

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 24/06/2013**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35183-i-contenuti-del-rapporto-di-lavoro-e-la-mora-accipiendi>**

**Autore: Viceconte Massimo**

**I contenuti del rapporto di lavoro e la mora accipiendi**

**Massimo Viceconte**

[m.viceconte1@virgilio.it](mailto:m.viceconte1@virgilio.it)

## **I contenuti del rapporto di lavoro e la mora accipiendi.**

### **Sommario**

1- Lo schema del contratto in genere :i suoi contenuti ,le obbligazioni dedotte in contratto-1.1. La costruzione del Mengoni-2. Sulla mora in generale-2.1.In particolare la mora accipiendi nell'ordinamento vigente-2.2. La visione di Ghezzi-3.Se sussista un obbligo giuridico di accettazione, da parte del creditore, della prestazione esatta-3.1.11 favor del creditore nel nostro ordinamento,3.2-Giustificazione della presente analisi-4.Lo schema del contratto di lavoro-4.1. Se sussista nel rapporto di lavoro subordinato un diritto del lavoratore al compimento della prestazione-5. La mora accipiendi nel rapporto di lavoro-5.1. Se sussisteva l' obbligo di cooperazione da parte del creditore nel cod. 1865-5.2.Se la mora accipiendi possa applicarsi al rapporto di lavoro-5.3.Differenti fondamenti ,nel rapporto di lavoro, dell'obbligo di accettazione della prestazione e conseguente esercizio della messa in mora-6. L'esecuzione in forma specifica a danno del creditore in mora

### **1- Lo schema del contratto in genere :i suoi contenuti ,le obbligazioni dedotte in contratto**

Lo schema del contratto prevede le obbligazioni principali e le obbligazioni accessorie o strumentali.

Ogni contratto presenta una molteplicità di obbligazioni/prestazioni a carico di entrambe le parti. Tra di esse possiamo individuare ,come detto , da una parte una obbligazione/prestazione principale (dare,fare,non fare) e dall'altro lato l'obbligazione/controprestazione del pagamento della cosa,del diritto e del servizio Tali prestazioni principali determinano la natura di quel contratto che ne costituisce la sua "tipicità". Si devono anche individuare delle obbligazioni accessorie o strumentali che rendono possibili le prestazioni principali, a cui non corrispondono altrettanti diritti, ma diventano rilevanti in quanto ,se non ottemperate, impediscono l' adempimento della prestazione principale del debitore.

Già dal Mengoni nel suo celebre saggio ( studio critico), "Obbligazioni< di risultato> e obbligazioni di<mezzi>", (1) venivano individuati nel contratto i c. d. < obblighi secondari, non autonomi> , meglio indicati come « obblighi integrativi strumentali» , i quali non avrebbero uno scopo a sè stante (e quindi non possono farsi valere in giudizio con una azione autonoma), ma tendono ad assicurare l'esatto adempimento della prestazione principale, rappresentano altrettante specificazioni del contenuto di questa.Ed esemplificava :<< vengono qui in considerazione, da una parte, gli obblighi che potremmo chiamare «preparatori dell'adempimento », per es. l'obbligo di custodia <incluso> nell'obbligazione di consegnare una cosa determinata (art. 1177) , l'obbligo di fornitura della materia di cui all'art. 1658, ecc., dall'altra i c.d. <obblighi secondari di omissione> che altro non sono se non il rovescio dell'obbligo positivo di prestazione, in quanto vietano ogni contegno contrario all'ordinato svolgimento dell'attività di prestazione, per es. l'obbligo di cui all'art.1358 , oppure quello sanzionato dall'art. 1662, comma 2^.>>.

#### **1.1-La costruzione del Mengoni**

Interessante la costruzione del Mengoni rimasta fondamentale

Affermata la relatività dei concetti di obbligazione di mezzi e di obbligazioni di risultato ( pag 188) enuncia che in generale non esistono obbligazioni che non abbiano per oggetto la produzione di un risultato .

Rettificato così l'angolo di visuale dogmatica, riconosciuto che l'unità del concetto di obbligazione non può certo essere messa in causa dalla distinzione [tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato], questa riappare sostanzialmente intatta. Essa non vuole significare l'assenza, in certe obbligazioni, di un risultato dovuto, il che sarebbe assurdo, ma piuttosto separare i rapporti obbligatori in due categorie, caratterizzate da una maggiore o minore corrispondenza del termine

finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse da cui l'obbligazione trae origine.

L'interesse-presupposto dell'obbligazione è sempre orientato al mutamento o alla conservazione di una situazione di fatto iniziale. Ma non sempre l'oggetto della qualificazione giuridica, ossia il contenuto del rapporto obbligatorio, coincide con la realizzazione di questo interesse che potremmo chiamare primario. Talvolta la tutela giuridica, che è la misura del < dover avere > del creditore, è circoscritta a un interesse strumentale, a un interesse di secondo grado che ha come scopo immediato un'attività del debitore capace di promuovere l'attuazione dell'interesse primario. In tali ipotesi il fine tutelato ,cioè appunto il risultato dovuto,non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del creditore.

In qualunque obbligazione il bene dovuto è qualche cosa oltre l'atto del debitore. Senonchè, nelle obbligazioni c. d. di mezzi (o di diligenza), l'oggetto del diritto di credito non è senz'altro una certa modificazione o la conservazione della situazione-presupposto del rapporto, e quindi l'effettivo soddisfacimento dell'interesse primario del creditore, ma soltanto la produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfazione .

## **2- Sulla mora in generale**

Dobbiamo distinguere una mora debendi (stato di inadempimento del debitore) e una mora credendi (davanti all'inerzia del creditore essa costituisce un modo liberatorio dall'obbligazione del debitore art. 1210 c.c.) (2).

Come noto mora vuol significare ritardo nel compimento di un'attività giuridica.

Può darsi quindi una mora del debitore ma anche una mora del creditore ,alias mora accipiendi.

Essa trova il suo regolamento nelle norme del codice civile da articolo 1206 ad articolo 1217 C.C..

Possiamo ricordare che le obbligazioni si suddividono in due grandi categorie : obbligazioni di dare e obbligazioni di fare o di non fare. Per queste ultime non può darsi mora. Se l'obbligo è di non fare e tu fai si verifica tout court l'inadempimento.

Alla mancata prestazione spontanea corrisponde , dopo l'intimazione ( ex.art. 1219 C.C.), la mora debendi ( che è uno stato di inadempimento del debitore della prestazione) .In presenza del rifiuto a ricevere e della mancata cooperazione da parte del creditore all'adempimento della prestazione del debitore corrisponde,dopo l'offerta reale (ex.art.1208) o l'intimazione (ex.artt.1209 e 1217) ,la mora accipiendi.

In definitiva perché si abbia mora necessita normalmente [ salva la presenza di un termine] una intimazione ( c.d. interpellatio). Per quanto riguarda la messa in mora essa può configurarsi come un diritto potestativo considerato lo stato di soggezione di fronte ad essa del debitore e,vedremo, anche del creditore (datore di lavoro)

### **2.1-In particolare la mora accipiendi nell'ordinamento vigente**

La normativa vigente prevede che si abbia la mora del creditore quando:

1) senza motivo legittimo il creditore <non riceve> il pagamento offertogli nei modi indicati dalla stessa legge (artt. 1208,1214,1217 C.C.):

2) < non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione> ( obbligo c.d. di cooperazione , alias c.d. obblighi accessori o strumentali).

Secondo il testo normativo possiamo quindi individuare nell'istituto della mora due fattispecie :1) il mancato ricevimento senza motivo legittimo del pagamento offerto nei modi indicati dalla legge ( art.1207 ss.) ovvero 2) la mancata cooperazione ,che si ha quando il creditore non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione

Dal che discende che nel rapporto obbligatorio, secondo l'ordinamento del Codice Civile del 1942, sussiste un vero e proprio obbligo di cooperazione  
[E forse di accettazione (?) Vedi infra.]

Nel primo caso si distingue implicitamente 1) un rifiuto a ricever il pagamento con motivo legittimo (prestazione non esatta - cui corrisponde la *exceptio inadimpleti contractus* -), 2) un rifiuto a ricevere il pagamento senza motivo legittimo: mero comportamento di fatto. Nel secondo caso si avrà, pur in assenza di un rifiuto esplicito, la mancanza della "cooperazione" dovuta dal creditore affinché il debitore possa adempiere e liberarsi dalla sua obbligazione (inadempimento degli obblighi accessori o strumentali).

In definitiva ci troviamo di fronte alla mora accipiendi quando non vengono osservati gli obblighi accessori o strumentali a carico del creditore indispensabili per portare a compimento l'esecuzione della prestazione principale del debitore.

## **2.2-La visione di Ghezzi**

A diverse conclusioni sulla base di una costruzione giuridica interessante è arrivato Giorgio Ghezzi, nel noto saggio *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè 1965. L'Autore, rifacendosi a una dottrina tedesca (del Titze), enuclea un elemento del rapporto di lavoro che denomina, pag.54: <il necessario substrato dell'agire del soggetto obbligato. Il substrato della sua prestazione>. Spiega cosa deve intendersi, secondo lo studioso, con tale termine, pag.53 e seg.: <Nell'adempimento delle obbligazioni aventi a contenuto un *facere* occorre tenere presente una distinzione di principio tra il soggetto che, fornito delle necessarie proprietà, deve farsi attivo, e quella porzione del mondo esterno, cui l'attività stessa deve riferirsi. Questo presupposto obiettivo, in relazione al quale diviene attivo il soggetto dell'obbligo, come può identificarsi in qualsiasi elemento di natura, inerte o inanimato che sia (ad es. la stessa persona del creditore), così può anche ravvisarsi, in certo modo razionalizzandone la nozione, nello stesso spazio o ambiente entro il quale è destinata ad attualizzarsi la promessa attività>. E successivamente: <quando l'obbligazione di *facere* consiste nella prestazione di lavoro subordinato, è però per noi evidente che il fornire quel substrato oggettivo non rientra in linea di principio, nell'oggetto dedotto in obbligazione e non incombe perciò al debitore. Inoltre, occorre qui sottolineare che, se l'adempimento consiste, in definitiva, nella riuscita combinazione dei due fattori (prestazione e suo substrato), è ancora al creditore che spetta, nell'attuazione dell'obbligazione di lavoro, far sì che prestazione e substrato del rapporto entrino in rapporto; è nell'ambito dell'attività economica organizzata da lui predisposta, se si tratta d'impresa, ed è comunque nella sfera della sua individuale organizzazione, che la prestazione di lavoro deve svolgersi; è dunque a lui che incombe l'onere di edificare, tra il presupposto soggettivo che si esprime nella forza lavorativa e il substrato della prestazione riguardo al quale quella forza è destinata ad attuarsi, la necessaria relazione di fatto, di carattere spaziale ed ambientale. Nel fornire il substrato, o nel sopprimere il substrato già esistente, e nel ricollegarlo alla prestazione del debitore consiste in altre parole, l'essenza della cooperazione richiesta al creditore di opera>.

Dopo ampia disamina delle varie teorie succedutesi in Germania ed in Italia, con particolare riguardo ai rapporti tra impossibilità sopravvenuta della prestazione e mora accipiendi, l'Autore conclude per la natura di onere non di obbligo (<Il creditore non è obbligato in linea di principio ma soltanto onerato al concorso>) di quell'attività, svolta dal creditore, di messa in relazione tra la prestazione del debitore e il substrato sopra descritto. Tra tutte le teorie esaminate ci piace, anche se respinta dal Ghezzi, una teoria (FALZEA) vicina al nostro punto di vista. L'Autore la chiama "dottrina neosoggettivista", pag.66 segg., che omettiamo di esporre limitandoci a qualche passaggio fondamentale, pag.66 e 67 <<Il presupposto teoretico dal quale tale dottrina prende le mosse è, senza dubbio, il tentativo modernamente compiuto di concepire l'obbligazione come rapporto giuridico complesso: di abbandonare, cioè, l'antica sua riduzione all'apparente unità del solo rapporto primario di debito/credito, per individuare accanto ad esso, nello spazio del rapporto

obbligatorio, altre posizioni giuridiche attive e passive, distinte dal dovere fondamentale di prestazione che grava sul debitore. Tra di esse, la dottrina in parola ravvisa un interesse peculiare del debitore a venir liberato dalla posizione giuridica passiva di vincolo in cui versa a causa dell'obbligazione stessa: quel medesimo interesse che altri già aveva individuato parlando della necessità, per il soggetto attivo, di non prolonger l'obligation. Resta fermo, d'altro canto, l'interesse del creditore a realizzare l'oggetto del diritto di credito. Ma, allora, la somma di questi due interessi <parziali isolati ed in qualche modo autonomi, per quanto intimamente collegati nel meccanismo dell'obbligazione e nel suo funzionamento normale>, costituirebbe l'<interesse interno> del rapporto del credito, affidato alla volontaria cooperazione economica delle parti, e attuabile in forma piena ed integrale solo attraverso l'adempimento (fenomeno che, mentre appaga l'aspettativa del creditore, determina anche la liberazione del debitore).>>, ed in conclusione, pag 69. < il concorso del creditore non può quindi non formare oggetto di un dovere giuridico che, per quanto subordinato ed accessorio rispetto a quello che incombe al debitore, resta sempre un obbligo di condotta, correlativo al diritto soggettivo del debitore a pretendere la cooperazione creditoria. Il creditore è, ancora, debitor razione accipiendi, ma in un senso diverso da quello usato dai pandettisti, perché nella sua posizione potere ed obbligo coesistono, sì ma non riguardo al medesimo oggetto, né sullo stesso piano.>.

Estende infine il Ghezzi tali principi al contratto di lavoro, trovando concreto appiglio nella norma dell'ultimo comma dell'art.6 del r.d. 13 novembre 1924 (convertito nella l.18 marzo 1926, n.562).

(3)

### **3-Se sussista un obbligo giuridico di accettazione, da parte del creditore, della prestazione esatta (4)**

Approfondiremo in seguito l'istituto della mora nel rapporto di lavoro. Per ora ci preme di evidenziare che in particolare l'art.1206 c.c. prevede che si abbia mora quando il creditore senza motivo legittimo non riceve il pagamento offertogli nelle forme e modi di legge. Il termine "non riceve" può significare più cose. Qui ci limitiamo a considerare se tale termine può significare semplicemente "rifiuta". Potrebbe infatti il creditore avere un interesse a rifiutare la prestazione pattuita. Si consideri un imprenditore che ordina un grosso quantitativo di tessuti. Tali stoffe devono dall'acquirente essere utilizzate per la confezione di abbigliamento che fornirà a un terzo imprenditore che nel frattempo è fallito. E' quindi venuto meno l'originario interesse alla fornitura, rifiuta di ricevere nella speranza che il suo fornitore possa collocare altrove la partita sollevandolo in tal modo da una complessa vicenda giudiziaria.

A questo punto ci domandiamo se possa ravvisarsi un "dovere giuridico" di accettazione della prestazione (5) se eseguita esattamente. Per lo più l'accettazione della prestazione è vista come una "facoltà" o un dovere di correttezza e di buona fede, ma mai come un obbligo giuridico. L'obbligo si ferma al limite della cooperazione, che nemmeno essa è vista come un vero e proprio obbligo, ma anch'essa è fatta rientrare nel dovere di correttezza o più fondatamente viene considerata un onere a carico del creditore al fine di realizzare la sua propria utilità.

V. Barassi ne Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, 1901, pag. 514: < e notiamo che per cooperazione noi intendiamo tra l'altro anche l'accettazione della prestazione di lavoro che è importante specialmente per la locazione d'opera.> e in nota <Non ammettiamo che pel nostro codice il creditore dell'opera sia tenuto a prenderla in consegna come neppure il compratore vi è tenuto per la cosa ad esso venduta....Le nuove legislazioni sono favorevoli a tale obbligo ma debbono sancirlo espressamente; nel silenzio della legge si deve ritenere che manchi.> e quindi <Pel nostro codice io ho, nell'Archivio giuridico,...., cercato di dimostrare che in mancanza del principio generale contrattuale, per cui l'esercizio del diritto di credito non può mai essere trasformato in obbligo, manca la possibilità della lesione di un diritto, non vi è quindi nel creditore la possibilità di colpa.>. Ciò potrebbe, a parer nostro, essere un retaggio della concezione liberale del

nostro ordinamento giuridico che mette al centro dello stesso il diritto soggettivo configurato come signoria del volere, come il potere di agire per il soddisfacimento del proprio interesse, protetto dall'ordinamento giuridico, concezione questa risalente, quanto meno, alla pandettistica germanica del secolo XIX. Vedi K. Larenz "Storia del metodo della Scienza giuridica", Giuffrè 1966, pag. 23 (nota: < Puchta definisce: "un diritto ( in senso soggettivo) esiste, se un oggetto è stato dato in potere ad una persona dal diritto (in senso oggettivo)". Tale potere si esercita nel diritto reale sulla cosa, nel credito o sulla persona del debitore o, quanto meno, sul comportamento da lui dovuto. Al di fuori di questa zona del rapporto giuridico non esiste più nulla.

### **3.1-II favor del creditore nel nostro ordinamento**

Come noto, infatti, nel nostro ordinamento vige il principio del favor creditoris introdotto per i rapporti obbligatori dal codice vigente con l'articolo 1218 secondo il quale < Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile .>. Il debitore secondo tale enunciato risulta in uno stato di forte soggezione. Ha assunto l'obbligazione, ha il dovere di adempiere finché ciò è possibile. Se il debitore non adempie pur usando la diligenza del buon padre di famiglia continua a rispondere dell'inadempimento fino al verificarsi della impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Il che, in altri termini, significa che, oltre ad un comportamento che risponde alla diligenza del buon padre di famiglia nell'esecuzione della prestazione, il debitore è tenuto a porre in essere tutti quegli ulteriori comportamenti "antecedenti" al verificarsi della (atti ad evitare l') impossibilità della prestazione.

Si è cercato di attenuare tale vincolo

Su tale norma e la sua interpretazione tendenzialmente riduttiva leggiamo il Giorgianni (6):< Senza alcun dubbio la interpretazione meno rigorosa dell'art. 1218 viene ad attenuare grandemente lo svantaggio che deriva al debitore dall'addossamento dell'onere della prova della causa non imputabile. In definitiva, costui riesce a liberarsi dimostrando di avere adoperato la diligenza del buon padre di famiglia, cosicché l'onere probatorio rientra perfettamente nei limiti della norma sostanziale dell'art. 1176. Aggiunge però il Giorgianni che il collegamento tra l'art. 1218 e l'art. 1256 (e 1463) impone la interpretazione più rigorosa del concetto di « impossibilità » previsto dall'art. 1218. La « estinzione » del vincolo non può, infatti, essere ricollegata che ad un impedimento che sottragga alla prestazione definitivamente (o per il tempo in cui perdura la sua utilità) il requisito della « possibilità » previsto dall'art. 1346.

Gli sforzi della dottrina, la quale si trova invischiata nella tradizionale impostazione del problema della responsabilità fondato esclusivamente sulla correlazione degli artt. 1176 e 1218, sono invece solitamente diretti, come si è accennato, ad erodere il concetto di « impossibilità » dell'art. 1218, con la conseguenza di attribuire alla medesima espressione due significazioni diverse: l'una più rigorosa nell'art. 1256, e l'altra meno rigorosa nell'art. 1218.>

Punto centrale è quindi che cosa debba intendersi per diligenza.

Più focalizzato sulla centralità della diligenza il pensiero del Mengoni, saggio cit. Questi precisa che più sono i significati e le funzioni della diligenza. In primis < la diligentia è una qualità soggettiva, significa cura, sollecitudine, sforzo, studio, attenzione al fine;> ( diligenza in senso tecnico, diligenza del buon padre di famiglia) poi aggiunge :< gli è che nel linguaggio giuridico, non meno che in quello volgare, la parola diligenza ha assunto un significato ulteriore, più ampio di quello originario. Con riguardo alle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività tecnica, essa viene adoperata per designare non solo lo sforzo, l'applicazione, la tensione della volontà del debitore, ma anche l'esecuzione esperta della prestazione e quindi la precisione del risultato nel grado richiesto dal rapporto obbligatorio. Si parla di lavoro diligente per dire lavoro fatto con perizia, a regola d'arte.> ( diligenza come peritia artis, regole della buona tecnica, diligenza del buon professionista) . Questa è la misura della prestazione ex art. 1176 c.c.)< In un ordinamento come il nostro, che alla responsabilità del debitore non riconosce altro limite se non il casus (art. 1218), ossia il limite stesso

dell'obbligazione (art. 1256), la diligenza in senso stretto, intesa come dovere di sforzo in vista dell'adempimento, non può avere quella rilevanza generale che, prima facie, sembrerebbe indicata dall'art. 1176. La regola della culpa-diligenza e (imputabilità) viene in considerazione per la fondazione della responsabilità contrattuale unicamente nell' ipotesi di sopravvenuta impossibilità (oggettiva) dell'adempimento. Solo in questo caso importa accertare se e quanto il debitore si è sforzato per non lasciare inappagata l'aspettativa del creditore > <diligenza come regola dell'impossibilità sopraggiunta> ( diligenza prevista dall'art.1218)  
<L'art. 1176 non contraddice dunque all'art. 1218, ma anzi integra la norma che estende la responsabilità del debitore fino all'impossibilità fortuita della prestazione. Da quella regola generale l'interprete apprende che — salva diversa volontà delle parti — deve essere imputata all'obbligato, vale a dire non è fortuita,l'impossibilità derivante da una causa evitabile con l'ordinaria diligenza del buon padre di famiglia .>.

In conclusione si potrebbe a parer nostro dire che, nel nostro ordinamento,l'obbligazione è tendenzialmente perpetua (7) ( salva l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore e salvo il compimento della prescrizione –non interrotta da alcun atto o irrita dal riconoscimento del debitore).

Ciò vale a dire che non è fortuita l'impossibilità derivante da una causa evitabile con l'ordinaria diligenza.Il breve excursus fatto supra ci fa meglio capire la posizione di preminenza che ha il creditore sul debitore.Stante questa situazione di vantaggio del creditore, dovremmo dedurre,ancora a maggior ragion l'inesistenza di un dovere di accettazione da parte del creditore.

### **3.2.Giustificazione della presente analisi**

Ma che l'ipotesi prospettata abbia un certo fondamento lo possiamo dedurre da alcune considerazioni storiche.Facciamo perciò un passo indietro.Esaminiamo l'ordinamento delle obbligazioni del Codice del 1865.Tale codice conteneva un articolo non più riproposto nel codice vigente ( il che la dice lunga sulla possibilità di considerare presente un tale dovere nella normativa vigente).Si tratta dell'art 1162 <E' nulla l'obbligazione contratta sotto una condizione,che la fa dipendere dalla mera volontà di colui che si è obbligato>.

Al problema il Barassi,ne Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano ,Società editrice libraria ,Milano 1901 , con riguardo alla normativa previgente all'attuale codice civile del 1942 dedica alcune paginette (a proposito di vendita e locazione d'opera).

Prendiamo in considerazione il Capo IV –Verifica ed accettazione. Premessa l'importanza della verifica ai fini dell'accettazione: < non basta ..ch'egli [il debitore] abbia materialmente condotto a termine [l'opera];occorre anche che l'abbia sottomessa nella sua interezza al dominus negotii , mercè un resoconto che la riassume dal suo inizio.Il dominus infatti non può sapere subito se [ l'opera] fu bene o male condotta;occorre che prenda visione del resoconto e che poi, espressamente o tacitamente, dia il benservito>. Le fonti indicano la verifica come adprobatio. E quindi procede all'analisi

<<La verifica non deve essere dunque cervelotica, ma guidata dall'arbitrium boni viri E' in ciò che la condizione sottintesa in ogni appalto della verifica è molto diversa dalla condizione che si suole apporre espressamente a certi contratti: <si placuerit, si displicuerit> .Qui infatti l'apprezzamento della qualità della prestazione, che è condizione apposta al contratto, può essere affatto cervelotico :il gusto di una persona ,che è il giudice sovrano in quell'apprezzamento, è qualcosa di così intimo e soggettivo da rifuggire necessariamente dalla costrizione e squadratura di una misura comune, normale: è un contratto, cui è apposta la condizione “si volam”. Ma una condizione di questo genere è valida solo eccezionalmente : in ogni altro caso rende nullo il contratto . Ma dunque non può pattuirsi tra le parti che la verifica abbia luogo ad arbitrio del committente?.....Ma la questione viene ora: è valido in caso contrario ( se l'arbitrio si riferisce ad qualitatem operis) un patto che rimette la verifica al giudizio anche cervelotico del committente ? Secondo il Dankwardt è illecito questo patto:<nam fides bona exigit ut arbitrium tale praestetur quale viro bono convenit).Questo argomento però non basta.Quelle parole si ponno interpretare nel

sensu che nel silenzio delle parti si deve ritenere che esse si siano riferite a quell'arbitrio che è consono alla bona fides.

La questione non si risolve se non considerando che un patto siffatto verrebbe effettivamente a sottoporre non la locazione d'opera stessa, ma l'accettazione dell'opera eseguita alla condizione si placuerit. Ora è questa eccezionalissima per la vendita, come dai più si suol dire? Facciamo astrazione dalla questione se la condizione < si displicuerit > sia identica, in ultima analisi, a quella < si volam > e riteniamo per ora vera l'affermativa, il caso più sfavorevole. Si potrebbe sostenere forse pel diritto comune, con Dernburg, che questa speciale condizione, appartenente alla categoria < si volam >, ha una generale validità (Pand., I, 9 108). Ma l'art. 1162 è troppo esplicito. nel vietarlo, e considera nulla un'obbligazione contratta sotto questa condizione.

>>

#### **4-Lo schema del contratto di lavoro**

Lo schema classico del contratto di lavoro prevede che il datore di lavoro sia creditore della prestazione lavorativa e debitore della retribuzione nei confronti del lavoratore e che il lavoratore sia debitore della prestazione lavorativa e creditore della retribuzione.

Potrà darsi per quanto attiene alla obbligazione principale che possa esistere una mora debendi a carico del datore di lavoro o a carico del lavoratore ma anche una mora accipiendi a carico del datore di lavoro e, sebbene più rara, una mora accipiendi a carico del lavoratore(8). Infatti anche in tal caso il datore di lavoro/creditore ha contemporaneamente il diritto alla prestazione ma anche il dovere di accettarla se "esatta", dovere che discende dalla legge generale sui contratti, ma ancor più rafforzato in tale ipotesi dal rilievo particolare che l'ordinamento giuridico dà all'implicazione nel rapporto della persona del lavoratore. La violazione di tale dovere comporta infatti conseguenze importanti di due tipi: la mancata corresponsione della retribuzione, che costituisce il mezzo di sostentamento del lavoratore e della sua famiglia, ma anche colpisce la dignità del lavoratore che si realizza nel lavoro e ne consente anche lo sviluppo personale e sociale.

Tale dovere di accettazione della prestazione tipico di tutti i contratti è ancor più rafforzato nel contratto di lavoro dopo l'entrata in vigore della c.d. legge della giusta causa, che ha posto fine al regime di libera recedibilità dal contratto di lavoro. Infatti nella vigenza del sistema della c.d. recedibilità ad nutum, la mancata accettazione della prestazione aveva un rilievo limitato nel tempo potendo il datore, previo un preavviso previsto dalla legge, porre fine (quindi non accettare più la prestazione) al rapporto in qualunque momento..

Circa il significato della "esattezza" della prestazione nel rapporto di lavoro vedasi

Mengoni, op.cit. vedasi Mengoni, op.cit:

Anche nei rapporti di lavoro subordinato l'elemento del risultato dovuto appare in maniera non meno evidente. E' frutto di un errore di prospettiva la definizione dell'obbligazione di lavoro come «diretta a una attività in sè, non a un risultato». Certo la <locatio operarum> non contiene l'idea di perfectio o consummatio operis: questo risultato finale non è un'obbligazione perchè manca il correlato essenziale dell'autonomia della prestazione di lavoro. Senonchè tra il momento dello sforzo del lavoratore, dello spiegamento di energie in direzione di un determinato opus, e il momento conclusivo del compimento dell'opus si inserisce un momento intermedio rappresentato dalle operae, concepibili esse stesse come bene e quindi come fine. Le opere sono un'attività di lavoro oggettivamente qualificata dall'osservanza delle regole direttive dell'impresa, rispondono al concetto di lavorare bene, ossia produttivamente. Il divenire della prestazione di lavoro con questa qualità obiettiva (utilità per l'impresa) è il contenuto del <dover avere>, del datore. Tanto poco le opere si confondono con l'idea di una semplice applicazione soggettiva del lavoratore che la <locatio operarum>, originariamente inquadrata dai giuristi classici nello schema dell'obbligazione di dare (dare operas), fu ricostruita dai bizantini come una figura di obbligazione di facere (facere operas), in termini perfettamente simmetrici a quelli della <locatio operis>. Il <conductor operis> e <locator operarum> promettono entrambi «aliquid faciendum», cioè un risultato «ut puta fossam fodiri vel insulam fabricari vel operas» (D. 45, r; 72, pr.).

Vedasi anche Barassi, op.cit. con riguardo al Codice civile del 1865:



<131. Abbiamo detto che la obbligazione contrattuale che si può considerare come principale per la configurazione schematica, tipica del contratto di lavoro, è quella di pagare la mercede nei modi e nel termine [stabilito]. Con questo respingiamo qualunque preteso obbligo del creditore del lavoro di cooperare all'effettuazione della prestazione che l'altra parte deve compiere..... E notiamo che per cooperazione noi intendiamo tra l'altro anche l'accettazione della prestazione di lavoro che è importante specialmente per la locazione d'opera.

#### **4.1-Se sussista nel rapporto di lavoro subordinato un diritto del lavoratore al compimento della prestazione**

In linea di massima il debitore ha solo il dovere e non anche il diritto di adempiere e il creditore ha la facoltà di esigere non l'obbligo di esigere la prestazione ( Galgano op.cit.)

Si è constatato dalla dottrina la sussistenza di rapporti in cui coesistono un interesse del creditore alla prestazione del debitore ma anche un interesse dello stesso debitore a compiere la prestazione. Nel suo trattato Barassi ricordava <Si è ritenuto talora che per talune prestazioni esistesse eccezionalmente un diritto alla prestazione del lavoro anche nello stesso debitore. Così.... per il contratto tra artista da teatro e impresa. Questo contratto diversifica sensibilmente dalla comune locatio operis per ciò che vi è particolarmente esteso il diritto del debitore del lavoro, e ristretto quello dell'altra parte. Quegli è autorizzato a pretendere non solo la riscossione della mercede ma anche la effettiva prestazione delle proprie attitudini artistiche ; l'impresario non può, come altri committenti per lo più possono fare, lasciare inoperoso l'artista. E' ciò verissimo. La regola per cui non esiste nel creditore l'obbligo a far valere il proprio diritto non è assoluta. Essa in tanto sussiste in quanto unico interessato all'effettiva realizzazione del diritto di credito in forma specifica sia il creditore. Allora appar chiaro che nessuno può essere costretto al godimento effettivo di un proprio bene patrimoniale. Ma il rispetto alla libera determinazione della volontà del creditore vien meno quando altri sia direttamente interessato a che la prestazione promessa al creditore abbia luogo in forma specifica. E questo è il caso nostro. Il debitore può avere un interesse rispettabile all'adempimento dell'opera promessa; e così l'artista da teatro intende che delle sue attitudini artistiche egli possa dare pubblico esperimento; non è solo all'immediato vantaggio, economico della mercede che mira; ma vi è anche un interesse immateriale ancor più alto, e che il giudice non può trascurare: quello dell'applauso, della fama, di avvantaggiar l'arte nel tecnicismo col dar pubblica prova del proprio metodo, dei propri intendimenti. >.

<Tuttavia nello stesso testo si va in diverso avviso per gli altri rapporti di lavoro. < [si] riconosce d'altra parte e molto esattamente, che questa non è la regola per molti altri casi di locatio operis. I contratti di lavoro infatti vengono per lo più conclusi dalle parti collo scopo di procurare alla propria persona un vantaggio determinato; a torto[ci] si limita ai vantaggi economici ma è però certo che i benefici economici entrano per una grandissima parte nelle interazioni primarie di quei contraenti. Ora, limitandoci per ora a questi vantaggi, è certo che chi presta il proprio lavoro non lo fa collo scopo primario di aumentare il numero dei beni presenti, ma per procacciare a sé un dato beneficio patrimoniale. E il committente pretende che l'altra parte metta in moto le proprie attitudini di lavoro solo quando ed in quanto esse possano servire ai propri scopi, non per quelle attitudini in sé considerate. Per cui nessuna delle parti ha un interesse alla produzione di lavoro come tale, in sé solo considerato; epperò né il debitore del lavoro ha un diritto, nè il creditore ha un obbligo a che esso lavoro venga effettivamente prestato.>.

E Barassi si ferma qui.

Ora tale visione è tipica di una concezione liberistica, “ smithiana”. Il lavoro è visto da una prospettiva economica, per cui < il consumo è il solo scopo di tutta la produzione > ( A. Smith La ricchezza delle nazioni , 1776, I, IV. c. VIII), nel mentre si manifestava la c.d. rivoluzione industriale. Poca attenzione veniva data alla persona del lavoratore. Ci volle il pensiero di sociologi e filosofi per mettere a fuoco gli aspetti soggettivi dei mutamenti in atto nella società. Non poco influì il pensiero razionalista dell'idealismo tedesco, in particolare di Hegel. E' alla figura del servo-

padrone, contenuta nella fenomenologia dello spirito (1807), che dobbiamo una teoria della liberazione e realizzazione dell'uomo attraverso il lavoro: <Attraverso il lavoro..la coscienza servile ha superato la propria soggezione...Non si tratta più..di un oggetto naturale,ma di un prodotto in cui si incarna l'idea dell'artefice>...<L'uomo che lavora riconosce nel mondo trasformato dal suo lavoro la propria opera, riconosce sé medesimo,ravvisa la propria realtà umana> < Nel lavoro dunque,in cui sembrava avere solo un ruolo estraneo ( di alienazione) ,la coscienza del servo ritrova sé mediante se stessa e acquisisce un ruolo proprio> ( V. Hegel Fenomenologia dello spirito a cura di E.Arrigoni Armando editore,2000).

Può quindi parlarsi,con riguardo alla prestazione del lavoratore subordinato , di un dovere /diritto dello stesso.Vi sarebbe in altri termini un intreccio di una posizione derivante dal contratto di lavoro ( rapporto obbligatorio:art.1372 C.C.< Il contratto ha forza di legge tra le parti>) e di una posizione attinente ai diritti della persona ( diritti assoluti v. art. 3 : < La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità> e art.4 Cost. <diritto al lavoro>).

### **5-La mora accipiendi nel rapporto di lavoro**

Anche nel rapporto di lavoro può determinarsi la mora del creditore.In forza del sinallagma la mancata prestazione del lavoratore comporta la mancata prestazione del datore di lavoro ( mancata corresponsione della retribuzione). Tuttavia la mancata prestazione del lavoratore può comportare in taluni casi la persistenza dell'obbligo di retribuzione, mentre in altri l'obbligo verrà meno.Così nel caso di impossibilità della prestazione lavorativa dovuta ad eventi non imputabili al datore di lavoro ( inondazione o altri eventi naturali) non sussisterà l'obbligo di retribuzione . In caso invece di rifiuto della prestazione , da parte del datore di lavoro, senza motivo legittimo, che andremo successivamente ad individuare , o nel caso che il datore di lavoro non adempia agli obblighi accessori o strumentali, si configurerà la mora accipiendi .

Possiamo esaminare l'ipotesi classica dello sciopero parziale.(9) A causa dello sciopero di singoli reparti può succedere che altri reparti rimangano senza lavoro. Occorre quindi distinguere varie ipotesi. Se sciopera il reparto a monte e,conseguentemente, il semilavorato non arriva al reparto a valle sarà possibile la messa in libertà ed il rifiuto della prestazione per fatto non imputabile al datore di lavoro.Se sciopera il reparto a valle eppertanto il flusso della lavorazione si interrompe perchè tale reparto non riceve più il semilavorato, anche in tal caso non essendo il fatto addebitabile al datore di lavoro la mancanza di lavoro, questi potrà dar corso alla messa in libertà.Tuttavia ,normalmente, è possibile nelle imprese la possibilità di costituire delle scorte in apposito magazzino o comunque in apposito spazio.Ove quindi il datore a ciò non abbia provveduto,non ha adempiuto ad uno dei suoi obblighi accessori /strumentali e conseguentemente sarà tenuto al pagamento della retribuzione ai lavoratori che hanno mantenuto a sua disposizione le loro potenzialità lavorative ( c.d. messa a disposizione delle energie fisiche) e che abbiano notificato tale disponibilità nelle forme d'uso,a parer nostro anche tramite le rappresentanze sindacali.Ciò limitatamente ad un tempo stimabile per la costituzione della scorta normalmente prevista fino al pieno utilizzo dei magazzini.

Rientrano quindi negli obblighi accessori a carico del datore di lavoro sicuramente il procacciamento degli strumenti e delle attrezzature per adempiere alla prestazione , la predisposizione del posto di lavoro con banco e quant'altro, la predisposizione dei locali di lavoro, degli spogliatoi etc.(10)

### **5.1- Se sussisteva l'obbligo di cooperazione da parte del creditore nel cod. 1865**

Nell'ordinamento regolato dal Codice del 1965 la regolamentazione era ben diversa Seguendo il testo del Barassi , in maniera più completa di quanto su fatto v. par.(4),leggiamo <131. Abbiamo detto che la obbligazione contrattuale che si può considerare come principale per la configurazione schematica, tipica del contratto di lavoro, è quella di pagare la mercede nei modi e nel termine [stabilito]. Con questo respingiamo qualunque preteso obbligo del creditore del lavoro

di cooperare all'effettuazione della prestazione che l'altra parte deve compiere. Tale cooperazione sarà una necessità imprescindibile, perchè il debitore possa adempiere compiutamente la sua prestazione : ma da ciò non possiamo trarre la conclusione che trattisi anche di un suo obbligo e di un corrispondente diritto del debitore a che quella cooperazione abbia luogo . Ad esempio ho commesso al calzolaio un paio di scarpe : è necessario, ma non è obbligo mio il permettergli di prendere la misura sul mio piede; l'appaltante è necessario procuri i materiali, l'area, se è convenuto che saranno forniti da lui: ma non vi può essere costretto perché non vi è giuridicamente obbligato. Tutto questo si ricava da principi generali del diritto contrattuale, che nel caso nostro non solo non sono smentiti, ma ricevono un'importantissima conferma colla disposizione da tanti scrittori ritenuta a torto eccezionale — sancita nell'art. 1641 . Sarebbe strano che se io avessi commesso una chiave, e poi m'accorgessi che non mi occorre più ( mi è inutile poiché l'ho ritrovata ad esempio), io debba essere tuttavia costretto a lasciare che il fabbro prenda le misure sulla toppa e la eseguisca. Questo è vero per qualunque diritto di credito ; e notiamo che per cooperazione noi intendiamo tra l'altro anche l'accettazione della prestazione di lavoro che è importante specialmente per la locazione d'opera.

133. Che, come ognuno vede, è di vera mora creditoris che è parola. Questa mora presuppone un'astensione del creditore, conseguenza della quale sia un inciampo, un ostacolo a che la prestazione del debitore abbia la sua più completa effettuazione. Presuppone dunque che il debitore abbia fatto tutto quanto era in poter suo di fare senza il concorso dell'altra parte. E' solo giunto al punto in cui non possa più continuare — quando il creditore rifiuta la propria cooperazione — che comincia la mora del creditore

134. Se vogliamo ora studiare la condizione di cose create dalla mora creditoris, dovremo dire che, conformemente ai principi generali del diritto, il debitore che si vede impedita, così, l'effettuazione completa della prestazione in forma specifica, potrà — dato che nel rifiuto del creditore non sia compresa la risoluzione del rapporto contrattuale — ricorrere a un surrogato, e cioè alla prestazione in forma surrogata: che è noto come la mora del creditore non proscioglie di per sé il debitore dalla sua prestazione, e permanga in lui l'obbligo di compierla in quel modo che l'astensione del creditore gli rende possibile, e cioè in forma surrogata alla specifica. Quale sia questo surrogato è questione complessa che varia secondo la natura dell'obbligazione .....[ Nel caso della locazione di opere]... non può evidentemente consistere che nel tenersi pronto ad eseguire il lavoro e prestare la propria energia ; nel mettere insomma la propria attività a disposizione del creditore, attendendo che la sua astensione cessi. Tocca al creditore ora, se crede, il far ciò che è in diritto anche di non fare: e cioè prestare la propria cooperazione acciocchè la prestazione in forma specifica sia possibile : se invece rimane passivo, e il debitore si dichiara ed è effettivamente pronto, quest'ultimo ha fatto tutto quello che deve.>.

### **5.2-Se la mora accipiendi possa applicarsi al rapporto di lavoro**

Si dubita da taluno che l'istituto della mora accipiendi possa applicarsi nel rapporto di lavoro.

Si dice che in caso di mancata cooperazione del datore di lavoro le prestazioni del lavoratore non compiute non possono essere recuperate. L'adempimento tardivo, in cui si sostanzia l'istituto della mora non è possibile .Si dice che le operae praeteritae sono operae peritae . Tale posizione viene respinta in quanto si basa su di concezione del rapporto di lavoro come strutturato da una serie di operazioni valutate come frazioni e non come un unicum che si dispiega nel tempo, e come tale suscettibile di considerazione non parziale ma unitaria.

Secondo autorevole dottrina ( Ghera/Liso) la costituzione in mora deve essere considerata come regola generale di ripartizione delle conseguenze negative del mancato adempimento tempestivo della prestazione per mora del creditore". In altri termini la mancata prestazione lavorativa dovrebbe comportare per il sinallagma la mancata corresponsione della retribuzione; la messa in mora nei modi consentiti, consente di addebitare al datore di lavoro l'evento con conseguente onere economico. Quanto alle modalità della messa in mora basterebbe un comportamento concludente valutabile come offerta della prestazione

### **5.3-Differenti fondamenti, nel rapporto di lavoro ,dell'obbligo di accettazione della prestazione e conseguente esercizio della messa in mora.**

La mora accipiendi postula necessariamente la sussistenza di un contratto di lavoro che dà luogo a tutti gli obblighi che abbiamo su esaminato.

Nel diritto del lavoro vigono norme speciali che consentono ( art.18 l.n.300/1970 come modificato dalla legge n.92/2012) il risarcimento in forma specifica in caso di licenziamento.

Pertanto una mora accipiendi consegirà anche a seguito di reintegrazione nel posto di lavoro per sentenza e comunque per ordine del giudice. Anche in tal caso sussisteranno oltre al dovere di accettare la prestazione corrispondendo la relativa retribuzione, gli obblighi strumentali e accessori che rendano possibile l'adempimento da parte del lavoratore, Per i motivi su visti della particolare importanza della prestazione nel contratto di lavoro, il datore non potrà limitarsi al pagamento della retribuzione ma dovrà consentire al lavoratore, riammesso al lavoro iussu iudicis ,previa messa in mora nei confronti del datore medesimo, di svolgere la propria prestazione secondo le mansioni sue proprie. In mancanza di che consegirà , oltre al pagamento della retribuzione, il risarcimento del danno

#### **6-L' esecuzione in forma specifica a danno del creditore in mora**

La reintegrazione nel posto di lavoro costituisce una forma di risarcimento in forma specifica di un obbligo di fare. L'art. 612 del codice di procedura civile dispone che chi intende ottenere l'esecuzione forzata di una sentenza di condanna per violazione di un obbligo di fare deve chiedere con ricorso al giudice dell'esecuzione che siano determinate le modalità dell'esecuzione.

Sul tema della coercibilità del comportamento del datore di lavoro si contendono il campo due teorie.

(A) La prima (11 ): < Dall'ordine di reintegrazione, alla prevista responsabilità risarcitoria, che si risolve per espressa previsione di legge nell'obbligo di corrispondere al lavoratore le retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento a quello della effettiva riammissione in servizio, fino all'obbligo di versare, relativamente allo stesso lasso temporale, i contributi assistenziali e previdenziali: tutto, nell'apparato sanzionatorio delineato nell'art. 18, appare diretto a garantire il ripristino di quella che un'attenta dottrina ha identificato nei termini di «funzionalità di fatto.» del rapporto di lavoro (D'Antona 1979). [ la c.d. tutela reale], *continua l'Autore*, [ rappresenta] una specificità la cui portata dirompente rispetto alle più tradizionali tecniche di tutela del contratto ( Roppo 2001) non è certo inficiata dagli ostacoli, talvolta strumentalmente enfatizzati, che il principio di incoercibilità degli obblighi di fare infungibili frappone alla completa e definitiva realizzazione degli equilibri finali cui la disposizione normativa in discussione è orientata. Ciò che sicuramente non è ottenibile in contrasto con la volontà del datore di lavoro è la ripresa, durevole nel tempo, della collaborazione tra le parti, stante l'impossibilità di surrogare stabilmente il datore di lavoro nei comportamenti necessari al perseguimento del proprio interesse creditorio. Diverso è il discorso relativo alla materiale riammissione del lavoratore in azienda e conseguente riassegnazione delle mansioni cui era adibito anteriormente al licenziamento: comportamenti antecedenti e strumentali al ripristino della piena funzionalità del rapporto, entrambi suscettibili di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 612 c.p.c., con tutto ciò che questo comporta in termini di pressione psicologica sul datore di lavoro verso una spontanea esecuzione dell'ordine nella sua pienezza (Proto Pisani 1982; Chiarloni 1989; De Angelis 2001).>.

B) La seconda.(12 ):<L'orientamento assolutamente prevalente in giurisprudenza come in dottrina esclude la possibilità della coercibilità in forma specifica, ai sensi dell'art. 612 c.p.c., dell'obbligo di reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato.

Sono state peraltro prospettate in giurisprudenza, sia pure isolatamente, l'applicabilità dell'art. 388 cod. pen., inerente alla "mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice", oppure ancora l'art. 650 cod. pen., relativo alla "inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità": la Corte di Cassazione, tuttavia, si è sempre pronunciata contro la tutela penale dell'ordine di reintegrazione . Partendo, infatti, dal presupposto che l'esecuzione coattiva dell'obbligo di reintegrare comporti un fare infungibile, essendo necessaria la cooperazione del datore di lavoro, insostituibile ai fini del

soddisfacimento dell'interesse del lavoratore, la giurisprudenza configura quest'obbligo come incoercibile, e come tale insuscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 612 cit. La S.C., d'altro canto, ha avuto modo di precisare altresì che se è vero che la cosiddetta tutela reale del posto di lavoro accordata dalla disciplina prevista dall'art. 18 Statuto dei lavoratori ha quale scopo principale la rimozione degli effetti del licenziamento illegittimo, tale rimozione deve ritenersi avvenuta con la riattivazione dell'obbligo retributivo che ovviamente permane in capo al datore di lavoro, insieme ovviamente al correlato obbligo contributivo, anche se questi non permette al lavoratore di effettuare alcuna prestazione lavorativa (Cass., 13 maggio 1987, n. 4431). L'inottemperanza del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro del dipendente licenziato non può essere giustificato dal venir meno di posizioni di lavoro identiche alle mansioni precedentemente svolte, ove non sia configurabile un'oggettiva impossibilità, assoluta e radicale, della reintegrazione, non imputabile a fatto del datore di lavoro, né da esso prevedibile, e, quindi, non riferibile a carenze di programmazioni oppure a preesistenti difficoltà di mercato; non può inoltre ritenersi equivalente alla riammissione in servizio effettivo il ricorso alla sospensione del lavoratore da reintegrare con collocamento in Cigs, sia perché tale procedura integra la scelta di cassaintegrandi tra i lavoratori in servizio effettivo, sia perché sussiste un'irriducibile contraddizione tra l'invito a riassumere servizio e la contestuale collocazione in Cigs (Cass., 4 febbraio 1993, n. 314).>.

- Non a caso intitoliamo rapporto di lavoro e non contratto di lavoro, in quanto a differenza di altri contratti, in esso contano più i comportamenti che le volontà espresse nel negozio. *Tant'è che nel diritto romano si definiva : < quomodo faciendum aliquid datur, locatio est > ( Paolo), dove ci si riferisce senz'altro , "romanisticamente" al rapporto, al comportamento ( "quomodo" ) piuttosto che al contratto.*

#### NOTE

(1) in Rivista del Diritto Commerciale Vol .LII, Anno 1954

(2) Galgano Diritto privato, Cedam, 1981, 198: <La mora del debitore è il ritardo di questo nell'adempiere la prestazione dovuta: un ritardo che , di per sé, è già inadempimento, ... ma che può essere segno di un definitivo inadempimento del debitore o può invece preludere, quando la natura della prestazione lo consenta, ad una sua tardiva esecuzione> ; pag 202 < la mora del creditore: l'ingiustificato rifiuto del creditore di ricevere la prestazione offertagli dal debitore, comunque, dimettere il debitore in condizione di poterla eseguire>

(3) A tenore del quale <in caso di sospensione del lavoro per fatto dipendente dal principale, lo impiegato ha diritto alla retribuzione normale o, in caso di rifiuto del principale, alla indennità di licenziamento>

(4) Per prestazione "esatta" deve intendersi, a mente del diritto romano, prestazione "non vitiosa".

(5) Il diritto romano si ispirava ad una forte eticità. I continui richiami all' "arbitrium boni viri" escludeva la mera discrezionalità nelle valutazioni dei soggetti dei negozi giuridici. Il titolare di un diritto, nel diritto romano, non poteva agire in piena discrezionalità ma incontrava sempre un limite: ora nell' "arbitrio dell'uomo onesto"; ora il metro di misura era nel comportamento che lui avrebbe usato nel gestire le cose proprie ("non aliter iudicare debet, quam in se vellet Judicari, arg. l. 1. j. de solutionib."); ora nella diligenza del paterfamilias. Vedi, tra i tanti, il seguente passo dal Corpo del diritto a cura di Giovanni Vignali, Digesto Volume Terzo, Napoli 1857

Paulus libro trigesimo quarto ad edictum. Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit, idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod legem finitus sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. Quibus consequens est, ut irrita si adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit

Paolo nel libro trentaquattresimo. All'editto.

Se nei patti di locazione si sia stabilito che l'opera venisse approvata alla stregua della valutazione del dominus, così come se ci si riferisse alla valutazione di un terzo qualsiasi: infatti la buona fede esige che si presti una valutazione tale quale conviene ad un uomo onesto. E tale valutazione attiene alla qualità dell'opera non a prorogare il termine, che viene stabilito nella clausola, a meno che ciò non sia stabilito nella clausola stessa. A queste cose è conseguente che sia invalida l'approvazione fatta con dolo dal conduttore, così che si può agire <contro di lui con l'azione> da locazione

(6) V. Giorgianni *L'inadempimento*, Giuffrè 1975, pagg. 187 ss.. In particolare, pag. 244 e 245

(7) Vedi Pugliese *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli Torino: < Si aveva mora quando, al momento in cui l'obbligazione doveva essere adempiuta, essendo la prestazione ancora possibile, il debitore non adempiva. Qual era tale momento? Molte volte esso era indeterminato e toccava al creditore determinarlo, rivolgendo al debitore (eventualmente assistito dal tutore) l'interpellatio, ossia l'esplicita richiesta della prestazione.

Proponiamo un caso di scuola: Tizio vende a Caio un preziosa icona che possiede nel suo domicilio. Non viene mai adempiuto il contratto. Tizio non adempie Caio non si attiva Il contratto non contiene termini o scadenze. Passano, anni ma mai viene data esecuzione all'obbligo. Periodicamente Caio interrompe la prescrizione ma nulla di più. Quando mai avrà fine il contratto, mai adempiuto. Un terremoto distrugge la casa. L'icona si perde. Il debitore, mai messo in mora, non può dirsi inadempiente. E' comunque liberato dall'evento naturale.

(8) V. Pretura Milano 19 marzo 1991 <Vanno ravvisati gli estremi della "mora credendi" ex art. 1206 c.c. nel rifiuto del dipendente di accettare il pagamento della retribuzione mediante accredito in conto corrente o bonifico bancario, ex art. 21 del contratto collettivo 10 dicembre 1988 per i dipendenti SIP. > .

(9 ) Cassazione civile, sez. lav., 13 gennaio 1988 n. 150,

Giust. civ. Mass. 1988, fasc. 1 Orient. giur. lav. 1988, 13. Rass. giur. Enel 1988, 411. Giur. it. 1988, I, 1, 1545 <. Nel caso di sciopero parziale, il rifiuto, da parte del datore di lavoro, della prestazione lavorativa offerta dal lavoratore non scioperante e' giustificato - con le conseguenze dell'esonero dell'imprenditore dagli effetti della mora accipiendi e della legittimita' del mancato pagamento della retribuzione - non dalla mancanza di convenienza economica di detta prestazione lavorativa, o dall'inopportunita' del funzionamento parziale dell'impianto, bensì dall'assoluta impossibilita' di utilizzare in qualsiasi modo la prestazione stessa, atteso che riconoscere all'imprenditore la possibilita', di fronte allo sciopero di parte dei propri dipendenti, di rifiutare per mere ragioni organizzative aziendali la prestazione dei lavoratori non scioperanti comporterebbe, in sostanza, la legittimazione di un diritto di serrata, che non e' ammesso dall'ordinamento quale causa giustificatrice della sospensione del rapporto di lavoro e del rifiuto della retribuzione contrattualmente prevista. >

V. pure Cassazione civile, sez. lav., 7 gennaio 1986 n. 61, Notiziario giur. lav. 1986, 3 <Mentre nello sciopero c.d. "a singhiozzo" o "a scacchiera", per il rifiuto da parte del datore di lavoro delle prestazioni di lavoro dei non scioperanti, rilevano i criteri della tutela degli impianti o della incolumita' degli stessi lavoratori, questi criteri non rilevano nell'ipotesi di sciopero di reparto intermedio di lavorazione c.d. "a catena", talche' per effetto dell'arresto della lavorazione nel reparto intermedio per un verso cessa il sopraggiungere dei beni lavorati nei reparti "a valle" e, per altro verso, si determina l'accumulazione delle lavorazioni che dovrebbero avvenire nel reparto intermedio compiute. Pertanto, in quest'ultima ipotesi, l'indagine del giudice dovrà essere condotta da un lato sulla situazione determinatasi nei reparti a valle - onde accertare che effettivamente non sussista alcuna concreta possibilita' di utilizzazione della prestazione lavorativa, e si versi, pertanto, in ipotesi di impossibilita' sopravvenuta ed incolpevole - e, dall'altro lato, che in relazione alla lavorazione a monte questa, pur astrattamente configurabile, debba, poi, in concreto espletarsi con modalita' e risultati tali da eccedere i limiti della mera difficulta' (ineliminabili in uno sciopero parziale di una complessa organizzazione di

lavoro) e da rendere legittimo il rifiuto della prestazione da parte del datore di lavoro (art. 1206 c.c.) nei confronti dei lavoratori non scioperanti.>.

(10) Tra le sentenze più significative:

(a) Cassazione civile sez. lav., 13 marzo 1997, n. 2232

Notiziario giur. lav. 1997, 365 :< Non costituiscono cause giustificative del rifiuto della prestazione lavorativa, ovvero della unilaterale sospensione del rapporto di lavoro - con la conseguente configurabilità della mora "credendi" a carico del datore di lavoro, il quale è pertanto tenuto, nei confronti del lavoratore, al risarcimento del danno, corrispondente alle retribuzioni dovute nel corrispondente periodo - le situazioni ostative riguardanti la persona del datore di lavoro o la gestione o l'organizzazione dell'impresa quando queste non integrino un'ipotesi di assoluta impossibilità del datore di lavoro di collaborare all'adempimento della prestazione dovuta, non rilevando in contrario, in relazione al principio di corrispettività della retribuzione, la circostanza della mancata effettuazione della prestazione da parte del lavoratore. Infatti, nel rapporto di lavoro, in base ad una lettura delle disposizioni di cui agli art. 1206 e 1227 c.c. coerente con i principi di cui agli art. 4 (in tema di diritto al lavoro) e 36 (in tema di retribuzione equa e sufficiente) della Costituzione, al fine di valutare la sussistenza "dell'an debeat" della retribuzione nei periodi di sospensione unilaterale della prestazione lavorativa, non è sufficiente la considerazione del rapporto sinallagmatico tra obbligazione di lavoro ed obbligazione retributiva, essendo necessario un ulteriore accertamento volto a verificare se la mancata effettuazione della prestazione lavorativa sia dipesa da fatto imputabile all'una o all'altra parte del rapporto; qualora da tale accertamento risulti che vi sia stato un rifiuto della prestazione, senza legittimo motivo (art. 1206 c.c.), da parte del datore di lavoro, spetta al lavoratore il diritto al risarcimento del danno, previa intimazione a ricevere (art. 1217 c.c.), la quale non richiede requisiti formali e può, trattandosi di rapporto di lavoro in atto, considerarsi manifestata dalla disponibilità del lavoratore, salvo prova contraria del datore di lavoro, di proseguire l'attività lavorativa illegittimamente rifiutata.>

(b) Cassazione civile sez. lav., 13 settembre 1991 n. 9569, Giust. civ. Mass. 1991, fasc. 9 Il datore di lavoro è obbligato a corrispondere la retribuzione per la prestazione lavorativa la cui esecuzione sia stata resa impossibile per un fatto inerente all'organizzazione dell'impresa o alla sua gestione tale da concretare una mancata cooperazione all'adempimento della prestazione stessa da parte del lavoratore, essendo l'imprenditore tenuto a predisporre durante l'esecuzione del rapporto di lavoro non solo i mezzi indispensabili al processo produttivo ma anche tutti i mezzi necessari a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori, come pure quelli a tal fine imposti dalle normative sull'igiene del lavoro. (Nella specie la S.C. ha confermato la decisione dei giudici di merito con cui è stata riconosciuta la sussistenza dell'obbligo retributivo in un caso in cui la prestazione era stata resa impossibile dalla bassa temperatura nello stabilimento, con riferimento alla previsione dell'art. 11 del d.P.R. 19 marzo 1956 n. 303).

(c) Cassazione civile, sez. lav., 29 agosto 1988 n. 4987, Giust. civ. Mass. 1988, fasc. 8/9 Con riguardo alla sospensione dell'attività lavorativa disposta dall'imprenditore ed al conseguente suo esonero o meno dall'obbligo di retribuire i dipendenti, l'inevitabilità del fatto o dell'evento, che, a norma degli art. 1206, 1256, 1218 e 1464 c.c., renda non imputabile la causa impeditiva della prestazione di lavoro, deve essere valutata in concreto, con riferimento, cioè, al contenuto della specifica obbligazione, con la conseguenza che, ove la prestazione predetta divenga temporaneamente inutilizzabile per i particolari fini produttivi per cui era stata rispettivamente offerta e richiesta, di essa può disporsi legittimamente la sospensione da quell'imprenditore che si sia dato carico di fare quanto necessario per organizzare la propria peculiare attività secondo canoni di ordinaria prudenza e diligenza. (Nella specie, la Suprema Corte, alla stregua del principio suesposto, ha cassato l'impugnata sentenza, la quale, in relazione ad attività imprenditoriale consistente nel restauro e nella conservazione degli esterni

di opere artistiche e monumentali, aveva ritenuto irrilevante la mancanza delle particolari condizioni atmosferiche necessarie per l'utile svolgimento dei lavori predetti).

(d) Pretura Saluzzo 14 novembre 1984, Giur. agr. 1986, 436 <La rilevanza, nella causa del contratto di lavoro, della destinazione della prestazione lavorativa all'organizzazione produttiva e, quindi, alla sua utilizzabilità a questo fine, comporta che il sopravvenuto difetto di quest'ultimo requisito, mentre non può essere ricondotto nell'ambito del c.d. rischio d'impresa e così imputato all'imprenditore in quanto connesso alla sua attività, abilita quest'ultimo a disporre la sospensione della prestazione lavorativa, liberandolo nel contempo dall'obbligo della controprestazione della retribuzione solo ove non siagli addebitabile; il che si verifica ogni qualvolta si accerti che tale evento non era prevedibile, né evitabile e non è quindi, assolutamente riferibile a carenza di programmazione, di previsione o di organizzazione aziendale. >.

(e) Pretura Torino 29 giugno 1983, Riv. giur. lav. 1984, II,502 (nota)< L'esistenza di una cassa integrazione configura il "motivo legittimo" che, ai sensi dell'art. 1206 c.c., esclude la mora del debitore. >

(f) Cass. 19.08.2003, n. 12130 <Il datore di lavoro che non ottenga il richiesto intervento della cassa integrazione guadagni è tenuto alla corresponsione delle retribuzioni ai dipendenti, salva la prova (a carico del medesimo) della sussistenza di una situazione d'impossibilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 1256 cod. civ., che può consistere nella non utilizzabilità della prestazione lavorativa per fatti non addebitabili allo stesso datore di lavoro, in quanto non prevedibili né evitabili né riferibili a carenze di programmazione o di organizzazione aziendale o a calo di commesse o a crisi economiche o congiunturali e strutturali. Resta salvo, comunque, un eventuale accordo aziendale con cui l'imprenditore e le organizzazioni aziendali operanti nell'azienda pattuiscono, ai fini del ricorso alla cassa integrazione guadagni, una sospensione temporanea del rapporto di lavoro, che preveda la mancata prestazione lavorativa per un certo periodo, con inequivoco contestuale esonero del datore di lavoro dall'obbligazione retributiva indipendentemente dall'esito della richiesta di concessione dell'integrazione salariale.>.

(g) Cass. 16.06.2003, n. 9635:< Fino all'emanazione del provvedimento di ammissione al trattamento di integrazione salariale, come pure dopo l'emanazione del provvedimento di diniego di tale ammissione, i rapporti fra datore di lavoro e lavoratori sospesi, inerendo a posizioni di diritto soggettivo non incise dalla normativa speciale in materia di cassa integrazione guadagni, sono regolati dal diritto comune, con la conseguenza, in particolare, che la legittimità o meno delle sospensioni dal lavoro unilateralmente disposte dall'imprenditore deve essere valutata alla stregua delle norme in tema di sopravvenuta impossibilità temporanea della prestazione lavorativa. Ne deriva ulteriormente che quando quest'ultima -secondo la valutazione istituzionalmente rimessa al giudice di merito, incensurabile se adeguatamente motivata- sia divenuta inutilizzabile non nell'aspetto economico o per deficienze di programmazione, di previsione o di organizzazione aziendale, bensì per un fatto sopravvenuto non prevedibile, il datore di lavoro non incorre in responsabilità per l'unilaterale sospensione da lui disposta e, in particolare, non è tenuto al pagamento delle retribuzioni per il periodo di sospensione.>

(11) Vedi Liebman ne I licenziamenti individuali,collana Quaderni del diritto del lavoro e delle relazioni industriali UTET 2002

(12) Vedi Toffoletto Licenziamenti individuali e collettivi ,Il Sole 24 Ore, 2000

### **Bibliografia essenziale**

Galgano Diritto privato,Cedam,1981,

Mengoni "Obbligazioni< di risultato> e obbligazioni di<mezzi>", in Rivista del Diritto Commerciale Vol .LII,Anno 1954

Barassi,ne Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano ,Società editrice libraria ,Milano 1901 Ristampa anastatica ,a cura di Mario Napoli , ed Vita e Pensiero,2003

Giorgianni *L'inadempimento* ,Giuffrè 1975



Pugliese Istituzioni di diritto romano, Giappichelli Torino, 2<sup>a</sup> edizione  
Corpo del diritto a cura di Giovanni Vignali, Digesto Volume Terzo, Napoli 1857  
Ghezzi, nel noto saggio La mora del creditore nel rapporto di lavoro, Giuffrè 1965  
Ghera/Liso Mora del creditore ne Enciclopedia del diritto XXVI, 1976  
Liebman ne I licenziamenti individuali, collana Quaderni del diritto del lavoro e delle relazioni industriali UTET 2002  
Toffoletto Licenziamenti individuali e collettivi, Il Sole 24 Ore, 2000