

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

**DOTTORATO DI RICERCA
“DIRITTO ED ECONOMIA DEI SISTEMI PRODUTTIVI”
XIX CICLO**

**Modelli socioeconomici e tecniche normative nel diritto del lavoro:
<<il tempo delle clausole generali>>**

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. MICHELE COMENALE PINTO

Tutor:
Chiar.mo Prof. ENRICO SOTGIU

Tesi di dottorato del:
Dott. LUCA NASEDDU

ANNO ACCADEMICO 2007-2008

Introduzione_____ pag. 1

Capitolo 1

POTERI IMPRENDITORIALI ED EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEL LAVORO

1. L'impresa e il lavoro: per una nuova relazione_____ pag. 13
2. Il potere datoriale e la sua *erosione*_____ pag. 18
3. Il governo della discrezionalità datoriale: i limiti interni_____ pag. 21
4. La teoria della funzionalizzazione_____ pag. 22
5. Le posizioni <<strumentali>> del lavoratore_____ pag. 31
6. Gli interessi legittimi nel diritto del lavoro_____ pag. 34

Capitolo 2

CLAUSOLE GENERALI, RAPPORTO DI LAVORO E TECNICHE DI TUTELA

1. La discussione intorno alle clausole generali_____ pag. 51
2. Clausole generali e governo della discrezionalità datoriale_ pag. 60
3. Clausole di buona fede e correttezza e controllo dei poteri datoriali_____ pag. 68
4. Per una storia moderna della buona fede oggettiva_____ pag. 70

Capitolo 3

BUONA FEDE E CORRETTEZZA NELLE VICENDE DEL RAPPORTO DI LAVORO

1. Buona fede e contratto di lavoro _____ pag. 88
2. La buona fede nei criteri di scelta_____ pag. 91
3. Buona fede e concorsi privati_____ pag. 95
4. Le clausole dei bandi di concorso: elementi critici_____ pag. 103
5. Correttezza della scelta e obbligo di motivazione _____ pag. 111
6. Lo *strano* caso delle note di qualifica _____ pag. 116

7. Il trasferimento di azienda: per una possibile applicazione della buona fede_____pag. 119

8. Le clausole generali sull'orizzonte della razionalità normativa_____ pag. 134

Bibliografia_____pag. 144

<<Ci sono uomini, che ancora credono nell'armonia delle cose (armonia costruita, dalla sapienza di una divinità o dalla terrena perizia dei legislatori) e rifiutano di vedere la realtà come un intricato e buio groviglio. E ci sono invece uomini che...scorgono tutt'intorno i "frantumi" del mondo", e si piegano su di essi, e li interrogano, e cercano così di assolvere l'umile ed umano dovere del capire >>

(N. Irti)

INTRODUZIONE

L'inizio è un momento cruciale: momento di scelta.

Ci è offerta in particolare la possibilità di dire tutto in tutti i modi possibili, dovendo arrivare a dire una cosa in un modo particolare.

Come ha ben sottolineato Italo Calvino si tratta di distaccarsi “dalla potenzialità illimitata e multiforme per incontrare qualcosa che ancora non esiste ma che potrà esistere solo accettando dei limiti e delle regole”.

L'incontro nella ricerca poi sviluppata è avvenuto nel luogo antico delle relazioni da norma ed economia, delle reciproche influenze tra i sistemi socioeconomici nella loro inarrestabile evoluzione e le tecniche di tutela dei diritti con riferimento specifico all'ordinamento giuslavoristico italiano tra ansie riformistiche ed esigenze di certezza del diritto.

Il dialogo tra norma ed economia assume un ruolo fondamentale nei meccanismi di regolazione dei rapporti sociali secondo schemi non sempre paritari, nei quali prevale sul tradizionale concetto di cogenza del diritto la forza della legge economica.

In effetti, la realtà sociale è costituita da “un intreccio di essere socioeconomico (*l'insieme dei comportamenti tenuti dai soggetti nella loro obiettività storica*) e di dover essere giuridico (*l'insieme delle norme di comportamento rese effettive dalle rispettive sanzioni*)” (ICHINO P., *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in

RIDL, 2001, I, pag. 166) che dialogano tra loro senza alcuna soluzione di continuità storica.

Si può affermare che l'economista e il giurista si trovino su ciascuno dei poli dialettici di questa realtà.

L'antiteticità tra l'uno e l'altro risiede, oltre che nella considerazione dei fattori sociali che provocano il conflitto e ne determinano l'esito, anche nella intima logica che anima diritto ed economia.

Se è vero, infatti, che nel linguaggio economico come in quello giuridico il punto di arrivo è sempre espresso in una proposizione riconducibile allo schema "*se è A, ne consegue B*", è pur vero che mentre per l'economista il nesso che lega A a B è causale (*se è A, è necessariamente B*), per il giurista il nesso è di natura deontologica (*se è A deve essere B*), cioè si fonda su una norma, la quale trae sempre la propria validità da una norma superiore (ICHINO P., *op. ult. cit.*, pag. 166)

Diverso dal dover essere imposto dal diritto è anche l'essere degli effetti della norma, che come tale si presta a costituire oggetto dell'analisi teorici ed empirica degli economisti.

Nella generale problematica dei rapporti tra ordinamento giuridico e realtà economico-sociale si innesta con forza dirompente il fenomeno della globalizzazione, che ha rotto il bilanciamento delle forze in campo suggerendo ed attribuendo all'economia il compito di autoregolazione dei mercati.

Si può senz'altro sostenere che l'incontro/scontro fra diritto ed economia è divenuto vivace.

Una delle prime e più rilevanti conseguenze della globalizzazione è costituita dall'inevitabile tramonto del dogma della statualità del diritto.

All'interno del mercato globale, infatti, il diritto può ritrovare l'antica universalità.

Da un lato emerge la c.d. *business community*, dall'altro la moltitudine delle società organizzate in Stato, che vedono progressivamente eroso la propria potestà normativa e di giurisdizionale.

In questa prospettiva nichilistica la norma giuridica diviene un mezzo per raggiungere uno scopo che sia caratterizzato in termini di efficienza economica.

Pertanto, anche la *ratio* della norma ha carattere meramente tecnico e risiede nella coerenza reciproca degli scopi e nella efficienza strumentale dei mezzi.

L'orizzonte tecnicistico nel quale il diritto si è affacciato “è uno spazio nel quale le norme al pari delle merci vengono prodotte, offerte ai consumatori, usate, logorate e sostituite.

E affinché la produzione sia razionale e la volontà normativa si svolga senza sperperi, il diritto adotta i modi delle procedure, i modi della produzione: canali pronti ad accogliere qualsiasi contenuto e perciò indifferenti verso ogni contenuto” (IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Bari, 2005, pag. 24).

Il linguaggio del diritto è ormai il linguaggio dell'economia, della tecnica, della produzione, della funzionalità, dell'efficienza.

Per cui il giurista avverte che le singole norme sono, ma potevano non essere e che uscite dal nulla esse possono ritornare nel nulla.

Nell'età che l'Irti ha definito della decodificazione non sorprenda, quindi, la diffusione nell'ordinamento giuridico di legislazioni speciali di settore, non riconducibili per loro natura alla compattezza propria dei codici

classici; né sorprenda la indubbia tendenza alla disaggregazione normativa caratterizzata dalla affermazione di legislatori autonomi, territoriali e non, la cui sussistenza fa venir meno quel carattere di unicità della legislazione che era premessa naturale per la codificazione in senso classico.

In una breve ricostruzione del discorso fino ad adesso svolto emergono due realtà estremamente complesse: data l'attitudine dell'economia contemporanea ad essere una economia transnazionale, in antitesi con il carattere nazionale dei sistemi legislativi, vengono invocati flessibili strumenti di adeguamento del diritto ai mutamenti sociali, in antitesi con la rigidità delle leggi.

Tra quelli individuabili il contratto, non più esclusivamente considerato quale strumento di composizione di interessi particolari, assume addirittura il ruolo di governo della società civile e all'interno del quale la tutela dell'interesse generale diviene incredibilmente una componente del profitto.

D'altra parte, gli Stati perseguono una politica del diritto sempre più specialistica e tecnocratica, che tenta di imbrigliare nella rete normativa tutti i fatti socialmente e giuridicamente meritevoli di tutela, ma che, persa la capacità di legiferare secondo criteri ragionevoli e certi, affida ad organi tecnici privi di legittimazione democratica in senso proprio il ruolo di regolamentazione delle vicende dei cittadini, pensiamo alle authorities.

Si aggiunga anche che la perdita in termini di unitarietà e rigore dell'ordinamento, che già di per sé evoca un sistema di disciplina di comportamenti, trasmettendo l'idea che questo stesso sistema debba esprimere un ordine, è legata anche alla cattiva formulazione delle proposizioni linguistiche che dovrebbero esprimere tutti o anche solo alcuni dei caratteri della norma.

Del resto, la sopra denunciata età della decodificazione ha senza dubbio sostituito l'era dei codici classici, perché l'approccio sistematico dei Legislatori dell'ottocento e del novecento non è stato raccolto dai legislatori moderni, i quali hanno introdotto negli ordinamenti giuridici, ivi compreso quello italiano norme speciali, frammentate, provvisorie con una tendenza alla disaggregazione anche amplificata dalla sempre più crescente legislazione territoriale e non, la quale sta contribuendo alla crisi della unicità legislativa tipica.

Altro profilo di assoluta criticità della normazione moderna è costituito dalla cattiva qualità normativa, che influisce negativamente al necessario tentativo di un coordinamento, in quanto le stesse figure si confondono, i confini tra di loro diventano evanescenti ed il riordino assume valenza sempre più innovativa.

In alcuni casi il tentativo di coordinamento ha avuto ad oggetto la pluralità di testi, nei quali non sempre è agevole distinguere il tipo di relazione tra norme nuove e norme vecchie.

Da tale difficoltà emerge un ulteriore problema e cioè la necessità di risolvere contrasti ed antinomie attraverso un approccio ermeneutico.

Pertanto, è stato correttamente sottolineato come la questione del coordinamento legislativo sia suscettibile di essere considerata su piani ben più articolati di quelli tradizionali della scienza giuridica, travalicando i limiti dei canoni ermeneutici e di un metodo esclusivamente rivolto a verificare l'attitudine della disposizione ad essere applicata alla fattispecie concreta.

La questione, peraltro, si aggrava nella sua complessità se considerata rispetto al nuovo scenario con la necessità che il riordino si estenda "all'analisi della genesi e degli effetti della legge e della efficacia di essa alla luce di criteri

estrinseci all'ordinamento normativo ed alle proposizioni dispositive che lo compongono ed in riferimento agli obiettivi da prodursi nel sistema socio-politico, partendo dalla considerazione dei problemi ai quali si deve dare risposta" (RAVERAIRA M., *Il linguaggio della progettualità normativa, l'inflazione e l'inquinamento: aspetti di un'unica patologia dell'intero sistema dei fenomeni produttivi del diritto e delle regole? Spunti per una riflessione*, in PD, 2001, pag. 243).

Il tradizionale schema metodologico di risoluzione dei conflitti sociali e di contemplazione degli interessi pubblici e privati deve necessariamente cedere il passo ad un nuovo metodo se non vuole essere accusato dalle altre scienze di autoreferenzialità.

Infatti, se si rimanesse immobile rispetto alla concezione della legge come cardine dell'intero sistema la scienza giuridica si troverebbe in palese situazione di conflittualità rispetto alle altre scienze che considerano la legge come uno tra tanti mezzi per raggiungere un obiettivo.

In questo senso, quindi, per i giuristi il riordino sarebbe la ricerca della chiarezza, completezza e linearità del testo oltre che della coerenza tra testi, il riordino più sostanziale sarebbe affidato ai cultori di altre discipline, ai quali soli competerebbe di dare corpo ai profili di progettazione e di riordino diversi da quelli della comunicazione e della trasmissione del messaggio e delle parole della legge.

Inoltre, se, da un lato, si è assistito da parte della scienza giuridica a quel fenomeno definito "come un deplorable arrocco nei confronti di altre discipline" con eccessi formalistici scollegati del tutto al dato reale e alle sue istanze, dall'altro l'antinomia tra valutazione di tipo tecnico-giuridico e valutazione teleologica è stata negata dalla constatazione della intima relazione tra esigenze pratiche emergenti dall'applicazione della legge e le

esigenze di ricostruzione teorica, intimità che rende difficoltosa l'individuazione dei confini tra le une e le altre” (PIOGGIA A., *Un'analisi del linguaggio della legge per conoscere il sistema normativo*, in PD, 2001, pag. 273).

Tale assunto trova pronta dimostrazione nella giurisprudenza che tende progressivamente a considerare la certezza del diritto come categoria non cristallizzata nella conservazione di modelli astratti, ma come categoria che non può non essere variabile.

Variabilità evidentemente collegata all'evoluzione più o meno stabile dei sistemi sociopolitici.

Si è anche pensato ad un ridimensionamento del ruolo della legge attraverso operazioni di deregulation.

Si è proceduto ad articolare in modo differenziato efficacia e tempo della legge attraverso nuovi strumenti normativi maggiormente flessibili: si pensi alle leggi a termine e l'esperienza della c.d. sunset legislation dell'esperienza nordamericana; alle leggi provvisorie e correttive.

In realtà tali tentavi avulsi da qualsiasi politica di coordinamento e di programmazione ha portato al risultato opposto di accentuare l'inquinamento e la disomogeneità che ha prodotto anche in materia giuslavoristica a leggi mal pensate e mal redatte.

E ciò senza considerare un elemento di fondamento.

Qualsiasi tecnica di produzione del diritto si fonda sulla circostanza secondo la quale le norme si estrinsecano in proposizioni linguistiche che le generano. Le norme sono quindi il prodotto, il risultato che l'interprete costruisce, dando allo strumento linguistico contenuti variati e variabili in relazione a diversi contesti.

Tale paradigma è speculare all'altro secondo cui non esiste diritto senza

proposizione linguistica

A questo punto il linguaggio delle leggi se non è il prodotto (la norma) è però il progetto che consente la produzione (del prodotto). Per quanto non sia possibile formalizzare il linguaggio del Legislatore, dovrebbe essere però possibile formulare il progetto linguistico, per ciò che dice, per ciò che non dice, per come lo dice, in modo da ricondurre entro tassi fisiologici la stipulazione dell'interpretazione; in modo cioè da mantenere quel rapporto genetico, tra prius e posterior, che finisce invece per diluirsi, sino non di rado a perdersi, nella patologia dei testi normativi (PIOGGIA A., *op. ult. cit.*, pag. 277).

Una delle più facilmente riscontrabili è costituita dalla pessima formulazione delle proposizioni linguistiche. Spesso si rileva come una norma sia priva di prescrizione o non regoli in maniera sufficientemente determinata il comportamento da regolare. Per non dire poi della oscurità di numerosissime norme prive di significato; per non dire poi dei diversi errori riscontrabili come i rinvii a commi inesistenti o abrogati.

Appena descritto sommariamente i confini dell'ambito in cui mosso la ricerca, la domanda che si è posti è se il diritto del lavoro abbia un futuro o se la crisi che lo pervade per effetto dei processi di cui si è detto tenda a ridurlo o a ricondurlo nelle braccia del diritto dell'impresa, dalle quali si era distaccato nei primi decenni del secolo scorso.

Certo è che la stretta correlazione con l'attività di chi produce per il mercato e la funzione strumentale che il lavoro subordinato rappresenta possono spingere, in una visione politica ed economicistica dei rapporti e dei valori, alla tentazione di destrutturare un sistema nel quale il diritto del lavoro aveva conquistato un posto autonomo ponendo al centro di ogni scelta

normativa il principio di tutela compensativa della persona che lavora per controbilanciare la posizione di supremazia fattuale e giuridica dell'imprenditore.

D'altra parte non si può negare al diritto del lavoro tale peculiare autonomia e specialità.

Sotto questo profilo un illustre giuslavorista come Giuseppe Santoro Passarelli osservava come "il lavoro dell'uomo libero per un altro uomo pone nei termini più crudi all'economia e al diritto il problema della libertà e della personalità umana".

Discutere, quindi, delle dinamiche normative del lavoro e delle correlate tecniche di tutela significa necessariamente discutere di temi relativi alla libertà e alla personalità dell'uomo.

Data la estrema delicatezza della discussione, occorre muoversi su binari non sempre e non necessariamente direzionabili verso l'obiettivo dell'efficienza e dell'efficacia, ma volti alla considerazione degli interessi sotesi (quelli del lavoratore e quelli dell'impresa) in una prospettiva di problematico bilanciamento.

Tali binari corrono su un duplice piano.

Quello innanzitutto legato al risalente ma attualissimo concetto di impresa come istituzione che incorpora un ordinamento giuridico e che implica il potere di autoregolamentazione.

Ultimo frutto di tale concetto è costituito dai fenomeni di adozione su base volontaria di norme da parte delle imprese.

E' il caso della proliferazione di codificazione etiche: tale tipologia di produzione normativa determina un'estensione dell'area di interesse degli ShareHolder (gli azionisti) verso quello degli Stakeholder (tra cui anche i

lavoratori) per impadronirsi di problematiche etiche come quelle dei diritti sociali.

Tale fenomeno dimostra il potere di organizzazione dell'impresa che si esprime con la formalizzazione dei principi regolatori dell'impresa.

Inoltre, specialmente nelle imprese transnazionali esso si associa con l'idea di costituzione una sorta di ordinamento giuridico (transnazionale) atto a risolvere uniformemente e armonicamente ogni questione relativa alle condizioni di lavoro per l'insieme dei lavoratori, qualunque sia il contratto, la forza lavoro o il paese nel quale lavorano.

D'altra parte sul piano della regolamentazione statale occorre segnalare l'introduzione nel sistema giuslavoristico europeo del c.d. *soft law*: il diritto per obiettivi.

Il nostro ordinamento tradizionalmente ancorato a porre a garanzia dei diritti dei lavoratori i criteri della certezza della norma, della sua ferma e convinta inderogabilità, fino al punto di costituire un diritto del lavoro "duro", si è trovato fortemente imbarazzato e contaminato dagli effetti degli eventi di cui si è detto.

Così che il sistema di protezione dei diritti del prestatore ne è risultato fortemente indebolito anche sulla scorta della valorizzazione rispetto al lavoro a tempo indeterminato della flessibilità non solo economica.

Nel caos normativo e conseguentemente applicativo appena descritto nel tentativo di individuare una possibile soluzione che sappia nell'ambito specifico giuslavoristico contemperare le ragioni del diritto e le ragioni dell'economia è apparso utile invocare l'uso di clausole generali, disposizioni generiche contenenti un rinvio riassuntivo ai principi generali dell'ordinamento giuridico affidate all'interprete per una delicata opera di

mediazione ermeneutica.

La natura negoziale del rapporto di lavoro ha poi suggerito l'applicazione della correttezza contrattuale come “fonte primaria d'integrazione del rapporto” stesso, che rappresenta “uno dei principi portanti del nostro ordinamento sociale”.

Ad essa viene riconosciuto un fondamento etico che “trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale” (Bianca C.M., *Diritto Civile*, Milano, 1998, pag. 473).

Il suo collegamento con il principio di solidarietà sociale ha reso possibile il riavvicinamento della buona fede ad un diritto del lavoro in fase di storico e necessario ripensamento, indotto “da un'attenta lettura del sistema costituzionale che, accolto il principio del pluralismo economico e sociale, assegna all'impresa, ai sensi dell'art. 41, un valore costituzionale anche nella logica dell'economia di mercato, come mezzo per produrre quella ricchezza che contribuisce al benessere di tutti i consociati e perciò deve essere considerata strumento di attuazione dei valori della persona”.

In questo senso, “la libertà e l'eguaglianza” che, ai sensi del II comma dell'art. 3 della Costituzione, garantiscono il pieno sviluppo della persona umana, devono essere, allora, intese in un'accezione quanto mai ampia, comprensiva dei valori, vecchi e nuovi, che si sono affermati nel mutato contesto” (Passino Dettori V. , *Il diritto ad essere utili: spunti per una riflessione sul lavoro nel settore non profit*, DL, 2005, I, pag. 330)

La capacità della buona fede di attrarre nel contratto, sempre più strumento di regolazione dei rapporti tra individui, i valori del tempo che cambia ha determinato anche in ambito giuslavoristico un interessamento dottrinale e giurisprudenziale crescente anche quale rimedio delle storture

legislative più volte criticate e nella prospettiva di salvaguardare quelle situazioni soggettive dei prestatori di lavoro non direttamente e adeguatamente tutelate contro le molteplici manifestazioni di una non sempre circoscritta discrezionalità imprenditoriale.

Capitolo 1

POTERI IMPRENDITORIALI ED EVOLUZIONE DEL DIRITTO DEL LAVORO

1. L'impresa e il lavoro: per una nuova relazione.

I fenomeni globalizzanti¹ che hanno condotto alla intensificazione delle relazioni sociali mondiali, “che collegano tra loro località distanti facendo sì che gli eventi locali vengano modellati dagli eventi che si verificano a migliaia di chilometri di distanza”², hanno accelerato i processi di decentramento produttivo e la revisione delle dinamiche organizzative della produzione³, con impatto tale da incidere sul consolidato ordine normativo⁴ e giurisprudenziale,

¹ Per un'analisi delle conseguenze della globalizzazione sulle norme giuridiche si vedano tra le tante opere GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione, Diritto e diritti nella società transazionale*, Bologna, 2000; AROMA D., *Globalizzazione economica e rapporti giuridici*, in CP, 2000, p. 139 ss; RODOTA' S., *Diritto, diritti e globalizzazione*, in RGL, 2000, I, p. 765 ss.; con riferimento più specifico ai rapporti tra la globalizzazione e il diritto del lavoro si vedano PERONE G., *Globalizzazione e diritto del lavoro: sfide e possibili risposte*, in DL, 2001, I, p. 389 ss.; PERULLI A., *La protezione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione*, in DRI, 2001, p. 157 ss.; SCARPONI S., *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Milano, 2001; DI TURI C., *Globalizzazione dell'economia e diritti fondamentali in materia di lavoro*, in RDI, 2000, p. 113 ss.; PERULLI A., *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Padova, 1999.

² GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 1994, p. 41.

³ cfr. G. DIOGUARDI, *L'impresa nella società di Terzo millennio*, Bari, 1995.

⁴ Cfr. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005; L. FRANZESE, *Ordine economico e*

ponendo, quindi, in discussione l'assetto regolativo acquisito.

I nuovi modelli economico-sociali impongono sempre più crescenti ed irreversibili mutamenti caratterizzati da un forte grado di dinamismo ed imprevedibilità tali da mettere in forte discussione i raggiunti livelli di certezza e stabilità⁵.

“Il cambiamento non è più quello di una volta... E' diventato tanto radicale e accelerato, da poter essere definito <<discontinuo>> e, quindi, scomodo, anche se tanto più stimolante. Questa forma di discontinuità sta già ridisegnando le aziende, il modo in cui si lavora, l'istruzione. Stiamo entrando nell'*Epoca della non-ragione*, in cui non possiamo più fondarci sullo status-quo come modo sicuro di procedere. Il cammino, nella vita degli individui così come in quella delle organizzazioni, si fa incerto, ma anche più interessante, costellato com'è di rischi e di sfide, ma senz'altro di nuove opportunità. Se vogliamo essere in grado di coglierle e ridurre i rischi dobbiamo imparare a captare la natura dei cambiamenti in corso, anche con una buona dose di irragionevolezza”⁶.

Tali considerazioni si estendono in via necessitata a tutto il sistema economico e sociale alla stessa impresa in ogni suo elemento strutturale.

Essa da un tipo di organizzazione tradizionalmente gerarchico ha saputo e dovuto rendersi più flessibile, implementando la sua capacità di

ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni, Padova, 2004; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.

⁵ Cfr. GALBRAITH J. K., *L'età dell'incertezza*, Milano, 1977.

⁶ HANDY C., *L'epoca della non-ragione*, Milano, 1990, pagg. 1-2.

confrontarsi anche sotto il profilo competitivo in uno scenario ambientale sempre più *tumultuoso*, venendosi a determinare “una difficile se non impossibile programmabilità di tutti i fattori economici in gioco”⁷.

Il mutamento dell’impresa in un contesto aperto e globale ha posto l’esigenza di una nuova lettura giuridica e non addirittura una nuova concezione aderente all’evoluto quadro socioeconomico del tema del potere direttivo dell’imprenditore e delle stesse tecniche normative poste a tutela del prestatore.

La tradizione formatasi a seguito dell’introduzione nel nostro ordinamento giuridico del codice civile del 1942 ha istituito un modello di rapporto di lavoro fondato sul riconoscimento in capo al datore di lavoro di posizioni di supremazia, che manifestano sul versante del prestatore la subordinazione che costituisce a sua volta l’identità economico-giuridica dell’intera fattispecie contrattuale⁸.

Nel contesto organizzativo dell’impresa il potere direttivo costituisce “il principale strumento giuridico per le scelte strategiche di flessibilità del fattore lavoro che riguardano sostanzialmente la facilità con cui le mansioni svolte dai dipendenti possono essere mutate per adattarsi ai mutamenti della domanda”⁹.

La discussione intorno a tale tema è piuttosto articolata e problematica in quanto riguarda non soltanto il soggetto titolare del potere stesso ma si

⁷ DIOGUARDI G., *L’impresa nella società di Terzo millennio*, Bari, 1995, pag. 2.

⁸ Cfr. PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pagg. 142 ss. e SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro*, Napoli, 1967, pagg. 39 ss. .

⁹ PERULLI A., *Il potere direttivo dell’imprenditore*, Milano, 1992, pag. 2; per un’analisi più sintetica in materia si veda ID., *Potere direttivo, organizzazione, impresa*, in *Lavoro e Diritto*, n°2, 1989, pagg. 227 ss..

estende anche al soggetto che subisce in termini di realtà e contrattualità le sue estrinsecazioni, con conseguente e ontologico coinvolgimento della irrisolta tematica della subordinazione e del modo in cui si intende regolamentare l'uno e l'altro aspetto.

Il potere datoriale si inserisce in tal modo nelle “prospettive più problematiche” e nei meccanismi di ingegneria sociale e normativa¹⁰, risentendo della “equivocità concettuale che caratterizza tematiche centrali della riflessione dottrinale: potere giuridico, impresa, rapporto di lavoro, subordinazione”¹¹.

La tradizionalità di questo tema non può costituire per gli operatori del diritto una chiusura verso le nuove dinamiche sociali, richiedendo invece un'attualizzazione in un mondo sempre più globalizzato¹² rispetto al quale le imprese necessitano di strumenti di organizzazione e di gestione delle risorse umane sempre più agili e meno vincolati e di norme chiare ed intelleggibili.

Si è correttamente sostenuto in ordine alle sensibilità del potere verso le nuove istanze che il “mutamento intervenuto nella direzione del lavoro...per la parte che attiene all'iniziativa dell'impresa ha riguardato sì le persone cui è affidato questo compito, le quali sono divenute più numerose col progredire del tempo, e si identificano in altre posizioni all'interno dell'impresa; non però la funzione che non solo per la necessità di produzione dell'impresa è rimasta immutata, ma pare divenirlo vieppiù, con le modifiche occorse in tempi più

¹⁰ GIUGNI G., *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *GDLRI*, 1979, pag. 49.

¹¹ PERULLI A., *Il potere direttivo*, cit., pag. 3.

¹² Per un'analisi economica della globalizzazione fra i tanti Cfr. VICARI S., *Nuove dimensioni della concorrenza: strategia nei mercati senza confini*, Milano, 1989.

recenti alla strutturazione, ai metodi di lavoro, all'ampliamento degli impianti”

¹³.

L'intima relazione tra il potere datoriale e le nuove forme di organizzazione aziendale ha costretto il giurista a ripensare anche il rapporto tra tali categorie e le posizioni soggettive del lavoratore nella prospettiva di una stabile ed efficace tutela.

Si può sostenere che la storia del diritto del lavoro sia stata soprattutto storia delle limitazioni alle prerogative datoriali e della contestuale costruzione di normative e di una loro interpretazione favorevole al prestatore.

Si giustifica storicamente in tal senso il raggiungimento di obiettivi giuridici fondamentali, cristallizzati innanzitutto nella carta costituzionale e nella l. n. 330/1970¹⁴.

Le esigenze di tutela che si oppongono alle altrettanto contemplate istanze economiche - in una tensione normativa volta al contemperamento degli interessi dedotti in contratto - non si sono fermate trovando espressione nella costante richiesta di una crescente compressione dei poteri imprenditoriali.

Sotto questo profilo si può aderire a chi ritiene che “l'organizzazione del lavoro, unilateralmente determinata dall'imprenditore, sia una conseguenza del progresso tecnologico...conseguenza ineluttabile e, come tale, non modificabile con interventi di tipo giuridico-istituzionale”¹⁵.

¹³ ENRICO LUCIFREDI C., *Evoluzione del potere direttivo nel rapporto di lavoro*, Milano, 1977, pag. 9.

¹⁴ Cfr. PESSI R., *Il potere direttivo dell'imprenditore e i suoi nuovi limiti dopo la legge 20-5-1970 n. 300*, in *RDL*, 1973, I, pagg. 28 ss. .

¹⁵ MENGONI L., *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pag. 389.

In questo senso il lavoratore è apparso come un *personaggio contrattualmente ed economicamente scomodo*, tanto da giustificare il ricorso, nei limiti delle attuali conoscenze tecniche, alla automazione per sostituirlo¹⁶.

Del resto, l'indiscutibile *ipergarantismo* normativo ed ermeneutico dei lavoratori da un lato si scontra con la richiesta flessibilità imprenditoriale, e, dall'altro, sfugge fisiologicamente forme di regolamentazione e tecniche di tutela che sappiano affrontare il moderno passaggio del fuoco legislativo dagli insider agli outsider.

2. Il potere datoriale e la sua *erosione*.

La qualificazione di tipo contrattuale dei poteri imprenditoriali¹⁷ non ha condotto ad un certa delimitazione della loro manifestazione, perché è ancora incerta ed irrisolta la questione sulla natura degli atti con i quali il datore di lavoro “precisa di volta in volta, nel corso dello svolgimento del rapporto, il contenuto della prestazione convenuta”¹⁸.

D'altra parte, l'origine contrattuale di tale potere conduce alla speculare negazione dell'assunto “della pariteticità delle parti del contratto, in quanto il datore di lavoro viene accreditato di un'autorità di tipo gerarchico a cui il

¹⁶ Cfr. KERN H., SCHUMANN M., *L'operaio duttile sostituirà l'automazione rigida*, in PE, 1987, pagg. 69 ss. .

¹⁷ Cfr., BUONCRISTIANO M., *I poteri del datore di lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., *Impresa e lavoro*, I, Torino, 1986, pagg. 565 ss..

¹⁸ GIUGNI G., *Mansioni e qualifica nel rapporto del lavoro*, Napoli, 1963, pag. 104.

debitore è assoggettato”¹⁹.

La subordinazione a tale potere potrebbe sul piano concettuale limitare le stesse libertà del lavoratore.

“Il rapporto di lavoro è caratterizzato da una duplice situazione di disparità: “una giuridica, consistente nel riconoscimento ad una parte, nell’ambito di una relazione di debito-credito, di poteri o facoltà di cui l’altra è priva; una sostanziale, dovuta alle condizioni economiche e sociali, in base alla quale una parte si trova in una posizione dominante mentre l’altra è in posizione debole”²⁰.

La normativa giuslavoristica e le stesse tecniche normative hanno individuato limiti esterni alla sfera d’azione datoriale al fine di proteggere e salvaguardare l’interesse della soggetto contrattualmente debole.

Come si è già avuto modo di osservare il modello codicistico di tutela trovava coerente e fattuale giustificazione in una considerazione dell’impresa di tipo gerarchico strettamente collegata al principio di intangibilità delle scelte datoriali. A fronte di tale schema organizzativo aziendale la tutela del lavoratore era del tutto residuale, limitandosi a profili come l’orario di lavoro e la retribuzione, assolutamente indifferenti all’esigenza di una decisa compensazione e neutralizzazione dei poteri dell’imprenditore.

E ciò anche rispetto all’esigenza di riequilibrio delle accertate situazioni di disparità.

¹⁹ CHIECO P., *Poteri dell’imprenditore e decentramento produttivo, Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, diretto da Giugni G., Torino, 1996, pag. 12.

²⁰ ZOLI C., *Subordinazione e poteri dell’imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lavoro e Diritto*, 1997, pag. 242.

La Costituzione repubblicana se, da un lato, ha consentito il riconoscimento a favore dei lavoratori di alcuni diritti fondamentali, dall'altro, non ha inciso direttamente sull'amministrazione del rapporto e, quindi, sull'esercizio del potere datoriale.

Il "dogma" dell'intangibilità delle prerogative imprenditoriali trova un indiscutibile processo di crisi nella legge n. 604 del 1966, la quale attraverso l'introduzione di un regime tassativo di ragioni giustificative dei licenziamenti ha *condizionato* la legittimità o meno delle decisioni del datore di lavoro al vaglio giudiziale.

Nel processo di erosione lo Statuto dei lavoratori ha inciso profondamente, introducendo una serie di limiti sostanziali all'esercizio dei poteri datoriali assistiti da un regime sanzionatorio capace di rendere effettivi i limiti stessi.

Si è, quindi, permesso "il superamento della tradizionale concezione fiduciaria del rapporto di lavoro basata sull'*intuitus personae* e la ridefinizione della subordinazione nei termini di una subordinazione meramente tecnico-funzionale"²¹. Infine, il sostegno accordato all'attività sindacale ha favorito il rafforzamento del contropotere necessario alla compressione della discrezionalità dell'azione imprenditoriale.

L'esercizio del potere è stato, quindi, sottoposto "al rispetto di procedimenti in cui intervengono...per influenzarne il corso i destinatari dell'atto finale, allo scopo di costringere l'autore a tener conto dei loro interessi"²². La procedimentalizzazione ha così permesso il controllo sindacale

²¹ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 244.

²² ROMAGNOLI U., *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *RTDPC*, 1977, pag. 1049.

sulle scelte organizzative attraverso lo strumento della contrattazione collettiva. In questi casi “il <<collettivo>> costituisce la dimensione del controllo istituzionalizzato che si esercita su determinati poteri dell’imprenditore e che ...ha per obiettivo immediato non la tutela dell’interesse del lavoratore singolo, ma quella dell’interesse collettivo”²³.

3. Il governo della discrezionalità datoriale: i limiti interni

Nonostante la previsione di limiti esterni all’esercizio del potere imprenditoriale ed il contestuale sinteticamente descritto processo di erosione dello stesso, si è ritenuto che “le leggi razionali dell’organizzazione del lavoro (di tipo *tayloristico*) non sono in grado di mantenere il potere organizzativo entro i limiti della discrezionalità tecnica”²⁴. Sulla base di ciò, una parte della dottrina ha affermato la possibilità che il giudice estenda il proprio controllo sul merito e sull’opportunità delle scelte imprenditoriali sulla base della presunta esistenza di limiti interni ai poteri del datore di lavoro.

Tale affascinante discussione ha oscillato tra chi ha individuato la tutela del lavoratore nelle tecniche garantistiche di derivazione contrattuale, più adatte ad esprimere la pariteticità delle parti tipica del diritto privato, e chi ha concepito gli strumenti pubblicistici come baluardo posto a difesa dei diritti dei lavoratori.

Tale discussione risente della storica convivenza di due anime nel diritto del lavoro: la prima, privatistica e microeconomica, rispetto alla quale “l’interesse generale tende a coincidere con la difesa del singolo lavoratore, la

²³ LISO F., *Modifiche dell’organizzazione e contratto di lavoro*, in *GDLRI*, 1981, pag.545.

²⁴ MENGONI L., *op. ult. cit.*, pag. 390.

cui posizione è considerata sia nell'aspetto finale (godimento di un trattamento minimo), sia nell'aspetto strumentale (autotutela collettiva)²⁵; la seconda anima pubblicistica e macroeconomica “attenta alle interrelazioni tra la disciplina del lavoro da un lato ed il funzionamento dell'impresa e del complessivo sistema economico dall'altro, nella consapevolezza che tale funzionamento condiziona la stessa possibilità di effettiva soddisfazione delle esigenze dei lavoratori”²⁶.

Lo stesso contratto di lavoro nella sua visione codicistica si correla a due prospettive difficilmente conciliabili: una liberal-contrattualistica, risalente al contrattualismo ottocentesco ed una istituzional-corporativa, divenuta solidaristica con l'avvento della Costituzione, ispirata all'istituzionalismo francese.

4. La teoria della funzionalizzazione.

Una questione strettamente collegata all'impostazione vetero-costituzionalistica è quella relativa alla c.d. funzionalizzazione dell'esercizio dei poteri imprenditoriali all'interesse pubblico.

Il problema si è posto alla dottrina con riferimento all'esatto significato attribuibile agli interessi generali espressi dall'«utilità sociale» dell'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.²⁷ e dalla «funzione sociale» del diritto di proprietà, di cui all'art. 42 Cost..

²⁵ VALLEBONA A., *Il diritto del lavoro: uno spirito e due anime*, in *RIDL*, 1996, I, pagg. 352-353.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cfr. GALGANO F., *Art. 41*, in Branca G. (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Artt. 41-44, *Rapporti economici*, Bologna-Roma, 1982, pagg. 1 ss..

I limiti interni cui si è accennato nel precedente paragrafo sono stati qualificati come vincoli “introdotti a protezione dell’interesse che l’ordinamento prende in considerazione quando conferisce il potere”²⁸.

La questione dei limiti interni del potere direttivo si riferisce al tentativo di fornire rilevanza giuridica all’istituto dell’abuso del potere nello schema giuslavoristico.

La dottrina ha collegato la figura dell’abuso di potere, in materia di rappresentanza, all’ipotesi in cui “colui che agisce in nome altrui esercita formalmente un potere di rappresentanza che gli spetta, ma lo esercita per realizzare non già l’interesse del rappresentato, sebbene un interesse proprio o altrui, contrastante con l’interesse del rappresentato”²⁹. Allo stesso modo lo sviamento del potere amministrativo verrebbe in rilievo tutte le volte che un atto formalmente perfetto sia diretto “alla realizzazione di un interesse diverso da quello specifico al quale l’ordinamento lo volle preordinato”³⁰.

Da ciò è derivato sotto il profilo della caratterizzazione di tale figura che: “l’attribuzione di un potere giuridico per la soddisfazione di un interesse che non è, o almeno non è esclusivamente, del soggetto titolare del potere; il compimento dell’atto che è esercizio del potere per soddisfare un interesse diverso da quello per la soddisfazione del quale il potere è attribuito”³¹. Si può, quindi, sostenere che in questa ipotesi il potere è attribuito per tutelare interessi diversi da quelli individuali.

²⁸ ZOLI C., *La tutela delle posizioni <<strumentali>> del lavoratore: dagli interessi legittimi all’uso delle clausole generali*, Milano, 1988, pag. 154.

²⁹ SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1966, pag. 282.

³⁰ SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1960, pag. 320.

³¹ SUPPIEJ G., *I limiti del potere direttivo dell’imprenditore*, in *RTDPC*, 1962, pagg. 473-474.

Calandosi in una prospettiva più propriamente giuslavoristica, il tema della possibile esistenza di limiti interni al potere direttivo pone quale necessità quella di chiarire “se il potere stesso sia attribuito dall’ordinamento per la tutela di un interesse dell’imprenditore o invece per la tutela di un interesse superiore o comunque diverso da quello individuale dell’imprenditore”³².

Del resto, la dottrina tradizionale e quella moderna sono concordi nel rilevare che nel nostro sistema giuridico l’impresa privata è diretta alla soddisfazione esclusiva dell’interesse individuale dell’imprenditore.

Esiste, peraltro, una corrente dottrinale minoritaria che ha affermato la funzionalizzazione dei poteri imprenditoriali³³ alla soddisfazione di un interesse superiore evidentemente diverso da quello dell’imprenditore. Si è sostenuto che la funzionalizzazione potesse riferirsi all’«utilità sociale» oppure, nel sistema corporativo, al concetto di interesse unitario della produzione nazionale (*ex* artt. 2085, 2089, 2104, 1° comma, c.c.) o ancora all’interesse obiettivo dell’impresa (*ex* artt. 2082, 2103, 2104, 1° comma, 2105, 2109, 2° comma, c.c. e art. 46 Cost.).

Non si è, però, ben compreso a chi dovrebbe far capo l’interesse relativo al concetto di «interesse unitario della produzione nazionale» o di utilità sociale; mentre nella prima ipotesi ci si è riferiti ad un interesse

³² SUPPIEJ G., *op. ult. cit.*, pag. 475.

³³ Sul tema si vedano MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, I, pagg. 562 ss.; SMURAGLIA C., *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958; NATOLI U., *Note preliminari ad uno studio sull’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *RTDPC*, 1958, pagg. 18 ss.; ID., «*Funzione sociale*» della proprietà e «*funzionalizzazione*» della proprietà e dell’impresa tra negazione e demistificazione, in *RGL*, 1973, I, pagg. 139 ss..

pubblicistico, di cui cioè è titolare lo Stato, nella seconda, anche se non si è negata una certa caratterizzazione in chiave pubblicistica, si è collegata l'espressione <<utilità sociale>> ad un interesse collettivo, ma non generale, "che, quindi, pur essendo particolaristico, si distingue dagli interessi individuali, ma che ciò non ostante, non si confonde con l'interesse dell'intera collettività, impersonificata nello Stato"³⁴; interesse di cui sarebbe titolare la classe dei lavoratori, il quale, mantenendo una sua autonomia, non potrebbe essere posto nel nulla "ai fini della determinazione delle posizioni dei vari soggetti che sono chiamati al suo soddisfacimento o che comunque si trovino di fronte ad esso"³⁵.

Il dato normativo non supporta la tesi in questione.

Infatti, da un lato, la soppressione dell'ordinamento corporativo e l'entrata in vigore della Costituzione escludono la funzionalizzazione dell'impresa alla soddisfazione dell'<<interesse unitario dell'economia nazionale>>, e, dall'altro, il principio espresso dall'art. 41 Cost. è considerato "l'oggetto di una garanzia giuridica di libertà"³⁶, come tale incompatibile con la necessaria destinazione dell'iniziativa economica alla tutela di un interesse di cui sarebbe titolare lo Stato.

Del resto, la previsione contenuta al 2° comma (<<non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale>>) della medesima norma non è sufficiente a giustificare l'esistenza della discussa funzionalizzazione.

³⁴ NATOLI U., *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, pag. 91.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ SUPPIEJ G., *op. ult. cit.*, pag. 484.

“La norma - come ha giustamente osservato Suppiej³⁷ - non dice che l’iniziativa economica deve svolgersi in conformità dell’utilità sociale...ma che <<non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale>>; sicché, ferma la libertà di tale iniziativa, congruente alla sua intrinseca destinazione alla soddisfazione di interessi privati, il suo ambito di svolgimento viene circoscritto, da di fuori, alle ipotesi nelle quali non si abbia contrasto con l’utilità sociale”. In questo senso l’interesse pubblico è tutelato nella forma di limite esterno, non interno, alla libertà di svolgimento dell’attività economica privata.

Sulla base di tali argomentazioni è possibile, inoltre, escludere che i poteri dell’imprenditore siano funzionalizzati alla soddisfazione di un interesse di categoria, come quello collettivo dei lavoratori.

L’accoglimento della teoria delle funzionalizzazione sarebbe il frutto di una visione *classista* della società del tutto estranea al disegno costituzionale. Inoltre, l’interesse collettivo non solo non è identificabile con quello individuale dell’imprenditore, ma è addirittura del tutto estraneo alla sfera imprenditoriale, al contrario dell’interesse pubblico o dell’interesse obiettivo che è pur sempre un interesse anche dell’imprenditore. Se si affermasse che i poteri datoriali sono finalizzati alla tutela della *classe* lavoratrice il risultato sarebbe quello di negare rilevanza giuridica a qualunque interesse dell’imprenditore nell’esercizio di tali poteri, riducendo l’imprenditore medesimo a mero “gestore di un interesse altrui”³⁸. Ma tutto questo, non corrispondendo al dettato costituzionale, sarebbe accettabile soltanto in uno Stato di classe, “nel quale tuttavia, se fosse vero che in esso si realizza,

³⁷ SUPPIEJ G., *op. ult. cit.*, pag. 485.

³⁸ SUPPIEJ G., *op. ult. cit.*, pag. 490.

mediante la dittatura del proletariato, la soppressione delle altre classi sociali, l'interesse della classe lavoratrice dovrebbe finire col coincidere con l'interesse pubblico"³⁹.

Residua, infine, il problema se il potere direttivo possa considerarsi funzionalizzato alla soddisfazione dell'interesse dell'impresa⁴⁰.

La dottrina, superate le tesi influenzate da una considerazione istituzionale e comunitaria dell'impresa, di stampo germanico, ha desunto dal dato normativo (artt. 2082, 2103, prima della sua modifica, 2104, 2105, 2109, 2° comma, c.c) la funzionalizzazione.⁴¹

Anche in questo caso non si ritiene di aderire a tale impostazione teorica.

Innanzitutto, la concezione comunitaria dell'impresa era estranea già "all'ordinamento della produzione adottato all'epoca dell'emanazione del codice civile"⁴². Inoltre, constatata l'insuperabile difficoltà di soggettivizzare un'entità astratta come l'impresa, "considerandola portatrice di un interesse diverso da quello di colui che la gestisce e ne decide le sorti"⁴³, ci si deve arrendere alla assoluta mancanza di dati giuridico-formali idonei alla concretizzazione di tale concetto.

Le norme sopra citate si riferiscono, infatti, all'impresa come

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ Sul concetto di interesse dell'impresa cfr. CORSO V., *Diritti sindacali e interesse dell'impresa*, Napoli, 1986.

⁴¹ Cfr. RABAGLIETTI M. F., *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milano, 1956.

⁴² ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 154.

⁴³ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 155.

<<organizzazione tecnica del lavoro>> (*Betrieb*⁴⁴) e non come <<attività>> (*Unternehmen*). L'interesse dell'impresa, quindi, costituisce nella previsione codicistica "condizione di esercizio del potere o elemento costitutivo della fattispecie"⁴⁵ e trova coerente senso nell'"esigenza organizzativa *alias* di corretta applicazione di regole tecnico-organizzative"⁴⁶.

Il richiamo all'interesse dell'impresa, pertanto, "si risolve in un criterio tipico di valutazione dell'interesse proprio del soggetto che ha predisposto l'organizzazione per il raggiungimento dei suoi fini"⁴⁷.

A conferma di questa tesi vanno collocate la legge n. 604 del 1966 e l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori che hanno abbandonato il riferimento diretto al concetto di interesse dell'impresa ed hanno preferito rinviare a motivi o ragioni attinenti all'attività produttiva, nelle ipotesi di licenziamento individuale e di trasferimento del lavoratore, i quali costituiscono dei limiti esterni alle prerogative datoriali, "nel senso che i menzionati provvedimenti non sono vincolati ad un fine superindividuale, ma appaiono subordinati alla sussistenza di esigenze tecniche della produzione"⁴⁸.

Si deve negare, quindi, che i poteri dell'imprenditore siano funzionalizzati al raggiungimento di un certo risultato. A tale conclusione si è opposta la corrente dottrinale⁴⁹ che, con riferimento al giustificato motivo

⁴⁴ Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA L., *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, 1961, pagg. 101 ss..

⁴⁵ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 155.

⁴⁶ GIUGNI G., *op. ult. cit.*, pag. 317.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 156.

⁴⁹ Cfr. in particolare ROMAGNOLI U., *Intervento*, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse*

oggettivo di licenziamento, ha ammesso la prevalenza dell'interesse dell'occupazione dei lavoratori sulle ragioni tecniche e produttive dell'imprenditore. In quest'ottica il bilanciamento tra gli interessi del lavoratore e dell'imprenditore sembrerebbe condurre all'esistenza di un interesse superiore da soddisfare.

Anche questa soluzione non è giuridicamente supportata e supportabile.

La lettura combinata del 1° e del 2° comma dell'art. 41 della Costituzione conduce invece alla più condivisibile affermazione che le esigenze sociali devono essere considerate nei limiti dell'economicità dell'azienda.

Si ribadisce, quindi, ripetere che l'utilità sociale costituisce un limite esterno all'iniziativa economica privata, in considerazione del fatto che la Costituzione "assume implicitamente posizione sul rapporto fra questi due concetti"⁵⁰ assegnando al legislatore la determinazione dei <<programmi e (de)i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica privata possa essere indirizzata e coordinata ai fini sociali>> (art. 41, 3° comma). La norma è rivolta agli organi legislativi e non a quelli giudiziari, dei quali, pertanto, si deve escludere il sindacato sulla conformità dell'attività imprenditoriale alla legge.

Queste affermazioni sono valide anche con riferimento al c.d. diritto al lavoro, il quale non può obbligare l'imprenditore ad "usare l'autonomia in modo da offrire occupazione"⁵¹. La rilevanza sociale del problema

dell'impresa, Milano, 1969, pag. 73.

⁵⁰ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 110.

⁵¹ D'EUFEMIA G., *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano, 1958, pag. 27.

occupazionale rappresenta soltanto “la *ratio* di ulteriori limitazioni delle libertà dei privati, senza imporre fini da conseguire o interessi extra-individuali da curare”⁵².

Una dottrina, nonostante la correttezza delle conclusioni prima raggiunte, ha continuato ad affermare l’esistenza di limiti interni ai poteri imprenditoriali, sui quali sarebbe possibile un controllo giudiziario di merito. La fragilità di questa impostazione teorica è dovuta da un lato all’inconsistenza del suo fondamento giuridico, individuato in figure piuttosto problematiche come gli interessi legittimi, riconosciuti in capo al lavoratore, l’abuso di diritto, le clausole generali di buona fede e correttezza, dall’altro all’assenza di una seria verifica critica dei poteri del datore di lavoro, i quali “si caratterizzano, rispetto a tutti gli altri poteri privati, a ragione di ciò che il loro esercizio determina quella particolare organizzazione che consente la destinazione del lavoro umano al perseguimento di interessi altrui, onde la speciale funzione in vista della quale quei poteri sono attribuiti postula contenuti e limiti particolari” e “sono oggetto di una speciale disciplina legislativa...che, sempre in relazione allo speciale contesto in cui quei poteri sono esercitati, prevede un controllo sindacale, ma non giudiziario”⁵³.

La tutela del lavoratore deve essere, pertanto, affidata al legislatore, da un lato, ed alle organizzazioni sindacali, dall’altro. Se, quindi, possono essere posti ulteriori limiti alla struttura *autoritaria* dell’impresa, essi devono essere esclusivamente di natura legislativa o sindacale e non giudiziale. Ciò significa che non sono previsti limiti interni alle prerogative datoriali, in quanto il

⁵² ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 110.

⁵³ PERSIANI M., *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, pag. 3.

riconoscimento degli stessi presupporrebbe che i poteri del datore di lavoro siano funzionalizzati ad interessi tipici e predeterminati, “rispetto ai quali soltanto ne sarebbe possibile verificare la congruità del modo in cui sono stati esercitati nel caso concreto”⁵⁴.

Il potere datoriale è, pertanto, funzionale alla realizzazione degli interessi propri dell’organizzazione produttiva, secondo specifiche regole economico-aziendali di variabilità e di flessibilità, che devono essere considerate da legislatore allo stesso modo delle istanze dei lavoratori in una prospettiva di contemperamento.

5. Le posizioni <<strumentali>> del lavoratore.

Nella tematica riguardante i limiti dei poteri imprenditoriali, tra logiche privatistiche e modelli pubblicistici, si è collocata in maniera rilevante la discussione sulla tutela delle posizioni <<strumentali>> del lavoratore.

Al di là degli sviluppi teorici che la questione ha suscitato, il primo dato da registrare è che dalla rassegna della vastissima letteratura e giurisprudenza emerge l’assenza di una definizione concettuale di posizione <<strumentale>>. La lacuna evidenzia una certa difficoltà nell’individuazione delle caratteristiche strutturali di tali posizioni. Nella piena consapevolezza di ciò, si possono comunque sottolineare alcuni elementi utili.

Innanzitutto si deve escludere che nell’ipotesi in esame il concetto di strumentalità sia relativo a quegli obblighi o doveri che deriverebbero dall’esercizio dei poteri datoriali⁵⁵. Se si partisse dal mero significato di

⁵⁴ PERSIANI M., *op. ult. cit.*, pag. 33.

⁵⁵ Cfr. SUPPIEJ G., *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Padova, 1957.

<<strumentale>> si giungerebbe all'idea di qualcosa di funzionale ad altro; ed in effetti si tratta di posizioni soggettive del lavoratore che non sono direttamente riferibili alla categoria dei diritti soggettivi, "in quanto non in grado di garantire un certo risultato quale effetto immediato e diretto dell'accertato verificarsi di determinati presupposti di fatto, a prescindere da ogni indagine valutativa da parte del datore di lavoro"⁵⁶.

Un primo passo sulla strada della tutela delle posizioni <<strumentali>> del lavoratore è stato il riconoscimento di interessi legittimi nel diritto del lavoro privato.

Alla fine degli anni '70 sono intervenute alcune sentenze che hanno dimostrato una certa apertura all'ammissibilità degli interessi legittimi nel diritto del lavoro, dietro i suggerimenti della dottrina e nel contesto del dibattito sull'introduzione di tale categoria nel diritto privato. Una sentenza⁵⁷, che ha rappresentato il *leading case* di tale impostazione, è giunta fino alla considerazione che "negare la configurabilità di situazioni del tipo dell'interesse legittimo...significherebbe ignorare l'assetto che il nostro ordinamento dà a taluni fenomeni di organizzazione di collettività e lasciare così notevoli vuoti di tutela".

La possibile esistenza di interessi legittimi nel rapporto di lavoro ha coinciso, quindi, con l'allettante opportunità di fissare sensibili limitazioni all'esercizio dei poteri imprenditoriali, potenziando così la rete di protezione

⁵⁶ ZOLI C., *La tutela delle posizioni*, cit., pag. 5.

⁵⁷ Cass., sez. un., 2 novembre 1979 n°5688, in *GI*, 1980, I, 1, c. 140, con nota di DI MAJO A., *Le forme di tutela civile contro i c.d. <<poteri privati>>*.

degli interessi dei privati⁵⁸.

Tale discussione si è mossa parallelamente a quella riguardante i c.d. poteri privati. Da un punto di vista sociologico si è rilevato che il potere non si estrinseca solo in un “potere di fare qualcosa”, ma anche in un “potere su”⁵⁹; mentre il *potere di* darebbe luogo ad un equilibrio di forze, il *potere su* ne rivelerebbe una eccedenza. Esemplare in questa prospettiva il potere dell’imprenditore.

Possiamo, quindi, giustificare i facili entusiasmi che hanno accompagnato l’ingresso dell’interesse legittimo nel rapporto tra imprenditore e lavoratori in un “continuo emergere di situazioni conflittuali, espressione di una <<lotta>> che non è più soltanto di classe”⁶⁰.

E’ proprio il modello di questo rapporto, ossia di una situazione di disparità in cui versa colui che è sottoposto al potere, che permetterebbe all’interesse legittimo, come tecnica di tutela tipicamente pubblicistica, di accedere sul versante giuridico opposto, cioè quello privatistico.

E’, inoltre, necessario rilevare che una equilibrata composizione degli interessi dell’imprenditore e del lavoratore si giustifica non solo per l’esistenza dei poteri del primo, ma anche per la possibilità di un loro esercizio arbitrario. Il singolo lavoratore non reclama convenienze, assicurategli dall’ordinamento nella forma di diritto-pretesa, ma esige che l’esercizio dei poteri imprenditoriali si adegui a determinati criteri, “il che strumentalmente può

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ DI MAJO A., *Limiti e poteri privati nell’esercizio dell’impresa*, in *RGL*, I, pag.343.

⁶⁰ BIGLIAZZI GERI L., *Osservazioni minime su <<poteri privati>> ed interessi legittimi*, in *RGL*, 1981, I, pag. 259.

anche servire, nel caso, a soddisfare gli interessi sostanziali”⁶¹, quali il diritto ad essere promosso, a non ricevere sanzioni disciplinari inique, *etc.*.

L’intera questione appare, dunque, inscindibilmente legata ad un *quid* di non facile soluzione: il problema della configurabilità degli interessi legittimi nel diritto privato.

6. Gli interessi legittimi⁶² nel diritto del lavoro.

La Corte di Cassazione, nella ormai storica e fondamentale sentenza n. 5688 del 1979⁶³ ha affidato al giudice ordinario la cognizione delle “posizioni di interesse legittimo configurabili nel rapporto di lavoro privato”, non limitandosi al riconoscimento di tale figura nel sistema giusciviltistico, ma riferendosi ad essa come strumento necessario per colmare i vuoti di tutela,

⁶¹ DI MAJO A., *op. cit.*, pag.253.

⁶² Per una ricostruzione sistematica in materia di interessi legittimi si rinvia tra le innumerevoli opere a SCOCA F. G., *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Milano, 1990; GIACCHETTI S., *L’interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *FA*, 1990, pag.1937; ROMANO A., *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *FI*, 1980, V, c. 261; sulla estensibilità degli interessi legittimi nel diritto privato cfr. CHIRONI G.P., ABELLO L., *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1904; BUONCRISTIANO M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986; RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; VENTURA S., *Interessi legittimi, diritto privato, diritto agrario*, in *RDA*, 1958, pag. 201; ZANOBINI G., *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, II, pagg. 705 ss., ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, pagg. 345 ss.; BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; BIGLIAZZI GERI L., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione civile*, Torino, 1995, pag. 549; RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1978, pag. 263; DOSSETTI M., *Lo schema della promessa al pubblico e i concorsi privati*, in *RDC*, 1972, II, pag. 475; RESCIGNO P., *L’abuso del diritto*, in *RDC*, 1965, I, pagg. 205 ss; PERLINGIERI P., *Profili del diritto civile*, Napoli, 1984; FANELLI O., *Limiti dei poteri privati nell’esercizio dell’impresa: profili giurisprudenziali*, Relazione per la giornata di studio organizzata in Salerno il 3 dicembre 1983 dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro <<DOMENICO NAPOLETANO>>, pag.326;

⁶³ Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, cit., c. 440.

determinati dal paventato pericolo che si ignori “l’assetto che il nostro ordinamento da a taluni fenomeni di collettività”.

Appare, quindi, evidente che ogni discorso sull’interesse legittimo nel rapporto di lavoro è ruotato intorno a tale pronuncia, nella piena consapevolezza che non deve essere ignorato il clima sociogiuridico che l’ha accompagnata; è questa “aderenza della giurisprudenza alla vita che le conferisce particolare autorità”⁶⁴.

L’analisi di tale scelta giurisprudenziale deve partire necessariamente dai presupposti giuridici e fattuali della sua genesi.

La linea di partenza è anche in questo caso costituita dal governabilità della discrezionalità imprenditoriale.

Come sopra osservato, il processo normativo di erosione dei poteri datoriali è stato affiancato dallo spirito *pioneristico* di certa giurisprudenza, che ha individuato aree caratterizzate ancora da un certo margine di discrezionalità e verificato se la posizione di chi vi è sottoposto sia tutelata o possa legittimamente aspirare ad una tutela.

Il problema si è posto in maniera concreta in materia di promozioni a scelta. La giurisprudenza⁶⁵ aveva ripetutamente affermato che la discrezionalità dell’imprenditore rispetto ai dipendenti interessati alla promozione li poneva in una posizione qualificabile come interesse semplice o di mero fatto, privo di tutela giuridica.

⁶⁴ CARNELUTTI F., *Trattato del processo civile*, Napoli, 1958, pag.147.

⁶⁵ cfr. Cass. 20 settembre 1977, n.4029, in *MFI*, 1977; Cass. 26 aprile 1977, n. 1601, *ivi*; Cass. 9 giugno 1978, n.2921, *ivi*, 1978; Cass. 29 agosto 1979, n. 4721, *ivi*, 1979; Cass. 22 settembre 1979, n. 4915, *ivi*; Cass. 9 ottobre 1979, nn. 5204 e 5207, *ivi*; Cass. 5 febbraio 1980, n. 824, *ivi*, 1980.

Il “*new deal*”⁶⁶ della giurisprudenza di legittimità ribalta quest’ultima affermazione e costituisce perciò, nel suo genere, una vera e propria “rivoluzione copernicana”⁶⁷, rappresentando per taluno⁶⁸ uno degli aspetti più salienti del diritto del lavoro.

Il principio contenuto nella sentenza n. 5688/2.11.79 risulta così *crystallizzato*: “(r)ientra nella giurisdizione del giudice ordinario, che può esaminare le posizioni di interesse legittimo configurabili nel rapporto di lavoro privato, la cognizione della domanda del funzionario di cassa di risparmio diretta ad ottenere la dichiarazione di illegittimità e di nullità della delibera di promozione a dirigenti di altri dipendenti di pari grado, che si assume adottata dall’ente senza considerare la posizione dell’attore sebbene in possesso dei titoli poziori di quelli dei promossi, nonché il riconoscimento del diritto alla promozione, con decorrenza dalla data della delibera stessa, ed ai relativi emolumenti”⁶⁹.

Un’attenta esegesi della sentenza non può ignorare un dato di fondo e cioè che il riconoscimento di posizioni soggettive qualificabili come interessi legittimi è avvenuto nel rapporto di lavoro presso enti pubblici economici⁷⁰, i quali, pur svolgendo un’attività di natura imprenditoriale⁷¹, sono caratterizzati

⁶⁶ FANELLI O., *op. ult. cit.*, pag. 333.

⁶⁷ FANELLI O., *op. ult. cit.*, pag. 334.

⁶⁸ FRANCESCHELLI M., *Il giudice e il sindacato*, in RIDL, 1982, II, pag. 906.

⁶⁹ Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n.5688, cit., c. 440.

⁷⁰ . MAZZOTTA O., *Enti economici e concorsi privati: alla ricerca di una regola di diritto*, in RIDL, 1987, I, pag. 66

⁷¹ In dottrina si ritiene che la nozione di ente pubblico economico debba essere limitata a quelli che siano titolari di un’impresa con esclusione degli altri enti che, non svolgendo attività

da ampi residui pubblicistici.

L'evoluzione legislativa del rapporto di impiego presso tali enti è stata tracciata con sufficiente chiarezza dalla dottrina, in un contesto di costante, progressiva ed inevitabile privatizzazione.

La disciplina di tale materia ha conosciuto alterne vicende.

In un primo periodo compreso tra il 1865 e il 1926 era opinione comune⁷² che, ai sensi della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, i diritti soggettivi nel rapporto di pubblico impiego appartenessero alla cognizione del giudice ordinario, mentre gli interessi legittimi fossero tutelabili davanti all'autorità amministrativa; ma nel 1889 con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato si finì con il conferire tutela giurisdizionale anche agli interessi legittimi. Il r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 affidò ogni controversia relativa ai rapporti di pubblico impiego alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, limitatamente al controllo di legittimità.

Quanto così disposto dal legislatore del tempo valse anche per gli enti

imprenditoriali, intervengono nell'economia con funzioni autoritative o di ausilio all'attività economica. "Il comprendere fra gli enti pubblici economici anche quelli che intervengono nel mondo economico in veste diversa da quella di gestori di impresa renderebbe generica la relativa nozione e, in conseguenza, di scarsa utilità". OTTAVIANO V., *Ente pubblico economico*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. VI, Torino, 1991, pag. 88.

⁷² cfr. SALANDRA F., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1915, pagg. 21 ss.; VITTA C., *Diritto amministrativo*, II, Torino, 1950, pag. 545.

pubblici che svolgevano attività economiche. In un secondo momento, caratterizzato dal passaggio dallo Stato liberale a quello dittatoriale fascista, fu approvata la legge del 3 aprile 1926 n. 563 ed emanato il successivo decreto di attuazione del 1 luglio 1926 n. 1130, con i quali fu negato il riconoscimento giuridico alle associazioni professionali tra dipendenti dello Stato, Province, Comuni ed Istituzioni pubbliche di beneficenza (art.11, comma 1) e di ogni altro ente pubblico. L'esistenza del divieto di associazione sindacale trovava motivazione nel fatto che era inconcepibile riconoscere giuridicamente la difesa di determinate categorie contro enti che rappresentavano l'interesse generale.

L'ulteriore fase, compresa tra il 1926 ed il 1938, si caratterizzò per una serie di provvedimenti che introdussero alcune eccezioni al divieto di inquadramento sindacale, fino a quando la legge 16 giugno 1938 n. 1303 revocò "il divieto di inquadramento per gli enti pubblici, comunque denominati, operanti nel campo della produzione e svolgenti un'attività esclusivamente e prevalentemente economica"⁷³. In questo periodo emersero i primi dubbi sull'esatta natura del rapporto di impiego e di lavoro con tali enti, considerata la loro posizione paritaria determinata dal contratto collettivo, e sulla devoluzione al giudice amministrativo delle relative controversie. Alle modifiche sul piano sostanziale dovevano seguire gli opportuni adeguamenti sotto il profilo processuale, trasfusi nella legge 25 febbraio 1941 n. 254 e,

⁷³ La disciplina di cui si tratta trovò una chiara anticipazione in materia di Istituti di credito nel r.d. 12 marzo 1936, n. 375, nel r.d. 15 febbraio 1937 n. 316, convertito nella legge 16 giugno 1938 n. 1206, nel r.d. 12 agosto 1937 n. 1757 ed il d.m. 23 ottobre 1937, i quali estesero la possibilità di inquadramento sindacale agli Istituti di credito pubblici, eliminando così una vistosa difformità di trattamento rispetto a quelli privati.

quindi, nell'art. 429 n. 3 c.p.c., che affidò al giudice del lavoro la cognizione delle controversie dei dipendenti di enti economici⁷⁴, partendo dalla considerazione privatistica del relativo rapporto di lavoro. Soppresso l'ordinamento corporativo si sollevarono forti dubbi sull'abrogazione dell'art. 429 n. 3 c.p.c. .

Secondo il Consiglio di Stato, poiché non esistevano più le associazioni sindacali comprese in tale norma, sui relativi rapporti di impiego doveva essere chiamato a decidere il giudice amministrativo⁷⁵. Al contrario la Cassazione, dopo alcune oscillazioni⁷⁶, dapprima con la sentenza 5 agosto 1946 n. 1076⁷⁷, poi con quella del 6 agosto 1946 n. 1089⁷⁸ considerò in vigore l'art. 429 n. 3 c.p.c..

Questo “increscioso contrasto di vedute”⁷⁹ si esaurì solo quando, in seguito alla legge 6 dicembre 1971 n. 1034, relativa all'Istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali, e alla legge 11 agosto 1973 n. 533 sul nuovo

⁷⁴ Durante la riunione della Commissione della Giustizia della Camera, svoltasi il 6 febbraio 1941, il relatore on. Fodale affermò che “l'inquadramento sindacale segnava il punto discreto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa”. Cfr. *Le leggi*, 1941, pag. 408.

⁷⁵ Cfr. Cons. di St., ad. plen., 21 novembre 1949, n. 3, in *FI*, 1950, III, c. 38; Cons. di St., sez. VI, 4 luglio 1969, n. 339, in *FA*, 1969, I, 2, c. 792.

⁷⁶ Ci si riferisce in particolare alla sentenza Cass., sez. un., 27 marzo 1945, n. 193, in *FI*, 1946, I, c.124, in cui la Corte si espresse a favore della tacita abrogazione dell'art. 429 n. 3 c.p.c., in quanto incompatibile con il nuovo ordine giuridico.

⁷⁷ Cass. 5 agosto 1946, n. 1076, in *RFI*, 1946, c. 172.

⁷⁸ Cass. 6 agosto 1946, n. 1089, in *FI*, 1946, I, c. 665.

⁷⁹ RIZZO G., *La giurisprudenza sugli interessi legittimi*, Relazione per la giornata di studio organizzata in Salerno il 3 dicembre 1983 dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro << DOMENICO NAPOLETANO >>, pag. 347.

processo del lavoro, il Consiglio di Stato si adeguò all'orientamento della giurisprudenza della Cassazione⁸⁰. Infatti, ex artt. 409 c.p.c., n. 4, e 37 dello Statuto dei lavoratori, il giudice del lavoro è competente a conoscere le controversie relative ai “dipendenti di enti pubblici che svolgono esclusivamente e prevalentemente attività economica”.

La *pietra angolare* di tale costruzione giurisprudenziale è stata posta intorno al tema dell'esercizio del potere disciplinare e dei concorsi per assunzioni e promozioni presso enti pubblici economici, secondo un ragionamento che la Corte ha esteso anche ai datori di lavoro privati.

Infatti, sulla base delle considerazioni della dottrina, la quale, avendo indicato l'interesse legittimo come una posizione soggettiva di vantaggio riferita ad interessi di gruppo o meglio di entità superindividuali, tutelata *mediatamente* in forza dell'appartenenza del soggetto titolare ad una determinata organizzazione, si è ritenuto che la figura in esame avesse un particolare significato nella fattispecie della promessa al pubblico e generalmente in quegli istituti nei quali chi ha diritto ad una certa prestazione deve essere individuato successivamente alla disposizione, “...in base a regole e modalità prestabilite, la prima delle quali è rappresentata proprio dalla delimitazione della cerchia dei possibili destinatari”⁸¹; in queste ipotesi sussiste una situazione di concorrenza contestualmente ad una situazione di coincidenza di interessi, affinché sia scelto uno degli appartenenti a quella “cerchia”, come nel concorso pubblico.

Secondo la Corte, la questione relativa alla configurabilità degli interessi

⁸⁰ Cfr. Cons. di St., ad. plen., 8 luglio 1975, n. 9, in *DL*, 1976, II, c. 61.

⁸¹ DOSSETTI M., *op. ult. cit.*, pag. 478.

legittimi è stata sempre prospettata “nell’ottica della residua configurabilità in capo al dipendente già pubblico di una posizione connessa all’esercizio da parte della pubblica amministrazione di quella potestà di gestione pubblica del rapporto che è propria, appunto, dell’impiego pubblico..., anziché nell’ottica della configurabilità di un interesse legittimo nel diritto privato ed, in particolare, di una posizione del dipendente connessa alla discrezionalità imprenditoriale”⁸².

Nella distinzione tra provvedimenti di organizzazione e provvedimenti applicativi incidenti sullo *status* e sulla carriera degli impiegati, di cui si è già detto, e nelle premesse dottrinali riferibili al concetto di potere privato “come potere preminente(mente) collegato a fenomeni di organizzazione di collettività” poggia il ricorso alla nozione di interesse legittimo “come elemento essenziale di una strumentazione protettiva dell’interesse dei soggetti passivi del potere, strumentazione attuata appunto mediante l’assoggettamento dell’esercizio di questo a regole e mediante l’attribuzione ai soggetti passivi di un controllo suscettivo di provocare un sindacato giurisdizionale, sull’osservanza, nell’esercizio del potere, delle regole in parola”.

Inoltre, secondo la Corte, non sussisterebbe una incompatibilità concettuale tra questa visione del problema e l’impostazione generalmente paritetica dell’intero diritto privato, al quale sembrerebbero più coerenti le tecniche garantistiche del rapporto.

Se, quindi, la tecnica pubblicistica dell’interesse legittimo è meno rigida di queste ultime ed è inevitabilmente collegata a taluni fenomeni di collettività,

⁸² Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, cit., c. 2552.

altrimenti ignorati, quali la famiglia, i fatti associativi, ecc., la Corte non si spiega perché, a fronte dell'esercizio di alcuni poteri discrezionali del datore di lavoro, "nel lavoro privato dei dipendenti da enti pubblici economici, relativamente alla medesima materia, si dovrebbe configurare una discrezionalità pubblica del datore di lavoro ed in relazione a tale presupposto ipotizzare un vuoto di tutela giurisdizionale ovvero un vuoto non colmabile se non mediante il ricorso al giudice amministrativo". Tutto ciò apparirebbe evidente in materia di sanzioni disciplinari, di assunzioni e di promozioni. Rispetto a queste ultime la Corte ha proposto una bipartizione, giustamente considerata "del tutto arbitraria"⁸³, tra il caso in cui debbano essere effettuate nell'interesse aziendale e quello in cui debbano essere realizzate nell'interesse dei lavoratori.

Nella ipotesi, che la Corte ricollega all'esercizio del potere disciplinare, sarebbe valida una costruzione di tipo parapubblicistico⁸⁴, contrassegnata da note di discrezionalità del potere privato e dalla fissazione di procedimenti e di criteri necessari per il suo esercizio, la cui esistenza comporta che detto potere sia soggetto a regole di azione poste a tutela dei lavoratori e che, quindi, sia sindacabile dal giudice.

La verifica giudiziale deve, infatti, riguardare la conformità delle sanzioni disciplinari alla contrattazione collettiva ed al criterio codicistico di proporzionalità alla gravità dell'infrazione (art. 2106 c.c.), il rispetto delle forme procedurali disposte dall'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori, l'osservanza del principio, *crystallizzato* agli articoli 1175 e 1375 del codice

⁸³ ZOLI C., *La tutela delle posizioni*, cit., pag. 95.

⁸⁴ *Ibidem*.

civile, della correttezza e della buona fede , “ in relazione alla previsione sia di posizioni passive che di posizioni attive dei soggetti di una relazione sociale giuridicamente rilevante”⁸⁵, ed, infine, i criteri di scelta in materia di promozioni, contenuti nei contratti collettivi e nei regolamenti di personale.

Non è apparso, però, corretto che tali regole fossero qualificate come norme di azione, in quanto sembrerebbero dirette “a tutelare l’interesse dei soggetti contrapposti al titolare del potere e a disciplinare il rapporto tra costoro, piuttosto che regolare l’attività del datore di lavoro”⁸⁶. Ma anche configurando come norme di azione quelle riguardanti la composizione di organi per l’adozione di specifici provvedimenti, il riferimento alla categoria degli interessi legittimi non sarebbe corretto, perché nel caso in cui l’atto sia compiuto da un organo incompetente emerge una situazione di carenza di potere rispetto alla quale gli interessati vantano un diritto soggettivo; in questo caso si dice che manca “quella <<discrezionalità funzionalizzata>> tipica del potere pubblico”⁸⁷.

Nel caso in cui la scelta debba avvenire nell’interesse preminente del lavoratore o per risolvere un conflitto di interessi tra i lavoratori che aspirino alla promozione, la Corte ritiene prevalente la tecnica del rapporto, caratterizzata “dall’attribuzione alle parti di situazioni attive e passive pariteticamente contrapposte”⁸⁸. Ne deriva, pertanto, una concezione di attività imprenditoriale “come oggetto di un’obbligazione...dell’imprenditore

⁸⁵ Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, cit., c. 2553.

⁸⁶ ZOLI C., *op. ult.cit.*, pag. 95.

⁸⁷ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 96.

⁸⁸ Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, cit., c. 2554.

verso il lavoratore in conflitto di interesse con lui e/o con gli altri aspiranti a promozione”.

L'esistenza degli interessi legittimi risulterebbe così legata a due metodi teoricamente inconciliabili, ma ricondotti sul versante pratico ad unità attraverso il riferimento a principi comuni. Così se da un lato il sindacato del giudice ordinario può modellarsi su quello del giudice amministrativo, estendendosi “anch'esso alla rilevazione di forme di eccesso di potere, come quando, ad esempio, si deduce che la sanzione disciplinare è stata inflitta dall'imprenditore allo scopo di raggiungere, in tal modo, un risultato che sarebbe stato impossibile o disagevole realizzare per altra via, ovvero si prospettino ipotesi di arbitrarietà o iniquità manifesta”, dall'altro, si riconosce “l'ampia operatività del principio di correttezza, in quanto da esso sono desumibili regole di azione sia rispetto all'esercizio di un potere che rispetto all'adempimento di un dovere...al fine di rendere possibile la repressione degli abusi (nel primo caso)” e delle elusioni (nel secondo caso)⁸⁹.

L'ambiguità manifestata dalla Corte investe anche la tematica (*sic*) fondamentale dei rimedi processuali. Si è ripetuto più volte che la questione affrontata dalla Corte era riconducibile essenzialmente ad una esigenza di tutela; nonostante ciò il problema dei rimedi è stato posto in secondo piano, “benché la sua soluzione costituisca l'aspetto più rilevante”⁹⁰. Una giustificazione plausibile potrebbe derivare dal fatto che la Corte si è occupata della questione in via incidentale; infatti, essa, dopo aver illustrato la propria teoria sugli interessi legittimi, ha voluto salvaguardare le proprie conclusioni,

⁸⁹ Cfr. Cass., sez. un., 29 ottobre 1980, n. 5800, in *GC*, 1981, I, pag. 524.

⁹⁰ *ZOLI C.*, *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, in *GC*, 1984, II, pag. 439.

affermando che esse non hanno validamente resistito alla “considerazione che nel diritto privato non sempre il sindacato sull’esercizio del potere può realizzarsi mediante la misura dell’annullamento di atti che è consueta al sindacato sull’esercizio del potere pubblico, ma più spesso si realizza mediante misure che vanno dalla pronuncia di nullità di atti all’accertamento di abusi come illeciti e alla condanna al risarcimento del danno, né alla considerazione che, siccome alcune prestazioni dovute si ritengono infungibili e pertanto incoercibili, la tutela contro l’inadempimento si attua anche qui più spesso mediante le misure dell’accertamento dell’illecito contrattuale e della condanna al risarcimento del danno”⁹¹. Da questo rilievo qualcuno⁹² ha *timidamente* dedotto il riconoscimento giurisprudenziale della risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi.

La Corte è stata costretta a ricorrere ora all’individuazione degli atti, ora al risarcimento del danno, ignorando che una corretta scelta del rimedio processuale è diretta conseguenza dell’esatta individuazione del contenuto sostanziale degli interessi legittimi⁹³; infatti, è apparso chiaro che l’incertezza relativa alle forme di tutela è direttamente proporzionale all’imprecisa definizione dei caratteri e della struttura di una situazione giuridica, rapportata alle norme sostanziali⁹⁴.

Ma anche ammettendo il riconoscimento degli interessi legittimi nel diritto privato, ciò sarebbe possibile soltanto attraverso una loro

⁹¹ Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, cit., c. 2550.

⁹² Cass., sez. un., 2 novembre 1979, in *FI*, 1979, con nota di BARONE C. M., c. 2550.

⁹³ DI MAJO A., *Limiti ai poteri privati nell’esercizio dell’impresa*, in *RGL*, 1983, I, pag. 111.

⁹⁴ IANNOTTA L., *op. ult. cit.*, pag. 87.

configurazione, appunto, privatistica; pertanto l'unico rimedio esperibile sarebbe l'azione per il risarcimento dei danni, non potendosi ricorrere a forme di invalidazione degli atti, con i quali viene esercitato il potere, "considerato il carattere rigoroso e non passibile di estensione riconosciuto a tale rimedio in questo ramo dell'ordinamento"⁹⁵.

Se, invece, si preferisca il modello pubblicistico dell'interesse legittimo, le azioni esperibili sarebbero proprio quelle di annullamento, poiché sembra consolidato il principio della irrisarcibilità della lesione di interessi legittimi⁹⁶.

Una via diversa potrebbe essere seguita alla stregua della teoria della *atipicità dell'illecito*, in base alla quale si accoglierebbe una concezione piuttosto ampia di danno ingiusto, tale comprendere ogni lesione di interesse protetto, anche se non tutelato da una norma specifica⁹⁷.

Un'altra strada percorribile è costituita dal risarcimento per perdita di una *chance*⁹⁸, anche se con riferimento a questa ipotesi emerge con chiarezza la

⁹⁵ ZOLI C., *La tutela delle posizioni*, cit., pag. 99.

⁹⁶ Cfr. AA.VV., *La responsabilità per lesioni di interessi legittimi*, in *FA*, 1982, I, pag. 1671; ALPA G., BESSONE M., *Atipicità dell'illecito*, II, Orientamenti della giurisprudenza, Milano, 1981, II, pagg. 219 ss.; AA.VV., *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965; CAPACCIOLI E., *Interessi legittimi e risarcimento del danno*, Milano, 1963; si veda *contra* SCOGNAMIGLIO R., *In tema di risarcibilità di danni derivanti da lesione di interesse legittimi da parte della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti Giuridici*, I, 1991, pagg. 521 ss..

⁹⁷ Cfr. RUFFOLO U., *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, I, *Profili di tutela individuale*, Milano, 1979, pagg. 125 ss.; GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *CeI*, 1985, pagg. 1 ss..

⁹⁸ Cfr. BUSNELLI F. D., *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *FI*, 1965, V, c. 47 ss.; CAPPAGLI E., *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in

mancanza di un nesso tra costruzione giurisprudenziale della situazione giuridica e sanzione applicata nel caso concreto; infatti, anche nel caso di risarcimento del danno per perdita di una *chance*, le posizioni giuridiche sono state qualificate come diritti soggettivi.

7. Dagli interessi legittimi alle clausole generali: per una tutela effettiva.

L'operazione di *trapianto* degli interessi legittimi è stata vista come tentativo di incoraggiare “lo sviluppo e l'estensione dei territori da conservare e da acquisire alle aree del diritto privato”, senza obliterare valori fondamentali quali quelli della persona in ragione delle “ricorrenti tentazioni dell'autorità”⁹⁹.

Tuttavia, uno dei maggiori fautori della teoria degli interessi legittimi nel diritto privato ha negato loro uno spazio in materia di concorsi e promozioni¹⁰⁰, distinguendo ¹⁰¹ tre ipotesi: il caso in cui il datore di lavoro, scelto un certo criterio proceda con assoluta libertà valutativa; quello in cui lo stesso proceda con una valutazione “meramente tecnica”; quello, infine, in cui egli proceda con un apprezzamento “tecnicamente discrezionale”. Nella prima ipotesi non vi sarebbe un interesse giuridicamente rilevante; nella

GC, 1984, I, pagg. 1841 ss.; PRINCIGALLI A. M., *Perdita di chances e danno risarcibile*, in RCDP, 1985, pagg. 315 ss..

⁹⁹ DELL'UTRI M., *Poteri privati, interessi legittimi e forme di tutela*, in RDC, 1997, pag. 71.

¹⁰⁰ BIGLIAZZI GERI L., *Osservazioni minime su <<poteri privati>> ed interessi legittimi*, in RGL, 1981, I, pag. 260. L'autrice definisce “sconvolgente” la sentenza n. 5688\1979, affermando che “quando ci si trova di fronte a costruzioni che parrebbero meritare il carattere di novità solo perché elaborate senza tenere conto sino in fondo di certi precedenti, la tentazione di replicare diventa, ad un certo punto, irresistibile”; BIGLIAZZI GERI L., *Interesse legittimo (diritto privato)*, cit., pag. 559

¹⁰¹

seconda si configurerebbe un diritto soggettivo; nell'ultima sussisterebbe un interesse legittimo. Ma la S.C.¹⁰² è stata pronta ad affermare che quando “il bando di concorso interno indetto per l'attribuzione di una qualifica dirigenziale riservi al datore di lavoro non la semplice attribuzione di un punteggio con totale libertà di apprezzamento, bensì la valutazione comparativa, sia pure discrezionale di determinati requisiti in relazione all'espletamento dei compiti della qualifica predetta, i candidati hanno un diritto soggettivo al compimento effettivo di tale valutazione secondo i criteri generali di correttezza e buona fede”.

Tale assunto è stato supportato dalla stessa giurisprudenza successiva che ha spostato il problema della sindacabilità esterna dei poteri dell'imprenditore dalla tecnica dell'interesse legittimo a quella del rapporto e del conseguente possibile uso delle clausole generali di buona fede e correttezza.

Del resto, l'uso dell'interesse legittimo nel diritto del lavoro privato si dimostra pericoloso, implicando “il rischio che, attraverso il fenomeno dell'affievolimento dei diritti soggettivi, (si) finisca per indebolire la tutela delle posizioni individuali”¹⁰³; una dottrina piuttosto risalente si era espressa in questo senso in termini di “attentato alla sfera giuridica del lavoratore”¹⁰⁴.

Il *trapianto* di tale figura nel sistema giusciviltistico comporta, poi, una perdita dei suoi *cromosomi*: “...una nozione giuridica che possieda precisi

¹⁰² Cass., 13 giugno 1991, n. 6657, in *MGC*, 1991, pag. 874.

¹⁰³ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 55.

¹⁰⁴ MANCINI T., *Brevi considerazioni in tema di ammissibilità della categoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, in *GC*, 1966, IV, pag. 6.

caratteri perde la propria identità se viene privata dei suoi tratti distintivi”¹⁰⁵, considerando che la nozione di interesse legittimo nel diritto privato è strumentale alla soluzione di problemi differenti da quelli di diritto amministrativo¹⁰⁶.

Se è, comunque, vero che nel diritto privato esistono alcune posizioni individuali che hanno “una certa dinamica interna assimilabile a quella dell’interesse legittimo”¹⁰⁷e cioè “fondate su utilità strumentali rispetto ad interessi finali”¹⁰⁸, non garantiti sul piano del soddisfacimento, non è possibile giustificare con questo l’estensione dell’interesse legittimo, la quale da come implicita la sussistenza di due condizioni: la funzionalizzazione dei poteri imprenditoriali all’utilità pubblica, da un lato, e l’affievolimento delle posizioni individuali oltre i casi tassativi legislativamente previsti, dall’altro.

E’ preferibile, pertanto, parlare di *diritti soggettivi speciali* o meglio di *diritti soggettivi al corretto esercizio del potere altrui*, i quali, pur avendo in comune con gli interessi legittimi il fatto di costituire delle posizioni inattive, caratterizzate dall’esistenza di una preclusione per il titolare di modificare una situazione preesistente con un atto di volontà, se ne differenziano per il fatto che “possono essere fatte valere, anche se non è assicurato il soddisfacimento dell’interesse finale, estraneo ed ulteriore rispetto al loro contenuto”¹⁰⁹. E’

¹⁰⁵ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 55.

¹⁰⁶ CANNADA BARTOLI E., *Interesse legittimo (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1972, XXII, pag. 25.

¹⁰⁷ MAZZIOTTI F., *Intervento*, in *Limiti ai poteri privati nell’esercizio dell’impresa*, Atti del Convegno di Salerno del 3 dicembre 1983, pag. 86.

¹⁰⁸ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 126.

¹⁰⁹ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 129.

stata di questo avviso la stessa giurisprudenza di Cassazione, pur con qualche oscillazione. Infatti, in una sentenza del 1992¹¹⁰, la Suprema Corte, ribadendo la sindacabilità sul corretto esercizio dei poteri privati ha affermato che “quando la disciplina, anche contrattuale, del rapporto di lavoro garantisca la promozione a categoria, grado o classe superiore quale effetto diretto ed immediato di determinati presupposti di fatto, di cui sia accertata l’esistenza indipendentemente da ogni potere valutativo del datore di lavoro, deve essere ravvisato un diritto soggettivo del lavoratore alla promozione, mentre l’eventuale potere discrezionale del datore in materia può essere sindacato dal giudice solo in caso di esercizio illegittimo o manifestamente arbitrario (suole parlarsi in questo caso di mero interesse legittimo di diritto privato di cui è titolare il lavoratore)”.

D’altra parte, la stessa Corte di Cassazione ha evidenziato la natura contrattuale dei poteri del datore di lavoro, affermando che “(è) vero che al diritto potestativo si correla non un obbligo in senso tecnico, ma una soggezione, ma non per questo si è fuori dallo schema del rapporto giuridico, perché si fronteggiano pur sempre una situazione attiva, riconducibile alla categoria generale del diritto soggettivo, ed una passiva a sua volta inquadrabile nella figura del dovere giuridico”; si esclude, quindi, qualsiasi analogia con gli schemi pubblicistici, in base ai quali il potere è relato ad una situazione soggettiva attiva, l’interesse legittimo.

Per la Corte “...si è realmente fuori dalla prospettiva del rapporto giuridico”¹¹¹.

¹¹⁰ Cass., sez. lav., 22 ottobre 1992, n. 11525, cit..

¹¹¹ Cass., sez. lav., 7 dicembre 1991, n. 13187, cit..

Tra il *mare magnum* delle contraddizioni la prospettiva più plausibile rimane, allora, quella di riporre *nel cassetto della storia* la tecnica pubblicistica dell'interesse legittimo, preferendo ad essa l'uso delle clausole generali di buona fede e correttezza, quali strumenti di governabilità e sindacabilità dei poteri imprenditoriali e regolamentazione integrativa del contratto.

Capitolo 2

CLAUSOLE GENERALI, RAPPORTO DI LAVORO E TECNICHE DI TUTELA

1. La discussione intorno alle clausole generali.

Le clausole generali se, da un lato, salvaguardano l'orizzonte privatistico in cui le tutele sembrerebbero realizzarsi con maggiore efficacia e coerenze sistemica, dall'altro confortano la dimensione pur sempre *comunitaria* della disciplina lavoristica, nella quale convivono interessi individuali ed interessi collettivi.

Le innumerevoli difficoltà concettuali e pratiche intorno al tema sono ben testimoniate dall'ampia rassegna di opinioni, talvolta anche vivaci e contrastanti, che hanno attraversato la stessa storia del diritto moderno, che trovano fondamento anche sotto questo profilo nel sistema giuridico romanistico¹. La *Kasuistische Gesetzgebung*, cioè la legislazione per regole contenenti una costruzione casistica delle fattispecie, non può per sua natura costituire sempre uno specchio fedele di tutte richieste che si affacciano dal

¹ In particolare con riferimento al concetto di buona fede si vedano BONFANTE P., *La giusta causa dell'usucapione e il suo rapporto con la <<bona fides>>*, in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918; ID., *Essenza della <<bona fides>> e suo rapporto con la teoria dell'errore*, in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918.

mondo economico e sociale.

Le *Generalklausern* sono invece “quelle forme della fattispecie, che in virtù della loro generalità possono disciplinare un ampio numero di casi, ovviando all’inconveniente...di determinare diacronicamente lacune, via via crescenti”².

Le clausole generali rappresenterebbero, quindi, “un’eccedenza di contenuto assiologico rispetto alle altre disposizioni legislative del sistema”, lasciando il giudice non al mero arbitrio, ma a “giudizi fondati su regole o criteri della morale o del costume, ovvero propri di determinate cerchie sociali, o discipline o arti o professione”³. Esse “impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione”⁴, svincolandosi da un modello decisorio predeterminato normativamente.

Si può, quindi, affermare che le clausole generali sono caratterizzate da un certo grado di incompletezza, non avendo una propria fattispecie e andandosi a concretizzare in altre disposizioni cui esse sono collegate: si pensi ad esempio alla clausola contenuta dall’articolo 1175 del codice civile nell’ambito della disciplina delle obbligazioni.

Il dibattito intorno alle clausole generali muove dall’esigenza di assicurare un continuo e vivo rapporto tra sistema giuridico e società in un complicato e turbolento sfondo di mutamenti.

In questo quadro il giudice costituirebbe un *prezioso filtro* tra complesso

² GUARNIERI A., *Clausole generali*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile*, II, Torino, 1988, pag. 403.

³ BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, pag. 154.

⁴ MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, pag. 10.

sociale e complesso giuridico, cosicché la questione sulle clausole generali verrebbe a coincidere con quella relativa ai limiti del potere giudiziario; l'impiego di clausole generali potrebbe *aprire la porta* al *decisionismo giudiziario*⁵. Dawson⁶ ha sottolineato in questo senso come le questioni centrali relative al potere creativo del giudice si debbano riferire a quelle relative a “*objectives and limits*”, cioè al controllo su tale potere.

Il problema della discrezionalità giudiziale muta evidentemente di carattere e di prospettiva in rapporto ai cambiamenti storico-politici.

Infatti, in un ordinamento monista e autoritario come quello fascista il giudice costituiva un “semplice lettore ed esecutore di un'autorità che esprime(va) se stessa nella legge come in qualsiasi altro atto pubblico”⁷; nell'ordinamento costituzionale, invece, il giudice si trova su un piano di più pregnante responsabilità di fronte ad una società aperta, le cui tensioni non sempre trovano nei provvedimenti normativi una soluzione definitiva⁸.

Non sorprenda, quindi, se nell'ordinamento nazista le clausole generali hanno teso al rafforzamento del potere esecutivo, quale unico interprete delle necessità del *popolo*⁹.

⁵ DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in RCDP, 1984, pag. 547.

⁶ DAWSON R. M. G., *The general clauses, viewed from a distance*, in *Rabels Zeitschrift*, 1977, pag. 444.

⁷ ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, pag. 139.

⁸ DAWSON si esprime in termini di “*enormous variety of human situations, dislocations, aberrations, that no one imagined before*”; cfr. *op. ult. cit.*, pagg. 447-448.

⁹ Il nazismo è stato considerato l'età delle clausole generali, in quanto tutti i concetti indeterminati furono intesi incondizionatamente in senso nazionalista. L'impiego delle clausole generali, ad esempio, permise ai giudici tedeschi di considerare come motivo di legittimo di

Nel nuovo ordinamento fallita la prevedibilità e la possibilità di normativizzare le molteplici variabili della vita sociale proietta le clausole generali in una collocazione funzionale più consona, in quanto costituenti dei rimedi efficaci ai mali dell'inflazione legislativa.

Sotto questo profilo un illustre studioso¹⁰ ha sostenuto che ad un'accresciuta normazione segue una diminuzione costante del rigido condizionamento del giudice di fronte ad un complesso di leggi non più così ridotto numericamente come in passato.

L'opera interpretativa dei giudici esalterebbe, quindi, le clausole generali quali "organi respiratori che già la legislazione possiede per poter vivere e conservarsi"¹¹, con il risultato di una maggiore apertura dell'ordinamento giuridico verso la società e di una più efficace risposta "alle discontinuità che possono prodursi nel futuro"¹²: "una legislazione per principi guarda al diritto *in progress*"¹³.

Questo significa che il legislatore deve indicare dei criteri di massima, onde evitare che una stretta tipizzazione delle posizioni soggettive e delle norme di comportamento si risolva nell'escludere la tutela delle situazioni di fatto non previste.

Infatti, la legislazione analitica si dimostra progressivamente inadatta al crescente dinamismo sociale, incapace non solo di anticipare giuridicamente il

licenziamento l'esercizio di attività sovversive, anche se anteriore al nuovo ordinamento nazionale.

¹⁰ RODOTA' S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *RDCo*, 1967, I, pag. 94.

¹¹ POLACCO V., *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Opere minori*, II, Roma, 1919, pag. 10.

¹² RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, pag. 715.

¹³ DI MAJO A., *Clausole generali*, cit., pag. 569.

futuro con un'impronta visionaria, ma addirittura di farsi superare dal presente in susseguirsi di cambiamenti che rendono la norma obsoleta alla stregua di un qualsiasi altro prodotto.

Ma se ci si chiede se “*l'acceptation d'un avenir changeant est-elle un devoir du législateur*”¹⁴, sembra che una risposta ragionevole si trovi nella realtà stessa delle cose, “nel diversificarsi stesso delle tecniche legislative che dovrebbero consentire al diritto di controllare il tempo, di dominare la dimensione del futuro”¹⁵. In questo nuovo orizzonte temporale le clausole generali darebbero senso “all'essere del tempo giuridico, dove il presente ingloba il futuro”¹⁶.

L'utilizzo delle clausole generali comporterebbe una seria modifica del tradizionale sistema delle fonti del diritto, in quanto sarebbe rivalutato il c.d. diritto giurisprudenziale, cui sarebbe attribuita l'importante funzione di assegnare al concetto giuridico espresso genericamente dalle legge un concreto significato.

La necessità di un giudice interprete e creatore del diritto era stata già invocata in passato da Calamandrei¹⁷, affinché non si depauperasse il lavoro delle giurisdizioni di equità in materia di lavoro, dei giudici, cioè che attingevano dalla *coscienza sociale* le norme giuridiche in formazione.

Le pur datate ma illuminanti considerazioni dello studioso esprimono

¹⁴ CARBONNIER J., *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Le notions à contenu variable en droit*, a cura di Perelman e Vander Els, Bruxelles, 1984, n. 107.

¹⁵ RODOTÀ S., *Le clausole generali*, in *Contratti in generale* diretto da Alpa G. e Bessone M., I, Torino, 1991, pag. 393.

¹⁶ RODOTÀ S., *op. ult. cit.*, pag. 396.

¹⁷ CALAMANDREI P., *Il programma di politica giudiziaria dei socialisti tedeschi*, in *RDCo*, 1922, I, pag. 164.

un senso di rinnovamento che ci unisce nel tempo in un'ottica sistemica.

Il riconoscimento che la giurisprudenza acquista una normatività di fatto (*judge made law*), tale da elevarla al grado di fonte, comporta necessariamente la revisione degli equilibri (*checks and balances*) tra i poteri dello Stato e non potrebbe essere concepita se non nel quadro di un'ampia riforma istituzionale¹⁸.

L'assunzione di un ruolo così diverso della giurisprudenza costituisce il *punctum dolens* all'utilizzo delle clausole generali.

Le critiche intenderebbero salvaguardare la certezza del diritto e delle relazioni giuridiche dall'interventismo dei giudici in materie che si preferirebbe lasciare alla volontà dei privati; senza tacere, poi, dei paventati danni che potrebbero derivare dal potere dei giudici al principio di legalità.

Alcuni in dottrina sono giunti ad escludere che possano proporsi giudizi di valore in sede di interpretazione di una norma, in quanto l'attività del giudice deve essere di tipo deduttivo secondo il modello del *sillogismo* giudiziale¹⁹.

La subordinazione del giudice alla legge contrasterebbe ogni eventuale arbitrio soggettivo.

In questo senso il ruolo del giurista sarebbe di tipo esclusivamente ricognitivo, con la conseguenza che gli spazi di creatività del giudice relativi all'uso di clausole generali sarebbero di ordine eccezionale.

Soltanto in questi casi l'attività giudiziale di definizione della norma

¹⁸ BALLETTI E., *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990, pagg. 206-207.

¹⁹ ROSELLI F., *Il controllo*, cit., pag. 19.

giuridica da applicare al caso concreto si sposterebbe da un piano interpretativo ad uno più propriamente creativo.

Ma se si riconosce una qualche apertura agli aspetti valutativi, che in ogni caso sono presenti nella decisione, si pone in rilievo la circostanza che essi vengano ben nascosti dietro lo schermo di una “motivazione oggettiva strutturata in forma (rigidamente) sillogistica”²⁰.

Non si ritiene di aderire a tali critiche posizioni.

Al riguardo occorre segnalare l'attività interpretativa non è mai assolutamente neutra da un punto di vista valutativo; l'interprete, infatti, deve, comunque, operare in modo tale da selezionare “tra le molte possibili <<letture>> della norma astratta teoricamente proponibili, la *regula iuris* specifica”²¹. Non esiste, quindi, alcuna differenza qualitativa tra norma giuridica ordinaria e norma contenente una clausola generale.

E', quindi, evidente che una norma lascia al giudice un certo margine di discrezionalità. “Laddove, la discrezionalità esiste è come se il diritto dicesse: <<Ho determinato il contenuto di una norma giuridica fino a questo punto. Da qui innanzi spetta a te giudice di stabilirla, perché io ordinamento giuridico non sono in grado di dirti quale soluzione scegliere>>. E' come se il cammino del diritto arrivasse ad un crocevia e il giudice dovesse decidere - senza alcun criterio chiaro e preciso per orientarlo- quale strada prendere”²².

Occorre peraltro porre in evidenza come il nostro ordinamento

²⁰ DI MAJO A., *Clausole generali*, cit., pag. 555.

²¹ BALLETTI E., *La cooperazione del datore*, cit., pag. 210.

²² BARAK A., *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, pag. 17. Sulla discrezionalità del giudice cfr. MARENCO R., *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996; COMOGLIO L.P., *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996.

giuridico al fine di evitare di lasciare al giudice spazi di eccessivo protagonismo normativo ed interpretativo individua i confini di ogni operazione ermeneutica.

Altro motivo di inadeguatezza delle posizioni critiche è dato scarso significato ideologico delle stesse. Si pensi alla correttezza contrattuale: “i giuristi non hanno avuto e non hanno bisogno di riferirsi alla buona fede per piegarsi alle dittature o ai programmi dei gruppi che occupano i ruoli di comando”²³. Se, quindi, può essere di una certa importanza la polemica *ideologica* intorno alle clausole generali non si comprende come di fronte ad essa *svaniscano* manomissioni della legalità ben più vistose.

Occorre allora mostrarsi più attenti all’esperienza storica che “nei sistemi più diversi ci mostra come l’articolarsi delle tecniche di regolazione giuridica costituisce certamente un fattore di alterazione degli assetti conosciuti...ma nella sostanza rappresenta la forma che i sistemi giuridici vanno assumendo di fronte ad una realtà sempre meno riconducibile ad un’unica cifra”²⁴.

L’atteggiamento di insofferenza nei confronti delle clausole generali denuncia un certo ritardo culturale e un *conservatorismo intellettuale*, perché se da un lato la nostra giurisprudenza non ha respinto il nuovo ruolo, dall’altro ha continuato ad agire con categorie giuridiche ormai obsolete ed inadeguate, preferendo “ripetere se stessa che mettersi in discussione”²⁵.

²³ CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, pag. 531.

²⁴ RODOTA’ S., *Le clausole generali*, cit., pag. 395.

²⁵ CASTRONOVO C., *L’avventura delle clausole generali*, in RCDP, 1986, pag.26.

Chi considera, poi, le clausole generali come “pure regole di opinione”²⁶ si rifiuta di impostare una discussione razionale sui valori. Il veto a tale discussione è costituito da un tipo di posizione epistemologica che identifica la razionalità in senso stretto con la razionalità delle scienze fisiche; è necessario superare questo ostacolo concettuale restando più attenti ad un dato sociale che cambia e che pone nuove domande di tutela.

D'altra parte, se si dimostra utopistico un diritto civile espresso soltanto in clausole generali, non per questo le si deve escludere completamente dal sistema²⁷: “quello che si nega è che il giurista sdegni ogni forma di interpretazione della norma identificando la sua funzione esclusivamente con l'attività riformistica, o che possa arbitrariamente disapplicare la norma in base a soggettivi criteri ideologici o filosofici”²⁸.

Il rilancio delle clausole generali deve partire dalla formazione di una coscienza giuridica che sappia conciliare i risultati raggiunti con le nuove tendenze sociali che invocano strumenti più flessibili e più efficaci secondo linee di pensiero altrettanto nuove.

Si pone, quindi, l'esigenza di una più generale riflessione del sistema civilistico e di un codice “sufficientemente elastico per essere aggiornato e messo al pari con l'evoluzione dei tempi”²⁹.

²⁶ SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1975, pagg. 796 ss..

²⁷ LIPARI N., *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. (Riflessioni sul metodo)*, in *RDC*, 1968, I, pag. 314.

²⁸ PERLINGIERI P., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, pag. 27.

²⁹ NATOLI U., *Intervento*, in *La riforma del codice civile*, Atti del XIII Congresso Nazionale dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati, Padova, 1994, pag. 85.

Il discorso sulle clausole generali trova una precisa validità soltanto nel campo del diritto civile. Qualche studioso, infatti, preferisce essere accusato di “miope conservatorismo”³⁰ piuttosto che affrontare il rischio di una diffusa rilevanza pratica delle clausole generali. Si esclude che esse abbiano valore nei casi relativi alle libertà civili, “le grandi libertà, alle quali nulla la storia può aggiungere e molto può levare. Per esse, quindi, la cristallizzazione in formule giuridiche rigide è il destino più desiderabile”³¹.

2. Clausole generali e governo della discrezionalità datoriale.

Si è già avuto modo di ricordare che nell’ambito contrattuale una delle parti negoziali può assumere una posizione di supremazia nei confronti dell’altra, tale da consentirle di imporre unilateralmente le proprie scelte: si è parlato in questo senso di autorità private quali eccezioni ad un sistema privatistico fondato sul principio di eguaglianza e di parità dei soggetti.

Ciò che si verifica anche nell’ambito del rapporto di lavoro, dove alla tutela del prestatore si affiancano specifiche esigenze aziendali che legittimano un certo grado di libertà imprenditoriale nella gestione delle risorse umane.

Si considera conseguentemente necessaria individuare i confini della discrezionalità datoriale che “si consolida in forza di situazioni socioeconomiche di oggettivo potere della persona, senza alcuna alterazione, almeno sul piano prettamente formale, dei principi fondamentali dell’autonomia negoziale, della libertà, dell’eguaglianza reciproca e...della

³⁰ FERRI G.B., *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1987, pag. 83.

³¹ RODOTA’ S., *Ideologie e tecniche*, cit., pag. 89.

parità contrattuale dei soggetti privati”³².

Si consideri, poi, che nella realtà concreta i poteri dell'imprenditore si estrinsecano in posizioni di fatto autonome rispetto al dato normativo.

L'opera di razionalizzazione legislativa si rivolge alla ricomposizione di un equilibrio di forze che sul piano fattuale nasce spezzato, ma essa si rivela insufficiente per “la singolare vocazione del rapporto di lavoro...di esprimere posizioni soggettive che non sempre sono riconducibili...alla c.d. ottica del rapporto”³³.

L'inadeguato intervento del legislatore, da un lato, e l'azione sindacale, dall'altro, spingono il giurista ad una rimeditazione degli strumenti e delle tecniche di tutela tradizionali.

Oggetto di tale riflessione divengono le clausole generali, in funzione delimitativa dell'autorità datoriale. Il governo della discrezionalità attraverso le clausole generali è legato al recupero in termini giuridici dei principi dell'etica o del costume, di valutazioni dei modelli comportamentali esistenti nel contesto sociale, espressivi del principio dell'*honeste et civiliter agere*³⁴.

Sebbene l'argomento sia di generale interesse, nel settore del diritto del lavoro l'attenzione al problema si è focalizzata soltanto su alcune vicende del rapporto, cioè sull'estrinsecazione dei poteri dell'imprenditore nella scelta comparativa tra i propri dipendenti, rispetto alla discrezionalità della quale è difficile cogliere dei limiti reali.

³² BALLETTI E., *Poteri imprenditoriali ed interesse del lavoratore all'adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, in *RCDP*, 1990, pag. 704.

³³ DI MAJO A., *Incontro di studio civil-lavoristico*, in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, a cura di Santoro Passarelli G., Torino, 1992, pag. 20.

³⁴ Cfr. RODOTÀ S., *Le fonti d'integrazione del contratto*, Milano, 1969

Si tratta di quelle materie nelle quali, come si è già detto in precedenza, si è tentato di estendere la categoria degli interessi legittimi: i concorsi interni ed esterni, le promozioni, i criteri di scelta dei lavoratori da porre in C.i.g. o da licenziare nell'ipotesi di licenziamento collettivo, le anticipazioni del trattamento del fine rapporto, la trasformazione del rapporto di lavoro da *part time* a *full time* o viceversa, il trasferimento o la trasferta, il trasferimento d'azienda.

Sono situazioni in cui l'esigenza di selezionare deve essere coordinata con la parità di trattamento dei possibili selezionati, in modo da evitare la discriminatorietà delle scelte; situazioni che, pur non essendo collocabili nel tradizionale modello giuridico del rapporto (diritto/obbligo), non possono essere giuridicamente ignorate. Conseguentemente è necessaria una puntuale verifica della rilevanza giuridica di altri valori, nell'ambito dei limiti alla discrezionalità, rispetto all'interesse del datore di lavoro.

Sotto questo profilo, si può notare come la dottrina e la giurisprudenza si siano mostrati particolarmente diffidenti, soprattutto verso le clausole generali, relegandole al ruolo di “quinta ruota del carro”³⁵ nell'individuazione di nuove forme di tutela dei lavoratori.

Non si può, d'altra parte, negare che l'alta conflittualità sociale di un sistema possa ostacolare l'individuazione di modelli *social-tipici*, di valori che siano attendibilmente espressivi dell'interesse generale, sulla cui base sia possibile ricostruire delle regole di condotta dei singoli³⁶. In tali situazioni si può verificare che l'interesse di cui di è detto si identifichi con quello dei

³⁵ DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, pag. 305.

³⁶ BALLETTI E., *Poteri imprenditoriali*, cit., pag. 725.

gruppi *forti*, con il risultato che il processo di delimitazione della discrezionalità, attraverso l'imposizione di fini sociali all'azione individuale, comporta il rafforzamento dei soggetti che si trovano in posizione dominante; in queste ipotesi si esclude che le clausole generali possano contribuire a riequilibrare una situazione di disparità.

In realtà, non si può negare che in ogni caso nella determinazione delle regole di un dato sistema i gruppi socialmente più forti giochino un ruolo assai importante. Tale verità, però, non è assoluta ove si pensi ai principi di ordine generale contenuti nella nostra Costituzione; si tratta di principi che nell'ambito del rapporto di lavoro esprimono l'esigenza di tutelare la posizione della parte più debole attraverso disposizioni direttamente rivolte al prestatore di lavoro, come titolare di una serie di diritti oppure indirettamente attraverso l'azione sindacale. Le forme di contropotere collettivo tendono ad escludere che nell'ambito del rapporto di lavoro i soggetti dominanti possano risultare l'unica *voce in capitolo* nella determinazione delle *regulae iuris*.

A tale risultato si può comunque giungere anche attraverso l'impiego legislativo delle clausole generali: si pensi al potere disciplinare rispetto al cui esercizio la legge ha introdotto il principio della proporzionalità, della pubblicità e del diritto di difesa del lavoratore. Si tratta di principi generali di fronte ai quali è incontrovertibile che il legislatore abbia voluto ridurre i margini di discrezionalità dell'azione imprenditoriale. Si pensi ancora ai concetti di <<giusta causa>>³⁷ e <<giustificato motivo>>, ai quali è subordinata la facoltà di recesso del datore di lavoro, oppure alle <<comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive>> richieste dall'articolo 13 dello Statuto

³⁷ Cfr. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, 1994.

dei lavoratori per il trasferimento del prestatore ad altra unità produttiva e dalla disciplina del contratto a tempo determinato per giustificare l'apposizione del termine, o, ancora, agli indici di selezione indicati dalla legge in materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale.

La delimitazione dei poteri imprenditoriali ha seguito ed è destinata a seguire diverse strade, in quanto accanto alle aperture della legge e della contrattazione collettiva assumono un ruolo di incontestabile importanza le clausole generali, “le cui sembianze sono a volte quelle di un contenitore dotato di un consistente involucro esterno ma parzialmente privo di contenuto”³⁸.

E ciò in particolar modo nel diritto del lavoro.

In questo modo la giurisprudenza diventa protagonista del processo di erosione dei poteri dell'imprenditore, al di là di possibili *nostalgie* per il formalismo giuridico; ad essa spetta un'attività di integrazione del diritto positivo, configurandosi come fonte *sui generis* e, pur non avendo la stessa efficacia vincolante posseduta nei sistemi di *common law*, è dotata di una certa forza persuasiva che, talvolta, si inoltra addirittura nel settore della mediazione politica³⁹.

Ritornano, allora, gli antichi ed *eterni* timori nei confronti dei poteri del giudice.

Secondo Zoli⁴⁰ una possibile soluzione sarebbe costituita dalla

³⁸ ZOLI C., *La tutela delle posizioni*, cit., pag. 169.

³⁹ Cfr. MELIADÒ G., *La teoria dell'impresa nel diritto del lavoro (itinerari interpretativi e usi giurisprudenziali)*, in RGL, 1985, I, pag. 99.

⁴⁰ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pagg. 220-221.

formazione di un diritto giurisprudenziale oppure dalla decisione *caso per caso*, “al di fuori di una logica di formazione di una determinata politica del diritto”.

Con riferimento alla prima ipotesi, l’obiettivo perseguito è la tutela della certezza del diritto, combinando un’istanza di giustizia sostanziale e di funzionalità del diritto coll’esigenza che una certa uniformità nell’interpretazione assicuri “la prevedibilità della decisione”⁴¹. I giudici, secondo questo orientamento, devono contribuire alla formazione di un insieme di principi tipizzati e consolidati, compiendo, del resto, un’attività già esercitata dalla giurisprudenza di legittimità attraverso la predisposizione di massime.

Quanto affermato sembra resistere ai timori che una razionalizzazione per figure sintomatiche possa condurre alla genesi di *sacche di impunità* al di fuori delle massime, in quanto non è comunque precluso alla giurisprudenza di cambiare direzione ove mutino le circostanze. L’attività del giudice nell’impiego delle clausole generali è, quindi, di tipo integrativo.

Si integrano gli obblighi dei contraenti attraverso il recupero di valori esterni, “obiettivamente espressi dall’ambiente e dall’insieme dei consociati (ordine oggettivo dei valori omogenei)”⁴².

La Costituzione fornisce in questa prospettiva una fondamentale guida all’interprete, rappresentando un filtro necessario dei dati e delle tendenze provenienti dalla *coscienza sociale*⁴³; si consideri che, per esempio, con

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² TREU T., *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, pag. 60.

⁴³ Cfr. PERLINGIERI P., *Fonti normative e interpretazione*, in *Il diritto privato futuro*, a cura di

riferimento all'articolo 1175 del codice civile, "il contenuto del criterio di correttezza non rispecchia un generico sentire sociale, bensì le valutazioni espresse nella legge fondamentale dello Stato, come tali sopraordinate ad ogni altra anche dal punto di vista formale"⁴⁴.

Il discorso conduce all'estensione del sindacato giudiziale in materia di lavoro, fondato sul rifiuto dell'esistenza di poteri imprenditoriali liberi in assoluto, che ha finito per riguardare il merito delle scelte datoriali; le esigenze dell'impresa non sono più le uniche rilevanti, ma trovano più puntuale considerazione gli interessi dei lavoratori. Il giudice ha incominciato, quindi, ad estendere il suo controllo sulle motivazioni degli atti con cui vengono esercitati i poteri, anche oltre il limite del motivo illecito. I giudici hanno esteso l'indagine su quelle disposizioni in materia di concorsi per assunzioni e promozioni, di promozioni a scelta e di note di qualifica, sulle quali si escludeva un possibile sindacato. Si è, così, avviato un processo di valorizzazione di quelle disposizioni di legge e contrattuali piuttosto generiche, dapprima con riferimento ai licenziamenti collettivi e poi relativamente ai casi in cui l'imprenditore procede ad una selezione tra i lavoratori, nei confronti dei quali sono destinati a prodursi gli effetti del provvedimento dell'imprenditore medesimo.

L'impiego delle clausole generali come limite alla discrezionalità dell'imprenditore sembra particolarmente favorito in un momento in cui il

Perlingieri P., Napoli, 1993, pagg. 73 ss.

⁴⁴ RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione*, cit., pag. 180. Diversamente non manca in dottrina chi ritiene che, data la possibile diretta applicabilità dei precetti costituzionali nei rapporti tra privati, le clausole generali perderebbero senso andando a reiterare quegli stessi precetti. Cfr. BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in PD, 1988, pag. 639.

rigido garantismo individuale della disciplina lavoristica sembra attenuarsi. Si pensi ai contratti di solidarietà, alla previsione del *part time*, alle innumerevoli nuove tipologie contrattuali introdotte dalla Riforma Biagi, che hanno condotto ad sensibile affievolimento delle prerogative dei lavoratori.

La flessibilità, da più parti invocata come strumento di lotta alla disoccupazione, e la contrattazione collettiva, come mezzo di gestione del mercato del lavoro, hanno determinato un processo di *deregulation*, di *degiuridificazione*, “ossia di autentico arretramento formale delle soglie di garanzia individuale e collettiva”⁴⁵; si è parlato con riferimento a tale fenomeno di “crisi di legittimazione del diritto del lavoro”⁴⁶.

Contro i rischi di una deregolazione *selvaggia* è stato affermato che essa sarebbe possibile soltanto “in limitati casi di comprovata inattitudine della norma”⁴⁷, essendo rivolta alla “flessibilizzazione del processo normativo rispetto al contratto individuale”.

Ci si trova di fronte ad una serie di cambiamenti e di ripensamenti del sistema giuslavoristico che non trova più nel codice civile e nella *microlegislazione* le coordinate giuridiche idonee ad affrontare le nuove questioni sociali ed economiche.

Parallelamente all'affievolimento del garantismo individuale del diritto del lavoro sembrerebbe allargarsi l'area di intervento giudiziale nel tentativo di una possibile “convergenza dei poteri imprenditoriali dai due opposti estremi

⁴⁵ ZOLI C., *La tutela delle posizioni*, cit., pag. 178.

⁴⁶ SIMITIS S., *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in *GDLRI*, 1986, pag. 242.

⁴⁷ GIUGNI G., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *GDLRI*, 1986, pag. 337.

dell'arbitrario e dello strettamente vincolato verso la sfera del <<discrezionale>>⁴⁸.

In conclusione si può senz'altro affermare che le clausole generali sono un dato normativo indiscutibile, la cui esistenza conduce naturalmente alla loro applicazione secondo i presupposti di legge.

I timori di un protagonismo giudiziale devono essere respinti, in quanto, anche se le clausole generali lasciano un certo grado di discrezionalità, il giudice si muove entro parametri normativi piuttosto precisi.

Il problema vero è rappresentato dal ripensamento di un intero sistema che guardi al futuro di un mondo sempre più dinamico e *globalizzato* non solo economicamente, e alle prospettive, per quello che ci riguarda più da vicino, di una Europa unita non solo monetariamente.

3. Clausole di buona fede e correttezza e controllo dei poteri datoriali.

Nella stimolante e problematica prospettiva delle clausole generali si collocano le nuove proposte metodologiche offerte dalle regole di buona fede e correttezza, quali limiti alle prerogative imprenditoriali. La giurisprudenza che in un primo momento si è mostrata insensibile ad una dottrina favorevole all'impiego di tali regole per un corretto controllo dei poteri del datore di lavoro ne ha finalmente riconosciuto il valore e la duttilità, considerando il canone della buona fede come il "principio riequilibratore cardine dell'intero ordinamento"⁴⁹.

⁴⁸ ZOLI C., *La tutela degli interessi legittimi*, cit., pag. 426.

⁴⁹ Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, cit.

L'applicazione giurisprudenziale delle clausole generali di buona fede e correttezza coincide con il potenziamento delle posizioni individuali del lavoratore, attraverso l'introduzione di forme di tutela più efficaci, "spostando l'angolo visuale dal momento statico di attribuzione del potere (imprenditoriale) a quello dinamico del suo concreto esercizio"⁵⁰.

Il recupero giurisprudenziale del canone di buona fede, però, non è privo di contaminazioni, perché nella prima sentenza del nuovo indirizzo il ragionamento della Corte si muove su una struttura ambivalente, nella quale a linee argomentative di tipo privatistico se ne intersecano altre di stampo pubblicistico.

Bisogna ricordare, infatti, che la risposta alle sollecitazioni della dottrina sul tema prende l'avvio sotto il profilo giurisprudenziale da una riflessione sugli interessi legittimi e sulla loro possibile introduzione nel diritto privato. Questa ambiguità è presente in alcune sentenze dove si affiancano con eccessiva disinvoltura forme di tutela privatistiche a strumenti di tutela propri del diritto pubblico. In una sentenza del 1981⁵¹ si afferma che la posizione di interesse legittimo del lavoratore "resterebbe tutelata non soltanto dalle regole di azione inerenti al procedimento di scelta e ai criteri previsti dalla norma collettiva, ma anche dai principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), operanti come <<cornice>> o clausole generali del sistema".

La circostanza di avere già chiarito precedentemente i motivi di questo

⁵⁰ TULLINI P., *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro: spunti per una ricerca*, in *RTDPC*, 1988, pag. 871.

⁵¹ Cass., sez. lav., 10 aprile 1981, n. 2092 in *RFI*, 1982, c. 625; nello stesso senso cfr. Cass., sez. lav., 13 maggio 1981, n. 3687, in *NGL*, 1982, c. 440.

comportamento giurisprudenziale controverso ed il fatto che in un secondo momento la stessa giurisprudenza ha affrontato il tema secondo un'ottica strettamente privatistica ci spinge a focalizzare l'attenzione sui concetti di buona fede e correttezza nella dottrina, perché solo da un preliminare esame delle opinioni in materia si può procedere ad affrontare gli sviluppi di tali clausole in materia di lavoro ed il loro esatto ambito di incidenza nell'esercizio dei poteri imprenditoriali.

4. Per una storia moderna della buona fede oggettiva.

L'art. 1175 del codice civile disponendo che <<il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole di correttezza>> e l'art. 1375 dello stesso codice, nel quale si afferma che <<il contratto deve essere eseguito secondo buona fede>>, hanno introdotto nel nostro ordinamento un dato di incontrovertibile novità⁵².

In realtà, inizialmente nessuno si rese conto dell'importanza dell'innovazione⁵³ tra le diffidenze ed i timori di una dottrina e di una

⁵² L'articolo 1124 del codice civile del 1865 aveva considerato la regola della buona fede come operativa soltanto rispetto agli effetti del contratto. La giurisprudenza del periodo, comunque, affidò a tale regola il ruolo di mera clausola di stile, secondo una linea di pensiero tipicamente individualistica, che tese a consolidare il dogma della volontà come fulcro dell'intero sistema. Si pensi ad esempio ad una sentenza della corte di Cassazione del 2 luglio 1912, in cui si afferma che "la norma dell'art. 1124, che richiama la buona fede nell'esecuzione dei contratti, tende all'esatto adempimento di essi"; nella sostanza le sentenze del tempo tentarono di svuotare la portata ed il contenuto della normativa di correttezza, confinandola all'area delle promesse *inter cives*. Cfr. CORRADINI D., *op. ult. cit.*, pag. 310.

⁵³ Il riferimento alla solidarietà corporativa finì, infatti, col vanificare la norma. Nella Relazione al Re (n. 13) la correttezza è definita come <<uno stile morale della persona, che indica spirito di

giurisprudenza che le attribuirono un ruolo piuttosto marginale, considerandola “un mero ossequio formale ai valori etici che si volevano osservati dai soggetti nella conclusione e nell’esecuzione dei rapporti giuridici”⁵⁴. Inoltre, il collegamento con i principi dell’ordinamento corporativo finì col caricare la normativa di correttezza di un consistente peso ideologico, tale da giustificare l’ipotesi di una sua abrogazione tacita parallelamente alla caduta del fascismo⁵⁵.

Successivamente, la dottrina degli anni ‘60 e ‘70, attraverso una fine impostazione teorica⁵⁶, non solo ha dimostrato la sopravvivenza della norma, ma ha collocato il tema della correttezza contrattuale in un intenso dibattito di cui ancora si sentono in maniera piuttosto viva e attuale le voci. Tale dottrina doveva necessariamente superare da un lato i pregiudizi esistenti nella discussione più ampia delle clausole generali, di cui si è prima detto, e dall’altro gli effetti della c.d. *mistica della volontà*, espressiva del principio secondo il quale la regola sarebbe costituita dal libero accordo tra le parti, nel rispetto di un’autonomia privata che persegue liberamente i propri interessi. Secondo questa impostazione, il *διο* dei privati sarebbe costituito unicamente

lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà e rispetto a quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra consociati>>. Essa, nella medesima relazione, è considerata come il dovere giuridico di osservare il principio di solidarietà corporativa che <<nasce e deve nascere nell’odierno clima dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale>>.

⁵⁴ ALPA G., *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *RDCo*, 1971, II, pag. 278.

⁵⁵ Sul tema cfr. RODOTÀ S., *Il principio di correttezza e la vigenza dell’art. 1175 c.c.*, in *BBTC*, 1965, I, pagg. 154 ss..

⁵⁶ Si operò una distinzione tra norme di rinvio all’ordinamento corporativo (cadute con esso) e norme che, pur essendo ad esso relative, possiedono un notevole grado di autonomia. Cfr. RODOTÀ S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *RTDPC*, 1960, pagg. 1256 ss.

dal contratto, di cui deve essere preservata e salvaguardata la *sacerty* e la *sanctity*, secondo la formula *rituale* per cui *contrattuale* è uguale a *giusto*.

La Costituzione ha cambiato l'angolo visuale del problema, perché il riferimento alla solidarietà sociale, non più corporativa, permette di soddisfare nuove esigenze dei singoli e della collettività che, in ambito contrattuale, possono trovare uno spazio attraverso le regole di buona fede e di correttezza; circostanza che, però, non ha eliminato del tutto i preconcetti relativi a tali regole ed una certa diffidenza che deriva dalla loro indeterminatezza. Infatti, se non si può negare la pregiuridicità del termine buona fede, legato agli importanti rapporti tra etica e diritto, sotto il profilo tecnicamente giuridico l'assenza di una definizione normativa e la generalità di tali norme comportano che nei confronti della correttezza si sia parlato come di “una espressione ellittica volta ad individuare un criterio di valutazione della condotta e nello stesso tempo (di) un <<paradigma di azione>> rapportato ad una varia ed indeterminata categoria di fattispecie”⁵⁷.

Premesso che è oramai indiscusso, dopo il lungo percorso dottrinale, che il concetto di buona fede e quello di correttezza possono essere assimilati⁵⁸, resta da chiarirne il significato, al di là di una mera individuazione

⁵⁷ ROVELLI L., *La correttezza*, in *Contratti in generale*, diretto da Alpa G. e Bessone M., I, Torino, 1991, pag. 557.

⁵⁸ Cfr. MONTEI A., *Buona fede* (voce), in *Nuovo Digesto italiano*, vol. II, Torino, 1937, pagg. 559 ss.; ROMANO S., *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1972, pagg. 677 ss.; PASTERIS C., *Correttezza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1959, pag. 877; NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, 1, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu A. e Messineo F., XVI, Milano, 1974; RODOTÀ S., *Le fonti*, cit.; BIANCA C. M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, pag. 473; ID., *La nozione di buona fede quale*

di sinonimi: *correttezza e lealtà*⁵⁹, *rispetto della parola data, fedeltà ad un accordo*

regola di comportamento contrattuale, in RDC, I, 1983, pagg. 205 ss.; CRISCUOLI G., *Buona fede e ragionevolezza*, in RDC, 1984, I, pagg. 709 ss.; VISINTINI G., *Inadempimento e mora del creditore*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1987, pagg. 227-228; BIGLIAZZI GERI L., Breccia U., Busnelli F. D., Natoli U., *Istituzioni di diritto civile*, Genova, 1978, pagg. 333 ss.; EAD., *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, 1995, pagg. 154 ss.; BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, pagg. 227-239; D'ANGELO A., *La buona fede e l'esecuzione del contratto*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa G. e Bessone M., IV, 2, Torino, 1991, pagg. 763 ss.; DELL'AQUILA E., *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980; FERRI L., *Lezioni sul contratto*, Bologna, 1982, pag. 60; GAZZONI F., *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, pag. 277; LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, pag. 175; MAIORCA S., *Il contratto*, Torino, 1987, pag. 199; PANZA G., *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, pag. 205; SEGNI M., *Diligenza e buona fede nell'esecuzione del mandato*, in *GI*, 1964, I, 1, c. 1196; TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1977, pag. 308; *contra* BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, pagg. 68 ss..

⁵⁹ GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 1981, pagg. 321 ss.; RESCIGNO P., *Manuale*, cit., pag. 638.

*concluso*⁶⁰, *solidarietà*⁶¹, *onestà*⁶², *cooperazione*⁶³.

Come modello di comportamento delle parti del contratto la buona fede costituirebbe innanzitutto un mezzo di integrazione di questo, prevalendo addirittura sulle determinazioni contrattuali in funzione del suo carattere di norma di ordine pubblico. In questo senso si riconosce alla buona fede un fondamento etico⁶⁴, corrispondendo all'idea di "una morale sociale, attiva o solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume"⁶⁵. La stessa Corte di Cassazione, in una sentenza del 1966⁶⁶, anticipando la rivalutazione della normativa di correttezza, ha affermato che "la buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito col proposito doloso di creare pregiudizio, ma anche se il comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede".

Da questo punto di vista, si è rilevato che "si suole collegare la clausola generale di buona fede al principio generale di solidarietà sociale, mentre

⁶⁰ BETTI E., *op. ult. cit.*, pag. 77.

⁶¹ RODOTÀ S., *Le fonti*, cit., pagg. 115 ss.

⁶² STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *RDCo*, 1964, I, pag.176.

⁶³ DI MAJO A., *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *CG*, 1991, pagg. 789 ss.

⁶⁴ Cfr. TRABUCCHI A., *Il nuovo diritto onorario*, in *RDC*, 1959, I, pagg. 495 ss.

⁶⁵ BIANCA C. M., *La nozione di buona fede*, cit., pag. 206.

⁶⁶ Cass., sez. un., 5 gennaio 1966, n. 89., in *FP*, 1966, I, c. 524.

sotto un diverso profilo essa troverebbe una precisa collocazione nell'ambito della singola fattispecie contrattuale, intervenendo, in particolare, nel funzionamento sinallagmatico⁶⁷.

Nonostante ciò, si deve registrare l'esistenza di una giurisprudenza spesso confusionaria nel delineare la linea distintiva tra clausola generale e principio generale. Infatti, la clausola generale specifica in un particolare istituto, quale ad esempio il contratto, il principio generale cui è legata. L'impiego della buona fede come principio generale non sarebbe, quindi, ammissibile, poiché riferendosi a dati sostanzialmente *metagiuridici* determinerebbe l'impossibilità di utilizzare i criteri deducibili dal singolo contratto. E' da rifiutare, quindi, una concezione della buona fede come principio generale per evitare che un'eccessiva dilatazione del suo ambito di incidenza possa generare maggiore vaghezza ed incertezza, snaturando le proprie modalità di funzionamento e le proprie finalità entrambe radicate nella norma positiva. La buona fede come clausola generale riduce la genericità del principio di solidarietà sociale, il quale è diretto ad accogliere i valori e le istanze della società, nel tentativo di conformare ad essi il settore privatistico. Attraverso il canone di buona fede la solidarietà sociale diviene solidarietà contrattuale, essendo rivolta alla contestuale tutela e salvaguardia di interessi privati e di interessi pubblici. Tuttavia, se il collegamento operato tra normativa di correttezza e solidarietà può sembrare accoglibile, esso è insufficiente per individuare l'esatta natura ed il preciso funzionamento della buona fede in ambito contrattuale. Così, per ovviare a tale lacuna, si è tentato di collegare la regola in esame, come principio di solidarietà contrattuale, al

⁶⁷ UDA G. M., *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *NGCC*, 1992, 2, pag. 189.

concetto di lealtà⁶⁸. L'associazione dei due termini ha condotto ad attribuire alla buona fede una valenza soggettiva; si è opposto, però, che la lealtà, come obbligo di comportarsi lealmente in sede contrattuale, non può riferirsi alle qualità psicologiche e soggettive del contraente. L'essere leali in ambito contrattuale non ha, quindi, un valore puramente *sentimentale*, ma si concretizza realmente ed oggettivamente nell'obbligo di comportarsi secondo le finalità del contratto. Il richiamo alla lealtà appare idoneo a cogliere "l'essenza propria della buona fede oggettiva"⁶⁹; nonostante ciò esso è vanificato da una giurisprudenza⁷⁰ che limita la lealtà a mero sinonimo della buona fede, non aggiungendo nulla al tentativo di superare le incertezze relative a quest'ultima.

Le difficoltà di attribuire alla buona fede un preciso significato e una specifica modalità di funzionamento hanno, in un certo senso, *demotivato* la dottrina; tanto che alcuni studiosi ne hanno ammesso "l'ineffabilità"⁷¹ e hanno affermato "l'impossibilità di una definizione precisa e aprioristica"⁷² del suo contenuto, assimilandola ad una "norma <<in bianco>> che autorizza decisioni non fondate su precisi testi di legge o sulla volontà privata, ma

⁶⁸ BIANCA C. M., *La nozione di buona fede*, cit., pag. 209.

⁶⁹ UDA G.M., *op. ult. cit.*, pag. 198.

⁷⁰ Cfr. Cass. Civ., 6 novembre 1981, n. 5865, in *MFI*, 1981; Trib. Verona, 29 gennaio 1982, in *GM*, 1983, pag. 936, con nota di DE CUPIS A.; Cass. Civ., 25 febbraio 1987, n. 1991, in *MFI*, 1987; Cass., sez. lav., 12 ottobre 1988, n. 5493, *ivi*, 1988; Trib. Treviso, 8 aprile 1991, in *OGL*, 1991, pag. 943; Cass., sez. lav., 12 novembre 1992, n. 12165, *ivi*, 1992; Cass., sez. lav., 16 novembre 1995, n. 11847, in *MFI*, 1995; Cass., sez. lav., 23 novembre 1995, n. 12121, in *RIDL*, 1996, II, pag. 796.

⁷¹ BESSONE M., D'ANGELO A., *Buona fede*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, pag. 71.

⁷² NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pag. 129.

ispirate a criteri etici o giuridici non codificati”⁷³.

L’inafferrabilità di un significato statico della buona fede, l’impossibilità, cioè, di *etichettarla* una volta per tutte, è connaturale alla sua natura di clausola generale, rimanendo come tale una fattispecie aperta. Secondo Criscuoli⁷⁴, “il canone...per la sua anima mistica poggia su una variante strutturale decisamente mobile: quella, cioè, dei termini dialettici in ordine ai quali va fatta e va giudicata la scelta comportamentale, termini che naturalmente mutano nel tempo col divenire dell’uomo e della società”. Se si volesse utilizzare un’immagine cara a Powell, ricordata dallo stesso Criscuoli⁷⁵, l’etica e, quindi, la buona fede, che ha una “componente etica”⁷⁶, possono essere considerate come un *china-shop*, in cui si può trovare di tutto.

Rimane, comunque, sempre da chiarire il senso dell’esistenza e la portata della funzione di tale clausola in materia contrattuale. Si è già detto che la buona fede è un mezzo di integrazione del contratto, nel rispetto del legame insolubile “tra le circostanze contemplate dalle clausole del negozio e tutte le altre che, pur non essendo state dedotte in una clausola, costituiscono l’«ambiente» economico entro il quale l’affare è stato concluso e deve eseguirsi”⁷⁷. In tale funzione propria della buona fede si è ravvisato un elemento di differenziazione tra quest’ultima e la diligenza di cui all’articolo 1176 del codice civile. Molto spesso la giurisprudenza ha richiamato la

⁷³ CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in RTDPC, 1971, pag. 618.

⁷⁴ CRISCUOLI G., *op. ult. cit.*, pag. 718.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ RODOTA’ S., *Le fonti*, cit., pag. 142.

⁷⁷ BESSONE M., *Dogma della volontà, principio di buona fede, e integrazione del contratto*, in GI, 1978, IV, c. 99.

diligenza unitamente alla buona fede, affermando, appunto, l'indistinta esistenza di obblighi di diligenza e di correttezza. Per la giurisprudenza si tratta di obblighi che riguardano le modalità di adempimento dell'obbligazione principale nel rispetto delle finalità economiche del contratto. Il riferimento indifferenziato di tali obblighi alla diligenza e alla buona fede conduce allo svuotamento dell'autonoma operatività di quest'ultima, appiattendola alla diligenza medesima; in questo modo la giurisprudenza ha voluto sganciare la buona fede dai parametri etico-sociali, *radicandola* all'interno del contratto⁷⁸. Se questo risultato, da un lato, è apprezzabile, dall'altro, è criticabile perché si finisce col considerare la buona fede come sinonimo della diligenza, impedendole di estrinsecarsi autonomamente.

In realtà, la diligenza è sempre stata considerata un elemento intrinseco della prestazione contrattuale, individuandosi nello “sforzo diligente e nell'attenzione necessaria, affinché la prestazione stessa non risulti falsata sotto il profilo del valore economico”⁷⁹.

La buona fede, al contrario, integra il regolamento contrattuale nel momento in cui dal mancato funzionamento del contratto si producano effetti dannosi verso uno dei contraenti; si vuole, cioè, evitare che le eventuali lacune del contratto possano essere strumentalizzate per eludere il

⁷⁸ Tra le più recenti sentenze cfr. Cass., sez. lav., 17 novembre 1993, n. 11358, in *RGL*, 1994, II, pag. 1025, con nota di D'AVELLO D.; Cass. civ., 6 dicembre 1994, n. 10448, in *MFI*, 1994; Trib. Saluzzo, 29 gennaio 1994, in *GI*, I, 2, c. 635; Cass. civ., 17 novembre 1995, n. 11916, in *MFI*, 1995; Cass. civ., 24 gennaio 1997, n. 746, *ivi*, 1997; Cass. civ., 19 giugno 1997, n. 5481, *ivi*.

⁷⁹ UDA G. M., *op. ult. cit.*, pag. 193.

programma economico stabilito dalle parti⁸⁰, esigendo, in particolare, “dal debitore (o dal creditore) condotte e/o comportamenti ulteriori rispetto a quelli che *stricto sensu* riguardano l’adempimento della prestazione o il mantenimento della possibilità di esso”⁸¹. La buona fede, quindi, come fonte di specifici obblighi può essere considerata un mezzo di perfezionamento del contratto.

In questa prospettiva, emerge il fatto che la buona fede, come articolazione del principio di solidarietà contrattuale, si specifica anche come obbligo di salvaguardia: si tratta dell’obbligo “di ciascuna parte di salvaguardare l’utilità dell’altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio a suo carico”⁸². La giurisprudenza⁸³ ha accolto il messaggio della dottrina fino ad affermare, addirittura, che talvolta la buona fede debba essere individuata con riferimento all’interesse dell’altro contraente, più che in relazione all’economia del contratto; vi sarebbe, secondo tale impostazione, una corrispondenza tra obbligo di buona fede e diritto soggettivo dell’altra parte a vedere salvaguardati i propri interessi.

La buona fede, inoltre, si pone come fonte di obblighi accessori di vario tipo i quali “contribuiscono a fondare, da un lato, azioni autonome per esigere

⁸⁰ Cfr. Cass., sez. un., 17 maggio 1976, n. 1738, in *GI*, 1977, I, 1, c. 2242; Cass., sez. un., 10 dicembre 1976, n. 4601, *ivi*, 1977, I, 1, c. 1894.

⁸¹ DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, cit., pag. 288.

⁸² BIANCA C. M., *La nozione di buona fede*, cit., pag. 210.

⁸³ Cfr. Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *FI*, 1989, I, c. 2772; Cass., 20 luglio 1989, n. 3386, in *GI*, 1990, I, 1, pag. 628; in particolare in quest’ultima sentenza si è affermato “l’obbligo tassativo di ciascun contraente di salvaguardare gli interessi degli altri, nei limiti in cui non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico”.

l'osservanza di comportamenti non ricompresi *stricto sensu* nella prestazione primaria e, dall'altro lato, a giustificare azioni per i danni derivanti dalla loro violazione”⁸⁴. Sono obblighi “variamente destinati ad arricchire il contenuto del contratto o, comunque, ad allargare lo spettro dell’obbligazione”⁸⁵. Anche rispetto ad essi emerge una certa difficoltà di individuazione e di determinazione; sotto questo profilo si ritiene che l’area di tali doveri debba essere individuata all’esterno dell’obbligo principale al fine di salvaguardare l’utilità in cui confida il contraente, oppure all’interno dell’obbligo principale “quando esso compori per una delle parti l’esercizio di poteri discrezionali”⁸⁶.

Un utile tentativo di classificazione è quello effettuato da Bianca⁸⁷, secondo cui sarebbero comportamenti tipici della buona fede come obbligo di salvaguardia:

- a) *le esecuzioni di prestazioni non previste*; la parte ha il dovere di compiere, secondo buona fede, gli atti giuridici o materiali, che siano necessari per la salvaguardia dell’utilità della controparte;
- b) *le modifiche del proprio comportamento*, per cui la parte, al fine di salvaguardare l’utilità della controparte, deve essere pronta a modificare la prestazione o le modalità di esercizio di oneri nel limite di un non eccessivo sacrificio patrimoniale;
- c) *la tolleranza delle modifiche della prestazione*, per cui la parte è tenuta a tollerare che la controparte soddisfi le proprie pretese contrattuali in maniera

⁸⁴ DI MAJO A., *op. ult. cit.*, pag. 313.

⁸⁵ BIGLIAZZI GERI L., *op. ult. cit.*, pag. 170.

⁸⁶ CANTILLO M., *Le obbligazioni*, I, Torino, 1992, pag. 220.

⁸⁷ BIANCA C. M., *op. ult. cit.*, pagg. 211-216.

- diversa, qualora ciò non pregiudichi apprezzabilmente il proprio interesse;
- d) *gli avvisi*, per cui la parte deve comunicare all'altra di essere venuta a conoscenza di circostanze che rilevano *in executivis*;
- e) *l'esercizio di poteri discrezionali*, per cui la parte è tenuta ad esercitare i propri poteri discrezionali in maniera compatibile al proprio interesse o all'interesse per il quale il potere è stato conferito.

E' proprio quest'ultimo il settore più ricco di prospettive per l'impiego delle clausole generali di buona fede e correttezza, in quanto l'esercizio di tali poteri non avviene in base ad un rapporto predefinito, ma è caratterizzato da un notevole grado di discrezionalità. La buona fede quale regola di governo della discrezionalità⁸⁸ ha trovato, come vedremo, largo uso in materia di lavoro.

Accanto ad una funzione integrativa, la buona fede e la correttezza assumerebbero anche una funzione di controllo e di limite all'azione dei soggetti. In questo caso, la buona fede non muterebbe di significato, ma opererebbe secondo differenti modalità. La clausola in esame, sotto questo profilo, non integrerebbe il contratto attraverso gli obblighi accessori di cui si è precedentemente detto, ma costituirebbe un limite, "immanente ed intrinseco"⁸⁹, all'esercizio delle pretese contrattuali. La dottrina ha sostenuto a riguardo che mentre la buona fede integrativa riguarda il *come* della prestazione, la buona fede-controllo ha per oggetto il *se* debba svolgersi o meno. Il controllo si fonderebbe su criteri etici indifferenti all'economia del

⁸⁸ Cfr. CARBONE V., *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *CG*, 1994, pagg. 566 ss..

⁸⁹ DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, cit., pag. 325.

contratto. Il problema della contrattualità o extracontrattualità dei parametri della buona fede diventa a questo punto cruciale. Ogni questione relativa alla clausola generale deve trovare fondamento nella soluzione di questo problema e, cioè, se essa attui valori che appartengono alla sfera contrattuale oppure no. Se la trascendenza dalla dimensione contrattuale di questi valori è indiscutibile, considerando che da un lato la clausola generale trova applicazione non solo nella fase precontrattuale, ma anche nei rapporti non contrattuali⁹⁰, e che dall'altro i valori sono naturalmente destinati ad incidere nella più ampia trama delle relazioni sociali, è necessario stabilire “se, in quale misura e in che senso tali valori, inserendosi nel fenomeno contrattuale quali regole e criteri di giudizio ad esso attinenti, vadano tradotti secondo un codice omogeneo a tale fenomeno, e se ad essi si sovrappongano, o con essi interferiscano, valori propri dell'ordine contrattuale”⁹¹.

Il tema è stato affrontato dalla dottrina con particolare attenzione ai rapporti tra buona fede e autonomia privata; si è sostenuto a riguardo che la correttezza costituirebbe un limite all'autonomia privata stessa, “una indicazione che incide sui poteri attribuiti ai privati dal primo comma dell'art. 1322”⁹². Parallelamente la giurisprudenza⁹³ ha configurato la buona fede come “limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto”. In questa prospettiva, il principio di buona fede avrebbe una “funzione

⁹⁰ Cfr. CHECCHINI A., *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977.

⁹¹ D'ANGELO A., *Contratto e operazione economica*, Torino 1992, pag. 272.

⁹² RODOTA' S., *Le fonti*, cit., pag. 178.

⁹³ Si veda per tutte Cass., sez. I, 20 aprile 1994, n. 3755, in *GC*, 1994, I, pag. 2159.

demolitoria della regolamentazione convenzionale, nella parte in cui confligge con il parametro di correttezza ed, eventualmente, additiva delle regole necessarie al riequilibrio degli interessi in gioco”⁹⁴.

Questo modo di considerare la correttezza quale norma di ordine pubblico conduce alla vanificazione del contenuto contrattuale, del programma economico voluto autonomamente da soggetti privati; pertanto, non ci si meraviglia delle critiche di altra dottrina, la quale ha tentato di ricondurre il giudizio di buona fede a parametri più aderenti all’assetto economico convenzionalmente stabilito, alla concreta realtà negoziale. La stessa Corte di Cassazione⁹⁵ ha affermato, in questo senso, che i doveri di buona fede devono essere “solidali” con la “realizzazione del programma negoziale”. Inoltre, la stessa dottrina che ha favorevolmente sostenuto la prevalenza di valori estrinseci rispetto al contratto ha contestualmente riconosciuto che “la clausola generale di buona fede tende a garantire prima di tutto la coerenza tra il piano delineato tra le parti e l’effettivo compimento dell’operazione economica”⁹⁶.

Se, quindi, la normativa di correttezza da un lato è volta,

⁹⁴ MORELLI M. R., *La buona fede come limite all’autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *GC*, 1994, I, pag. 2173.

⁹⁵ Cass., 9 aprile 1987, in *GI*, 1988, I, 1, c. 1609 ss.; in questa sentenza la Corte ha affermato che “(p)ur configurata come oggetto di un dovere autonomo, questa regola non può, tuttavia, essere esaltata al punto di conferirle, sotto il profilo ora in discussione, attitudine integrativa rispetto alle determinazioni delle parti e ai congruenti effetti dispositivi che da queste (o dalle fonti extracontrattuali del rapporto cui rinvia l’art. 1374 c.c.) derivino, essendo destinata ad operare nel momento esecutivo e presupponendo, perciò, un regolamento di interessi già definito”.

⁹⁶ RODOTA’ S., *Il tempo*, cit., pag. 716.

intrinsecamente, alla perfezione del programma negoziale e dall'altro persegue finalità generali dell'ordinamento che non potrebbero in altro modo inserirsi nella sfera contrattuale, si pone l'ulteriore problema dell'eventuale contrasto tra le esigenze del negozio specifico e quelle più ampie del sistema giuridico.

L'inderogabilità del principio di buona fede non ha come conseguenza necessaria l'individuazione di regole da applicare al rapporto contrattuale indipendentemente da valori intrinseci a quest'ultimo, considerando tali regole come inderogabili e, quindi, prevalenti ai valori stessi; si può, allora, affermare che “in virtù dell'inderogabilità del principio di buona fede, sarebbe nulla la pattuizione che affermasse la non applicabilità al rapporto di quel principio, la clausola che, in presenza di ambiti di discrezionalità esecutiva riservati ad un contraente, escludesse la sindacabilità dell'esercizio della stessa alla stregua della buona fede”⁹⁷. D'altra parte, la ricostruzione di regole concrete da applicare al rapporto non può prescindere dai valori intrinseci al contratto, valori riguardanti l'assetto economico-giuridico voluto dalle parti nel contratto medesimo. Conseguentemente, il problema di un eventuale conflitto tra le regole e i valori suddetti perde di consistenza proprio per il fatto che questi ultimi concorrono alla formazione delle prime.

Quanto all'eventuale contrasto tra i principi generali dell'ordinamento e i valori intrinseci al contratto, la soluzione del problema riposa nell'inderogabilità, propria e non riflessa, dei principi medesimi. Se, infatti, si attribuisse attraverso il filtro della buona fede natura inderogabile non solo ai principi di ordine pubblico dell'ordinamento, ma anche ai valori della c.d. coscienza sociale, sarebbero giustificati i timori insiti nell'instabilità del mondo

⁹⁷ D'ANGELO A., *op. ult. cit.*, pag. 277.

contrattuale che potrebbe derivarne, timori aggravati dalla indeterminatezza della buona fede stessa che appoggerebbe un potere giudiziario sempre più discrezionale.

Ogni discussione relativa alle clausole generali, e quindi alla buona fede, da qualsiasi punto si parta o qualsiasi direzione si prenda si ferma, come in un labirinto, davanti alla *porta murata* della discrezionalità del giudice, al problema del ruolo della giurisprudenza.

Una dottrina ha proposto l'utopistica e contraddittoria soluzione di tipizzare i comportamenti di buona fede; si è obiettato, infatti, che non si può “ridurre il complesso gioco delle relazioni intersubiettive ad una serie *standardizzata* di comportamenti preidentificati, in virtù di una sorta di *ars divinandi*, nella quale è assai improbabile che sia esperto il giudice”⁹⁸ con la conseguente *impermeabilizzazione* della normativa di correttezza al divenire ed al mutare delle circostanze relative al contratto.

Nonostante ciò la funzione della casistica giurisprudenziale non è irrilevante, né deve essere trascurata; si deve aggiungere, però, che la riflessione giuridica deve avere ad oggetto innanzitutto il dato sociale e i principi fondamentali espressi dalla nostra Costituzione, alla cui operatività si devono considerare rivolte le clausole generali.

L'interventismo dei giudici, come articolazione di un potere pubblico in un settore affidato alla libera concertazione dei soggetti privati, rappresenta, comunque, l'oggetto di una critica costante rispetto all'impiego delle clausole generali.

Tale obiezione non è, quindi, nuova; fu posta già nel '700 a Lord

⁹⁸ BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede*, cit., pag. 171.

Mansfield, il quale fu un acceso sostenitore dell'estesa applicazione della buona fede in materia contrattuale; il liberismo economico ostacolò i suoi progetti e considerò paternalistico il principio in esame⁹⁹. Tale vicenda storica non è degna di essere generalizzata perché in paesi profondamente liberistici come gli Stati Uniti la buona fede è considerata uno strumento che “miglior(a) l'efficienza economica riducendo i costi della contrattazione. I costi dello scambio comprendono i costi per ottenere informazioni con cui scegliere i propri *partners* contrattuali, per negoziare e stendere i contratti e per assumere rischi riguardo al futuro.

La dottrina dell'esecuzione secondo buona fede riduce tutti e tre questi tipi di costi, permettendo alle parti di fidare sul diritto piuttosto che sopportare taluni di questi costi”¹⁰⁰.

Ma anche nella patria dell'*unwritten law*, cioè l'Inghilterra, la *good faith* ha assunto uno straordinario ruolo nell'economia di contratti ed è stata assimilata al concetto di ragionevolezza (*reasonableness*), di cui adesso si discute anche in Italia.

Appare, allora, evidente come la buona fede rappresenti una garanzia dell'*Obbligationsprogramm*, della coerenza dell'*ingegneria* contrattuale delle parti.

⁹⁹ Cfr. RODOTÀ S., *Le clausole generali*, cit., pag. 404.

¹⁰⁰ BURTON S.J., *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in RCDP, 1984, pagg. 41-42. Nel diritto nord-americano le prime argomentazioni dottrinali relative al dovere di esecuzione secondo buona fede furono sostenute nel 1933 dalla Corte di Appello di New York, nel caso *Kirke la Shelle v. Paul Armstrong Co.* . La Corte affermò che “in ogni contratto vi è un patto implicito che né l'una né l'altra parte farà alcunché che abbia l'effetto di distruggere o danneggiare il diritto dell'altra parte di ricevere i frutti del contratto, il che significa che in ogni contratto esiste un patto implicito di buona fede o di comportamento onesto”.

Presupposto di tale garanzia è il governo della discrezionalità dei contraenti; in questo senso, il sistema di controllo dei poteri privati deve necessariamente riferirsi ai valori che le parti possono non aver considerato: “non però nel senso che, per tale via, si dà rilevanza all’<<inespresso>> delle parti, bensì nel diverso significato della interferenza con le valutazioni private di valori desumibili dallo stesso ordinamento (attraverso i principi) o espressivi di tendenze o di posizioni esistenti nella società”¹⁰¹

In un clima contrattuale sempre più intenso e dinamico e talora contraddittorio, la buona fede si sgancia dal suo fondamento etico e acquista una più *laica* funzione di controllo del potere e di garanzia degli equilibri sociali; essa diviene strumento di razionalità della contrattazione, “sia per quanto riguarda il piano relativo alle valutazioni e agli interessi delle parti, sia per quanto riguarda l’interferenza di questo con il piano delle valutazioni proprie dell’ordinamento”¹⁰².

Essa può diventare il *calmiere* della futura contrattazione, accanto ai rimedi offerti dalla “farmacopea ufficiale della normazione positiva”¹⁰³, la quale nel pretendere di calarsi negli *atomi* della realtà sociale ha finito col perdere la propria identità e la propria autorevolezza.

¹⁰¹ RODOTÀ S., *op. ult. cit.*, pag. 405.

¹⁰² *Ibidem*, pag. 406.

¹⁰³ CRISCUOLI G., *op. ult. cit.*, pag. 726.

Capitolo 3

BUONA FEDE E CORRETTEZZA NELLE VICENDE DEL RAPPORTO DI LAVORO

1. Buona fede e contratto di lavoro.

Secondo Durkheim¹ il contratto può essere definito come la “tregua provvisoria tra le parti”.

Nel mondo del lavoro la *battaglia* tra i contraenti è sempre stata piuttosto acra ed è per vocazione destinata ad essere nel futuro sempre più accesa; si può oramai affermare che per il lavoratore tale *guerra personale* non è persa in partenza, perché il forte potere contrattuale dell'imprenditore è bilanciato, attraverso decenni di sindacalizzazione, da un contropotere collettivo altrettanto persuasivo. In un contesto di concertazione così *battagliera* la regola della *pax* contrattuale o, come in altro modo ha definito Rodotà², “la regola delle regole della tregua” può essere rappresentata dalla buona fede.

È utile citare nuovamente la famosa sentenza della Cassazione n.

¹ DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1962, pag. 218.

² RODOTÀ S., *op. ult. cit.*, pag. 407.

5688/1979³, “Ora non vi è dubbio - si afferma - che la tecnica del rapporto sia del tutto coerente al diritto privato...e quindi adatta alla cognizione del giudice ordinario e che tale cognizione ancor meno attendibilmente qui possa essere negata per il fatto che essa è destinata a spiegarsi come controllo sull’osservanza di regole d’azione nell’adempimento dell’obbligazione. L’ipotesi ora esaminata costituisce, infatti, un campo particolarmente fecondo per l’applicazione del principio di correttezza quale fonte integrativa della disciplina del comportamento dovuto, applicazione che è demandata al giudice del rapporto. Dalle cose dette emerge anzi a pieno l’ampia operatività del principio di correttezza in quanto da esso sono desumibili regole d’azione sia rispetto all’esercizio di un potere che rispetto all’adempimento di un dovere. È vero che nell’un caso esso opera, almeno prevalentemente in senso limitativo, nell’altro, sempre almeno prevalentemente, in senso ampliativo, al fine di rendere possibile la repressione delle elusioni (consentendo che l’obbligato possa ritenersi vincolato non solo a frapporre ostacoli alla realizzazione dell’interesse dell’altra parte, ma anche a fare tutto ed esattamente quanto la comune valutazione sociale consideri necessario a porre in essere il comportamento esigibile). Ma proprio ciò illumina in pari tempo la portata generale del principio e il carattere primario della sua funzione equilibratrice”.

Dopo le sollecitazioni della dottrina, la Cassazione, sullo sfondo di un diritto del lavoro in profonda trasformazione, tra esigenze di flessibilità del lavoro privato e di privatizzazione del pubblico impiego, pone al centro delle sfide giuridiche del nuovo Millennio le problematiche intorno alla clausola

³ Cass., sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, cit., c. 2555.

generale per eccellenza: la buona fede.

Per la verità, quello tra regola di buona fede e contratto di lavoro è un rapporto di vecchia data. Nel secolo scorso, infatti, sull'onda di una industrializzazione in piena crescita, “anche in materia di contratto di lavoro la *bona fides* indica ad alcuni giuristi il simbolo di una prospettiva per l'addietro ignota”⁴. L'insormontabile *gap* tra imprenditore e mondo del lavoro dell'epoca, nella vigenza di un codice civile agnostico e di leggi che tentavano di delineare una disciplina a tutela per lo meno dei lavoratori più deboli, come le donne ed i bambini, trovava un possibile temperamento, secondo istanze tipicamente giusnaturalistiche, nella normativa di correttezza, utile ed efficace strumento di introduzione di nuovi precetti. Secondo Barassi⁵ “è un ragionar cavilloso e contrario alla *fraternitas*..., quello di chi volesse limitarsi alla *lex a paciscentibus dicta* nel senso materiale della parola. Vi sono delle esigenze morali che non vanno trascurate; e sono tali quelle che la comune coscienza reputa obbligatorie”. Se si esaminano alcuni lodi dei collegi probivirali si può notare come il riferimento alla buona fede unitamente alla lealtà e alla onestà sia una costante, imponendo alle parti di comportarsi secondo l'antico ma sempre attuale principio romanistico dell'*ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*. Dall'exasperazione anche in materia contrattuale del principio del *laissez faire* emerse antitetivamente l'idea che il consenso non fosse l'unica fonte del rapporto obbligatorio.

Ritornando ai nostri tempi l'indagine sulla buona fede nel rapporto di lavoro parte da presupposti differenti e segue linee diverse rispetto al passato,

⁴ CORRADINI, *Il criterio della buona fede*, cit., pag. 397.

⁵ BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, VII, pag. 561.

anche se si deve riconoscere l'esistenza di un'*anima* comune fra i due orientamenti, la quale potrebbe identificarsi nell'esigenza di nuove forme di tutela del lavoratore.

Ci si trova di fronte ad una questione di enorme complessità, di un problema dai mille volti e rispetto ad esso il giurista si trova ad essere come il critico rispetto ad un'opera d'arte, perché a seconda della prospettiva nella quale ci si pone il tema cambia colore e senso dinamico.

Nella discussione relativa a tale clausole il passaggio dalla discrezionalità imprenditoriale a quella giudiziale è, quindi, piuttosto breve; si tratta di trovare un punto di incontro tra l'esigenza di limitare le prerogative del datore di lavoro e quella contestuale di arginare i poteri del giudice nel caso concreto.

Ulteriore difficoltà dell'indagine è rappresentata dal fatto che la buona fede coinvolge nel dibattito altre regole e altri concetti, come la lealtà, la razionalità e la parità di trattamento, che hanno una storia del tutto particolare e per certi versi distinta.

2. La buona fede nei criteri di scelta.

Le fattispecie nelle quali la giurisprudenza ha applicato maggiormente le clausole generali di buona fede e correttezza sono state quelle rispetto alle quali l'imprenditore ha tentato di giustificare le diversità di trattamento tra lavoratori e quelle nelle quali lo stesso doveva effettuare una scelta comparativa tra i propri dipendenti.

Lo spazio che tali clausole hanno guadagnato in questo campo è stato favorito dal fallimento non solo degli accordi gestionali, ma anche della c.d.

procedimentalizzazione quale strumento di controllo dei poteri imprenditoriali.

La verifica del giudice non è più, quindi, soltanto formale, in quanto egli deve valutare la correttezza degli effetti dei provvedimenti datoriali che si producono concretamente in capo al lavoratore. In questo senso, Zoli⁶ sostiene che è questo “un aspetto che, per quanto meramente difensivo, ha acquistato notevole rilievo in una fase di crisi occupazionale in cui sono diventati assai più rilevanti che in passato il problema concernente la ripartizione dei sacrifici e quello speculare relativo alla distribuzione dei sempre più rari vantaggi”.

Le clausole generali si dimostrano utilmente rivolte alla soddisfazione di queste esigenze. Infatti, da un lato esse assistono la normativa esistente, implicando un controllo distinto dalla verifica giudiziale relativa al rispetto delle norme formali di validità dell'atto; da questo punto di vista il considerare la buona fede come espressione di doveri già specificamente indicati dal codice civile può condurre al rischio di svuotare l'autonomia e la portata di tale clausola generale; un risultato di questo tipo, come si vedrà, può essere evitato attraverso l'imposizione in capo all'imprenditore dell'obbligo di motivazione⁷ dei suoi provvedimenti verso i singoli lavoratori.

D'altro lato, la buona fede si muove in settori di *deserto* normativo, laddove cioè mancano esplicite disposizioni, tali da assicurare la trasparenza delle scelte e la loro coerenza con le finalità del provvedimento adottato. Si

⁶ ZOLI C., *La tutela delle posizioni*, cit., pag. 232.

⁷ Cfr. TULLINI P., *Correttezza contrattuale e obbligo di motivazione*, in RIDL, 1988, II, pagg. 964 ss..

tratta di provvedimenti particolarmente significativi sotto il profilo sociale, come il licenziamento collettivo, la Cassa integrazione guadagni, l'anticipazione del trattamento di fine rapporto, la trasformazione del rapporto da *full time a part time* e viceversa, il trasferimento e la trasferta dei lavoratori, il trasferimento di azienda, i quali (provvedimenti) esigono il rispetto di criteri sociali, cioè richiedono “di tener conto dello stato di bisogno dei prestatori, una volta soddisfatte le ragioni organizzative e produttive connesse alla decisione adottata, le quali restano prevalenti, ovvero agiscono in via logicamente prioritaria o anteriore”⁸. In queste ipotesi c'è ancora spazio per valutare la capacità professionale ed il merito dei lavoratori.

Emerge, evidentemente, l'esigenza di razionalizzare le scelte, esigenza particolarmente sentita nel caso dei concorsi, dove sussiste un vero e proprio obbligo imprenditoriale di una corretta valutazione comparativa.

In questo senso, il sindacato del giudice sul rispetto dei criteri indicati, anche in presenza di eventuali comportamenti discriminatori, “non può limitarsi ad un controllo verticale sul lato del datore, bensì deve estendersi in linea orizzontale alla valutazione delle situazioni antagonistiche di tutti i lavoratori interessati agli effetti della decisione”⁹. In questa prospettiva si è parlato equivocamente del principio di imparzialità¹⁰. In realtà il richiamo a tale principio, evocando costruzioni teoriche pubblicistiche che si sono già rifiutate con riferimento all'interesse legittimo, si fonda teleologicamente nel

⁸ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 233.

⁹ *Ibidem*, pag. 234.

¹⁰ Cfr. MEUCCI M., *Significativi passi sulla via della trasparenza ed imparzialità nelle promozioni*, in GC, 1983, I, pagg. 2270 ss..

perseguimento di un interesse pubblico estraneo al diritto privato¹¹: Il principio appare inapplicabile al rapporto di lavoro, perché se le regole di buona fede e correttezza obbligano l'imprenditore ad effettuare scelte obbiettive e trasparenti, esse debbono essere compiute innanzitutto nell'interesse del lavoratore. Ancora, si affacciano nel dibattito le tentazioni pubblicistiche di ricostruire una tutela al di fuori delle regole di diritto privato. E' questo un orientamento del tutto inadeguato ad un periodo storico nel quale si tende ad una generale estensione dei metodi privatistici a tutto il mondo del lavoro, e nel quale l'esigenza di flessibilizzazione si fonda in una più generale necessità di riforme dell'intero sistema, nel quale l'ingerenza statale non si mostra particolarmente gradita.

3. Buona fede e concorsi privati.

Il tema dei concorsi privati ha suscitato un'attenzione particolarissima, in quanto esso è stato un terreno particolarmente fertile per riflessioni di ampio respiro sotto il profilo della teoria generale del diritto.

Il sistema di assunzione e di promozione è divenuto oggetto di una serrata *battaglia* dottrinale tra i fautori di tecniche pubblicistiche di tutela e di sostenitori delle regole privatistiche, tra chi *applaude* al ricorso alle clausole

¹¹ Sul concetto di imparzialità nel diritto amministrativo cfr. CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973.

generali e chi ne teme un impiego allargato.

Il metodo di selezione anche se utilizzato dalle grandi imprese private, tuttavia è caratteristico degli enti pubblici economici. A questo proposito riemergono i dubbi già avanzati di una valida argomentazione rispetto ad una materia, ad un settore, dotato di un elevato grado di ambiguità tra logiche privatistiche ed interessi pubblicistici.

Del problema si è già parlato in precedenza, qui occorre sottolineare che la giurisprudenza degli anni '70 ha ridotto al minimo la sfera dei poteri pubblicistici, limitandoli alle ipotesi, da parte dell'ente economico, di provvedimenti generici riguardanti le mansioni del personale e la dislocazione degli uffici.

Si è affermato che “lo svolgimento del concorso presuppone una già formata organizzazione”, non dando spazio all'esercizio di discrezionalità amministrativa, “in quanto i candidati vanno selezionati in base a valutazioni tecniche”¹².

Gli enti pubblici economici esercitavano l'attività relativa alla stipulazione del contratto di lavoro alla stregua di qualsiasi imprenditore privato. Sgombrato il campo dai residui pubblicistici, che, per la verità, sussistono ancora sia pur parzialmente, è più agevole impostare una più serena discussione sul rapporto tra buona fede e concorsi privati.

Con riferimento particolare ai c.d. concorsi interni si deve registrare una progressiva attenzione della contrattazione collettiva; se, da un lato, l'art. 2113 c.c. limita l'esercizio del *ius variandi* nell'ambito dell'equivalenza o dell'adibire il lavoratore a mansioni superiori, dall'altro la normativa collettiva

¹² Cass., sez. un., 18 settembre 1978, n. 4153, in *FI*, 1979, I, c. 94.

sui concorsi si dimostra più incisiva nella delimitazione del potere del datore di lavoro, procedimentalizzandone l'esercizio. Da questo punto di vista, la dottrina¹³ si posta un problema di coordinamento tra i meccanismi di progressione previsti dal codice civile e quelli contenuti nelle norme contrattuali. Le procedure indicate, pur costituendo dei limiti esterni al potere direttivo, lasciano, comunque, un margine di discrezionalità al datore di lavoro. Si è sostenuto che “tali procedure non funzionalizzano l'esercizio del potere del datore di lavoro privato alla realizzazione di un interesse superiore o comunque diverso da quello del titolare del potere e cioè dello stesso datore di lavoro”¹⁴.

Non sussiste, quindi, un interesse dell'impresa distinto sotto il profilo giuridico da quello dell'imprenditore. Tuttavia, non si può negare che in alcune norme del codice civile l'interesse dell'impresa “identifica le esigenze dell'organizzazione tecnica del lavoro, o, se si preferisce, l'interesse dell'imprenditore obbiettivato nelle regole di normalità tecnico-organizzativa”¹⁵. Ma in questo caso l'interesse dell'impresa individua una serie di obblighi dell'imprenditore, non funzionalizzando i suoi poteri.

Si esclude, quindi, che si possano equiparare i concorsi pubblici con quelli privati, perché questi ultimi si fondano sulla autonomia privata e sono regolati da clausole che concepiscono l'attività del datore di lavoro come oggetto di un'obbligazione e non come esercizio di un potere. D'altra parte,

¹³ Cfr. SANTORO PASSARELLI G., *Impresa, contratto collettivo, concorsi privati*, in *GI*, 1981, IV, pagg. 203 ss. .

¹⁴ SANTORO PASSARELLI G., *I concorsi privati: una fattispecie in via di assestamento*, in *MGL*, 1989, pag. 289.

¹⁵ *Ibidem*.

secondo la giurisprudenza¹⁶ “l’esercizio del potere discrezionale, privatamente esercitato nell’esercizio dell’impresa costituisce un comportamento inserito nel rapporto contrattuale e, come tale, concreta l’oggetto di una prestazione dovuta, liberamente eletta secondo le norme contrattuali e comunque soggetta alle norme generali del diritto privato. In tal modo in tema di promozioni l’attività di scelta e di valutazione dei relativi criteri si manifesta secondo la tecnica del rapporto, come l’oggetto di un’obbligazione verso il lavoratore per la soluzione di un conflitto di interessi con lo stesso datore di lavoro e gli altri aspiranti alla promozione”¹⁷.

Ai fini del problema, l’inquadramento privatistico delle attività di un ente pubblico economico si rivela particolarmente importante, perché, come ha affermato la Cassazione¹⁸, “(d)alla natura privatistica degli atti del concorso per l’assunzione alle dipendenze di un ente pubblico economico discende la sindacabilità sotto il profilo della correttezza contrattuale (art. 1175 c.c.) del comportamento dell’ente nel compimento della scelta e nello svolgimento delle operazioni necessarie alle valutazioni dei requisiti dei candidati secondo i meccanismi procedurali precostituiti”. Il bando di tali enti è, quindi, considerato un atto di autonomia privata; si afferma, infatti, che “(i)l concorso bandito da un ente pubblico economico...per l’assunzione del personale ha natura privatistica”¹⁹ ed è quindi “soggetto al sindacato del giudice ordinario

¹⁶ Cass., sez. lav., 3 luglio 1986, n. 438, cit..

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cass., sez. lav., 8 febbraio 1982, n. 755, in *FI*, 1983, c. 114, con nota di BUONCRISTIANO M.; per una rassegna giurisprudenziale in materia cfr. NANNI L., *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988.

¹⁹ Cass., sez. lav., 8 febbraio 1982, cit.

in merito all'osservanza dei meccanismi procedurali predeterminati e, comunque, del principio di correttezza²⁰.

Se tutto questo è ormai pacifico, rimangono maggiori dubbi sulla natura e sul contenuto del bando di concorso in ambito privatistico.

La S.C.²¹ ha ritenuto di distinguere fra tre ipotesi. Nell'ipotesi in cui il bando di concorso preveda la costituzione automatica del rapporto, esso dovrebbe inquadrarsi come offerta al pubblico; ai sensi dell'art. 1336 c.c., la Corte ha affermato in questo senso che “il contratto di lavoro è automaticamente concluso nei confronti dei candidati, che si sono piazzati in posizione utile in graduatoria, nel momento in cui risultino accertati anche gli altri requisiti di idoneità fisica e morale, eventualmente richiesti”. Nel caso in cui il bando preveda che l'ente assumerà vincitori, esso potrebbe configurarsi come promessa al pubblico, la quale richiede “un'ulteriore manifestazione di volontà da parte del proponente e il rapporto di lavoro si costituirà, dopo che l'ente avrà espresso tale volontà, nel momento in cui il candidato, presentandosi al lavoro nel giorno e nel luogo indicati, avrà accettato tacitamente la proposta”. Qualora, infine, il bando preveda la formazione di una graduatoria di idonei, alla quale l'ente si riferirà nel caso di future assunzioni, si potrebbe parlare di invito ad offrire²², “che diventa rilevante e giuridicamente tutelabile solo se si verifica l'evento futuro ed incerto indicato nel bando”²³.

²⁰ Trib. Roma, 17 luglio 1982, in *FI*, 1983, I, c. 2020.

²¹ Cfr. Cass., sez. lav., 19 gennaio 1985, n. 171, in *FI*, c. 2026.

²² JEMOLO A. C., *Concorsi privati*, in *RDC*, 1967, II, pagg. 530 ss..

²³ Cass., sez. lav., 19 gennaio 1985, n. 171, cit.

Sotto questo profilo, se l'imprenditore è libero di porre in essere un semplice invito ad offrire, tale circostanza costituisce la conseguenza di una piena discrezionalità datoriale. La clausola che permette lo svolgimento di un concorso di idoneità è lecita, ma deve essere interpretata in base ai criteri indicati dal codice civile, tenendo conto del tenore letterale della clausola stessa e delle intenzioni delle parti del contratto, del comportamento complessivo delle stesse anche posteriore alla conclusione del contratto. In queste ipotesi assume un ruolo di notevole rilevanza il criterio ermeneutico della buona fede, che conduce alla illegittimità della decisione di non procedere alle assunzioni o alle promozioni, qualora sia priva di una ragionevole giustificazione²⁴.

In questo senso, la Cassazione²⁵ ha sostenuto che “ove l'ente, dopo l'espletamento del concorso, abbia invitato gli idonei non vincitori a presentare la documentazione prescritta per la loro eventuale nomina, nella dichiarata ipotesi di rinuncia di taluno dei primi classificati o di mancanza dei requisiti di cui al bando di concorso, oppure di aumento dei posti messi al concorso, la revoca di tale manifestazione di volontà e quella di successiva assunzione ai nuovi posti di persone diverse dagli idonei, dopo che questi ultimi avevano presentato la documentazione richiesta, va interpretata secondo le regole ed i principi di ermeneutica contrattuale”. Si discute se l'impegno di attingere alla graduatoria di idonei, nella ipotesi di future assunzioni o promozioni realizzi un invito ad offrire, in quanto esso solleciterebbe il pubblico, o comunque una cerchia di persone, a formulare

²⁴ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 254.

²⁵ Cass., sez. lav., 14 aprile 1980, n. 2433, in *RFI*, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 253.

una proposta contrattuale, cosicché soltanto chi ha fatto l'invito sarebbe libero di valutare l'affidabilità della controparte e le condizioni dell'affare, “mentre è evidente non solo che gli elementi del futuro contratto sono individuati nel bando, ma che la struttura di esso non consente a chi lo ha formulato altra scelta che quella sull'*an contraendi*”²⁶.

Nell'altra ipotesi in cui il bando di concorso è diretto all'assunzione o alla promozione dei vincitori non convince il ricorso all'istituto dell'offerta al pubblico; infatti, nella maggior parte dei casi “oggetto dell'offerta non è tanto un posto di lavoro quanto la partecipazione ad una serie di atti finalizzati all'individuazione del lavoratore (o dei lavoratori) da assumere”²⁷. L'offerta al pubblico non permette a chi offre di scegliere l'altro contraente, ipotesi tipica del concorso, ma al contrario essa tende “all'indifferenza del destinatario”²⁸ della medesima. Inoltre, configurando il concorso come offerta al pubblico, ci si troverebbe di fronte ad una proposta contrattuale che diviene contratto incontrando l'accettazione della controparte, costituita dalla domanda di partecipazione, nel momento in cui si verifica la condizione sospensiva del superamento della prova di selezione. E ha escluso²⁹ che nel caso in esame si possa parlare di condizione in senso tecnico, in quanto alcuni dei requisiti richiesti dal bando sussistono già prima della stipulazione e non sono deducibili in condizione. Ma al di là di questo aspetto, la configurazione del concorso come offerta al pubblico comporta che il contratto di lavoro si

²⁶ BUONCRISTIANO M., *Profili della tutela civile*, cit., pag. 221.

²⁷ VENTURA L., *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, Milano, 1984, pag. 156.

²⁸ BUONCRISTIANO M., *op. ult. cit.*, pag. 221.

²⁹ Cfr. Pret. Roma, 9 giugno 1975, in *RGE* nel, 1975, pag. 658.

costituisca sin dal momento dell'accettazione dell'offerta, data la retroattività dell'avveramento della condizione sospensiva, prevista dall'art. 1360 c.c..

Questa circostanza avrebbe una serie di rilevanti conseguenze sul rapporto di lavoro, come ad esempio sul decorso dell'anzianità di servizio in ordine al calcolo degli scatti di anzianità e del trattamento di fine rapporto.

Sulla base di queste argomentazioni la Cassazione³⁰ ha avuto modo *di correggere il tiro* precisando che l'offerta al pubblico obbliga il proponente “nei confronti di coloro che, salvo a risultare in possesso dei requisiti richiesti ed a collocarsi utilmente nella graduatoria degli aspiranti, dovessero accettare la proposta” del contratto di lavoro, sia esso preliminare o definitivo. La domanda di partecipazione al concorso, equivalendo ad una manifestazione del consenso, determinerebbe la formazione di un accordo sulla procedura di selezione. La soluzione proposta non è accolta in dottrina, in quanto, se il bando propone unicamente la partecipazione al concorso, risulta difficile adattare quest'ultimo allo schema dell'offerta al pubblico, “laddove presuppone una doppia accettazione da parte dei vincitori, rispettivamente in ordine alle modalità di svolgimento del concorso - che al limite potrà essere regolata dalla contrattazione collettiva - e alla conclusione del contratto”³¹. Invece, nel caso in cui si offre la conclusione di un contratto oppure la promozione la domanda di partecipazione al concorso, come manifestazione del consenso, avrebbe per oggetto il contratto stesso o la promozione medesima.

Per risolvere il problema occorre considerare i bandi di concorso sotto

³⁰ Cass., sez. un., 10 gennaio 1986, n. 63, in *FI*, 1985, I, c. 271.

³¹ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 257.

il profilo strutturale. Tali bandi si rivolgono ad una generalità di soggetti (in caso di promozione ai dipendenti) oppure ad una cerchia ridotta di essi, perché ad esempio in possesso di una determinata qualifica; soltanto chi sia dotato di particolari requisiti e superi le relative prove sarà considerato idoneo all'assunzione o all'acquisizione della qualifica oggetto del bando. A tale sequenza generale si possono aggiungere due varianti: la prima nel caso in cui il datore di lavoro indichi un numero determinato di posti, riservandoli ai vincitori, ai primi in graduatoria; la seconda allorché il datore di lavoro effettui successivamente e separatamente le assunzioni o l'assegnazione alla qualifica superiore, tenendo presente che i beneficiari di queste sono soltanto i soggetti risultati idonei. Se tutto questo è indiscutibile, allora, sembra più aderente alla struttura del bando lo schema della promessa al pubblico *ex art. 1989 c.c.*. Tale istituto si caratterizza per il fatto che è diretto al *pubblico*, cioè “a più persone collettivamente considerate, ancorché appartenenti ad una cerchia determinata di persone”³², per l'esistenza di una promessa non espressa formalmente, ma desumibile dal contenuto del bando ed, infine, per il collegamento tra la promessa stessa e la situazione dei concorrenti relativa al possesso dei requisiti richiesti.

La configurazione del bando di concorso come promessa al pubblico di cui all'art. 1989 c.c. non elimina di certo tutte le questioni. Infatti, in merito alla natura della stessa la dottrina si è spaccata in due fronti opposti: alcuni³³

³² BUONCRISTIANO M., *op. ult. cit.*, pag. 225.

³³ Cfr. FALQUI MASSIDDA C., *Promessa unilaterale*, in *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1957, pag. 87.

hanno assegnato all'istituto il valore di negozio giuridico unilaterale ed altri³⁴ lo hanno ridotto a schema di formazione del contratto. In realtà, esiste un po' di verità in entrambe le opinioni, poiché, se è concettualmente più corretto attribuire alla promessa al pubblico natura di negozio unilaterale, non si può escludere che il bando, come negozio unilaterale, possa inserirsi "nell'*iter* procedimentale che conduce alla conclusione di un ulteriore negozio, quale il contratto di lavoro o la promozione"³⁵.

4. Le clausole dei bandi di concorso: elementi critici.

Il primo problema che si pone in materia di clausole di bando di un concorso è quello relativo alla contrarietà di talune di esse rispetto al diritto di chi intenda parteciparvi a non essere escluso in maniera illecita. Infatti, salvo l'osservanza delle disposizioni legislative e contrattuali, il datore di lavoro ha il potere discrezionale di fissare le condizioni di accesso e di svolgimento della procedura selettiva. È questa una delle fasi più delicate per le posizioni individuali dei concorrenti, in quanto si deve evitare che il potere riconosciuto all'imprenditore si trasformi in arbitrio. L'erosione delle prerogative datoriali deve mirare ad escludere l'introduzione di illegittime modalità di partecipazione al concorso e di parametri di idoneità non funzionali. Si pensi alla questione particolarmente nota relativa ai titoli di studio. Negli anni '60 e '70 era diffusa la consuetudine di inserire nei bandi di concorso la c.d. *clausola del titolo di studio massimo*, in base alla quale si escludevano dalla possibile assunzione i concorrenti che fossero in possesso di un titolo di studio

³⁴ Cfr. BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1946, pag. 307.

³⁵ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 258.

superiore a quello richiesto. La clausola trovava sostegno nella concezione del bando come espressione dell'autonomia negoziale, da un lato, e nel *beneplacito* delle organizzazioni sindacali, dall'altro. In seguito all'intervento delle sezioni unite della Corte di Cassazione³⁶ la clausola è stata ritenuta illegittima. "La predeterminazione dei criteri - come ha affermato la Corte - rientra certamente nell'autonomia del datore di lavoro che sia legittimato a provvedersi di personale con il sistema del concorso". Non si può, d'altra parte, strumentalizzare il ricorso all'art. 1322 c.c. per violare i principi fondamentali dell'ordinamento. "La clausola in questione - continua la Corte - non si limita a rendere irrilevanti i titoli di studio superiori a quelli reputati necessari dall'ente per ricoprire determinati posti nell'azienda: se a tanto si riducesse la sua portata, sarebbe ben difficile sindacare le scelte che con essa si sono manifestate, non potendosi negare all'imprenditore, pubblico o privato che sia, la facoltà di prescindere, nella predisposizione dei criteri di selezione del personale, da qualificazioni e titoli pubblici, a meno che questi non siano resi espressamente necessari dalla legge per lo svolgimento dell'attività professionale. La clausola, invece, va ben oltre, perché assume quei titoli a motivo di preclusione all'accesso ai posti e, quindi, convertendo in pregiudizio ciò che dovrebbe essere una conquista, li considera addirittura come requisiti negativi. Essa, allora, finisce per operare in senso diametralmente opposto a quello indicato dall'art. 34, 3° comma, Cost., che

³⁶ Cass., sez. un., 11 dicembre 1979, n. 6452, in *GI*, 1982, I, 1, pagg. 117 ss., con nota di DOSSETTI M., *Autonomia negoziale e <<ordine pubblico costituzionale>>* (I bandi di concorso ed i titoli di studio). Per un esame della giurisprudenza di merito che anticipato le argomentazioni della Cassazione cfr. MISCIONE M., *Disoccupazione intellettuale, diritto all'assunzione e rito del lavoro*, in *GI*, 1976, I, 2, c. 371.

attribuisce ai capaci e ai meritevoli il diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi, essendo evidente che non solo scoraggia coloro che tentino di esercitare tale diritto, ma colpisce anche chi sia riuscito a realizzarlo”. Nel caso di specie, la Corte ha, poi, ritenuto insufficienti le argomentazioni difensive dell’Enel, confermate dalla giurisprudenza di merito meno recente³⁷, secondo le quali lo scopo della clausola del *titolo di studio massimo* era quello di favorire da un lato l’accesso al lavoro di chi non era riuscito a procedere negli studi e, dall’altro, di costituire quadri di lavoro più stabili ed efficienti. Secondo la Corte, sotto questo profilo, un ente pubblico economico non ha tra i suoi compiti istituzionali quello di incentivare l’occupazione ed, anzi, con la clausola in esame si ottiene il risultato opposto di escludere dai concorsi, in via assoluta, una categoria di disoccupati; essa, quindi, “vulnera il diritto di quei cittadini di lavorare secondo le proprie possibilità e le proprie scelte”³⁸.

Si è detto che il potere dell’imprenditore, in questo settore, pur essendo discrezionale, non è illimitato. In questo senso è necessario considerare i limiti

³⁷ Cfr. Pret. Empoli, 15 settembre 1975, in *GI*, 1977, I, 2, c. 174 con nota di MISCIONE M..

³⁸ La giurisprudenza successiva ha seguito le argomentazioni della Cassazione, richiamandosi in particolare alla violazione dell’art. 34 Cost.. Cfr. Cass., sez. lav., 8 febbraio 1982, n. 755, cit.; Cass., sez. lav., 12 febbraio 1982, n. 885, in *MFI*, 1982; Cass., sez. lav., 13 febbraio 1982, n. 917, *ivi*; Cass., sez. lav., 19 maggio 1982, n. 3101, *ivi*; Cass., sez. lav., 26 gennaio 1983, n. 735, *ivi*, 1983; Cass., sez. lav., 14 febbraio 1983, n. 1137, *ivi*; Cass., sez. lav., 19 febbraio 1983, n. 1280, in *OGI*, 1984, pag. 85; Cass., sez. lav., 21 marzo 1983, n. 1997, in *MFI*, 1983; Cass., sez. lav., 7 giugno 1983, n. 3913, *ivi*; Cass., sez. lav., 13 giugno 1983, n. 4056, *ivi*; Trib. Napoli, 30 gennaio 1984, in *DG*, 1985, pag. 776, con nota di DETTORI ROSSI S., *Bando di concorso, procedure di assunzione e responsabilità del datore di lavoro*; Cass., sez. lav., 19 giugno 1984, n. 3640, in *MFI*, 1984; Cass., sez. lav., 25 luglio 1984, n. 4373, in *GC*, 1985, I, pag. 1740.

posti dagli artt. 8 e 15 St. lav. E dall'art. 1 della legge n. 903 del 1977, come specificazione dell'art. 1345 c.c.. Le clausole dei bandi di concorso devono, cioè, essere valutate sotto il profilo dell'illiceità del motivo determinante³⁹.

La combinazione delle norme citate consente di fare emergere l'invalidità di quelle clausole di tipo discriminatorio relative alle condizioni familiari personale e sociali dei concorrenti. In particolare, si ritiene che l'art. 8 St. lav., laddove esclude che siano presi in considerazione <<fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore>>, possa essere applicato "allorquando si subordina la partecipazione al concorso, o l'assunzione dei vincitori, alla presentazione di certificati concernenti lo stato di famiglia, i carichi pendenti, la residenza, i titoli di studio, l'idoneità fisica"⁴⁰.

Da quanto detto è possibile distinguere tra due categorie di clausole. Nella prima vanno inserite clausole sicuramente nulle. Sono quelle che subordinano l'assunzione all'espletamento degli obblighi militari di leva o all'esserne esente, o che collocano la nomina in un momento successivo al congedo⁴¹ o quelle che condizionano l'assunzione alla presentazione del certificato di cittadinanza italiana⁴².

³⁹ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag.241.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Si è parlato di contrarietà di tali disposizioni all'art. 52 Cost., il quale dispone che l'adempimento degli obblighi militari <<non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino>>, prescindendo dalla considerazione che ancora un lavoro non c'è, ma ci si trova comunque in una fase prodromica all'instaurazione del rapporto. Cfr. PAPALEONI M., *Servizio militare e rapporto di lavoro*, in *MGL*, 1984, pagg. 237 ss..

⁴² Queste ultime clausole violano direttamente la normativa comunitaria in materia di

Sono, inoltre, nulle ai sensi dell'art. 1345 c.c. e dell'art. 8 St. lav. le disposizioni che riservano la partecipazione al concorso esclusivamente ai figli di dipendenti o ex dipendenti dell'Istituto, o che nell'ipotesi di pari posizione in graduatoria attribuiscono ad essi preferenza, eccezion fatta per i casi in cui, considerate le particolari condizioni disagiate familiari, le aziende "potranno dare la precedenza al coniuge superstite o ai figli dei dipendenti deceduti in servizio o collocati a riposo"⁴³.

Sono state considerate invalide le clausole, contenute nei bandi di concorso di alcune Casse di risparmio, con le quali si subordinava l'assunzione dei vincitori <<all'inesistenza di vincoli di matrimonio o di parentela o di affinità con amministratori, sindaci o dipendenti dell'istituto>>.

Anche in questo caso, le Casse di risparmio giustificavano l'esistenza di tale clausola con l'esigenza di garantire un buon funzionamento degli uffici; si è osservato⁴⁴, però, che tale esigenza non può essere soddisfatta attraverso l'esclusione dall'impiego di chi sia legato da vincoli di parentela o di affinità con i dipendenti dell'istituto, in quanto tale esclusione "sancirebbe implicitamente che tutti coloro che hanno parenti in banca si faranno in

libera circolazione dei lavoratori comunitari.

⁴³ Pret. Segni, 20 ottobre 1978, in *FI*, 1979, I, c. 1969.

⁴⁴ Pret. Cosenza, 4 marzo 1977, in *FI*, 1977, I, c. 1560. Tra le altre sentenze cfr. Pret. Parma, 16 aprile 1981, e Pret. Palermo, 16 aprile 1981, in *GI*, I, 2, c. 777, con nota di SANTORO PASSARELLI G., *Bandi di concorso privati e clausole nulle*; Cass., sez. lav., 23 luglio 1981, n. 4736, in *GC*, 1981, I, pag. 2193, con nota di PERA G., *Sull'incompatibilità tra parenti, amministrativi e dipendenti, nelle Casse di risparmio*; Pret. Trento, 27 novembre 1982, in *GC*, 1983, I, pag. 1026, con nota di PAPALEONI M., *Sui cosiddetti bandi di concorsi privati e le clausole di parentela*.

qualche modo aiutare in maniera illecita”. La giurisprudenza di merito⁴⁵ ha ravvisato la contrarietà di tali clausole all’art. 3 della Costituzione, considerando che “il divieto di qualsiasi discriminazione, con riferimento anche alle condizioni personali e sociali dei cittadini, introdotto con la prima parte dell’art. 3 Cost., non solo rappresenta il modulo di sviluppo del nostro ordinamento, ma costituisce un precetto che investe e travolge qualsiasi contrario principio, ponendosi come norma imperativa ed inderogabile anche nell’ambito della contrattazione privata”. A tale impostazione giurisprudenziale la Corte di Cassazione⁴⁶ ha, però, opposto che “un principio di parità di trattamento nei rapporti interprivati non può leggersi nell’art. 3 della Costituzione”, in quanto tale norma è “di per sé inidonea ad imporre il detto principio di uguaglianza nell’esercizio dell’autonomia negoziale da parte dei privati”⁴⁷.

Sono state ritenute illegittime le clausole che privilegiavano i candidati per il fatto di risiedere nel comune del luogo dove si trovano i posti da ricoprire⁴⁸. In via generale si esclude che la situazione familiare, il matrimonio, il raggiungimento di un determinato titolo di studio, la scelta della residenza possano essere elementi discriminatori.

Alla seconda categoria di clausole appartengono quelle, “la cui illiceità non p(uò) essere desunta da una valutazione aprioristica, bensì dipend(e)

⁴⁵ Trib., Cosenza, 18 aprile 1978, in *FI*, 1979, I, c. 1546.

⁴⁶ Cass., 14 novembre 1978, n. 5252, in *DL*, 1979, pagg. 21 ss..

⁴⁷ Cass., sez. un., 23 luglio 1981, n. 4736, in *GC*, 1981, I, pag. 2193, con nota di PERA G.

⁴⁸ Cfr. Cass., sez. lav., 28 marzo 1984, n. 2052, in *GC*, 1984, I, pag. 3361, con nota di CAPPAGLI E., *Nullità della clausola di residenza dei bandi di concorso Enel ed annullamento, per errore di diritto, dei contratti conclusi con i candidati residenti.*

dall'accertamento delle ragioni per cui determinati requisiti sono stati richiesti⁴⁹. Si pensi a quelle disposizioni che obbligano coloro che intendono partecipare al concorso alla previa presentazione del certificato penale o al requisito di buona condotta morale. Si ritiene che la legittimità di tali previsioni debba essere verificata in relazione alle mansioni da svolgere e alla natura e ai fini dell'impresa. Si considerino, ancora, le clausole che richiedono determinati requisiti di idoneità fisica, che debbano essere accertati dagli enti pubblici e degli istituti specializzati di diritto pubblico, cui si riferisce l'art. 5 St. lav. La legittimità di tali clausole è indiscussa ove le stesse non siano riconducibili a scelte imprenditoriali arbitrarie, ma si fondino su specifiche esigenze organizzative e funzionali. La determinazione di tali esigenze deve essere, perciò, dettagliata al fine di evitare che attraverso lo *scudo* imprenditoriale di espressioni generiche passino inosservati comportamenti discriminatori. Si pensi, ad esempio, alla possibilità che l'imprenditore escluda dai concorsi e dalle promozioni i soggetti che, poiché sprovvisti dei requisiti fisici funzionali alle mansioni da svolgere, reputi inidonei; è il caso delle discriminazioni fondate sul sesso⁵⁰ o sulla salute fisica, come nell'ipotesi della sieropositività.

Non si capiscono le diffidenze verso un'indagine del giudice più approfondita, che, anzi, sarebbe auspicabile per una maggiore tutela degli

⁴⁹ ZOLI C., *op. ult. cit.*, pag. 247.

⁵⁰ Cfr. AA. VV., *Lavoro femminile, formazione e parità uomo-donna*, Milano, 1981; ASSANTI C., *Clausole generali e divieti di discriminazione: l'equilibrio precario della giurisprudenza di legittimità*, in RGL, 1988, II, pagg. 364 ss.; BARBERA M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.

individui⁵¹.

È necessario, ora, ricollegare il discorso alle clausole generali di buona fede e correttezza. Esse possono, infatti, integrare il regolamento contrattuale anche nella fase prodromica della determinazione dei criteri di scelta, aumentando l'efficacia delle norme di legge che vietano gli atti discriminatori e permettendo al giudice di verificare la coerenza dei criteri stessi alle finalità del provvedimento. In questo senso, è stata dichiarata illegittima la disposizione aziendale che subordina la promozione ad un determinato tasso di presenza in azienda, perché contraria alla buona fede⁵².

Un ulteriore problema che si pone è la praticabilità del controllo del giudice attraverso la buona fede quando non emergano lacune nel regolamento contrattuale oppure quando queste siano colmate dalla contrattazione collettiva. Se si attribuisce alla buona fede una funzione meramente interpretativa o suppletiva tale controllo è da escludersi.

In queste ipotesi alla esaltazione del principio di intangibilità dell'autonomia collettiva corrisponde il rischio di comportare l'obbligo per il giudice "di astenersi dal valutare altresì le determinazioni regolamentari, sul presupposto che anche in questo caso la norma contrattuale è completa"⁵³. Se, invece, si ritiene che la buona fede abbia anche una funzione correttiva non sussistono particolari obiezioni al controllo del giudice nell'ipotesi in esame. Sennonché, in questo modo, si apre "una via estremamente pericolosa, perché

⁵¹ Cfr. Cass., sez. lav., 15 gennaio 1990, n. 122, in *RIDL*, 1990, II, pag. 591, con nota di TULLINI P., *Selezione dei dipendenti e obblighi del datore di lavoro*.

⁵² Pret. Roma, 29 luglio 1985, in *RGL*, 1986, II, pag. 136.

⁵³ ZOLI C., *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti*, in *RIDL*, 1992, I, pag. 22.

consente al giudice di inserirsi nei più gelidi meandri dell'autonomia collettiva e di alterarne gli equilibri"⁵⁴. Si tratta, quindi, di effettuare una scelta di politica di diritto tra discrezionalità imprenditoriale e discrezionalità giudiziale, tentando di trovare un punto di incontro.

5. Correttezza della scelta e obbligo di motivazione.

“Nel compiere la scelta dei dipendenti da promuovere ad un grado superiore il datore di lavoro è tenuto all'osservanza dei principi di correttezza e buona fede"⁵⁵. “Nelle promozioni a scelta il potere di valutazione discrezionale spettante al datore di lavoro deve essere esercitato secondo i principi di correttezza e buona fede, il cui rispetto deve essere dimostrato mediante idonea motivazione od in mancanza di questa deve essere provato dal datore di lavoro"⁵⁶.

Quelle appena citate sono soltanto alcune delle massime della Corte di Cassazione, nelle quali si è tentato di sviluppare le argomentazioni della più famosa sentenza n. 5688/1979, superandole, da un lato, attraverso la riconduzione del discorso in un'ottica strettamente privatistica e, dall'altro, favorendo l'applicazione della normativa di correttezza nella tutela delle posizioni individuali del lavoratore non direttamente *a riparo* dalla discrezionalità imprenditoriale.

Rispetto alla rassegna di opinioni in materia di buona fede, ci si può

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Cass., sez. lav., 19 giugno 1982, n. 3773, in *FI*, 1983, I, c. 113, con nota di BUONCRISTIANO M..

⁵⁶ Cass., sez. lav., 27 maggio 1983, n. 3675, in *FI*, 1983, c. 1541, con nota di BUONCRISTIANO M..

richiamare alla circostanza che tale clausole generale sarebbe la fonte di una serie di obblighi accessori, strumentali all'obbligazione principale. In questo senso, la stessa Corte di Cassazione⁵⁷ ha affermato che “(i)l comportamento dell'ente pubblico economico nello svolgimento delle procedure previste per le promozioni alla qualifica superiore deve essere conforme al dovere di buona fede contrattuale”.

Allargando lo spettro di indagine anche ai concorsi si può sostenere che a tale obbligo dell'imprenditore corrisponde una posizione giuridica strumentale del lavoratore qualificabile come diritto soggettivo al corretto svolgimento del concorso in conformità del bando, del regolamento e del contratto. Infatti, come si è più volte sottolineato “il comportamento dell'imprenditore non è del tutto libero; egli...deve conformare l'esercizio del proprio potere ai criteri indicati espressamente dalla legge (ovvero dalla norma contrattuale o regolamentare) oppure, in mancanza, ai criteri di ragionevolezza e di equità o ancora...secondo i criteri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.”⁵⁸.

Procedendo per figure sintomatiche, la buona fede rileva innanzitutto nella formazione della commissione esaminatrice. Da questo punto di vista, il datore di lavoro ha il dovere di scegliere i soggetti cui demandare le operazioni di scrutinio sulla base delle competenze e dei criteri predeterminati. Una scelta datoriale difforme dai detti criteri può avere come conseguenza il diritto del partecipante di ottenere il risarcimento dei danni

⁵⁷ Cass., sez. lav., 19 giugno 1982, n. 3773, cit..

⁵⁸ Cass., sez. lav., 10 agosto 1987, n. 6858, cit..

eventuali⁵⁹, oppure che l'imprenditore sia condannato a formare la commissione conformemente al bando, od ancora l'inibitoria alla costituzione e al funzionamento di una commissione non conforme al bando, od, infine, che siano ripetute tutte le operazioni con una nuova commissione.

Con riferimento alla selezione dei candidati, si sottolinea l'esigenza che siano rispettate le modalità previste, evitando che gli spazi di ineliminabile discrezionalità imprenditoriale possano sfociare in atti discriminatori o irragionevoli. Anche in queste ipotesi la selezione svolta difformemente dai criteri indicati ha come conseguenza la possibilità per il candidato di ottenere il risarcimento degli eventuali danni o l'accertamento giudiziale di una differente posizione nella graduatoria nel rispetto dei criteri detti⁶⁰.

I candidati devono inoltre essere valutati secondo criteri predeterminati che non siano contrari alle norme di legge e alle regole di buona fede e correttezza. Tali clausole rivestono in questa fase un ruolo fondamentale; infatti, esse obbligano l'imprenditore a giudicare il candidato in maniera ragionevole e coerente, motivando razionalmente le eventuali diversità. In questo senso, la Cassazione ha rilevato che “(n)ell'impegnarsi - con pattuizioni, regolamenti interni, bandi di concorso - a seguire nella selezione dei dipendenti da promuovere un determinato procedimento comparativo, il datore di lavoro si obbliga ad eseguire verifiche, valutazioni e confronti dei requisiti degli aspiranti alla promozione e a tale obbligo deve adempiere secondo le regole di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.. Correttezza e buona fede

⁵⁹ Cfr. Cass., sez. un., 10 febbraio 1969, n. 449, in *GI*, I, 1, c. 1702 e in *FP*, 1970, c. 869, con nota di BRANCA G..

⁶⁰ Cfr. Cass., sez. lav., 12 giugno 1982, n. 3592, in *FI*, 1982, I, c. 422.

intervengono così quali modalità o aspetti del comportamento, elementi qualificativi suscettibili di discriminare l'adempimento dall'inadempimento. Il datore di lavoro al quale sia riservata non già, sia pure entro confini determinati nel risultato, la totale libertà di apprezzamento, bensì la valutazione comparativa di determinati elementi in relazione allo svolgimento di compiti superiori, è tenuto ad effettuare tale valutazione e non può adottare comportamenti con essa incompatibili". Da tale ragionamento si fa discendere che il datore di lavoro debba considerarsi inadempiente "non solo quando palesemente ometta ogni valutazione (attribuendo privilegi, ad es., mediante estrazioni a sorte), ma anche quando l'accertata scorrettezza o mala fede indichi il carattere fittizio della valutazione operata"⁶¹.

La normativa di correttezza si precisa, secondo la S.C.⁶², anche nell'obbligo del datore di lavoro e della commissione di giustificare le proprie valutazioni e le proprie scelte con riferimenti non generici, ma specifici. Il sindacato del giudice non deve arrestarsi alla regolarità formale delle procedure, all'"astratta persuasività"⁶³ delle argomentazioni di chi ha effettuato la scelta , ma deve andare a verificare se le ragioni rese esplicite e quelle reali corrispondono. Sotto questo profilo, è emersa la violazione della normativa di correttezza nel caso in cui manchi ogni giustificazione del provvedimento, allorquando, ad esempio, venga attribuito un punteggio variabile, mutando una graduatoria formatasi attraverso il criterio dei punteggi

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Cfr. Cass., sez. lav., 15 gennaio 1990, n. 122, cit.

⁶³ ZOLI C., *La giurisprudenza sui concorsi privati*, cit., pag. 24.

fissi⁶⁴. Si è considerata contraria al canone di buona fede la diversa valutazione di più concorrenti basata su elementi identici per tutti oppure il maggiore rilievo accordato dall'imprenditore a considerazioni che esulano dalla valutazione e dalla scelta: è il caso, ad esempio, della sentenza⁶⁵ che ha ritenuta scorretta l'equiparazione tra laurea e diploma di scuola media superiore, allo scopo di valutare la preparazione culturale dei concorrenti. Si pensi, inoltre, alle ipotesi in cui si denuncia la *sospetta* superficialità di certe valutazioni e operazioni di scrutinio⁶⁶, conoscendosi anticipatamente i risultati, ai confini di comportamenti che concretizzano specifiche fattispecie di reato.

In tutti questi casi la limitazione della discrezionalità dell'imprenditore, soprattutto quando egli valuti in base ad elementi generici, quali le capacità professionali dei concorrenti, deve seguire la strada "che passa attraverso un utilizzo *ad adiuvandum* delle regole di correttezza e di buona fede, le quali richiedono un controllo sulla razionalità dell'attribuzione del c.d. punteggio discrezionale"⁶⁷.

L'obbligo di motivazione degli atti dell'imprenditore diviene elemento fondamentale per l'indagine giudiziale, in quanto "oltre a rispondere ad un'ovvia esigenza di certezza,...si pone in funzione della congruità del giudizio", essendo diretta "a porgere il contenuto di sostanza e di merito per

⁶⁴ Cfr. Pret. Cosenza, 30 ottobre 1985, in *GC*, 1986, I, pag. 581, con nota di ZOLI C., *Concorso di dipendenti di enti pubblici economici*.

⁶⁵ Cass., sez. lav., 27 maggio 1983, n. 3675, in *GC*, 1983, I, pag. 2267, con nota di MEUCCI M., cit.

⁶⁶ Cfr. Cass., sez. lav., 29 giugno 1981, n. 4250, in *GC*, 1982, I, pag. 181; Pret. Cosenza, 30 ottobre 1985, *ivi*, 1986, cit..

⁶⁷ ZOLI C., *La tutela delle posizioni*, cit., pag. 267.

un'eventuale contestazione *a posteriori* del provvedimento adottato”⁶⁸.

Il controllo giudiziale sulla motivazione può mettere in luce, per esempio, comportamenti di discriminazione sessuale; secondo Zoli⁶⁹ è questo uno dei fronti giuridicamente più deboli della tutela della donna lavoratrice, poiché “l'imprenditore riesce a rifugiarsi dietro lo schermo della <<discrezionalità>> valutativa”.

6. Lo *strano* caso delle note di qualifica.

Un altro campo dell'indagine giudiziale in tema di promozioni è rappresentato dalle note di qualifica, le quali sotto il profilo più strettamente concorsuale sono considerate come elementi oggettivi, ma nella fase precedente della loro attribuzione sono evidentemente collegate a criteri soggettivi e, quindi, prossimi alla discrezionalità del datore di lavoro. Si è affermato che “l'esercizio del potere conferito al datore di lavoro nell'attribuzione delle note di qualifica è soggetto al sindacato giurisdizionale al fine di verificare se, per l'iniquità o l'intento discriminatorio del giudizio adottato, vi sia stata violazione della correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di lavoro”⁷⁰. La normativa di correttezza ha, pertanto, favorito l'estensione dell'obbligo di motivazione delle valutazioni anche in questo particolare settore. Si è sottolineato, a riguardo, che “(l)'esercizio del potere connesso all'attribuzione di note di qualifica deve essere adeguatamente

⁶⁸ ZOLI C., *Recensione a Emmanuel Gaillard, Le pouvoir en droit privé*, Economica, Paris, 1985, in *RTDPC*, 1986, pag. 633.

⁶⁹ ZOLI C., *La tutela delle posizioni*, cit., pag. 269.

⁷⁰ Pret. Città di Castello, 2 aprile 1980, in *RGL*, 1980, II, pag. 756.

motivato e conforme ai principi di correttezza e buona fede, secondo quanto previsto dal sistema contrattuale...e dagli artt. 1175 e 1375 c.c., l'osservanza dei quali è assicurata dal sindacato del giudice sulla valutazione compiuta dal datore"⁷¹.

Tale impostazione giurisprudenziale trova conferma in alcune sentenze recenti. In esse si afferma "(l)a sindacabilità, in sede giurisdizionale, delle valutazioni concernenti le note di qualifica del dipendente nell'osservanza dell'obbligo generale di correttezza e buona fede"⁷².

La generale estensione degli obblighi di motivazione, come articolazione della correttezza contrattuale, ed il relativo sindacato giudiziale pongono, d'altra parte, interrogativi *vitali* per lo stesso sviluppo delle clausole generali. Innanzitutto, è chiaro che l'indagine effettuata dal giudice "non può contenere una cognizione di merito parziale, che si spinga a porre in luce, per lo meno a livello macroscopico, i contenuti di opportunità e che, soprattutto, sia tesa a verificare la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta giuridicamente predeterminata"⁷³.

Se questo è inevitabile, tuttavia "(i)l sindacato del giudice deve arrestarsi di fronte ad una ragionevole motivazione delle differenziazioni operate tra i candidati" e soltanto in difetto di essa "l'attribuzione dei punteggi che appaiono incoerenti può essere ben qualificata come inadempimento al potere di valutare - liberamente ma secondo correttezza e buona fede - i requisiti

⁷¹ Pret. Milano, 20 giugno 1985, in *NGL*, 1985, pag. 671.

⁷² Cass., sez. lav., 6 giugno 1996, n. 5289, in *MFI*, 1996; nello stesso senso cfr. Cass., sez. lav., 1 agosto 1996, n. 6935, *ivi*, 1996.

⁷³ ZOLI C., *La giurisprudenza sui concorsi privati*, cit., pag. 25.

previsti”⁷⁴. Se, quindi, il giudice del lavoro “valuta la valutazione”⁷⁵ dell’imprenditore, egli non può sostituirvisi attraverso sentenze costitutive, salvo che non si siano verificati errori od omissioni nel procedimento di scrutinio, relativi ad elementi oggettivi e rilevanti⁷⁶, oppure che chi ha maturato il diritto all’assunzione o alla promozione non sia stato successivamente assunto o promosso.

Riappaiono all’orizzonte i vecchi *fantasmi* dei pericoli connessi all’estensione del potere del giudice. Effettivamente il giudice non solo non ha il potere, ma non è neanche in grado di valutare fino in fondo, con una cognizione piena sul merito, l’opportunità o meno delle scelte imprenditoriali, in un mondo aziendale che si muove non solo su *binari* di tutela lavoristica, ma anche e soprattutto su esigenze di tipo strettamente economico.

Se, quindi, da un lato si rivela necessaria tutelare le posizioni soggettive del lavoratore, dall’altro, tale domanda di tutela non può tramutarsi, attraverso una illimitata compressione delle prerogative imprenditoriali, in un *ipergarantismo* che ponga il datore di lavoro, come soggetto costituzionalmente riconosciuto alla pari del prestatore, in una situazione di ingiustificato svantaggio.

⁷⁴ Cass., sez. lav., 10 agosto 1987, n. 6864, cit..

⁷⁵ HERNANDEZ S., *Buona fede e correttezza come strumenti di integrazione del potere discrezionale. Giudizi di meritevolezza ed accesso alle qualifiche*, in *DL*, 1990, I, pag. 94.

⁷⁶ Cfr. Cass., sez. lav., 30 maggio 1989, n. 5062, in *NGL*, 1990, pag. 651.

7. Il trasferimento di azienda: per una possibile applicazione della buona fede.

Nella generale problematica dei rapporti tra ordinamento giuridico e realtà – a partire dalla teoria classica che ha sostenuto⁷⁷ l'impermeabilità dei sistemi giuridici ai mutamenti economico-sociali fino a oggi quando si rileva⁷⁸ - e si è rilevato anche in questa sede - l'assoluta influenzabilità della evoluzione normativa da parte dei fattori sociali – si colloca anche il dibattito giuslavoristico avente ad oggetto la fattispecie del trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 cod.civ., gli interessi ad essa sottesi⁷⁹ e le tecniche regolative.

Nel descritto quadro di variabilità organizzativa e quindi normativa⁸⁰, la fattispecie del trasferimento d'azienda e le sue vicende evolutive testimoniano le difficoltà dell'ordinamento giuridico di reagire alle istanze provenienti dal sistema produttivo in una contrapposizione di interessi che non rende agevole la necessaria opera di bilanciamento.

⁷⁷ cfr. KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.

⁷⁸ cfr. HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, 1965; ASCARELLI T., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *DE*, 1955, pagg. 1179 ss.

⁷⁹ cfr. BARRACO E., *La tutela dei rapporti di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *LG*, 2005, pagg. 1118 ss; VALLEBONA A., *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, pagg. 113 ss.; DE LUCA TAMAJO R., *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *RIDL*, 2003, I, pagg. 168 ss.; ALBI P., *Trasferimento d'azienda ed "internalizzazione"*, in *RIDL*, 2002, II, pagg. 396 ss.; BALLESTRERO M.V., *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *LD*, 2002, pagg. 201 ss.; FREDIANI M., *Ancora sul consenso del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in *LG*, 2002, pagg. 317 ss.; NUZZO V., *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, Padova, 2002; PASSALACQUA P., *Patto per l'Italia: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda*, in *DL*, 2002, I, pagg. 215 ss.;

⁸⁰ DE LUCA TAMAJO, R. *op. cit.*, pag. 168.

L'art. 2112 cod. civ., considerato nella sua formulazione originaria, rivela indubbiamente l'esistenza di due interessi: l'interesse dell'imprenditore a conservare l'unitarietà economica dell'azienda e il valore dell'avviamento, e l'interesse del lavoratore alla conservazione dell'impiego.

In relazione al primo, giova rilevare che l'art. 2112 cod.civ. costituisce una norma speciale che deroga alla disciplina di diritto comune, la quale regola le vicende circolatorie dei beni aziendali considerandoli nella loro individualità e a prescindere dalla loro natura teleologicamente rivolta alla produzione.⁸¹

Nonostante tale originaria caratterizzazione della funzione protettiva della norma, sulla scia di una incessante strategia di riorganizzazione produttiva, che vede nei fenomeni di scomposizione della struttura aziendale il momento più saliente⁸², si è assistito ad un utilizzo rovesciato della stessa, la quale attualmente costituisce l'*abito* giuridico della esternalizzazione e della frammentazione aziendale.

Le nuove esigenze imprenditoriali hanno, cioè, condotto ad una eterogenesi dei fini ⁸³, capovolgendo, pertanto, l'assetto degli interessi che regolano l'art. 2112 cod.civ..

L'indubbia esistenza di tale sfasatura dell'interesse datoriale, non più coincidente con quello *geneticamente* determinato dal legislatore nel codice civile, si deve aggiungere sul piano delle difficoltà applicative ed interpretative al rapporto conflittuale con il contrapposto e reclamato interesse del

⁸¹ PERULLI A., *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, 2, pag. 476.

⁸² cfr. R.L. DAFT, *Organizzazione aziendale*, Milano, 2001.

⁸³ A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 476.

lavoratore a continuare a prestare la propria attività a favore del cedente e alla stabilità della occupazione.

Con riferimento a tale interesse, la norma in esame ha percorso un *cammino* socio-giuridico più lineare, nel senso di un sostanziale e progressivo raggiungimento di un sistema garantistico a favore del prestatore, caratterizzato da un delicato, ma acquisito, equilibrio.

In effetti, da una rapida comparazione del testo originario della norma con il testo, così come novellato dal d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, appare ancora con lucida ed immediata evidenza il progressivo rafforzamento delle tutele del lavoratore.

Pur in presenza di un affievolimento della posizione giuridica del lavoratore a favore delle ragioni imprenditoriali che determinano e giustificano l'operazione di trasferimento, in deroga alle regole di diritto comune, anche senza il consenso del lavoratore ceduto, la norma, così come modificata dal d.lgs. n. 18/2001, circoscrive con preciso rigore giuridico gli ambiti dell'operazione medesima, delineando un sistema di garanzie che costituiscono una barriera protettiva delle istanze della persona che lavora, contro quei comportamenti fraudolenti del datore di lavoro diretti ad utilizzare il trasferimento esclusivamente per la soppressione di posti di lavoro e la conseguente eliminazione dei relativi costi, senza incorrere nelle strette maglie della disciplina dei licenziamenti⁸⁴.

In particolare, dalla comparazione delle due formulazioni della norma in esame, la volontà di compensare lo sbilanciamento normativo a favore dell'interesse datoriale emerge sotto il duplice piano, fattuale e giuridico, nelle

⁸⁴ MAGNANI M., *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in *DLRI*, 1999, pag. 485.

ipotesi di segmentazione del processo produttivo attuata tramite il trasferimento di ramo d'azienda.

Infatti, nel caso di trasferimento d'azienda il prestatore di lavoro si trova in una condizione giuridico-economica sostanzialmente protetta rispetto alle “intemperie del mercato esterno”⁸⁵, poiché non si assiste ad una rilevante modificazione del quadro strutturale produttivo in cui egli ha operato e continuerà ad operare.

Il trasferimento di una singola parte dell'azienda comporta, invece, l'esposizione del lavoratore ai rischi ed alle volatili istanze di un mercato, che rimette in discussione il prestatore anche sotto il profilo della sua idoneità rispetto agli interessi della nuova entità aziendale.

La Legislazione comunitaria, ha poi rivestito un ruolo di assoluta preminenza.

Nelle premesse della direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001 si manifesta con estrema nitidezza l'intenzione del Legislatore europeo, il quale, considerata la realtà economica nazionale e comunitaria tendente alla revisione strutturale delle imprese, realizzata con trasferimenti d'azienda o di parti di esse, pone quale incontrovertibile obiettivo della normativa la tutela dei lavoratori “in caso di cambiamento dell'imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti” (n. 3), richiamando i punti 7, 17 e 18 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 9 dicembre 1989, nella parte in cui è disposto che “la realizzazione del mercato interno deve portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro

⁸⁵ SCARPELLI F., *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL*, 2003, II, pag. 152.

dei lavoratori nella Comunità europea” (n. 5).

Sotto il profilo delle finalità, tale direttiva, che sposta l’attenzione sul fronte della tutela dei prestatori in una prospettiva di ribilanciamento delle posizioni in conflitto, ha raccolto le ripetute osservazioni della Corte di Giustizia, secondo la quale occorrerebbe evitare che “la ristrutturazione nell’ambito del mercato comune si effettui a danno dei lavoratori delle imprese coinvolte”⁸⁶, e salvaguardare i diritti dei lavoratori, “consentendo loro di restare alle dipendenze del cessionario nella stessa situazione convenuta con il cedente”⁸⁷.

L’ideale comunitario di tutela dei soggetti socialmente più deboli, tra i quali i prestatori di lavoro, che ha animato la legislazione in materia, compresa - come già evidenziato - la direttiva sul trasferimento d’azienda citata, ha sostenuto sul piano applicativo dell’ordinamento giuridico italiano la rivalutazione dell’interesse di cui è titolare il prestatore nella già percorsa prospettiva dottrinale e giurisprudenziale di riequilibrio dei valori in gioco.

Posto che, come è stato correttamente osservato, “sarebbe sbagliato pensare che l’art. 2112 cod. civ. sia una norma dettata nell’esclusivo interesse dei lavoratori, ché, anzi, è vero piuttosto il contrario giacché in origine essa tutela principalmente l’interesse economico del cedente e, soprattutto, del cessionario”⁸⁸, l’individuazione di severi limiti normativi, garantiti nel momento applicativo da una giurisprudenza altrettanto rigorosa, diviene il

⁸⁶ Corte Giust. 7 febbraio 1985, causa 135/83, *Abels v. Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*, in *Racc.*, 1985, c. 484.

⁸⁷ Corte Giust. 11 luglio 1985, causa 105/84, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Fallimento A/S Danmols Inventar*, in *Racc.*, 1985, c. 2650.

⁸⁸ PERULLI A., *op. cit.*, p. 476.

fulcro della delicata opera di bilanciamento degli interessi stessi.

Sulla realizzata convergenza dei valori contrastanti si è inserito con impatto *dirompente* il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

Prima di tale innovazione normativa l'illustre studioso dal quale essa prende il nome⁸⁹ aveva elaborato alcune proposte di riforma dell'art. 2112 cod.civ., considerato nel contesto di una necessaria spinta alla flessibilizzazione delle imprese, già in atto, quale "opportunità e non più rischio" all'interno di "un nuovo quadro istituzionale che punti nettamente al superamento del divieto interpositorio della legge n. 1369/1960"⁹⁰.

E' plausibile che il Legislatore si sia lasciato guidare da tali riflessioni rimaste peraltro inesprese e nascoste sotto il profilo sociale dalle proclamate intenzioni e necessità di adeguare il nostro ordinamento giuridico alla realtà normativa europea.

In effetti, dall'esame complessivo del d.lgs. n. 276/2003 si può sostenere che l'obbligo di adeguamento alle direttive europee diviene, per il Legislatore, un *valido* argomento utilizzato per giustificare la riforma e graduarne gli effetti⁹¹, anche peggiorativi, sulla condizione complessiva dei lavoratori e, quindi, sulla società.

E in questo senso, le modifiche apportate all'art. 2112 cod.civ. costituiscono un esempio particolare di tale atteggiamento di *mascheramento* di

⁸⁹ BIAGI M., *L'Outsourcing.: una strategia priva di rischi?*, in *Guida lav.*, 1997, n. 3, p. 10.

⁹⁰ BIAGI M., *op. ult. cit.*, p. 14.

⁹¹ Cfr. FLAMMIA R., *Appunti sui diritti dei lavoratori nei trasferimenti di aziende o parti di azienda secondo il D.Lgs. 276/2003*, in *DL*, 2003, I, pagg. 297 ss.; l'Autore in aperta critica rispetto alla proclamata volontà di adeguamento sottolinea come dalla lettura della premessa della norma modificatrice si avverta un senso di "oscurità" e "ridondanza".

intenzioni differenti.

Se il sillogismo concettuale che lega le teorie del Biagi alla riforma è saldo, si può affermare che gli obiettivi del Legislatore sono stati molto distanti da quelli istituzionalmente comunicati.

Infatti, il Biagi ha riconosciuto al trasferimento d'azienda “un ruolo importante di salvaguardia dei livelli occupazionali” nel senso che, attraverso un alleggerimento dell'organico aziendale, si “può produrre quell'incremento di efficienza e competitività che raggiunge la finalità di consolidare le posizioni lavorative di quanti sono rimasti. Nel contempo, la costituzione di una nuova società, fondata potenzialmente su margini più ampi di flessibilità nella gestione del personale...può rappresentare un importante strumento di salvataggio di posizioni lavorative sovente a rischio ”⁹².

Nella sua visione il trasferimento d'azienda, liberato dalle “strette maglie legislative” e da “circostanze avverse sul piano sindacale”⁹³, recupera addirittura una funzione etico-sociale, in quanto il suo effetto finale “è spesso quello di trasformare il dipendente nell'erogatore di un servizio, nell'impegnarlo nell'attuazione di un progetto”⁹⁴.

In conseguenza di quanto affermato, si può sostenere che l'ultima riforma dell'art. 2112 cod.civ. appare teleologicamente rivolta più che all'adempimento di un obbligo di derivazione comunitaria, di cui non si comprende l'esatta portata e necessità, in considerazione del già operato adeguamento, alla realizzazione, invece, di un progetto di mercato di lavoro

⁹² BIAGI M., *op. cit.*, pag. 1.

⁹³ *Ibidem.*

⁹⁴ BIAGI M., *op. cit.*, pag. 4.

liberalizzato dai vincoli normativi, che impedirebbero o rallenterebbero la flessibilità dell'economia e del lavoro⁹⁵.

In effetti, il 5° comma dell'art. 2112 cod.civ., così come modificato dal d.lgs. n. 276/2003, dispone tra l'altro che per ramo d'azienda debba intendersi una “articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”.

La riforma ha, quindi, soppresso il requisito, richiesto dal precedente testo normativo, della preesistenza e della conservazione dell'identità del ramo nel trasferimento.

La preesistenza si poneva quale fondamentale criterio di governo della discrezionalità aziendale ed irremovibile limite esterno al potere datoriale nella fattispecie in esame, il cui scopo dichiarato era quello di impedire agli imprenditori di “precostituire *ad hoc* un preteso ramo d'impresa per farne immediatamente oggetto di trasferimento in funzione espulsiva del personale addetto alle attività cedute”⁹⁶.

Tale elemento costituiva uno dei riferimenti interpretativi che, collegando il controllo della fattispecie alla effettività dell'articolazione, garantivano i prestatori di lavoro dai possibili rischi delle esternalizzazioni altrimenti mosse dal “libero decisionismo economico-gestionale”⁹⁷.

Si assiste, quindi, ad una visione normativa contraddittoria, in quanto il

⁹⁵ Per un'analisi critica della flessibilità cfr. COSTA G. (a cura di), *Flessibilità e performance: l'organizzazione aziendale tra old e new economy*, Milano, 2000.

⁹⁶ Relazione al d.lgs. n. 18/2001, in *Guida norm.*, 8 marzo 2001, n. 42, p. 6 ss.

⁹⁷ PERULLI A., *op. cit.*, p. 479.

criterio di controllo individuato nell'autonomia funzionale del ramo, che sopravvive, si presenta, in assenza del vitale presupposto della preesistenza, *svuotato* della sua funzione antifraudolenta, con il prevedibile effetto di “rinfoltimento del già rigoglioso bosco del liberismo senza regole”⁹⁸.

La contraddizione che caratterizza la norma, così come modificata dal d.lgs. n. 276/2003, si manifesta sia sotto l'aspetto strutturale interno alla norma stessa, sia sotto un profilo più squisitamente sistematico e generale, ossia rispetto al più vasto quadro normativo europeo e nazionale.

Sotto il primo profilo occorre rilevare che non si comprendono le ragioni per le quali il Legislatore abbia *salvato* il requisito della preesistenza e della conservazione dell'identità aziendale nell'ipotesi di trasferimento dell'intera azienda, “intesa come attività economica organizzata”, mentre l'abbia – come già affermato – eliminato nell'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, inteso sempre come articolazione funzionalmente autonoma di “un'attività economica organizzata”.

Ci si trova, quindi, davanti ad una integrale equiparazione normativa tra azienda e ramo d'azienda, eccezion fatta per il requisito della preesistenza, che, proprio con riferimento all'ultima ipotesi, avrebbe potuto dimostrare, come effettivamente in passato aveva dimostrato, il proprio vigore antifraudolento.

Sotto questo aspetto l'illogicità strutturale interna alla norma si pone – tra l'altro – in netto contrasto con quella dottrina commercialistica⁹⁹ e quella

⁹⁸ MEUCCI M., *Trasferimento di ramo d'azienda o esternalizzazione di solo personale?*, in *LPO*, 2003, 1, pag. 32.

⁹⁹ cfr. CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2003.

giurisprudenza¹⁰⁰ che avevano affermato l'assoluta equiparazione tra l'azienda ed ogni suo ramo ed avevano condotto alla applicazione rigida delle norme a garanzia della esigenza di certezza del diritto anche in ipotesi normative distanti dal diritto del lavoro e cioè ai fenomeni elusivi della disciplina del trasferimento del marchio e della ditta¹⁰¹.

La nuova definizione di ramo d'azienda non trova, inoltre, sostegno normativo nella direttiva, alla quale la *riforma Biagi* avrebbe inteso adeguare il nostro ordinamento giuridico.

In particolare al n. 8) delle premesse alla direttiva citata si afferma che “la sicurezza e la trasparenza giuridiche hanno richiesto un chiarimento della nozione giuridica di trasferimento alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia”.

Anche il Legislatore europeo, quindi, considera la definizione dell'azienda un fondamentale criterio di controllo della discrezionalità imprenditoriale in una prospettiva che dà primario rilievo alla tutela dei prestatori, tanto che nelle medesime premesse (n. 4) si sottolinea l'esigenza di attenuare le differenze esistenti “negli Stati membri per quanto riguarda l'entità di protezione dei lavoratori”.

L'art. 1 della direttiva definisce, infatti, il trasferimento di impresa o di una sua parte l'operazione di cessione contrattuale o fusione avente per oggetto “un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come

¹⁰⁰ cfr. Cass., 23 ottobre 2002, n. 14961, *cit.*

¹⁰¹ cfr. Cass., 23 aprile 2002, n. 5899, in *Giur. it., Mass.*, 2002; Cass., 6 aprile 1995, n. 4036, in *Giur. it., Mass.*, 1996; Cass., 6 marzo 1995, n. 2578, in *Giur. it., Mass.*, 1995; Cass., 22 marzo 1994, n. 2755, in *Giur. it., Mass.*, 1994; Cass., 13 marzo 1993, n. 3034, in *Arch. civ.*, 1993.

insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essenziale o accessoria”.

In una nozione di trasferimento così affermata, pur in assenza di riferimenti diretti al requisito della preesistenza, la richiesta conservazione della identità del ramo presuppone implicitamente che, per conservare la propria identità, il ramo deve preesistere al trasferimento. Tale interpretazione si rivela necessaria non solo sotto un profilo di logica giuridica, ma anche sotto un profilo più direttamente collegato all'assetto di interessi che la norma intende salvaguardare.

D'altra parte, l'eliminazione della preesistenza si pone in contrasto con la stessa interpretazione consolidata data alla definizione normativa dell'oggetto del trasferimento dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Infatti, la Corte¹⁰², affermando che occorre “constatare che la direttiva mira a garantire la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di una entità economica, indipendentemente da un cambiamento del titolare, di modo che il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi di detta direttiva consiste nell'accertare se l'entità in questione abbia conservato la propria identità”, sostiene che il trasferimento deve avere ad oggetto “un'entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all'esecuzione di un'opera determinata”, riferendosi “ad un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività

¹⁰² Sentenza 24 gennaio 2002, in causa C-51/00, *Temco*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 142; in tal senso cfr. sentenza 18 marzo 1986, in causa C 24/85, *Spijkers*, in *Racc.*, 1986, 1119; sentenza 19 settembre 1995, causa C-48/94, *Rygaard*, in *Racc.*, 2745; sentenza 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Süzen*, in *Racc.*, c. 1259.

economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo”.

Ulteriore motivo di contrasto è costituito dalla individuazione giurisprudenziale di una serie di requisiti tipologici necessari per configurare un’ipotesi lecita di trasferimento; sotto questo profilo la Corte di Giustizia ha indicato “il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, come gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione¹⁰³”. Quest’ultimo requisito appare direttamente connesso con l’implicita considerazione che è possibile una comparazione delle attività aziendali trasferite, purché preesistano alla cessione.

Alla luce di tale orientamento giurisprudenziale “il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi della direttiva consiste nella circostanza che l’entità in questione conservi la propria identità, che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa”¹⁰⁴.

Tali argomentazioni collidono con il nuovo dato normativo italiano, che – come riferito – non è certo il punto di arrivo di un processo di adeguamento all’ordinamento europeo, così come prospettato, quanto il punto di partenza di un sistema di regolazione dei rapporti di lavoro improntato ad una flessibilità della gestione delle risorse umane lontana dalla reale considerazione dei valori della persona che lavora e dall’interesse del

¹⁰³ Sentenza del 2 dicembre 1999, in causa C-234/98, *G.C. Allen*, in *Racc.*, 1999, c. 1365.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

lavoratore alla continuità della occupazione ed alla stabilità del posto di lavoro, che sono ancora meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico vigente.

Non si discute che tale sistema richieda gli aggiornamenti necessari per consentire l'efficace e necessario adeguamento alla realtà economica e sociale, ma non fino al punto di disconoscere il valore, il ruolo e gli interessi della persona che lavora.

Se tale affermazione sembra condivisibile su un piano strettamente politico-sociale, essa dimostra di essere provvista di un valido supporto logico anche sotto un profilo giuridico, in quanto l'implicazione della persona e della personalità del prestatore nell'attività lavorativa è connaturata al rapporto di lavoro, tanto da determinare “un'esigenza di tutela della libertà e della stessa personalità del lavoratore”¹⁰⁵.

L'art. 2112 cod.civ., nella sua formulazione precedente alle modifiche apportate con il d.lgs. n. 276/2003, rappresentava il punto di equilibrio di due valori e di due interessi contrastanti e coesistenti nello stessa Carta Costituzionale, oltre che nel Trattato di Nizza: quello dell'impresa e quello del lavoro.

In questo senso il vecchio testo dell'art. 2112 cod.civ. aveva saputo favorire la convivenza degli stessi, nel contestuale rispetto del valore della persona che lavora , “al quale corrispondono diritti inviolabili dell'uomo”¹⁰⁶, e quello dell'impresa, meritevole di tutela, ma che, pur essendo soggetto alle

¹⁰⁵ PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 28.

¹⁰⁶ PERSIANI M., *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Contr. impr.*, 2000, pag. 1259.

logiche del mercato, della produttività e della efficienza e trattandosi di un “valore cosale”¹⁰⁷, deve essere pur sempre “strumentale alla realizzazione dei valori della persona”¹⁰⁸ in un contesto economico in cui la libertà di mercato non sia mero liberismo, ma significhi “creazione di regole rivolte alla composizione degli interessi in giuoco secondo una logica democratica”¹⁰⁹ e pluralista.

La soppressione della preesistenza evidenzia l'intento di rompere il delicato ed acquisito assetto dei valori a danno del prestatore, il quale sarà rimesso alla meno vincolata discrezionalità decisionale dell'imprenditore in un nuovo contesto economico e legislativo, tendente alla *desertificazione* normativa, che, avendo superato il divieto interpositorio contenuto nella abrogata L. 1369/1960, faciliterà, da un lato, il *commercio* di “<<pacchetti di dipendenti>>”¹¹⁰ e, dall'altro, l'elusione dei principi garantistici posti a tutela dei lavoratori.

In questo sbilanciato quadro legislativo occorre, allora, individuare gli strumenti normativi capaci di rivestire un ruolo di contemperamento.

Nella sollecitata e necessaria ricerca di tutela del valore della persona che lavora ed in attesa di un ripensamento del Legislatore, possono e debbono acquisire una importante funzione riequilibratrice le clausole generali di buona fede e correttezza.

In quanto il trasferimento del ramo d'azienda costituisce una delle

¹⁰⁷ BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1995, pag. 75.

¹⁰⁸ PERSIANI M., *op. ult. cit.*, p. 1259.

¹⁰⁹ ALPA G., *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in RTDPC, 1999, pag. 735.

¹¹⁰ BIAGI M., *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, *cit.*, pag. 284.

molteplici manifestazioni del potere datoriale, la buona fede rappresenta un limite esterno a tale potere ed un efficace criterio di governo della discrezionalità imprenditoriale¹¹¹.

L'applicazione delle clausole generali di buona fede e correttezza alla fattispecie in esame coincide, quindi, con il potenziamento delle posizioni individuali del lavoratore.

In questa prospettiva emerge il fatto che la buona fede costituisce una articolazione del principio di solidarietà contrattuale per cui la parte è tenuta ad esercitare i propri poteri discrezionali in maniera compatibile al proprio interesse o all'interesse per il quale il potere è stato conferito, senza che tale esercizio comporti un sacrificio apprezzabile dell'altra parte¹¹².

Rispetto ad un dinamismo sociale progressivamente più accentuato la buona fede, sganciata dal suo fondamento etico¹¹³, acquista una più laica funzione di controllo del potere e di garanzia degli equilibri sociali, divenendo strumento di razionalità della regolazione dei rapporti giuridici, “sia per quanto riguarda il piano relativo alle valutazioni e agli interessi delle parti, sia per quanto riguarda l'interferenza di questo con il piano delle valutazioni dell'ordinamento”¹¹⁴, tra le quali non può essere certo ignorata quella avente ad oggetto l'interesse del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro.

¹¹¹ *Contra* cfr. Cass., 19.1.2004, n. 741, in *Mass. giur. lav.*, 2004, c. 313; Cass., 3.2.1994, n. 1091, in *Giur. it., Mass.*, 1994.

¹¹² BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, *cit.*, pag. 212.

¹¹³ cfr. RODOTA' S., *Le fonti d'integrazione del contratto*, *cit.*.

¹¹⁴ RODOTA' S., *Le clausole generali*, in *Contratti in generale* diretto da ALPA G. e BESSONE M., I, *cit.*, pag. 405.

8. Le clausole generali sull'orizzonte della razionalità normativa.

Le prospettive di tutela offerte dalle clausole generali di buona fede e correttezza si sono concretizzate, dunque, nell'estensione del sindacato giudiziale sull'imparzialità, sulla razionalità, sull'oggettività degli atti imprenditoriali, permettendo una delimitazione *ab intrinseco* dei poteri del datore di lavoro.

Le incertezze di tale impostazione, favorita dal clima sociogiuridico degli anni '70 e '80, si dimostrano insuperabili al vaglio della rivoluzione in atto nel mondo del lavoro e della nuova riflessione sul futuro del diritto, tra ripudio del passato e tendenze riformistiche. La buona fede è rimasta *intrappolata* nella sua ambiguità, in ciò che costituisce la sua grandezza e il suo dramma¹¹⁵. L'indeterminatezza dei suoi contenuti l'ha privata di una effettività concreta, in modo da delineare specifici strumenti di tutela, abbandonando l'*iperuranio* delle teorie in cui ha sempre abitato. Si è acutamente sostenuto che chi "abbia esperienza giudiziale del diritto sa che non esiste praticamente decisione il cui risultato precettivo sia stato determinato dai criteri di buona fede, correttezza, diligenza"¹¹⁶, i quali sono stati sempre utilizzati dalla giurisprudenza a coronamento delle proprie argomentazioni, come strumenti di *autocompiacimento* dei risultati teorici raggiunti nelle sentenze, esimendosi, però, da una loro definizione specifica e dalla individuazione delle precise conseguenze sul piano della tutela. È il caso della *pluricriticata* sentenza n. 5688/1979 e della giurisprudenza che ha *orbitato* intorno ad essa, le quali, non brillando certo per coerenza, hanno impiegato le clausole generali, appunto,

¹¹⁵ CASTRONOVO C., *op. ult. cit.*, pag. 29.

¹¹⁶ LIPARI N., *op. ult. cit.*, pag. 27.

come “il coperchio per chiudere una pentola, senza andare troppo per il sottile o darsi cura di spiegare come e perché la buona fede e la correttezza, oltre alla collaudata funzione integratrice, debbano avere un'altra (e concorrente) funzione”¹¹⁷. La contraddittorietà di tale giurisprudenza ha, comunque, una giustificazione, se si tiene presente che l'oggetto dell'indagine della stessa era rappresentato, come si è visto, dal rapporto di lavoro presso gli enti pubblici economici; in quei casi il vero problema non era costituito dall'esigenza aprioristica di delimitare i poteri imprenditoriali, ma dal tentativo di *arginare* la discrezionalità di un soggetto economico che, pur esercitando un'attività di natura privatistica, era ancora inserito in un sistema di logiche di comportamento di tipo pubblicistico, tra le quali quelle ormai note, soprattutto nelle cronache giudiziarie, di affidare le scelte degli individui da assumere o da promuovere ai criteri, poco imprenditoriali, di lottizzazione politica e clientelare. Tutto ciò è avvenuto in una fitta rete di relazione tra concetti pubblicistici e forme di tutela privatistiche. Ne è nato un dibattito di non trascurabile importanza, che ha coinvolto l'intero sistema del diritto del lavoro e che ha saputo estendersi anche oltre la problematica dei criteri di scelta¹¹⁸.

La polemica sulle clausole generali si è acuita in seguito alla famosa sentenza n. 103/1989 della Corte Costituzionale sulla parità di trattamento¹¹⁹.

¹¹⁷ MONTUSCHI L., *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro*, in *LD*, 1996, pag. 142.

¹¹⁸ Ad esempio, sul rapporto tra buona fede e obbligo di fedeltà cfr. ENRICO LUCIFREDI C., *Limiti del divieto di concorrenza ex art. 2105 c.c. e clausole generali di correttezza e buona fede*, in *MGL*, 1995, pagg. 568 ss..

¹¹⁹ C. cost., 9 marzo 1989, n. 103, in *RIDL*, pagg. 389 ss., con nota di PERA G., *Sulla parità di*

Tale decisione, dichiarando infondata la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 2068, 2087, 2095, 2096, 2103 del codice civile, ha tentato di valorizzare l'esistenza di un generale principio di uguaglianza operante nei rapporti interprivati. Così facendo, la Corte ha individuato in tale principio un modo per *ingessare*¹²⁰ i poteri dell'imprenditore; infatti, "il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento"¹²¹. Ne discende che il giudice diventa agli occhi della Corte il *paladino* dei lavoratori avendo, attraverso il controllo sulla razionalità degli atti imprenditoriali, "il potere di correggere eventuali errori più o meno volontari, perché il lavoratore riceva

trattamento tra i lavoratori; in *FI*, 1989, I, c. 2105 ss., con nota di DE LUCA M.; in *MGL*, 1989, pagg. 127 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO R., *Considerazioni sulla sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale in tema di parità di trattamento retributivo tra i lavoratori subordinati*; in *RGL*, 1989, II, pagg. 3 ss., con nota di NATOLI U., *La Corte costituzionale e la parità di trattamento*; in *L80*, 1989, pagg. 371 ss., con nota di MIRANDA B..

¹²⁰ BIANCHI D'URSO F., *Clausole generali e parità di trattamento: un connubio difficile*, in *RDL*, 1995, II, pag. 536.

¹²¹ C. cost., 9 marzo 1989, n. 103, cit.; per una analisi più diffusa del principio di parità di trattamento cfr. SANTONI F., *Parità di trattamento dei lavoratori nelle imprese private*, in *Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma, 1989; CHIECO P., *Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento: recenti sviluppi della giurisprudenza*, in *RGL*, 1989, I, pagg. 447 ss.; GRECO R., *Il principio di uguaglianza nel rapporto di lavoro: parità di trattamento e divieto di discriminazioni dopo la svolta della Corte costituzionale* in *FI*, 1990, c. 2882; MAZZOTTA O., *Parità di trattamento ed autonomia collettiva: dal mercato economico al mercato giudiziario*, in *FI*, 1990, I, c. 2887; ID., *La resistibile ascesa della parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *FI*, 1993, I, c. 1795; TULLINI P., *A proposito di parità di trattamento e rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1990, pagg. 1225 ss..

l'inquadramento che gli spetta"¹²², anche al di là del ruolo riconosciuto all'autonomia collettiva. La dottrina si è opposta a tale orientamento, sottolineando che "il contratto collettivo verrebbe contemporaneamente ad essere valutato come luogo di determinazione degli *standards* di trattamento e di perequazione salariale e contemporaneamente fonte potenziale di disparità"¹²³.

A quattro anni di distanza da tale sentenza, la Cassazione¹²⁴, non gradendo una possibile intrusione del giudice in un'area tradizionalmente e giuridicamente riservata all'autonomia collettiva, ha rilevato che in realtà "il controllo di razionalità è stato introdotto per le leggi e non per gli atti di autonomia privata" e che, salvo in caso di contrasto con le norme imperative, "residua l'ampia libertà dell'autonomia privata". Esclusa la possibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in materia contrattuale, il giudice vede ridimensionato il ruolo attribuitogli dalla Corte Costituzionale e, pertanto, nel caso in cui la sua indagine abbia ad oggetto i criteri di scelta, egli deve arrestarsi di fronte al controllo del rispetto di quelli predeterminati, "in quanto la discrezionalità del datore è già circoscritta entro questi limiti"¹²⁵.

Il *duello* tra le due Corti non è concluso; infatti, a poco più di un anno la Corte Costituzionale¹²⁶, nel verificare la legittimità di un accordo collettivo

¹²² C. cost., 9 marzo 1989, n. 103, cit..

¹²³ MAZZOTTA O., *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *GDLRI*, 1989, pagg. 583 ss..

¹²⁴ Cass., sez. un., 29 maggio 1993, n. 6030, in *GC*, 1993, I, pag. 2341, con nota di DEL PUNTA R., *Parità di trattamento e rapporto di lavoro*.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ C. cost., 30 giugno 1994, n. 268, in *ADL*, 1995, pag. 248.

stipulato ai sensi dell'art. 5, 1° comma, della legge n. 223/1991, in tema di individuazione dei lavoratori da porre in mobilità, ha affermato che “la determinazione pattizia dei criteri di scelta deve rispettare non solo il principio di non discriminazione sanzionato dall'art. 15, l. n. 300 del 1970, ma anche il principio di razionalità, alla stregua dei quali i criteri concordati devono avere i connotati dell'obiettività e della generalità e debbono essere coerenti col fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori. Come parametro del giudizio di razionalità e di ragionevolezza possono venire in considerazione anche i criteri legali, non come tali, ma in quanto riproducono criteri tradizionalmente praticati nei rapporti collettivi connessi ai licenziamenti per riduzione del personale nel settore dell'industria, sicché lo scostamento da essi deve essere giustificato”. Il controllo di razionalità escluso dalla Cassazione rientra nel sistema attraverso la mediazione della Corte Costituzionale.

A brevissima distanza la Corte di Cassazione¹²⁷ *cambia rotta* utilizzando la *bussola* della buona fede e correttezza¹²⁸, sancendo “come l'attribuzione, sia pure in base ad una disciplina collettiva, di retribuzioni differenziate a lavoratori che svolgono eguali mansioni, in assenza totale di motivazioni socialmente apprezzabili e giustificate, valutabili dal giudice anche per quanto riguarda la loro razionalità, ancorché legittima nei riguardi dei dipendenti che hanno percepito il trattamento di favore, non lo è nei confronti di quelli

¹²⁷ Cass., sez. lav., 8 luglio 1994, n.6448, in *RIDL*, 1995, II, pag. 304 con nota di BOLEGO G..

¹²⁸ BIANCHI D'URSO F., *op. ult. cit.*, pag. 540. Sul collegamento tra i due concetti cfr. AMOROSO G., *Retribuzione e mansioni del lavoratore: l'obbligo di parità di trattamento come specificazione del dovere di correttezza e buona fede*, in *FI*, 1995, I, c. 188; CASTELVETRI L., *L'obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriali e alla gestione collettiva degli interessi dei lavoratori*, in *RIDL*, 1995, I, pagg. 453 ss..

esclusi, configurando una violazione degli obblighi di buona fede e correttezza”. Nell’ipotesi la Cassazione doveva verificare la legittimità di un accordo collettivo che attribuiva, in seguito ad alcune modifiche dell’assetto organizzativo della Sip, una maggiorazione retributiva soltanto ai dipendenti in servizio anteriormente al 1° novembre 1984, con esclusione di quelli assunti in un periodo successivo. La Corte è partita dalla considerazione empirica che, in quanto un contratto collettivo è il risultato di lunghe e travagliate trattative, di fronte alle quali spesso il sindacato accetta clausole svantaggiose per raggiungere il consenso dell’imprenditore su altri aspetti considerati più rilevanti, le clausole generali di buona fede e correttezza sarebbero dei fondamentali elementi per il controllo del giudice, facendo emergere eventuali intenti discriminatori ed integrando il rapporto secondo esigenze perequative. Per la Corte esse rappresenterebbero “una articolazione dell’ordinamento sulla base dei principi desumibili dalla Costituzione”, in quanto in grado di garantire il cittadino da ogni abuso; il principio esplica, quindi, la sua efficacia “anche all’interno della contrattazione di categoria, anche se in questa sede l’accertamento e il controllo di eventuali distorsioni...impongono una presa d’atto della particolare forza di resistenza delle ragioni sottese alla regolazione di materie devolute all’autonomia delle parti sociali, al fine di evitare inammissibili supplenze giudiziarie nel mondo delle relazioni industriali”¹²⁹. Ma proprio in quest’ultimo aspetto la Corte, che ha tentato di superare l’impostazione precedente delle sezioni unite, ha finito con l’adeguarsi attraverso “un raro esempio di *slalom* spericolato”¹³⁰.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ MONTUSCHI L., *op. ult. cit.*, pag.246.

Di fronte ai rischi, più volte paventati, di una supplenza del giudice in aree in cui regna la libertà negoziale dei privati rimane degno di considerazione quanto affermato dalla Cassazione nella sentenza n. 6030\1993¹³¹, e cioè che “la tutela dell’uomo (*sic*)¹³² è affidata alla disciplina legislativa e anche e soprattutto all’azione sindacale”, rifiutandosi “un’ulteriore compressione della struttura autoritaria dell’impresa ad opera del giudice, che non può individuare limiti ai poteri del datore ulteriori rispetto a quelli previsti”.

La giurisprudenza di legittimità più recente è stata sensibile a questo orientamento ed ha mutato l’opinione espressa nella sentenza n. 6448. In particolare, la Cassazione¹³³ ha affermato che “(n)el rapporto di lavoro subordinato di diritto privato non opera il principio di parità di trattamento, né è possibile alcun controllo di ragionevolezza da parte del giudice sugli atti di autonomia, sia collettiva che individuale..., sotto il profilo del rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede, che non sono invocabili in caso di eventuale diversità di trattamento non ricadente in alcuna delle ipotesi legali (e tipizzate) di discriminazione vietate, a meno che il rispetto di tali clausole generali discenda dalla necessità di comparazione delle situazioni di singoli lavoratori da parte del datore di lavoro che, nel contesto di una procedura concorsuale o selettiva, debba operare una scelta di alcuni di essi”. Qualche mese più tardi la Corte¹³⁴ ha aggiunto che “(n)è l’art. 36 Cost., che garantisce

¹³¹ Cass., sez. un., 29 maggio 1993, n. 6030, cit..

¹³² Il corsivo è mio.

¹³³ Cass., sez. un., 17 maggio 1996, n. 4750, in *DL*, 1996, III-IV, pagg. 197 ss., con nota di PALLINI M., *Le Sezioni Unite non mutano posizione in tema di parità di trattamento*.

¹³⁴ Cass., sez. lav., 25 gennaio 1996, n. 257, in *DL*, 1996, VI, pagg. 413 ss., con nota di POMPONIO A., *Ancora su buona fede, correttezza e principio di parità nel rapporto di lavoro*.

la retribuzione sufficiente e proporzionata all'attività svolta, né il successivo art. 41, che garantisce la libertà di iniziativa economica privata nei limiti posti dalla legge a tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana, possono individuarsi, pur dopo la sentenza interpretativa di rigetto n. 103 del 1989 della Corte Costituzionale, come precetti idonei a fondare un principio di comparazione soggettiva, in base al quale ai lavoratori dipendenti che svolgano identiche mansioni debba attribuirsi la stessa retribuzione o il medesimo inquadramento, mentre i principi di correttezza e di buona fede - di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. - non creano obbligazioni in capo al datore di lavoro, bensì rilevano o come modalità di generico comportamento delle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritti e obblighi, oppure come comportamento dovuto in relazione a specifici obblighi di prestazione, laddove il datore di lavoro, nell'esplicazione del suo potere di autonomia contrattuale, agisce in piena libertà, senza alcun vincolo, neppure generico nei confronti della generalità dei dipendenti". La Cassazione ha ritenuto opportuno da un lato negare la possibilità che il giudice manipoli il *DNA* contrattuale, sia sotto il profilo individuale che sotto quello collettivo, in quanto "ciò significherebbe abilitar(lo)...a sostituirsi alle parti sociali e consentirgli, sulla base di valutazioni personali, di rompere l'equilibrio, che dette parti avevano raggiunto con le scelte compiute"¹³⁵, e, dall'altro, circoscrivere l'intervento giudiziale *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. alle ipotesi dalle quali la discussione ha preso origine: i concorsi e le promozioni.

L'analisi degli orientamenti giurisprudenziali sulla buona fede dopo aver seguito con le sue suggestive linee argomentative tutto il complesso mondo

¹³⁵ Cass., sez. un., 17 maggio 1996, n. 4570, cit.

del diritto del lavoro ritorna al suo terreno d'origine; sembra essersi sgombrata delle contraddizioni iniziali, è maturata ed evoluta nel tempo. In tutto questo viaggio la buona fede non ha saputo, però, concretizzarsi ed ha conservato il suo perenne carattere di indeterminatezza. In realtà, non è detto che debba necessariamente perderlo. Si tratta di valutare se tale sua caratteristica sia compatibile con il nostro attuale sistema giuridico oppure no. Quanto al suo possibile impiego in area lavoristica se si tende l'orecchio alle voci del *coro* della dottrina riecheggiano più dissensi che consensi. È preferibile, quindi, ridurre drasticamente il suo ruolo? La domanda esige innanzitutto una risposta politica prima che giuridica, che in tale sede è inopportuna, tra tutela individuale e collettiva e tutela giudiziale.

Sotto il profilo più strettamente giuridico si può rilevare che le clausole generali di buona fede e correttezza non costituiscono limiti interni all'esercizio di un diritto, ma “consentono al giudice di accertare l'adempimento di un obbligo, contrattualmente assunto o legislativamente imposto”¹³⁶. Se questo è vero, il controllo su tali clausole opera all'interno della struttura contrattuale; in questo senso il criterio di buona fede si realizza all'interno di logiche contrattuali, dando rilevanza a valori già espressi dalla legge e dal contratto ed escludendo contestualmente il richiamo a valori generici che finirebbero per dilatare i poteri del giudice “per esercitarsi in maniera inevitabilmente soggettiva, relativa, variabile, contrastante”¹³⁷. Il configurare la buona fede come criterio che salvaguarda l'economia del contratto permette di superare le diffidenze verso l'*interventismo* giudiziario e la

¹³⁶ PERSIANI M., *Diritto del lavoro e razionalità*, cit., pag. 35.

¹³⁷ Cass., sez. un., 29 maggio 1993, cit., pag. 273.

pone al riparo da riserve ideologiche.

La buona fede, in questa ottica propriamente contrattuale, potrà ben inserirsi nella “sfida delle differenze”¹³⁸ del presente e futuro mercato del lavoro, ripudiando le passate istanze egualitarie che hanno vanificato le potenzialità e le capacità individuali. Lo stesso principio per cui la legge è uguale per tutti non *predica* un’uguaglianza aprioristica, ma sottolinea l’esigenza di essere sensibili alle differenze; così la parità, come si sostiene¹³⁹ “da un lato impone l’adozione di medesimi trattamenti laddove non siano ravvisabili congrue motivazioni, ma dall’altro impone di differenziare i trattamenti in presenza di situazioni oggettivamente diverse”.

In una nuova realtà imprenditoriale, nella quale sarà impossibile individuare in maniera unitaria l’apparato organizzativo, il lavoratore sarà in grado di scegliere, nel quadro di una possibile disgregazione sindacale, se dotato di un certo peso contrattuale, un rapporto di lavoro adattato alle proprie personali esigenze. La possibilità che il potere imprenditoriale si muti in arbitrio è, però, sempre dietro l’angolo. La buona fede può avere in questo caso un preciso ruolo, ma non rappresenta l’unica via.

È innanzitutto il legislatore che deve recuperare quell’autorevolezza di un tempo, capace di legare al presente il passato e il futuro.

¹³⁸ ROMAGNOLI U., *Il lavoro in Italia*, Bologna, 1995, pag. 213.

¹³⁹ PALLINI M., *op. ult. cit.*, pag. 216. Cfr. MISCIONE M., *Egualitarismo e parità nel potere privato del datore di lavoro*, Trieste, 1981; MAZZOTTA O., *Eguaglianza, parità, pari opportunità*, in LD, 1992, pagg. 481 ss.; ROMAGNOLI U., *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, in GDLRI, 1995, pagg. 545 ss..

BIBLIOGRAFIA.

AA. VV., *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965.

AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Milano, 1969.

AA.VV., *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, Atti del IV Congresso Nazionale di Diritto del lavoro, Saint Vincent, 3-6 giugno 1971, Milano, 1972.

AA. VV., *Lavoro femminile, formazione e parità uomo-donna*, Milano, 1981.

AA. VV., *La società neocorporativa*, a cura di Maraggi M., Bologna, 1981.

AA. VV., *La responsabilità per lesioni di interessi legittimi*, in *FA*, 1982, I, c.1671.

ALBI P., *Trasferimento d'azienda ed "internalizzazione"*, in *RIDL*, 2002, II, p. 396 ss.;

ALPA G., *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *RDCo*, 1971, II, pagg. 277 ss..

ALPA G., BESSONE M., *Atipicità dell'illecito*, II, Orientamenti della giurisprudenza, Milano, 1981, pagg. 219 ss..

ALPA G., *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *RTDPC*, 1999, pag. 735

AMOROSO G., *Retribuzione e mansioni del lavoratore: l'obbligo di parità di trattamento come specificazione del dovere di correttezza e buona fede*, in *FI*, 1995, I, c. 188.

AROMA D., *Globalizzazione economica e rapporti giuridici*, in *Crit. pen.*, 2000, p. 139 ss..

ASCARELLI T., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *DE*, 1955, p. 1179 ss.

ASSANTI C., *Clausole generali e divieti di discriminazione: l'equilibrio precario della giurisprudenza di legittimità*, in RGL, 1988, II, pagg. 364 ss..

ASSINI N., ROSSELLI G., *Rapporto di lavoro tra pubblico e privato: orientamenti giurisprudenziali e prospettive*, Milano, 1983.

BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1995.

BALLESTRERO M.V., *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in LD, 2002, pagg. 201 ss..

BALLETTI E., *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990.

BALLETTI E., *Poteri imprenditoriali ed interesse del lavoratore all'adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, in RCDP, 1990, pagg. 695 ss..

BARAK A., *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995.

BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901.

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

BARBERA M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.

BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

BARRACO E., *La tutela dei rapporti di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in LG, 2005, pagg. 1118 ss..

BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in PD, 1988, pagg. 631 ss..

BESSONE M., *Dogma della volontà, principio di buona fede, e integrazione del contratto*, in GI, 1978, IV, c. 97.

BESSONE M., D'ANGELO A., *Buona fede*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, pagg. 69 ss..

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960.

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971.

BIAGI M., *L'Outsourcing.: una strategia priva di rischi?*, in *Guida lav.*, 1997, n. 3, pagg. 10 ss..

BIANCA C. M., *Le autorità private*, Napoli, 1977.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1978.

BIANCA C. M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *RDC*, 1983, I, pagg. 205 ss..

BIANCHI D'URSO F., *Clausole generali e parità di trattamento: un connubio difficile*, in *RIDL*, 1995, II, pagg. 535 ss..

BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

BIGLIAZZI GERI L., Breccia U., Busnelli F. D., Natoli U., *Istituzioni di diritto civile*, Genova, 1978.

BIGLIAZZI GERI L., *Osservazioni minime su <<poteri privati>> ed interessi legittimi*, in *RGL*, 1981, I, pagg. 259 ss..

BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche-sezione civile*, 1995, pagg. 154 ss..

BIGLIAZZI GERI L., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche-sezione civile*, Torino, 1995, pagg. 527 ss..

BONFANTE P., *La giusta causa dell'usucapione e il suo rapporto con la <<bona fides>>*, in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918.

BONFANTE P., *Essenza della <<bona fides>> e suo rapporto con la teoria dell'errore*, in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1918.

BORGHESI D., *Contratto collettivo e processo*, Bologna, 1980.

BUONCRISTIANO M., *I poteri del datore di lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., *Impresa e lavoro*, I, Torino, 1986, pagg. 565 ss..

BUONCRISTIANO M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986.

BURTON S.J., *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *RCDP*, 1984, pagg. 13 ss..

BUSNELLI F. D., *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *FI*, 1965, V, c. 47 ss..

CALAMANDREI P., *Il programma di politica giudiziaria dei socialisti tedeschi*, in *RDCo*, 1922, I, pagg. 164 ss..

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, Torino, 2003.

CANNADA BARTOLI E., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, pagg. 1 ss..

CANTILLO M., *Le obbligazioni*, I, Torino, 1992.

CAPACCIOLI E., *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1978, pagg. 128 ss..

CAPPAGLI E., *Nullità della clausola di residenza dei bandi di concorso Enel ed annullamento, per errore di diritto, dei contratti conclusi con i candidati residenti*, in *GC*, 1984, I, pagg. 3361 ss..

CAPPAGLI E., *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in *GC*, 1984, I, pagg. 1841 ss..

CARBONE V., *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *CG*, 1994, pagg. 566 ss..

CARBONNIER J., Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in *Le notions à contenu variable en droit*, a cura di Perelmann e Vander Els, Bruxelles, 1984, n. 107.

CARINCI F., *Il diritto del lavoro fra neocorporativismo e neoistituzionalismo*, in *PD*, 1983, pagg. 3 ss..

CARNELUTTI F., *Contratto collettivo*, in *DL*, 1928, I, pagg. 184 ss..

CARNELUTTI F., *Trattato del processo civile*, Napoli, 1958.

CASSESE S., *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973.

CASTELVETRI L., *L'obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriali e alla gestione collettiva degli interessi dei lavoratori*, in *RIDL*, 1995, I, pagg. 453 ss..

CASTELVETRI L., *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *DRI*, 2001, pagg. 237 ss..

CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, pagg. 21 ss..

CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *RTDPC*, 1971, pagg. 616 ss..

CESSARI A., *Pluralismo, neocorporativismo, neocontrattualismo*, in *RIDL*, 1983, I, pagg. 167 ss..

CHECCHINI A., *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977.

CHIECO P., *Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento: recenti sviluppi della giurisprudenza*, in *RGL*, 1989, I, pagg. 447 ss..

CHIECO P., *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo, Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, diretto da Giugni G., Torino, 1996.

- CHIRONI G. P., ABELLO L., *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1904.
- COMOGLIO L. P., *Riforme processuali e poteri del giudice*, Torino, 1996.
- CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970.
- CORSO V., *Diritti sindacali e interesse dell'impresa*, Napoli, 1986.
- COSTA G. (a cura di), *Flessibilità e performance: l'organizzazione aziendale tra old e new economy*, Milano, 2000.
- CRISCUOLI G., *Buona fede e ragionevolezza*, in *RDC*, 1984, I, pagg. 709 ss..
- DAFT R.L., *Organizzazione aziendale*, Milano, 2001.
- D'ANGELO A., *La buona fede e l'esecuzione del contratto*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa G. e Bessone M., IV, 2, Torino, 2004, pagg. 763 ss..
- D'ANGELO A., *Contratto e operazione economica*, Torino 1992.
- DAWSON R. M. G., *The general clauses, viewed from a distance*, in *Rabels Zeitschrift*, 1977, pagg. 441 ss..
- DELL'AQUILA E., *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980.
- DELL'UTRI M., *Poteri privati, interessi legittimi e forme di tutela*, in *RDC*, 1997, pagg. 59 ss..
- DE LOS MOZOS J. L., *El principio de la buena fe*, Barcellona, 1965.
- DEL PUNTA R., *Parità di trattamento e rapporto di lavoro*, in *GC*, 1993, I, pagg. 2341 ss..
- DE LUCA M., *Clausole generali e rapporto di lavoro*, in *DL*, 1995, I, pagg. 453 ss..
- DE LUCA TAMAJO R., *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *RIDL*, 2003, I, p. 168 ss.;

DETTORI ROSSI S., *Bando di concorso, procedure di assunzione e responsabilità del datore di lavoro*, in *DG*, 1985, pagg. 776 ss..

D'EUFEMIA G., *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano, 1958.

DI MAJO A., *Le forme di tutela civile contro i c.d. <<poteri privati>>*, in *GI*, 1980, I, 1, c. 440 ss..

DI MAJO A., *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *RGL*, I, 1983, pagg. 341 ss..

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *RCDP*, 1984, pagg. 539 ss..

DI MAJO A., *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985.

DI MAJO A., *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *CG*, 1991, pagg. 789 ss..

DI MAJO A., *Incontro di studio civil-lavoristico*, in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, a cura di Santoro Passarelli G., Torino, 1992, pagg. 20 ss..

DIOGUARDI G., *L'impresa nella società di Terzo millennio*, Bari, 1995.

DI TURI C., *Globalizzazione dell'economia e diritti fondamentali in materia di lavoro*, in *RDI*, 2000, p. 113 ss

DOSSETTI M., *Lo schema della promessa al pubblico e i concorsi privati*, in *RDC*, 1972, II, pagg. 469 ss..

DOSSETTI M., *Autonomia negoziale e <<ordine pubblico costituzionale>> (I bandi di concorso ed i titoli di studio)*, in *GI*, 1982, I, 1, c. 117 ss..

DURKHEIM E. , *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1962.

ENRICO LUCIFREDI C., *Evoluzione del potere direttivo nel rapporto di lavoro*, Milano, 1977.

ENRICO LUCIFREDI C., *Limiti del divieto di concorrenza ex art. 2105 c.c. e clausole generali di correttezza e buona fede*, in *MGL*, 1995, pagg. 568 ss..

FALQUI MASSIDDA C., *Promessa unilaterale*, in *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1957, pagg. 85 ss..

FANELLI O., *Limiti dei poteri privati nell'esercizio dell'impresa: profili giurisprudenziali*, in *Studi in memoria di Domenico Napoletano*, Milano, 1986.

FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione, Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

FERRARO G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *GDLRI*, 1991, 1, pagg. 159 ss..

FERRI G.B., *Persona e formalismo giuridico*, Rimini, 1987.

FERRI L., *Lezioni sul contratto*, Bologna, 1982.

FLAMMIA R., *Appunti sui diritti dei lavoratori nei trasferimenti di aziende o parti di azienda secondo il D.Lgs. 276/2003*, in *DL*, 2003, I, pagg. 297 ss..

FRANCESCHELLI M., *Il rapporto di lavoro dei dipendenti degli enti pubblici economici: potestà di autorganizzazione e Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *RGL*, 1979, I, pagg. 43 ss..

FRANCESCHELLI M., *Il giudice e il sindacato*, in *RIDL*, 1982, II, pagg. 904 ss..

FREDIANI M., *Ancora sul consenso del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in *LG*, 2002, pagg. 317 ss..

GALBRAITH J. K., *L'età dell'incertezza*, Milano, 1977.

GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 1981.

GALGANO F., *Art. 41*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 41-44, Rapporti economici*, Bologna-Roma, 1982, pagg. 1 ss..

- GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *CeI*, 1985, pagg. 1 ss..
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005;
- GAZZONI F., *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970.
- GIACCHETTI S., *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *FA*, 1990, pagg. 1929 ss..
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988.
- GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 1994.
- GIUGNI G., *Mansioni e qualifica nel rapporto del lavoro*, Napoli, 1963.
- GIUGNI G., *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *GDLRI*, 1979, pagg. 47 ss..
- GIUGNI G., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *GDLRI*, 1986, pagg. 334 ss..
- GRECO R., *Il principio di uguaglianza nel rapporto di lavoro: parità di trattamento e divieto di discriminazioni dopo la svolta della Corte costituzionale* in *FI*, 1990, c. 2882.
- GUARNIERI A., *Clausole generali*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione civile*, II, Torino, 1988, pagg. 411 ss..
- HANDY C., *L'epoca della non-ragione*, Milano, 1990.
- H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965.
- HERNANDEZ S., *Buona fede e correttezza come strumenti di integrazione del potere discrezionale. Giudizi di meritevolezza ed accesso alle qualifiche*, in *DL*, 1990, I, pagg. 91 ss..
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1990.

- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Milano, 1998.
- IRTI N., *Diritto europeo e tecnoeconomia*, in RDC, 2006, pagg. 1 e ss.
- JAEGER P.G., *Diritto pubblico e diritto privato nella disciplina dei rapporti di lavoro*, in RTDPu, 1951, pagg. 551 ss..
- JEMOLO A. C., *Concorsi privati*, in RDC, 1967, II, pagg. 530 ss..
- H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.
- KERN H., SCHUMANN M., *L'operaio duttile sostituirà l'automazione rigida*, in PE, 1987, pagg. 69 ss..
- LIEBMAN S., *Individuale e collettivo nel contratto di lavoro*, Milano, 1993.
- LIPARI N., *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. (Riflessioni sul metodo)*, in RDC, 1968, I, pagg. 312 ss..
- LISO F., *Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro*, in GDLRI, 1981, pagg. 539 ss..
- LISO F., *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, diretto da Carinci F., I, Milano, 1995, pagg. 73 ss..
- LOMBARDI G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.
- LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970.
- MAIORCA S., *Il contratto*, Torino, 1987.
- MAGNANI M., *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, in DLRI, 1999, pagg. 485 ss.
- MANCINI T., *Brevi considerazioni in tema di ammissibilità della categoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, in GC, 1966, IV, pagg. 9 ss..
- MANTOVANI F.M., *Licenziamenti plurindividuali: scelta tra più lavoratori e regole di buona fede e correttezza (nota a Cass., sez. lav., 21 novembre 2001 n. 14663, Soc. Salf*

c. Cianfocca e altro), in *DL*, 2002, I, pagg. 26 e ss..

MARENCO R., *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996.

MARIUCCI L., *La contrattazione collettiva*, Bologna, 1985.

MAZZONE F., *Proroga del periodo di comporta mediante il computo delle ferie maturate ed esecuzione del contratto di lavoro secondo buona fede (nota a Trib. Milano, 19 febbraio 2003, Branko Rasku c. Nuovo Istituto Studium)*, in *RCDL*, 2003, pagg. 399 e ss..

MAZZIOTTI F., *Intervento*, in *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, Atti del Convegno di Salerno del 3 dicembre 1983, pagg. 21 ss..

MAZZOTTA O., *Enti economici e concorsi privati: alla ricerca di una regola di diritto*, in *RIDL*, 1987, I, pagg. 188 ss..

MAZZOTTA O., *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *GDLRI*, 1989, pagg. 583 ss..

MAZZOTTA O., *Parità di trattamento ed autonomia collettiva: dal mercato economico al mercato giudiziario*, in *FI*, 1990, I, c. 2887.

MAZZOTTA O., *Eguaglianza, parità, pari opportunità*, in *LD*, 1992, pagg. 481 ss..

MAZZOTTA O., *La resistibile ascesa della parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *FI*, 1993, I, c. 1795.

MELIADÒ G., *La teoria dell'impresa nel diritto del lavoro (itinerari interpretativi e usi giurisprudenziali)*, in *RGL*, 1985, I, pagg. 99 ss..

MENGONI L., *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, pagg. 389 ss..

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, pagg. 5 ss..

MEUCCI M., *Significativi passi sulla via della trasparenza ed imparzialità nelle*

promozioni, in GC, 1983, I, pagg. 2270 ss..

MEUCCI M., *Trasferimento di ramo d'azienda o esternalizzazione di solo personale?*, in LPO, 2003, 1, pagg. 32 ss.

MISCIONE M., *Disoccupazione intellettuale, diritto all'assunzione e rito del lavoro*, in GI, 1976, I, 2, c. 371.

MISCIONE M., *Egualitarismo e parità nel potere privato del datore di lavoro*, Trieste, 1981.

MONTEL A., *Buona fede*, in Nuovo Digesto italiano, II, Torino, 1937, pagg. 559 ss..

MONTUSCHI L., *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro*, in LD, 1996, pagg. 139 ss..

MORELLI M. R., *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in GC, 1994, I, c. 2168.

MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione*, in DL, 1954, I, pagg. 562 ss..

NANNI L., *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988.

NASEDDU L., *Il bilanciamento degli interessi nella fattispecie del trasferimento d'azienda*, in DL, 2005, I, pagg. 527 e ss..

NATOLI U. , *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955.

NATOLI U., *Note preliminari ad uno studio sull'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in RTDPC, 1958, pagg. 18 ss..

NATOLI U., <<Funzione sociale>> della proprietà e <<funzionalizzazione>> della proprietà e dell'impresa tra negazione e demistificazione, in RGL, 1973, I, pagg. 139 ss..

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, 1, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu A., Messineo F., XVI, Milano, 1974.

NATOLI U., *La Corte costituzionale e la parità di trattamento*, in *RGL*, 1989, II, pagg. 3 ss..

NATOLI U., *Intervento*, in *La riforma del codice civile*, Atti del XIII Congresso Nazionale dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati, Padova, 1994, pagg. 84 ss..

NUNIN R., *Bossing'*: *responsabilità contrattuale e valorizzazione della clausola di buona fede (nota a App. Torino, sez. lavoro - Sentenza del 21 aprile 2004, A. c. F. - F. S. s.p.a.)*, in *LG*, 2005, pagg. 49 ss..

NUZZO V., *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, Padova, 2002.

OTTAVIANO V., *Ente pubblico economico*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, VI, Torino, 1991, pagg. 85 ss..

PALLINI M., *Le Sezioni Unite non mutano posizione in tema di parità di trattamento*, in *DL*, 1996, III-IV, pagg. 197 ss..

PANZA G., *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973.

PAPALEONI M., *Sui cosiddetti bandi di concorsi privati e le clausole di parentela*, in *GC*, 1983, I, pagg. 1024 ss..

PAPALEONI M., *Servizio militare e rapporto di lavoro*, in *MGL*, 1984, pagg. 237 ss..

PASSALACQUA P., *Patto per l'Italia: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda*, in *DL*, 2002, I, pagg. 215 ss..

PASSINO DETTORI V., *Il diritto ad essere utili: spunti per una riflessione sul lavoro nel settore non profit*, *DL*, 2005, I, pagg. 307 ss.

PASTERIS C., *Correttezza*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, Torino, 1959, pagg.

876 ss..

PERA G., *Sull'incompatibilità tra parenti, amministrativi e dipendenti, nelle Casse di risparmio*, in *GC*, 1981, I, pagg. 2193 ss..

PERA G., *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*, in *RIDL*, 1989, II, pagg. 389 ss..

PERLINGIERI P., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979.

PERLINGIERI P., *Profili del diritto civile*, Napoli, 1984.

PERLINGIERI P., *Fonti normative e interpretazione*, in *Il diritto privato futuro*, a cura di Perlingieri P., Napoli, 1993, pagg. 73 ss..

PERONE G., *Globalizzazione e diritto del lavoro: sfide e possibili risposte*, in *DL*, 2001, I, p. 389 ss..

PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

PERSIANI M., *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972.

PERSIANI M., *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori di scioperare*, in *DL*, I, 1992, pagg. 13 ss..

PERSIANI M., *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, pagg.1 ss..

PERSIANI M., *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Contr. impr.*, 2000, pagg. 1259 ss..

PERULLI A., *Potere direttivo, organizzazione, impresa*, in *Lavoro e Diritto*, 1989, pagg. 227 ss..

PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992.

PERULLI A., *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Padova, 1999.

PERULLI A., *La protezione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *DRI*, 2001, p. 157 ss..

- PERULLI A., *La buona fede nel diritto del lavoro*, in RGL, 2002, I, pagg. 3 ss..
- PERULLI A., *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in ADL, 2003, 2, pagg. 476 ss..
- PESSI R., *Il potere direttivo dell'imprenditore e i suoi nuovi limiti dopo la legge 20-5-1970 n. 300*, in RDL, 1973, I, pagg. 28 ss..
- PIZZOFERRATO A., *Brevi considerazioni sull'uso delle clausole generali di buona fede e correttezza*, in RIDL, 1997, II, pagg. 563 ss..
- POLACCO V., *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Opere minori*, Roma, II, 1919, pagg. 1 ss..
- POMPONIO A., *Ancora su buona fede, correttezza e principio di parità nel rapporto di lavoro*, in DL, 1996, VI, pagg. 413 ss..
- PRINCIGALLI A. M., *Perdita di chances e danno risarcibile*, in RCDP, 1985, pagg. 315 ss..
- PROSPERETTI U., *Preliminari sull'autonomia sindacale*, in RDL, 1954, I, pagg. 161 ss..
- RABAGLIETTI M. F., *Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milano, 1956.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in RDC, 1965, I, pagg. 205 ss..
- RESCIGNO P., *Presentazione a Bianca C. M., Le autorità private*, Napoli, 1977, pagg. 1 ss..
- RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1978.
- RIZZO G., *La giurisprudenza degli interessi legittimi nel rapporto di lavoro*, Relazione per la giornata di studio organizzata in Salerno il 3 dicembre 1983 dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro << DOMENICO NAPOLETANO >>, pagg. 341 ss..

- RODOTÀ S., *Note critiche in tema di proprietà*, in RTDPC, 1960, pagg. 1256 ss..
- RODOTÀ S., *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in BBTC, 1965, I, pagg. 154 ss..
- RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in RDCo, 1967, I, pagg. 83 ss..
- RODOTÀ S., *Le fonti d'integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in RCDP, 1986, pagg. 709 ss..
- RODOTÀ S., *Le clausole generali*, in *Contratti in generale* diretto da Alpa G. e Bessone M., I, Torino, 1991, pagg. 389 ss..
- RODOTÀ S., *Diritto, diritti e globalizzazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 765 ss..
- ROMAGNOLI U., *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in RTDPC, 1977, pagg. 1041 ss..
- ROMAGNOLI U., *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, in GDLRI, 1994, pagg. 545 ss.
- ROMAGNOLI U., *Il lavoro in Italia*, Bologna, 1995.
- ROMANO A., *Diritti soggettivi, interessi legittimi e assetto costituzionale*, in *FI*, 1980, V, c. 258.
- ROMANO S., *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1972, pagg. 677 ss., ora in *La buona fede nel diritto privato*, in *Scritti minori*, II, Milano, 1980, pagg. 837 ss..
- ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983.
- ROVELLI L., *La correttezza*, in *Contratti in generale*, diretto da Alpa G. e Bessone M., I, Torino, 1991, pagg. 557 ss..

- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- RUFFOLO U., *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, I, *Profili di tutela individuale*, Milano, 1979, pagg. 125 ss..
- SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1975, pagg. 796 ss..
- SAFFIOTTI M.T., *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Milano, 1999.
- SALA C., *Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle sentenze più significative dell'ultimo decennio*, in *DRI*, 2001, pagg. 249 ss..
- SALANDRA F., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1915.
- SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1960.
- SANTONI F., *Parità di trattamento dei lavoratori nelle imprese private*, in *Questioni attuali di diritto del lavoro*, Roma, 1989.
- SANTORO PASSARELLI F., *Autonomia collettiva*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1959, pagg. 369 ss..
- SANTORO PASSARELLI F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, pagg. 177 ss..
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1966.
- SANTORO PASSARELLI F., *Specialità del diritto del lavoro*, in *RDL*, 1967, pagg. 12 ss..
- SANTORO PASSARELLI G., *Impresa, contratto collettivo, concorsi privati*, in *GI*, 1981, IV, pagg. 203 ss..
- SANTORO PASSARELLI G., *Bandi di concorso privati e clausole nulle*, in *GI*, 1982, I, 2, pagg. 776 ss..

SANTORO PASSARELLI G., *I concorsi privati: una fattispecie in via di assestamento*, in *MGL*, 1989, pagg. 289 ss..

SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992.

SCARPELLI F., *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL*, 2003, II, pagg. 152 ss..

SCARPONI S., *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Milano, 2001.

SCOCA F. G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

SCOGNAMIGLIO R., *Considerazioni sulla sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale in tema di parità di trattamento retributivo tra i lavoratori subordinati*, in *MGL*, 1989, pagg. 127 ss..

SCOGNAMIGLIO R., *In tema di risarcibilità di danni derivanti da lesione di interessi legittimi da parte della Pubblica Amministrazione*, in *Scritti giuridici*, 1991, I, pagg. 521 ss..

SEGNI M., *Diligenza e buona fede nell'esecuzione del mandato*, in *GI*, 1964, I, 1, c. 1189.

SIMITIS S., *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, in *GDLRI*, 1986, pagg. 239 ss..

SMURAGLIA C., *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958.

SPAGNUOLO VIGORITA L., *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, 1961.

SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro*, Napoli, 1967.

STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *RDCo*, 1964, I, pagg.163 ss..

SUPPIEJ G., *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Padova, 1957.

SUPPIEJ G., *I limiti del potere direttivo dell'imprenditore*, in RTDPC, 1962, pagg. 467 ss..

SUPPIEJ G., *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in *Atti del IV Convegno nazionale di diritto del lavoro (Saint Vincent, 3-6 giugno 1971)*, Milano, 1972.

TRABUCCHI A., *Il nuovo diritto onorario*, in RDC, 1959, I, pagg. 495 ss..

TREU T., *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974.

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1977.

TULLINI P. , *Correttezza contrattuale e obbligo di motivazione*, in RIDL, 1988, II, pagg. 964 ss..

TULLINI P., *A proposito di parità di trattamento e rapporto di lavoro*, in RTDPC, 1990, pagg. 1225 ss..

TULLINI P., *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro: spunti per una ricerca*, in RTDPC, 1988, pagg. 870 ss..

TULLINI P., *Selezione dei dipendenti e obblighi del datore di lavoro*, in RIDL, 1990, II, pagg. 591 ss..

TULLINI P., *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990.

TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, 1994.

TURELLO D., *Principio di immediatezza della contestazione disciplinare e valutazione secondo buona fede (nota a Cass., sez. lav., 7 novembre 2003 n. 16754, V. c. Banca Intesa Comit s.p.a.)*, in LG, 2004, pagg. 768 e ss..

UDA G. M., *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in NGCC, 1992, 2, pagg. 185 ss..

UDA G. M., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.

VALLEBONA A., *Il diritto del lavoro: uno spirito e due anime*, in RIDL, 1996, I, pagg. 351 ss..

A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004.

VENTURA L., *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, Milano, 1984.

VENTURA S., *Interessi legittimi, diritto privato, diritto agrario*, in RDA, 1958, pagg. 183 ss..

VICARI S., *Nuove dimensioni della concorrenza: strategia nei mercati senza confini*, Milano, 1989.

VISINTINI G., *Inadempimento e mora del creditore*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1987, pagg. 227 ss..

VITTA C., *Diritto amministrativo*, II, Torino, 1950.

ZANOBINI G., *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, Milano, 1943, II, pagg. 705 ss., ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, pagg. 345 ss..

ZOLI C., *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, in GC, 1984, II, pagg. 423 ss..

ZOLI C., *Concorso di dipendenti di enti pubblici economici*, in GC, 1986, I, pagg. 581 ss..

ZOLI C., *Recensione a Emmanuel Gaillard, Le pouvoir en droit privé*, Economica, Paris, 1985, in RTDPC, 1986, pagg. 633 ss..

ZOLI C., *La tutela delle posizioni <<strumentali>> del lavoratore: dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988.

ZOLI C., *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumento civilistici: oscillazioni e assestamenti*, in RIDL, 1992, I, pagg. 11 ss..

ZOLI C., *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e*

contropotere, in *LD*, 1997, pagg. 241 ss..