detenzione del lavoratore e reintegra: una svolta?*, *RCDL*, 1996, p. 574

MANNACIO G., *Malattia ed inidoneità permanente alle mansioni*, *DPL*, 1992

MAZZIOTTI F., *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982

MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro*, Milano, 2002

MENGONI L., *Ancora sull'impossibilità temporanea della prestazione di lavoro*, in *Temi*, 1951

MENGONI L., *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, *Riv. soc.*, 1965

MENGONI L., voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, 1988

MENGONI L., *Note sull'impossibilità della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, IV, Bologna, 1953

MENGONI L., *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, *Riv. Trim. Dir. Civ.*, 1950, p. 271

MEUCCI M., *Il diritto alla flessibilità delle mansioni accordato dall'art. 2103 all'impresa e negato ai lavoratori colpiti da sopravvenuta inidoneità psicofisica*, *RCDL*, 1996

MINZIONI , *Sull'impossibilità temporanea della prestazione di lavoro*, *Riv. dir. civ.*, 1981, II

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, 1980

MOSCO L., voce *Impossibilità sopravvenuta*, in *Enc. del diritto*, XX, 1970

NAPOLI M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980

- NATOLI M., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. Cicu Messineo*
- NOGLER L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, *DLRI*, 2007, n. 4, 593
- NUNIN R., *Superamento del periodo di comporto e riflessi sul rapporto di lavoro negli orientamenti recenti della giurisprudenza*, *ADL*, n.3/06.
- OSTI G., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, *Riv. Trim. Dir e Proc. Civ.*, 1954, 606, n. 30.
- OSTI G., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, *Riv. dir. civ.*, 1918, 209 ss
- OSTI G., voce *Impossibilità sopravveniente*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962
- PAPALEONI M., *Licenziamento per assenteismo un problema ancora attuale*, *DL*, 1980, I, p. 310
- PERA G., *L'assenteismo in Corte di Cassazione*, *Riv. it. prev. Soc.*, 1977, p. 3.
- PERA G., *Malattia e Licenziamento*, *RIDL*, 1999, I, 153 ss.
- PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Art. 1230–1259*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna, 1975, 447.
- PISANI C., *La reintegrazione nel posto di lavoro per ingiusta detenzione*, *MGL*, 1998, p. 177
- RIVA SANSEVERINO L., *Diritto del lavoro*, Padova, 1978,
- RIVA SANSEVERINO L., *Elementi di diritto sindacale e del lavoro*, Padova, 1971
- RODOTÀ S., in *Enc. del dir.*, voce *Diligenza (dir. civ.)*, 540
- RUSCIANO M., *Sospensione del rapporto di lavoro (cause di)*, *Enc. Giur. Treccani*

- SACCO R., in SACCO e DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, 1993, 653
- SANDULLI P., *Servizio militare (trattamento dei lavoratori)*, *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1969
- SANDULLI P., voce *Ferie dei lavoratori*, *Enc. Dir.*, XVII, 1968
- SANTONI F., *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979
- SANTORO PASSARELLI F., *Lineamenti attuali del diritto del lavoro in Italia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, II
- SANTORO-PASSARELLI F., *Diritto di sciopero e libertà di serrata*, *Riv. dir. lav.*, 1960, I, p. 7 ss.
- SANTORO-PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1946
- SANTUCCI R., *La sospensione del rapporto di lavoro: spunti ricostruttivi*, *Lav. dir.*, 1989, I, 57.
- SCALFI G., voce *Risoluzione del contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, 1991
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, Milano, 1961, 275 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Napoli, 1990
- SCOGNAMIGLIO R., *Sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore e mutamento delle mansioni*, in *MGL*, 1998, pp. 438 ss
- SMURAGLIA C., *Una parola definitiva in materia di festività*, *Riv. giur. lav.*, 1958, II
- TORRENTE A., *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, p. 110
- TORRENTE A., *Ancora sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, p. 211
- TREU T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968
- VACCARO M.J., *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, 1983

VENEZIAN G., *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919

VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore, art. 1218-1221*, in *Commentario del codice civile* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1987

VISINTINI G., *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979

ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991