

CARLO SMURAGLIA

Scritti, discorsi e atti istituzionali

VOLUME IV

LA PERSONA DEL PRESTATORE NEL RAPPORTO DI LAVORO



Milano University Press

Carlo Smuraglia

SCRITTI, DISCORSI
E ATTI ISTITUZIONALI

VOLUME IV

**LA PERSONA DEL PRESTATORE
NEL RAPPORTO DI LAVORO**

a cura di Olivia Bonardi

La persona del prestatore nel rapporto di lavoro / Carlo Smuraglia, a cura di Olivia Bonardi.
Milano: Milano University Press, 2024.

ISBN 979-12-5510-192-5 (print)

ISBN 979-12-5510-193-2 (PDF)

ISBN 979-12-5510-194-9 (EPUB)

DOI 10.54103/milanoup.202

Il presente volume e tutti quelli che compongono l'opera: Scritti, discorsi e atti istituzionali di Carlo Smuraglia, validati dal Comitato editoriale e pubblicati da Milano University Press, sono conformi al codice etico e alle misure antiplagio espressi nelle Linee Guida per pubblicare su MilanoUP.

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-SA, il cui testo integrale è disponibile all'URL:
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.it>



 Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su: <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup>.

© The Author(s), 2024

© Milano University Press per la presente edizione

Pubblicato da:
Milano University Press
Via Festa del Perdono 7 – 20122 Milano
Sito web: <https://milanoup.unimi.it>
e-mail: redazione.milanoup@unimi.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da Ledizioni (www.ledizioni.it)

Gli eredi, titolari dei diritti d'Autore, hanno autorizzato la curatrice Olivia Bonardi a ripubblicare le opere e gli scritti di Carlo Smuraglia con Milano University Press e a diffonderle in open access con licenza CC-BY-SA.

Salvo qualche limitato aggiustamento di editing, il presente volume riproduce fedelmente il testo della pubblicazione *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, edita nel 1967 da Giuffr , che ha autorizzato questa pubblicazione.

Carlo Smuraglia

SCRITTI, DISCORSI E ATTI ISTITUZIONALI

Piano dell'opera

VOLUME I

Carlo Smuraglia. La vita e le opere

VOLUME II

La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro

VOLUME III

Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro

VOLUME IV

La persona del prestatore nel rapporto di lavoro

VOLUME V

La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale

VOLUME VI

Il diritto penale del lavoro

VOLUME VII

Il lavoro nella Costituzione e nello Statuto dei lavoratori

VOLUME VIII

I diritti fondamentali della persona che lavora

VOLUME IX

Tutela della salute e sicurezza sul lavoro

VOLUME X

La rappresentanza sindacale e il diritto di sciopero

VOLUME XI

Le sanzioni nel diritto del lavoro

VOLUME XII

Il funzionamento delle istituzioni e l'attuazione della Costituzione

VOLUME XIII

La difesa della Costituzione e della democrazia

VOLUME XIV

Il principio di legalità e la lotta alla mafia

VOLUME XV

La Resistenza

**SCRITTI, DISCORSI E ATTI
ISTITUZIONALI
DI CARLO SMURAGLIA**

Comitato Scientifico

Olivia Bonardi - Università degli Studi di Milano

Francesco Campobello - Università di Torino

Fernando Dalla Chiesa - Università degli Studi di Milano

Davide Galliani - Università degli Studi di Milano

Comitato Editoriale

Maria Leotta, Sonia Nava, Enrica Smuraglia, Ettore Zanoni

Sommario

Presentazione	13
Introduzione	17

PARTE PRIMA

LA CONSIDERAZIONE DELLA PERSONA (*INTUITUS* E FIDUCIA)

Capitolo I	
L' <i>intuitus personae</i> nei rapporti obbligatori	23
1. La problematica dell' <i>intuitus</i> , in generale	23
2. Tentativi di classificazione dei negozi <i>intuitu personae</i>	25
3. Diversità e variabilità dell' <i>intuitus</i>	30
4. Il connotato essenziale: la considerazione della persona e delle sue qualità	32
5. Altri connotati ed effetti «normali» dell' <i>intuitus</i>	34
6. Il contenuto fondamentale dell' <i>intuitus</i>	36
7. <i>Intuitus</i> e fiducia: aspetti generali	39
8. Varie nozioni e significati diversi della fiducia	41
9. Rapporti tra la fiducia e l' <i>intuitus</i>	44
10. Considerazioni conclusive	47
Capitolo II.	
<i>Intuitus personae</i> e rapporto di lavoro: aspetti generali	51
1. Orientamenti predominanti in materia di <i>intuitus</i> e rapporto di lavoro	51
2. <i>Intuitus</i> e fiducia, nella normativa	55
3. Impossibilità di pervenire ad una costruzione unitaria	57
4. Il dato sociologico e l' <i>intuitus</i>	60
Capitolo III.	
L' <i>intuitus</i> nella fase di stipulazione del contratto di lavoro	65
1. La disciplina positiva del collocamento e l' <i>intuitus</i> : aspetti generali	65
2. Il collocamento su richiesta numerica	67
3. Il collocamento su richiesta nominativa	73
4. Le assunzioni obbligatorie	74
5. Conclusioni: prevalente assenza dell' <i>intuitus</i> nella fase di stipulazione del contratto di lavoro	75

Capitolo IV

L' <i>intuitus personae</i> nello svolgimento del rapporto: a) infungibilità e personalità della prestazione lavorativa	77
1. Aspetti generali del problema	77
2. Infungibilità oggettiva e infungibilità soggettiva delle prestazioni	79
3. La pretesa infungibilità della prestazione di lavoro	82
4. Effetti estintivi della morte del prestatore: fondamento	85
5. Il principio di personalità della prestazione di lavoro e la sua <i>ratio</i>	87

Capitolo V

L' <i>intuitus</i> nello svolgimento del rapporto di lavoro (segue): b) rapporti tra i c.d. doveri complementari e la fiducia	91
1. Cenni sulla pretesa funzione integratrice dell' <i>intuitus</i>	91
2. Buona fede e correttezza nel rapporto obbligatorio	93
3. Rapporti tra buona fede, correttezza e fiducia	102
4. I c.d. «doveri complementari» nel rapporto di lavoro e l' <i>intuitus</i>	104
5. Le obbligazioni negative del prestatore di lavoro e la fiducia	107
6. Considerazioni conclusive	111

Capitolo VI

L'errore sulla persona nel contratto di lavoro	113
1. Aspetti essenziali della problematica	113
2. Rapporti tra l' <i>intuitus</i> e l' <i>error in persona</i> *	115
3. L'errore sulle qualità personali e il contratto di lavoro	119
4. Errore e periodo di prova	123
5. Relatività del giudizio sull' <i>error in persona</i> nei contratti di lavoro	126

Capitolo VII

L' <i>intuitus</i> e il recesso unilaterale	129
1. Il recesso <i>ad nutum</i> ed il suo fondamento	129
2. Recesso per giusta causa e risoluzione per inadempimento	133
3. Giusta causa e rapporti di natura fiduciaria	138
4. Bilateralità del recesso per g.c. e fiducia	140
5. Il recesso per g.c. e la distinzione tra rapporti «personalizzati» e rapporti collegati alla persona	141
6. Il contenuto della giusta causa: in particolare, la pretesa rilevanza dei comportamenti «decisi» che incidono sul legame fiduciario	142

PARTE SECONDA
L'IMPLICAZIONE DELLA PERSONA

Capitolo I

L'implicazione della persona: aspetti generali	153
1. Vari significati della espressione «implicazione»	153
2. Le concezioni «oggettive»: la persona come oggetto	154
3. (segue): le energie umane come oggetto	161
4. L'errore di prospettiva delle tendenze oggettive	163
5. Il preteso rapporto di intrinsecità tra persona e prestazione	166
6. Implicazione e subordinazione	168
7. Le tendenze «soggettivistiche»	170
8. Piano dell'indagine successiva	173

Capitolo II

Implicazione della persona e stipulazione del contratto di lavoro del minore di diciotto anni	175
1. Tendenze dottrinarie che negano la sostituibilità del minore da parte del rappresentante legale	175
2. Infondatezza, sul piano normativo, di queste opinioni	177
3. Ampiezza ed elasticità dei poteri del rappresentante legale, anche in riferimento al contratto di lavoro	182
4. La prestazione del minore come pretesa «condizione sospensiva» del negozio	184

Capitolo III

Impossibilità sopravvenuta per cause inerenti alla persona del prestatore	187
1. Fragilità del rapporto di lavoro e tendenza dell'ordinamento verso la conservazione	187
2. Applicabilità delle norme di diritto comune alla sopravvenienza nel rapporto di lavoro; il rigore del sistema e le tendenze mitigatrici	188
3. Soluzioni adottate nell'esperienza giuridica di alcuni Paesi europei	192
4. Le soluzioni prospettate dalla dottrina italiana, nel quadro della disciplina di diritto comune della sopravvenienza	194
5. La teoria della inesigibilità, nei suoi aspetti generali	201
6. L'inesigibilità come criterio di «individualizzazione» nel diritto penale	203
7. L'inesigibilità nella dottrina civilistica	206
8. L'inesigibilità come criterio di valutazione dei comportamenti	209
9. Contenuto concreto del criterio: rapporti con la buona fede, nel quadro sistematico dell'ordinamento	212
10. Applicazione del criterio ai fini della valutazione della sopravvenienza per cause personali del prestatore di lavoro	217

Capitolo IV	
Implicazione della persona e subordinazione	223
1. Struttura essenzialmente patrimoniale della subordinazione	223
2. La tendenza a ravvisare nella subordinazione un rapporto di natura personale: critica	229
3. I limiti della subordinazione, particolarmente in rapporto alla vita privata del dipendente	236
4. Il preteso rafforzamento della subordinazione attraverso il cosiddetto obbligo di fedeltà	241
5. Il preteso « <i>status</i> » di lavoratore subordinato: critica	249
6. Caratteristiche ed effetti essenziali della subordinazione, in rapporto alla sfera personale del prestatore	256
7. Elasticità della subordinazione, con particolare riferimento ai contratti speciali di lavoro e ad alcune caratteristiche fattispecie (apprendistato, lavoro domestico, lavoro sportivo)	258
Capitolo V	
La reazione dell'ordinamento di fronte al fenomeno della implicazione	265
Sezione Prima. Il sistema protettivo	265
1. Il « <i>favor</i> » verso il prestatore come principio generale	265
2. La tutela della libertà e particolarmente della libertà morale e dignità	275
3. Protezione della sfera morale e parità di trattamento	282
Sezione Seconda. Evoluzione di alcune situazioni soggettive del prestatore di lavoro	288
1. Diritti di credito e diritti della personalità	288
2. Situazioni soggettive più direttamente connesse alla sfera personale (diritto alla retribuzione minima sufficiente, diritti nascenti dalle assicurazioni sociali, diritto alla sicurezza, diritto al riposo, diritto al lavoro, diritto a collaborare alla gestione, diritto di sciopero)	298
3. Osservazioni conclusive	310
Sezione Terza. La rilevanza del principio di tutela sul piano ermeneutico	311
1. Nell'interpretazione del diritto	311
2. Nell'interpretazione del contratto	317
Capitolo VI	
La persona del prestatore e il rapporto di lavoro	329
1. Esclusione della natura fiduciaria dal rapporto	329
2. Esclusione della natura personale	330
3. Precisazioni sul carattere «misto» (di elementi patrimoniali e personali)	335
4. Lo scambio e il rilievo giuridico della persona del prestatore	337

Presentazione

La persona del prestatore nel rapporto di lavoro è la terza monografia, del 1967, di Carlo Smuraglia. L'opera si pone in linea di continuità e di sviluppo del precedente La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro¹, traendo dai precetti costituzionali argomentazioni rilevanti al fine di ridefinire, in discontinuità con le tesi allora prevalenti, quali conseguenze abbia il fatto del coinvolgimento della persona del lavoratore nell'esecuzione del rapporto di lavoro. Rinviando al saggio di Alessandro Bellavista, La dignità della persona che lavora. Ricordando Carlo Smuraglia, pubblicato nel primo volume di quest'opera² per un'analisi più approfondita, mi limito qui ad alcune osservazioni sui profili di maggior interesse e attualità dell'opera. Anzitutto Carlo Smuraglia sottopone a verifica la costruzione dottrinale che attribuisce all'implicazione della persona nel rapporto di lavoro valenza sotto il profilo della rilevanza della fiducia e dell'intuitus personae. Il tema, come è noto, non solo ha assunto storicamente un peso strategico nella definizione dei reciproci obblighi delle parti nel rapporto, ma ha anche continuato ad alimentare letture giurisprudenziali dell'obbligo di fedeltà del lavoratore che restano alquanto discusse. Basti pensare alla distanza tuttora esistente tra dottrina e giurisprudenza sulla qualificazione come inadempimento agli obblighi di prestazione, di diligenza o di fedeltà di numerose condotte scorrette dei lavoratori.

Il sostrato su cui la costruzione dogmatica di Carlo Smuraglia della rilevanza della persona nel rapporto di lavoro si fonda è anzitutto la considerazione del lavoratore non quale soggetto passivo, destinatario di misure di protezione in una logica paternalistica, quanto l'idea di persona libera. La verità «è che l'uomo – lavorando – non fa altro che esprimere se stesso, esplicitare la propria personalità: il lavoro non è altro che un suo caratteristico modo di essere, inseparabile da lui, manifestazione dunque tipica della sua potenzialità fisica ma anche della sua capacità intellettuale» (p. 91). Non esiste il lavoro quanto gli uomini che lavorano, scrive Carlo Smuraglia.

La prima parte del volume, dedicata all'intuitus personae, è quella che forse ha lasciato un segno maggiore nelle costruzioni dottrinali e giurisprudenziali degli anni successivi. Sulla base di una approfondita analisi dei principali istituti di diritto civile rilevanti in materia - analisi di ampio respiro e proiettata anche sul piano comparatistico - Carlo Smuraglia conclude nel senso dell'impossibilità di costruire una categoria omogenea dei negozi stipulati intuitus personae. L'unico tratto costante che li caratterizza è la particolare considerazione che uno dei contraenti ha fatto dell'altro; una considerazione tale da averlo determinato a contrarre, dovendosi invece escludere che essa entri a far parte della causa del contratto. Da queste premesse si deduce che l'intuito inerisce a qualità della persona che assumono rilevanza particolare fondamentale solo in casi specifici. L'opera è del 1967. Sono gli anni della grande

1 Che costituisce il vol. II di quest'opera, in <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/171>

2 In Carlo Smuraglia. *La vita e le opere*, a cura di BONARDI O., MilanoUP, <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup/catalog/book/178>

fabbrica fordista, di un progresso tecnico che ha da tempo consentito di sostituire al tradizionale contatto diretto tra datore di lavoro e lavoratori un rapporto sempre più impersonale e mediato. Sono anche gli anni in cui vige la regola della chiamata numerica dei lavoratori. Il contesto è quindi senz'altro favorevole alla demistificazione della rilevanza dell'intuitus personae nel rapporto. Ma non è il contesto, bensì la serrata analisi civilistica a reggere l'impostazione, la cui validità non è venuta meno nonostante i cambiamenti che il mondo del lavoro ha subito nel corso degli anni. La conclusione cui giunge Carlo Smuraglia infatti non è quella dell'assoluta irrilevanza dell'intuito, bensì quella della necessità di un accertamento caso per caso che tenga conto dell'oggetto della prestazione e soprattutto della volontà delle parti. Certamente, rispetto al passato, oggi la situazione è cambiata: la regola dell'assunzione per chiamata numerica è del tutto superata e sempre più spesso si ricercano e richiedono doti e qualità che accentuano la rilevanza della personalità del lavoratore. Tuttavia, è altresì agevole osservare come l'innovazione tecnologica e le nuove forme di lavoro che vanno sviluppandosi attraverso le piattaforme digitali portino con sé elementi di spersonalizzazione del rapporto anche decisamente più accentuate rispetto a quelle dei tempi in cui scriveva il nostro Autore. La sua analisi rileva anche, e forse soprattutto, per i chiarimenti che essa fornisce rispetto ai concetti di fiducia e di infungibilità della prestazione. Se la prima non può che essere aspettativa della regolarità e puntualità della prestazione, sussistente in tutti i contratti a prestazioni corrispettive continuative a prescindere dall'intuitus personae, la seconda è piuttosto conseguenza della rilevanza di questo, pertanto elemento da tenersi distinto dall'obbligo di svolgere la prestazione personalmente e sussistente in tanto in quanto si sia preventivamente accertata la rilevanza dell'intuito nello specifico rapporto di lavoro questione.

La seconda parte del volume è dedicata al significato che ha l'implicazione della persona nel rapporto di lavoro e risulta ancora più complessa e importante della prima. Qui l'analisi giuridica muove anzitutto dalla serrata critica alle dottrine - in vario modo riconducibili all'originaria impostazione di Carnelutti - che ravvisano nell'oggetto del contratto di lavoro la cessione delle energie lavorative, considerate separatamente dalla persona che le presta.

Ma smontate queste costruzioni, lo sforzo interpretativo ricostruttivo di Carlo Smuraglia, volto a specificare quale sia il significato effettivo del concetto di implicazione della persona nel rapporto, è davvero notevole. L'operazione non è certo facile, richiamando questioni quali il significato della subordinazione e l'analisi della rilevanza degli elementi di carattere non patrimoniale in un rapporto costruito secondo i principi e regole di un diritto civile che, all'epoca più che oggi, fatica molto ad introiettare quelli derivanti dal diritto costituzionale. Il che implica, altresì, rivendicare un'autonomia del diritto del lavoro che, come ha lucidamente scritto Tomassetti, va oltre il "binomio pubblico-privato"³.

L'impostazione è cruciale per la definizione del contenuto della prestazione e dei limiti dei poteri del datore di lavoro e il contributo di Smuraglia è fondamentale per escludere quelle concezioni del rapporto di lavoro, all'epoca diffuse, basate su una posizione di supremazia o di un vincolo di natura personale tra le parti. L'implicazione della persona nel rapporto di lavoro non si traduce quindi in un assoggettamento personale alla volontà altrui, in una completa e

3 TOMASSETTI P., *Libera iniziativa economica e diritto alla salute*, in Carlo Smuraglia, *la vita e le opere*, cit.

totale messa a disposizione della persona del lavoratore: la subordinazione è soltanto tecnica e funzionale.

Se su questo aspetto l'interpretazione Smuraglia è sostanzialmente in linea con gli orientamenti più avanzati della dottrina dell'epoca — assumendo carattere indiscusso delle attuali concezioni del rapporto di lavoro — è sul piano delle conseguenze che se ne traggono, in particolare in ordine alla delimitazione e alla qualificazione degli obblighi delle parti, che il contributo di Smuraglia presenta i maggiori tratti di originalità. Le garanzie di tutela della personalità umana, la protezione della sua integrità fisica e soprattutto della dignità e personalità morale, la libertà di pensiero e la protezione contro ogni invasione della propria sfera personale, assurgono qui a veri e propri valori giuridici, si riempiono di contenuti concreti e si inverano in precisi vincoli giuridici. Sono questi temi che costituiranno il filo rosso che caratterizzerà tutta l'attività del nostro Autore anche negli anni successivi e che ritorneranno in tutta la loro portata negli scritti dedicati alla persona del prestatore di lavoro, che saranno raccolti nel vol. VIII.

È invece sull'inquadramento teorico degli obblighi accessori del rapporto di lavoro che le tesi di Carlo Smuraglia resteranno minoritarie. Per Smuraglia, all'obbligo di prestare lavoro non possono aggiungersi obblighi accessori che non siano previsti esplicitamente dalla legge o dal contratto; l'obbligo di fedeltà è limitato, come del resto oggi concorda tutta la dottrina ma non ancora la giurisprudenza, agli specifici divieti esplicitati nell'art. 2105 c.c. Se su questo profilo vi è piena sintonia con il fondamentale contributo, dello stesso periodo di Federico Mancini, è sul piano dell'interpretazione degli obblighi di correttezza e buona fede che le visioni si discostano, così come la posizione di Smuraglia prende nettamente le distanze da quella di Luigi Mengoni, tuttora dominante in dottrina e in giurisprudenza.

A differenza di quanto scrive Mancini, per Smuraglia non c'è bisogno di pensare a un obbligo fondamentale di astenersi da attività contrarie alla prestazione; un dovere del genere è già nella obbligazione principale, della quale rappresenta il lato negativo e della quale costituisce null'altro che una caratteristica e logica manifestazione; se per Mengoni correttezza e buona fede sono clausole generali che rinviano a modelli di comportamento offerti dalla vita sociale, per Smuraglia non basta il riferimento a criteri etici e sociali in generale, ma occorre basarsi sui fondamenti etico-sociali che sono alla base dell'ordinamento e che da esso si ricavano attraverso un'indagine complessiva e storica e non solo mediante un processo di semplice astrazione. In ogni caso, correttezza e buona fede non possono essere fonte di obblighi ulteriori, ma solo canoni di valutazione dell'adempimento, la funzione è piuttosto quella di consentire una indagine completa, «umana», delle condotte delle parti.

Ora come allora però, non vi è accordo sul modo di distinguere tra i vari obblighi integrativi o accessori, né sulla possibilità di inserirli nell'una o nell'altra categoria civilistica. Carlo Smuraglia criticava la dottrina e la giurisprudenza perché generalizzavano, attribuendo a tutti i contratti di lavoro le stesse caratteristiche. In questo modo, sosteneva, si finisce per fare di tutte le erbe un fascio, applicando a tutti i contratti di lavoro gli stessi obblighi, senza tenere conto delle molteplici forme che l'oggetto del rapporto può assumere e del contesto in cui esso è destinato a svolgersi. Su questo profilo, l'invito, contenuto nell'opera, a riconoscere che la valutazione del comportamento alla stregua della buona fede della correttezza e della diligenza

è necessariamente relativa, pare di grande attualità, soprattutto a fronte delle mutevoli forme che il lavoro va assumendo nel contesto attuale.

Anche le pagine dedicate al tema della impossibilità sopravvenuta per cause inerenti alla persona del prestatore presentano profili di rilevante attualità. A fronte dell'inidoneità del rimedio civilistico dell'estinzione del contratto per impossibilità sopravvenuta, richiamandosi al dibattito d'oltralpe e in particolare all'elaborazione della dottrina francese e tedesca, Carlo Smuraglia suggerisce il ricorso alla categoria della inesigibilità, quale complesso di operazioni valutative in base alle quali l'obbligo di prestare lavoro verrebbe meno ogni volta che in buona fede non fosse possibile esigere la prestazione del creditore. Ripudiando ogni teoria che fa del lavoratore un eroe impegnato ad assicurare sempre e comunque l'interesse del creditore, la misura dell'adempimento deve invece farsi tenendo conto delle circostanze, del tipo di rapporto e delle modalità con cui questo deve essere attuato. È quindi il canone della diligenza a costituire il metro di valutazione per stabilire se il debitore ha fatto tutto ciò che era possibile per conservare la possibilità di adempiere e per stabilire se l'inadempimento ecceda o no i limiti dello sforzo cui era tenuto. La teoria ha valenza non solo, come già sostenuto da Luigi Mengoni, quando il risultato non potrebbe essere raggiunto se non con mezzi anormali, ma anche in presenza di interessi ritenuti prevalenti sulla base dell'ordinamento. È così che la sussistenza di veri e propri obblighi di assistenza nei confronti dei congiunti, l'adempimento di funzioni pubbliche e le finalità solidaristiche circoscrivono la sfera dell'obbligo della prestazione. Non solo: l'utilizzo del criterio dell'inesigibilità quale parametro di delimitazione della pretesa del creditore vale anche a liberare il lavoratore dalla pretesa di attività che illecite o in contrasto con i doveri morali e con gli interessi della personalità del lavoratore. Ci sono voluti diversi decenni prima che la giurisprudenza arrivasse a ritenere non in contrasto con l'obbligo di fedeltà (e quindi non giusta causa di licenziamento) le denunce del lavoratore delle attività illecite del datore di lavoro e la legislazione sul Whistleblowing arriverà ancora più tardi. Ma il seme era gettato già allora. Anche sul piano delle esigenze personali, di cura e di assistenza, la legislazione, rispetto all'epoca in cui scriveva Carlo Smuraglia, ha fatto passi da gigante, ampliando considerevolmente il novero dei permessi e dei congedi riconosciuti ai lavoratori. Non per tutti però. Se si pensa all'universo delle prestazioni coordinate e continuative a carattere personale e dei lavori occasionali privi di adeguate tutele per questo tipo di vicende della vita – questione che Carlo Smuraglia affronterà nella sua attività di parlamentare con lo storico d.d.l. sui lavori atipici – ci si rende conto come l'elaborazione di allora possa ancora dare un contributo fondamentale per l'umanizzazione del nuovo lavoro.

Olivia Bonardi

Introduzione

Lo spunto da cui trae origine questo saggio è stato fornito dalla diffusa opinione dottrinale secondo la quale nel rapporto di lavoro la persona del datore è – di regola – irrilevante, mentre quella del prestatore ha tale importanza, sul piano giuridico, da incidere addirittura sulla struttura del rapporto.

Questa convinzione ha senza dubbio alcuni margini di fondamento; ma allorché la si analizza in fondo, non si tarda a scoprire sintomi di sopravvalutazione del fenomeno, e talora veri e propri difetti di prospettiva.

In particolare, la costruzione del contratto di lavoro sotto il profilo dell'*intuitus personae* e della fiducia appare meritevole di verifica, alla luce dei dati che emergono dalla realtà e soprattutto degli indici forniti dalla normativa.

Per contro, il fenomeno della implicazione della persona nel rapporto appare considerato prevalentemente da un punto di vista meramente passivo, mancando spesso una visione veramente globale ed una prospettiva che investa tutti i lati della posizione soggettiva del prestatore.

L'indagine è stata dunque svolta nella duplice direzione suggerita dall'anzidetta constatazione e più precisamente nei confronti dei due aspetti fondamentali, che si possono indicare riassuntivamente nella «*considerazione della persona*» e nella «*implicazione della persona*».

Per quanto riguarda il primo, si è ritenuto necessario premettere un tentativo di sistemazione dei concetti di *intuitus* e di fiducia, nell'intento di giungere a nozioni concretamente utilizzabili e dogmaticamente corrette, per poi sottoporle ad un vaglio più specifico nei confronti del rapporto di lavoro. A quest'ultimo fine, non è sembrato possibile limitarsi a considerazioni d'ordine generale, imponendosi invece una verifica più penetrante in relazione alle varie fasi del rapporto ed a quei momenti di esso che solitamente si ritengono caratterizzati dall'*intuitus* e dalla fiducia.

Quanto al secondo aspetto (implicazione) si è cercato di precisare anzitutto i vari significati con cui l'espressione viene utilizzata; dopo di che, si è condotta un'indagine più approfondita su quelli che apparivano maggiormente dotati di valore costruttivo, per controllarne il concreto fondamento e giungere quindi ad una costruzione che avesse quanto meno il pregio della globalità della prospettiva e della aderenza al dato normativo. Si è cercato cioè di individuare non solo in che cosa si risolve in concreto il fenomeno della implicazione, ma anche in quale modo esso venga considerato dall'ordinamento positivo e quali siano gli effetti giuridici che ne scaturiscono.

Un'indagine siffatta ha posto alcuni problemi di natura metodologica ed appare quindi necessario dar conto delle ragioni per le quali alcune scelte sono state adottate.

Si trattava anzitutto di precisare il nostro atteggiamento nei confronti di quelle complesse implicazioni d'ordine sociologico e filosofico che si collegano alla posizione personale del prestatore di lavoro. Tenerne conto compiutamente, avrebbe condotto ad un appesantimento dell'indagine, ed al rischio continuo di fuorviarla. Trascurarle, avrebbe significato invece ridurre il nostro studio ad un'esercitazione di formale ed astratto concettualismo, tanto più negativa in una materia così sensibile al fatto sociale come è quella del diritto del lavoro.

Abbiamo quindi prescelto una via intermedia, corrispondente a quelle moderne concezioni secondo le quali l'esperienza giuridica non deve lasciarsi travolgere da elementi metagiuridici, ma non deve neppure obliterare quella realtà da cui il diritto scaturisce e che esso è poi destinato a regolare.

Depurata quindi l'indagine da ogni inutile riflesso sociologico o filosofico, abbiamo cercato di restare ancorati al dato normativo, sistematicamente considerato ed inquadrato in quell'*humus* storico e sociale su cui affonda le radici.

Ma un altro e più delicato problema ha sovrastato il nostro studio, richiedendo di essere affrontato e risolto.

Analizzare la posizione personale di uno dei soggetti (in certo modo, il più rilevante) di un rapporto obbligatorio, significa sostanzialmente sfiorare quasi tutti i problemi che appunto a tale rapporto ineriscono: donde l'alternativa, per lo studioso, tra l'analizzarli compiutamente uno per uno, oppure stabilire un criterio fondamentale di scelta.

Poiché la prima soluzione non si addice ad una monografia su un tema specifico, abbiamo adottato la seconda, determinando un criterio rigoroso per la scelta degli aspetti su cui condurre l'indagine più penetrante: quello cioè della necessaria aderenza all'oggetto fondamentale del saggio. Si sono quindi partitamente considerati quei problemi (generali o particolari) che presentavano un valore costruttivo ai fini dell'indagine, respingendo decisamente la tentazione di affrontare quelli che – pur importanti in sé – non avrebbero potuto recare un contributo concreto per l'esatta costruzione della posizione personale del prestatore di lavoro.

Quando dunque ci siamo trovati di fronte a temi suggestivi come quello della subordinazione, abbiamo deliberatamente ristretto l'indagine agli aspetti inerenti alla influenza che essa può avere sulla personalità del soggetto ed ai limiti di rispetto entro cui essa può operare.

Al contrario, si è dedicata particolare attenzione – e ciò potrà forse sorprendere – ad un argomento apparentemente specifico come quello della impossibilità sopravvenuta per cause personali; in realtà, ci è sembrato trattarsi di un utile banco di prova per verificare concretamente una serie di questioni, già poste sul piano generale, e per costituire alcuni presupposti di particolare valore costruttivo per l'indagine successiva.

In sostanza, si è alternata l'analisi di aspetti generali con quella di problemi più specifici, sembrando appunto che un metodo siffatto potesse consentire di

uscire dalle secche della astrattezza e potesse meglio giovare ad un inquadramento globale del fenomeno considerato.

Naturalmente, quando si tratta di operare delle scelte, è possibile che esse appaiano discutibili o addirittura siano errate; ci preme peraltro chiarire che mai esse sono state arbitrarie, rispondendo invece costantemente ad un criterio unitario ed a quella finalità di verifica di tradizionali impostazioni, che fin dall'inizio ci eravamo proposta.

È logico che un'indagine così condotta non pretenda di risolversi in un discorso concluso; e ciò soprattutto perché non si tratta di dimostrare una tesi, ma piuttosto di condurre una ricerca e di stabilire le premesse di un ulteriore discorso, che solo il tempo e l'evoluzione del pensiero giuridico potranno consentire.

D'altronde, le continue trasformazioni sociali e giuridiche dell'epoca in cui viviamo, specialmente in materie sensibili come la nostra, prospettano allo studioso più dei problemi che non delle soluzioni; per cui ci sembra che qualsiasi indagine debba essere condotta con la prospettiva di recare un contributo costruttivo, piuttosto che con l'intento di irrigidire in schemi prefissati una realtà giuridica tuttora multiforme e dinamica.

PARTE PRIMA

LA CONSIDERAZIONE DELLA PERSONA (INTUITUS E FIDUCIA)

Capitolo I

L'intuitus personae nei rapporti obbligatori

Sommario: 1. La problematica dell'*intuitus*, in generale. – 2. Tentativi di classificazione dei negozi *intuitu personae*. – 3. Diversità e variabilità dell'*intuitus*. – 4. Il connotato essenziale: la considerazione della persona e delle sue qualità. – 5. Altri connotati ed effetti «normali» dell'*intuitus*. – 6. Il contenuto fondamentale dell'*intuitus*. – 7. *Intuitus* e fiducia: aspetti generali. – 8. Varie nozioni e significati diversi della fiducia. – 9. Rapporti tra la fiducia e l'*intuitus*. – 10. Considerazioni conclusive.

1. La problematica dell'*intuitus*, in generale

In dottrina si parla, pressoché indifferentemente, di negozi *intuitu personae* e di negozi di fiducia. Il che già suscita non poche perplessità; e non solo per la sostanziale equivocità della seconda espressione, ma anche per il fondato sospetto che non vi sia piena coincidenza tra l'*intuitus* e la fiducia.

Ma questo non è il solo punto discutibile, in questa materia; anzi, può dirsi che si tratta del meno rilevante, posto che in definitiva attiene pur sempre ad una questione meramente terminologica. Ben altri problemi si sollevano, non appena dalle enunciazioni superficiali ed ormai usuali si passa ad indagini più attente circa la struttura, il contenuto, gli effetti dell'*intuitus*. E subito si affaccia il problema di fondo, se cioè si tratti di una categoria omogenea, con caratteri costanti e deducibili da una normativa rispondente a criteri sistematici, o se invece – mancando una disciplina uniforme – ci si debba limitare a cogliere alcuni tratti essenziali, individuabili non già nei vari tipi di negozio, ma nelle singole fattispecie.

Per vero, questo tema – che presenta aspetti veramente affascinanti – non ha suscitato l'interesse che avrebbe meritato, specialmente nella dottrina italiana¹. Se infatti studi approfonditi sono stati dedicati dalla dottrina francese all'*intuitus*²

1 Tralasciando il riferimento alla dottrina che si è occupata dell'*intuitus*, a proposito di questo o quel negozio, in modo estremamente sommario, ci limitiamo a ricordare i contributi più specifici, anche se si tratta pur sempre di trattazioni abbastanza rapide: GIORGI, *Teoria generale delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. IV, Firenze, 1925, pag. 81 ss.; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, pag. 397-398; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, pag. 2 ss.; SIMONETTO, *Fallimento del socio ed esclusione*, in *Riv. soc.*, 1959, pag. 198 ss.; SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, pag. 245 ss.

2 In particolare, v.: VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contracts*, Paris, 1938; BOURCARD, *De l'intuitus personae dans les sociétés*, J.S. 1927, pag. 511; CAMERLYNK, *De l'intuitus personae dans la société anonyme*, Thèse, Paris, 1929; AZOULAI, *L'élimination de l'intuitus personae dans le contract*, in *La*

e dalla dottrina tedesca alla fiducia³, da noi l'argomento è stato trattato diremo così di passaggio, senza quell'approfondimento e quell'interesse che invece è stato rivolto, ad esempio, allo studio dei negozi fiduciari⁴.

Le conseguenze sono abbastanza evidenti: si parla di *intuitus* anche in sensi assai diversi; la fiducia viene impiegata indifferentemente nell'uno o nell'altro dei suoi molteplici significati; gli sporadici tentativi di classificazione sono apparsi ispirati a criteri non omogenei e sistematici. Accade poi di frequente che questo o quel contratto – ritenuto da molti come di fiducia – da altri venga escluso dalla categoria per il difetto di uno degli effetti che si sogliono collegare al fenomeno dell'*intuitus*⁵; e solo pochi Autori hanno colto nella loro intrezza

tendance à la stabilité du rapport contractuel, Etudes de droit privé sous la direction de P. Durand, Paris, 1960, pag. 1 ss.

- 3 Particolarmente importanti: EICHLER, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, Tübingen, 1950; RUMPF, *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte*, in *Archiv f.d. civil Praxis*, vol. 119, 1921, pag. 1 ss.; WALLMEYER, *Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Stuttgart, 1962, pag. 83 ss.
- 4 Sui negozi fiduciari, v.: MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici I*, Milano, 1948; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, 1, 345 ss.; MANCINI, *In tema di negozi fiduciari*, in *Foro it.*, 1960, 1, 1838 ss.; DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, II, 1, 705 ss. (oltre alle trattazioni dedicate all'argomento da tutti gli studi sul negozio giuridico in generale).
- 5 Sarebbe davvero difficile e tutto sommato superfluo esporre un elenco dei contrasti e, infine, anche delle contraddizioni di buona parte della dottrina. Per dare un'idea sommaria, ci limiteremo a ricordare le vivaci divergenze di opinioni a proposito della possibilità o meno di includere il deposito tra i contratti di fiducia (sul quale problema, v. particolarmente: BO, *Il deposito*, vol. VIII del *Trattato di diritto civile it. diretto da F. Vassalli*, Torino, 1938, pag. 40 ss., che nega la natura fiduciaria di questo contratto; BALBI, *L'obbligazione di custodire*, Milano, 1940, pag. 195-197, che ritiene di fiducia soltanto il deposito propriamente detto; FIORENTINO, *Deposito*, in *Commentario C.C. Scialoja e Branca, Libro IV «Delle obbligazioni»*, Bologna, 1960, pag. 72, che sostiene il carattere eminentemente fiduciario del contratto; FUNAIOLI, *Deposito, Sequestro convenzionale, Cessione dei beni ai creditori*, Milano, 1961, pag. 43 e 65, che contesta la possibilità di parlare di negozio di fiducia in senso tecnico, benché la persona non sia considerata indifferente); le divergenze relative al contratto di *somministrazione* (per il quale vi è chi nega recisamente la natura di negozio di fiducia: GIANNATTASIO, *La somministrazione*, in *Trattato diritto civile* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1960, pag. 190; e chi, pur rilevando che l'*intuitus* oggi è più discutibile, tuttavia sostiene che la fiducia c'è sempre, in qualche misura, anche nella somministrazione: CORRADO, *La somministrazione*, Torino, 1952, pag. 67-68-246); le divergenze relative al *comodato* (il CARRESI, *Il comodato*, Torino, 1957, sostiene la natura di contratto reale, fondato sulla personale fiducia delle parti; il MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1947, vol. III, pag. 193, afferma che il comodato è contratto *intuitu personae* (arg. art. 1811 C.C.); il BALBO, *L'obbligazione di custodire*, cit., pag. 26, rileva che il movente è lo spirito d'amicizia; mentre il FRAGALI, *Del comodato*, in *Commentario C.C., Libro IV*, Bologna, 1960, pag. 163, afferma che la fiducia non c'entra e che il movente è soltanto lo spirito di compiacenza); i contrasti relativi ai *contratti di credito* (fiduciari per il MESSINEO, in *Manuale [di] diritto civile e commerciale*, Milano, 1947, vol. III, pag. 197; per FIORENTINO, *Il conto corrente*, in *Commentario C.C.*, cit., pag. 410 ss.; e per SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953; *contra*, invece: GRECO, *Corso di diritto bancario*, Padova, 1936, pag. 14-15); FERRI, *Apertura di credito*, in *Enc. diritto*, II,

gli aspetti più singolari dell'*intuitus*, vale a dire la estrema variabilità e diversità del contenuto e la non omogeneità degli effetti giuridici⁶.

Infine, non sembra che sia stato adeguatamente rilevato il fatto che non esistono soltanto dei negozi contraddistinti dall'*intuitus* per loro naturale struttura, ma anche dei negozi che tali diventano per volontà delle parti; così come lo stesso contenuto dell'*intuitus* può assumere aspetti diversi a seconda dei particolari interessi in gioco e del regolamento peculiare che ad essi viene attribuito dall'autonomia privata.

Ma non è il caso di insistere su questi elementi e di anticipare conclusioni, che più adeguatamente emergeranno da un'indagine sui vari aspetti del fenomeno. Riteniamo preferibile prendere le mosse dai due principali tentativi di classificazione dei negozi *intuitu personae* operati dalla dottrina italiana: questo esame ci mostrerà con evidenza in che cosa consista il vizio logico in cui spesso si è incorsi e ci consentirà di tentare una ricostruzione dei connotati caratteristici del fenomeno.

2. Tentativi di classificazione dei negozi *intuitu personae*

Il primo tentativo di classificazione dei negozi *intuitu personae* risale al GIORGI⁷, il quale peraltro ebbe cura di precisare che si trattava di un'elencazione puramente dimostrativa e che in definitiva spetta al giudice il compito di apprezzare se il contratto sia stato o meno stipulato *intuitu personae*. Saggia avvertenza, come ognuno vede, ma che prospettava il pericolo di un'eccessiva disgregazione della nozione, ove non si fosse cercato di determinare almeno alcuni criteri obiettivi e costanti ai quali il giudice potesse fare riferimento.

Comunque, tra i contratti stipulati *intuitu personae*, il Giorgi elencava: i contratti a titolo gratuito (fondati sulla benevolenza, sulla gratitudine, sui meriti del beneficiario), le transazioni, le società, il mandato, il deposito e tutti i contratti a titolo oneroso che hanno per oggetto un *facere* infungibile.

La prima impressione che si ha di fronte ad un'elencazione siffatta è quella della scarsa o assente omogeneità, se non altro per l'accostamento tra i contratti a titolo gratuito e i contratti contraddistinti da un *facere* infungibile; il che implica, in ogni caso, un ben diverso rilievo dei moventi. Ma poi appare assai discutibile il richiamo alla transazione, con la quale – a dire il vero – l'*intuitus* sembra

pag. 607; RUMPF, *Wirtschaftsrechtliche*, ecc., cit., pag. 56. Da ultimo, a favore della fiduciarità: MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II, Milano, 1965 (e.p.), pag. 35, nota 74.

6 Particolarmente acuti, sotto questo profilo, ci sembrano i contributi del SIMONETTO, rispettivamente in: *I contratti di credito*, Padova, 1953, pag. 245 ss.; e in: *Fallimento del socio ed esclusione*, in *Riv. soc.*, 1959, pag. 198 ss. Il Simonetto riesce, in poche pagine, a dimostrare come uno studio appena approfondito del fenomeno riesca subito a smitizzarlo, eliminando i luoghi comuni e le affermazioni apodittiche che fin qui l'hanno circondato

7 *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. IV, Firenze, 1925, pag. 81 ss.

abbia assai scarse relazioni; il richiamo al deposito, senza ulteriori specificazioni e quasi che di esso esista un solo tipo giuridico⁸; il richiamo alle società effettuato *tout court*, quasi che lo stesso *intuitus*, che è senza dubbio presente nelle società di persone o nelle cooperative, possa ricorrere anche nella società per azioni⁹. Né, così sommariamente enunciato, appare più convincente il richiamo ai contratti a titolo oneroso con *facere* infungibile, poiché una perfetta corrispondenza tra *intuitus* e infungibilità è da ritenere, come vedremo, del tutto contestabile e perché inoltre l'*intuitus* può essere operante anche in contratti in cui la prestazione – di per sé fungibile – diventa infungibile per volontà delle parti¹⁰.

Quando poi il Giorgi accenna ad un dato costante e tipico dei contratti *intuitu personae*, indicandoli come quelli in cui la considerazione della persona o delle sue qualità personali può essere il movente del consenso, senza dubbio si avvicina decisamente al centro del problema; ma il riferimento al «motive» del consenso abbisogna di precisi chiarimenti, anche perché – come più oltre vedremo – da varie parti si è sostenuto che la considerazione della persona, lungi dal restare nella sfera dei moventi, entrerebbe addirittura nella causa del contratto, costituendone il nucleo essenziale.

8 Ed infatti, come si è già accennato, il dibattito a proposito del contratto di deposito è stato ed è ancora assai vivace; e spesso si ha l'impressione che una certa confusione nasca proprio dall'uso indiscriminato dell'espressione, senza distinguere adeguatamente tra le varie forme che il contratto può assumere. Per vero, se il deposito fosse soltanto quello che viene dalla tradizione, la natura fiduciaria potrebbe essere addirittura incontestabile; ma è noto quali e quante trasformazioni esso abbia subito, anche senza che da esse fosse completamente travolta la struttura originaria. Una distinzione tra le varie sottospecie di deposito è oggi comunque indispensabile, date le notevoli differenze di struttura e di normativa che vi sono tra di esse. Sul problema, v. comunque gli AA. citati in nota 5. Per noi, esso ha scarso rilievo, per le ragioni che cercheremo di illustrare nel testo.

9 Particolarmente significative, a questo riguardo, le pagine che il SIMONETTO, *Fallimento del socio ed esclusione*, in *Riv. soc.*, 1959, pag. 198 ss., dedica all'*intuitus* nelle società di persone. Sull'*intuitus* nelle società in generale, v. anche: AZOULAI, *L'élimination de l'intuitus personae dans le contract*, *loc. cit.*, pag. 12 ss.; DALMARTELLO, *L'esclusione dei soci dalle società commerciali*, Padova, 1939, pag. 2 ss.; BOLAFFI, *La società semplice*, Milano, 1947, pag. 263; GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1955, pag. 67-71 ss.

Sulle particolarità dell'*intuitus* nelle società cooperative: VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano, 1958, pag. 154 ss.

10 Sul problema dei rapporti tra prestazioni infungibili ed *intuitus* torneremo più oltre, in modo più diffuso. Tuttavia è il caso di accennare fin d'ora, per ragioni di chiarezza espositiva, che la fungibilità o meno della prestazione non può intendersi soltanto in senso oggettivo: vi sono due significati della infungibilità, di cui il primo si riferisce ai casi in cui il risultato è posto in necessaria correlazione col comportamento del debitore, ed il secondo si riferisce ai casi in cui è la volontà delle parti che ha stabilito che quel risultato si consegua soltanto attraverso una persona determinata. Contro questa concezione, che peraltro ha autorevoli sostenitori, non giova contrapporre la nozione di cosa fungibile o infungibile; il fatto che in questa seconda ipotesi l'indagine cada sulla cosa, mentre nella prima cade sulla persona, e sul suo comportamento di attuazione dell'obbligazione, è sufficiente a chiarire le evidenti differenze strutturali tra le due nozioni.

L'altro tentativo di classificazione è assai più recente ed è del MESSINEO¹¹, il quale afferma che i caratteri essenziali dell'*intuitus* sono: la considerazione della persona, la coincidenza con l'obbligazione di fare infungibile, la collaborazione continuativa tra i contraenti, il rilievo speciale della fiducia personale.

Affermazioni che suscitano immediatamente non poche perplessità: è veramente coincidente l'*intuitus* con l'obbligazione di fare infungibile? Basta pensare al caso di un contratto stipulato con una determinata persona ed in vista di una particolare considerazione della stessa, nonostante che – di per sé – la prestazione sarebbe fungibile. Quanto meno dovrebbe dirsi allora che si intende parlare non solo della infungibilità obiettiva, strutturale della prestazione, ma anche di quella infungibilità che deriva dalla volontà delle parti. Il che peraltro amplierebbe fortemente l'ambito di questa reale o supposta categoria di negozi.

Quanto poi alla collaborazione tra le parti contraenti, essa è ormai quasi generalmente ritenuta elemento strutturale ed essenziale di qualsiasi rapporto obbligatorio, che non può realizzarsi senza una cooperazione di ciascuna delle parti, indipendentemente dalla considerazione reciproca di esse.

Il riferimento alla durata del rapporto appare poi inconferente, poiché ognuno vede come sia perfettamente ammissibile la stipulazione di un contratto *intuitu personae* avente per oggetto una prestazione che si esaurisce istantaneamente (incarico ad un famoso avvocato per la difesa di un unico processo; conferimento di un mandato per un solo affare)¹².

Quanto infine al connotato della fiducia personale, è appena il caso di rilevare che la molteplicità di significati del termine «fiducia» rende quanto meno necessaria una precisazione concreta della nozione, ai particolari effetti di cui ci occupiamo.

Ma le perplessità aumentano allorché si osserva l'elencazione, sia pure sommaria ed indicativa, dei negozi *intuitu personae*, così come è formulata dall'Autore: mandato, agenzia, contratti agrari, comodato, contratto di lavoro, contratto d'opera intellettuale, somministrazione, in certi casi appalto.

11 *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, pag. 397. A dire il vero, era assai più convincente l'impostazione del problema che l'A. aveva fatto nel suo *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1947, vol. I, pag. 339, nel quale aveva affermato che il negozio di fiducia non è una categoria che si distingua per una sua speciale struttura ed aveva chiarito (esattamente, a nostro avviso) che la caratteristica comune dei negozi di fiducia sta nel fatto che essi presuppongono in una delle parti peculiari qualità, in vista delle quali l'altra parte si induce a scegliere come controparte la prima.

12 È questo un errore in cui cade anche il SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, allorché afferma che la fiducia è tipica dei contratti di durata (pag. 249). Di vero c'è soltanto che *in genere* il contratto di durata richiede delle garanzie particolari, che possono anche essere di natura personale.

Non solo vengono compresi nell'elenco contratti dei quali è fortemente contestabile la natura personale e fiduciaria¹³, mentre si escludono ad esempio tutti i contratti di credito¹⁴, per i quali le stesse giustificazioni fornite dall'A. per gli altri contratti potrebbero apparire, *a fortiori*, rilevanti; ma vengono posti accanto, quasi che il presupposto fosse unitario, contratti come la somministrazione, il contratto di lavoro, il contratto di agenzia, da un lato e il comodato dall'altro; accostamento a dire il vero assai discutibile, anche perché è certa quanto meno la differenza essenziale dei moventi tra i vari tipi di contratti e lo stesso modo di considerare la persona del contraente.

Vi è poi da rilevare che gli effetti indicati come tipici dei contratti *intuitu personae* (essenzialità dell'errore sulla persona, pretesa all'esecuzione personale, intrasmissibilità del contratto all'erede del soggetto, incredibilità del contratto), non sono affatto omogenei e costanti neppure nell'ambito dei contratti che pure il Messineo include nella citata categoria. Basti pensare che la pretesa all'esecuzione personale non ricorre nel mandato, per il quale l'art. 1717 C.C. ammette la possibilità per il mandatario di farsi sostituire da altri, limitandosi semplicemente a disciplinare le conseguenze di tale sostituzione¹⁵; che in alcuni

13 Ad esempio, la somministrazione, il comodato, lo stesso contratto di lavoro. Di quest'ultimo, non occorre dire nulla, in questa sede, perché è il tema specifico di cui ci occuperemo *ex professo*; basterà al momento ricordare che lo stesso VALLEUR, *L'intuitu personae dans les contrats*, Paris, 1938, pag. 28 ss., 55 ss., nutrivà seri dubbi circa la possibilità di considerare il contratto di lavoro, *tout court*, come un contratto *intuitu personae*. Quanto alla somministrazione, abbiamo già accennato alla posizione negativa del GIANNATTASIO, *La somministrazione*, in *Trattato [di] dir. civile [diretto da] Cicu e Messineo*, Milano, 1960, pag. 190 ss., che peraltro è motivata con argomenti assai agevolmente confutabili, come si vedrà più oltre; il CORRADO, *La somministrazione*, Torino, 1952, a sua volta rileva che l'affermarsi e l'estendersi delle medie e grandi imprese fanno convergere l'attenzione dei clienti non sulle qualità personali del somministrante, ma sulla consistenza obiettiva dell'impresa e sulla sua potenzialità economica (pag. 67); e quando parla di fiducia, lo fa con prevalente riferimento a quella di cui all'art. 1564, anche se riconosce poi che essa implica una valutazione delle qualità personali dei contraenti (pag. 246).

14 Sui quali, ampiamente: SIMONETTO, *I contratti di credito*, *loc. cit.*, pag. 245 ss., in contrasto con l'opinione espressa, peraltro assai sommariamente, dal GRECO, *Corso di diritto bancario*, Padova, 1936, pag. 14 ss.

Per la verità, lo stesso MESSINEO, nel suo noto *Manuale* (ed. 1947, vol. III, pag. 197) pone in evidenza che l'espressione «credito» significa anche stima, fiducia, buon nome e reputazione ed aggiunge che in questo senso il possesso di siffatte qualità è il presupposto per essere ammessi a beneficiare delle operazioni di credito. Il Messineo parla anche di fiducia da parte del cliente nei confronti della banca, peraltro riferendola – a nostro avviso non del tutto esattamente – alla solvibilità.

15 A proposito del mandato, si vedano gli importanti rilievi del MINERVINI, *Il mandato. La Commissione. La spedizione*, Torino, 1952, pag. 56 ss., il quale trova che le soluzioni date dalla dottrina al problema se il mandatario debba eseguire personalmente le prestazioni dovute, sono per lo più insoddisfacenti; lo stesso A. osserva che alla designazione del mandatario presiede un fondamento squisitamente fiduciario (pag. 211). Se è così, bisogna convenire che l'asserzione del VALLEUR, *loc. cit.*, pag. 178, secondo il quale l'esecuzione personale dell'obbligazione da parte del debitore scelto è un elemento strutturale ed essenziale dell'*intuitus*, è

contratti, nei quali pure ricorre la pretesa all'esecuzione personale (deposito: art. 1770 C.C.) il contratto non si scioglie peraltro con la morte, ma può anche continuare nell'erede; che anche nel comodato, per il quale pure ricorrono diversi degli effetti più sopra indicati, non si ha scioglimento automatico del rapporto per morte del comodatario (art. 1811); che nel mandato l'efficacia estintiva della morte opera diversamente e si fonda su motivi diversi a seconda che si tratti del mandante o del mandatario¹⁶.

Naturalmente, abbiamo voluto procedere per sintesi e limitarci ai primi e più evidenti rilievi; ai quali potrebbe aggiungersi anche un altro dato saliente e cioè che vi sono anche contratti che si sciolgono *ipso iure* per morte del contraente, nonostante che la considerazione della persona possa apparire fuori questione (rendita vitalizia, assicurazione)¹⁷.

D'altronde, se è vero che la giustificazione della particolare struttura e disciplina del comodato non risiede nelle qualità particolari della persona, ma nei moventi che caratterizzano in genere i rapporti cosiddetti di cortesia, bisognerebbe allora dedurne che tutti questi rapporti (o almeno quelli che assumono giuridico rilievo), rientrano nell'ambito dei negozi *intuitu personae*¹⁸.

Se poi si parla di un collegamento quasi necessario tra *intuitus* e obbligazioni di fare infungibile, allora bisognerebbe escludere – in tutto o in parte – dall'elenco il contratto di lavoro, per il quale non sempre si ha tale infungibilità: difficilmente infatti può considerarsi come infungibile, obiettivamente, la prestazione

quanto meno discutibile. D'altronde, si può anche osservare che lo stesso legislatore italiano mostra di ritenere che l'appalto non è necessariamente un contratto *intuitu personae*, tanto che prevede una distinta disciplina per il caso di morte dell'appaltatore, a seconda che la considerazione della persona sia stata o meno il motivo determinante del contratto (art. 1674 C.C.); ciononostante, con l'art. 1656 si prevede un divieto generale di dare in subappalto l'esecuzione dell'opera, senza autorizzazione del committente. Il che fa dubitare seriamente che la pretesa compenetrazione tra *intuitus* ed esecuzione personale sia davvero sostenibile.

16 Ancora il MINERVINI, *loc. cit.*, pag. 206 ss., osserva – a proposito della disciplina delle cause estintive del mandato – che per quanto riguarda il mandante la *ratio* non sta nella fiducia che il mandatario avrebbe riposto in lui; tanto è vero che l'efficacia estintiva degli eventi elencati nella norma viene meno proprio nei casi in cui il legislatore prende in particolare considerazione l'interesse del mandatario (art. 1723, 2° comma).

17 Il fenomeno è colto esattamente dallo stesso MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit. Avvertiamo tuttavia che per alcuni AA. (Simonetto, ad es.) la rendita è un contratto di credito.

18 Per considerazioni analoghe, v. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., pag. 250-251. Peraltro, la differenza tra i contratti *intuitu personae* ed i rapporti di cortesia non sta soltanto nella diversità dei moventi. In questi ultimi, assai spesso, gli intenti subiettivi restano esclusivamente sul piano psicologico, confinati in una zona meramente affettiva, non rilevante per il diritto. A prescindere dal caso del comodato, per il quale vi è una disciplina positiva peculiare, si ritiene generalmente che le prestazioni di cortesia possono rivestire natura contrattuale solo quando rispondano ad alcuni fondamentali requisiti: siano rivolte a soddisfare un interesse meritevole di tutela, abbiano un contenuto giuridicamente valutabile, siano tali da ingenerare affidamento per la controparte (GHEZZI, *Prestazioni di cortesia*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. X, Milano, 1962, pag. 1048 ss., con ampi riferimenti bibliografici).

del semplice manovale; ancor maggiori difficoltà si prospettano poi quando si pensi ai rapporti di lavoro che si instaurano a seguito di richiesta numerica all'ufficio di collocamento.

Ma pensiamo di poterci fermare a questo punto, perché già le conseguenze dei sommari rilievi formulati appaiono con sufficiente chiarezza.

3. Diversità e variabilità dell'*intuitus*

Una categoria omogenea, in base a dati risultanti dalla normativa, dei negozi stipulati *intuitu personae*, non può essere costruita se non a prezzo di gravi difficoltà e di evidenti contraddizioni¹⁹.

Vi sono alcuni contratti nei quali la presenza dell'*intuitus* è connaturata e diremo così strutturale; ve ne sono altri, invece, nei quali la introduzione dell'*intuitus* dipende esclusivamente dalla volontà delle parti. Per di più, l'*intuitus* non ha un contenuto costante e neppure sempre degli effetti caratteristici; perfino il contenuto può essere variabile e diverso, non solo da contratto a contratto, ma addirittura – nel tempo – nell'ambito di un unico rapporto giuridico²⁰.

Si può aggiungere ancora che perfino nei negozi caratterizzati strutturalmente dall'*intuitus*, si ammette per lo più la possibilità per le parti contraenti o di escludere del tutto l'*intuitus* o quanto meno di limitarne o modificarne gli effetti. La verità è che, specialmente nell'epoca moderna, l'*intuitus* può rappresentare un vincolo troppo tenace e limitativo e venire in sostanza a contrasto con le esigenze fondamentali dei traffici e delle relazioni umane. Talché, talvolta, la stabilità dei rapporti contrattuali può essere gravemente minacciata dall'*intuitus*,

19 Sostanzialmente in questo senso il SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, pag. 251 ss., il quale muove vivaci critiche al Messineo. Peraltro, il Simonetto afferma che la categoria comprende ogni negozio in cui la considerazione della persona di un contraente abbia una rilevanza «socialmente essenziale»; questa terminologia ci sembra piuttosto equivoca e non idonea a fornire un sicuro criterio di riferimento.

Il VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contracts*, Paris, 1938, è anch'egli di avviso che una perfetta omogeneità della categoria non sussista ed indica come criterio di orientamento il riferimento all'uso; il che significa sostanzialmente qualcosa di assai vicino alla concezione del Simonetto. Anche il RUBINO, *L'appalto*, Torino, 1946, pag. 55 ss., nega l'esistenza di una vera e propria categoria di negozi *intuitu personae*, tale che dalla caratteristica di fatto della particolare considerazione della persona derivi una serie di regole, di effetti giuridici particolari alla categoria; un'affermazione, questa, che appare peraltro troppo rigorosa e disgregatrice. Sul punto, è indispensabile il riferimento alla tradizionale impostazione del RUMPF, *op. cit.*, *passim*, che, in definitiva, per primo ha distinto tra negozi strutturalmente di fiducia e negozi di fiducia per volontà delle parti.

20 Sulla variabilità e diversità di contenuto dell'*intuitus* restano fondamentali le osservazioni ampiamente svolte dal VALLEUR, *loc. cit.*, pag. 29 ss. e *passim*.

così come da esso – se inteso in senso restrittivo – può essere limitata la spedita realizzazione degli interessi delle parti²¹.

A ciò si aggiunge un fenomeno abbastanza evidente, come portato dalla civiltà industriale, dello sviluppo dei rapporti collettivi e di massa, della concentrazione delle imprese e del progresso tecnico: la tendenza cioè alla diminuzione del rilievo della considerazione delle qualità personali ed alla quasi totale eliminazione dei contatti diretti e personali fra le parti²². Può darsi che in qualche caso proprio le esigenze del progresso tecnico determinino un fenomeno contrario, ad esempio per la necessità di maggiori specializzazioni e quindi per un rilievo assoluto ed imprescindibile delle qualità della persona; ma questa è ormai l'eccezione, in un ambiente sociale in cui i rapporti tendono a collettivizzarsi e spersonalizzarsi. Logico dunque che l'ordinamento positivo circonda di determinate cautele la disciplina dei rapporti a carattere personale, spesso escludendo o limitando gli effetti tradizionali dell'*intuitus* o consentendo comunque alle parti di determinare liberamente il contenuto e gli effetti dei loro rapporti contrattuali. Se dunque è stata sempre discutibile la possibilità di individuare una categoria autonoma di contratti *intuitu personae*, oggi più che mai appare corretto riferirsi alle singole fattispecie piuttosto che al tipo astratto di negozio.

Naturalmente, questo non significa che si debba abbandonare qualsiasi intento costruttivo; ché anzi la ricerca dei connotati tipici dell'*intuitus* è pur sempre possibile e presenta anzi una notevole utilità; a condizione però che si rifugga da ogni schematismo e ci si attenga solo a quei caratteri così *essenziali* che – quando ricorrono – denotano in modo sicuro la presenza dell'*intuitus* ed a quegli effetti che *sempre* da esso scaturiscono.

Per gli altri connotati ed effetti potrà dirsi tutt'al più che essi ricorrono *spesso*, che essi si collegano frequentemente all'*intuitus*, ma non già che essi sono essenziali.

21 Questa moderna problematica dell'*intuitus* è stata esattamente colta dall'AZOULAI, *L'élimination de l'intuitus personae dans les contracts*, cit., in uno scritto in cui considerazioni di particolare acutezza si alternano talvolta con conclusioni forse eccessive. Il fenomeno indubbiamente esiste ed andrebbe studiato anche sotto il profilo sociologico, oltre che sul piano puramente giuridico. Interessante sarebbe anche un approfondito esame comparativo, perché l'Azoulai sostiene che nella legge e soprattutto nella giurisprudenza francese si nota una tendenza spiccata ad eliminare l'elemento personale nei contratti. Per quanto riguarda la legislazione italiana, può sicuramente dirsi, come vedremo più oltre nel testo, che vi è la tendenza a limitare gli effetti troppo rigorosi dell'*intuitus*, benché non si possa davvero parlare di eliminazione di esso; la giurisprudenza invece non presenta – a nostro avviso – tendenze del genere; quanto meno è da escludere che possa trattarsi di un atteggiamento omogeneo e costante.

22 Un cenno in questo senso, a proposito della somministrazione, nel citato volume del CORRADO dedicato allo studio di questo contratto (cit., pag. 67). Di altre osservazioni sul punto, a proposito del rapporto di lavoro, ci occuperemo più specificamente nel successivo capitolo. Alla tendenza generale al livellamento, dedica alcune pagine assai interessanti – sul piano generale – il SAVATIER *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, 1959, pag. 67 ss..

E sempre dovrà aversi riguardo alla volontà dei contraenti, così come si è manifestata in concreto, deducendola attraverso i consueti canoni interpretativi²³.

4. Il connotato essenziale: la considerazione della persona e delle sue qualità

A questa stregua, appare subito evidente che l'unico dato veramente caratteristico e costante dell'*intuitus* è la particolare *considerazione* che uno dei contraenti abbia fatto della persona (o di alcune qualità fondamentali) dell'altro²⁴. Questa considerazione deve essere stata tale da aver determinato la parte a contrarre, sì che possa dirsi che se essa fosse mancata, il contratto non sarebbe stato stipulato, almeno con quella particolare persona.

Ma occorre avvertire che questo non significa, a nostro avviso, che la considerazione della persona entra nella causa del contratto²⁵. Se affido un'impor-

23 Questo criterio, che è del resto quello consueto di interpretazione dei contratti, ci sembra più sicuro di quello proposto da VALLEUR, *L'intuitus*, ecc., cit., pag. 57 ss. e *passim*. Infatti il riferimento all'uso può essere utile e talvolta anche necessario; ma in sede interpretativa esso deve venire dopo l'indagine sulla volontà delle parti, avendo una funzione eminentemente integrativa.

24 Sul rilievo essenziale di questo connotato dell'*intuitus* è concorde sostanzialmente tutta la dottrina. Sul punto, v. però in modo particolare: VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contracts*, pag. 1 ss.; pag. 203 ss.; AZOULAI, *L'élimination de l'intuitus personae dans les contracts*, cit., pag. 1 ss.; SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., pag. 245-251; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1947, vol. I, pag. 339.

25 Questa tesi è sostenuta, fra gli altri, dal SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., pag. 255, il quale osserva che l'*intuitus* «fa parte della causa del negozio e dando altresì una particolare rilevanza all'elemento soggettivo, si ricollega doppiamente agli elementi del negozio». In senso analogo, anche il FERRI, *Vendita con esclusiva*, in *Foro it.*, 1933, I, 235, il quale afferma che «l'elemento fiducia, che costituisce un semplice motivo soggettivo nei contratti ad esecuzione continuata, normalmente si trasforma in motivo determinante e rientra nella causa nei contratti a prestazione periodica». Sembra dubbioso invece il CORRADO, *La somministrazione*, cit., pag. 65-66, il quale rileva che è vero soltanto che le parti possono prevedere o accentuare l'elemento fiduciario senza che il contratto esorbits dal tipo. Il CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempiimento*, Milano 1964, pag. 154 ss., preferisce considerare la persona come «substrato» della prestazione.

Decisamente contrario è il VALLEUR, *L'intuitus*, ecc., cit., pag. 221; ed è a questa opinione che riteniamo di aderire, sulla scorta della migliore dottrina civilistica, che insegna che i motivi non possono confondersi con la causa e che anche quando essi acquistano rilevanza, penetrando nella struttura del negozio diventano una modalità di esso, nei limiti consentiti dalla causa (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 126-176). È appena il caso di ricordare che lo stesso Santoro Passarelli (e con lui buona parte della dottrina) ritiene che perfino alla base del negozio fiduciario e del negozio indiretto non vi è altro che un semplice motivo. Su questi aspetti, v. comunque, in generale: DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, particolarmente pag. 25, 170, 184. Sul motivo determinante, v. infine: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, pag. 116; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, I, pag. 411 ss.

tante causa ad un famoso avvocato, la causa del negozio è quella tipica del contratto di prestazione d'opera intellettuale e non già la particolare stima o fiducia che io abbia nelle qualità di quell'avvocato. La considerazione di tali qualità è in realtà qualcosa di più che non un semplice atteggiamento psichico interiore; ma ciò non basta a farla entrare nella causa del contratto, che tutt'al più potrà da essa ricevere una speciale coloritura.

Non diremmo neppure che la considerazione della persona venga ad integrare la causa²⁶, la quale non può che essere quella tipica di quel particolare negozio; né ci sembra che l'elemento dell'*intuitus*, così qualificato, possa bastare per far uscire il contratto dal tipo, dando vita ad un rapporto di altro genere, eventualmente atipico. Ragionevolmente, può dirsi soltanto che in queste ipotesi, il movente personale influisce in modo caratteristico sulla struttura di quel particolare negozio, presentandosi come essenziale per la determinazione del consenso ed attribuendo un colorito particolare alla causa stessa.

Ma le proposizioni fin qui enunciate si riferiscono alla fase di costituzione del rapporto; occorre dunque aggiungere che, generalmente, l'*intuitus* – allorché è stato presente nella fase costitutiva – permane anche durante lo svolgimento del rapporto, influenzando le obbligazioni e le prestazioni delle parti e reagendo sulle vicende di esso.

Ed è sempre la particolare considerazione della persona che viene in luce nei vari momenti e nelle varie vicende dei rapporti caratterizzati dall'*intuitus*. Se essa è stata il motivo determinante del consenso, è chiaro che l'errore sulla persona rileverà in modo essenziale²⁷; così come il venir meno di quella particolare persona o delle sue qualità fondamentali determinerà in genere la cessazione del rapporto. Ed è anche naturale che questa considerazione della persona limiti ad essa l'efficacia del vincolo, determinando quindi il divieto di adempimento dell'obbligazione a mezzo di un terzo.

Ma è proprio nella fase di svolgimento del rapporto che emerge con maggior rilievo l'autonomia delle parti ed assume importanza peculiare l'interesse del creditore; il quale ha ovviamente facoltà di apprezzare di volta in volta se sia prevalente l'interesse ad esigere la prestazione personale da parte del debitore ovvero quello a realizzare comunque il risultato, mantenendo in vita il rapporto. Ecco perché si ammette che la sostituzione del debitore possa essere autorizzata dal creditore, anche nei casi in cui la considerazione della persona fu

26 Così si esprime ad esempio, L'AZOULAI, *loc. cit.*, pag. 4, con una frase di colore oscuro: «en réalité, intégré à la cause du contract, l'intuitus personae doit nécessairement présider avec celle-ci à toutes les manifestations juridiques découlant de l'accord des parties». Ma può anche darsi che in fondo l'apparente diversità di concetti non sussista e si tratti solo di una mera differenza terminologica.

27 Sui rapporti tra errore sulla persona e *intuitus*, v. particolarmente: AZOULAI, *loc. cit.*, pag. 4 ss.; SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., pag. 253 ss.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., vol. IV, pag. 81 ss.; VALLEUR, *L'intuitus*, ecc., cit., pag. 213 ss.; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 1948, pag. 398; RUMPE, *op. cit.*, pag. 77.

determinante del consenso; il rigore del principio generale viene infatti attenuato, soprattutto nei rapporti di durata, da una congrua valutazione dell'interesse del creditore a conseguire il risultato preventivato²⁸.

Può dirsi dunque che un altro dei connotati ritenuti tipici dell'*intuitus*, e cioè la particolare inerenza del legame alla persona, è in realtà niente di più che un elemento *normale*²⁹, che può non ricorrere o anche essere escluso dalla volontà delle parti. Un elemento che, per essere rimesso spesso alla volontà del creditore e per essere subordinato alla valutazione che questi potrà fare dei propri interessi, non può dunque rappresentare un connotato tipico, costante ed imprescindibile dell'*intuitus*, ma soltanto uno degli effetti che ad esso normalmente si possono collegare.

5. Altri connotati ed effetti «normali» dell'*intuitus*

Analoghe considerazioni possono farsi per tutti gli altri elementi contenutistici dell'*intuitus* e per gli altri effetti che abitualmente ad esso si è soliti collegare.

È vero che l'unico dato normativo sicuro ricavabile dal nostro Codice civile parrebbe indurre a conclusioni diverse, almeno per ciò che attiene agli effetti che si collegano alla morte del debitore, nei contratti stipulati *intuitu personae*: infatti, l'art. 1674 C.C., nell'escludere che il contratto di appalto si sciolga *ipso*

28 In questo senso ci sembra abbinabile di qualche chiarimento l'affermazione del VALLEUR, *loc. cit.*, pag. 178, secondo la quale c'è una clausola che basta da sola ad introdurre tutto l'*intuitus personae* ed è quella che prevede l'esecuzione personale da parte della persona del debitore stesso. In realtà, lo stesso A. dedica largo spazio ad illustrare come la volontà delle parti possa anche modificare effetti caratteristici dell'*intuitus*; altrimenti, bisognerebbe chiedersi come può un contratto restare contraddistinto dall'*intuitus*, allorché il creditore consenta che il debitore sostituisca altri a sé nell'esecuzione della prestazione. Poiché questo è un fenomeno non solo frequente nella pratica, ma previsto dallo stesso legislatore anche per contratti che normalmente si ritengono contraddistinti dall'*intuitus*, bisogna concludere che quello che conta è sempre la valutazione degli interessi delle parti e che essa prevale anche sulla tipizzazione di certi effetti caratteristici dell'*intuitus*. Per esatte considerazioni sull'interesse delle parti ed in particolare su quello del creditore, v. da ultimo: CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964.

29 Tale lo considera ad esempio il VALLEUR, *loc. cit.*, pag. 203, secondo il quale l'*intuitus personae* comporta un elemento che ricorre *sempre* e cioè l'influenza decisiva della considerazione della persona, ed un altro elemento che esiste *normalmente* e cioè l'aderenza del legame creato alla persona. Lo stesso A. precisa poi (pag. 272) che in definitiva il fondamento della regola «normale» di limitazione degli effetti giuridici del contratto ad una persona determinata non è altro che un'applicazione del principio dell'autonomia della volontà. Il che chiarisce ulteriormente le ragioni per le quali in definitiva gli stessi contraenti possono talvolta eliminare perfino questi effetti. Sul rapporto di inerenza alla persona, v. anche: FERRARA-SANTAMARIA, *Il rapporto di inerenza dei diritti alla persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, pag. 338 ss., il quale peraltro mostra di considerare come strettamente ed indissolubilmente collegati i concetti di *intuitus* e di inerenza alla persona.

jure per la morte dello appaltatore, fa salvo il caso in cui «la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto»³⁰.

Ma la disposizione, importante soprattutto per il riferimento alla considerazione della persona come motivo determinante, non può essere estesa oltre i suoi limiti naturali, se non nel senso di un valore puramente indicativo. Se infatti il legislatore avesse voluto statuire che in ogni caso in cui ricorre l'*intuitus*, la morte del contraente, la cui persona sia stata considerata in modo particolare, produce lo scioglimento del contratto, avrebbe collocato la norma in una sede più generale; e soprattutto non ne avrebbe poi smentita la portata generale con deroghe più o meno evidenti, per altri contratti in cui spesso ricorre l'*intuitus*.

A noi sembra che il legislatore sia stato indotto a considerare in modo particolare il contratto d'appalto, nel quale del resto l'*intuitus* non sempre è presente, tutt'al più consentendo di ravvisare nella peculiare normativa l'indicazione di un effetto «normale» dei contratti stipulati *intuitu personae*, ma non imprescindibile.

Si è già visto infatti come – a proposito del comodato – l'articolo 1811 C.C. non abbia previsto altro che una mera facoltà a favore del comodante, di esigere la restituzione della cosa da parte degli eredi, in caso di morte del comodatario. Orbene, non solo qui non si è fatta distinzione di sorta tra i casi in cui la considerazione della persona è stata motivo determinante del contratto e quelli in cui essa è rimasta assente, ma non si è neppure collegato alla morte l'effetto dell'estinzione automatica del rapporto. Se il comodato è contraddistinto – come molti ritengono – dall'*intuitus*, perché non si è previsto anche in questo caso lo scioglimento *ipso jure* e ci si è rimessi in definitiva alla discrezionalità del comodante³¹?

Del resto, anche per il deposito – la cui disciplina sembra spesso fondarsi sull'elemento dell'*intuitus* – non è previsto lo scioglimento del contratto per

30 Su questa norma, ma senza approfondimento del problema nei confronti dell'*intuitus*, v.: RUBINO, *L'appalto*, Torino, 1946, pag. 56. Sul contratto d'appalto, v. anche: LORIZIO, *Il contratto d'appalto*, Padova, 1939, per il quale si tratta sempre di un contratto fiduciario (v. particolarmente, pag. 127 ss.).

31 È proprio su questi argomenti che si fonda la tesi del FRAGALI, *Comodato*, in *Commentario C.C. Scialoja e Branca, libro IV delle obbligazioni*, Bologna, 1960, per contestare che il comodato abbia nella sua essenza i caratteri del contratto di fiducia. Come si è visto, può anche discutersi se veramente il comodato sia un contratto *intuitu personae*; ma le ragioni dell'esclusione sarebbero – se mai – ben diverse. A proposito della particolare disciplina degli art. 1804 e 1811 sembra più ragionevole dedurne soltanto che alcuni effetti dell'*intuitus* ritenuti come tipici, sono in realtà soltanto normali e sono comunque tutt'altro che imprescindibili. Se così si ragionasse, si eviterebbero ad esempio le perplessità in cui sembra cadere lo stesso FRAGALI, *Del mutuo, loc. cit.*, pag. 244 ss., allorché, dopo aver affermato che vi sono elementi idonei (arg. ex art. 1822-1186 C.C.) per ritenere che il mutuo sia contratto di fiducia, osserva che peraltro vi è un indice contrario all'*intuitus* e cioè il fatto che la morte del mutuatario non dà diritto al mutuante di chiedere la restituzione del *tantundem*.

A proposito dell'art. 1811 c.c., si veda l'acuta dimostrazione del MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., I, cap. II, nel senso che si tratta di un recesso.

morte del depositario. Né si vede come potrebbe spiegarsi, alla stregua di un principio generale come quello accennato, la particolare disciplina relativa all'estinzione del mandato, che non è davvero omogenea a questi effetti (v. particolarmente art. 1723, 2° comma)³².

Siamo dunque in grado di pervenire a qualche conclusione almeno sul punto relativo alla struttura, al contenuto, agli effetti dell'*intuitus*.

Possono considerarsi in concreto contraddistinti dall'*intuitus* quei negozi in cui *la considerazione della persona di uno dei contraenti è stata determinante del consenso dell'altra*. Il contenuto e gli effetti dell'*intuitus* sono diversi [e] variabili e dipendono spesso dalla volontà delle parti. Può dirsi soltanto che *normalmente l'intuitus si sostanzia in una particolare inerenza del legame alla persona ed in una limitazione degli effetti del vincolo alla persona prescelta*. L'*intuitus* dà un colorito particolare alla stessa causa del negozio, pur restandone fuori e permanendo nella sfera dei motivi (determinanti).

Onde può dirsi che la sua principale e caratteristica conseguenza consiste nella qualificazione eminentemente *personale* che essa attribuisce al contratto, senza peraltro che ciò conduca ad una svalutazione del momento relativo all'interesse del creditore, il quale resta spesso arbitro di valutare la propria convenienza e di escludere quindi, nei casi concreti, anche alcuni effetti che normalmente derivano dall'*intuitus*³³.

In definitiva, di fronte alla estrema variabilità del fenomeno ed alla necessità di contemperare le esigenze e gli interessi delle parti, l'ordinamento preferisce non intervenire con una disciplina rigida e uniforme, limitandosi invece ad attenuare il rigore degli effetti là dove l'*intuitus*, anziché come elemento di rafforzamento del vincolo contrattuale, potrebbe operare come causa di indebolimento della stabilità del rapporto e come motivo di perturbamento dei rapporti giuridici.

Un atteggiamento che riteniamo assai sensato, specialmente nello stadio attuale di evoluzione della società, nel quale l'autonomia delle parti – così spesso compressa e sacrificata – ha bisogno di espandersi liberamente, in un corretto equilibrio e contemperamento di interessi.

6. Il contenuto fondamentale dell'*intuitus*

Si è parlato fin qui di considerazione della persona. È abbastanza intuitivo il significato di una simile espressione: il contraente ha voluto instaurare un rapporto con *quel* particolare soggetto, la cui identità è dunque di eminente rilievo. Ma evidentemente il riferimento all'identità del soggetto non esaurisce

32 Richiamiamo ancora una volta le osservazioni in proposito del MINERVINI, *Il mandato, ecc.*, cit., pag. 56 ss. Eppure, per il mandato la dottrina predominante ritiene sussistente l'*intuitus*.

33 Acutamente il SIMONETTO coglie questi aspetti del fenomeno rilevando che l'*intuitus*, in definitiva, è una sintesi di elementi patrimoniali e personali, ugualmente rilevanti e posti in necessaria correlazione fra loro (*Fallimento del socio ed esclusione*, in *Riv. soc.*, 1959, pag. 198 ss.).

la fattispecie, che è sicuramente più ampia, riferendosi anche a tutti quegli elementi della personalità del contraente che sono stati il motivo determinante del consenso dell'altro. Emerge dunque il riferimento alle *qualità personali* del soggetto; e deve intendersi che l'espressione «qualità» va qui intesa nella sua più ampia accezione. Non si fa riferimento, insomma, alle qualità del soggetto nel senso più ristretto e tecnico con cui si definiscono in diritto alcuni attributi dotati di rilevanza peculiare e strettamente collegati alla persona³⁴, ma bensì a tutti quegli elementi della personalità che, pur trascurabili di per sé per il diritto in genere e irrilevanti per la generalità degli altri soggetti, possono invece assumere un'importanza particolare e fondamentale in un caso specifico e per un soggetto determinato³⁵. Può trattarsi di qualità attive ed esteriori della persona (capacità, talento, abilità, moralità) oppure di qualità che potrebbero dirsi passive (ad es. la rinomanza che circonda un dato soggetto). Ciò che rileva è che si tratti comunque di qualità inerenti alla persona, di attributi della personalità (ancorché intesa nel senso lato più sopra accennato).

Sotto questo profilo avremmo non poche esitazioni ad includere nel novero di siffatte qualità la solvibilità di un soggetto, che è elemento connesso più al patrimonio che alla persona e che è certamente trasmissibile agli eredi³⁶. I casi in

34 Per il BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, I, pag. 143, la qualità giuridica è quella che viene al soggetto non dalla posizione che occupa nella società, ma dall'attività che vi esercita; come tale essa costituisce il presupposto di rapporti specifici, attivi e passivi, ed è dotata di una sua difesa indipendentemente dalle specificazioni dei rapporti singoli che ne possono derivare. Ma questa definizione, peraltro da molti contestata, si presta a non poche critiche. Fra l'altro, l'accostamento tra le posizioni soggettive dell'impiegato e dell'operaio da un lato e quelle del commerciante e dell'imprenditore dall'altro, sembra del tutto ingiustificato, perché fuori del rapporto concreto in cui svolge la sua attività, il lavoratore non può considerarsi dotato di una peculiare e specifica qualità giuridica preesistente al rapporto stesso. In generale, le qualità giuridiche della persona si fanno coincidere con i modi di essere del soggetto, a prescindere da qualunque particolare rapporto o vicenda.

Sul punto – sul quale comunque torneremo più diffusamente nel capitolo dedicato alla subordinazione – possono utilmente consultarsi: GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, I, 1950, pag. 265; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, pag. 256; MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, I, pag. 65; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958, pag. 22 ss.; GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pag. 204 ss.

35 In questo senso, ampiamente: VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, cit., pag. 100 ss., 224 ss. Ci sembra eccessivamente restrittiva la nozione che ne dà il CARIOTA-FERRARA, *Negozi fiduciari*, Padova, 1933, pag. 2 ss., che le limita sostanzialmente alle qualità intrinseche morali (onestà, lealtà), laddove le qualità che possono venire in considerazione e sulle quali può fondarsi la fiducia di un contraente sono certamente molteplici e di vario genere. Più esattamente, invece, il SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., pag. 250, fa riferimento ad ogni possibile tipo di qualità, in senso lato, compresa la puntualità nei pagamenti, la capacità negli affari, l'abilità tecnica, e così via.

36 A dire il vero, non pochi Autori fanno riferimento anche alla solvibilità (ad es. SIMONETTO, *Contratti di credito*, cit., pag. 250; MESSINEO, *Manuale di diritto civile*, cit., III, pag. 197). Sembra invece escluderla dal novero delle qualità personali, ma al termine di un ragionamento

cui la solvibilità acquista almeno apparentemente un rilievo fondamentale sono peraltro discutibili sotto altri profili: chi affida ad esempio i propri risparmi ad una banca determinata, mostra di considerare in modo particolare la solvibilità di quella particolare banca. Ma, a ben guardare, l'*intuitus* qui entra assai relativamente, non solo perché il rapporto con una banca, oggi, è assai spersonalizzato, ma anche perché in fondo si ha riguardo anche ad altri elementi oltre a quello – pur eminente – della solvibilità.

Soprattutto nella dottrina francese si è discusso circa la possibilità di distinguere fra l'*intuitus* tradizionale – che si fonderebbe sulla esigenza di una qualità definita e positiva – ed una nuova specie di *intuitus*, di tipo negativo, che avrebbe il solo effetto di delimitare la cerchia dei possibili soggetti di un determinato contratto³⁷. Ma la discussione ci sembra davvero oziosa, sia perché le conseguenze giuridiche non mutano affatto, sia perché in definitiva – delimitata la cerchia dei possibili contraenti – è pur sempre la considerazione delle qualità di un soggetto che determina la scelta di esso, sia pure nell'ambito più ristretto derivante dalla precedente operazione negativa di delimitazione.

In conclusione, se è particolarmente arduo stabilire dei criteri costanti di individuazione delle qualità da considerare agli effetti dell'*intuitus* e se deve ritenersi che in definitiva si tratta di un accertamento da effettuare caso per caso, può tuttavia stabilirsi almeno un punto essenziale e cioè che deve trattarsi di qualità *collegata alla persona* e che la considerazione di essa deve costituire il *motivo determinante* del consenso. Una accezione così lata è indispensabile, anche in relazione a quella varietà e diversità di contenuto dell'*intuitus* di cui è già fatto cenno; è evidente che una qualità che non interessa un contraente e che non ha rilievo in un tipo di rapporto, può assumere invece essenziale importanza per un altro soggetto e nell'ambito di un diverso rapporto³⁸.

Un datore di lavoro può disinteressarsi completamente della religione professata dal suo dipendente e – sia pure nei limiti che vedremo – può spesso

scarsamente convincente, il CARIOTA-FERRARA, *Negozi fiduciari*, cit., pag. 5. Per il VALLEUR, invece (*L'intuitus personae dans les contracts*, cit., pag. 105 ss., 233 ss.) se è vero che in certi contratti la solvibilità di uno dei contraenti è determinante del consenso dell'altro, è tuttavia da escludere che essa possa considerarsi come qualità della persona in senso generale. Ma anche questo A. rivela non poche perplessità, oscillando tra le due posizioni contrapposte e finendo per non attenersi ad un criterio generale di sicuro orientamento.

37 Da ultimo (anche per riferimenti), v.: AZOULAI, *L'élimination de l'intuitus personae dans le contract*, cit., pag. 1 ss., il quale in definitiva si esprime nel senso da noi sostenuto. Sulla c.d. «fiduciarietà relativa» si soffermano anche: MANCINI, *Il recesso unilaterale*, II, cit., pag. 32; AULETTA, *Azienda. Opere dell'ingegno e invenzioni industriali*, in *Commentario C.C. Scialoja e Branca*, Bologna, 1961, pag. 56. Un fenomeno analogo è posto in evidenza, per le soc. cooperative, dal VERRUCOLI, *La società cooperativa*, cit., pag. 154, il quale rileva che in queste società l'*intuitus* è diverso rispetto alle società di persone, perché la soc. cooperativa non può rifiutare la costituzione del vincolo con coloro che possiedono determinati requisiti; per cui, solo la mancanza di tali qualità, nella misura normale, giustificherà il rifiuto della costituzione del vincolo.

38 Particolarmente efficace, su questi aspetti, il VALLEUR, *op. cit.*, pag. 103 ss.

ritenere irrilevante la condotta privata del medesimo. Al contrario, un sacerdote che assuma alle sue dipendenze un sagrestano o una domestica, ha un interesse essenziale alle idee da loro professate ed anche al tenore di vita che essi conducono. E si potrebbe formulare, su un piano del tutto analogo, l'ipotesi di un partito politico che assuma un funzionario. Allo stesso modo, la moralità può essere irrilevante in molti contratti e diventare invece qualità essenziale e determinante del consenso in certi rapporti che implicino una fiducia personale tra le parti.

Insomma, il criterio di giudizio – a questo particolare fine – non può che essere del tutto relativo. Donde la conclusione che agli effetti dell'errore sulla persona, l'indagine dovrà cadere non già sull'astratto rilievo delle qualità ma sulla valutazione in concreto della loro essenzialità ai fini del consenso dell'altro contraente. Ancora una volta, insomma, più che agli schemi prestabiliti, occorre aver riguardo alla volontà delle parti, individuata soprattutto nel suo momento formativo e nella sua concreta estrinsecazione.

7. *Intuitus* e fiducia: aspetti generali

Il concetto di considerazione della persona e delle sue qualità implica una situazione non solo psichica ed interiore³⁹, ma anche manifestata esteriormente, di un soggetto verso un altro; situazione che istituisce un particolare rapporto, spesso anche durevole e continuativo⁴⁰, tra due soggetti. È naturale che non interessa tanto l'aspetto interiore ed impalpabile, che resta nella sfera dei sentimenti, quanto il lato esteriorizzato e concreto, in certo modo attivo, della posizione del soggetto principale. Questo concetto si vuol esprimere generalmente con l'affermazione che l'*intuitus* riposa su una idea di *fiducia*⁴¹.

Ma questa affermazione ha bisogno di alcuni chiarimenti.

39 In tal caso sarebbe infatti irrilevante per il diritto. Sui rapporti tra la vita delle sensazioni e delle rappresentazioni puramente interiori e la sfera giuridica rilevante, si vedano le pagine dell'EICHLER, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, Tübingen, 1950, pag. 4 ss.

40 Troppo rigoroso, in questo senso, appare il CARIOTA-FERRARA, *Negozi fiduciari*, Padova, 1933, pag. 4, allorché parla *tout court* di una situazione «calma e duratura, che rende possibile un rapporto personale tra le parti di una certa consistenza e stabilità». Infatti, si è già visto come un rapporto di fiducia non debba necessariamente essere di durata e possa instaurarsi fra le parti anche in relazione a prestazioni di istantaneo esaurimento. Quindi, la durevolezza e la continuità della fiducia devono intendersi in senso relativo. La posizione dell'Autore citato si collega a quella che già aveva assunto, in senso del tutto analogo, il RUMPF, *op. cit.*, pag. 21-23.

41 Sulla fiducia in generale: LONGO, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milano, 1933; BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933; MESSINA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, pag. 226 ss.; EICHLER, *Die Rechtslehre von Vertrauen*, Tübingen, 1950; RUMPF, *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte*, in *Archiv f.d. civil Praxis*, vol. 119, 1921, pag. 1 ss.; GUZZI, *Fiducia e fiduciario*, in *Enciclopedia forense*, Milano, 1958, vol. III, pag. 753 ss.; VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contracts*, cit., pag. 41 ss.; WALLMEYER, *Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus*

Anzitutto, l'espressione «fiducia» è molto lata e necessita di una più concreta determinazione. All'origine, essa consiste principalmente in un atteggiamento psichico, personale e soggettivo, che comporta un apprezzamento di natura morale. Ma è chiaro che il diritto non può utilizzare *tout court* una nozione destinata ad operare nel mondo dei sentimenti e della morale; così la nozione di fiducia assume una particolare tipizzazione, limitandosi quindi i suoi significati ad alcune estrinsecazioni rilevanti per il mondo del diritto⁴².

Ma neppure questa delimitazione è sufficiente, poiché bisogna ancora chiarire che la fiducia di cui si parla nell'art. 1564 C.C., in quanto riferita all'esattezza dei successivi adempimenti, ha contenuto e natura essenzialmente patrimoniali⁴³ e si distingue perciò da quel particolare affidamento in determinate qualità di un altro soggetto che non si impernia soltanto sulla garanzia di future ed esatte prestazioni, ma investe l'intero rapporto, sotto qualunque profilo esso si debba considerare. È chiaro che la fiducia del 1564, intesa come aspettativa della regolarità e puntualità delle prestazioni, si può reperire sostanzialmente in tutti i contratti a prestazioni corrispettive e continuative e prescinde dalla considerazione della persona e dello *intuitus* in genere; tanto è vero che essa viene in considerazione, più ancora che nel momento di formazione del contratto, nel momento in cui esso viene a trovarsi in pericolo, quando cioè fatti concreti siano venuti a turbare e scuotere l'equilibrio e la collaborazione fra le parti.

La fiducia caratteristica dell'*intuitus* accompagna invece il contratto in tutte le sue fasi ed è fondamentale soprattutto al momento della determinazione del consenso, pur mantenendo poi un costante rilievo per tutta la vita del rapporto; essa costituisce il fulcro della considerazione della persona dell'altro contraente da parte del soggetto principale e concorre ad attribuire quel particolare colorito personalistico che permea in genere tutti i rapporti dominati dall'*intuitus*.

wichtigen Grund, Stuttgart, 1962, pag. 83 ss.; BALBI, *L'obbligazione di custodire*, Milano, 1940, pag. 83 ss.; SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, pag. 247 ss.

Bisogna precisare però che la maggior parte della dottrina fa riferimento alla fiducia soprattutto nel particolare senso con cui essa opera ed è intesa nel negozio fiduciario ed in relazione alla tradizione romanistica. Assai meno approfondito invece il concetto di fiducia valevole per i negozi cosiddetti «di fiducia» e per i negozi *intuitu personae*. Talvolta è dato anche riscontrare una certa confusione tra le due nozioni, che vengono poste praticamente sullo stesso piano, con conseguenze facilmente intuibili.

42 Sul fenomeno si sofferma in modo particolarmente ampio l'EICHLER, *Die Rechtslehre von Vertrauen*, cit., pag. 1 ss., il quale distingue esattamente tra l'aspetto etico e interiore della fiducia e la schematizzazione della fattispecie operata dal diritto. L'Eichler coglie acutamente anche il rapporto di interdipendenza che si crea tra il diritto e la morale a proposito della fiducia.

43 Sul punto, v. particolarmente: CORRADO, *La somministrazione*, Torino, 1952, pag. 67 ss.; ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, pag. 47, nota 9; GIANNATTASIO, *La somministrazione*, in *Trattato di diritto civile diretto da Cicu e Messineo*, Milano, 1960, pag. 190 ss.

Questo non significa peraltro che *intuitus* e fiducia debbano necessariamente coincidere; l'*intuitus* può avere anche una giustificazione diversa dalla fiducia⁴⁴; tuttavia può ben dirsi che là dove vi è una particolare considerazione della persona e delle sue qualità, si riscontra generalmente anche quella particolare posizione del soggetto che si esprime col termine di *fiducia*.

8. Varie nozioni e significati diversi della fiducia

Ma anche così intesa, la fiducia non ha una struttura unitaria, potendo riposare a sua volta su due idee sostanzialmente diverse: l'*idea di affezione* (o di amicizia) e l'*idea di affidamento* (o di fiducia in senso stretto)⁴⁵. Nel novero della prima possono farsi rientrare, in genere, i rapporti del diritto familiare, gli atti compiuti a titolo gratuito, i rapporti di cortesia. Ma una perfetta corrispondenza tra la fiducia e questi rapporti non può correttamente sostenersi: l'animo liberale può dirigersi anche verso una categoria indiscriminata di persone, rispondendo ad una spinta interiore che nessun rapporto ha con la fiducia e tanto meno con la considerazione di persone determinate; i rapporti di cortesia (ci riferiamo naturalmente a quelli che possono assumere un qualche rilievo per il diritto) possono instaurarsi anche fra persone che non si conoscono, tra le quali dunque parlare di fiducia rappresenterebbe un vero controsenso. Quando però ricorre palesemente l'*intuitus* in questi negozi, non vi sono particolari problemi relativi al suo contenuto ed alla fiducia su cui esso si fonda o da cui esso scaturisce.

È chiaro che invece ben altro rilievo assume la fiducia in senso stretto, per la molteplicità di problemi che ne derivano e per la maggiore esigenza di precisazione del concetto.

Bisogna cominciare col dire che non è affatto vero che questa fiducia sia tipica dei rapporti di durata⁴⁶, poiché essa può costituire il fondamento (quello stesso di cui ci siamo occupati, più genericamente, a proposito dell'*intuitus*) anche di un rapporto che si esaurisce istantaneamente. La fiducia che ripongo in un celebre chirurgo, nell'incaricarlo di un delicato intervento, non è diversa

44 L'acuto rilievo è del SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., pag. 245, nota 1.

45 Su questa distinzione si sofferma in modo particolare la dottrina francese, per la quale v. particolarmente: VALLEUR, *L'intuitus personae dans le contract*, cit., pag. 33, e AZOULAI, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, cit., *passim*.

Sui vari significati della fiducia, si sofferma ampiamente il RUMPF, *op. cit.*, pag. 26 ss., il quale descrive accuratamente anche il *Vertrauensmann*, come quello su cui si può fare affidamento per le doti di schiettezza, per il senso dell'onore, per la fideatezza, per la lealtà, per la dedizione (pag. 16).

46 Come sostiene, ad esempio, il SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., pag. 249. Secondo il FERRI, *Vendita con esclusiva*, in *Foro it.*, 1933, 1, 235, l'elemento fiducia costituisce un semplice motivo soggettivo nei contratti ad esecuzione isolata, mentre si trasforma in motivo determinante e rientra nella causa dei contratti ad esecuzione periodica. Non occorre soffermarsi sulla inesattezza di questa formulazione.

– strutturalmente – da quella che il Consiglio direttivo di una società sportiva ripone in un medico a cui affida le funzioni – durature e continuative – di dirigente sanitario.

Potrà dunque dirsi soltanto che più frequentemente si avrà necessità di un presupposto fiduciario nei rapporti destinati a protrarsi nel tempo; con l'avvertimento, tuttavia, che bisognerà pur sempre distinguere tra questo tipo di affidamento, a carattere personale, e quella fiducia di cui ci siamo già occupati ed il cui contenuto è espresso dall'art. 1564 C.C.

Dobbiamo poi precisare ulteriormente che, seppure la fiducia di cui ci stiamo occupando non si esaurisce nel limbo dei sentimenti interiori e delle posizioni morali, tuttavia essa non entra nella causa del negozio⁴⁷; tanto che le parti possono variarne il contenuto e la sostanza, possono introdurla ed escluderla senza che il negozio stesso esca dal tipo. Essa ha rilievo come parte integrante dei moventi; nei contratti *intuitu personae* essa fa parte di quella spinta determinante del consenso, di cui abbiamo già evidenziato l'essenzialità.

Bisogna altresì chiarire che la fiducia – per quanto si manifesti sempre di più la tendenza all'obiettivazione – non è mai elemento oggettivo, qualificante della prestazione⁴⁸; ma resta sempre tra gli elementi soggettivi del negozio. E non è questo l'ultimo motivo per cui riteniamo si debba respingere la tesi di una perfetta corrispondenza tra fiducia e infungibilità. Una prestazione può essere di per sé fungibile e tuttavia divenire infungibile a seguito di una manifestazione di volontà, che implichi la fiducia e renda quindi necessaria l'esecuzione personale della prestazione.

Insomma, è sempre al momento soggettivo che bisogna far riferimento, anche nei casi in cui l'apparenza possa indurre ad escluderlo. La pretesa incompatibilità della fiducia con i casi di stipulazione necessaria di un contratto⁴⁹ si fonda soltanto su di una errata valutazione del momento di manifestazione

47 Valgono, a questo proposito, gli stessi rilievi che si sono già formulati a proposito dell'*intuitus* (per richiami, v. la nota 25). Con specifico riguardo alla fiducia, il GUZZI, *Fiducia e fiduciario*, in *Enciclopedia forense*, cit., pag. 754, afferma che la distinzione tra negozio fiduciario e negozio di fiducia riposa proprio su questo elemento, in quanto nei primi la fiducia assume il carattere di elemento qualificante del negozio e rientra nella causa dello stesso, mentre nei secondi essa costituisce il presupposto psichico, il motivo che induce taluno a concludere il negozio e che durante l'esecuzione ne giustifica la permanenza. Discutibile peraltro (come meglio si vedrà in seguito) l'affermazione ulteriore del Guzzi secondo la quale il venir meno della fiducia costituirebbe la ratio del riconoscimento del diritto unilaterale di recesso.

48 Chiarisce esattamente il BALBI, *L'obbligazione di custodire*, Milano, 1940, pag. 83, a questo proposito, che non è esatto parlare di prestazioni di natura fiduciaria, ma si deve parlare piuttosto di *negozi* di fiducia.

Lo stesso A. si sofferma ampiamente sul problema dei rapporti tra fiducia e infungibilità, di cui ci occupiamo nel testo.

49 Sostenuta, tra gli altri, dal GRECO, *Corso di diritto bancario*, Padova, 1936, pag. 15, con riferimento alle operazioni di credito, ma con palese carattere di affermazione generale, e dal BO, *Il deposito*, in *Trattato dir. civile it. diretto da F. Vassalli*, Torino, 1938, pag. 41.

della volontà: la necessità di un deposito non esclude di per sé la scelta di una persona determinata e l'affidamento su qualità particolari di essa, così come l'essere costretti a concedere un mutuo può anche conciliarsi con una peculiare considerazione della persona, che implichi anche una posizione soggettiva di fiducia. In realtà, il processo di formazione, determinazione e manifestazione della volontà è assai complesso e non è detto che la volontà stessa – compresa ed esclusa in una delle fasi del processo – non possa riemergere in pieno in una fase diversa e naturalmente antecedente a quella della manifestazione conclusiva⁵⁰.

Sempre al fine di chiarire questi aspetti essenzialmente soggettivi della fiducia, sembra poi da respingere l'asserzione di una pretesa incompatibilità tra la fiducia e i contratti di scambio⁵¹. Se è vero che questi contratti sono dominati dall'intento egoistico delle parti, delle quali ognuna persegue un proprio interesse, non può tuttavia sottacersi che in definitiva la fiducia corrisponde anche ad una valutazione del proprio interesse. Chi sceglie una persona determinata, per le sue peculiari qualità, non cerca forse di raggiungere in tal modo il miglior risultato? L'affidamento nelle qualità dell'altro contraente non è neppure da considerarsi come lo strumento di realizzazione del proprio interesse, poiché questo lo estranerebbe sostanzialmente rispetto alla sfera soggettiva, della quale invece fa parte integrante. In un tutto indissolubile, apprezzamento del proprio interesse ed affidamento sulle qualità altrui al fine di realizzarlo, coincidono perfettamente e si risolvono nel motivo determinante del consenso e nel motivo fondamentale che induce altresì alla prosecuzione ed al mantenimento di quel particolare rapporto.

Bisogna pur dire che un certo affidamento c'è sempre, in tutti i rapporti obbligatori; la necessaria cooperazione tra i contraenti si fonda anche su una certa fiducia reciproca, da individuarsi quanto meno sul piano della aspettativa legittima di un puntuale ed esatto adempimento, ispirato a principi di fedeltà contrattuale e di buona fede⁵².

In senso contrario, v. BALBI, *L'obbligazione di custodire*, cit., pag. 198, il quale, a proposito del c.d. deposito necessario, sostiene che la costrizione del deponente a contrarre non esclude che il depositario sia persona di fiducia del depositante.

50 In tal senso, v. ad esempio, a proposito del rapporto di lavoro, l'assunto del MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, pag. 50-51, secondo il quale, se nei casi di richiesta numerica l'elemento personalistico non presiede più alla conclusione del contratto, esso recupera la sua portata all'atto dell'inserzione nell'impresa.

51 Questa tesi è svolta, sia pure succintamente, dal CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, pag. 5, e sostanzialmente ripresa dal GIANNATTASIO, *Permuta, Contratto estimatorio, Somministrazione*, cit., pag. 190 ss. Questi AA. si rifanno evidentemente all'antica concezione del RUMPF, *op. cit.*, pag. 15 ss., che contrapponeva i negozi a vantaggio di se stessi, a quelli a vantaggio di altri (negozi di fiducia).

52 Un cenno in questo senso, in: CORRADO, *La somministrazione*, cit., pag. 64-65. Più ampiamente, invece: EICHLER, *Die Rechtslehre von Vertrauen*, cit., pag. 8 ss., il quale contrappone alla fiducia generica, intesa come buona fede e affidamento, che permea tutti i rapporti obbligatori, quel

Ma la fiducia rilevante ai fini dell'*intuitus* è qualcosa di più intenso e di più profondo. Il generico affidamento di tutti i rapporti obbligatori si specifica nel rilievo e nella considerazione di quelle qualità personali del contraente che rafforzano l'aspettativa e trasferiscono la garanzia dell'adempimento su un piano eminentemente personale.

9. Rapporti tra la fiducia e l'*intuitus**

Questo tipo di fiducia si risolve dunque in una forte accentuazione del momento personalistico del rapporto. Ed è in questo senso che particolarmente la dottrina tedesca parla di *rapporti di fiducia particolare*⁵³, per distinguerli dai normali rapporti obbligatori, nei quali il principio di buona fede, la teoria dell'affidamento e la teoria dell'apparenza del diritto, presuppongono pur sempre una certa fiducia, intesa nel senso più lato.

Si è esattamente evidenziato, a questo riguardo, che al rapporto di fiducia particolare corrisponde da un lato l'aumento del rischio, dall'altro l'aumento dell'autonomia. Conseguenze logiche ed imprescindibili, che valgono peraltro anche a determinare l'esigenza di una considerazione della fiducia anche sotto profili tendenzialmente obiettivi. Si pone cioè l'esigenza, per il diritto, di cogliere gli aspetti *tipici* della fiducia, rispondenti all'esigenza giuridica di schematizzazione della fattispecie. Ciò per l'evidente ragione che, operando la fiducia – come si è visto – nella sfera più puramente soggettiva e derivante da posizioni intime ed interiori, essa prospetta il pericolo continuo di conseguenze meramente arbitrarie. Donde la cennata tendenza ad apprezzare la fiducia sotto un profilo obiettivo ed a schematizzarne il contenuto rilevante per il diritto, al fine anche di una particolare tipizzazione degli effetti⁵⁴.

rapporto di fiducia particolare e personale che si istituisce ogni volta che la considerazione della persona e delle sue qualità assume un'importanza preminente.

* [Nell'indice del testo originario il titolo di questo paragrafo compare con il titolo "Rapporti tra fiducia e intuitus" senza l'uso degli articoli; abbiamo riprodotto qui il titolo indicato nel sommario del capitolo].

53 Per tutti v.: EICHLER, *Die Rechtslehre von Vertrauen*, cit., pag. 8 ss., il quale spiega con ampia motivazione che l'essenza del rapporto di fiducia particolare sta nell'accrescimento della fiducia imposto dalla natura delle relazioni prese in considerazione. Richiamandosi anche al Rumpf, l'Eichler chiarisce che «l'uomo di fiducia» è, sia pure in misura variabile, libero dalla direzione e dall'influsso diretto dell'altro contraente, il quale – a sua volta e proprio in considerazione dell'accentuata fiducia – si sottopone ad un aumento del rischio normale.

54 Il fenomeno è colto in vario modo dalla dottrina e specialmente da quella tedesca. Il WALLMEYER, *Die Kündigung des Arbeitsvertrages*, ecc., cit., pag. 88 ss., sottolinea vigorosamente la necessità di obiettivare la fiducia, per evitare soprusi ed arbitri. A sua volta L'EICHLER, *loc. cit.*, pag. 39 ss., rilevando che la fiducia può essere turbata anche da una mancanza di poco conto, precisa che ciò che conta non è tanto la grandezza del danno patrimoniale quanto il grado di allentamento del vincolo fiduciario.

Se infatti ci si affidasse a criteri meramente subiettivi, è chiaro che molti rapporti potrebbero essere risolti a discrezione di una delle parti, con la giustificazione del venir meno della fiducia. Questo problema non viene in considerazione a proposito dei rapporti di durata, nei quali è tipica (ma per ragioni tutt'afatto diverse) la facoltà di recesso unilaterale⁵⁵; ma piuttosto per quei rapporti in cui al venir meno della fiducia viene collegato come conseguenza il recesso per giusta causa, con tutti gli effetti giuridici e patrimoniali che ne conseguono a carico di una delle parti. È evidente allora che la fiducia intesa soltanto alla stregua di criteri subiettivi, si ridurrebbe ad un'arbitraria valutazione dei propri interessi, alla quale tuttavia si dovrebbero collegare particolari effetti giuridici. La tendenza più moderna è dunque quella di obiettivare il criterio di valutazione della fiducia, soprattutto nel momento in cui essa viene meno. Questa preoccupazione è talmente sentita ed evidente che da alcuni Autori si è proposto di sostituire al concetto puramente soggettivo della fiducia quello più concreto ed obiettivo

A temperare però il rigore del principio (che potrebbe essere assai grave se lo si intendesse in senso puramente subiettivo, rimettendo cioè alla valutazione del creditore il giudizio sulla intensità del grado di allentamento del vincolo), l'Eichler richiama la regola generale secondo la quale nell'apprezzamento di un comportamento dal punto di vista della fiducia si devono adeguatamente considerare i contrapposti interessi. E proprio nei riguardi del rapporto di lavoro, l'A. osserva esattamente che c'è la tendenza ad occuparsi scarsamente dell'abuso di fiducia del titolare della prestazione nei confronti del suo dipendente. In realtà, anche questa valutazione dei contrapposti interessi e dei comportamenti dei due contraenti, realizza una sorta di obiettivazione della fiducia, nel senso già indicato dal WALLMEYER [*Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Stuttgart, 1962].

Un interessante accenno anche nel volume del RUBINO, *Dell'appalto*, in *Commentario al C.C. Scialoja e Branca*, Bologna, 1961: occupandosi dell'affidamento negli eredi, di cui all'art. 1674 c.c., l'A. osserva che non basta che il committente non abbia fiducia negli eredi, ma occorre che essi, *obiettivamente*, non diano affidamento, anche per la media delle persone.

55 Senza anticipare in questa sede considerazioni che troveranno ampio svolgimento quando ci occuperemo del recesso *ad nutum* nel rapporto di lavoro, desideriamo tuttavia segnalare fin d'ora l'errore in cui spesso si incorre ponendo sullo stesso piano il recesso unilaterale e il recesso per giusta causa e considerando come presupposto dell'uno e dell'altro il venir meno della fiducia.

In realtà, il potere discrezionale di recesso nei rapporti di durata trova il suo fondamento in ragioni ben diverse dalla fiducia; mentre il venir meno della fiducia è solo una delle «giuste cause» per le quali un rapporto può essere risolto (nei limiti che preciseremo a suo tempo). Esattamente, il VALLEUR, *loc. cit.*, pag. 315, osserva che in molti casi il diritto di sciogliere un contratto per volontà unilaterale ha la sua *ratio* nella necessità di rispetto della libertà individuale o della stessa proprietà. Anche il FIORENTINO, *Del conto corrente*, in *Commentario C.C. di Scialoja e Branca Libro IV, Delle obbligazioni*, Bologna, 1960, pag. 384, pur sostenendo la natura fiduciaria del conto all'art. 1833 sta nel fatto che si vuol evitare la costituzione di un vincolo contrattuale perpetuo [sic].

Ma v. già per una formulazione diversa, il BO, *Il deposito*, 1938, cit., pag. 41 ss., per il quale una delle regole che caratterizzano i negozi di fiducia, consiste nel fatto che il venir meno della fiducia può costituire giusto motivo di risoluzione del rapporto mediante semplice dichiarazione di volontà unilaterale; dove è abbastanza evidente la confusione di concetti che abbiamo rilevato nel testo. Ma su questo punto ritorneremo più ampiamente nei successivi capitoli.

della «messa in pericolo» dell'interesse del creditore⁵⁶. Non è certo questo il luogo per soffermarsi su tali aspetti, che richiederebbero da soli un'indagine ampia e complessa. È certo però che la necessaria collocazione della fiducia nella sfera soggettiva del rapporto, deve contemperarsi con una valutazione obiettiva della stessa, che consenta di collegare effetti giuridici di indubbio rilievo non già a posizioni arbitrarie, ma a posizioni che abbiano una loro giustificazione oggettiva, rispondendo al fine di un equo contemperamento degli interessi delle parti.

L'accentuazione del momento personale del rapporto, in relazione al suo presupposto fiduciario, determina infatti conseguenze molteplici e tutte assai rilevanti, tra le quali si annoverano l'insorgenza di obbligazioni non sottoposte al criterio di rigorosa corrispettività, la accentuazione del rigore del principio di buona fede e di affidamento, la presenza di un complesso di obblighi non derivanti direttamente dal contratto ed operanti piuttosto nella sfera del rapporto⁵⁷. Questi effetti non sono tutti ugualmente costanti; e di alcuni di essi si potrebbe davvero dubitare, almeno nei casi in cui la fiducia non sia necessariamente reciproca fra le parti.

È certo tuttavia, che, ancorché non si debba esagerarne la portata, la fiducia è elemento di così basilare rilievo da permeare tutto il rapporto e da influenzarlo in modo determinante. Il che impone ovviamente particolari cautele all'interprete, il quale deve proporsi il compito di isolare di volta in volta la fiducia giuridicamente rilevante da quelle posizioni soggettive che sono destinate ad operare soltanto nella sfera dell'eticità; il quale deve altresì apprezzare la fiducia secondo criteri obiettivi e per quanto di essa emerga da comportamenti esteriori, ai quali il diritto possa collegare determinati effetti; il quale, infine, deve respingere ogni suggestione di definizioni generiche ed astratte (in virtù delle quali molti negozi

56 Assai ampiamente ed acutamente si diffonde su questo punto il WALLMEYER, *loc. cit.*, pag. 86 ss. Per importanti considerazioni di carattere generale, si veda anche L'AZOULAI, *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, cit.

57 Questa problematica è affrontata in modo particolare dall'EICHLER, *loc. cit.*, pag. 11 ss., il quale sottolinea principalmente la costituzione di vincoli ed obblighi fra le parti, che vanno oltre le pure pretese ed i puri doveri connessi all'esecuzione, inquadrando in quell'obbligo generale di protezione di cui parla diffusamente la dottrina tedesca.

Questo punto – sul quale ci riserviamo di tornare specificamente – suscita in noi le più vive perplessità, perché non riusciamo a vedere come da un elemento così impalpabile come la fiducia possano scaturire addirittura obbligazioni accessorie, non previste né dal contratto né dalla legge. Non ci sembra che siffatte asserzioni trovino un fondamento concreto nel nostro ordinamento positivo, che tende in genere a riconoscere nei rapporti obbligatori solo quegli effetti e quei vincoli che sono specificamente determinati. Del resto, la dottrina italiana è assai restia a riconoscere l'autonomia di certi pretesi obblighi accessori non direttamente derivanti dal contratto: si veda, ad esempio, l'istruttivo dibattito sul cosiddetto «dovere di fedeltà» del lavoratore subordinato e le acute considerazioni in proposito particolarmente del MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 142 e *passim*; e del CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, pag. 299 ss.

Contra, invece: EICHLER, *Die Rechtslehre von Vertrauen*, cit., pag. 38 ss., proprio a proposito del rapporto di lavoro.

potrebbero qualificarsi come negozi di fiducia) per riferirsi invece alla volontà delle parti ed ai motivi essenziali che determinarono il consenso.

10. Considerazioni conclusive

Le prime conclusioni, cui si era accennato più sopra, possono dunque ora essere completate, alla luce della rapida indagine condotta sull'elemento della fiducia che quasi normalmente contraddistingue i rapporti *intuitu personae*. In linea generale, ci sembra che parlare di «negozi di fiducia» sia scarsamente opportuno, per la equivocità della dizione, che si presta a non poche confusioni e che non esprime esattamente il contenuto e gli effetti di questi negozi. È preferibile, in generale, parlare di negozi *intuitu personae*, in quanto la dizione è più ampia e meno equivoca ed in quanto si pone così l'accento sull'elemento davvero basilare, che non è poi la fiducia, ma la considerazione della persona o delle sue qualità, intesa nel senso più lato.

D'altro canto, occorre ripetere ancora una volta che con siffatta dizione non si intende far riferimento ad un gruppo omogeneo di negozi giuridici, ma solo indicare un dato essenziale (la considerazione della persona) che, per struttura naturale o per volontà delle parti, può contraddistinguere, in concreto, questo o quel contratto. È sempre rimesso al prudente apprezzamento dell'interprete lo stabilire se un determinato negozio sia o meno permeato dell'*intuitus personae*; in generale, potrà dirsi soltanto che alcuni contratti sono generalmente qualificati dall'*intuitus*, perché la loro stessa struttura impone una particolare considerazione della persona di un contraente o di ambedue; ma più correttamente deve affermarsi che nella generalità dei casi, è la volontà delle parti che reca questa particolare qualificazione al rapporto o da esso la esclude⁵⁸.

L'ordinamento si limita a circoscrivere il fenomeno, evitandone soltanto – con opportuni interventi – le conseguenze troppo rigorose e quindi deteriori.

È certo che l'*intuitus* ricorre più di frequente nei rapporti di durata, senza peraltro che da ciò possa derivare una regola generale ed assoluta; è certo altresì che l'*intuitus* ricorre con particolare frequenza nelle obbligazioni di fare, nelle quali esso giuoca sostanzialmente un ruolo di garanzia personale della qualità dell'esecuzione della prestazione; è certo infine che un indice quasi costante dell'*intuitus* è dato dalla pretesa alla esecuzione personale, anche se neppure questo può essere considerato come elemento imprescindibile, posto che nelle varie fasi del rapporto è sempre all'equilibrio degli opposti interessi che va fatto riferimento.

⁵⁸ Il SIMONETTO, *Aspetti dell'intuitus personae nelle cooperative edilizie*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 2, pag. 46, afferma che un contratto potrà dirsi essenzialmente di fiducia quando la considerazione dell'altro contraente appaia da elementi obiettivamente rilevanti e obiettivamente accertabili, ossia dall'atteggiamento degli interessi negoziali.

L'*intuitus* può avere giustificazioni diverse dalla fiducia, intesa nello specifico senso che abbiamo cercato di individuare; tuttavia, dove c'è l'*intuitus*, vi è quasi sempre anche un rapporto particolare di fiducia, considerata come affidamento sulle qualità dell'altro contraente, idonee a realizzare l'interesse del creditore. Questa fiducia, pur rientrando tra gli elementi soggettivi del negozio, va considerata il più possibile con criteri obiettivi, onde evitare conseguenze rimesse esclusivamente all'arbitrio del creditore.

In conclusione, si ha *intuitus* ogni volta che la considerazione della persona e delle sue qualità sia stata il motivo determinante del consenso ed ogni volta che essa permei, nelle varie fasi di svolgimento, l'intero rapporto.

Tutti gli altri elementi di contenuto e tutti gli altri effetti che di solito si collegano all'*intuitus*, sono in definitiva accessori ed accidentali, tanto che possono anche mancare senza che per ciò venga meno l'*intuitus*; è vero altresì che la presenza di alcuni indici esteriori che generalmente rivelano l'*intuitus*, può anche non avere efficacia decisiva; insomma, bisogna sempre risalire alla volontà delle parti e vedere in qual modo, sull'origine e sullo svolgimento del contratto abbia influito la considerazione della persona.

Certo, l'inerenza del vincolo obbligatorio alla persona è un effetto che può dirsi normale dell'*intuitus*, anche se non è strettamente necessario; vi possono essere obbligazioni che devono essere adempiute personalmente, nelle quali dunque si ha una quasi totale coincidenza della persona con le prestazioni, senza tuttavia che a rigore possa parlarsi di *intuitus*. In generale, peraltro, l'immediatezza e la necessità del rapporto prestazione-persona costituiscono un indice abbastanza rilevante dell'*intuitus*.

Il quadro si completa poi col rilievo che nello stadio attuale di evoluzione della società, l'*intuitus* oscilla continuamente tra due posizioni apparentemente contraddittorie: da un lato la civiltà di massa tende al livellamento e in certa misura all'annullamento della personalità; dall'altro, il progresso tecnico rende necessaria, almeno in certi campi, una maggior specializzazione e quindi determina un più intenso rilievo delle qualità personali. Forse è questa una delle ragioni per le quali è così difficile inquadrare dogmaticamente l'*intuitus* ed è frustrante il cercare di reperire caratteri omogenei costanti, sì da fondare su di essi una categoria autonoma di contratti.

D'altronde, è abbastanza evidente che si preferisce ricorrere a forme di garanzia patrimoniale della realizzazione del risultato, piuttosto che a forme di garanzia personale, basate su una fiducia che spesso non ha modo di esplicarsi concretamente ed in modo sicuro. Da ciò il rovesciamento delle posizioni iniziali e la conseguenza solo apparentemente contraddittoria che l'*intuitus* – già ritenuto come strumento di rafforzamento del vincolo contrattuale – può addirittura essere considerato con sospetto e con cautela, nel timore che in definitiva si risolva in una minaccia alla stabilità dei rapporti contrattuali.

Si è già detto che in questa situazione, l'ordinamento positivo non può far altro che intervenire il meno possibile: se sia auspicabile o meno un intervento più deciso per la tutela nello stesso tempo della personalità umana e della stabilità del rapporto obbligatorio, è problema di politica legislativa sul quale non occorre soffermarsi in questa sede. Nella quale può solo dirsi che, nell'era della tecnica, è opportuno tuttavia un impegno generale affinché il progresso non annulli la persona umana, trasformando i rapporti giuridici in schemi astratti, nei quali soltanto il risultato economico abbia rilievo e nei quali si scolori completamente quel dato insopprimibile che è costituito dal comportamento umano.

Capitolo II.

***Intuitus personae* e rapporto di lavoro: aspetti generali**

Sommario: 1. Orientamenti predominanti in materia di *intuitus* e rapporto di lavoro. – 2. *Intuitus* e fiducia, nella normativa. – 3. Impossibilità di pervenire ad una costruzione unitaria. – 4. Il dato sociologico e l'*intuitus*.

1. Orientamenti predominanti in materia di *intuitus* e rapporto di lavoro

La natura fiduciaria del rapporto di lavoro risponde a un convincimento pressoché generale, in dottrina e in giurisprudenza. La maggior parte degli Autori afferma ripetutamente che il rapporto è contraddistinto dall'elemento fiduciario, sia pure inteso in vario senso, e che esso è permeato dall'*intuitus personae*¹.

Quanto alla giurisprudenza, non si contano – specialmente in tema di recesso per giusta causa – le sentenze che fanno riferimento alla fiducia come presupposto connaturale e fondamentale del rapporto di lavoro².

1 Un'elencazione completa delle affermazioni dottrinarie a questo proposito è pressoché impossibile; ci limiteremo quindi all'essenziale, salvo a fornire riferimenti più specifici a proposito dei vari argomenti e problemi che esamineremo in prosieguo.

Sostengono in generale la natura fiduciaria del rapporto e la presenza dell'*intuitus*: BARASSI, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1915, vol. 1, pag. 639 ss.; CASSI, *Il rapporto di lavoro in prova*, Milano, 1950, pag. 24-63; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960, pag. 62, 200, 256, 466; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, Milano, 1960, pag. 120 ss., 167 ss.; LEGA, *La diligenza del lavoratore*, Milano, 1963, pag. 237 ss.; 119 nota 2; ARANGUREN, *La qualifica nel contratto di lavoro*, Milano, 1961, pag. 47 ss.; NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pag. 37 ss.; COMPORI, *Gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro*, Milano, 1961, pag. 34 ss.; NAPOLETANO, *Collocamento e contratto di lavoro*, Milano, 1954, pag. 73 ss.; DEL GIUDICE, *Lezioni di diritto del lavoro secondo la Costituzione*, Roma, 1960, pag. 158 ss.; PETRACCONI, *L'errore nel contratto d'impiego privato*, in *Mass. Giur. lav.*, 1932, pag. 27; PERETTI-GRIVA, in *Riv. lav.*, 1934, pag. 245 ss.; PERGOLESI, *Il contratto individuale di lavoro*, Bologna, 1945, pag. 33 ss.; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, pag. 187 ss.; MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano del lavoro*, Firenze, 1952, pag. 185; GUIDOTTI, *La tutela del segreto di ufficio e delle notizie attinenti all'azienda*, in *Dir. lav.*, 1952, I, pag. 300; SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948, pag. 13; DI MARCANTONIO, *Appunti di diritto del lavoro*, Milano, 1958, pag. 94, 161, 174; GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, pag. 220; DURAND, *Traité du droit du travail*, Paris, 1950, Vol. II, pag. 579 ss.

2 Per la giurisprudenza, non si può procedere se non per esempi, data la notevole quantità di decisioni che affermano *sic et simpliciter* la natura fiduciaria del rapporto di lavoro. Comunque,

Sembrirebbe dunque trattarsi di un argomento fuori di discussione e di un problema pressoché inesistente; tanto più che raramente si scorgono cenni di approfondimento e la natura fiduciaria o l'*intuitus* vengono dati come sostanzialmente pacifici.

A ben guardare, però, il problema non è così pacifico come può sembrare ad un primo sguardo.

Ed i sintomi si colgono già nella stessa dottrina dominante, che in definitiva non riesce a fornire una definizione unitaria del contenuto della fiducia nel rapporto di lavoro, né a cogliere la struttura e gli effetti dell'*intuitus* in modo omogeneo ed uniforme. Ancor più discutibile appare poi la nozione di fiducia che ci viene dalla giurisprudenza la quale non esita ad elencare un complesso di qualità sulle quali opererebbe il particolare affidamento del creditore, qualità che vanno dalle capacità ed attitudini tecniche, fino all'onestà, alla correttezza e perfino all'equilibrio morale del dipendente³; e l'aspetto più singolare è che si pretende che tutte queste qualità siano sempre ricorrenti, in ogni tipo di rapporto.

Ma c'è di più: il compatto atteggiamento cui abbiamo appena accennato è andato assumendo nel tempo non poche sfumature, tanto che alla ormai remota

v. in particolare: Cass. 3 settembre 1957 n. 2419, in *Mass. giur. lav.*, 1957, pag. 219 («l'elemento di fiducia personale rappresenta il presupposto logico e giuridico del rapporto di lavoro...; il rapporto, integrando un contratto concluso essenzialmente *intuitus personae*, riposa su elementi di fiducia strettamente indispensabili per la collaborazione»); App. Bari, 27 gennaio 1964, in *Orient. giur. lav.*, 1964, pag. 434 («la mancanza di disciplina e di diligenza nell'espletamento delle mansioni affidate al lavoratore fanno venir meno il presupposto fiduciario, proprio del rapporto di lavoro subordinato»); App. Tripoli, 30 novembre 1933, in *Dir. lav.*, 1935, II, pag. 35 («in una convenzione eminentemente fiduciaria come quella d'impiego, in cui normalmente si contrae *intuitus personae*...»); Cass. civ. 28 dicembre 1962 n. 3428, in *Mass. giur. lav.*, 1963, pag. 70 («a giustificare il licenziamento in tronco del prestatore di lavoro è sufficiente qualsiasi fatto illecito o riprovevole che venga a scuotere la fiducia che l'imprenditore ripone nel proprio dipendente»). Numerose sentenze parlano di fiducia come «presupposto indispensabile della collaborazione», senza preoccuparsi di definire né la fiducia né la collaborazione (ad es.: Cass. 28 giugno 1949 n. 1618, in *Mass. giur. lav.*, 1949, p. 224; Cass. 22 gennaio 1955 n. 196, *ivi*, 1955, p. 188; Id. 10 ottobre 1963 n. 2686, in *Rep. Foro it.*, voce «Lavoro (rapporto di)», p. 581). In altre decisioni si parla di «sostrato fiduciario» che permea il rapporto (Cass. 2 luglio 1955 n. 2029, in *Rep. Foro it.*, voce «Lavoro (rapporto di)», p. 593), di «elemento di fiducia» personale, che è presupposto logico e giuridico del rapporto d'impiego (Cass. 10 novembre 1960 n. 3007, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce «Lavoro (rapporto di)», p. 597), e addirittura di «legame etico che lega, nella fiducia, il datore di lavoro al suo dipendente» (Trib. Sanremo, 2 marzo 1963, in *Orient. giur. lav.*, 1963, p. 338).

Vedremo poi, occupandoci del problema della giusta causa di recesso, quale uso venga fatto di questo preteso presupposto essenziale del rapporto di lavoro.

3 Veramente significativa, a questo riguardo, la sentenza già citata del Supremo Collegio, del 3 settembre 1957 (*Mass. giur. lav.*, 1957, pag. 219), la quale, dal presupposto della considerazione di tutte le qualità elencate nel testo, trae la conseguenza che anche il costume del dipendente nella vita privata, la sregolatezza e il disordine del medesimo, incidono sull'elemento fiduciario, facendo venir meno il prestatore ai suoi doveri e costituendo quindi una possibile giusta causa di risoluzione.

ed isolata voce dell'Abello⁴ che per primo ebbe ad esprimere il proprio dissenso rispetto alle concezioni imperanti, si è aggiunto un certo numero di riserve e di contrasti.

Intanto, si è cominciato col rilevare, sia pure senza approfondire il problema, che la fiducia deve essere intesa in senso «non tecnico»⁵. Poi, si è distinto tra rapporto e contratto, assumendosi da parte di non pochi Autori che l'*intuitus* è sicuramente assente nella fase di stipulazione del contratto, quanto meno in tutti i casi in cui la libera scelta da parte del datore di lavoro è soppressa⁶.

Qualche Autore ha sostenuto che la fiducia, nei suoi presupposti tradizionali, è stata scardinata almeno per ciò che attiene alla fase di risoluzione del rapporto⁷. Altri hanno negato che a proposito della prestazione di lavoro possa

4 *Della locazione*, Napoli, 1908, vol. II, pag. 272. Il merito di questo Autore sta non solo nel fatto di aver considerato con estremo realismo il fenomeno dell'*intuitus* e della fiducia nel rapporto di lavoro, ma anche nel fatto di aver colto esattamente gli aspetti sociologici e di aver per primo dimostrato che la fiducia, allorché sussiste, deve operare su un piano di reciprocità.

5 RIVA SANSEVERINO, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da BORSI e PERGOLES, Padova, 1958, vol. II, pag. 30. A dire il vero l'affermazione è discutibile, poiché più oltre l'A. ha cura di precisare che la fiducia è l'espressione dell'idoneità personale e non semplicemente tecnica del lavoratore alla prestazione dedotta in contratto. Se è così, si tratta di una delle manifestazioni tipiche della fiducia, anche intesa in senso tecnico; abbiamo visto infatti che la fiducia è un'espressione polisensa e che non soltanto nelle accezioni derivanti dalla tradizione romanistica ha giuridico rilievo.

Nella recentissima edizione del volume *Diritto del lavoro* (Padova, 1967, pag. 50 ss.), l'A. afferma ancora la natura fiduciaria del rapporto di lavoro, ma chiarisce che l'elemento fiduciario «non supera la sfera della contrattuale posizione d'obbligo delle parti» ed aggiunge poi che a seguito delle recenti trasformazioni dell'organizzazione produttiva, la portata dell'elemento fiduciario risulta sensibilmente ridotta, dovendosi più propriamente parlare di una fiduciarità «relativa».

In un altro studio molto recente (CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, II, 1966, pag. 543 ss.) si è sottoposta ad una certa revisione l'impostazione tradizionale del problema, con osservazioni di notevole acutezza. Tuttavia, l'A. giunge ugualmente a considerare la fiducia come uno dei presupposti obiettivi del contratto, quanto meno ai fini del recesso per giusta causa (*ivi*, pag. 550).

6 Notissima è l'affermazione del SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1958, pag. 151, secondo il quale «il contratto di lavoro, quando diventa un contratto di serie, cessa di essere un contratto di fiducia o *intuitus personae*».

Ma in senso sostanzialmente analogo, v. anche: MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, pag. 50 ss.; ARANGUREN, *La qualifica nel contratto di lavoro*, cit., pag. 48 ss.; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958, pag. 46 ss. Non mancano peraltro, i sostenitori della tesi contraria, che cioè l'*intuitus* e la fiducia sono presenti anche nel collocamento su richiesta numerica e perfino nelle ipotesi di assunzioni obbligatorie; v. ad esempio: LEGA, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 240; NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, cit., pag. 29, nota 52; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 100; DEL GIUDICE, *Lezioni di diritto del lavoro secondo la Costituzione*, cit., pag. 158 ss.

7 Questo acuto rilievo è del GIUGNI, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, II, pag. 201 ss., al quale peraltro può muoversi qualche obiezione circa la particolare concezione della fiducia esposta nello stesso saggio. Non si riesce infatti a capire perché mai la fiducia dovrebbe prescindere dalle qualità tecniche, per investire soltanto

parlarsi di infungibilità ed hanno posto in evidenza l'incompatibilità del preteso elemento fiduciario con la disposizione dell'art. 2112 c.c.⁸. Ancora più sintomatico il fatto che alcuni Autori, che si erano schierati a favore della tesi della fiduciarità del rapporto, hanno recentemente modificato la propria opinione, soprattutto dopo gli accordi interconfederali sulla disciplina dei licenziamenti nell'industria e dopo l'entrata in vigore della legge sui licenziamenti individuali⁹.

Tuttavia, bisogna pur dire che questo fermento non ha condotto ancora ad un reale approfondimento del problema e ad una revisione dei concetti tradizionali.

È mancato, cioè, nella nostra dottrina lavorista, quel dibattito fecondo che – impostato anche in Italia dalla dottrina civilista a proposito di altri contratti – ha avuto uno sviluppo più evidente e concreto particolarmente nella dottrina tedesca ed in quella francese, anche a riguardo del rapporto di lavoro¹⁰. Ma oc-

l'idoneità «personale» del prestatore di lavoro. Questo concetto ci sembra, quanto meno, poco chiaro. Concordiamo invece pienamente con le importanti considerazioni dell'A. circa la progressiva obbiettivazione della fiducia.

8 ASSANTI, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milano, 1961, pag. 18 ss.

9 Il CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto di lavoro*, Milano, 1959, pag. 55 ss., aveva sostanzialmente aderito alla tesi fiduciaria, precisando però già allora che forse era più esatto parlare di negozio *intuitus personae*, ed osservando come anche l'*intuitus* si attenuava notevolmente in alcune ipotesi, fino anche a dileguarsi.

In un recente studio (*Sindacabilità dei motivi di licenziamento in sede arbitrale*, in *Dir. lav.*, 1966, I, p. 281), il Cessari ha abbandonato questa posizione, considerando superata la visione strettamente «personale» della relazione intercorrente fra le parti del rapporto di lavoro.

Su posizioni nettamente contrarie a quelle tradizionali, si è schierato di recente il BALZARINI G., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Padova, 1965, pag. 88 ss., osservando che alla concezione fiduciaria del rapporto di lavoro ostano la disciplina del collocamento numerico e le disposizioni di cui agli artt. 2112 e 2558, 1° comma, c.c.

10 Particolarmente importanti i contributi specifici del VALLEUR, nel volume più volte citato (*L'intuitus personae dans les contrats*), nel quale fa più volte riferimento al contratto di lavoro; dell'EICHLER, *Die Rechtslehre von Vertrauen*, cit., che dedica una parte assai importante e densa di acuti rilievi, anche se talora discutibili, al rapporto di lavoro (v. particolarmente pag. 38 ss.); del WALLMEYER, *Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Stuttgart, 1962, al quale si deve un ampio svolgimento del tema della fiducia nella fase risolutiva del rapporto; dell'AZOULAI, *L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat*, in «*La tendance à la stabilité du rapport contractuel*», Paris, 1960, pag. 1 ss. Per qualche accenno può anche vedersi il RUMPF, *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte*, cit., che sembra ritenere che il contratto di lavoro può dar luogo ad un rapporto di fiducia (pag. 11-75).

Nelle opere di carattere manualistico, tuttavia, si continua spesso, anche all'estero, a considerare il contratto di lavoro come stipulato *intuitu personae*, senza alcuna motivazione. Si veda, ad esempio: LEVENBACH, *Il contratto di lavoro nel diritto olandese*, in *Volume CECA*, cit., pag. 577; CAMERLYNCK, *Il contratto di lavoro nel diritto francese*, ivi, pag. 381.

È significativo però il fatto che le conclusioni cambiano completamente non appena il discorso si fa più approfondito; così nel saggio, diligente ma non trascendentale, del FARTHMAN, *Der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses*, in *Recht der Arbeit*, 1960, pag. 5 ss., si nega addirittura la concepibilità di un legame personale e di fiducia tra prestatore e datore di lavoro, specialmente quando quest'ultimo sia una società di capitali.

corre dire che il fenomeno dipende in certa misura anche da quella distinzione netta che da noi opera tra le scienze giuridiche e quelle sociologiche, con la conseguenza che dei dati forniti dalla realtà sociale si finisce per tener conto in modo del tutto inadeguato, trascurando quindi quella frequente rivolta dei fatti contro i codici che – se si verifica anche in altre materie – è particolarmente caratteristica nel diritto del lavoro.

Ci sembra dunque giunto il momento di procedere ad una ricostruzione delle nozioni e degli istituti di cui ci stiamo occupando; operazione che dovrà essere condotta senza pregiudiziali e nel solco di un rigoroso ragionamento giuridico.

Cercheremo dunque di volgere la nostra indagine alle varie fasi del rapporto di lavoro, per vedere se, in quale misura ed entro quali limiti operino, di volta in volta, l'*intuitus personae* e la fiducia, intese nel senso che abbiamo cercato di precisare nel primo capitolo.

Ma, fin d'ora, è il caso di dedicare la nostra attenzione agli aspetti più generali della problematica, per cogliere quei momenti fondamentali del rapporto nei quali la crisi delle concezioni dominanti appare già particolarmente evidente.

2. *Intuitus* e fiducia, nella normativa

L'ordinamento positivo non sembra fornire argomenti decisivi a sostegno della tesi dominante. Non esiste, intanto, una disposizione specifica che vieti la sostituzione del prestatore di lavoro con altri; in generale, però, si deduce la infungibilità della prestazione, oltre che da argomenti testuali (ad esempio, dalla espressione «prestando il *proprio* lavoro», contenuta nell'art. 2094 c.c.)¹¹, anche dalla struttura stessa del rapporto, che sarebbe tale da far ritenere sempre sussistente l'interesse del creditore all'esecuzione personale (articolo 1180 c.c.)¹², nonché dalla subordinazione, che sarebbe sostanzialmente incompatibile con la prestazione da parte di terzi, sostituti od ausiliari del lavoratore¹³.

11 Si tratta, peraltro, di un argomento estremamente labile e davvero poco significativo, sul quale dunque non è il caso di soffermarsi. Del resto, la dottrina vi ha fatto cenno solo di sfuggita (v. DI MARCANTONIO, *Appunti di diritto del lavoro*, Milano, 1958, pag. 95).

12 DI MARCANTONIO, *Appunti di diritto del lavoro*, cit., pag. 94 ss.; ARANGUREN, *La qualifica nel contratto di lavoro*, cit., pag. 47 ss.; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 51 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 62 ss., 256 ss.; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 165 ss.

Assai più dubitativo appare il BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1915, I, pag. 640, il quale afferma che il concetto di insostituibilità non è illimitato.

13 Per il CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, 1929, pag. 125-126, non è l'infungibilità la ragione della regola che impone l'esecuzione personale della prestazione, ma piuttosto l'inserzione del lavoratore nell'impresa.

In senso sostanzialmente analogo anche: GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, pag. 220; BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 1915, vol. I, pag. 639.

Un esplicito divieto di farsi sostituire da altri è invece previsto – per i lavoratori portuali – dall'art. 159 n. 3 del Regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione (marittima).

Per contro, in alcuni rapporti speciali, dei quali si ritiene pacifica la natura fiduciaria (ad es. il portierato), la sostituzione del prestatore di lavoro è specificamente ammessa¹⁴.

Più esplicite, invece, sono le disposizioni relative all'incidenza sul rapporto degli eventi relativi alla persona dei contraenti. Il principio secondo il quale la morte del datore non estingue il rapporto si ricava dal complesso della normativa; mentre l'art. 2119, secondo comma, esclude esplicitamente che il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda possano costituire giusta causa di risoluzione del contratto; a sua volta, l'art. 2112 esclude che il trasferimento dell'azienda faccia cessare, di per sé, il rapporto di lavoro.

Diversa è, invece, la disciplina relativa agli eventi che colpiscono la persona del prestatore: la morte è sempre causa di estinzione del rapporto (art. 2118 ult. parte, e 2122 c.c.).

Secondo una parte della dottrina, argomenti a favore della tesi «fiduciaria» si traggono dal riconoscimento del recesso unilaterale a favore di ciascuna delle parti (art. 2118), il cui fondamento sarebbe da ravvisare proprio nella fiducia e nella necessità di persistente permanenza del reciproco spirito di collaborazione.

La maggior parte della dottrina, poi, ritiene che un argomento decisivo si tragga dal sistema delineato dagli artt. 2119 e 2120 c.c., in quanto il recesso per giusta causa sarebbe tipico dei rapporti di natura fiduciaria.

Su altre disposizioni, come quella dell'art. 2127 c.c., non esiste un orientamento sicuro, sostenendosi da alcuni¹⁵, che la *ratio* della norma è la natura fiduciaria del rapporto e da altri che il fondamento di essa va costruito su basi tutt'affatto diverse¹⁶.

Ancora più problematico appare poi il sistema relativo al collocamento, imperniato essenzialmente sul sistema della richiesta numerica e congegnato in modo tale da limitare e talvolta da escludere del tutto la libera scelta da parte dei contraenti.

Quanto alla contrattazione collettiva, essa fornisce elementi piuttosto modesti: si parla di fiducia «particolare» negli accordi interconfederali relativi alla categoria dei cosiddetti equiparati o intermedi¹⁷; si indicano talvolta, tra le cause

14 Del contratto di portierato si occupa specificamente il BALZARINI R., *Contratti speciali di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da BORSI e PERGOLESI, Padova, 1958, II, pag. 418 ss., il quale non manca di porre l'accento sul carattere spiccatamente fiduciario del rapporto senza peraltro fornire alcuna giustificazione della singolarità indicata nel testo.

15 ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 167.

16 CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel rapporto di lavoro*, cit. pag. 55 ss.

17 Gli accordi interconfederali 30 marzo e 23 maggio 1946, sulle orme del Decreto Ministeriale 2 marzo 1946, (c.d. Decreto Spinelli), riservano il particolare trattamento degli intermedi (o equiparati) a «quei lavoratori che esplicano mansioni superiori a quelle degli operai classificati

di applicazione di sanzioni disciplinari, alcuni comportamenti che – secondo una parte della dottrina – non attengono strettamente alla sfera contrattuale e trovano piuttosto una spiegazione nel vincolo fiduciario che unisce le parti nel rapporto¹⁸.

3. Impossibilità di pervenire ad una costruzione unitaria

Questo rapido accenno ad alcuni caratteri salienti della normativa dimostra immediatamente la frammentarietà e la varietà del fenomeno e la mancanza di omogeneità della disciplina; ma dimostra anche l'inesistenza di sicuri presupposti su cui si possa costruire la pretesa natura fiduciaria del rapporto di lavoro.

Intanto, alcuni elementi di particolare rilievo richiamano subito l'attenzione.

Anzitutto, occorre rilevare che se l'*intuitus* sussiste nel rapporto di lavoro, esso opera sicuramente nei confronti di una sola parte e cioè del prestatore di lavoro.

L'art. 2119 e soprattutto l'art. 2112 escludono che la persona del datore di lavoro abbia rilevanza, in linea generale; tanto che sugli eventi che la concernono viene sempre ritenuta prevalente l'esigenza di conservazione del rapporto e di tutela del prestatore di lavoro. Parimenti significativo è il fatto che nessuna particolare conseguenza venga collegata alla morte del datore di lavoro.

La dottrina è dunque concorde nel ritenere che l'*intuitus* possa investire la persona del datore soltanto in casi eccezionali¹⁹; si fanno in genere l'ipotesi del

nella categoria massima degli operai ed abbiano mansioni *particolari di fiducia* o responsabilità che non siano normalmente attribuite agli operai» (non interessano, qui, gli altri requisiti, per ragioni evidenti).

18 Tanto per fare qualche esempio, il contratto nazionale degli autoferrottramvieri (art. 45 n. 6) prevede la destituzione a carico di chi si renda indegno della pubblica stima per azioni disonorevoli o immorali; il contratto nazionale per l'industria della birra e del malto (art. 43) prevede la multa o la sospensione a carico di chi commette qualunque atto che porti pregiudizio alla morale, all'igiene o alla disciplina; il contratto nazionale per l'industria chimica (art. 43) prevede il licenziamento senza preavviso ma con indennità, per i lavoratori che abbiano riportato condanna a pena detentiva per azioni non connesse col rapporto di lavoro; il contratto nazionale per l'industria metalmeccanica (art. 38) prevede il licenziamento, senza preavviso ma con indennità, di chi abbia riportato condanna a pena detentiva, per azione non connessa col lavoro, che leda la figura morale dell'operaio (tutti contratti riportati nel volume a cura di GUIDI e GIAMBARBA, *I contratti nazionali di categoria*, Roma, 1964).

19 La RIVA SANSEVERINO, ad esempio, fa l'ipotesi dell'apprendistato, per il quale ritiene sussistente l'*intuitus* anche nei confronti del datore ([I] *Lavoro nell'impresa*, cit., pag. 200); il PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958, pag. 77, fa riferimento sia all'apprendistato, sia al lavoro domestico, come ipotesi di rilevanza dell'*intuitus* nei confronti del datore; l'ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, Milano, 1960, pag. 338, prospetta l'unica eccezione del contratto di tirocinio; il SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 84, prospetta il caso del titolare dello studio professionale. Più in generale, il BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 641, afferma che l'elemento fiducia sussiste sempre, anche di fronte alla persona del creditore, ma in modo attenuato; il DURAND, *Traité du droit du travail*, cit., pag. 582, precisa che la personalità

contratto di apprendistato, quella del lavoro domestico, quella del titolare di studio professionale.

Un'impostazione esatta ed alla quale non si può non aderire, precisando peraltro che anche nelle ipotesi succitate l'*intuitus* può essere del tutto assente: può anche darsi, infatti, che il prestatore sia indotto a stipulare il contratto non già dalla considerazione delle particolari qualità della controparte (almeno per quanto riguarda l'apprendistato e il lavoro domestico) ma da elementi diversi e magari di contenuto essenzialmente patrimoniale (ad es. la maggior retribuzione offerta).

In secondo luogo, occorre osservare che il fondamento fiduciario del recesso unilaterale è stato contestato dalla maggioranza della dottrina; mentre alcune serie obiezioni sono state sollevate anche contro il fondamento fiduciario del recesso per giusta causa.

Neppure possono considerarsi come sicuramente indicativi gli altri dati forniti dalla normativa: ad esempio, secondo alcuni Autori²⁰, la ragione dell'estinzione del rapporto per morte del prestatore non risiede già nella fiducia, ma piuttosto nell'impossibilità di costituire un vincolo personale, restrittivo della libertà, a carico degli eredi del prestatore.

Quanto alla personalità della prestazione, si è già accennato come infungibilità e *intuitus* non siano necessariamente coincidenti e come da parte di alcuni Autori si sia contestato che la esigenza di personalità della prestazione nel rapporto di lavoro sia necessariamente da collegare al presupposto fiduciario.

Ma vi sono altre – e forse più decisive – considerazioni da fare. Nell'ambito dello schema tipico del contratto di lavoro, si configurano varie fattispecie che presentano notevoli differenze fra loro.

I rapporti che si svolgono all'interno di una grande impresa sono assai diversi rispetto a quelli che operano in un ambito più ristretto, dominato da un contatto più o meno personale fra le parti.

Inoltre, il rapporto di lavoro in cui è parte un manovale, presenta caratteristiche profondamente diverse rispetto a quello in cui la prestazione deve essere eseguita da un operaio specializzato, da un impiegato, da un dirigente. Nel primo caso, la prestazione è indubbiamente generica, richiedendosi soltanto un *minimum* di capacità; nelle altre ipotesi, invece, occorrono delle particolari qualità tecniche, delle peculiari attitudini e talvolta anche determinati titoli professionali²¹. Ulteriori diffe-

dell'imprenditore non è mai indifferente, perché il modo con cui egli esercita la sua autorità ed esegue le sue obbligazioni ha sempre importanza per il salariato.

20 Ad es.: VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, cit., pagine 257, 315.

21 La dottrina si sofferma spesso sulle sfumature e gradazioni diverse di «fiduciarità» che si riscontrano nell'ambito del rapporto di lavoro, a seconda delle diverse posizioni assunte nella struttura aziendale. V. in particolare: RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 31, 53 ss.; NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, cit., pag. 28 ss.; e per quanto riguarda i dirigenti, ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 81.

renze si pongono poi tra i rapporti costituiti a seguito di collocamento numerico, quelli che traggono origine da richiesta nominativa e quelli infine che sono sottratti alla disciplina del collocamento.

La varietà delle fattispecie appare poi pressoché infinita, quando si pensi che in certi rapporti possono venire in rilievo alcune qualità morali (si consideri l'ipotesi di coloro cui è affidato il maneggio di denaro o la custodia di beni), mentre in altri emergono qualità che normalmente potrebbero apparire del tutto irrilevanti (ad es. la presenza fisica per l'annunciatrice, particolari caratteristiche fisiche per una modella o per una indossatrice, una certa capacità di «porgere» per il rappresentante, e così via). Restano poi ancora da considerare le ipotesi di lavoro a squadra e quelle di cottimo collettivo, nelle quali l'unitarietà del gruppo sembra prevalere sulle singole prestazioni, attenuando – quando addirittura non lo elimini – il rapporto diretto tra il datore ed i vari dipendenti²².

Insomma, alla scarsa significatività della disciplina positiva corrisponde altresì una notevole varietà di fattispecie concrete, che rende ancor più ardua l'individuazione di quei dati costanti e connaturali allo schema tipico del rapporto su cui dovrebbe fondarsi l'inquadramento dello stesso nell'ambito dei rapporti dominati dall'*intuitus*.

Il dubbio che in realtà non possa ravvisarsi nel rapporto di lavoro un presupposto fiduciario tipico e costante trova dunque sostegno in seri e fondati elementi. Piuttosto, sembra da formulare l'ipotesi che l'*intuitus* ricorra soltanto in alcune particolari fattispecie, che in definitiva costituiscono più l'eccezione che la regola.

Vi sono cioè dei rapporti in cui la natura della prestazione e il complesso di qualità e di attitudini che si richiedono per un esatto adempimento, implicano una particolare considerazione della persona del prestatore; da questo *intuitus* – che presiede alla formazione del rapporto, e lo pervade poi ulteriormente in tutto il suo svolgimento – deriva anche un legame fiduciario fra le parti, il cui contenuto sarà estremamente variabile e diverso a seconda delle fattispecie.

Ma questo non sembra riscontrabile in tutti i rapporti di lavoro: ché anzi, nella generalità dei casi, *intuitus* e fiducia rientreranno nella struttura del rapporto solo se vi siano specificamente introdotti dalla volontà delle parti, in relazione al concreto regolamento che esse intendono dare ai propri interessi²³.

22 Sul lavoro a squadra e sul cottimo collettivo autonomo, v. particolarmente: RIVA SANSEVERINO, *Il contratto individuale di lavoro*, cit., pag. 132 ss.; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 248; GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 221 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, ed. 1958, pag. 147; CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel rapporto di lavoro*, Milano, 1959, pag. 50 ss.; CESARONI, *La disciplina giuridica del cottimo*, Milano, 1942, pag. 12 ss.

Si tratta di un tema non troppo approfondito e non sempre trattato con la necessaria chiarezza, anche ai fini di distinguere fra le varie forme di lavoro per gruppi unitari. Comunque, a prescindere dalle differenze (spesso anche essenziali, ma ad altri effetti), un dato costante ci sembra rilevabile e cioè che l'esecuzione personale, in questi casi, ha scarsamente rilievo, mentre lo stesso principio di responsabilità collettiva pone del tutto fuori causa l'*intuitus*.

23 Uno specifico cenno, in questo senso, in: ABELLO, *Della locazione*, 1908, II, pag. 179.

D'altronde, la considerazione della persona non va confusa con un altro fenomeno, assai rilevante nel rapporto di lavoro, costituito dalla implicazione della persona nella prestazione. Questo dato, posto in evidenza dalla dottrina più attenta, prescinde completamente dall'*intuitus* ed ha rilievo sotto profili del tutto diversi rispetto a quelli in cui opera abitualmente la fiducia. Ad esso sarà dedicata la seconda parte di questo volume; per ora, basterà rilevare che il fenomeno concerne aspetti che non solo non rilevano ai fini dell'*intuitus*, ma anzi devono essere tenuti nettamente distinti dalla problematica ad esso relativa, per evitare confusioni che sarebbero senza dubbio dannose e non potrebbero generare altro che equivoco ed incertezza²⁴.

4. Il dato sociologico e l'*intuitus*

Le considerazioni suesposte trovano una precisa corrispondenza anche nel dato sociologico, al quale una parte della stessa dottrina giuridica non ha potuto restare insensibile.

È un fatto che il rapporto di lavoro ha subito e sta subendo profonde trasformazioni, sia nella sua intima struttura, sia per ciò che attiene alle relazioni fra le parti contraenti.

Sotto questo profilo, la stessa dottrina più recente riconosce che la moderna economia tende a configurare i rapporti di lavoro come rapporti di massa e che i mutamenti tecnologici producono una progressiva spersonalizzazione del lavoro²⁵.

Da queste constatazioni si dovrebbe dedurre, come logica conseguenza, la riduzione della fiduciarità del rapporto ad ipotesi particolari; ma il fatto singolare è che si continua a sostenere ugualmente la tesi tradizionale, sulla base di una pretesa fedeltà al dato positivo²⁶.

24 Questi aspetti sono stati colti esattamente, sia pure di sfuggita, dall'ASSANTI, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, cit., pag. 19 ss., la quale ha corretto l'affermazione secondo la quale la fiduciarità è ascritta alla personalità della prestazione, precisando che quest'ultima esprime più generalmente la stretta connessione esistente tra la persona del debitore e l'esplicazione del lavoro.

Dedica ampie argomentazioni al rapporto di intrinsecità tra la persona e la prestazione, il MANCINI, nel più volte ricordato volume su *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*. Un cenno anche in SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari, 1963, pag. 129 ss.

25 In questo senso: RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 256; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 165; MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1965, II (ed. provv.), p. 35, nota 74; ARANGUREN, *La qualifica nel contratto di lavoro*, cit., p. 48; NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, cit., p. 25.

Di grande interesse sono le pagine dedicate dal MENGONI alle trasformazioni dell'impresa e degli stessi rapporti di lavoro (*Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1958, pag. 689 ss.; ma v. anche: *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CEECA*, Milano, 1966, pag. 420 ss.). Per rilievi analoghi: BRUN, *Le trasformazioni attuali del diritto del lavoro in Francia*, in *Riv. dir. internaz. e comp. lav.*, 1964, p. 21 ss.

26 Della quale parla esplicitamente, in relazione alla dottrina italiana, il MANCINI, *loc. cit.*, nota 26.

Più coerentemente, invece, la dottrina tedesca si è occupata del fenomeno, attribuendo ad esso un notevole rilievo anche sul piano giuridico. Basterà ricordare il notevole contributo del WALLMEYER²⁷, il quale ha ritenuto di impostare tutta la sua indagine attorno al recesso per giusta causa su una distinzione tra rapporti «collegati alla persona» e rapporti «spersonalizzati», fondandola sul presupposto della notevole incidenza sulla struttura del rapporto delle modificazioni profonde che i nuovi sistemi produttivi ed il nuovo tipo di relazioni aziendali hanno introdotto.

Questo Autore ha sottolineato il fenomeno di progressiva spersonalizzazione del lavoro, rilevando che nella maggioranza dei casi la prestazione non è più determinata in relazione a qualità e capacità particolari del prestatore ed aggiungendo che il lavoro come fenomeno di massa, fa perdere di significato al singolo contratto di scambio e congiuntamente alla persona del singolo prestatore. Nella progressiva tipizzazione della prestazione di lavoro, il datore può ovviare alle transitorie lesioni di interessi incaricando del compito un altro lavoratore; dal che si rileva la crescente genericità della prestazione e la necessità di rivedere i tradizionali concetti circa la fungibilità della medesima.

Ciò non significa, secondo tali orientamenti, che non esistano più dei rapporti nei quali vengono in rilievo le qualità e le attitudini di soggetti determinati; ma queste ipotesi devono essere isolate rispetto alle altre, nelle quali indubbiamente l'elemento di collaborazione personalistica ha operato una netta retrocessione. Torna così quella distinzione tra rapporti ordinari e rapporti particolari di fiducia, a cui già si era fatto esplicito riferimento in precedenza.

Come si vede, non si tratta tanto di restare aderenti ad una normativa (che, fra l'altro, non è affatto omogenea e significante), ma di tener conto di una realtà così complessa ed imponente da non poter essere sottovalutata.

L'enorme sviluppo del progresso tecnico ha ormai da tempo sostituito al tradizionale contatto diretto tra padroni e lavoratori un rapporto assai più impersonale e quasi sempre mediato²⁸. In un certo senso, la concentrazione dei capitali e la formazione di imprese di notevole mole, oltre a distruggere il rapporto personale di un tempo, [hanno] finito anche per acuire i contrasti ed i conflitti di interessi²⁹.

La civiltà di massa tende, come è noto, ad un livellamento delle posizioni soggettive ed ad un minor rilievo delle qualità personali, almeno su un piano

27 *Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Stuttgart, 1962, particolarmente pag. 19 ss., 33 ss. e *passim*. Ma per orientamenti analoghi, v. anche: RAMM, *Die Ansetzung des Arbeitsvertrages*, Karlsruhe, 1955; LEISNER, *Grundrecht und Privatrecht*, München, 1960, pag. 258.

28 Su questa importante e complessa problematica sono di utile consultazione, fra gli altri, il *Trattato di sociologia del lavoro*, di FRIEDMANN e NAVILLE, Milano, 1963, l'opera collettiva *Lavoratori e sindacati di fronte alle trasformazioni del processo produttivo*, Milano, 1962, l'introduzione di GUIDI e GIAMBARBA al volume *I contratti nazionali di categoria dal 1955 al 1963*, Roma, 1964.

29 Con sicura intuizione, rilievi analoghi erano già stati formulati dall'ABELLO, *Della locazione*, Napoli, 1908, vol. II, pag. 280.

generale. Il fenomeno è particolarmente complesso e talvolta apparentemente contraddittorio, perché – contemporaneamente – si verifica, in alcuni casi, la necessità di una maggiore specializzazione e qualificazione.

Così, se in genere la prestazione di lavoro viene irreggimentata e standardizzata, d'altro canto – allorché si richiedano delle prestazioni qualificate – il livello di preparazione deve essere necessariamente assai superiore rispetto a quello che un tempo veniva ritenuto sufficiente. Nello stesso tempo, le continue trasformazioni del processo produttivo e l'introduzione diffusa dell'automazione producono un rivoluzionamento ed una crisi crescente delle tradizionali qualifiche: se il primo sintomo fu quello della necessità d'introdurre una categoria nuova (quella degli intermedi equiparati), tutto sommato abbastanza ibrida³⁰, in seguito la crisi si è fatta più ampia ed ha investito le stesse ripartizioni ormai consolidate. I mestieri tradizionali declinano; in molti casi si assiste alla declassificazione degli operai; in altri, si richiedono qualità tecnico-professionali del tutto diverse da quelle che un tempo rilevavano. La stessa distinzione tra i lavori manuali ed il resto dell'attività produttiva perde – di fronte all'automazione – gran parte del suo valore³¹.

Le stesse tecniche produttive aboliscono la spontaneità e l'iniziativa nel lavoro ed introducono nozioni nuove di responsabilità, incentrate nella puntuale esecuzione di attività prestabilite fino al dettaglio, piuttosto che nell'autonomia del singolo prestatore³².

Tutto questo influisce sulla posizione personale del prestatore di lavoro, non solo per ciò che attiene al suo orientamento professionale ed alla sua qualificazione, ma anche per ciò che riguarda la sua posizione psichica ed interiore di fronte all'attività lavorativa, di fronte al processo produttivo, di fronte allo stesso datore di lavoro³³.

Ma gli stessi rapporti tra le parti subiscono trasformazioni profonde, determinate sia dall'obiettivo trasformarsi delle tecniche produttive, sia dalla crescente personalizzazione dei contratti.

30 Per qualche orientamento su questa categoria, v: VINCENZI, *Orientamenti giurisprudenziali sulle «categorie speciali»*, in *Mass. giur. lav.*, 1956, pag. 140; DE LITALA, *Qualifica del lavoratore e categorie intermedie*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, I, pag. 177 (con ampi riferimenti).

31 Spunti assai interessanti si trovano, a questo proposito, nella relazione di sintesi di MOMIGLIANO e nella relazione del GIUGNI su «*Il progresso tecnologico e la contrattazione collettiva, dei rapporti di lavoro*» ambedue nel I volume dell'opera già citata *Lavoratori e sindacati di fronte alle trasformazioni del processo produttivo* (rispettivamente, pag. 74 ss. e 295 ss.).

32 Di particolare rilievo le notazioni del FRIEDMANN, *Tendenze di oggi e prospettive di domani*, nel vol. II del citato *Trattato di sociologia del lavoro*, pag. 545 ss.

33 È proprio a questo riguardo che è ormai diventato quasi di moda parlare di alienazione, e non sempre a proposito. A dire il vero, si tratta di un fenomeno assai grave e complesso, la cui problematica è tuttora aperta. Con la migliore dottrina sociologica, riteniamo che a molti degli inconvenienti lamentati si potrebbe sopperire con una più diretta partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese; il che, nel nostro sistema positivo, trova anche un presupposto fondamentale nella disposizione dell'art. 46 della Costituzione, tuttora in attesa di attuazione.

Si tende – specialmente in altri Paesi – ad ovviare a questi fenomeni con l'introduzione di nuovi sistemi di «relazioni umane» e con l'impiego di mezzi e strumenti di orientamento psicologico, la cui funzione preminente dovrebbe essere quella di sostituire un contatto a più alto livello (in un certo senso, più tecnico) a quel contatto personale che un tempo costituiva un connotato tipico del rapporto di lavoro.

In pari tempo, il contratto individuale perde gran parte della sua funzione; non solo per la crescente limitazione della autonomia individuale ad opera della legge, ma anche per effetto della contrattazione collettiva, intesa a sua volta in senso sempre più lato fino a giungere a quella integrativa aziendale³⁴.

In sostanza, non può davvero negarsi che queste imponenti trasformazioni incidano sulla struttura del rapporto di lavoro, quanto meno nel senso di scomporla in una varietà di fattispecie che non ha alcun riscontro nelle impostazioni tradizionali.

La considerazione della persona e delle sue qualità, che presuppone necessariamente un contatto diretto ed immediato fra le parti, perde rilievo e retrocede di fronte al contratto di serie, alla civiltà di massa, all'automazione, alle pressanti limitazioni dell'autonomia individuale.

Ma anche nei rapporti particolari dove ancora opera l'*intuitus*, la considerazione della persona si fonda su qualità spesso nuove rispetto a quelle tradizionali e la fiducia assume un contenuto del tutto diverso, sempre più obiettivo³⁵ e sempre più distaccato dalla sfera personale ed interiore dei soggetti.

A che, sicuramente, non è estranea anche l'esigenza di tutela del prestatore di lavoro, sul piano dell'integrità fisica e dell'integrità morale; esigenza che si esprime talvolta anche con l'obiettivazione del legame fiduciario, nei suoi presupposti e nei suoi effetti.

Possiamo quindi concludere nel senso che l'ipotesi di lavoro già suggerita dall'indagine sulla normativa, trova sostanziale conferma anche nel dato sociologico. Resta ora da controllarla con una indagine penetrante sulle singole fasi del rapporto o quanto meno sui momenti più salienti nei quali l'*intuitus* e la fiducia dovrebbero assumere particolare rilievo, secondo l'orientamento tradizionale.

34 Il NAVILLE, *Il lavoro salariato ed il suo valore*, nel *Trattato di sociologia del lavoro*, cit., II, pag. 168, 169, afferma che il contratto di lavoro sta diventando una specie di «carta» a condizioni generalmente previste, piuttosto che un contratto tra uomo e uomo.

35 Oltre alle già richiamate considerazioni del GIUGNI (v. nota 7), si veda anche la recisa ed esatta affermazione della RIVA SANSEVERINO, *Il contratto individuale di lavoro*, cit., pag. 282: «da fiducia tende ad obiettivarsi, nel senso di non dipendere più dal mero arbitrio del datore di lavoro».

Capitolo III.

***L'intuitus* nella fase di stipulazione del contratto di lavoro**

Sommario: 1. La disciplina positiva del collocamento e l'*intuitus*: aspetti generali. – 2. Il collocamento su richiesta numerica. – 3. Il collocamento su richiesta nominativa. – 4. Le assunzioni obbligatorie. – 5. Conclusioni: prevalente assenza dell'*intuitus* nella fase di stipulazione del contratto di lavoro.

1. La disciplina positiva del collocamento e l'*intuitus*: aspetti generali

Nel nostro sistema positivo, il contatto diretto ed immediato fra le parti in fase di stipulazione del contratto di lavoro rappresenta l'eccezione: di regola, invece, gli uffici pubblici preposti al collocamento provvedono all'incontro fra la domanda e l'offerta di lavoro, secondo modalità e procedure rigorosamente determinate dalla legge¹.

Praticamente, i datori di lavoro sono liberi di stipulare il contratto immediatamente con i lavoratori solo in casi ben determinati, che possono conglobarsi sostanzialmente in quattro ipotesi: assunzione di particolari categorie di lavoratori (art. 11 l. 29 aprile 1949 n. 264: coniuge, parenti e affini non oltre il terzo grado del datore di lavoro, personale con funzioni direttive, lavoratori di concetto o specializzati assunti mediante concorso pubblico, lavoratori esclusivamente a compartecipazione, domestici, portieri, addetti a studi professionali e addetti a servizi familiari, lavoratori destinati ad aziende con non più di tre dipendenti, ecc.); passaggio diretto di lavoratori da un'azienda all'altra; scambio di mano d'opera e di servizi di cui all'art. 2139 C.C.; urgente necessità di evitare danni alle persone ed agli impianti.

1 Sulla disciplina del collocamento, in generale, v.: MAZZONI, *La disciplina della domanda e dell'offerta di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, cit., Padova, 1959, vol. III, pag. 63 ss.; MENGONI, *La tutela dei lavoratori contro la disoccupazione nel diritto italiano*, nel volume a cura della CECA, *La tutela dei lavoratori contro la disoccupazione*, Lussemburgo, 1961, pag. 369 ss.; BRANCA, *Il procedimento di collocamento dei prestatori di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, pag. 243 ss.; ARDAU, *Contributo alla determinazione dell'interesse dei lavoratori al collocamento*, in *Dir. ec.*, 1958, pag. 819 ss.; LEGA, *La capacità lavorativa*, Milano, 1950, pag. 291 ss.; NAPOLETANO, *Collocamento e contratto di lavoro*, Milano, 1954 (richiami limitati all'essenziale, per ovvie ragioni; devono comunque aggiungersi tutti i Trattati e Manuali di diritto del lavoro e di legislazione sociale, che in modo più o meno esteso si occupano del collocamento).

Devesi peraltro rilevare che anche in queste ipotesi, la legge prevede determinate cautele e tende ad introdurre concrete limitazioni, dimostrando quindi ulteriormente lo scarso favore del legislatore verso il principio di libera scelta: infatti, in alcuni casi (lavoratori a compartecipazione, domestici, portinai, addetti a studi professionali, addetti a servizi familiari, lavoratori destinati ad aziende con non più di tre dipendenti) si prevede l'obbligo per il datore di comunicare all'Ufficio di collocamento i nominativi degli assunti; in altri (domestici, portieri, addetti a studi professionali e servizi familiari) si prevede un'apposita disciplina della mediazione; in altri ancora (assunzione per urgente necessità) si esige la comunicazione nominativa all'Ufficio di collocamento, per l'eventuale convalida, quando le prestazioni eccedono il limite di tre giorni.

È dunque evidente che questa fase del rapporto è una di quelle in cui opera maggiormente quell'intervento legislativo che permea sostanzialmente l'intera disciplina del rapporto di lavoro, riducendo entro confini assai ristretti l'autonomia delle parti.

Ma col riferimento al collocamento come funzione pubblica e come presupposto inderogabile per la valida stipulazione dei contratti di lavoro, non abbiamo posto in luce se non una parte del fenomeno. L'autonomia privata subisce ulteriori ed ancor più gravi limitazioni, attraverso la disciplina del collocamento obbligatorio, la cui portata è diventata col tempo sempre più vasta, investendo categorie assai numerose (invalidi di guerra, orfani di guerra e categorie assimilate, invalidi del lavoro, invalidi per servizio, profughi, reduci, ex tubercolotici, sordomuti, invalidi civili, ciechi)².

L'immagine tradizionale del datore di lavoro che sceglie il lavoratore più idoneo, in considerazione delle sue particolari qualità, rischia davvero di diventare un'astrazione, di fronte ad una disciplina così penetrante ed intensa, nella quale sopravvivono soltanto delle zone di portata assai limitata, nelle quali è ancora operante il criterio della libera scelta.

È chiaro che un simile fenomeno non può che portare a conseguenze notevoli circa l'intera struttura del rapporto; che poi ad esso si cerchi di reagire, nei fatti, con frequenti elusioni³, non è un dato che possa avere incidenza in questa sede di esclusiva valutazione giuridica.

È certo, invece, che un rapporto che nasce attraverso la mediazione necessaria di un pubblico ufficio e nel quale – in genere – la scelta viene operata da quest'ultimo più che dal datore di lavoro, assume una struttura del tutto

2 Le leggi in materia di collocamento obbligatorio sono numerosissime ed è superfluo richiamarle qui integralmente. Per una completa elencazione dei testi legislativi, v. *Codice del Lavoro*, a cura di CORRADO e BECCARIA, Torino, 1963, pag. 515 ss. (paragrafi da 69 a 101).

3 La Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione ha constatato ad esempio che nella pratica il rapporto tra richiesta numerica (che dovrebbe essere la regola) e richiesta nominativa (che dovrebbe essere l'eccezione) tende ad invertirsi (*Atti*, Roma, 1953, vol. II, tomo I, pag. 192).

peculiare, caratterizzata dalla preminenza di interessi di ordine pubblico e sociale sulla libera manifestazione della volontà delle parti.

Si potrebbe dunque già chiedersi se con una struttura di questo tipo, possa ritenersi conciliabile – in linea di principio – quella nozione di *intuitus personae* che abbiamo cercato di individuare nel primo capitolo. E la risposta dovrebbe essere negativa, sempre sul piano generale, perché non sembra davvero che la considerazione della persona come motivo essenziale determinante del consenso rappresenti il connotato caratteristico e naturale di un rapporto nel quale fin dall'inizio l'autonomia è così fortemente compressa.

Bisognerebbe quanto meno operare una prima distinzione, tra i casi in cui l'autonomia delle parti è del tutto esclusa, quelli nei quali essa permane ma viene fortemente attenuata e compressa, ed infine quelli in cui sopravvive il principio di libera determinazione e di libera scelta. Ma allora, dovremmo già riconoscere che – almeno ai particolari effetti di cui ci occupiamo – non è possibile parlare di un tipo unitario di contratto di lavoro, contraddistinto dall'*intuitus*, ma si deve far riferimento a schemi tutt'affatto diversi e molteplici, nei quali – di volta in volta – l'*intuitus* può ricorrere oppure essere del tutto assente.

Ma queste considerazioni, come si è già accennato, possono valere soltanto per una visione assai generale e quindi necessariamente superficiale del fenomeno. Una risposta adeguata all'interrogativo più sopra proposto non può essere data se non con un'analisi differenziata per le varie forme di assunzione ed in relazione alla diversa intensità della disciplina del collocamento.

2. Il collocamento su richiesta numerica

Nell'ambito della disciplina del collocamento, il sistema predominante è quello dell'avviamento al lavoro su richiesta numerica. È inutile addentrarsi, in questa sede, in un esame dettagliato della disciplina prevista dalla legge sul collocamento. Quello che conta evidenziare è soltanto l'affermazione di principio di cui all'art. 14 della legge, secondo la quale «la richiesta di lavoratori deve essere numerica per *categoria e qualifica professionale*»; alla quale fa riscontro l'obbligo posto a carico degli Uffici di collocamento di soddisfare la richiesta con lavoratori della categoria e qualifica professionale in essa indicate. Per completezza, è poi opportuno far riferimento ad un'altra disposizione fondamentale contenuta nell'art. 15, comma 5°, della legge, secondo la quale «il datore di lavoro può rifiutare di assumere lavoratori, avviati dall'Ufficio competente, i quali siano stati precedentemente da lui licenziati per giusta causa».

Da queste disposizioni si deducono le linee essenziali della disciplina e più particolarmente si evincono alcuni principi di assoluto rilievo.

Anzitutto, appare evidente che il datore di lavoro deve inoltrare una richiesta puramente numerica, con la sola possibilità di indicare la categoria e la qualifica dei lavoratori occorrenti. Non sembra che la tassatività della norma possa

essere seriamente contestata; se il legislatore ha inteso specificare le indicazioni che il datore di lavoro può unire alla richiesta numerica, è chiaro che non se ne potrebbero aggiungere altre senza violare non solo la lettera, ma anche lo spirito e la sostanza dell'intera disciplina⁴. Il legislatore ha insomma voluto eliminare la facoltà di scelta del datore di lavoro; al quale è consentito soltanto di specificare la categoria e la qualifica, per ragioni del tutto evidenti; nessuno potrebbe infatti pretendere che un datore di lavoro assumesse dei lavoratori di cui non ha bisogno.

Il compito di individuare le persone corrispondenti a quei particolari requisiti (categoria e qualifica) è rimesso all'Ufficio di collocamento; il quale sceglierà tra i lavoratori iscritti nelle apposite liste, secondo i criteri di preferenza stabiliti dalla legge ed in base a quel controllo (peraltro assai sommario) di idoneità, già effettuato in sede di iscrizione. È infatti in quel momento che il collocatore deve controllare che il lavoratore abbia compiuto l'età stabilita dalla legge per essere assunto e sia in possesso del libretto di lavoro (art. 9 della legge).

Ne risulta dunque che solo all'Ufficio di collocamento spetta di individuare ed accertare i requisiti essenziali e quindi di avviare al lavoro coloro che ne risultano in possesso.

Il datore di lavoro non può – evidentemente – rifiutare i lavoratori avviati⁵, poiché altrimenti l'intera disciplina resterebbe priva di senso e di concreta efficacia.

4 Non si può dunque consentire con la tesi dell'ARANGUREN, *La qualifica*, ecc., cit., pag. 167, tendente ad estendere la portata delle indicazioni che il datore di lavoro avrebbe la facoltà di precisare.

Tesi siffatte sono state del resto costantemente respinte dalla giurisprudenza, la quale ha chiarito che il datore di lavoro non può indicare altri requisiti oltre il numero, la categoria e la qualifica e quindi non può specificare neppure l'età dei lavoratori richiesti, salva soltanto l'ipotesi in cui essa incida concretamente sulla categoria e qualifica (Cass. civ. 9 luglio 1958, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, pag. 370; App. Milano 29 marzo 1957, in *Riv. giur. lav.*, 1957, II, pag. 228).

5 Tra gli AA. che si sono espressi in senso analogo, ricordiamo: BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1949, vol. II, pag. 120 (il quale afferma che l'unica possibilità di controllo da parte del datore di lavoro è quella che si effettua, successivamente all'assunzione, con l'esperimento di un periodo di prova); PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, pag. 73; BRANCA, *Il procedimento di collocamento dei prestatori di lavoro*, cit., pag. 116; LEVI SANDRI, *Istituzioni di legislazione sociale*, Milano, 1960, pag. 110.

Contra, invece: ARDAU, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 108 (per il quale la libertà di scelta è intatta anche nel sistema del collocamento numerico); LEGA, *La capacità lavorativa*, cit., pag. 291 (per il quale il datore può rifiutarsi di assumere i lavoratori che «a suo discrezionale giudizio» ritenga di non assumere, mentre l'Ufficio di collocamento dovrebbe avere il potere di valutare i motivi adottati se pure con conveniente elasticità; ma ognuno vede come tutto questo sia estraneo rispetto al sistema positivo).

Una posizione particolare è quella dell'ARANGUREN, *La qualifica*, cit. pag. 167, che afferma che il datore di lavoro può legittimamente rifiutare il lavoratore avviato quando questo non abbia quelle caratteristiche particolari che il datore stesso ha facoltà di precisare nella richiesta; è da notare però che per questo A. le caratteristiche che il datore ha facoltà di indicare sono più estese di quanto non risulti dal testo della legge. La giurisprudenza è costante nel senso

D'altra parte, la stessa legge indica l'unico caso in cui è ammesso il rifiuto del datore di lavoro e cioè quello in cui il lavoratore avviato sia stato da lui stesso licenziato in precedenza per giusta causa. La disposizione dell'art. 15 è veramente significativa sotto molteplici profili: anzitutto, perché l'indicazione di una ipotesi specifica di rifiuto dimostra che in tutti gli altri casi il datore è tenuto ad assumere i lavoratori avviati; in secondo luogo, perché la *ratio* di questa disposizione è tale da non incidere sul problema della scelta dei lavoratori, proprio per la sua eccezionalità e per l'evidente esigenza di tutela anche dell'interesse del datore di lavoro, quando esso sarebbe inesorabilmente compromesso dall'attività dell'Ufficio; infine, perché con la sua stessa dizione letterale, fornisce argomenti di sicuro rilievo per un'esatta distinzione tra la procedura amministrativa di collocamento e il momento di stipulazione del contratto⁶.

In realtà, a nostro avviso, questa particolare disciplina del collocamento non elimina il contratto, sostituendo ad esso un atto complesso, oppure un atto autoritativo proveniente da un ufficio pubblico⁷. La procedura amministrativa

del testo; v. particolarmente: Cass. civ. 9 luglio 1958, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, pag. 370; App. Milano 29 marzo 1957, in *Riv. giur. lav.*, 1957, II, pag. 228.

6 È stato acutamente rilevato dal MENGONI, *La tutela dei lavoratori contro la disoccupazione nel diritto italiano*, cit., pag. 438, che dall'art. 15, comma 5, della legge, risulta chiaramente che l'assunzione del lavoratore «avviato», cioè la conclusione del contratto, non è contestuale, ma successiva al procedimento amministrativo.

7 Sarebbe arduo richiamare qui tutta la problematica relativa alla natura del procedimento di collocamento e circa i rapporti tra lo stesso e il contratto di lavoro. Poiché tutto questo resta fuori del campo della nostra indagine, ci limiteremo ad alcuni rilievi essenziali.

È nota la tesi del NAPOLETANO, *Collocamento e contratto di lavoro*, Milano, 1954, secondo la quale con l'avviamento comunicato tramite il lavoratore al datore di lavoro richiedente, si esaurisce il ciclo formativo del contratto di lavoro. Altrettanto nota la tesi del BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1949, vol. II, pag. 41 e 112 ss., secondo la quale l'iscrizione del lavoratore nelle liste di collocamento costituisce un'offerta di contratto al pubblico e la richiesta del datore costituisce a sua volta un'accettazione in bianco, in quanto la designazione del lavoratore è riservata all'Ufficio: donde la natura complessa del procedimento e la caratteristica del provvedimento di avviamento, di integrare cioè l'accettazione del datore e quindi contribuire al perfezionamento del contratto. In senso pressoché analogo, v. anche la RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960.

Peraltro, la tesi prevalente nella nostra dottrina è quella per così dire «contrattuale»: il procedimento amministrativo funziona come presupposto, ma non interferisce sulla struttura del contratto di lavoro, che resta pur sempre autonomo. In sostanza, ciò che è tolto ai privati è la facoltà di scegliere le persone con cui si vuole contrattare; questo potere di individuazione e di designazione spetta all'Ufficio e si risolve quindi anche nell'imposizione al datore di un obbligo di contrattare con la persona designata dall'Ufficio.

Naturalmente, la dottrina presenta molteplici sfumature, nella ricerca di un'esatta definizione della natura del procedimento amministrativo e dei suoi rapporti col contratto. Si può peraltro cogliere il dato costante, più sopra indicato, che è quello di un rapporto di successione anche temporale tra il procedimento amministrativo e la conclusione del contratto (D'EUFEZIA, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1963, pag. 128 ss.; PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1954, pag. 72 ss.; LEGA, *La capacità lavorativa*, cit., pag. 291 ss.; ARDAU, *Contributo alla determinazione dell'interesse dei lavoratori al collocamento*, in *Dir. ec.*, 1958, pag. 819 ss.; LEVI SANDRI, *Istituzioni di*

funziona da presupposto indispensabile ed insostituibile perché le parti possano entrare in contatto e possa quindi verificarsi l'incontro dei consensi. I quali tuttavia saranno già in buona parte determinati e condizionati dalla scelta operata dall'ufficio di collocamento e dovranno quindi rivolgersi piuttosto alle condizioni di svolgimento del rapporto⁸ che non a quella fase ancora precedente, sulla quale può di norma operare la reciproca considerazione della persona.

Quale che sia l'orientamento a cui si intenda aderire circa la natura del procedimento di collocamento, ci sembra assai arduo contestare la sussistenza di un dato fondamentale e cioè l'assoluto difetto di ogni libertà di scelta personale da parte del datore di lavoro e la riduzione dell'autonomia privata entro limiti estremamente ristretti.

Il che è quanto basta, a nostro parere, per dimostrare la genericità della prestazione di lavoro, in tutte queste ipotesi, e la trasformazione del contratto individuale in contratto di serie: due elementi, la cui incompatibilità con la nozione di *intuitus* non occorre davvero sottolineare⁹.

Vero è che non sono mancati i tentativi di far sopravvivere l'*intuitus* anche nel collocamento su richiesta numerica; ma essi non possono davvero considerarsi destinati a riscuotere il generale consenso.

Alcuni Autori¹⁰ hanno fondato il loro assunto essenzialmente sul presupposto della facoltà per il datore di lavoro di rifiutare il lavoratore avviato. Ma questa tesi non trova riscontro in nessuna disposizione della legge; anzi, come si è visto, è nettamente smentita proprio dalla inequivocabile dizione dell'art.

legislazione sociale, Milano, 1960, pag. 109 ss.; MAZZONI, *La disciplina della domanda e dell'offerta di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, cit., vol. VII, pag. 130 ss.; BRANCA, *Il procedimento di collocamento dei prestatori di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, pag. 243 ss.; MENGONI, *La tutela dei lavoratori contro la disoccupazione nel diritto italiano*, cit., pag. 437).

Per la giurisprudenza basterà ricordare la sentenza del Supremo Collegio 30 settembre 1955 n. 2378, in *Riv. dir. lav.*, 1956, II, pag. 112, secondo la quale l'atto del collocatore non è costitutivo del rapporto e quest'ultimo non può considerarsi ancora sorto al momento della presentazione dell'avviato.

8 Anche su questo piano vi sono peraltro notevoli limitazioni: l'art. 14, ultimo comma, della legge sul collocamento dispone che l'Ufficio di collocamento, nell'atto di soddisfare la richiesta del datore di lavoro, è tenuto ad accertarsi che le condizioni offerte ai nuovi assunti siano conformi alle tariffe ed ai contratti collettivi. Questa norma fu ritenuta da alcuni illegittima; ma la Corte Costituzionale, con decisione 8 aprile 1958 n. 30, ha dichiarato infondata la questione.

9 In effetti, la maggioranza della dottrina si esprime concordemente in questo senso. Basterà ricordare, per tutti: MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 50 ss.; ASSANTI, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, cit., pag. 18; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., 1958, pag. 151; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 177; ARANGUREN, *La qualifica nel contratto di lavoro*, cit., pag. 48; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, cit., pag. 46. Non è ben chiara, invece, la posizione del NAPOLETANO, *Collocamento e contratto di lavoro*, cit., pag. 73 ss., il quale parla di variabilità dell'elemento fiduciario, ma senza chiarire se esso permanga anche nel collocamento numerico.

10 ARDAU, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 108 e 158; LEGA, *La capacità lavorativa*, cit., pag. 291; ed anche, in: *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 240.

15. Per di più, abbiamo già rilevato come l'intero sistema resterebbe vuoto di contenuto e di efficacia se si ammettesse questa facoltà del datore: o il sistema è diretto ad eliminare la facoltà di scelta, ed allora è solo all'Ufficio di collocamento che spetta l'individuazione dei lavoratori da avviare e il datore non può che sottostare all'esercizio di questo potere rimesso ad un pubblico ufficio; oppure, il sistema è diretto a conservare la libertà di scelta del datore, ed allora non si capisce bene a che cosa esso debba servire o quale funzione abbia assegnato il legislatore al collocamento pubblico. La verità è che l'intera disciplina si giustifica ed ha senso solo in quanto si ammetta che la libertà di scelta è stata sottratta ai privati, per essere rimessa ad un organo ritenuto più idoneo a svolgere la funzione di incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro.

Altri Autori¹¹ hanno fatto riferimento, invece, alla impossibilità di limitare la libertà del lavoratore di occuparsi e la libertà del datore di assumere la manodopera necessaria ed idonea. In realtà, questa tesi, più che investire il contenuto della disciplina, pone il problema della legittimità della medesima. Ma non è difficile obiettare che nessuna libertà è illimitata ed incondizionata e che anche i diritti fondamentali debbono essere inquadrati nell'ambito dell'ordinamento positivo e temperati con gli altri diritti e con le esigenze di carattere generale e sociale; la stessa iniziativa economica privata è stata dichiarata libera, a condizione che non si ponga in contrasto con l'utilità sociale. La disciplina del collocamento risponde, negli intendimenti del legislatore, ad esigenze di carattere sociale di fondamentale rilievo; sì che non sembra che seriamente potrebbe contestarsene la legittimità costituzionale.

Un ulteriore tentativo è stato compiuto dal Novara¹², il quale ha sostenuto che in definitiva la natura fiduciaria non viene meno neppure nel collocamento numerico, anche se l'intuitus risulta attenuato. Secondo questo Autore, il fatto rilevante consiste nella possibilità per il datore di indicare la categoria e la qualifica; per cui, sussisterebbe pur sempre una individuazione delle qualità essenziali, ancorché manchi un'indicazione nominativa.

Un simile assunto è palesemente in contrasto con la stessa nozione di *intuitus* generalmente accolta. La considerazione della persona, in cui si sostanzia il contenuto dell'*intuitus*, non può intendersi per gruppi e con riferimento a categorie astratte; essa presuppone invece una individuazione particolare ed un riferimento

11 DEL GIUDICE, *Lezioni di diritto del lavoro secondo la Costituzione*, cit., pag. 158 ss.

12 *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, cit., pag. 29, nota 52. Il Novara pone sullo stesso piano l'individuazione nominativa del lavoratore e l'individuazione delle sue qualità essenziali; il risultato è che – secondo questo A. – l'*intuitus* funzionerebbe, se non nei confronti dei singoli soggetti, nei confronti di una determinata categoria. Ora, per quanto lata possa essere la concezione di *intuitus*, ci sembra impossibile estendere la nozione di «persona» fino a comprendervi addirittura una categoria di soggetti. In realtà, a noi sembra che persona e categoria siano due nozioni contrastanti e del tutto incompatibili.

Se con questo il Novara vuol riferirsi a quella che taluni AA. hanno definito «fiduciarità relativa», valgono i rilievi già formulati a questo proposito nel primo capitolo.

specifico ad una persona determinata, della quale soltanto rilevano le qualità essenziali.

Un contratto è stipulato *intuitu personae*, quando una parte ha tenuto presenti le qualità personali dell'altro contraente e non già quando astrattamente si è fatto riferimento a certe caratteristiche o qualità; in altre parole, può dirsi che un soggetto ha stipulato un contratto «*intuitus*» solo quando la considerazione *della persona* e delle qualità essenziali dell'*altro contraente* è stata il motivo determinante del consenso.

Né sembra argomento valido quello che fa leva sulla infungibilità della prestazione anche in caso di collocamento numerico¹³.

A prescindere anche dal fatto – già accennato nel primo capitolo e sul quale torneremo diffusamente – che non esiste un rapporto necessario tra *intuitus* e infungibilità della prestazione, si può comunque osservare che la prestazione a cui si fa riferimento in fase di collocamento numerico non può che essere strutturalmente generica. Il solo fatto che un datore di lavoro richieda, ad esempio, venti manovali, e che l'Ufficio di collocamento ne scelga un numero corrispondente alla richiesta tra cento iscritti nelle liste, dimostra la genericità della prestazione considerata; tanto più che gli stessi criteri di preferenza tra i lavoratori iscritti attingono a dati temporali oppure a dati soggettivi¹⁴ e non hanno legame alcuno col contenuto della prestazione cui si riferisce la richiesta. Può ancora aggiungersi che una prestazione, di per sé generica, può diventare infungibile successivamente; ma questo fenomeno è del tutto privo di rilevanza, agli effetti di cui ci stiamo occupando, per un duplice ordine di motivi. Anzitutto, l'*intuitus* potrebbe essere assente nella fase di stipulazione, tornando peraltro ad assumere rilievo durante lo svolgimento del rapporto¹⁵; in secondo luogo, la successiva infungibilità della prestazione può anche non avere alcun rapporto con la considerazione della persona e dipendere esclusivamente da necessità organizzative e disciplinari.

13 A questo elemento si richiamano in particolare, oltre al NOVARA (v. nota che precede), il D'EUFEMIA, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 128 ss., il LEGA, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 119, nota 2. Sostanzialmente affine alla posizione di questi AA. è quella del COMPORI, *Gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro*, Milano, 1961, pag. 34, nota 3, il quale afferma che il carattere fiduciario del rapporto di lavoro non viene meno neppure nel collocamento numerico e nelle assunzioni obbligatorie «perché la fiducia determina i propri normali effetti durante tutto lo svolgimento del rapporto di lavoro».

14 La legge sul collocamento, all'art. 15, stabilisce i criteri di cui si deve tener conto complessivamente: anzianità d'iscrizione nelle liste, situazione economica e patrimoniale, desunta anche dallo stato di occupazione dei componenti del nucleo familiare e dagli altri elementi concorrenti nella valutazione dello stato di bisogno del lavoratore, anche con riguardo allo stato sanitario del nucleo familiare. Lo stesso articolo fa riferimento ad un criterio preferenziale soggettivo, in relazione a quei lavoratori che abbiano conseguita una qualificazione professionale negli appositi corsi.

15 Questa è, del resto, la tesi predominante; v. per tutti: MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 50 ss.

Ci sembra dunque di poter concludere – del resto con la maggioranza della dottrina – nel senso che il sistema del collocamento su richiesta numerica è del tutto incompatibile con un'esatta nozione dell'*intuitus personae*.

3. Il collocamento su richiesta nominativa

Se il sistema della richiesta numerica è quello normale e prevalente, la legge prevede tuttavia anche l'eccezione, ammettendo (art. 14, comma 3) la richiesta nominativa per i lavoratori destinati ad aziende con meno di cinque dipendenti, per i lavoratori di concetto oppure aventi una particolare specializzazione o qualificazione, per il personale destinato a posti di fiducia connessi con la vigilanza e custodia della sede di opifici, cantieri, beni dell'azienda, per il primo avviamento di lavoratori in possesso di titoli di studio rilasciati da scuole professionali.

È assolutamente pacifico che in questo caso l'Ufficio di collocamento non fa altro che rimuovere un ostacolo, concedendo quindi una autorizzazione amministrativa che non incide per nulla sulla facoltà di scelta¹⁶. L'individuazione del lavoratore resta infatti nella sfera di competenza del datore di lavoro, al quale soltanto è rimesso l'accertamento delle qualità del prestatore e della sua idoneità a svolgere quel particolare lavoro.

Basta osservare l'elenco delle categorie per le quali è ammessa la richiesta nominativa, per rilevare immediatamente la *ratio* di questa deroga al sistema fondamentale: in definitiva, si tratta di quei casi in cui – per una particolare immediatezza dei rapporti nell'interno dell'azienda, oppure per una peculiare qualificazione necessaria nel prestatore, oppure ancora per la particolarità delle prestazioni che debbono essergli affidate – l'incontro dei consensi deve riposare su una piena autonomia e su una completa determinazione della volontà.

Sarebbe impossibile, in queste ipotesi, rimettere alla valutazione di un ufficio pubblico l'accertamento delle qualità richieste nel prestatore da assumere; per quanto organizzato, infatti, un pubblico ufficio non può operare scelte concrete se non in riferimento a prestazioni generiche e sulla base di criteri preferenziali attinenti a dati meramente estrinseci (lo stato di bisogno, il carico familiare, lo stato sanitario familiare, e così via). Ma quando la prestazione assuma un

16 Sul procedimento relativo alla richiesta nominativa e sulla natura dei provvedimenti dell'Ufficio, v. soprattutto: D'EUFEMLIA, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 129; NAPOLETANO, *Collocamento e contratto di lavoro*, cit., pag. 74 ss.; LEGA, *La capacità lavorativa*, cit., pag. 291 ss.; ARDAU, *Contributo alla determinazione dell'interesse dei lavoratori al collocamento*, in *Dir. ec.*, 1958, pag. 825; BARASSI, *Diritto del lavoro*, 1949, II, pag. 49 ss.; LEVI SANDRI, *Istituzioni di legislazione sociale*, cit., pag. 109 ss.; MAZZONI, *La disciplina della domanda e dell'offerta di lavoro*, cit., pag. 130 ss.; BRANCA, *Il procedimento di collocamento dei prestatori di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, pag. 298 ss.; MENGONI, *La tutela dei lavoratori contro la disoccupazione nel diritto italiano*, cit., pag. 437 ss.

Naturalmente, gli Autori che ritengono che l'*intuitus* sopravviva anche nel collocamento numerico, mostrano una certa tendenza ad una visione unitaria delle due procedure, configurate prevalentemente sotto il profilo della rimozione di un ostacolo a contrarre.

contenuto specifico, quando la scelta debba fondarsi su criteri meno estrinseci e più personali, è chiaro che solo il datore di lavoro potrà compiere una simile valutazione, individuando i soggetti che – per le loro qualità – possano concretamente soddisfare le esigenze dell'impresa.

Ed è proprio questa scelta – essenzialmente libera nella sua determinazione – a dar vita a quei rapporti di «fiducia particolare» a cui si riferisce con insistenza la dottrina tedesca¹⁷. Se può dubitarsi dell'esattezza di questa espressione, è certo tuttavia che la considerazione di certe qualità personali è qui motivo determinante del consenso: per cui può ragionevolmente riconoscersi la sussistenza dell'*intuitus personae*.

4. Le assunzioni obbligatorie

Si è già accennato, inizialmente, alla crescente diffusione del sistema del collocamento obbligatorio¹⁸. In questo caso, l'autonomia privata subisce forse la più penetrante compressione, fino a restare quasi totalmente esclusa.

Infatti, il datore di lavoro non conserva neppure la facoltà di apprezzare le esigenze dell'azienda; l'avviamento del lavoratore appartenente ad una delle speciali categorie per le quali opera il collocamento obbligatorio è determinato esclusivamente da un criterio di pura percentuale.

Il giudizio di idoneità al lavoro del prestatore è rimesso generalmente a Commissioni apposite previste dalle varie leggi speciali, alle quali spetta anche il compito di suddividere i lavoratori per categorie professionali e di curarne il collocamento¹⁹.

È chiaro dunque che qualsiasi facoltà di determinazione e di scelta da parte del datore di lavoro è completamente esclusa. Ed emerge chiaramente da tutto il sistema che il datore non può rifiutarsi di assumere il lavoratore avviato²⁰.

17 Del resto, è forse nello stesso senso che va intesa l'espressione del NAPOLETANO, *Collocamento e contratto di lavoro*, cit., pag. 74): «La richiesta nominativa è largamente ammessa per tutte quelle qualifiche che richiedono una particolare fiducia».

18 Sul quale, da ultimo, v.: PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1965.

19 Si vedano, in particolare, la legge 29 aprile 1949 n. 264 (art. 9 ult. comma), il D.lg. C.P.S. 3 ottobre 1947 n. 1222 (art. 4), il D.lg. 15 aprile 1948 n. 538 (art. 8) e così via, che fanno tutti riferimento ad apposite Commissioni, alle quali spetta di dichiarare l'idoneità dei lavoratori, iscriverli negli appositi elenchi, individuando la categoria per la quale sono idonei, provvedere all'avviamento e spesso anche controllare che siano adibiti alle mansioni per le quali ne è consentito l'impiego.

20 In questo senso sono orientate la dottrina e la giurisprudenza predominanti: sono ormai pochi a sostenere che non esiste un diritto soggettivo all'assunzione (per un esempio caratteristico, v.: ARDAU, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 108; ID., *Contributo alla determinazione dell'interesse dei lavoratori al collocamento*, cit., pag. 827).

Per un quadro esauriente della giurisprudenza, si veda la rassegna del VINCENZI, *Il collocamento obbligatorio dei mutilati ed invalidi del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 190 ss.

Non vediamo quindi come in queste ipotesi – che sono diventate, nel tempo, assai numerose – potrebbe ancora parlarsi di *intuitus* o di rapporto fiduciario. Qualunque considerazione della persona del prestatore è senz'altro fuori discussione, per l'ovvia incompatibilità tra un elemento volitivo e soggettivo come quello dell'*intuitus* ed un sistema che prescinde completamente dalla volontà delle parti ed anzi tende ad escluderla. Bisogna poi aggiungere che in questi casi è sostanzialmente escluso perfino quel contatto successivo tra le parti che è costituito dal periodo di prova. È opinione assolutamente predominante²¹ che la rigidità del sistema precluda anche questo pur limitato controllo. In realtà, dal momento che alle speciali Commissioni di cui si è fatto cenno è riservato il compito di dichiarare l'idoneità al lavoro dei soggetti cui si riferisce il collocamento obbligatorio, nonché di distinguerli per categorie in relazione alle loro attitudini fisiche e professionali, e poiché queste valutazioni sono assolutamente vincolanti per il datore, non si riesce a vedere in quale ambito potrebbe operare ed a quale finalità potrebbe rispondere il periodo di prova.

Nel collocamento ordinario, come si è già visto, l'autonomia è notevolmente ridotta, ma non del tutto eliminata: il datore può infatti indicare il numero dei lavoratori che gli occorrono e può specificare la categoria; poiché l'Ufficio esercita soltanto un controllo esteriore e documentale, può ammettersi che il datore sottoponga a periodo di prova il dipendente avviato, per un controllo della capacità e delle attitudini tecnico-professionali²². Nel collocamento obbligatorio, invece, il datore di lavoro non formula alcuna richiesta, né ha modo di specificare le mansioni o le categorie; e il giudizio di valutazione sull'idoneità e sulla capacità spetta alle più volte ricordate Commissioni.

5. Conclusioni: prevalente assenza dell'*intuitus* nella fase di stipulazione del contratto di lavoro

L'indagine specifica sulle varie forme di collocamento reca dunque una decisiva conferma a quei rilievi di carattere generale che avevamo formulato fin dall'inizio. Il sistema positivo che regola l'incontro tra domanda ed offerta di

21 Per tutti, v.: PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 73. Per quanto riguarda la giurisprudenza, segnaliamo la sentenza 14 giugno 1957 n. 2242 della Corte di Cassazione (in *Mass. giur. lav.*, 1958, pag. 11) assai esplicita nel senso del testo, in conformità del resto all'orientamento predominante (v. anche: Cass. civ. 10 ottobre 1955 n. 2742, in *Mass. giur. lav.*, 1955, pag. 219; App. Firenze 6 giugno 1958, in *Mass. Giust. civ.*, 1958, 114). In senso contrario, conosciamo un'unica, isolata, decisione della Corte di Appello di Perugia (1 luglio 1953, in *Orient. giur. lav.*, 1953, 550).

22 Il problema, che può presentare un certo margine di interesse e di dubbio, non risulta approfondito dalla dottrina, che forse lo considera pacifico. Ne parlano, nel senso della piena ammissibilità del periodo di prova, il BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., vol. II, pag. 120, il PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 73, l'ARDAU, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 108, il BRANCA, *Il procedimento di collocamento dei prestatori di lavoro*, cit., pag. 116 ss.

lavoro è congegnato in modo da escludere, per lo più, la sussistenza dell'*intuitus*, salvo in casi ben determinati ed elencati in modo tassativo.

Se anche si ritiene necessario l'incontro delle volontà delle parti, ai fini della stipulazione del contratto di lavoro, è certo che l'ambito riservato all'autonomia contrattuale è veramente limitato ed angusto. Il datore di lavoro che assume un gruppo di lavoratori richiesti numericamente, risponde soltanto ad una spinta interiore, che non è davvero quella della particolare considerazione della persona dell'altro contraente: egli ha bisogno di un complesso di prestazioni generiche e da questo è indotto a formulare la richiesta all'Ufficio di collocamento e quindi a stipulare il contratto con i lavoratori avviati.

A maggior ragione, non può configurarsi un motivo determinante del consenso in relazione alla persona del lavoratore, nel caso di assunzioni obbligatorie, dove – come si è visto – manca perfino l'interesse verso prestazioni generiche e dove il datore subisce, sostanzialmente, un sistema ispirato a criteri di protezione sociale.

Anche là dove si ammette la possibilità di un periodo di prova, la libertà di determinazione non è tale da far ritenere sussistente l'*intuitus*. Trattasi in realtà di un controllo, successivo e limitato, sulle attitudini del lavoratore avviato, che non basta da solo ad escludere la genericità delle prestazioni richieste. Il fatto che il periodo di prova abbia esito positivo non può far concludere che il datore si sia indotto a stipulare il contratto in relazione a particolari qualità della persona dell'altro contraente. Esse infatti erano tali da poter essere genericamente indicate, in sede di richiesta numerica; e tali restano anche quando in concreto il datore abbia potuto constatarne la sussistenza.

È appena il caso di ricordare che, in generale, nei contratti stipulati *intuitu personae*, è il momento iniziale quello che ha maggior rilievo ed influenza l'intera vita del rapporto.

È davvero singolare, e deve indurre ad attente riflessioni, il fatto che, nel rapporto di lavoro, proprio nella fase iniziale l'*intuitus* debba considerarsi prevalentemente assente.

Capitolo IV

L'intuitus personae nello svolgimento del rapporto: a) infungibilità e personalità della prestazione lavorativa

Sommario: 1. Aspetti generali del problema. – 2. Infungibilità oggettiva e infungibilità soggettiva delle prestazioni. – 3. La pretesa infungibilità della prestazione di lavoro. – 4. Effetti estintivi della morte del prestatore: fondamento. – 5. Il principio di personalità della prestazione di lavoro e la sua *ratio*.

1. Aspetti generali del problema

Si afferma generalmente che la prestazione lavorativa deve essere personale; da questa premessa si deduce il suo carattere di oggettiva infungibilità, il cui fondamento risiederebbe nell'*intuitus* e nella fiducia che permeano il rapporto di lavoro¹. Questo convincimento generale – cui fanno riscontro soltanto poche voci discordi, per lo più espresse in forma dubitativa² – può apparire talmente

1 In questo senso: LEGA, *La diligenza del lavoratore*, Milano, 1963, pag. 240 ss., 119 nota 2; ARANGUREN, *La qualifica nel contratto di lavoro*, cit., pag. 46 ss.; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, Milano, 1960, pag. 120; NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, cit., pag. 27 ss.; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, cit., pag. 46 ss.; BARASSI, *Il contratto di lavoro nell'ordinamento positivo italiano*, 1915, I, pag. 640 e 1917, II, pag. 196, 620 (peraltro con notevoli oscillazioni); RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 62; PERGOLESI, *Il contratto individuale di lavoro*, Bologna, 1945, pag. 34. Per il CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, pag. 29, 81 ss., l'infungibilità della prestazione è un effetto costante dell'*intuitus*; peraltro, a proposito della personalità dell'esecuzione, collegata da questo A. all'elemento fiduciario, si vedano gli sforzi dialettici a cui è costretto a ricorrere per giustificare alcune ipotesi previste dall'art. 2232 c.c.

Sull'infungibilità come effetto tipico dell'*intuitus*, v. anche: LORIZIO, *Il contratto d'appalto*, Padova, 1935, pag. 128. La giurisprudenza fa spesso riferimento all'infungibilità della prestazione ma non sempre ne giustifica il fondamento. Per un'impostazione decisamente «fiduciaria» v.: Trib. Roma, 1 febbraio 1957, in *Mass. giur. lav.*, 1957, pag. 149.

2 L'ASSANTI, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milano, 1961, pag. 17 ss., afferma che la classificazione della prestazione di lavoro fra quelle infungibili genera non poche perplessità. Ugualmente dubitativo è il COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, pag. 187, che pure è un assertore della natura fiduciaria del rapporto di lavoro. Lo SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari, 1963, pag. 129, è assai più esplicito ed afferma che la c.d. infungibilità della prestazione lavorativa non può certo identificarsi con la insostituibilità del debitore del fare le cui peculiari attitudini siano considerate rilevanti ai fini dell'adempimento. Le prime perplessità risalgono addirittura all'ABELLO, *Della locazione*,

ovvio da rendere superflua qualsiasi ulteriore indagine. In effetti, nel quadro del contratto di lavoro, non sembra concepibile la possibilità di mutamento della persona obbligata a rendere la prestazione, senza che l'intera struttura del rapporto venga ad essere modificata. Chi assume un dipendente, fa conto sulla sua attività personale e non può logicamente aspettarsi che al suo posto si presenti un altro soggetto, sia pure dotato di identica capacità; né apparirebbe concepibile che nell'organismo aziendale si inserissero eventuali coadiutori del prestatore, senza che la struttura organizzativa e disciplinare ne avesse profondamente a risentire; tutto ciò senza considerare i vistosi problemi che nascerebbero ai fini delle assicurazioni sociali e della stessa sicurezza del lavoro.

Ma allorché si approfondisce il problema, emergono dei dati quanto meno sconvolgenti.

Lo stesso sistema del collocamento numerico, come si è già visto ruota attorno ad un'evidente genericità delle prestazioni ed esclude che strutturalmente vi possano essere delle differenze sostanziali tra le prestazioni rese dall'uno o dall'altro dei soggetti che rivestono la qualifica richiesta.

Ma la sostanziale equivalenza può verificarsi anche al di fuori del sistema del collocamento numerico e perfino nell'ambito di prestazioni di notevole livello.

Inoltre, si ammette generalmente che il lavoratore possa farsi sostituire o coadiuvare da altri, ogni volta che il datore di lavoro lo autorizzi esplicitamente, o quanto meno tacitamente acconsenta.

Nascono allora i primi interrogativi ed appare logico chiedersi se personalità e infungibilità della prestazione coincidano e se la riconosciuta esigenza della esecuzione personale da parte del prestatore trovi davvero il suo fondamento strutturale nella natura fiduciaria del rapporto.

Questa problematica – se ha lasciato indifferente una gran parte della dottrina – è stata peraltro colta almeno da quegli Autori che hanno cercato di reperire una spiegazione del fenomeno diversa da quella tradizionale e predominante. Si è quindi talora fatto riferimento alla struttura «personale» del rapporto di lavoro³; mentre altre volte si è preferito far leva sulle necessità organizzative e disciplinari dell'impresa⁴. Ma i risultati non sembrano ancora appaganti: si

cit., II, pag. 179, il quale aveva svalutato il momento della fiducia ed aveva avvertito che di infungibilità era possibile parlare soltanto in senso relativo.

3 È la tesi predominante, oltre che nella dottrina tedesca, in quella francese; per la quale, v. particolarmente: RUVIERO e SAVATIER, *Droit du travail*, Paris, 1956, pag. 248; BRUN e GALLAND, *Droit du travail*, Paris, 1958, pag. 239; DURAND, *Traité de droit du travail*, cit., II, pag. 578 ss. Si avvicina in certo modo a questo orientamento, il MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano*, Firenze, 1952, pag. 185.

4 Questa tesi è stata sostenuta dal GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, pag. 220, il quale integra il richiamo al carattere personale della prestazione col riferimento alle esigenze organizzative e disciplinari dell'impresa. Con ancor maggior vigore, il CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, Pisa, 1929, nega che si tratti di infungibilità oggettiva e soggettiva e sostiene che il fondamento della personalità della prestazione risiede nell'inserzione del lavoratore nell'azienda.

continua infatti a parlare indifferentemente di personalità e di infungibilità della prestazione, mentre la stessa nozione di infungibilità appare ancora malsicura, forse anche per un uso non sempre appropriato della terminologia giuridica⁵. D'altro canto, non sembra che gli sconcertanti fenomeni più sopra sinteticamente accennati abbiano inciso sulle concezioni predominanti, né che si sia operato un serio tentativo di superare le contraddizioni che derivano dall'impostazione tradizionale.

Sembra dunque opportuno e necessario tentare di stabilire alcuni punti fermi in tema di fungibilità, prima di passare ad un esame della normativa e delle particolari caratteristiche della prestazione di lavoro.

2. Infungibilità oggettiva e infungibilità soggettiva delle prestazioni

Si dice che un bene è *fungibile* quando esso può essere sostituito con un altro, nell'ambito dello stesso *genus*⁶; parimenti, si dice che è fungibile una prestazione quando essa non viene modificata in modo rilevante per il fatto che il comportamento sia tenuto da persone diverse⁷.

La fungibilità è dunque basata su un giudizio di sostanziale equivalenza tra due cose ovvero tra due prestazioni. Certo, il giudizio assume caratteri diversi allorché si riferisce ad obbligazioni anziché a beni. È noto infatti che la dottrina è assai divisa proprio in relazione al concetto di prestazione, individuata da alcuni nel comportamento dovuto, da altri nel bene dovuto, da altri ancora

5 Ad esempio, l'ARDAU, che è un sostenitore della infungibilità strutturale della prestazione di lavoro, afferma poi che «il contratto di lavoro è caratterizzato dalla infungibilità *soggettiva*, che si traduce nella formula dell'*intuitus personae*» (*Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 166). Il che può anche apparire seriamente contraddittorio.

6 Sulla distinzione tra beni fungibili e beni infungibili, v. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, I, pag. 244; BARASSI, *Diritti reali*, Milano, 1943, pag. 205; PUGLIATTI, *Istituti del diritto civile*, Milano, 1943, pag. 311; BENZA, *Sul concetto di cose fungibili*, in *Studi in onore di Fadda*, Napoli, 1905, II, pag. 351; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 62; ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1945, I, pag. 276 ss.; PUGLIATTI, *Cosa (Teoria gen.)* in *Enc. diritto*, XI, pag. 75; BIONDI, *I beni*, Torino, 1959, pag. 46. In giurisprudenza: Cass. 24 giugno 1953 n. 1935, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, 6, 648, con nota contraria di PINO, *Osservazioni sulla fungibilità dei beni*.

7 Per rilievi di particolare interesse: BALBI, *L'obbligazione di custodire*, Milano, 1940, pag. 76 ss.; SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pag. 1282 ss.; ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., pag. 200; CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, pag. 51 ss.; NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, pag. 119 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, IV, Milano, 1964, pag. 140 ss.; SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, pag. 177 ss. Da ultimo, si vedano anche le puntuali osservazioni dell'ASSANTI, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, cit., pag. 19 e nota 42, ed ancora più in generale, l'importante studio del VANZETTI, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, pag. 544 ss.

rispettivamente nel comportamento e nel risultato a seconda che si consideri la posizione del debitore o quella del creditore⁸. Donde la difficoltà evidente di stabilire un criterio sicuro e di generale adozione. Tuttavia, quando si tratta di obbligazioni di mero comportamento (quali sono certamente quelle di lavoro), le difficoltà si appianano poiché si realizza una sostanziale coincidenza tra il comportamento ed il risultato⁹.

Solo con questa precisazione, può adottarsi il criterio che si fonda sulla individuazione del tipo di relazione strumentale che si istituisce tra comportamento e risultato. Esso è infatti valido quando si consideri il risultato come qualcosa di esterno e di diverso rispetto al comportamento; quando però la condotta coincida col risultato, evidentemente il rapporto deve essere impostato in modo diverso, ponendo in relazione tra loro le possibili condotte tendenti alla realizzazione di quel risultato. Se tra di esse vi è sostanziale coincidenza, si potrà parlare di prestazioni fungibili; se tale coincidenza manca, si dovrà parlare di infungibilità.

In altre parole, ciò che occorre chiedersi è se la persona abbia una tale incidenza sulla prestazione da determinare una sostanziale modificazione di quest'ultima quando vi sia mutamento del soggetto. Un concerto pianistico può essere fatto da chiunque sia in grado di suonare il pianoforte; ma la prestazione non è la stessa quando suona un dilettante oppure quando suona un pianista famoso. In realtà, prima ancora che il risultato (esecuzione eccellente) è diversa la condotta umana, l'attività personale (cioè il modo di suonare il pianoforte). La prestazione è dunque qualificata dalla esigenza di una particolare abilità tecnica e da una particolare capacità interpretativa; la conseguenza è che un rapporto di identità non può istituirsi nell'ambito dello stesso genere e quindi deve parlarsi di prestazione infungibile. Vi sono però dei casi in cui la stessa prestazione è di contenuto generico, sì che è possibile istituire il rapporto di cui più sopra si è fatto cenno. Se si deve dare in appalto la costruzione di una casa, è ovvio che qualunque impresa specializzata è in grado di realizzare il risultato voluto: pertanto, la prestazione è in questo caso fungibile. Tuttavia può accadere – e di frequente accade – che la scelta dell'appaltatore sia effettuata secondo particolari (e personali) criteri, fondati su di un giudizio di maggior idoneità della sua impresa e dei mezzi da lui adoperati, per realizzare il risultato voluto, nel modo più sicuro. In questo caso, la stipulazione del contratto *intuitu personae* reagisce sulla prestazione, rendendola infungibile; se infatti il motivo determinante del

8 Per un'efficace sintesi delle varie posizioni, v. da ultimo l'interessante studio dello SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, cit., pag. 1273 ss.

9 Sul punto, oltre agli importanti rilievi dello SCHLESINGER (v. nota che precede), è fondamentale lo studio del MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pag. 185, 280, 366. Pone l'accento sulla prestazione e cioè sull'attività personale del debitore, agli effetti della infungibilità, anche il NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, pag. 120.

consenso è stato proprio la scelta di una data impresa o di una data persona, è chiaro che la prestazione non potrebbe più considerarsi identica se fosse realizzata da una persona o da una impresa diversa.

Sono dunque infondate le posizioni di quella parte della dottrina che vede nella infungibilità un requisito costante, assoluto ed obiettivo della prestazione. Vi è, sì, una infungibilità derivante dalla struttura della prestazione; ma vi è anche una infungibilità (soggettiva) derivante dalla volontà delle parti.

Nella prima ipotesi, l'assolutezza e l'obiettività del requisito si impongono anche alle parti, rendendo impossibile la trasformazione in fungibile di una cosa o di una prestazione che siano infungibili per loro natura¹⁰.

Nella seconda ipotesi, invece, ciò che conta è la volontà delle parti, la quale è libera di attribuire o meno alla prestazione il cennato requisito. Sono questi i casi in cui, di solito, viene in particolare evidenza l'interesse del creditore, come assolutamente preminente.

E il legislatore ha forgiato delle disposizioni specifiche per queste ipotesi, introducendo con l'art. 1180 il principio di equivalenza tra le prestazioni, ogni volta che il creditore non abbia interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione, e con l'art. 1406 la facoltà di cessione del contratto a terzi, purché l'altra parte vi consenta.

È dunque l'*interesse del creditore* l'elemento fondamentale, il punto di attrazione dell'intera disciplina. Per cui, gli stessi casi in cui si parla di infungibilità strutturale della prestazione, sono in realtà altrettante ipotesi di presunzione di sussistenza dell'interesse del creditore all'esecuzione personale. Una presunzione che trova il suo fondamento oltre che in una specifica disciplina positiva, in criteri sostanzialmente metagiuridici, quali le considerazioni sociali, la pratica di commercio, e così via.

In conclusione, può parlarsi di prestazione infungibile solo quando è essenziale per la sua struttura che il debitore l'adempia personalmente; quando cioè l'adempimento da parte di un terzo, darebbe luogo ad una prestazione sostanzialmente *diversa*, in relazione alla considerazione sociale ed all'interesse del creditore¹¹.

Sono questi connotati della prestazione che la rendono intrasmissibile ed incedibile, poiché ove essa fosse resa da un terzo sarebbe necessariamente *diversa*

10 Su questo la dottrina è quasi concorde, affermando che le parti non possono considerare fungibile una prestazione infungibile per sua natura, mentre è pienamente e logicamente ammissibile che avvenga il contrario. Così: BALBI, *L'obbligazione di custodire*, cit., pag. 81; FERRARA SANTAMARIA, *Il rapporto di inerenza dei diritti alla persona*, cit., pag. 349; CARRESI, *La cessione del contratto*, cit., pag. 51 (che fa esplicito riferimento ai contratti stipulati *intuitu personae*, affermando che essi sono caratterizzati necessariamente dalla infungibilità); NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., pag. 120 (che rileva che nei contratti *intuitu* non c'è dubbio che la persona del debitore rappresenta un momento essenziale per la piena realizzazione dell'interesse del creditore); SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., pag. 179. Si vedano anche le esatte considerazioni del BUCCISANO, *La surrogazione per pagamento*, Milano, 1958, pag. 108 ss.

11 Sottolinea particolarmente questo aspetto, il SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., pag. 179.

e tale da incidere, oggettivamente, sul contratto stipulato tra le parti, dando vita ad un rapporto *diverso*¹².

Risulta dunque evidente che la infungibilità dalle prestazioni non coincide con la necessaria personalità dell'adempimento. Infatti, mentre la infungibilità può derivare dalla struttura stessa del contratto oppure anche dal fatto che il creditore ha considerato essenziale l'adempimento da parte di una determinata persona, l'esigenza di un'esecuzione personale può derivare da motivi del tutto diversi. Può mancare completamente l'*intuitus* verso il debitore e ciononostante porsi ugualmente l'esigenza che egli adempia personalmente. L'interesse del creditore – che nel primo caso si fonda essenzialmente sull'affidamento nelle qualità personali della persona prescelta – nella seconda ipotesi può essere di varia natura ed attenersi eventualmente a semplici esigenze di carattere organizzativo.

Il ruolo della persona del debitore è dunque sostanzialmente diverso, nelle due figure considerate, ancorché in apparenza possa sembrare identico. E non si tratta di una questione meramente terminologica, perché diversi sono gli effetti giuridici che si collegano ai due distinti fenomeni, come meglio si potrà constatare in prosieguo.

3. La pretesa infungibilità della prestazione di lavoro

I tratti essenziali della disciplina del rapporto di lavoro da cui possono desumersi elementi di rilievo agli effetti della nostra indagine, sono stati già accennati nei precedenti capitoli e possono così riassumersi: l'art. 2094 c.c. fa riferimento alla prestazione del *proprio* lavoro da parte del dipendente; gli artt. 2118 e 2122 c.c. prevedono l'estinzione del rapporto per morte del lavoratore; l'art. 159 n. 3 del regolamento per l'esecuzione del codice della Navigazione fa esplicito divieto al lavoratore portuale di farsi sostituire o coadiuvare da altri¹³.

A differenza della disciplina riservata alla posizione del datore di lavoro (la cui persona è ritenuta normalmente irrilevante)¹⁴ la cennata normativa si imper-

12 Il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., IV, pag. 140, indica le ipotesi di infungibilità strutturale come quelle in cui l'adempimento della prestazione prevista è *l'unico mezzo idoneo* a soddisfare l'interesse del creditore; se il creditore si rivolge a un terzo, si ha un rapporto diverso.

13 Il contratto nazionale di lavoro 30 aprile 1938, relativo al contratto di portierato, consente la sostituzione del portiere con un familiare, precisando peraltro che il sostituto deve essere designato in contratto oppure con dichiarazione specifica in caso di forzata assenza. Per il lavoro a domicilio, l'art. 1 della legge 13 marzo 1958 n. 264 prevede esplicitamente la facoltà per il prestatore di farsi aiutare dai familiari, con esclusione peraltro della mano d'opera salariata.

Sulle altre ipotesi in cui la sostituzione è consentita, v.: RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 257; SCOGNAMIGLIO, *Lezioni [di] diritto del lavoro*, cit., pag. 129.

14 Non appaiono convincenti le considerazioni dell'ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 167, secondo il quale il datore sarebbe debitore di alcune prestazioni infungibili, come quella di

nia dunque attorno alla esigenza di esecuzione personale della prestazione lavorativa, in corrispondenza ad analogo interesse del creditore.

Non si può dire, peraltro, con altrettanta sicurezza, che la normativa fornisca argomenti per ritenere che la prestazione di lavoro sia infungibile obiettivamente.

Per arrivare a siffatta conclusione, bisognerebbe infatti essere certi che non solo il risultato, ma anche lo stesso comportamento sarebbero differenti se tenuti da persona diversa dall'obbligato.

Ma intanto tutto il sistema del collocamento contraddice ad una impostazione del genere: infatti, nell'ambito degli appartenenti alla stessa categoria e qualifica, le prestazioni sono evidentemente ritenute equivalenti, al punto da giustificare l'avviamento al lavoro non già in base a criteri relativi alla capacità, ma piuttosto ad elementi del tutto estrinseci. Né gioverebbe rilevare che la prestazione – generica all'atto del collocamento numerico – si specifica al momento in cui viene stipulato il contratto di lavoro; in realtà, la prestazione resta generica anche nel corso dello svolgimento del rapporto, proprio perché la considerazione della persona del prestatore e delle sue qualità è rimasta del tutto assente nella fase iniziale. Non sembra agevole spiegare perché mai una prestazione – che originariamente era tale da poter essere svolta da qualunque soggetto dotato della qualifica richiesta – dovrebbe diventare in seguito diversa a seconda dei soggetti che la attuano, ancorché dotati di caratteristiche analoghe. La stipulazione del contratto e l'eventuale inserzione nell'organismo aziendale non possono produrre l'effetto di rendere infungibile una prestazione che, per sua struttura, è inequivocabilmente generica.

Neppure ci sembra pertinente il rilievo secondo il quale l'infungibilità troverebbe il suo fondamento nelle modalità di adempimento¹⁵; la stessa diligenza

inserire e mantenere il lavoratore entro la struttura dell'impresa, e di altre fungibili, come la retribuzione. Questa distinzione ci sembra priva di fondamento e ne appaiono discutibili gli stessi presupposti.

Alle conseguenze della morte del datore di lavoro dedica alcune considerazioni interessanti il BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., III, pag. 201-202, il quale ritiene che nei casi dubbi (aziende in cui ha rilevanza la persona del datore) prevale la regola più favorevole al prestatore e il rapporto continua.

- 15 Questa è la tesi sostenuta dall'ARANGUREN, *La qualifica nel contratto di lavoro*, cit., pag. 43, il quale dal presupposto della necessità di una diligenza specifica (art. 2104 c.c.) deduce l'inconcepibilità dell'adempimento da parte di un terzo. In realtà, non vediamo per quale motivo anche il terzo non potrebbe essere dotato della stessa capacità lavorativa ed essere quindi in grado di impiegare il medesimo grado di diligenza. Ancor meno convincente, poi, l'asserzione dell'A. secondo cui, se così non fosse, non si potrebbe più parlare – a proposito della qualifica – di *status* soggettivo o comunque di qualità inerente alla persona. Intanto, il problema della qualifica non rileva affatto ai fini del nostro problema; in secondo luogo, è tutt'altro che pacifico che si tratti di uno *status* soggettivo.

Sulla diligenza di cui all'art. 2104 c.c. si vedano le acute osservazioni del NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., II, 1962, pag. 103.

Quanto alla qualifica ed alla capacità lavorativa, v. in genere: GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.

può infatti essere esplicitata da vari soggetti, che siano in possesso dello specifico grado di preparazione richiesto.

Ma queste considerazioni valgono anche – come si è già accennato – per le prestazioni che richiedono un impegno ed una capacità maggiori di quelle ordinarie: una equivalenza almeno «astratta» tra le prestazioni di soggetti diversi, ma dotati di uguale qualificazione, è sempre concepibile, come del resto comunemente si ammette¹⁶.

Solo in alcune ipotesi, del tutto peculiari, si riscontra la infungibilità della prestazione, in relazione all'altissimo livello di qualificazione necessaria oppure al particolare grado di fiducia richiesto: in questi casi, è certo che la prestazione sarebbe *diversa* se resa da un altro soggetto; donde la sua strutturale ed assoluta infungibilità.

Ma sono ipotesi particolari, lo si è già detto; alle quali possono aggiungersi tutte quelle ulteriori in cui le parti – costituendo tra loro legami di più intima natura fiduciaria – mostrano di ritenere essenziale la persona, con la conseguenza che la prestazione originariamente generica si specifica e diventa soggettivamente infungibile.

Basterebbero queste considerazioni a dimostrare che la prestazione lavorativa si caratterizza non già per un suo connotato costante di infungibilità, ma piuttosto per l'estrema variabilità del connotato stesso, che può ricorrere o non ricorrere e che anzi per lo più difetta.

Ma vi è di più: se l'infungibilità della prestazione fosse connessa alla struttura del contratto di lavoro, essa dovrebbe essere insuscettibile di deroghe. Non sostiene forse la dottrina dominante che le parti non hanno il potere di rendere fungibile una prestazione che invece, per sua intima struttura, è infungibile?¹⁷.

16 Ad esempio, la RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 62, sostiene che dalla natura fiduciaria del rapporto deriva il carattere personale della prestazione del lavoratore subordinato, «da quale, *anche se astrattamente fungibile*, deve essere compiuta solo da quel determinato lavoratore»: conforme anche il DURAND, *Traité*, cit., II, pag. 579.

Assai più esplicitamente, lo SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 129, afferma che la prestazione del lavoratore è per lo più fungibile.

In senso sostanzialmente analogo, v. anche l'ASSANTI, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, cit., pag. 16 ss. Da ultimo, il problema è stato accuratamente esaminato dal CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., 11, p. 548, che ha concentrato particolarmente l'attenzione sulla recuperabilità delle prestazioni non eseguite per cause di forza maggiore e sulla compensazione di ore di lavoro compiute da lavoratori diversi, in reciproca sostituzione.

Non sembra invece accettabile l'impostazione del MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 15, il quale generalizza, affermando che l'obbligazione di lavoro è riconducibile alle obbligazioni il cui contenuto consiste in un fare infungibile, «nelle quali cioè la persona del debitore è immanente nel contenuto della prestazione e con essa si identifica». A nostro avviso, si finisce così per confondere due fenomeni del tutto diversi.

17 Si vedano gli AA., citati in nota 10.

Da ultimo, v. anche: DE GERONIMO, *La cessione delle prestazioni di giocatore di calcio*, in *Foro Padano*, 1964, I, pag. 1069 ss., il quale riprende in esame la questione della incedibilità del contratto

Sulle orme di questa premessa e del convincimento che il rapporto di lavoro è sempre di natura fiduciaria, si dovrebbe pervenire alla conclusione che in nessun caso la sostituzione del lavoratore può essere consentita.

Orbene, se non è il caso di riferirsi alle cennate disposizioni relative ad alcuni contratti, che potrebbero trovare la loro giustificazione proprio nella specialità dei rapporti considerati, è tuttavia necessario richiamarsi al fatto che la sostituzione del prestatore è generalmente ammessa, quando vi sia il consenso del datore di lavoro¹⁸.

Ed allora, bisogna ragionevolmente concludere che l'alternativa si pone solo fra l'eventuale erroneità delle premesse o l'assoluta contraddittorietà del fenomeno comunemente accettato.

A nostro avviso, la pacifica ammissibilità della sostituzione del prestatore – previo consenso del datore – significa chiaramente che non siamo in presenza di una infungibilità oggettiva della prestazione e tanto meno di un contratto *intuitu personae*, intrinsecamente incedibile.

Ciò che rileva non è la natura fiduciaria del rapporto e la specie della prestazione, ma piuttosto l'interesse del creditore. Ed è logico che sia così. Si consideri l'ipotesi di un professionista che si sente chiedere un permesso dalla sua dattilografa, con la contemporanea offerta di sostituzione con una collega di uguale capacità; egli non farà altro che apprezzare il proprio interesse e se avrà del lavoro urgente da sbrigare, finirà per accettare la sostituzione. Ma questo non significa altro se non che la prestazione, in sé, è generica e fungibile; donde la conseguenza che si rimette al creditore la facoltà di apprezzare la situazione e di adottare le decisioni che riterrà opportune, secondo il proprio interesse. L'*intuitus* e la fiducia sono dunque completamente fuori causa, con la sola eccezione delle fattispecie particolari in cui veramente la considerazione della persona e l'affidamento nelle sue qualità furono determinanti del consenso.

4. Effetti estintivi della morte del prestatore: fondamento

Una parte della dottrina trae peraltro argomenti a favore della tesi della infungibilità della prestazione, dal particolare effetto estintivo che la legge attribuisce alla morte del prestatore di lavoro.

di lavoro a proposito della nota e delicata questione della «cessione» dei giocatori di calcio da una società ad un'altra.

18 La dottrina, su questo punto, è pacifica. Anche la giurisprudenza, salvo rare eccezioni, afferma che la sostituzione può essere operata, col consenso del datore di lavoro. Di particolare interesse, sul punto, le sentenze 31 gennaio 1955 n. 247 (in *Mass. giur. lav.*, 1955, pag. 63), 19 luglio 1958 n. 2652 (in *Dir. lav.*, 1959, 2, 135), 19 ottobre 1959 n. 2974 (in *Mass. giur. it.*, 1959, 619), 27 marzo 1964 n. 1316 (in *Foro it.*, 1964, 1, 1620), tutte del Supremo Collegio.

Per una completa rassegna degli orientamenti giurisprudenziali, v. la nota di MANFREDI, in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 143.

Il fondamento della normativa consisterebbe nel fatto che il forte elemento fiduciario conferisce alla prestazione il carattere della infungibilità¹⁹.

Gli argomenti già svolti potrebbero esimerci dalla confutazione di queste teorie, delle quali si è già implicitamente dimostrata l'inconsistenza. Ma non sarà inutile soffermarsi brevemente anche su questi aspetti, nel tentativo di reperire il reale fondamento della disciplina.

Si è già accennato alle considerazioni svolte dalla dottrina francese (Valleur) per dimostrare che la legge ha collegato l'effetto estintivo alla morte del prestatore per l'impossibilità di imporre un vincolo personale e restrittivo della libertà, agli eredi del medesimo.

Ma a questi argomenti – del resto validissimi – se ne aggiungono altri, e di non scarso rilievo. In effetti, per consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro nonostante la morte del prestatore, bisognerebbe che si verificassero tre condizioni: che vi fossero degli eredi, che fra questi vi fosse qualcuno dotato della necessaria capacità lavorativa, che egli prestasse il proprio consenso alla continuazione del vincolo. In realtà, il terzo presupposto – che è poi quello considerato dalla dottrina francese – è l'ultimo, in un ordine che è logico prima ancora che temporale. Potrebbero non esservi affatto degli eredi o potrebbero essere tutti inidonei a svolgere una prestazione lavorativa qualsiasi: l'impossibilità di prosecuzione del rapporto dipenderebbe forse dalla originaria infungibilità della prestazione o da motivi tutt'affatto diversi?

Se la fungibilità è basata su un giudizio di equivalenza tra due prestazioni, è chiaro che essa non viene in discussione quando un siffatto confronto non è neppure possibile.

Si faccia, per contro, l'ipotesi che fra gli eredi vi sia un individuo dotato di uguale capacità lavorativa del defunto e munito di identica qualifica; la ragione impeditiva della prosecuzione del rapporto non consisterebbe certo nella infungibilità della precedente prestazione e non si potrebbe asserire che l'attività del defunto costituiva l'unico mezzo idoneo a soddisfare l'interesse del creditore. Il che risulterebbe con ancor maggiore evidenza qualora il deceduto fosse stato collocato su richiesta numerica ed il figlio fosse iscritto nelle liste di collocamento con la identica categoria e qualifica.

Per arrivare a conclusioni diverse, bisognerebbe dimostrare in concreto che vi era stato l'*intuitus* nei confronti del lavoratore deceduto e che la sua prestazione era veramente tale da non poter essere svolta altro che da lui, o strutturalmente, o quanto meno in relazione al particolare affidamento che il datore aveva riposto nelle sue qualità.

Dunque, se il rapporto cessa, in ogni caso, per morte del prestatore di lavoro e se neppure la sostituzione del deceduto con un familiare che rivesta la stessa qualifica gioverebbe a farlo continuare, ma darebbe vita ad un rapporto nuovo e

19 BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., III, pag. 199; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 338.

diverso, ciò significa che non di infungibilità si tratta, ma di ragioni attinenti alla personalità della prestazione e cioè ad un fenomeno del tutto diverso.

Si osservi, del resto, la disciplina del contratto di mezzadria, di un contratto cioè che – per i sostenitori della fiduciarietà – non può essere da meno di quello di lavoro. Ebbene, l'art. 2158 c.c. non si limita a disporre lo scioglimento del contratto per morte del mezzadro, ma aggiunge che il rapporto prosegue «quando fra gli eredi vi sia persona idonea a sostituirlo ed i componenti della famiglia colonica si accordino nel designarla». Dunque, per evitare la cessazione del contratto, è sufficiente che vi sia un erede in possesso dei necessari requisiti e che la famiglia colonica raggiunga un'intesa. È vero che il contratto di mezzadria ha delle caratteristiche peculiari; ma se la prestazione del mezzadro fosse veramente infungibile in virtù dell'*intuitus*, la sostituzione da parte dell'erede – pur idoneo – non dovrebbe essere consentita. In realtà, la prestazione di quest'ultimo dovrebbe pur sempre considerarsi come *diversa* e niente affatto equivalente rispetto a quella del deceduto.

Ma ancora una volta siamo di fronte ad un contemperamento di interessi, esattamente valutati dallo stesso legislatore; nel che si ha un'ulteriore conferma dell'impossibilità di stabilire un principio generale di infungibilità delle prestazioni lavorative, in dipendenza della fiducia e dell'*intuitus*.

Interesse del creditore e libertà degli eredi sono gli unici cardini del sistema; essi spiegano adeguatamente la *ratio* della normativa e danno ragione del fatto che il particolare effetto collegato alla morte del prestatore si verifica indifferentemente in tutte le varie fattispecie, sia che si tratti di prestazioni qualificate e fiduciarie, sia che si tratti di prestazioni di contenuto assolutamente generico.

5. Il principio di personalità della prestazione di lavoro e la sua *ratio*

È tempo ormai di stabilire il reale fondamento del principio di *personalità* della prestazione lavorativa.

Ci sembra di averlo già implicitamente indicato, allorché abbiamo fatto riferimento alla struttura organizzativa dell'impresa ed all'interesse del creditore²⁰. In realtà, la spiegazione del fenomeno risiede sostanzialmente in quel connotato costante e tipico del rapporto di lavoro che è costituito dalla *subordinazione*. L'accento dell'art. 2094 c.c. all'esplicazione del lavoro «proprio», non si intende in tutta la sua portata se non lo si pone in collegamento con le ulteriori modalità

²⁰ Per una prima impostazione del problema in questo senso, si vedano il CASANOVA e il GRECO, *loc. cit.* nella nota 4.

Ma anche lo SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 129, fa esplicito riferimento agli elementi organizzativi.

dell'adempimento che vengono specificate dalla norma, disponendo che esso deve attuarsi «alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore».

Non importa qui stabilire se la subordinazione abbia contenuto patrimoniale o personale, anche perché sul problema torneremo ampiamente nella seconda parte del nostro lavoro; quello che rileva è il fatto che prestare la propria opera alle dipendenze e sotto la direzione di un altro soggetto vuol dire assoggettarsi ad un vincolo che comporta, secondo taluni, un «frammento di dedizione della persona»²¹.

Impegno personale da un lato, e necessario esercizio del potere direttivo e del potere disciplinare dall'altro, caratterizzano dunque strutturalmente il rapporto di lavoro e giustificano appieno il principio di personalità della prestazione.

Se la subordinazione consiste fundamentalmente nella determinazione del contenuto della prestazione, è chiaro che essa presuppone un rapporto tra due soggetti ben determinati, tra i quali sussiste un vincolo obbligatorio. È proprio *quel* lavoratore che deve svolgere la propria prestazione alle dipendenze altrui; ed è a lui che si indirizza il potere di determinazione e di conformazione del datore di lavoro. D'altro lato, il potere direttivo implica anche la possibilità di adottare sanzioni contro chi non si adegua allo schema prestabilito nel contratto ed alle successive specificazioni del comportamento da tenere; ed è logico che anche l'esercizio di questi poteri (direttivo e disciplinare) non può che indirizzarsi verso un soggetto determinato, quello cioè con cui si è stipulato il contratto e che è tenuto a rendere la prestazione. Non è difficile immaginare le conseguenze che deriverebbero dalla mancata osservanza di queste regole fondamentali: nella organizzazione aziendale si inserirebbero soggetti estranei al rapporto, sui quali non si saprebbe come esercitare i cennati poteri; per di più, non essendo impegnati da un contratto, costoro sarebbero svincolati dall'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. ed infine dallo stesso obbligo di rispetto della disciplina aziendale.

Tutto ciò senza considerare il complesso problema del rapporto assicurativo e quello relativo alla sicurezza del lavoro²². Ma non sembra che occorra diffondersi ulteriormente su questi aspetti, che sono di palmare evidenza.

21 RESCIGNO, *Credito di lavoro della persona giuridica - Accollo del debito e trasferimento dei privilegi*, in *Foro Pad.*, 1957, pag. 89.

22 Su questi aspetti si fonda essenzialmente l'ASSANTI, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, cit., pag. 18, per combattere la tesi dell'infungibilità della prestazione lavorativa ed affermare che la personalità della prestazione si ricava dalla particolare disciplina del contratto e del rapporto e soprattutto dalla serie di obblighi concernenti la previdenza. Considerazioni senza dubbio esatte; è la prospettiva che ci sembra troppo limitata, perché in realtà non entrano in giuoco soltanto i problemi previdenziali, ma anche quelle situazioni attive e passive che fanno capo alla subordinazione.

Sembra orientata in questo senso la più recente posizione della RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, p. 210, la quale – dopo aver premesso che l'infungibilità generale ed astratta della prestazione è stata posta ripetutamente in discussione – afferma che la necessità

Essi peraltro spiegano perfettamente – al di fuori di qualunque presupposto fiduciario – la ragione per cui la prestazione deve essere eseguita personalmente. Ma ciò che più conta è il fatto che solo in questo modo si riesce a dare una spiegazione appagante alle ipotesi in cui il lavoratore viene autorizzato a farsi sostituire o coadiuvare da terzi. Posta fuori causa l'infungibilità della prestazione, si comprende facilmente che il datore di lavoro è libero di valutare il proprio interesse ponendo a confronto il risultato che si propone e le esigenze organizzative dell'impresa. Una volta che il conseguimento del risultato utile si ponga come preminente, sarà cura del datore di lavoro di adottare le opportune misure organizzative nell'atto stesso in cui presta il proprio consenso alla sostituzione o all'introduzione di coadiutori del prestatore.

È veramente significativo, al riguardo, il fatto che la giurisprudenza predominante – nell'ammettere la sostituzione del prestatore col consenso del datore di lavoro – esige il requisito della compatibilità con la struttura del rapporto, facendo riferimento non già alla infungibilità o alla fiduciarità della prestazione, ma piuttosto alla *subordinazione*²³.

Le conclusioni da noi in precedenza accennate, ricevono dunque una sostanziale conferma dall'indagine sui vari aspetti del fenomeno. La infungibilità della prestazione è un connotato esclusivo di alcune particolari fattispecie dominate dall'*intuitus*. Al contrario, il principio di personalità della prestazione di lavoro è un carattere costante e tipico del rapporto, in tutte le sue concrete manifestazioni, indipendentemente dall'elemento fiduciario, che può essere presente o difettare senza che il dato strutturale ne risulti concretamente modificato.

di esecuzione personale si deduce dalla struttura del rapporto, come delineata dall'art. 2094 c.c. In senso sostanzialmente analogo v. anche: BALZARINI, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, cit., pag. 89.

23 Sono particolarmente significative le seguenti decisioni della Corte di Cassazione: 19 luglio 1958 (in *Mass. giur. lav.*, 1958, pag. 283) in cui si stabilisce che «la fungibilità della prestazione nel senso che il lavoratore possa farsi sostituire da altri nel suo lavoro, allorché sia convenzionalmente stabilita dalle parti, non è incompatibile con la *subordinazione*, se la natura del rapporto e la saltuarietà delle prestazioni non alterino la continuità del rapporto stesso ed il suo normale svolgimento»; 31 gennaio 1955 (in *Riv. dir. lav.*, 1955, II, pag. 406) in cui si affermano concetti del tutto analoghi; 27 maggio 1962 n. 1316 (in *Mass. giur. lav.*, 1964, pag. 174 n. 79), in cui si asserisce che «la disciplina del rapporto di lavoro non esclude che il lavoratore si faccia sostituire da altri, quando la natura della prestazione lo consenta e il datore di lavoro abbia autorizzato»; 19 ottobre 1959 n. 2974 (in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 144) sostanzialmente conforme alle precedenti.

La cosa più singolare è che nella nota del Manfredi a quest'ultima decisione si parte da un'impostazione rigorosamente «fiduciaria» e poi si finisce per esigere per la sostituzione del prestatore la ricorrenza di due condizioni: il consenso del datore e la compatibilità con la subordinazione. Tutto questo ci sembra profondamente contraddittorio. Forse se ne era avveduto il Barassi, il quale, ammettendo la possibilità di sostituzione del prestatore, parlava di ipotesi di fiduciarità «attenuata» (*Il contratto di lavoro*, cit., 1917, II, pag. 519).

Capitolo V

L'*intuitus* nello svolgimento del rapporto di lavoro (segue): b) rapporti tra i c.d. doveri complementari e la fiducia

Sommario: 1. Cenni sulla pretesa funzione integratrice dell'*intuitus*. – 2. Buona fede e correttezza nel rapporto obbligatorio. – 3. Rapporti tra buona fede, correttezza e fiducia. – 4. I c.d. «doveri complementari» nel rapporto di lavoro e l'*intuitus*. – 5. Le obbligazioni negative del prestatore di lavoro e la fiducia. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Cenni sulla pretesa funzione integratrice dell'*intuitus*

Alcuni Autori hanno sostenuto che tra gli effetti principali dell'*intuitus* vi è quello di integrare e rendere più complesso il rapporto obbligatorio. Per giungere a tale conclusione, taluno fa perno sull'*intuitus*, mentre altri si riferisce principalmente alla fiducia; ma si è già visto come spesso le due espressioni vengano adoperate come se tra di esse vi fosse assoluta coincidenza.

In particolare ci preme ricordare le opinioni più significative e rivelatrici, sia pure sotto profili diversi.

Così l'EICHLER¹, afferma che in generale il rapporto di fiducia determina fra le parti obblighi e diritti che vanno oltre i puri doveri e le pure pretese connesse all'esecuzione; il MOSCO² afferma che dalla natura stessa dei contratti stipulati *intuitu personae* nasce una generica obbligazione principale di astenersi da ogni comportamento che possa scuotere la fiducia; il DEVOTO³ asserisce che la fiducia allarga il campo degli obblighi del debitore. Ognuno vede le sfumature, spesso di non poco momento, che contraddistinguono queste significative affermazioni; ed è abbastanza agevole rilevare ad esempio, il contrasto tra l'assunto dell'Eichler – che vede la funzione integratrice della fiducia esplicitarsi sulla posizione di ambedue le parti – e quella del Devoto – che invece la vede concentrata essenzialmente sulla posizione del debitore⁴. È altresì evidente come la tesi del Mosco – sotto un certo profilo la più ardita – si prospetti in

1 *Die Rechtslehre von Vertrauen*, Tübingen, 1950, pag. 11, 12 ss.

2 *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, pag. 121.

3 *L'obbligazione ad esecuzione continuata*, Padova, 1943, pag. 305.

4 In effetti, l'Eichler sottolinea ripetutamente la necessaria reciprocità degli obblighi nascenti dalla fiducia e sostiene l'esigenza di considerare debitamente i contrapposti interessi (*op. cit.*, particolarmente pag. 8, 9, 43); il Devoto, invece, come si è già accennato, sostiene che il

modo assai diverso d[al]le altre e presenti il fianco ad agevoli critiche, sia per l'assenza di un qualsiasi fondamento normativo, sia per le conseguenze inaccettabili cui essa conduce, del resto già da altri evidenziate⁵.

Ma l'affermazione più ampia e più meritevole di indagine appare quella recentissima del MANCINI⁶ secondo il quale «l'*intuitus*, potenziando la funzione integratrice che correttezza e buona fede svolgono rispetto al contratto, allarga il numero ed accentua l'intensità degli obblighi strumentali autonomi e dei doveri di protezione».

In un certo senso, questa tesi si collega alle precedenti e particolarmente a quella dell'Eichler; e tuttavia procede ancora oltre, non solo perché in definitiva l'Eichler finisce poi per restringere questa funzione integratrice ai rapporti di fiducia «particolari»⁷, ma anche perché essa presuppone un deciso orientamento sul problema dei rapporti tra la fiducia da un lato e la buona fede e la correttezza dall'altro e sui nessi che unitariamente le legano al rapporto obbligatorio.

Ma proprio per la generalizzazione che ne deriva e per la gravità delle conseguenze, la tesi del Mancini appare più bisognosa di un'attenta verifica; in definitiva l'*intuitus* si innesta – per questo Autore – su un fenomeno di integrazione, potenziandolo ulteriormente. Donde l'ovvia conseguenza che l'intera asserzione andrebbe riveduta qualora lo stesso presupposto risultasse in definitiva discutibile.

legame fiduciario obbliga il debitore a mantenere un comportamento generico che trascende i veri e propri atti di prestazione (*loc. cit.*, pag. 305).

5 In sostanza, il Mosco fa riferimento ad un'obbligazione *principale*, che talvolta nasce dalla legge, ma spesso nasce anche dalla natura stessa del contratto. Secondo questo A. si tratta di una tesi che sarebbe pacifica in dottrina e giurisprudenza; del che ci pare lecito dubitare seriamente. Fra l'altro, essa è stata recentemente criticata in modo assai energico dal MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, cit., II, 1965, pag. 46, il quale non è certamente, come si vedrà fra breve, un contraddittore della tesi di fondo. Fra l'altro, il Mancini ha esattamente osservato che la tesi del Mosco conduce a ravvisare in molti contratti di scambio un vero e proprio dovere di fedeltà, che invece con essi è incompatibile.

6 *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, cit., II, pag. 46 (ma in sostanza si tratta della tesi su cui è impostata l'intera monografia).

7 L'Eichler tiene infatti a distinguere nettamente dalla *fides* contrattuale la fiducia che accentua il momento personalistico del rapporto contrattuale, dando vita ad un rapporto di fiducia «particolare» e personale (*op. cit.*, pag. 9). Questa concezione restringe notevolmente il campo dell'indagine, perché pone in definitiva l'accento su alcuni rapporti nei quali il legame è particolarmente intenso ed ha una struttura tipicamente personale, prevalente spesso rispetto a quella meramente patrimoniale.

2. Buona fede e correttezza nel rapporto obbligatorio

Orbene, se pur non sia questa la sede per un'ampia discussione circa la buona fede e la correttezza⁸ e circa la funzione da esse esplicate, gioverà qualche rapido cenno per una pertinente impostazione del problema che ci interessa.

È noto che la dottrina tedesca ha ampiamente discusso intorno alla funzione della buona fede ed ha costruito progressivamente e spesso proprio attorno a questo concetto, la categoria dei *doveri di protezione*, ed in generale dei doveri destinati – talora in modo autonomo e talaltra in via puramente strumentale – ad *integrare* il fondamentale rapporto obbligatorio⁹. In epoca più recente, il problema ha interessato anche la dottrina italiana, la quale vi ha recato una ulteriore elaborazione solo attraverso pochi Autori¹⁰; mentre altri hanno accettato

8 Sulla buona fede, in generale, la bibliografia è assai vasta e quindi ci limiteremo ai richiami di particolare utilità per gli aspetti trattati nel testo: ROMANO, *Buona fede (Dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, V, [1959], pag. 677 ss.; SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949; LYON-CAEN, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, in *Revue trim. droit civil*, 1946, pag. 87; HUECK, *Der Treugedanke in modernen Privatrecht*, in *Sitzungsberichte der bayer. Akademie der Wissenschaften*, München, 1947, pag. 1 ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, München und Berlin, 1957, I, pag. 100 ss.; STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1964, ed. provv., pag. 83 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, 2ª ed., Milano, 1966, I, pag. 5 ss.; GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pag. 1386 ss.

Sulla correttezza, la bibliografia specifica è assai più limitata; ma ciò deriva in parte anche dal fatto che essa viene spesso studiata unitariamente con la buona fede, v. comunque: CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, [1962], pag. 709 ss.; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pag. 368 ss., 380 ss.; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, pag. 88 ss.; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Studi in memoria di Funaioli*, Milano, 1961, pag. 145 ss.; MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, I, 1931, pag. 141 ss.; STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Praxis*, 1932, pag. 258 ss.; ID., *Vertrag und Unrecht*, Tübingen, 1943, pag. 16 ss.

Naturalmente, tralasciamo il richiamo alle opere generali e specialmente a quelle relative alla teoria delle obbligazioni, poiché è logico che in ognuna di esse è sempre trattato – con maggiore o minore ampiezza – il problema della buona fede e della correttezza. Più ampi riferimenti, comunque, verranno effettuati nella seconda parte di questo volume (Cap. III) in sede di indagine sul problema della esigibilità della prestazione in caso di impedimento di natura personale; ci occuperemo infatti, in quella sede, del contenuto del criterio di b. f. e correttezza e particolarmente della sua funzione nei confronti del diritto del creditore.

9 Fondamentali: STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904; STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, cit.; SIEBERT, *Treu und Glauben*, in *Sorgel Kommentar zum B.G.B.*, Stuttgart, 1952, pag. 242 ss.; ma soprattutto allo Stoll si deve la costruzione della categoria dei doveri di protezione (nei quali egli include anche i «doveri di avviso»).

10 Appaiono di particolare importanza gli studi del MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., pag. 283; del RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, pag. 10 ss.; del FALZEA *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, pag. 52 ss.; del BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, pag. 65 ss., 94 ss.; del MANCINI, *La*

del tutto acriticamente le conclusioni della dottrina tedesca, e talora di quella francese¹¹, senza rilevarne i fondamentali contrasti e le profonde divisioni¹² e senza preoccuparsi gran che di verificare quanta parte di esse potesse ritenersi accettabile alla stregua del nostro ordinamento positivo.

Senza soffermarci sui particolari, basterà rilevare che allo stato non vi è accordo sul modo di distinguere tra le varie figure di doveri «integrativi» finora individuate; e il problema non è soltanto di classificazione, ma anche di sostanza. Manca altresì l'accordo circa la possibilità di inserire nell'uno o nell'altro gruppo certi tipi di «doveri» (basterebbe ricordare le travagliate vicende del c.d. dovere preparatorio dell'adempimento); manca infine perfino l'accordo sugli elementi che distinguono la buona fede dalla correttezza (ammesso, naturalmente, che essi sussistano)¹³.

responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro, cit., pag. 4 ss. (ma è fondamentale la consultazione dell'intero volume ed anche di quello successivo dello stesso A., *Il recesso unilaterale*, cit., II, pag. 76 ss.); del MAJELLO, *Custodia e deposito*, Milano, 1958, pag. 57 ss. Di particolare interesse è poi il saggio del BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pag. 1342, il quale contiene anche una rassegna veramente completa ed esauriente delle posizioni assunte anche dalla dottrina tedesca e francese.

- 11 La dottrina francese fa riferimento alle «*obligations de sécurité*» e presenta non poche differenze rispetto alla dottrina tedesca, pur muovendosi su un piano sostanzialmente analogo. Sono fondamentali gli studi di MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, cit., pag. 110 ss.; del SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, Paris, 1951, I, pag. 168 ss.; del LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1955, pag. 372 ss.
- 12 In realtà, tutte le teorie accennate hanno solo due punti in comune e cioè: la finalità di attrarre nella sfera della responsabilità contrattuale comportamenti che di per sé non vi rientrerebbero e tutt'al più sarebbero riconducibili al principio del *neminem laedere*, il fondamento sul principio della buona fede. A prescindere da questi aspetti – pur fondamentali – il resto è invece fortemente controverso e le divergenze sono notevolissime sia sul piano della costruzione dogmatica, sia sul piano degli effetti giuridici.
- 13 La dottrina italiana si rifà piuttosto alla elaborazione tedesca che non a quella francese, nel complesso abbastanza trascurata. (Non tragga in inganno il fatto che il MANCINI, nel suo «*La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*», cit., pag. 89, mutua dalla dottrina francese la definizione di «obblighi di sicurezza»; in definitiva, si tratta più di un'affinità terminologica che di una identità concettuale).

Tuttavia, vi sono stati notevoli tentativi di superare anche le originarie posizioni della dottrina tedesca; il che, se ha prodotto qualche risultato di rilievo, ha reso peraltro ancor più complessa la situazione, aumentando i contrasti e le divergenze di opinioni. Per il MAJELLO, ad esempio, la fonte dei doveri di protezione non è la buona fede; mentre la costruzione del MANCINI, che pure tiene ampio conto della buona fede, è fondata in modo preminente sulla correttezza; a sua volta il MENGONI ha proposto una revisione delle concezioni tradizionali; mentre il BENATTI, dopo aver dimostrato che non è riuscito ancora il superamento delle posizioni dello STOLL, ha proposto una ricostruzione su nuove basi della figura dei doveri di protezione.

Si noti che questi sono soltanto alcuni sommari accenni, a titolo puramente esemplificativo; in realtà, il discorso sarebbe assai ampio se si volessero riferire le varie posizioni assunte dalla dottrina. Riteniamo tuttavia di poter prescindere da questa particolareggiata indagine, poiché essa resta in definitiva estranea rispetto al nostro problema fondamentale, che è quello di rispondere all'interrogativo se veramente alla buona fede ed alla correttezza si possa riconoscere una funzione «integratrice».

Vi è poi da rilevare che assai spesso si tende ad «integrare» la posizione passiva e cioè quella del debitore, nonostante alcuni autorevoli ed efficaci richiami alla considerazione – che pure avrebbe dovuto essere ovvia – della impossibilità di concepire qualunque funzione della buona fede e della correttezza che non permei la posizione delle due parti, operando quindi su un piano di reciprocità.

Bisogna riconoscere infine che è tuttora aperto, nella nostra dottrina, il problema della costruzione dogmatica dell'intero rapporto obbligatorio e che la complessità di esso – riconosciuta ormai pressoché generalmente dalla dottrina tedesca – è ancora lontana dall'essere da noi accettata come un dato pacifico¹⁴.

Dobbiamo dire con tutta chiarezza che la costruzione di una serie di obblighi e doveri a lato delle fondamentali posizioni di debito-credito ci lascia fortemente perplessi, non solo sul piano di una reale utilità, ma anche sul piano del fondamento normativo.

In realtà, il nostro sistema positivo non offre molti appigli per siffatte costruzioni, le quali costringono quindi gli studiosi a sforzi dialettici notevoli e senza dubbio ammirevoli, ma spesso scarsamente fecondi proprio per la mancanza di un presupposto normativo veramente sicuro e convincente. E forse non è questa l'ultima ragione per la quale così ampi sono tuttora i contrasti circa le definizioni e le classificazioni e circa i vari problemi che insorgono da siffatte costruzioni¹⁵.

Ad ogni modo, per completi ragguagli, oltre le opere già ricordate, v. da ultimo: COMPORI, *Gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro*, cit., pag. 47 ss.; GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 153; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, pag. 89 ss.

- 14 Il problema fu impostato per primo dallo STOLL, *Haftung für das Verschulden Während der Vertragsverhandlungen*, in *Leipziger Zeitschrift*, 1923, pag. 544 ss., e dal SIBER, *Grundris des deutschen bürgerlichen Rechts, Schuldrecht* (II), Leipzig, 1931, pag. 1 ss. e poi progressivamente accolto ed approfondito da tutta la dottrina tedesca.

Da noi, esso è stato studiato soprattutto dal RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pag. 10 ss., 103 ss.; dal FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., pag. 50 ss.; dal MENGONI, *Obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi*, cit., pag. 283 ss.; dal BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pag. 65 ss. Il MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 3, nota 3, considera pressoché pacifico che l'obbligazione è inquadrata in una situazione giuridica complessa.

Per posizioni decisamente contrarie a queste costruzioni, v.: MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., pag. 107, e CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1959, pag. 50 ss. Particolare è la posizione assunta dal NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, pag. 107, per il quale il rapporto obbligatorio è visto come una relazione tra le posizioni del creditore e del debitore.

- 15 In sostanza, si può cogliere soltanto la distinzione fondamentale fra obblighi *primari* (di protezione, di correttezza o di sicurezza, nella dizione rispettivamente adottata dal MENGONI e dal BENATTI da un lato e dal MANCINI dall'altro) e obblighi *secondari* (o integrativi strumentali), che sono considerati privi di autonomia di scopo e non esigibili in giudizio. Il BETTI parla di obblighi integrativi primari, distinguendoli dai secondi.

Il MANCINI ha proposto da ultimo la seguente classificazione:

- a) obblighi integrativi strumentali, che comportano l'adozione di tutte le misure e di tutte le astensioni necessarie e che non sono autonomi, ma legati fundamentalmente alla prestazione (tra i quali rientra anche il dovere preparatorio);

Ma soprattutto ci sembra che si incorra spesso nell'equivoco di assegnare una posizione distinta ed autonoma ad obblighi che in realtà non sono che un'espressione o manifestazione delle obbligazioni fondamentali.

Quando si parla, ad esempio, di obblighi generali di astensione da ogni comportamento contraddittorio, si pone in luce – in definitiva – soltanto l'aspetto negativo del dovere primario, nel quale può senza dubbio ritenersi incluso, per un ovvio principio di logica coerenza, anche il dovere di astenersi da attività che contraddicano non solo e non tanto al risultato, quanto allo stesso contenuto del comportamento dovuto¹⁶.

Ma vi è di più: assegnare alla buona fede ed alla correttezza una funzione «integratrice» del rapporto obbligatorio, significa forzare la normativa, al di là non solo degli aspetti testuali della disciplina positiva, ma anche del loro contenuto, deducibile – come è logico e necessario – dall'intero sistema. In realtà, di integrazione del contratto, il nostro legislatore si è occupato soltanto con l'art. 1374 c.c., assegnando questa funzione esclusivamente alla legge, agli usi ed alla equità; e non ci par dubbio che l'elencazione debba ritenersi tassativa¹⁷.

b) obblighi di correttezza, che a loro volta si suddividono in obblighi strumentali nel fine ed autonomi nel contenuto ed obblighi di sicurezza (contro i pericoli derivanti dal «contatto sociale»), (v. *Il recesso unilaterale*, cit., II, pag. 76 ss.; ma già la costruzione era stata delineata nel citato volume su «*La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*»).

Ma, a prescindere dallo scarso accordo circa queste classificazioni, sta di fatto che anche tra coloro che le accettano, sono vistosi i dissensi circa l'inclusione nell'una o nell'altra categoria di alcune particolari figure di obblighi, anche legislativamente previsti (ad es. 2105, 2087 c.c., etc.).

16 In questo senso, si esprime particolarmente il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1962, II, pag. 88 ss.; ID., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pag. 18 ss.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, cit., pag. 145 ss. Ma anche, ampiamente, il MAJELLO, *Deposito e custodia*, cit., pag. 47 ss., il quale si occupa a fondo anche del principio di non contraddizione (particolarmente, pag. 50 ss.). Notevoli anche le osservazioni del COMPARTI, *Gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro*, cit., pag. 54, per il quale questo principio è immanente nel contenuto stesso del dovere primario. Ma lo riconosce esplicitamente anche il MANCINI, *La responsabilità contrattuale, etc.*, cit., pag. 62 ss., allorché afferma che il dovere di evitare le attività e le astensioni che condurrebbero alla soppressione del rapporto obbligatorio, non arricchisce di nulla di nuovo quest'ultimo, costituendo semplicemente il «rovescio», il momento negativo dell'obbligo fondamentale.

17 Il MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., pag. 47 ss., nel richiamarsi alla tassatività dell'elencazione contenuta nella formula del 1374, rileva esattamente che basterebbe già questo elemento a differenziare profondamente il nostro sistema da quello tedesco, nel quale manca una disposizione così specifica. L'avvertimento è assai utile, anche perché dimostra l'inutilità di recepire orientamenti che sono fondati su sistemi diversi.

Sulla impossibilità di riconoscere una funzione integratrice alla correttezza, v. un cenno anche in: ROMANELLI, *Il trasporto aereo di persone*, Padova, 1959, pag. 48 (nota 24).

Di recente, uno sforzo veramente importante di assegnare alla b.f. e alla correttezza una funzione integratrice è stato compiuto da un giurista assai acuto e sensibile e cioè dal RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 90 ss., il quale ha sostenuto che anche a voler ammettere la tassatività del 1374, è sempre possibile individuare norme diverse, contenenti ulteriori

Ed il legislatore è stato coerente con questa impostazione, poiché – quando lo ha ritenuto necessario – ha provveduto direttamente ad integrare gli effetti del contratto con disposizioni che, proprio per la loro specificità e per la loro riferibilità esclusiva a singole fattispecie, dimostrano ulteriormente la impossibilità di estendere oltre ogni limite gli effetti obbligatori del contratto.

Restano, è vero, le altre due indicazioni del 1374, vale a dire il riferimento agli usi ed all'equità; ma si tratta di concetti a contorno abbastanza definito, almeno per quanto riguarda gli usi. La funzione dell'equità è più ardua da definire, proprio perché si tratta di un concetto troppo vicino all'etica e troppo spesso operante in un settore metagiuridico e quindi scarsamente arrendevole agli sforzi della dottrina e della giurisprudenza; tuttavia, di essa conosciamo – o dovremmo conoscere – quanto basta per non confonderla con la buona fede e la correttezza¹⁸.

Ma allora, si obietterà, viene svalutata ogni funzione della correttezza e della buona fede. Tutt'altro; si tratta solo di collocarle nel loro giusto posto, che è in definitiva quello che il legislatore ha loro assegnato. Se mai, c'è da rilevare che allo sforzo di costruire obblighi e doveri nuovi per integrare gli effetti fondamentali del contratto, non ha corrisposto uno sforzo ugualmente costruttivo in direzione di una corretta applicazione dei principi enunciati dagli artt. 1375 e 1175 c.c.¹⁹; tanto che la giurisprudenza, come è stato esattamente rilevato, non è riuscita a tutt'oggi ad andare oltre alcune generiche affermazioni, spesso del tutto apodittiche.

indicazioni relative all'integrazione. Ora, a noi sembra che il riconoscimento legislativo della b.f. e della correttezza nulla dica agli effetti della funzione integrativa che da esse dovrebbe essere esplicitata. Anzi, dalla collocazione stessa delle norme sembrerebbe potersi dedurre agevolmente il contrario. Una critica a fondo delle tendenze in questione è stata condotta, con la consueta acutezza, dal NATOLI, nella seconda edizione de *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, vol. I, cit., p. 10 ss., con argomenti che ci sembrano del tutto convincenti.

- 18 Il BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, III, pag. 5 ss., finisce per addivenire quasi ad una identificazione tra buona fede ed equità. Ma si tratta di una concezione che resta ancorata ad una impostazione che ci sembra sostanzialmente superata, specialmente dopo i più recenti studi sulla buona fede.
- 19 Questa critica è stata energicamente formulata dal NATOLI, particolarmente nello studio su *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza* (cit., pag. 155 ss.). Ed essa appare esatta *ictu oculi* solo che si consulti una qualsiasi rassegna di giurisprudenza. Si rileverà infatti che la Cassazione distingue tra obbligazioni derivanti dal contratto e obbligazioni derivanti dal rapporto, senza peraltro indicare la fonte di queste ultime (sentenza 6 maggio 1954 n. 1422, in *Mass. giur. lav.*, 1955, pag. 38) e si rileverà altresì che si parla di un dovere di correttezza di carattere giuridico, senza riuscire a precisarne il contenuto (ad es.: Cass. 27 marzo 1948, n. 274, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, I, pag. 316; App. Bologna 13 aprile 1950, in *Foro it.*, 1950, 1, pag. 582) o tutt'al più facendo riferimento ad un generico obbligo di improntare la propria condotta a reciproca lealtà (*Cass.* 12 giugno 1947, n. 920, in *Foro it. Rep.* 1947, voce «*Obbligazioni e contratti*» n. 160).

Per vero, dalle espressioni del legislatore non è dato ricavare altro che l'indicazione di alcuni *criteri di valutazione del comportamento*²⁰.

Può forse apparire pleonastico il contemporaneo richiamo alla correttezza in sede di disposizioni preliminari delle obbligazioni in generale ed alla buona fede in sede di effetti del contratto.

Può darsi che il legislatore abbia inteso sottolineare la necessità di riferirsi a certe regole (sostanzialmente nascenti dal costume e dalla morale, ma recepite anche dall'ordinamento giuridico), in tutti i rapporti obbligatori ed in tutte le fasi di essi, non esclusa quella inerente alla stessa costituzione del vincolo.

Ma il riferimento eventuale alla fase statica ed a quella dinamica del rapporto, a quella di costituzione ed a quella di attuazione dello stesso, non toglie che a tutt'oggi non sia stato possibile scorgere delle reali differenze tra i due concetti, sì da assegnare ad essi una funzione sostanzialmente diversa. Questa sostanziale unicità di contenuto e di funzione della correttezza e della buona fede si risolve in definitiva nella predisposizione di un criterio unitario di valutazione dei comportamenti, di una unità di misura che si affianca a quella della diligenza (1176 c.c.)²¹ per consentire una visione globale dell'attività esplicata dai soggetti. Più precisa e definita la diligenza, più generiche ed evanescenti la correttezza e la buona fede; ma la funzione rimane sostanzialmente analoga ed è sempre quella di consentire una indagine completa, vorremmo dire «umana», dei comportamenti. Ed è proprio sotto questo profilo che si coglie l'importanza della buona fede e della correttezza, che consentono di operare un giudizio sulle attività dei soggetti che non sia soltanto di corrispondenza ad un modulo astratto, ma tenga conto in definitiva dell'ambiente in cui esse si sono esplicate, dei particolari rapporti intercorrenti tra le parti, delle regole derivanti dal costume e dalla

20 Condividiamo pienamente le acute considerazioni del NATOLI, (op. più volte citate e particolarmente *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti*, pag. 148 ss.), secondo il quale negli art. 1175 e 1375 si esprime un medesimo principio generale e si fa riferimento ad un unico criterio di valutazione, cui si riferisce anche una serie di disposizioni specifiche (art. 1337, 1358, 1366, 1460, 2598 n. 3, ecc.).

Parla della buona fede come «criterio oggettivo di valutazione del comportamento» anche il NICOLÒ, *Adempimento*, in *Enciclopedia del diritto*, [1958,] I, pag. 558 ss., il quale poi – a proposito della correttezza dell'art. 1175 – si riferisce ad un «generico e non ben definibile dovere».

Osserva esattamente il MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., pag. 48 nota 79, che in definitiva la funzione della correttezza e della buona fede è quella di consentire al giudice di sventare le pretese emulative delle parti.

21 Vero è che taluni considerano la diligenza come un obbligo specifico ed autonomo; ma la tesi non ci sembra facilmente sostenibile ed in realtà la dottrina considera più di frequente la diligenza come un criterio di valutazione, o tutt'al più come una qualificazione dell'agire. Così, ad esempio: NICOLÒ, *Adempimento*, cit., pag. 558; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, 1962, II, pagg. 46 ss., 88 ss.; BALBI, *L'obbligazione di custodire*, Milano, 1940, pag. 49 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pag. 113 ss.; DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milano, 1964, pag. 207 ss.; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 27 ss. Del resto, la stessa Relazione al c.c. (n. 559) parla della diligenza come di un «criterio obiettivo e generale».

morale di una determinata società. Per questo ci sembra che acutamente si sia parlato di una funzione «correttiva» della buona fede e della correttezza²²; in effetti, si tratta di valutare ed apprezzare comportamenti *umani* ed è evidente che il legislatore – che opera a distanza di tempo ed ispirandosi al principio della generalità e astrattezza della legge – non sarebbe in grado di fornire dei criteri di sicuro e costante orientamento. Essi debbono essere dedotti di volta in volta appunto dalla cornice nella quale il rapporto si costituisce e riceve attuazione, dalla natura peculiare del rapporto stesso, talvolta dalla qualità dei soggetti.

Da ciò deriva la difficoltà di stabilire criteri specifici e durevolmente validi; da ciò anche la frustraneità degli sforzi diretti a trasformare in obblighi giuridici sistematicamente classificati, quel complesso di regole a cui si vuole che i soggetti si ispirino soprattutto nella fase di attuazione del rapporto.

Ciò risulta ancora più evidente quando si consideri che dalle regole in esame può scaturire di volta in volta l'esigenza di comportamenti positivi oppure di comportamenti di astensione, senza che questo autorizzi a operare, su queste basi del tutto infide, una distinzione di funzioni e di contenuto tra la correttezza e la buona fede²³.

Non c'è bisogno di pensare ad un obbligo fondamentale di astenersi da attività contrarie alla prestazione; un dovere del genere è già nella obbligazione principale, della quale rappresenta il lato negativo e della quale costituisce null'altro che una caratteristica e logica manifestazione.

Buona fede e correttezza significano anche coerenza: rispetto e lealtà verso la controparte significano anche logicamente esigenza di un comportamento non contraddittorio. Altrimenti, la prestazione non potrebbe essere esattamente e puntualmente eseguita. Né deve trarre in inganno la considerazione che possono prospettarsi ipotesi di puntuale esecuzione della prestazione, accompagnata da attività – se non illecite di per sé – tuttavia «pericolose» per la sfera

22 La definizione è del NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, cit., pag. 160, il quale esattamente rileva che il nuovo codice ha distinto il momento dell'integrazione da quello dell'esecuzione del contratto, aggiungendo che il primo riguarda la statica ed il secondo la dinamica; per cui, mentre il primo riguarda in astratto il senso del comportamento, l'altro si riferisce al *come* del comportamento stesso, considerato in concreto.

23 La distinzione è stata proposta dal BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pag. 68 ss., secondo il quale la correttezza impone solo doveri di carattere negativo (astenersi da ogni condotta che possa recar danno alla controparte), mentre la buona fede impone doveri di carattere positivo (adeguare il proprio comportamento a fedeltà ed impegno di cooperazione e quindi fare tutto ciò che è necessario per realizzare l'interesse della controparte). Ma si veda già una sostanziale critica a questa impostazione, nello studio del MANCINI su «*La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*», cit. pag. 83.

Sulla questione nella dottrina tedesca (che è orientata prevalentemente per la distinzione tra le due figure), v.: HUECK, *Der Treugedanke in modernen Privatrecht*, in *Berichte der B. Akademie der Wissenschaften*, Heft 7, München, 1947.

patrimoniale o personale della controparte²⁴. Abbiamo già accennato alla relatività dei concetti di buona fede e correttezza ed abbiamo sottolineato il loro riferimento costante ad uno specifico rapporto obbligatorio od alle specifiche prestazioni che di esso fanno parte; un comportamento è dunque legittimo, alla stregua della buona fede e della correttezza, solo quando – valutato nel suo complesso – sia rivolto a rendere in modo puntuale *quella determinata prestazione, tra quei determinati soggetti*. In tal modo, due sole ipotesi possono formularsi: o il comportamento per così dire collaterale e accessorio è tale da incidere sulla prestazione, ed allora questa non potrà mai ritenersi validamente resa quando al compimento dell'attività principale si accompagnino attività contraddittorie; oppure esso è così distinto e lontano dalla prestazione da apparire come irrilevante o tale da generare eventualmente la responsabilità del soggetto per la violazione di precetti diversi, non inerenti al rapporto obbligatorio.

Ecco perché non ci sembra neppure necessario costruire la categoria dei doveri di protezione, volti a garantire la sfera patrimoniale e personale dei soggetti dai pericoli nascenti dal loro contatto in occasione di un rapporto obbligatorio.

Quando il legislatore ha ravvisato un pericolo concreto, ha provveduto direttamente ad integrare gli effetti del contratto; si vedano gli esempi evidentissimi costituiti dall'art. 2087 e dall'art. 2105 c.c., i quali dovrebbero considerarsi del tutto pleonastici, se di doveri di protezione si potesse realmente parlare, come nascenti da una funzione integratrice svolta dalla buona fede e dalla correttezza.

24 Questa è l'impostazione ormai tradizionale della dottrina tedesca, che fa leva sui pericoli derivanti dal semplice «contatto sociale» e si rifà in definitiva alla originaria costruzione dello Stoll. Ma la elaborazione più completa del concetto di «contatto sociale» è stata fatta dal DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943, pag. 67 ss. Da ultimo, v. LEHMANN, *Faktische Vertragshältnisse*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1958, pag. 2 ss.

In sostanza, secondo questo orientamento, ogni volta che si costituisce un rapporto obbligatorio, si crea tra le parti una situazione di reciproco pericolo per il patrimonio o per la persona. Il danno che può nascere da questa situazione di insicurezza, non deriva direttamente dalla prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio.

Nella dottrina italiana, il tema è stato approfondito in modo particolare dal MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., pag. 369, il quale ha ristretto i confini della zona di contatto rispetto all'eccessiva dilatazione proposta dallo Stoll. Noto anche il contributo del MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, ecc., cit., pag. 88 ss., che ha insistito sul punto relativo alla necessità di un rapporto causale tra il danno e il processo di esecuzione del rapporto. Ma v. anche: BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, cit., pag. 1345 ss.; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., pag. 91; MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., I, pag. 55 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pag. 65 ss., 98 ss.; COMPORI, *Gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro*, cit., pag. 30 ss.; GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 153. In tutti questi AA. si trovano formulati diversi esempi pratici di attività lecite, ma nello stesso tempo idonee a costituire una situazione di pericolo. È singolare peraltro come il problema venga impostato in modo diverso e come spesso anche le soluzioni siano notevolmente divergenti.

Nella generalità dei casi, si verifica un fenomeno tutt'affatto diverso: nel comportamento di attuazione è già inclusa anche l'esigenza di rispetto della sfera patrimoniale o personale dell'altro contraente, naturalmente però nei limiti del contenuto della prestazione e dell'utilità che dev'essere conseguita, apprezzata secondo i citati criteri di buona fede e di correttezza. Solo in alcuni casi, il pericolo è così evidente e certo – per ragioni che trascendono gli stessi interessi delle parti – da rendere necessario un rafforzamento della tutela e della garanzia mediante un diretto intervento della legge.

È appena il caso di ricordare, nel concludere su questo punto, l'ovvia esigenza di reciprocità e di globalità di valutazione²⁵. Non solo ci sembra assurdo pensare che le regole di correttezza o di buona fede incidano particolarmente – se non addirittura esclusivamente – sulla posizione del debitore; ma riteniamo che la valutazione del comportamento di una delle parti non possa prescindere dall'apprezzamento della condotta dell'altro contraente; poiché è naturale che non possa esigere rispetto o lealtà chi si comporta in modo emulativo o contraddittorio.

Sicché, in definitiva, buona fede e correttezza investono tutto il rapporto obbligatorio, fornendo un ulteriore criterio di giudizio sul comportamento reciproco delle parti e correggendo le conseguenze di un apprezzamento di stretto diritto²⁶.

25 La migliore dottrina concorda nel sottolineare queste esigenze, superando, almeno su questo punto, i contrasti più volte accennati. Felicemente, ad esempio, rileva il BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, cit., pag. 1351, che entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio sono tenuti l'un verso l'altro ad un contegno riguardoso e prudente: in senso analogo, anche: MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 89, nota 108; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pag. 93 ss.; MENGONI, *Obbligazioni di risultato*, ecc., cit., pag. 368 (ed anche nota 13); NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento*, ecc., cit., pag. 151 ss. Anche l'EICHLER, *op. cit.*, pag. 9, 38, 43 ss., è decisamente a favore del criterio di reciprocità, sul quale in definitiva concorda la prevalente dottrina tedesca; per la quale, da ultimo: LARENZ, *Lehrbuch des Schuldsrecht, Allgemeiner Teil*, I, Berlin, 1957, pag. 86.

Questa impostazione potrebbe addirittura sembrare ovvia; tuttavia, non mancano posizioni contrastanti, sia pure abbastanza isolate. Abbiamo già ricordato la posizione del DEVOTO, *L'obbligazione ad esecuzione continuata*, cit., pag. 305, per il quale l'ampliamento del vincolo obbligatorio incide soprattutto sulla posizione del debitore. Ad essa può aggiungersi anche quella del GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, pag. 148 ss., per il quale l'art. 1175 si dirige soprattutto al creditore. Per altre impostazioni consimili v. anche: FALZEA, *Offerta reale*, Milano, 1947, pag. 323.

26 Per concludere sul punto, ci sembrano meritevoli di particolare menzione le belle pagine che il NATOLI, *Attuazione del rapporto obbligatorio*, ecc., cit., pag. 162, dedica all'argomento, per dimostrare in qual modo debba effettuarsi il giudizio sul comportamento e per sostenere (in modo, a nostro avviso, del tutto convincente) che la valutazione secondo buona fede e correttezza deve avere la prevalenza rispetto a quella effettuata *sub specie stricti juris*.

3. Rapporti tra buona fede, correttezza e fiducia

Alla stregua delle considerazioni su esposte, trova agevole soluzione – a nostro avviso – il problema dei rapporti tra buona fede, correttezza e fiducia e della incidenza dell'*intuitus* sulla struttura del rapporto obbligatorio.

Per noi, all'*intuitus* non può riconoscersi alcuna funzione integratrice degli effetti del contratto, né direttamente, né indirettamente attraverso quel potenziamento della funzione della buona fede e della correttezza di cui parla il Mancini²⁷.

Proprio in virtù di quanto già detto sopra, ci sembra inconcepibile che l'*intuitus* possa allargare il novero degli obblighi strumentali autonomi e dei doveri di protezione; a maggior ragione, riteniamo da escludere che esso possa allargare il campo degli obblighi del debitore. Diversamente opinando, si finirebbe per aggiungere qualche cosa alla elencazione tassativa dell'art. 1374.

Risulta poi abbastanza chiaro il nostro convincimento circa l'inaccettabilità della tesi del Mosco alla quale già più sopra abbiamo accennato.

Benvero questa obbligazione generica di astenersi da ogni comportamento che possa scuotere la fiducia, non trova alcun fondamento normativo. L'Autore si limita a dire che in certi casi essa è sancita dalla legge (e richiama gli artt. 2105 e 2286 c.c.), mentre in altri essa esiste ugualmente, scaturendo direttamente dalla natura dei contratti stipulati *intuitu personae*. Ma è assai agevole obiettare che l'art. 2105 non contiene affatto un'obbligazione generica di questo tipo (come meglio vedremo più oltre) e che analogamente l'art. 2286 elenca specificamente alcune cause di esclusione del socio, smentendo quindi esplicitamente l'esistenza di un dovere principale e generale, la cui violazione dovrebbe comportare automaticamente la risoluzione del particolare rapporto.

D'altronde, si può anche osservare che dove il presupposto fiduciario è realmente esistente, esso incide sulla prestazione, qualificandola in modo tutt'affatto particolare; sicché in definitiva un comportamento che non corrisponda alla fiducia non può integrare gli estremi di una valida attuazione della prestazione, intesa alla stregua della buona fede e della correttezza.

Ed è proprio questo il punto sul quale intendiamo brevemente soffermarci. Contestando gli effetti «integrativi» dell'*intuitus*, non intendiamo affatto negare ad esso una qualsiasi efficacia nell'ambito del rapporto obbligatorio. Esso qualifica la prestazione, come si è già detto; ma nello stesso tempo fornisce un

27 Al quale, peraltro si collega il CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., pag. 90, quando afferma che i doveri di portata generale raggiungono il massimo di intensità nei rapporti di fiducia personale. Sostanzialmente analoghe anche le affermazioni del LEGA, *La diligenza del lavoratore*, Milano, 1963, pag. 122, per il quale alcuni particolari obblighi negativi derivano dalla natura fiduciaria del rapporto di lavoro. Anche per MAVRIDIS, *Eingliederungstheorie, Vertragstheorie und Gemeinschaftsverhältnis*, in *Recht der Arbeit* 1956, pag. 444 ss., alcuni doveri particolari – come quello di fedeltà e di previdenza – hanno il loro fondamento nel rapporto reciproco di fiducia.

contenuto specifico e concreto per le regole di correttezza e di buona fede. In altre parole, la valutazione del comportamento di attuazione in un rapporto di fiducia, non può prescindere dalle caratteristiche particolari derivanti dall'*intuitus*.

Il legame fra i soggetti è più stretto; il rispetto e la lealtà che essi si devono reciprocamente, risulta particolarmente accentuato proprio perché sono maggiori il contatto ed il vincolo di natura personale²⁸. Chi dimenticasse di tener conto di questo dato fondamentale, nell'operare il giudizio di legittimità di un comportamento alla stregua di buona fede e correttezza, finirebbe per venir meno a quel principio fondamentale di relatività della valutazione *ex* art. 1175 e 1375 c.c., sul quale più sopra ci siamo soffermati.

Se è esatto che in linea generale, fiducia e correttezza dominano tutti i rapporti obbligatori²⁹, bisogna aggiungere che nei rapporti di fiducia «particolare» entra in modo ancor più penetrante l'esigenza di improntare il proprio comportamento al rispetto di quelle regole della morale e del costume che costituiscono anche il fondamento e la base della buona fede.

Peraltro, più che di ulteriore complessità del vincolo, dovrà parlarsi di una *intensificazione* dello stesso; più che dell'aumento numerico degli obblighi strumentali e dei doveri di protezione, dovrà parlarsi di maggior incidenza delle regole della buona fede e della correttezza.

E bisogna guardarsi, anche in questo campo, dalle affermazioni troppo generali, poiché anche nell'ambito dei rapporti di fiducia vi è una molteplicità di effetti ed un'estrema varietà di contenuto. Per cui la funzione della buona fede e della correttezza – anche intesa nel senso già precisato – assume aspetti variabili e diversi, sottraendosi ad una rigidità di valutazione che non servirebbe ad altro che ad ostacolare la formulazione di un giudizio pertinente e concreto.

Si è osservato, ad esempio, che l'impegno di buona fede perviene alla sua massima espressione nei rapporti societari, nei quali le parti sono legate a comuni finalità, mentre l'intensità di grado minore si reperisce nei rapporti di scambio³⁰. Orbene, se questa proposizione è esatta (e non ci sembra sia il caso

28 Questo aspetto viene adeguatamente colto dall'EICHLER, *op. cit.*, pag. 9, 42 ss., il quale non manca di sottolineare la notevole variabilità dello stesso legame fiduciario e quindi anche la relatività del giudizio sui comportamenti tenuti tra le parti. L'A., infatti, oltre a parlare di rapporti di fiducia «particolare» indica anche alcuni rapporti in cui si ha una presenza «straordinaria» della fiducia (ad es. quelli relativi a servizi di medici, avvocati e insegnanti).

29 Su questo concordano non pochi Autori: v. ad esempio, BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, cit., pag. 1359 («la reciproca fiducia è elemento costante in tutti i rapporti umani») e EICHLER, *op. cit.*, pag. 8 ss.

30 L'esatto rilievo è del BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pag. 104. Vi è tuttavia da osservare che l'illustre A., dopo aver chiarito che nelle società di persone, la buona fede si potenzia in obblighi di fedeltà verso la controparte («fedeltà della persona verso le persone»), aggiunge il riferimento anche al rapporto di lavoro continuativo, richiamando espressamente l'art. 2105. Ora, che in questa disposizione si possa scorgere un impegno di fedeltà «personale» è sicuramente dubitabile, come si è già accennato e come ulteriormente si vedrà in prosieguo.

di dubitarne), come si dovrà porre il problema per quei rapporti di scambio che sono insorti *intuitu personae* e sono dominati dalla fiducia? Ci sembra chiaro come qui «l'impegno di buona fede» sia notevolmente intenso e superi largamente quel margine di minima incidenza cui fa riferimento il Betti; e tuttavia esso non raggiunge l'intensità dei rapporti di fiducia in cui le parti abbiano in comune anche le finalità. Questo dimostra ulteriormente sia la diversità degli effetti dell'*intuitus*, sia la relatività delle regole di buona fede e correttezza.

In conclusione, è ugualmente frustraneo configurare l'insorgenza di nuovi obblighi o doveri per effetto dell'*intuitus*, come pure di costruire regole e principi generali, validi per tutti i contratti dominati dalla fiducia.

È certo invece che la buona fede e la correttezza vengono potenziate e arricchite nei contratti in cui è presente l'*intuitus*; ma nello stesso tempo, buona fede e correttezza subiscono una concreta specificazione di contenuto ed impongono un giudizio *relativo* ed estremamente variabile da caso a caso.

4. I c.d. «doveri complementari» nel rapporto di lavoro e l'*intuitus*

La particolare complessità di situazioni attive e passive nel rapporto di lavoro è posta in luce dalla dottrina predominante³¹. Meno sicuro appare invece il collegamento tra questa ampia cornice e la pretesa natura fiduciaria del rapporto. In effetti si suol fare riferimento ad un complesso di obblighi che trascendono le prestazioni fondamentali, riferendoli peraltro di volta in volta alla fiducia, alla collaborazione, alla subordinazione, alla implicazione della persona nel rapporto di lavoro³².

Del resto, la stessa individuazione di questi obblighi appartenenti più alla sfera del rapporto che non a quella del contratto, viene effettuata in modo estremamente diverso; gli Autori che riconoscono l'esistenza di obblighi complementari,

31 Si vedano ad esempio le importanti distinzioni fra sfera contrattuale e sfera del rapporto, operate dal MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, ecc., cit., pag. 23 ss.

32 Ci limitiamo a ricordare alcune posizioni tipiche: il NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961, pag. 24, sostiene che nel rapporto di lavoro, accanto alle specifiche prestazioni sussiste un obbligo di fedeltà e di collaborazione; donde la natura fiduciaria del contratto in questione; il MAZZONI, *Il contratto di lavoro*, ecc., cit., pag. 256 ss., afferma che il carattere di relazione giuridica di debito permanente legittima la presenza di obblighi che trascendono le prestazioni e gravano come obblighi personali sulle parti; l'ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, pag. 103, 186, sostiene che all'obbligazione principale del lavoratore si aggiungono svariate ipotesi di soggezione derivanti dalla subordinazione; il PERETTI GRIVA, *Il contratto di impiego privato*, Torino, 1963, pag. 367 ss. 566 ss., fa riferimento ad una particolare applicazione al rapporto di lavoro delle regole di cui agli artt. 1374-1375, per la natura fiduciaria del rapporto stesso.

ne negano poi l'autonomia³³, mentre altri individuano una serie di doveri ed obblighi del tutto autonomi, con carattere più personale che patrimoniale³⁴.

In questa varietà di costruzioni e di linguaggi, può apparire assai disagevole il raggiungimento di qualche punto fermo: al contrario, riteniamo che sia sufficiente mantenere uno stretto collegamento con la normativa per superare almeno alcuni dei punti nodali in cui si dibatte da tempo la dottrina.

Giova anzitutto chiarire che la pretesa complessità del rapporto di lavoro rispetto ad altri rapporti obbligatori è forse più apparente che reale.

Che questo rapporto abbia caratteristiche veramente peculiari, è certo un fatto che non si può discutere; ma che a questi connotati peculiari corrisponda una molteplicità di situazioni attive e passive diversa rispetto a qualsiasi altro rapporto obbligatorio, è affermazione che merita di essere controllata.

Ben vero, il rapporto di lavoro è uno di quelli sui quali ha operato con maggiore intensità il legislatore, con quella funzione integratrice cui si riferisce l'art. 1374 c.c. Le ragioni di questo intervento sono a tutti note e non occorre soffermarvisi in questa sede: è certo peraltro che il contenuto tipico del contratto riceve una prima e penetrante integrazione ad opera della legge, come risulta manifestamente dalla semplice lettura degli artt. 2087 e 2105 c.c. Che altre integrazioni derivino dai contratti collettivi e dagli usi, è fenomeno ugualmente noto e pacifico. Ma a questo punto bisogna arrestarsi, per rilevare come l'intervento del legislatore si verifichi anche su altri contratti e non solo su quello di lavoro, e per richiamarsi altresì alle considerazioni già svolte nei precedenti paragrafi per contestare una funzione integratrice della buona fede e della correttezza. Insomma, a ben guardare, la fattispecie contratto di lavoro è dotata di sue caratteristiche peculiari ed è caratterizzata da qualche deviazione rispetto ai principi del diritto comune; ma dalla sua struttura non è dato evincere obblighi e doveri complementari o integrativi che dir si voglia, che non siano quelli specificamente indicati dalla legge.

33 La RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 263, sostiene che l'obbligo della prestazione di lavoro risulta integrato dai c.d. obblighi di carattere complementare (obbligo di fedeltà e obbligo di subordinazione), i quali peraltro non hanno esistenza autonoma, rappresentando solo un modo d'essere dell'esecuzione della prestazione di lavoro.

34 È la posizione predominante nella dottrina tedesca, per la quale i doveri «assistenziali» reciproci, trovano il loro principale fondamento nel legame personale che si costituisce fra le parti. Sia pure con notevoli differenze di costruzione, v. da ultimo: SIEBERT, *Einige Entwicklungslinien im neueren Individualarbeitsrecht*, in *Recht der Arbeit*, 1958, pag. 366 ss.; MAVRIDIS, *ivi*, 1956, pag. 444; FARTHMAN, *ivi*, 1960, pag. 5 ss. (quest'ultimo, di particolare interesse per una disamina accurata delle varie posizioni e un tentativo di superamento dell'impostazione più tradizionale). Nella dottrina italiana più recente, appare di notevole interesse la costruzione del PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pag. 231 ss., il quale sostiene che la direttiva di buona fede arricchisce lo schema dell'atto di autonomia privata, con la previsione di effetti che garantiscono l'assolvimento della sua funzione; ma poi contesta l'autonomia dei cosiddetti obblighi strumentali rispetto all'obbligazione principale, affermando che la b.f. costituisce una qualificazione del comportamento dovuto in relazione al risultato atteso.

La stessa contrattazione collettiva non aumenta, di solito, il novero delle situazioni attive e passive, ma indica – se mai – delle qualificazioni o specificazioni ulteriori delle obbligazioni fondamentali.

Per di più, il rapporto di lavoro subordinato si atteggia in concreto in modo assai vario, ancorché si resti pur sempre nell'ambito dello schema tipico. Sotto questo profilo il contratto del dirigente si differenzia per molti aspetti da quello del manovale, quello dell'operaio generico da quello del cassiere o della modella, e così via.

Di questo dato fondamentale sembra in realtà tener scarso conto la dottrina, che spesso generalizza, attribuendo ad ogni concreta fattispecie di contratto di lavoro le stesse caratteristiche e finendo per proporre una integrazione degli effetti contrattuali indifferentemente per ognuna delle molteplici forme che il rapporto può assumere. Al contrario, bisogna pur riconoscere che la valutazione del comportamento alla stregua della buona fede, della correttezza e della stessa diligenza è necessariamente ancora più relativa allorché si sia in presenza di una siffatta varietà di fattispecie.

Se si tiene conto di questi elementi, si constaterà agevolmente che in effetti molti di questi doveri «complementari» sono soltanto delle specificazioni del dovere fondamentale di prestazione e rappresentano esclusivamente il diverso atteggiarsi di esso; mentre non sarà difficile rilevare come sia del tutto impossibile estendere ad ogni tipo di rapporto quelli che invece sono connotati caratteristici di alcuni rapporti particolari.

La più recente dottrina tedesca – come abbiamo già rilevato – ha individuato esattamente questo fenomeno ed ha cominciato a distinguere tra rapporti «personalizzati» e rapporti e «spersonalizzati»³⁵.

Da noi si è avuto qualche riconoscimento generico, ma non si è ancora pervenuti a riconoscere che estendere la fiducia e l'*intuitus* a tutti i rapporti di lavoro significa sostanzialmente misconoscere una realtà effettuale e giuridica, forzando oltre ogni limite il senso reale della disciplina positiva.

Particolarmente significativo, a questo proposito, è il persistente richiamo ad un preteso collegamento tra la fiducia e l'*obbligo di fedeltà*³⁶.

35 Rinviamo, su questo punto, a quanto già esposto nel cap. II, paragrafo 4 ed ai richiami ivi formulati in nota.

36 Omettiamo qualsiasi richiamo, perché del problema ci occuperemo con ampiezza nel cap. IV (par. 4) della seconda parte del volume. Per ora basterà dire che per un'impostazione più decisamente «fiduciaria» dell'obbligo di fedeltà (comprensivamente inteso), si distinguono particolarmente il D'EUFEMIA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 42 ss., la RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 267 ss., e il RUBINO, *Obblighi di diligenza e di fedeltà del prestatore di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 262 ss. Il MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 127 ss., che è l'Autore che, con argomenti di grande rilievo, ha dimostrato l'insostenibilità di un dovere di fedeltà in senso generale, include le situazioni passive dell'art. 2105 c.c. nell'ambito degli obblighi di correttezza.

Ora, a noi sembra che la chiara dizione dell'art. 2105 c.c. non consenta alcun riferimento alla pretesa natura fiduciaria e personale del rapporto. Benvero, i due specifici divieti contenuti nella norma non costituiscono altro che una specificazione del dovere fondamentale di prestazione, attenendo esclusivamente al contenuto patrimoniale di quest'ultima.

Ma c'è di più: l'art. 2105 si applica in generale a tutte le fattispecie del rapporto di lavoro subordinato, indipendentemente dal fatto che esse siano dominate o meno dall'*intuitus*.

Il manovale come il dirigente, il cassiere come l'operaio, l'impiegato in sottordine come quello ad alto livello, sono tutti ugualmente tenuti a non trattare affari in concorrenza con l'imprenditore ed a non divulgare notizie attinenti all'organizzazione ed ai metodi di produzione dell'impresa. Eppure, come sappiamo, la fiducia caratterizza soltanto alcune delle prestazioni più sopra sommariamente indicate, mentre esula completamente da altre.

Il che, del resto, corrisponde perfettamente a quanto si verifica nel settore opposto, a proposito cioè del dovere di sicurezza posto a carico del datore di lavoro ad opera dell'art. 2087 c.c.; esso infatti incombe su tutti i datori di lavoro, sia che si tratti di quelli la cui fungibilità è pacifica, sia che si tratti di quelli verso i quali si ritiene operante l'*intuitus*.

5. Le obbligazioni negative del prestatore di lavoro e la fiducia

La fiducia torna spesso ad essere richiamata a proposito delle cosiddette *obbligazioni negative del prestatore di lavoro*³⁷.

Si è ripetutamente sostenuto che incombe sul prestatore di lavoro un obbligo di astensione da ogni attività che riduca la capacità lavorativa³⁸; mentre

37 Lo studio più importante sull'argomento, resta ancora quello del BASSANELLI, *L'obbligazione negativa del prestatore d'opera*, cit., il quale è ricco di notazioni di indubbio interesse, anche se presta il fianco a qualche critica (e vedine, ad esempio, alcune in: MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, ecc., cit., pag. 102 ss.).

In realtà, gli aspetti più importanti di questo saggio restano quelli relativi alla unificazione del complesso di obblighi positivi e negativi posti a carico del prestatore. L'A. resiste anche alla tentazione di pensare ad una totale dedizione del lavoratore all'impresa; ma la conclusione cui perviene appare piuttosto contraddittoria, sul piano della configurazione di un'obbligazione negativa consistente nel non dover fare nulla che riduca la propria capacità. In effetti, se a questa costruzione non si pongono dei limiti, la conseguenza può essere quella stessa che il Bassanelli voleva evitare e cioè la totale dedizione del prestatore, anche sotto un profilo strettamente personale.

38 L'affermazione – come si è visto nella nota precedente – è del BASSANELLI; ed è stata ripresa, in vario modo, da diversi A., tra cui l'ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., p. 174, il quale la riproduce pressoché testualmente.

Su posizioni analoghe, anche se con qualche oscillazione e perplessità, appare il LEGA, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 127 ss., che afferma che alcuni obblighi di carattere negativo

non si è esitato a richiamarsi specificamente ad un obbligo generale di conservare inalterata la fiducia, astenendosi da ogni comportamento che possa comprometterla³⁹.

Impostazioni assai discutibili, sul piano giuridico, ed assai pericolose sul piano sociale; poiché da esse si fa spesso scaturire un dovere generale di dedizione del prestatore all'impresa, anche fuori dell'orario di lavoro, e nella stessa vita privata⁴⁰.

In realtà, abbiamo già detto come la prestazione sia definita da tutti i comandi e i divieti che il soggetto è tenuto ad osservare anche in virtù dei principi di correttezza e di buona fede. Logico dunque che nel dovere di prestare il lavoro con diligenza sia inclusa anche l'esigenza di non compiere atti contraddittori ed incoerenti con le finalità a cui la prestazione dovrà tendere. Ma questo è caratteristico di ogni prestazione e non riguarda soltanto il rapporto di lavoro; sicuramente poi, questo aspetto negativo della obbligazione fondamentale non ha riferimenti di sorta con l'*intuitus* e con la fiducia. Si tratta di un problema esclusivamente di *diligenza*, del modo cioè con cui la prestazione deve essere eseguita secondo i criteri generali dettati dalla legge e specificati a seconda dei vari rapporti nel cui ambito si attua un determinato comportamento.

Ma queste affermazioni abbisognano ancora di qualche chiarimento, in ordine a due problemi distinti, anche se in certo modo collegati fra loro.

Il primo riguarda in generale *la vita privata* del prestatore di lavoro.

si possono rinvenire tra le pieghe dell'obbligo di conservazione della capacità di adempiere «anche in considerazione della natura fiduciaria del rapporto». Dalle critiche mosse da questo A. alla tesi dell'ARDAU (v. [La *diligenza del lavoratore*, cit.], nota 2 a pag. 122) secondo la quale l'obbligazione negativa sarebbe riconducibile anche al dovere di obbedienza, si deduce che egli condivide invece il riferimento di detta obbligazione al dovere di fedeltà; sul che non possiamo non esprimere tutta la nostra perplessità, per le ragioni più volte ricordate. L'obbligo di «mantenersi sano e capace di lavorare» è sostenuto dalla dottrina tedesca, tra cui v.: NIKISCH, in *Recht der Arbeit*, 1951, pag. 369.

39 Questa tesi, sostenuta dal Mosco sul piano generale (v. nota 2, *retro*), è stata sostenuta più specificamente per il rapporto di lavoro, dallo ZELBI, *La condotta privata dell'impiegato nei riflessi dell'obbligazione inerente al rapporto d'impiego privato*, in *Mass. giur. lav.*, 1938, pag. 450 ss. Secondo questo A., tra i doveri della collaborazione fondamentale del rapporto di impiego privato, emerge quello di conservare, per quanto sia possibile, inalterata ed efficiente la fiducia stessa. Una tesi che non ha bisogno di essere confutata, dopo quanto si è detto a proposito della concezione del Mosco. Sta di fatto che essa non ha avuto una particolare fortuna, nella dottrina lavoristica, nonostante ogni impostazione «fiduciaria».

40 Conclusione, del resto, non nuova nella dottrina italiana. Vi era già pervenuto anche il CASANOVA, *Studi di diritto del lavoro*, cit., pag. 152, che pure negava l'esistenza di una o più obbligazioni negative del prestatore di lavoro. Evidentemente la tentazione a cui faceva riferimento il BASSANELLI è abbastanza forte se da essa possono lasciarsi vincere, di quando in quando, anche Autori che partono da posizioni assolutamente divergenti. In senso decisamente contrario: MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pag. 273; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., II, pag. 88 ss.

Alcuni Autori hanno fatto perno sull'elemento fiduciario proprio per estendere alla sfera extra lavorativa un complesso di obblighi negativi del prestatore di lavoro⁴¹. Ma la migliore dottrina ha già riconosciuto che la rilevanza dei comportamenti tenuti dal prestatore nella vita privata non può che avere carattere eccezionale, essendo normalmente libero il soggetto di occupare come meglio crede le ore di riposo e di svolgere in esse le attività che ritiene più opportune⁴².

Per chi osservi specificamente le ipotesi di eccezionale rilievo del comportamento tenuto nella vita privata, un dato fondamentale emerge con assoluta evidenza e cioè che si tratta sempre di attività connesse – direttamente o indirettamente – alla prestazione o di situazioni caratterizzate dalla natura peculiare del rapporto.

Il giocatore di calcio sorpreso in un night-club alle due del mattino, non è venuto meno con questo ad un obbligo derivante dalla natura fiduciaria del rapporto, ma solo ad un dovere logicamente e coerentemente collegato alla natura peculiare della prestazione che egli deve rendere. Il sacrestano che conduce una vita immorale e licenziosa viola, nella sostanza, il dovere fondamentale di prestazione, poiché il comportamento diligente e corretto che egli deve tenere è qualificato e caratterizzato dalla natura stessa del rapporto che lo lega al sacerdote che è suo datore di lavoro.

E si potrebbe ancora fare l'ipotesi del pilota di aerei che tenga una condotta non corrispondente all'impegno fisico ed alla responsabilità da cui sarà

41 Tipica, in questo senso, la posizione del TOESCA, *La condotta degli impiegati agli effetti del licenziamento in tronco*, in *Mass. giur. lav.*, 1931, pag. 642. Ma decisamente criticabile è anche l'assunto dello ZELBI, *La condotta privata dell'impiegato nei riflessi dell'obbligazione inerente al rapporto d'impiego privato*, cit., pag. 450; questo Autore, pur riconoscendo che fuori del lavoro l'individuo deve ritenersi autorizzato ad agire nella sfera della più completa libertà, finisce però per affermare che il prestatore non deve operare nella vita privata con fatti o azioni contraddittorie con la fiducia che deve ispirare all'azienda. Piuttosto equivoca ci sembra la posizione del BASSANELLI, *op.cit.*, pag. 370, il quale afferma che alcuni divieti accompagnano il debitore di lavoro anche nella vita privata e ritiene che essi possono ricomprendersi sotto il vincolo della fedeltà. Poco chiaro ci sembra anche il riferimento del LEGA, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 122 ss., a certi «sacrifici» a cui si dovrebbe sottoporre il prestatore di lavoro anche nella vita privata.

42 Il PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, cit., pag. 554 ss., nega in linea di principio l'esistenza di particolari obblighi negativi che investano anche la vita privata del lavoratore; solo in alcuni casi, caratterizzati dalla particolare natura del rapporto, ritiene di poter ravvisare in un comportamento extra lavorativo una vera e propria inadempienza contrattuale. Il riferimento alla «particolare natura» del rapporto ed alla eventuale configurazione di un'*inadempienza contrattuale*, è abbastanza significativo e ci sembra chiarire in modo adeguato il pensiero dell'A. Sostanzialmente conformi anche la RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 624; il CATALANO, *L'art. 2119 c.c. e le norme di diritto comune in materia di obbligazioni e contratti*, in *Dir. ec.*, 1959, pag. 249; il SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948, pag. 63 (anche se con qualche espressione di contenuto un po' equivoco); il CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, cit., pag. 149 ss.; il MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., pag. 111 (peraltro sulle asserzioni di questo A. c'è da fare qualche riserva, come meglio si vedrà quando ci occuperemo della giusta causa). Sul problema della vita privata torneremo, ad ogni modo, più ampiamente, a proposito del contenuto e dei limiti della subordinazione (v. par. 3 del cap. IV della parte seconda).

permeata e caratterizzata la sua prestazione; il caso della modella o della indossatrice che si procura delle vaste bruciature per eccessiva esposizione al sole nel suo giorno di riposo; e così via⁴³.

Ma ognuno vede che in ognuno di questi casi è sempre la natura particolare della prestazione e del rapporto che viene in luce; la peculiare estensione della diligenza è qui necessitata da ragioni strutturali e non già dalla natura fiduciaria del contratto. La quale, a sua volta, potrà assumere un particolare rilievo in determinati rapporti proprio perché costituisce una qualifica particolare di essi ed investe quindi, ancora una volta, il contenuto della prestazione.

È dunque da respingere la costruzione di un dovere generale di astensione che investa l'intera personalità del soggetto e ne determini il comportamento anche nella sfera extralavorativa; a maggior ragione deve respingersi una costruzione del genere, ove sia fondata su di un preteso presupposto fiduciario di carattere generale.

Il secondo chiarimento si riferisce al cosiddetto *preadempimento*; in definitiva si tratta di un altro aspetto del problema più sopra esaminato, anche se di contenuto apparentemente più limitato.

Si parla anche qui di un dovere preparatorio, valutato secondo buona fede e diligenza e dominato anch'esso dalla necessità di mantenimento dell'elemento fiduciario del rapporto⁴⁴.

Una simile impostazione conduce inesorabilmente a conseguenze analoghe a quelle già accennate e cioè al risultato di impegnare l'intera vita e l'intera personalità del prestatore di lavoro, convogliandone ogni attività verso il risultato cui dovrebbe tendere, in effetti, soltanto la prestazione vera e propria.

D'altronde, questa concezione ci sembra incompatibile anche col disposto dell'art. 1176 c.c., secondo il quale il criterio di diligenza può essere invocato soltanto a proposito della fase di *attuazione* del rapporto.

È vero peraltro che – valutando la diligenza secondo buona fede – bisogna includervi anche il concetto di conservazione della possibilità di adempiere. Ma la funzione fondamentale resta sempre quella relativa all'adempimento; l'altro aspetto è meramente accessorio e può essere preso in considerazione solo in

43 Si è fatto anche l'esempio della speculazione in borsa da parte di impiegati di banca (MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., II, pag. 111). Tuttavia, dobbiamo dire che le soluzioni accettate dalla giurisprudenza e dallo stesso MANCINI, ci lasciano piuttosto perplessi. Diversa è la fattispecie esaminata dal Tribunale di Milano, con la sentenza 25 febbraio 1954, in *Mass. giur. lav.*, 1954, pag. 80, dell'impiegato di banca che aveva indotto un cliente a prelevare una somma per fargliela mutuare ad altro cliente cui la stessa banca aveva rifiutato un determinato fido; qui, infatti, benché si trattasse di un comportamento tenuto fuori del lavoro, la condotta era riconducibile ad una vera inadempienza contrattuale, anche in relazione alla particolare natura del rapporto.

44 In questo si risolve sostanzialmente la posizione del LEGA, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 127 ss., già ricordata in nota 46. Ed in definitiva, si tratta di una posizione assai analoga a quella, già criticata, dell'ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 174.

quanto sia collegato a quello principale e solo nei limiti della immediata preordinazione del risultato.

Non intendiamo qui addentrarci nella polemica che ha visto divisi alcuni dei più attenti studiosi della nostra materia, circa la funzione della diligenza nella fase di preadempimento⁴⁵.

Basterà rilevare, per ora, che la dottrina concorda almeno su un punto essenziale e cioè nel rilievo che in ogni caso gli obblighi negativi relativi alla fase preparatoria non trovano il loro fondamento nella fiducia. Che si tratti infatti della diligenza riferita al mero adempimento o della diligenza riferita alla conservazione della possibilità di adempiere oppure ancora soltanto della correttezza, sta di fatto che l'unico elemento fuori di discussione è sempre l'*intuitus*.

In altre parole, le varie soluzioni proposte – prescindendo per il momento dal loro rilievo dommatico – attengono soprattutto alla individuazione dei limiti entro i quali deve contenersi il cosiddetto dovere preparatorio; mentre si contesta per lo più la sussistenza di un generale obbligo di astensione da ogni manifestazione idonea a compromettere la possibilità della prestazione ed (a maggior ragione) a mettere in pericolo il presupposto fiduciario.

Per chi – come noi – ritiene che solo alla diligenza – sia pure anche nei suoi aspetti negativi – debba farsi riferimento per valutare il comportamento nella fase preparatoria, appare evidente che il limite è costituito dal «margine d'incidenza dell'attività sul concreto procedimento di produzione del risultato»⁴⁶. Contenere i doveri del prestatore in questo ambito, consente di risolvere agevolmente i numerosi casi concreti che si prospettano all'interprete e che spesso trovano soluzioni aberranti. Una diversa impostazione costringe invece a sforzi dialettici notevoli per evitare conseguenze che apparirebbero sicuramente eccessive sul piano dello stretto diritto ed anche sul piano della stessa buona fede alla cui stregua devono valutarsi i comportamenti.

6. Considerazioni conclusive

Possiamo dunque tirare le fila di questo lungo ragionamento. L'impostazione rigorosamente «fiduciaria» del complesso di situazioni attive e passive che si riscontrano nell'ambito del rapporto di lavoro non regge ad una indagine che si fondi essenzialmente sulla normativa e che si rifiuti di cedere acriticamente agli allettamenti derivanti da acute costruzioni dommatiche, peraltro fondate su sistemi diversi dal nostro.

La rapida indagine che abbiamo condotto, prima sul piano generale e poi su quello specifico del rapporto di lavoro, ci ha consentito di rettificare alcune

⁴⁵ Si veda, sul punto, per considerazioni di maggior ampiezza, il par. 4 del terzo capitolo della seconda parte di questo volume.

⁴⁶ Questa felice espressione è del NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., II, pag. 90.

affermazioni troppo generali ed assolute. In particolare, ci sembra di aver potuto dimostrare che anche nella fase di attuazione, il rapporto di lavoro non si presenta come caratterizzato dalla fiducia; e ciò sia che si voglia riconoscere all'*intuitus* una funzione integratrice, sia che ad esso si riconosca soltanto il potere di intensificare e specificare la buona fede e la correttezza da cui devono essere permeati i comportamenti.

Delle ricorrenti affermazioni di buona parte della dottrina ci sembra si possa accogliere soltanto un aspetto limitato e parziale e cioè che nei pochi rapporti di lavoro veramente dominati dall'*intuitus* e dalla fiducia, la buona fede o la correttezza sono potenziate ed assumono un colorito peculiare. Ma il fenomeno si limita a questo e non deve essere generalizzato, né estendendo allo schema tipico del rapporto di lavoro le caratteristiche di singole fattispecie, né comunque assegnando alla fiducia – anche nei casi in cui ricorre in concreto – una funzione che non le compete e non è prevista dalla normativa.

Capitolo VI

L'errore sulla persona nel contratto di lavoro

Sommario: 1. Aspetti essenziali della problematica. – 2. Rapporti tra l'*intuitus* e l'*error in persona*. – 3. L'errore sulle qualità personali e il contratto di lavoro. – 4. Errore e periodo di prova. – 5. Relatività del giudizio sull'*error in persona* nei contratti di lavoro.

1. Aspetti essenziali della problematica

La dottrina prevalente afferma che l'ipotesi eccezionale di cui all'art. 1429 n. 3 c.c. si trasforma sostanzialmente in regola costante per ciò che attiene al rapporto di lavoro, stante l'*intuitus* da cui esso è permeato e data la sua natura squisitamente fiduciaria¹.

Questa affermazione, largamente seguita dalla scarsa giurisprudenza sull'argomento² ha avuto finora pochissimi contraddittori, che si sono sforzati quanto meno di ridimensionarla, sotto il profilo delle innegabili diversità delle varie fattispecie e della necessità di compiere un'indagine specifica di volta in volta, senza servirsi di presunzioni e di collegamenti necessari³. In realtà il problema

1 In questo senso, più o meno esplicitamente: BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1949, II, pag. 56 ss.; DE LITALA, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1949, pag. 158 ss.; PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, Torino, 1963, pag. 227 ss.; ARANGUREN, *La qualifica nel contratto di lavoro*, Milano, 1961, pag. 93 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* [diretto da] BORSI e PERGOLESI, Padova, 1958, II, pag. 125 ss.; LEGA, *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*, Milano, 1948, pag. 278; BALZARINI, *Il contratto di impiego privato e l'errore sulla persona*, in *Dir. lav.*, 1935, 2, pag. 37.

2 Per quanto ci consta, i precedenti di qualche rilievo sono i seguenti: Trib. Milano 25 giugno 1931, in *Mass. giur. lav.*, 1932, pag. 27; App. Tripoli 30 novembre 1933, in *Dir. lav.*, 1935, 2, pag. 35; App. Roma 4 ottobre 1947, in *Dir. lav.*, 1949, 2, pag. 17; Trib. Milano, 11 ottobre 1948, in *Dir. lav.*, 1949, 2, pag. 14; Cass. civ. 21 marzo 1949 n. 620, in *Foro it.*, 1949, 1, 789.

3 Meritano particolarmente di essere segnalati: GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pag. 71 (che esattamente fa riferimento solo ai casi concreti ed alla necessità di provare specificamente che l'errore ha effettivamente determinato il consenso e si contrappone all'ARANGUREN [presumibilmente riferito a *La qualifica nel contratto di lavoro*, cit. alla n. precedente] negando che la qualifica soggettiva possa considerarsi termine di riferimento idoneo a far presumere a priori il carattere di essenzialità dell'errore); PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, pag. 77 (il quale osserva che l'errore sulla persona può avere rilievo solo per i contratti stipulati con la libera scelta o su richiesta nominativa, aggiungendo che anche nei contratti *intuitus*, quando si tratta di errore sulle qualità, occorre un'indagine sul carattere determinante delle qualità stesse); SUPPIEJ, *Capacità di lavoro*, in *Enc. diritto*, VI, 1960, pag. 48 ss., ed anche in *Capacità giuridica di lavoro e capacità naturale di lavoro*, in *Riv. dir. internaz.*

merita un certo approfondimento, soprattutto sul piano sistematico, poiché è evidente che sul terreno pratico si tratta di ipotesi sempre più difficilmente ricorrenti. Infatti, già la possibilità di sottoporre il prestatore ad un periodo di prova rende più difficile l'errore sulle sue qualità; ma poi la stessa struttura dell'impresa moderna e specialmente di quella di notevoli dimensioni, rende più improbabile il verificarsi di un errore su qualità essenziali, posto che di solito l'assunzione del personale le cui qualità abbiano un particolare rilievo, viene operata solo dopo indagini ed esami qualificati sul piano tecnico e ricorrendo all'ausilio della medicina, della sociologia e della psicologia.

Inoltre, nella vasta congerie di contratti nella cui origine manca ogni concreta facoltà di scelta, è chiaro che di errore sulle qualità determinanti non si può parlare. Infine, è noto che nella maggioranza dei casi, più che all'azione di annullamento – che impone sempre ardue indagini ed ha un notevole margine di delicatezza – si preferisce ricorrere all'istituto del recesso, nelle sue varie forme, a seconda delle fattispecie⁴. Tuttavia, lo ripetiamo, un'indagine non è affatto inutile, non solo perché l'importanza di un problema giuridico non si misura soltanto col criterio della maggiore o minore frequenza delle ipotesi cui esso si riferisce, ma anche perché essa può consentire di rettificare qualche convincimento e di stabilire ulteriori punti fermi nel delicato campo di cui ci stiamo occupando.

Ben vero, sembra anzitutto interessante stabilire se e in qual modo sussista un collegamento necessario tra *intuitus* ed errore sulla persona; in secondo luogo, se possa stabilirsi un collegamento altrettanto necessario tra contratto di lavoro e disciplina dell'errore sulla persona. Infine, sarà utile accertare in qual modo quest'ultima disciplina reagisca di fronte alla particolare natura del rapporto di lavoro.

e comp. di lavoro, 1961, pag. 255 (il quale nega che l'errore possa considerarsi come necessario o presunto, quando verta sulla capacità, essendo sempre necessaria un'indagine specifica); PETRACCONI, *L'errore nel contratto d'impiego*, in *Mass. giur. lav.*, 1932, pag. 27 (il quale, pur richiamandosi inizialmente al carattere fiduciario del rapporto di lavoro, finisce poi per ammettere che può non essere essenziale l'errore che riguarda un impiegato le cui mansioni non implicano particolare fiducia o competenza).

4 Una posizione particolare, come è noto, fu assunta dal CARNELUTTI, *Il vizio redibitorio nel contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, pag. 519, il quale prospettò la possibilità di ravvisare un vizio redibitorio e quindi di riconoscere l'esperibilità dell'azione di inadempimento anche nel caso di mancanza di qualità non previste dal contratto.

Lo stesso A. non mancò di porre in evidenza l'impossibilità di far leva esclusivamente sul periodo di prova, osservando esattamente che un giudizio valido richiederebbe un ampio esperimento, e che in ogni caso esso può essere veramente completo solo instaurando definitivamente quelle relazioni che costituiscono il contenuto del rapporto.

2. Rapporti tra l'*intuitus* e l'*error in persona**

Sotto il primo profilo, si può ricordare che già sotto il vecchio codice si era largamente affermato un orientamento secondo il quale l'errore sulla persona doveva ritenersi essenziale esclusivamente nei contratti stipulati *intuitu personae*⁵.

Questo insegnamento è rimasto operante anche con l'introduzione del nuovo codice civile, ritenendosi per lo più che non vi sia sostanziale differenza tra le espressioni usate nei diversi testi legislativi. Ma una dottrina particolarmente agguerrita⁶ ha sottoposto ad energica critica un orientamento siffatto, osservando che esso trova il suo fondamento soprattutto in pregiudizi volontaristici e che le sue principali conseguenze derivano dalla necessità di trovare una spiegazione giuridica del fenomeno per cui i motivi, normalmente irrilevanti, sarebbero invece assurti a giuridico rilievo agli effetti dell'*error in persona*. Da ciò, una configurazione «astratta» del fenomeno, a seconda dell'appartenenza dei contratti alla categoria dominata dall'*intuitus* o meno.

Ulteriore conseguenza di questa impostazione sarebbe stata la ingiustificata restrizione del novero delle qualità da prendere in considerazione agli effetti del giudizio sull'essenzialità dell'errore.

* [Nell'indice del testo originario il titolo di questo paragrafo compare con il titolo "Rapporti tra l'intuitus e l'errore sulla persona"; abbiamo riprodotto qui il titolo indicato nel sommario del capitolo].

5 Sull'errore sulla persona, in generale, v. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. pagg. 569 ss.; BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, pag. 187 ss.; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, I, pag. 400 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1961, pag. 44 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 157 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, pag. 275 ss.; ABELLO, *Della locazione*, Napoli, 1908, II, pag. 373 ss. Naturalmente, non si esaurisce qui la bibliografia sull'argomento; ma abbiamo voluto limitarci ai richiami più significativi in tema di rapporti tra errore e *intuitus*.

Alcuni AA. hanno fatto riferimento, proprio in relazione a questo particolare aspetto del problema generale, alla teoria della presupposizione. Peraltro, non ci sembra necessario né conferente il richiamo ad una teoria ancora tanto discussa e controversa. Da notare anche che essa è stata molto di rado accolta dalla giurisprudenza e più che altro a proposito di particolari fattispecie.

Ricordiamo la sentenza 28 maggio 1953 n. 1954 della Cassazione S.U., in *Riv. dir. comm.*, 1953, 2, 282, che ha fatto esplicito riferimento a questa teoria; e la sentenza 11 ottobre 1948 del Tribunale di Milano, in *Dir. lav.*, 1949, II, 14, che peraltro ha ritenuto di poter fare riferimento alla presupposizione «nei limiti di specie» (si trattava di errore su qualità della persona in contratto di lavoro giornalistico) e senza ammetterla in via generale. Per ulteriori informazioni sull'argomento, v. la nota di COLITTO alla sentenza della Corte d'Appello di Roma 4 ottobre 1947, in *Dir. lav.*, 1949, II, 17, con ampi richiami. Dell'argomento dell'errore sulla persona in rapporto all'*intuitus* si occupa abbastanza diffusamente il VALLEUR, nel volume più volte citato, *L'intuitus personae dans les contrats*, pag. 100 ss., 213 ss.

6 PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, particolarmente pag. 385 ss. Per questo A., l'errore sulle qualità consiste nella mancata consapevolezza del contenuto concreto del regolamento di interessi predisposti.

Questa dottrina si è invece richiamata alla necessità di un giudizio da effettuare caso per caso, indipendentemente dal tipo di contratto, ed in relazione a tutte le caratteristiche che, secondo il significato comune, possono considerarsi come qualità. Donde l'ulteriore conseguenza per cui nei contratti *intuitu personae* la dimostrazione della essenzialità dell'errore sarebbe più facile e nient'altro che questo e quella per cui di errore sulla persona potrebbe parlarsi anche nei contratti nei quali l'*intuitus* è assente⁷.

Orbene, che in questa dottrina vi siano alcuni aspetti fondati non sembra possa revocarsi in dubbio; non tutte le sue premesse sono peraltro ugualmente accettabili, almeno nella parte che ci interessa più da vicino.

Intanto bisogna considerare che la pretesa restrizione del novero delle qualità è stata ormai quasi generalmente respinta, accedendo all'opinione secondo cui è sufficiente che si tratti di qualità della persona, di attributi della personalità intesi nel senso più ampio⁸. Noi stessi, occupandoci del contenuto fondamentale dell'*intuitus*, abbiamo posto in evidenza come si debba rifiutare ogni criterio di classificazione astratta, per far luogo invece ad un'indagine specifica e relativa, vertente sulla valutazione in concreto dell'essenzialità delle qualità, ai fini della determinazione del consenso.

Tuttavia, è ugualmente da respingere un'impostazione troppo soggettiva di questi aspetti ed è senz'altro da accogliere il rilievo secondo il quale un temperamento deve derivare dalla collocazione del negozio in un determinato ambiente, arricchendone quindi i contenuti col significato corrente, secondo l'uso normale⁹. Il che, a ben guardare, costituisce del resto una corretta applicazione dei canoni ermeneutici, in virtù dei quali la ricerca della volontà dei contraenti e del significato delle loro manifestazioni di volontà, deve essere operata tenendo

7 In realtà, il PIETROBON si batte soprattutto contro il c.d. dogma della volontà, finendo per ascrivere ad esso anche conseguenze cui si perviene sostanzialmente per vie diverse. Questo A., per contestare che l'errore sulla persona rilevi soltanto nei contratti *intuitu personae*, fa l'esempio dei contratti consensuali traslativi (pag. 447). A prescindere dalla fondatezza dell'asserzione, sta di fatto che non sembra che la dottrina criticata voglia limitare l'errore sulla persona ai contratti dominati dallo *intuitus*; si afferma piuttosto che uno degli effetti fondamentali dell'*intuitus* è quello di rendere generalmente applicabile la disciplina dell'errore sulla persona; il che è del tutto diverso e non esclude che anche ad altri tipi di contratto possa applicarsi l'art. 1429 n. 3. L'appunto del PIETROBON può invece fondatamente indirizzarsi a chi (come il CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, pag. 572) afferma che «l'errore sulla persona e sulla qualità di essa è essenziale, di regola, solo nei negozi fatti *intuitu personae*».

8 Particolarmente significativa la sentenza 21 marzo 1949 n. 620 della Corte di Cassazione, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, XXVIII, 1, n. 514 pag. 484, secondo la quale «ai fini della formazione del consenso può avere importanza qualsiasi circostanza o elemento relativo alla persona che, secondo l'apprezzamento delle parti, assume valore rispetto al fine pratico che le parti si propongono».

9 Fondamentali, sul punto, i rilievi del BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, pag. 283.

conto del comune apprezzamento e delle concezioni dominanti nella coscienza sociale, alla luce del criterio di buona fede.

In questo senso, si è esattamente posto in luce il necessario collegamento tra le varie parti dell'art. 1429 e particolarmente tra i numeri 2 e 3, per cui il richiamo al comune apprezzamento ed alle circostanze deve ritenersi operante anche nell'ipotesi dell'errore sulle qualità della persona¹⁰.

Così ragionando, cade senza dubbio la restrizione denunciata dal Pietrobon e si può addivenire ad una considerazione più ampia delle qualità, anche senza passare necessariamente per la via indicata da questo Autore.

Ma questo non risolve ancora il problema del collegamento tra *intuitus* ed errore sulla persona. A dire il vero, non ci sembra possano essere numerose – una volta che il concetto di qualità sia inteso nell'ampio significato da noi accolto – le ipotesi in cui potrebbe verificarsi l'errore essenziale sulla persona, in assenza dell'*intuitus*. Di regola, l'ipotesi in cui l'identità o le qualità della persona siano state determinanti del consenso, è quella tipica dell'*intuitus*; e non a caso la terminologia adottata nel testo dell'art. 1429 n. 3 è del tutto analoga a quella usata dal legislatore nell'art. 1674 c.c. («salvo che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto»).

Quella che invece occorre rettificare è la convinzione che nei negozi *intuitu personae* l'errore sulle qualità della persona sia *sempre essenziale*, quasi al punto da introdurre una sorta di presunzione¹¹.

Un'affermazione del genere sarebbe senz'altro da respingere, poiché di volta in volta bisognerà stabilire se la qualità su cui è caduto l'errore sia stata veramente quella determinante del consenso e se inoltre ricorrano gli altri requisiti richiesti dalla legge per farsi luogo all'annullamento del contratto per vizio di consenso.

In sostanza, se un contraente chiede l'annullamento del contratto per errore sulla persona, occorre anzitutto stabilire se alla origine del consenso, come motivo determinante, vi siano state una o più qualità; in secondo luogo se le qualità su cui si deduce essere incorsi in errore siano le stesse che abbiano determinato il consenso.

Ne deriva che l'accertamento deve essere sempre fatto in modo specifico e relativo, avvalendosi dei comuni criteri di interpretazione dei contratti e di ricerca della volontà dei contraenti. Non basterà quindi riferirsi alla natura *intuitu personae* del contratto per dedurre necessariamente l'essenzialità dell'errore sulla

10 SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1961, pag. 44-45.

11 Sembra orientato in questo senso il CARIOTA FERRARA, *loc. cit.*, pag. 572. Nella dottrina lavorista questa affermazione è frequentemente ricorrente in modo più o meno esplicito; v. ad esempio: PERETTI-GRIVA, *Il contratto di impiego privato*, cit., pag. 227 ss.; LEGA, *La capacità lavorativa*, cit., pag. 278; ARANGUREN, *La qualifica*, ecc., cit. pag. 93 ss. In senso decisamente critico contro questi orientamenti: SUPPIEJ, nei due scritti citati in nota 3.

persona; ma vi saranno ancora ulteriori accertamenti da compiere, in modo completo e senza preconcetti né presunzioni.

Quanto alla critica secondo la quale le predominanti costruzioni dottrinarie costituirebbero un rimedio per superare l'ostacolo derivante dalla normale irrilevanza dei motivi¹², è sufficiente precisare che il vero errore sui motivi è quello che riflette soltanto i moventi «interiori» e cioè le ragioni personali e contingenti che hanno indotto alla stipulazione del contratto, collegandosi pertanto ad un mero giudizio di convenienza e di opportunità¹³. Al contrario, si è esattamente rilevato¹⁴ come l'errore vizio che cade su qualità essenziali, assuma la portata di un errore ostativo e sia sottoposto quindi allo stesso trattamento, nel presupposto che esso ha inciso sul processo di formazione della volontà in modo assolutamente dominante; e poco importa che ciò avvenga in relazione alla natura stessa del contratto oppure in relazione alla volontà delle parti. Bisogna distinguere insomma tra la spinta interiore, il movente remoto e rimasto inespresso ed il motivo fondamentale che ha costituito parte integrante del processo di determinazione volitiva¹⁵.

Poiché questa distinzione tra i moventi remoti ed interiori ed il motivo determinante è ormai colta esattamente dalla dottrina che si occupa dell'*intuitus*, sembra che la critica suaccennata possa considerarsi come superata, non esistendo in realtà alcuna contraddizione del tipo di quella denunciata. E ciò a maggior ragione in presenza di una normativa come quella dell'art. 1429 c.c., che è tale da non consentire dubbi, almeno sotto il profilo che è stato lo stesso legislatore a stabilire in alcuni casi, sia pure eccezionali, il rilievo e gli effetti da attribuire al motivo determinante del consenso.

In conclusione, si può ben dire che l'affermazione tradizionale secondo la quale esiste un collegamento necessario tra *intuitus* ed errore sulla persona è esatta, a condizione che essa venga integrata con la precisazione che siffatto rapporto non è tale da istituire presunzioni di alcun genere, nè tanto meno da far ritenere inserite nella fattispecie contrattuale condizioni inesprese e non deducibili dalle circostanze esteriori¹⁶. L'indagine deve essere sempre effettuata

12 Ancora PIETROBON, *loc. cit.*, pag. 445 ss.

13 Su questo punto, assai perspicuamente BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, I, pag. 401; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., pag. 46.

14 BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pag. 281.

Il SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, osserva che l'errore sulle qualità cessa di essere motivo e diventa ostativo quando la qualità serve ad individuare l'elemento negoziale, sia cioè solo un modo di designarlo (p. 160).

15 Resta fondamentale, sul punto, lo studio del DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, Torino, 1939, nel quale la distinzione tra moventi remoti, motivo determinante, causa è colta in ogni aspetto (v. particolarmente pag. 10 ss., 160 ss.).

16 È questo l'errore in cui incorre, a nostro parere, il PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, Torino, 1963, pag. 228-229.

secondo le precise indicazioni dell'art. 1429 n. 3 e con costante riferimento alla fattispecie presa in esame.

3. L'errore sulle qualità personali e il contratto di lavoro

Alla stregua di queste considerazioni, siamo in grado di passare al secondo e più specifico problema, se cioè la disciplina dell'errore sulla persona possa considerarsi in stretto e necessario collegamento con quella del rapporto di lavoro.

Abbiamo già accennato all'impostazione predominante in dottrina e in giurisprudenza, nel presupposto abbastanza comune della natura «*intuitu*», o fiduciaria, del rapporto di lavoro.

Non mancano Autori che vanno ancora oltre, affermando che persino l'indagine sui presupposti del consenso (benché soggetta ai principi del diritto comune) presenta alcune particolarità, tra le quali fondamentale quella per cui si intendono contenute nella generica stipulazione del contratto molte condizioni che in altri rapporti andrebbero espresse¹⁷.

A prescindere da quest'ultima tesi – della quale non riusciamo a cogliere il fondamento giuridico – dobbiamo subito dire che l'orientamento tradizionale può essere accolto solo a condizione che se ne respinga l'impostazione di carattere generale.

Nei rapporti di lavoro stipulati *intuitu personae* o nei quali emerge comunque la natura eminentemente fiduciaria, non sembra dubbio che l'errore che cada sulle specifiche qualità che hanno determinato il consenso debba essere considerato come essenziale.

Ma ciò non corrisponde affatto a verità per tutti quei contratti di lavoro che sono stati stipulati senza libera scelta e nei quali, comunque, le qualità di un contraente non hanno affatto influito sulla determinazione del consenso della controparte¹⁸. Questa osservazione assume tanto maggior importanza quando si pensi che – come si è più volte precisato – le fattispecie in cui l'*intuitus* non entra per nulla sono di gran lunga le più numerose e frequenti nel campo di cui ci occupiamo.

Bisogna dunque evitare le affermazioni troppo generali, che in realtà, ad un primo esame, si rivelano come del tutto apodittiche. L'errore in cui ci sembra sia incorsa buona parte della dottrina consiste proprio – a nostro avviso – nell'aver trasferito su di un piano generale quella che poteva essere soltanto la disciplina di alcuni rapporti particolari. E non ci si è accorti, assai spesso, anche nel

17 Il PERETTI-GRIVA (v. nota precedente) fonda queste affermazioni sulle «speciali esigenze di fatto» della materia del contratto d'impiego e sul carattere «personalissimo» del rapporto. Ma è evidente che le esigenze di fatto hanno ben poco rilievo, mentre sul carattere «personalissimo» del rapporto ci sarebbe molto da discutere. L'assunto è dunque infondato nei presupposti prima ancora che nelle conseguenze che da essi si vogliono derivare.

18 In questo senso, si vedano gli AA. citati in nota 3.

commentare le scarse decisioni giurisprudenziali, che queste ultime si riferivano in genere a casi di specie e soprattutto ad ipotesi in cui l'*intuitus* era sicuramente presente. Non è infatti da ritenersi casuale il fatto che le citate decisioni giurisprudenziali si riferissero o al contratto di lavoro giornalistico – che, specialmente per ciò che attiene alla parte direttiva, è senza dubbio dominato dall'*intuitus* – oppure a rapporti inerenti a prestazioni particolarmente qualificate¹⁹.

Non aver colto questi aspetti di indubbio rilievo, ha determinato generalmente una impostazione «astratta» del problema; ed è proprio questa la ragione per la quale del tutto sterile si è dimostrata spesso la discussione intorno alla essenzialità di questa o quella qualità personale²⁰.

È accaduto così che per alcuni Autori²¹ l'unica qualità giuridicamente rilevante, agli effetti dell'errore, potesse essere considerata la qualifica «potenziale»; mentre per altri il punto di riferimento dovrebbe essere sempre costituito dalla capacità lavorativa²².

Bisogna dire dunque chiaramente che l'eccessiva limitazione del novero delle qualità è sicuramente errata; così come è infondata la pretesa di estendere la nozione oltre ogni limite consentito. Non esiste, a nostro parere, la possibilità di fare un elenco delle qualità che possono essere ritenute essenziali e di quelle che non attingono siffatta dignità giuridica. La riservatezza, la presenza, l'eleganza, l'onestà possono essere prive di qualsiasi rilievo perché non considerate affatto dai contraenti all'atto della stipulazione; oppure possono diventare qualità essenziali non solo in relazione alla natura della prestazione richiesta, ma anche in relazione alla volontà delle parti²³. Lo stesso è a dirsi per ciò che attiene alla considerazione dei terzi, che astrattamente non costituisce certo una qualità

19 Tanto per fare qualche esempio, ricordiamo che la sentenza del Tribunale di Milano del 25 giugno 1931 si riferiva ad un contratto d'impiego privato stipulato nel presupposto che l'impiegato assunto per lavori tecnici specializzati, fosse munito di titolo professionale (ingegnere), risultato poi inesistente (o meglio non valido, perché conseguito all'estero); la sentenza della Corte di Appello di Roma del 4 ottobre 1947 si riferiva all'assunzione come direttore di un giornale di critica politica e satirica di una persona poi risultata sottoposta a giudizio di epurazione; la sentenza 11 ottobre 1948 del Tribunale di Milano riguardava la fattispecie di un giornalista assunto nel presupposto che avesse la possibilità di recarsi in Urss come corrispondente, possibilità in seguito risultata inesistente; la sentenza 21 marzo 1949 n. 620 della Corte di Cassazione si riferiva ad un contratto di lavoro giornalistico.

Tutte queste sentenze sono già state citate in nota 2.

20 Si vedano le annotazioni poste in calce ad alcune delle sentenze indicate nella nota precedente; quella del COLITTO, in *Dir. lav.*, 1949, 2, 17; quella del PERETTI-GRIVA, in *Riv. lav.*, 1934, pag. 245 ss.; quella del BALZARINI, in *Dir. lav.*, 1935, 2, pag. 37, quella del PETRACCONI, in *Mass. giur. lav.*, 1932, pag. 27.

21 Ad es.: ARANGUREN, *La qualifica nel contratto di lavoro*, Milano, 1961, pag. 95.

22 Questa tesi è prevalentemente sostenuta dal LEGA, *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*, Milano, 1948, pag. 276 ss. (dello stesso A., v. anche, in senso analogo: *La diligenza del lavoratore*, Milano, 1963, pag. 280 ss.).

23 Per questa ragione, non ci sembra possibile condividere le perplessità dell'ARANGUREN, *La qualifica*, ecc., cit., pag. 94, il quale si chiede se possano costituire qualità della persona

della persona, ma in casi determinati può diventarlo fino al punto da essere addirittura essenziale²⁴.

Questo spiega perché anche gli Autori che negano una giuridica rilevanza alla capacità naturale di lavoro, in sé considerata²⁵, o quelli che negano un giuridico rilievo alla qualifica «potenziale»²⁶ ammettono tuttavia che anche su di esse possa cadere l'errore di cui all'art. 1429 n. 3, senza che ad essi possa addebitarsi alcuna contraddizione. La verità è che perfino alcuni meri presupposti di fatto possono essere presi in considerazione agli effetti della determinazione volitiva, diventando quindi qualità ed attributi della persona rilevanti; se risulterà in concreto che essi furono ritenuti esistenti, mentre in realtà mancavano, e se sarà certo che essi costituivano il motivo determinante del consenso, è chiaro che il contratto potrà essere annullato per vizio del consenso.

Ma un'ulteriore precisazione dev'essere fatta, a questo punto: occorre cioè delimitare il campo specifico su cui opera l'errore rispetto a quello in cui operano altri istituti, onde evitare qualsiasi confusione.

giuridicamente rilevanti «alcune qualità oggettive come la cortesia, la pazienza, la riservatezza, la presenza, la eleganza e la pulizia» ed anche alcune qualità morali.

Impostando così il problema non si può arrivare ad alcun valido risultato. Lo stesso dicasi per quanto riguarda le affermazioni del DE LITALA, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1949, pag. 153, che esclude dal novero delle qualità rilevanti la cultura e l'abilità. Assai più esattamente, il BARASSI, *Diritto del lavoro*, Milano, 1949, II, pag. 56, osserva che l'indagine è di fatto e consiste nello stabilire di volta in volta se si tratti realmente di qualità *sostanziali* o ritenute tali dalle parti. In epoca assai più remota, ma con uguale esattezza, l'ABELLO, *Della locazione*, Napoli, 1908, II, pag. 373, aveva rilevato che l'errore sulle qualità è essenziale quando, per la natura della prestazione o per il modo con cui espressamente le qualità furono considerate nel contratto, si può affermare che esse abbiano influito sulla volontà contrattuale, determinandola.

24 L'ARANGUREN, *La qualifica*, ecc., cit., pag. 95, afferma categoricamente che la considerazione dei terzi sulla persona del prestatore è elemento esterno ai fini delle qualità della persona.

Ancora una volta, l'impostazione è troppo drastica e generica e sembra prescindere totalmente dalla volontà delle parti e dalle particolarità dei singoli rapporti. In senso nettamente contrario ad una impostazione del genere, si è espressa la Corte di Cassazione, nella citata sentenza 21 marzo 1949 n. 620 (v. nota 2), affermando esattamente nella motivazione che la restrizione della nozione di qualità della persona agli attributi oggettivamente immanenti al soggetto è contraria al principio dell'autonomia della volontà delle parti e che è ovvio che per il raggiungimento di determinate finalità pratiche può aver rilievo anche la valutazione che della personalità del soggetto altri possa fare (la fattispecie considerata era, ancora una volta, quella relativa al direttore di un giornale).

25 Sul punto, si vedano particolarmente gli ampi contributi del SUPPIEJ, *Capacità di lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VI, pag. 48 ss., e del FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, *ivi*, pag. 35 ss. Sostanzialmente, tutti e due gli AA. citati assumono una posizione critica nei confronti della tesi tipicamente «soggettivistica» sostenuta particolarmente dal LEGA, *loc. cit.*

26 Per un'ampia ed accurata dimostrazione: GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pag. 58 ss.; occupandosi specificamente del problema dell'errore, questo A. rileva esattamente che la qualifica soggettiva è termine di riferimento inidoneo a far presumere a priori l'essenzialità dell'errore.

Quando si parla, ad esempio, delle *dichiarazioni inesatte o reticenti* del lavoratore, non si pone necessariamente un problema di errore, che anzi costituisce l'ipotesi più rara ed eccezionale.

Da un lato, infatti, può porsi più esattamente il problema del vizio del consenso per dolo dell'altro contraente; dall'altro lato, può porsi invece il problema del recesso dal rapporto, per giusta causa, del contraente ingannato²⁷.

Parimenti, per ciò che attiene all'errore determinato dal ritenuto (e poi risultato insussistente) *possesso di titoli professionali* necessari, deve dirsi che assai spesso più che all'annullamento del contratto per vizio del consenso potrà addivenirsi alla risoluzione dello stesso per nullità dell'oggetto²⁸.

Insomma, il problema dell'errore sulla persona va riportato entro i suoi giusti confini, che sono esclusivamente quelli della rilevanza di una falsa rappresentazione dell'esistenza di un requisito che fu determinante del consenso. Su questo terreno, l'indagine potrà liberamente spaziare, purché tenga conto da un lato della disciplina positiva e dall'altro della volontà delle parti e della natura della prestazione. Si eviteranno così le conclusioni aberranti cui si perviene quando si perdono di vista questi fondamentali presupposti, come quelle di chi ha ritenuto di ravvisare l'annullabilità del contratto per errore in caso di persistente negligenza del lavoratore²⁹: la nozio-

27 L'Autore che si è occupato più di recente di questi aspetti è il MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II, Milano, 1965, ed. provv., al quale si devono alcune acute osservazioni ed un'esatta impostazione del problema di fondo. Per questo A. l'ipotesi delle reticenze e delle dichiarazioni inesatte rientra prevalentemente nella nozione della giusta causa, mentre è da escludersi la configurabilità del dolo ed è da ritenersi eccezionale l'applicabilità dell'art. 1429 n. 3 (pag. 101 ss.).

Su questi aspetti specifici, v. anche: BALZARINI, *Il contratto di impiego privato e l'errore sulla persona*, in *Dir. lav.*, 1935, II, pag. 46; DE LITALA, *Contratto di lavoro*, cit., pag. 158 ss.; PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, Torino, 1963, pag. 227 ss.

Sul dolo, relativamente alle reticenze ed alle menzogne, v. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 169; FUNAIOLI, *Dolo (diritto civile)*, in *Enc. diritto*, [presumibilmente l'ed. del 1964,] Milano, XIII, pag. 745 ss.

28 L'interesse di questa particolare problematica è stato avvertito dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente. Abbiamo già ricordato la sentenza 30 novembre 1933 della Corte di Appello di Tripoli e quella 25 giugno 1931 del Tribunale di Milano, ambedue relative alla questione dell'errore sul possesso di titolo professionale. Il BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., II, pag. 56, nota 5, si oppone alla soluzione adottata dalla Corte di Appello di Tripoli rilevando che se il possesso non fu inserito come condizione espressa, si tratta di una presupposizione rimasta personale al datore e non entrata nella struttura del contratto; mentre se esso è necessario per legge, la nullità deriverà da altri motivi e non già dall'errore.

Il PERETTI-GRIVA, *Contratto d'impiego privato*, cit., pag. 227, nota 22, osserva dal canto suo che per lo più è l'idoneità tecnica che interessa; la necessità di un titolo dovrebbe derivare o dalle evidenti esigenze della prestazione o da espressa condizione contrattuale. In senso sostanzialmente analogo, e con una particolare accentuazione del carattere necessariamente relativo del giudizio: PETRACCONE, *L'errore nel contratto d'impiego*, in *Mass. giur. lav.*, 1932, pag. 27.

29 Questa tesi è svolta dal LEGA, nel volume già citato su «*La diligenza del lavoratore*», pag. 280.

Una posizione sostanzialmente analoga era stata assunta anche dal BALZARINI, nella citata nota *Il contratto d'impiego privato e l'errore sulla persona*. Una posizione nettamente critica è stata

ne di qualità personali può infatti – come si è visto – essere intesa in modo molto ampio, ma non fino al punto da ricomprendervi quello che è soltanto un criterio di misura e di valutazione della prestazione (la diligenza).

Si noterà che abbiamo limitato tutto il nostro discorso all'ipotesi dell'errore sulle *qualità* della persona del *prestatore*. Le ragioni di questa duplice limitazione sono abbastanza evidenti.

Anzitutto perché l'errore sull'identità non presenta una particolare problematica e rappresenta, nella realtà, quasi esclusivamente una ipotesi di scuola, per quanto riguarda il rapporto di lavoro.

In secondo luogo, perché nei confronti del datore di lavoro il problema dell'errore sulle qualità si presenta solo in ipotesi del tutto eccezionali.

Abbiamo già detto, infatti che l'*intuitus* – quando esiste – investe generalmente la persona del prestatore, restando invece irrilevante, nella normalità dei casi, la persona del datore³⁰.

Vi sono dei casi in cui quest'ultima *può* costituire il motivo determinante del consenso, ma non è detto che lo sia necessariamente. In realtà, anche negli esempi che si fanno di solito (tirocinio, lavoro domestico, lavoro alle dipendenze di un professionista) la considerazione della persona del datore resta spesso nella sfera dei moventi interiori e non costituisce il motivo determinante della stipulazione. L'apprendista può tener conto, infatti, della maggiore o minore capacità di insegnamento del datore, ma non sempre è sicuro che sia stato proprio questo il motivo determinante del suo consenso; così, la domestica si preoccupa indubbiamente delle qualità del datore di lavoro e dell'ambiente in cui dovrà svolgere la sua prestazione, ma non è difficile che la sua scelta si fondi più sulla entità della retribuzione offertale che non sulle qualità della controparte. Ne deriva che in questi casi bisognerà attenersi ai criteri di indagine più volte enunciati, procedendo peraltro con quelle ulteriori cautele che derivano dalla conoscenza del dato sociologico ed effettuale.

4. Errore e periodo di prova

Un problema di particolare rilievo si pone a proposito dei *rapporti tra l'errore sulla persona e il periodo di prova*.

Una parte della dottrina sostiene che non può parlarsi di errore quando si tratti di qualità la cui sussistenza o meno poteva essere accertata mediante

assunta, contro impostazioni del genere, da parte del SUPPIEJ, *Capacità giuridica di lavoro e capacità naturale di lavoro*, in *Riv. dir. internaz. comp. lav.*, 1961, pag. 255, il quale svolge considerazioni che ci sembrano in gran parte condivisibili.

30 Il BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., II, pag. 56 ss., osserva che l'errore è possibile anche nei riguardi del datore nei casi in cui, come nel tirocinio, la sua persona sia elemento essenziale del contratto; ma aggiunge che «occorre riconoscere che le organizzazioni aziendali oggi escludono praticamente questa possibilità di errore». Per altri riferimenti sul punto, rinviamo alla nota 18 del Cap. II.

l'esperimento della prova³¹; altri Autori si attengono ad un'impostazione ancora più rigida, affermando che il compimento del periodo di prova (per alcuni addirittura il fatto in sé dell'esperimento della prova) preclude l'azione di annullamento per errore³².

Si tratta di un'impostazione che non possiamo condividere e non solo per le ragioni logiche che già da altri sono state prospettate, ma anche per motivi di stretto diritto.

È esatto, anzitutto, che la prova – limitata nel tempo – può fornire solo alcuni dati indicativi, ma non esaurire ogni possibile accertamento su tutte le qualità del soggetto³³. Per di più, bisogna anche considerare la possibilità che il prestatore agisca con dolo nei confronti della controparte, cercando di occultare, durante il periodo di prova, l'assenza di alcuni requisiti o qualità essenziali³⁴.

Infine non si può davvero dire che la prova sia configurata dalla legge come preventiva sanatoria per successive inadempienze³⁵; mentre va rilevato che l'efficacia dell'esperimento può essere estremamente variabile di caso in caso, a seconda della natura delle prestazioni richieste.

Ma poi, come si è accennato, l'assunto suesposto rivela la sua debolezza anche sul piano strettamente giuridico.

Una preclusione all'azione di annullamento dovrebbe essere specificamente prevista dal legislatore e non potrebbe certo introdursi in virtù di analogia o per via di deduzioni.

31 Ad esempio il DE LITALA, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 158, afferma testualmente che non sarebbe errore sulla persona quello che un'azienda invocasse affermando che il lavoratore si sia presentato come persona colta e abile, mentre non possiede questi requisiti, «perché l'azienda poteva premunirsi con la prova».

32 Questa ipotesi è stata sostenuta particolarmente dal BALZARINI R., *Il contratto d'impiego privato e l'errore sulla persona*, cit., pag. 37, il quale afferma che l'impugnativa è preclusa non solo quando è superato il periodo di prova, ma anche durante lo svolgimento di esso, perché la condizione risolutiva relativa alle qualità e capacità dell'impiegato esclude l'impugnabilità per vizio del consenso. In senso sostanzialmente analogo la RIVA SANSEVERINO, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Trattato [di diritto del lavoro] diretto da] BORSI E PERGOLES*, 1958, II, pag. 126, la quale però parla di condizione sospensiva. Il BARASSI, un po' meno drasticamente afferma che è da escludere la rilevanza di un errore circa la perizia professionale, quando essa si possa valutare attraverso il periodo di prova (*loc. cit.*, pag. 56 ss.).

33 Così, esattamente, il LEGA, *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*, Milano, 1948, pag. 283; il GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 219; il PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, cit., pag. 230.

34 Questa ipotesi è presa in considerazione anche dal PERETTI-GRIVA, *loc. cit.*, pag. 230; e dallo stesso BARASSI, *loc. cit.*, pag. 56, il quale afferma che quando l'errore dipende da dolo i raggiri bastano in sé a determinare l'annullabilità del contratto.

35 Esattamente, il GRECO, *loc. cit.*, pag. 219, osserva che la prova è predisposta solo al fine di dimostrare alle parti la convenienza o meno di una assunzione definitiva.

Anche il GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 71, esclude che l'eventuale svolgimento del periodo di prova possa assumersi a singolare ipotesi di sanatoria preventiva dell'invalidità, pur rilevando che la dimostrazione del vizio risulterà particolarmente difficile quando l'esperimento sia stato seguito da contratto definitivo.

Nella disciplina vigente dell'errore essenziale manca qualsiasi riferimento al requisito della scusabilità³⁶, mentre la legge mostra soltanto di richiedere l'essenzialità e la riconoscibilità (1428 c.c.). Per cui, deve ritenersi che il diritto all'impugnativa non viene meno neppure quando l'errore non sia scusabile. Nel nostro caso, dunque non potrebbe affermarsi che il datore di lavoro, avendo rinunciato alla facoltà di sottoporre il prestatore ad un periodo di prova, debba poi imputare a se stesso l'errore essenziale in cui è incorso, perché ciò significherebbe esigere un requisito dell'errore che è assente dalla normativa³⁷.

Che poi la valutazione del comportamento debba essere effettuata anche secondo buona fede e che un temperamento al rigore del principio sia introdotto dal requisito della riconoscibilità, è problema del tutto diverso, che non ha attinenza con quello prospettato.

A maggior ragione, poi, riesce difficile comprendere per qual motivo la presenza della condizione (sospensiva per alcuni e risolutiva per altri) potrebbe produrre lo stesso effetto preclusivo che la dottrina criticata ha riservato al compimento del periodo di prova. Se mai, dovrebbe concludersi in senso diametralmente opposto e cioè che in nessun caso può avere effetto il fatto che sia in corso l'esperimento della prova.

Del resto, la prova investe soprattutto la capacità tecnica, l'abilità del prestatore, mentre le altre qualità (che pure possono essere rilevanti) non possono essere prese in considerazione, per ragioni abbastanza ovvie: se la qualità che ha influenzato in modo determinante il consenso del datore è – ad esempio – la probità morale, è chiaro che durante il periodo di prova ben poco si potrà accertare sotto questo profilo. Se si tratta di un cassiere, ad esempio, egli svolgerà puntualmente il suo lavoro e non si lascerà andare a ruberie o manomissioni del denaro altrui proprio in quel periodo. Dovrebbe quindi dirsi che se in seguito il datore verrà a conoscenza dell'inesistenza di quella probità, magari per precedenti specifici (non necessariamente di carattere penale), gli sarà preclusa l'impugnativa del contratto per errore?

La conseguenza è così aberrante da non richiedere di essere sottolineata; ne deriva una sicura ed ulteriore conferma della irrilevanza della prova agli effetti di precludere l'azione di annullamento. Certo, dell'esperimento si dovrà tener conto, in certa misura; ma diremmo che esso spiegherà influenza soprattutto agli effetti della eventuale individuazione del dolo da parte del prestatore. Il che,

36 In questo senso si esprime il MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, pag. 88, rettificando una propria opinione precedente, sottoposta a critica da parte di altri Autori. Il MESSINEO osserva giustamente che nella materia dell'invalidità non è concepibile l'estensione per analogia delle restrizioni dettate dalla legge. Per un esame completo della questione, anche se in relazione al codice precedente: VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, cap. V.

37 È utile ricordare una significativa ammissione del BARASSI, che pure appartiene alla corrente che riconosce un notevole valore alla prova: «non mi pare che la rinuncia al periodo di prova valga accolto al datore del rischio dell'imperizia» (*Diritto del lavoro*, cit., II, pag. 56, nota 6).

in definitiva, condurrebbe pur sempre all'annullamento del contratto, sia pure sotto diverso profilo.

5. Relatività del giudizio sull'*error in persona* nei contratti di lavoro

Volendo dunque usufruire di tutte le suesposte considerazioni per giungere a qualche conclusione, si possono ormai formulare alcune proposizioni di sicuro orientamento.

Nel rapporto di lavoro, l'errore sulla persona o sulle sue qualità non è necessariamente essenziale. La ricerca da compiere non è diversa da quella inerente agli altri contratti, nei quali l'identità o le qualità personali possano avere comunque rilevanza. Si tratta di stabilire, di volta in volta, se l'errore sia caduto sull'identità o sulle qualità che all'atto della stipulazione erano state determinanti del consenso.

Un'indagine delicata, da compiersi con ogni cautela, ma soprattutto svincolata da ogni presunzione.

Certo, nei rapporti in cui l'*intuitus* è sicuramente presente, l'indagine sarà più agevole poiché si tratterà soltanto di stabilire se la qualità su cui è caduto l'errore è proprio quella che ha determinato il consenso³⁸.

Così, è naturale che in un contratto con un direttore di giornale dichiaratamente di partito, potrà ben dedursi l'errore sulle qualità ove si accerti che quel direttore è in realtà iscritto ad un partito diverso o ha dei precedenti politici tali da non consentirgli il regolare adempimento delle sue qualificate prestazioni; è ugualmente naturale che in un contratto che richieda particolari doti di onestà, la scoperta successiva del fatto che il dipendente assunto ha dei precedenti penali proprio per reati contro il patrimonio può ampiamente giustificare la impugnativa per errore sulle qualità³⁹; può infine prospettarsi, con analoghe conseguenze, l'ipotesi della modella assunta per corrispondenza e che in seguito

38 Il PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, cit., pag. 449, sottolinea questo aspetto e prospetta l'ipotesi dell'imprenditore che assuma un dirigente credendo di avere a che fare con la persona che ha già dato buona prova di sé in un'altra azienda. Qui, veramente, l'errore – più che sulle qualità – sembra cadere sull'identità della persona.

Lo stesso A. contesta che l'erronea opinione sulla capacità lavorativa del dipendente assunto possa considerarsi come errore sulle qualità, ritenendo che in tal caso si tratta di un semplice errore di valutazione; ma l'accento è troppo rapido e l'affermazione troppo generica, a nostro avviso.

39 Del particolare problema relativo ai precedenti penali, la dottrina si è occupata abbastanza diffusamente, rivelando peraltro assai spesso la genericità e l'infondatezza dei criteri adottati. Il DE LITALA, *Contratto di lavoro*, cit., pag. 159, afferma che non costituisce errore il fatto di chi assuma persona incensurata e venga poi a sapere che il prestatore ha commesso vari reati «perché poteva accertarsene prima»; se però l'assunzione fosse stata subordinata per patto espresso alla condizione del certificato nullo, allora il datore potrebbe chiedere la risoluzione

riveli particolari difetti fisici. E gli esempi potrebbero continuare; ma non è certo il caso di addentrarsi in una casistica, che peraltro non avrebbe alcun valore, per la necessaria e più volte sottolineata relatività del giudizio da compiere. Gli esempi che abbiamo sommariamente esposto servono solo a dimostrare come il giudizio sia più agevole quando dalla natura della prestazione possano dedursi elementi di sicuro orientamento circa le qualità determinanti del consenso.

Ma l'indagine si fa senza dubbio più delicata quando la natura delle prestazioni non fornisce criteri sicuri, quando si tratta di ricercare la volontà delle parti, anche in relazione ai particolari rapporti tra loro intercorrenti. Allora, le classificazioni astratte servono meno che mai ed i pretesi collegamenti necessari rischiano di costituire dei pericolosi trabocchetti: il confine tra motivo determinante e motivi interiori è assai sottile, come assai bene è stato rilevato⁴⁰; per cui occorre integrare il procedimento di ricerca della volontà delle parti col riferimento alla valutazione comune, ai significati correnti nell'ambiente determinato in cui è destinato ad operare il rapporto, alla buona fede alla cui stregua ogni comportamento dev'essere apprezzato.

per non essersi verificata la condizione. Non occorre certo soffermarsi a dimostrare l'erroneità di una simile impostazione generale.

Il PERETTI-GRIVA, invece (*Il contratto d'impiego privato*, cit., pag. 228) fa esplicito riferimento alle singole fattispecie ed alla natura della prestazione; tanto che prospetta l'esempio della banca che assume un cassiere, affermando che in questo caso si deve presumere che si esiga che il certificato penale dell'assunto sia esente da condanne specifiche per reati contro la proprietà o contro la fede pubblica.

Per una visione più ampia del problema, anche agli effetti del recesso per giusta causa, v.: MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II, cit., pag. 106-107.

40 BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., III, pag. 56.

Capitolo VII.

L'intuitus e il recesso unilaterale

Sommario: 1. Il recesso *ad nutum* ed il suo fondamento. – 2. Recesso per giusta causa e risoluzione per inadempimento. – 3. Giusta causa e rapporti di natura fiduciaria. – 4. Bilateralità del recesso per g.c. e fiducia. – 5. Il recesso per g.c. e la distinzione tra rapporti «personalizzati» e rapporti collegati alla persona. – 6. Il contenuto della giusta causa: in particolare, la pretesa rilevanza dei comportamenti «decisi» che incidono sul legame fiduciario.

1. Il recesso *ad nutum* ed il suo fondamento

A proposito del fondamento del principio del recesso *ad nutum*, si riscontrano in dottrina tre distinte posizioni: una corrente afferma che il fondamento di questo istituto risiede nella necessità di tutela della libertà e quindi nella esigenza di garantire la temporaneità del vincolo¹; un'altra corrente, invece, ravvisa il fondamento del recesso nel presupposto fiduciario del rapporto di lavoro e nella conseguente necessità di consentire a ciascuna parte di recedere da un rapporto nel quale la fiducia sia venuta meno²; una terza corrente si colloca in una

1 In questo senso: ABELLO, *Della locazione*, Napoli, 1908, II, pag. 272 ss.; CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opera a tempo indeterminato*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, pag. 377 ss.; ed anche in *Del recesso unilaterale nel mandato di commercio*, [in AA. VV.] *Studi in onore di Brugi [nel XXX anno del suo insegnamento]*, Palermo, 1910, pag. 691 ss.; MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti obbligatori*, I, Milano, 1962, pag. 208; VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, cit., pag. 315; MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, nel volume *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della CEECA*, Lussemburgo, 1958, pag. 231; NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961, pag. 31.

2 Sostiene decisamente questa tesi l'ARDAU, *La risoluzione del contratto di lavoro per inadempimento*, Milano, 1954, pag. 181.

Nello stesso senso si era espresso il BARASSI, nel suo notissimo volume sul *Contratto di lavoro* (1917, volume II) [*Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, S.E.L. ed., Milano, 1917]. In epoca più recente, però, questo A. ha rettificato in parte la precedente opinione, ritenendo che il recesso unilaterale abbia una base ancora più larga e si fondi principalmente sulla necessità di evitare la durata indefinita del rapporto (*Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, III, pag. 190; ed anche *Il diritto del lavoro*, Milano, 1949, III, pag. 211).

Il TABELLINI, *Il recesso*, Milano, 1962, pag. 34 ss., afferma che il potere privato di risoluzione sussiste quando la volontà della controparte sia irrilevante; il che si verificherebbe costantemente nei casi in cui vi sia incoercibilità della prestazione e quindi tipicamente nelle prestazioni di fare infungibili nelle quali è dedotta un'attività considerata *intuitus personae*.

Per un accenno in senso sostanzialmente analogo, v. anche: GUZZI, *Fiducia e fiduciario*, in *Enc. Forense*, Milano, 1958, III, pag. 754-755.

posizione intermedia, ritenendo che alla prima ragione – di carattere generale e comune anche ad altri tipi di rapporti di durata – se ne aggiunge una seconda – peculiare per il rapporto di lavoro – relativa al cennato presupposto fiduciario³.

Il problema era particolarmente rilevante sotto il vigore del precedente Codice civile, poiché mancava un esplicito riconoscimento normativo del recesso unilaterale; da ciò un vivace dibattito dottrinario, diretto non solo e non tanto a reperire i fondamenti dogmatici dell'istituto, quanto e soprattutto a stabilire se esso fosse ammissibile o meno nel rapporto di lavoro⁴.

Con l'avvento del nuovo codice, fu risolto dall'art. 2118 il problema di fondo, ma restarono i contrasti circa la giustificazione dogmatica del recesso unilaterale.

E il problema non è venuto meno neppure con la recente legge 15 luglio 1966 n. 604, sui licenziamenti individuali, che in definitiva ha soltanto istituito dei limiti al potere di recesso del datore di lavoro.

Vale dunque la pena di formulare intanto qualche considerazione d'ordine generale.

Che il venir meno della fiducia nell'altro contraente possa costituire uno dei motivi ispiratori della condotta del recedente, è un dato di fatto che ci sembra pacifico. Ma questo non significa affatto che in ciò consista il fondamento dell'istituto; altri e ben diversi motivi possono sussistere, determinando il recedente a quella particolare manifestazione di volontà; per di più, secondo la dottrina e la giurisprudenza predominanti, il motivo resta fuori dalla struttura del negozio di recesso e non ha rilevanza di sorta. Per cui sarebbe invero assai discutibile confondere un elemento del tutto estraneo al negozio col fondamento giuridico di quest'ultimo.

Ma a queste considerazioni preliminari se ne possono aggiungere altre, e di assai maggior peso.

Risulta già chiaro dallo svolgimento del nostro studio che noi riteniamo che non tutti i rapporti di lavoro siano fondati sulla fiducia e che anzi questo elemento ricorra soltanto in alcune particolari fattispecie, che in definitiva rappresentano l'eccezione. Già a questa stregua sarebbe dunque singolare concepire il recesso come istituto indissolubilmente collegato ad un elemento fiduciario che per lo più difetta.

Ma occorre anche considerare che il recesso unilaterale è riconosciuto a favore di tutte e due le parti; laddove è pacifico che la considerazione della persona – anche quando ricorre – investe pressoché esclusivamente il lavoratore. Per

3 V. particolarmente: SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948, pag. 13; DI MARCANTONIO, *Appunti di diritto del lavoro*, Milano, 1958, pag. 161; CORRADO, *Studi sul licenziamento*, Torino, 1950, pag. 21 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da] BORSI E PERGOLES, Padova, 1958, pag. 31 e 263.

4 Per qualche orientamento su questo dibattito, ormai superato, si vedano particolarmente gli studi del CARNELUTTI e dell'ABELLO, citati in nota 1.

cui sarebbe assai difficile spiegare per qual motivo la facoltà di recesso venga attribuita anche alla parte che sicuramente non è stata indotta a stipulare il contratto dalla considerazione della persona del datore⁵. Quanto meno, bisognerebbe riconoscere che la facoltà di recesso ha un fondamento diverso a seconda che si tratti del datore o del prestatore di lavoro; ma un siffatto riconoscimento, oltre che poco corretto sul piano dogmatico, non avrebbe nessuna consistenza sul piano normativo.

Per di più, il riferimento alla disciplina anche di altri contratti fornisce ulteriori e significative indicazioni.

Anzitutto, vi sono rapporti «fiduciari» in cui il recesso *ad nutum* non è previsto dalla legge; basti pensare alle società di persone, tanto per arrestarsi all'esempio più evidente⁶. Per contro, vi sono rapporti non fiduciari, nei quali è riconosciuto il recesso unilaterale; e gli esempi più significativi sono forniti dalla somministrazione (art. 1569) e dalla locazione (art. 1596)⁷. Vi sono poi alcuni particolari rapporti, la cui natura fiduciaria è da molti ammessa, nei quali la facoltà di recesso è attribuita soltanto ad una delle parti (lavoro nautico: l'art. 345 cod. nav. riconosce la facoltà per il solo armatore di risolvere in qualsiasi tempo e luogo il contratto di arruolamento; mutuo gratuito: l'art. 1816 presume stipulato il termine per la restituzione solo a favore del mutuatario; anticipazione bancaria: l'art. 1849 riconosce la facoltà di recesso solo a favore del «contrante»; contratto d'opera: l'art. 2227 autorizza soltanto il recesso unilaterale del committente; spedizione: l'art. 1738 riconosce la facoltà del mittente di revocare l'ordine di spedizione, sia pure entro certi limiti; appalto: l'art. 1671 prevede il recesso unilaterale del solo committente; comodato: l'articolo 1809 attribuisce la citata facoltà a favore del solo comodante)⁸.

5 Di questo aspetto non sembra essersi resa conto la dottrina che fa riferimento alla necessità di una costante collaborazione fiduciaria e personale fra le parti (v. ad es. SIMI, RIVA SANSEVERINO, ecc.): per sostenere questa tesi bisognerebbe, in realtà, che l'*intuitus* operasse su un piano di reciprocità. Il che non è certamente, nel rapporto di lavoro, come riconoscono anche gli Autori che pure ne sostengono la natura fiduciaria.

6 Il VALLEUR, *loc. cit.*, pag. 315, afferma esattamente che se la deroga al diritto comune si fonda sul legame fiduciario, si dovrebbe trovarne applicazione in tutti i contratti *intuitu personae*, mentre la verità è che molte disposizioni non hanno niente a che fare con la presenza dell'*intuitus*.

7 In questo senso, v. MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., pag. 208, nota 8; NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, cit., pag. 31-32.

8 È doveroso avvertire che questa elencazione non comporta affatto una nostra adesione alla tesi della natura fiduciaria di tutti i contratti indicati. Restano ferme, a questo riguardo, le considerazioni già ampiamente svolte nel cap. I; in questa sede, abbiamo ritenuto opportuno semplicemente prospettare una serie di esempi, per fornire adeguata materia di riflessione. Del resto, basterebbe il riferimento al contratto d'appalto che – per esplicito disposto legislativo (art. 1674) – può essere stipulato *intuitu personae* ma può anche del tutto prescindere dalla considerazione della persona. Eppure, la distinzione non viene ripetuta allorché si disciplina il recesso unilaterale (art. 1671) che è riconosciuto soltanto a favore del committente. Un

Quali conclusioni si possono trarre da una normativa così varia, se non che il fondamento del recesso unilaterale (ammesso che ve ne sia uno comune e costante) non può essere individuato nel presupposto fiduciario?

Se vogliamo limitare la nostra conclusione al rapporto di lavoro, che qui ci interessa, dovremo quanto meno ritenere che neppure dalla disciplina degli altri contratti possono ricavarsi argomenti a favore della tesi «fiduciaria».

In realtà, il recesso unilaterale è stato introdotto nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato esclusivamente al fine di tutelare la libertà dei contraenti e di impedire la prosecuzione *sine die* del vincolo obbligatorio.

Che poi in concreto, il recesso *ad nutum* possa risolversi talvolta in una limitazione proprio di quella libertà che si voleva tutelare, è problema del tutto diverso, che attiene – se mai – alla arbitrarietà dell'esercizio di esso ed involge quindi una questione di limiti.

Ma, in linea di principio, non può disconoscersi che l'intento del legislatore è stato quello di evitare la perpetuità di un vincolo obbligatorio e di salvaguardare la libertà dei singoli contraenti; nel che, evidentemente, esula qualsiasi possibilità di riferimento al preteso presupposto fiduciario⁹.

D'altronde, la soluzione prospettata consente anche di stabilire un principio generale per tutte le fattispecie appartenenti allo schema tipico del contratto di lavoro, così come del resto si ricava dall'art. 2118 c.c., che istituisce una regola del tutto generale e non già una regola applicabile solo a quei rapporti che siano contraddistinti dall'*intuitus* e dalla fiducia.

Il recesso unilaterale è previsto per il datore tanto nei confronti del manovale, quanto nei confronti del personale direttivo; parimenti, esso opera a favore del prestatore sia nei confronti di un qualsiasi imprenditore, sia nei confronti di quei datori (ad es. titolari di studi professionali) verso i quali si ritiene in genere sussistente l'*intuitus*.

Sul piano pratico, poi, basta pensare all'ipotesi del lavoratore che ha trovato un'occupazione più conveniente oppure a quella del datore che ha bisogno di organizzare diversamente la propria impresa. Nell'uno e nell'altro caso, il

esempio estremamente significativo per dimostrare che il fondamento del recesso non consiste nell'*intuitus* e tanto meno nella fiducia.

Per un'ampia indagine su tutti questi aspetti della problematica, v.: MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., I, pag. 215 ss. Per completezza, è il caso di avvertire che a proposito del lavoro nautico, nel quale la disciplina del recesso è tutt'altro che precisa e chiara, regnano tuttora vivaci contrasti; se ne veda un cenno in: MINERVINI, *Lavoro nautico*, Bari, 1961, pag. 140 ss.

9 Recentemente, il CESSARI, *Sindacabilità dei motivi di licenziamento in sede arbitrale*, in *Dir. lav.*, 1966, I, pag. 280-281, ha sostenuto che il legislatore del 1942, nel disciplinare il recesso, muoveva dalla considerazione del rapporto di lavoro come relazione di carattere essenzialmente personale. Questa affermazione ci sembra invero discutibile, proprio alla luce delle considerazioni formulate nel testo. Bisogna comunque osservare che il Cessari ritiene che il profilo «personale» della disciplina legale del recesso è venuto meno per effetto degli accordi interconfederali sulla disciplina dei licenziamenti (e conseguentemente anche della legge 604).

recesso potrà concretamente essere esercitato, senza che venga minimamente in considerazione l'allentamento del preteso legame fiduciario¹⁰.

2. Recesso per giusta causa e risoluzione per inadempimento

Senza dubbio più delicato è il problema relativo al fondamento del *recesso per giusta causa*¹¹.

La dottrina è quasi concorde nell'affermare che il fondamento della particolare disciplina di cui agli artt. 2119-2120 c.c. è da ravvisare nella natura fiduciaria del rapporto di lavoro¹². La giurisprudenza, poi, è univoca nel riferirsi costantemente alla fiducia, come presupposto per la prosecuzione del vincolo

10 Queste conclusioni ci sembrano valide anche alla luce della recente legge sui licenziamenti, che anzi in definitiva le conferma. Infatti, almeno nei casi sottoposti alla nuova disciplina, il criterio soggettivo e discrezionale ha ceduto definitivamente il passo a quello obiettivo, di cui all'art. 3 della legge 604. Ci sembra dunque che anche le ultime possibilità di riferimento alla fiducia ed all'*intuitus* siano venute a cadere. In effetti, la stessa RIVA SANSEVERINO, che pure collega il recesso alla natura fiduciaria – in senso lato – del rapporto (*Diritto del lavoro*, 1967, pag. 322), ha riconosciuto che i recenti orientamenti del sistema rendono più difficile che l'elemento personalistico venga in evidenza e che le considerazioni di carattere subiettivo sono invocabili soltanto in ipotesi particolari (*ivi*, pag. 322 e 394).

Sulla nuova legge sui licenziamenti, si sta formando un'abbondante letteratura; v. intanto: NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966; PERA, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Quaderni di scienze sociali*, 1966, pag. 165 ss.; MAZZIOTTI DI CELSO, *Sul concetto e sulla natura del giustificato motivo e della giusta causa di licenziamento*, in *Dir. lav.*, 1966, I, pag. 292 ss.; VAIS, *Iter formativo e interpretazione della legge sui licenziamenti*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, pag. 285; JUCCI, *Lo statuto dei lavoratori con particolare riguardo alla estinzione del rapporto di lavoro*, in *Mon. trib.*, 1967, pag. 58 ss.

Sul concetto di «giustificato motivo» di recesso, si veda – in giurisprudenza – la sentenza 29 marzo 1966 del Tribunale di Voghera (in *Orient. giur. lav.*, 1967, pag. 1), che tenta una prima distinzione rispetto alla giusta causa di cui all'art. 2119 c.c.

11 La problematica del recesso per giusta causa è vastissima. Peraltro, essendo la nostra indagine limitata esclusivamente alla ricerca del fondamento dell'istituto, non si può far altro che prescindere dalle numerose questioni che non attengono strettamente al nostro tema. Per la stessa ragione, anche i richiami ed i riferimenti saranno rigorosamente limitati agli AA. ed agli studi che si sono occupati del rapporto tra la giusta causa e la fiducia.

12 Possiamo ricordare, in via puramente esemplificativa: DI MARCANTONIO, *Appunti di diritto del lavoro*, cit., pag. 174; PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, cit., pag. 527 ss.; COMPORI, *Gli effetti del fallimento sul contratto di lavoro*, Milano, 1961, pag. 44; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960, pag. 613 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1955, III, pag. 133, 154; MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, pag. 121 ss.; SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948, pag. 61 ss.; ARDAU, *La risoluzione del contratto di lavoro per inadempimento*, cit., pag. 181; CATALANO, *L'art. 2119 c.c. e le norme di diritto comune in materia di obbligazioni e contratti*, in *Dir. ec.*, 1959, pag. 231 ss.; NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, cit., pag. 31.

obbligatorio¹³. Per cui, almeno apparentemente, è assai arduo il compito di chi si proponga di controllare la fondatezza di questo generale convincimento, ed eventualmente anche di sottoporlo ad una critica decisa.

Ma in realtà, a ben guardare, la posizione assunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza è assai meno consistente e solida di quanto possa apparire al primo sguardo. In molti casi, si tratta di affermazioni pressoché immotivate, che partono dal presupposto – per nulla dimostrato – della natura fiduciaria del rapporto di lavoro, per trarne poi l'ulteriore conseguenza della spiegazione in questi termini della particolare disciplina di cui ci stiamo occupando. In altri casi, invece, l'indagine è più accurata e approfondita; ma non può dirsi tuttavia che essa pervenga a risultati veramente appaganti, anche se occorre dar atto dell'inevitabile sforzo costruttivo¹⁴.

Cominceremo col rilevare che non ci sembra corretto partire dalla considerazione della pretesa natura fiduciaria del rapporto di lavoro per giungere poi alle cennate conseguenze. Innanzitutto, si tratta di presupposto non dimostrato e tutt'altro che incontestabile, come si è cercato di vedere nei capitoli che

13 Nelle decisioni della Corte di Cassazione relative al recesso per giusta causa, il riferimento alla fiducia viene costantemente ripetuto, senza che ci si faccia neppure carico di motivare. Le discussioni che si svolgono in dottrina e l'evoluzione del pensiero giuridico non sembrano toccare minimamente le incrollabili convinzioni, che spesso si fondano sull'autorità dei famosi (o famigerati) precedenti.

Si ripete così, con estrema frequenza, che per integrare il contenuto della giusta causa è sufficiente qualunque fatto che sia idoneo a scuotere la fiducia del datore di lavoro (Cass. 28 dicembre 1952 n. 3428, in *Mass. giur. lav.*, 1963, pag. 70; *Id.*, 13 ottobre 190 n. 2714, *ivi*, 1960, p. 372), anche se il pregiudizio che deriva dal comportamento sia soltanto potenziale (Cass. 8 marzo 1950 n. 600, in *Riv. dir. lav.*, 1950, II, pag. 258; *Id.*, 10 maggio 1966 n. 1200, in *Mass. giur. lav.*, 1966, pag. 283 n. 87). Si afferma anche che la giusta causa è data da qualunque fatto *riprovevole*, ancorché non integrante gli estremi di un reato, che faccia venir meno la fiducia (Cass. 22 febbraio 1957 n. 643, in *Riv. dir. lav.*, 1958, II, pag. 56; *Id.*, 13 ottobre 1960 n. 2716, in *Sett. Cass.*, 1960, pag. 1540). Ma si giunge perfino a dichiarare testualmente «che il venir meno della fiducia nel prestatore d'opera giustifica il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro senza corresponsione di indennità, anche se il fatto non derivi da una violazione di clausole contrattuali e non *siavi pregiudizio dell'interesse superiore della nazione*» (Cass. 18 febbraio 1953 n. 484, in *Foro it.*, 1953, I, 1749).

Inutile continuare negli esempi, che potrebbero estendersi all'infinito e concernere anche la maggior parte delle decisioni delle magistrature di merito, che tendono a seguire pedissequamente l'indirizzo della Cassazione. Si possono consultare (con scarsa utilità, dato il tono monocorde delle decisioni) la rassegna del SERRA, *Recesso per giusta causa dal contratto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, pag. 855 ss., e quella contenuta in Appendice del volume del NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, cit., pag. 225.

14 Ci riferiamo al recente saggio del MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II, Milano, 1965, e.p., che costituisce senza dubbio lo sforzo più impegnato ed approfondito di individuare nell'elemento fiduciario il fondamento del recesso per giusta causa. Questo A. non si è accontentato delle solite formulazioni ed ha voluto scavare fino al fondo del problema, con la consueta acutezza; tuttavia, di fronte ad ostacoli insormontabili, anche il MANCINI ha dovuto finire per operare delle manovre di aggiramento, che non ci sembrano del tutto riuscite, come meglio vedremo in seguito.

precedono. In secondo luogo, se mai, ci sembra che bisognerebbe prendere le mosse piuttosto dalla indagine sulla peculiare disciplina degli artt. 2119 e 2120 c.c. per giungere ad ulteriori e più generali conseguenze.

Un'analisi critica che rifugga da ogni pregiudizio e voglia tenersi aderente alla normativa fornisce elementi di riflessione di non scarso rilievo.

La prima fonte reperibile nella nostra legislazione del lavoro è quella contenuta nel R.D.L. 13 novembre 1924 n. 1825, sul contratto d'impiego privato. L'ultimo comma dell'art. 9 così si esprimeva testualmente: «Non è dovuta disdetta, né indennità nel caso che una delle parti dia *giusta causa* alla risoluzione immediata per una *mancanza* così grave da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto».

Veniva così introdotta una particolare forma di recesso, fondata sul presupposto di una giusta causa, vale a dire su una mancanza di uno dei contraenti, di qualificata gravità.

Il codice civile del 1942 ha dettato una disciplina che sostanzialmente trae le sue origini dalla citata disposizione della legge sull'impiego privato, anche se vi sono alcune modificazioni che peraltro in questa sede scarsamente interessano¹⁵. I dati di particolare rilievo sono costituiti, nella nuova disciplina, dal fatto che si parla ancora di giusta causa nell'art. 2119, mentre si parla di colpa nell'articolo 2120 e dal fatto che questa normativa si inserisce in un codice che detta disposizioni di carattere generale per la risoluzione dei contratti per inadempimento (art. 1453-1455 c.c.).

La relazione al codice civile non fornisce criteri decisivi di orientamento, se non per il fatto che si è ritenuto opportuno chiarire (paragrafo 857) che per la nozione di giusta causa «non è parso opportuno allontanarsi dalla nozione generalmente accettata nella legislazione speciale e nella disciplina collettiva, per cui la giusta causa si risolve in un fatto o in una situazione tali da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto».

Il chiarimento non è davvero ragguardevole, poiché si finisce per ripetere la formula esatta del testo legislativo; unico punto saliente è costituito dall'evidente richiamo all'affinità (per non dire identità) tra la formula adottata e quella già accolta nella legge sull'impiego privato.

Da queste disposizioni, viste anche nella loro origine storica, non sembra possa trarsi alcun valido argomento ai fini di una particolare qualificazione oggettiva di questo sistema rispetto a quello delineato per la risoluzione dei contratti in generale.

15 Dei rapporti tra la disciplina del codice civile e quella della legge sull'impiego privato, si occupa diffusamente il PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, cit., pag. 526 ss.; ma v. anche: ARDAU, *La risoluzione del contratto di lavoro per inadempimento*, cit., *passim*; CATALANO, *L'art. 2119 c.c. e le norme di diritto comune in materia di obbligazioni e contratti*, cit., pag. 231 ss.; CORRADO, *Studi sul licenziamento*, cit., pag. 41 ss.; SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 53 ss.

Senza dubbio, vi sono delle differenze notevoli tra la disciplina degli art. 2119-2120 e quella degli art. 1453-1455 c.c.; ma esse investono più il *procedimento* che non i presupposti obiettivi¹⁶. In sé e per sé considerati, l'inadempimento di non scarsa importanza e la giusta causa (o la colpa) sembrano dar luogo a differenze meramente terminologiche. Che il nostro legislatore sia spesso assai disinvolto e che possa usare il termine di «mancanza» o quello di «colpa» o quello di «causa che non consenta la prosecuzione del rapporto» o ancora quello di «inadempimento di non scarsa importanza» pressoché come sinonimi, è cosa che non può certo stupirci. Piuttosto che attenersi alla stretta dizione letterale, bisogna in realtà ricercare se vi sono dei motivi reali e concreti per cui il legislatore ha usato questo o quel termine. E non è facile reperire tali ragioni, quando si confronti la disciplina generale dei contratti con quella particolare riservata al contratto di lavoro.

Per vero, il dato più appariscente non consiste affatto nell'uso diverso dei termini, ma piuttosto nella sostanziale diversità del procedimento attraverso il quale può pervenirsi alla cessazione del rapporto. Nella disciplina generale, infatti, la reazione all'inadempimento può consistere nella richiesta di adempimento o nella domanda di risoluzione giudiziale; nella disciplina particolare, invece, la reazione consentita consiste nell'immediato recesso, nelle due forme di cui agli artt. 2119 e 2120.

L'altro dato differenziale appariscente consiste nell'esplicito riferimento dell'art. 1453 al risarcimento del danno, laddove le citate disposizioni relative al rapporto di lavoro stabiliscono una particolare sanzione a carico della parte

16 È sostanzialmente di questo avviso il SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1958, il quale fa proprio riferimento al recesso per giusta causa come «procedimento più rapido ed energico di quelli offerti dal diritto comune» (pag. 215). Anche il COTTINO, in un suo pregevole saggio (*In tema di licenziamento per giusta causa e di licenziamento per colpa nell'interpretazione coordinata degli art. 2119 e 2120 c.c.*, in *Temì*, 1963, pag. 731 ss.) perviene alla conclusione che la g.c. non è che una variante dell'inadempimento e che la «colpa» non è altro che l'inadempimento di non scarsa importanza, di cui all'art. 1455 c.c.

Sui rapporti tra la disciplina del diritto comune e quella degli art. 2119-2120 vi è una vastissima bibliografia, anche perché la problematica è assai più ampia degli aspetti particolari considerati nel testo; basti pensare alla questione, dibattutissima, relativa alla compatibilità o meno delle due discipline, che da alcuni si ritengono concorrenti, mentre da altri si esclude che nel rapporto di lavoro si possa ricorrere alla risoluzione giudiziale per inadempimento.

Su tutti questi aspetti, in vario senso, v.: CORRADO, *Studi sul licenziamento*, cit., pag. 28 ss.; MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, cit., pag. 231 ss.; PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, cit., pag. 527; ARDAU, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pag. 103, 236 ss.; FEDELE, *Le fattispecie estintive del rapporto di lavoro nell'ordinamento italiano*, Milano, 1961, pag. 14 ss.; CATALANO, *L'art. 2119, ecc.*, cit., pag. 254 ss.; SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 53 ss.; ed anche, in *La risoluzione del rapporto di lavoro e l'art. 1453 c.c.*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 2, pag. 514 ss.; MANCINI, *Il recesso unilaterale*, II, cit., pag. 53 ss., 68 ss.; BARASSI, *Il diritto del lavoro*, cit., III, pag. 257 ss.; COMPORZI, *Gli effetti del fallimento sul contratto di lavoro*, Milano, 1961, pag. 62 ss.

inadempiente, in forma tale da poter giustificare il diffuso convincimento che si tratti di una forma di fissazione preventiva del danno¹⁷.

Ora, questi elementi differenziali trovano una loro giustificazione nelle particolari caratteristiche del rapporto di lavoro, per il quale il normale rimedio contro l'inadempimento potrebbe risultare insufficiente o comunque prospettare gravi difficoltà ed incongruenze.

Altri rapporti possono continuare anche durante la pendenza del giudizio di risoluzione, senza che da ciò derivino danni alle parti; nel rapporto di lavoro, nel quale vi è la subordinazione e spesso l'inserzione di una delle parti in un organismo di pertinenza dell'altra, la pendenza del giudizio e l'attesa darebbero luogo a gravi inconvenienti, facilmente ipotizzabili e tali da poter essere agevolmente prospettati a priori, anche senza alcun necessario riferimento al legame fiduciario tra le parti. Questo infatti può non esistere affatto, in un rapporto «di serie», in una grande impresa o per lavori di scarso impegno e che richiedano soltanto un *minimum* di capacità: e tuttavia, di fronte al grave inadempimento di una delle parti, mal si riuscirebbe ad immaginare la prosecuzione del rapporto senza dar vita a situazioni intollerabili. La deroga rispetto al normale procedimento si spiega e si giustifica dunque agevolmente, sul piano della necessità di un procedimento più rapido ed energico di quello ordinario. Ma l'esigenza di contemperamento degli interessi contrapposti, che sta alla base della normativa particolare, non trae alimento di sorta dall'elemento fiduciario, che anzi appare del tutto estraneo – nella generalità dei casi – rispetto al sistema, come sopra delineato.

Spiegate così le differenze del procedimento, resta escluso che da ciò possano trarsi illusioni al fine di cogliere altri tratti distintivi in relazione ai presupposti occorrenti per giungere alla cessazione del rapporto, quale che sia il profilo sotto il quale la si voglia considerare.

La verità è che il testo legislativo non fornisce alcun elemento atto ad identificare sostanziali differenze tra la giusta causa e l'inadempimento di non scarsa importanza. Sotto questo profilo, l'ordinamento è muto e non è dato forzarlo per addivenire a conseguenze non consentite. Per vero, nulla giustifica, sul piano normativo, la conclusione che l'estensione della giusta causa (e della colpa) sia maggiore di quella dell'inadempimento contrattuale di non scarsa importanza¹⁸.

17 È la tesi autorevolmente sostenuta dal SANTORO PASSARELLI, *Nozioni*, cit., pag. 217. In certo modo aderisce a questa tesi anche il COTTINO, *In tema di licenziamento per giusta causa*, ecc., cit., pag. 733, che vede proprio in questo una delle più rilevanti deviazioni rispetto al diritto comune.

18 Il SANTORO PASSARELLI, *Nozioni*, cit., pag. 220, afferma decisamente che la colpa si identifica con l'inadempimento del prestatore, inadempimento che giustifica la risoluzione del contratto nell'ambito segnato dal diritto comune. Anche per il PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, cit. pag. 527, l'art. 2119 non si differenzia nella sua portata dall'art. 1453. Sostanzialmente, in questo senso, anche: NATOLI, *Anzianità (Indennità di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, II, pag. 574 ss.; COTTINO, *In tema di licenziamento per giusta causa*, cit., pag. 733 ss. Per il MANCINI,

L'unica considerazione che può farsi legittimamente è quella relativa ai criteri di valutazione dell'inadempimento, che certo sono variabili a seconda del tipo della prestazione dovuta e della natura del contratto e devono essere costantemente ispirati al principio di buona fede ed alla necessità di controbilanciare gli interessi contrapposti. Ma questa è considerazione di carattere generale, valevole per ogni contratto e non idonea – in linea di principio – ad istituire una valutazione peculiare dell'inadempimento, in relazione al rapporto di lavoro.

È significativo, a questo proposito, che buona parte della dottrina che pure aderisce al fondamento «fiduciario» del recesso per giusta causa, finisce peraltro per riportare i comportamenti che menomano o mettono in pericolo la fiducia, nella sfera dell'inadempimento contrattuale¹⁹. È questa una singolare ammissione, che reca in sé il germe della perplessità, se non addirittura della contraddizione. Ridotto infatti ogni comportamento al livello dell'inadempimento (ed in particolare di quello di non scarsa importanza di cui parla l'articolo 1455), vengono meno le differenze di principio fra i presupposti obiettivi delle due discipline e tutto si riduce ad una valutazione dei comportamenti inadempienti secondo i consueti canoni, di cui abbiamo più volte sottolineato la necessaria relatività.

3. Giusta causa e rapporti di natura fiduciaria

Ma la problematica non si arresta a questo punto, perché lo sforzo di dimostrare il fondamento fiduciario del particolare recesso di cui ci stiamo occupando va molto al di là dei temi fin qui esaminati.

Il recesso unilaterale, II, cit., pag. 66, la giusta causa non è più grave dell'inadempimento dell'art. 1455, ma corrisponde ad esso con le caratteristiche di cui deve essere fornito quando ha luogo nell'ambito di un rapporto durevole. Distinguono invece fra g.c. e inadempimento, il BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., III, pag. 257, il CORRADO, *Studi sul licenziamento*, cit., pag. 38 ss. (per questo A. si deve distinguere anche tra colpa e giusta causa), il MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, cit., pag. 243 (questo A. peraltro, distingue ulteriormente a seconda che si tratti di contratto a tempo determinato o di contratto a tempo indeterminato), l'ARDAU, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pag. 216 ss. (ma la distinzione qui è più complessa, perché si fa coincidere con l'inadempimento dell'art. 1455 solo la colpa dell'art. 2120), il FEDELE, *Le fattispecie estintive*, cit., pag. 21 ss., il CATALANO, *L'art. 2119*, ecc., cit., pag. 254 ss., il SIMI, *La risoluzione del rapporto di lavoro e l'art. 1453 c.c.*, cit., pag. 517; il COMPORTI, *Gli effetti del fallimento*, ecc., cit., pag. 62 ss.

19 Particolarmente significative, sul punto, le ammissioni del CATALANO, *L'art. 2119 c.c.*, ecc., cit., pag. 250, del SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 62, del COMPORTI, *Gli effetti del fallimento nei contratti di lavoro*, cit., pag. 67, della RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 613 ss.

Naturalmente, a questa impostazione si contrappongono recisamente quegli AA. che ritengono che nella giusta causa rientrano anche i comportamenti leciti e quelli comunque non appartenenti alla sfera contrattuale; ma su questo aspetto torneremo più diffusamente in seguito.

Si è così cercato di allargare l'indagine estendendola anche ad altri tipi di contratti, per dedurne la conseguenza che il recesso per giusta causa è tipico dei rapporti di natura fiduciaria²⁰. Ma a questa interessante ed acuta costruzione si possono sollevare una serie di obiezioni, che del resto gli stessi Autori si sono già prospettate, senza peraltro offrire una soluzione veramente appagante.

Se il recesso per giusta causa fosse davvero tipico dei rapporti di natura fiduciaria, esso dovrebbe essere sempre presente ogni volta che l'elemento fiducia possa considerarsi realmente esistente e connaturale.

Ma la verità è che le «eccezioni» sono così numerose e così singolari da mettere in dubbio la consistenza di tutta la costruzione. Invero, nel contratto d'affitto manca ogni riferimento al recesso per giusta causa; nel lavoro nautico, questo tipo di recesso non è previsto, mentre l'art. 343 n. 10 cod. nav. ravvisa nella mancata assunzione del proprio posto a bordo da parte dell'arruolato (e cioè in quello che potrebbe essere un caratteristico esempio di giusta causa) una causa di *risoluzione di diritto* del contratto, e l'art. 346 dispone che il contratto «si considera» risolto per colpa dell'armatore in caso di cattivo trattamento dell'arruolato²¹; nell'associazione in partecipazione manca ugualmente la previsione del recesso per giusta causa²²; ed infine, nel contratto d'agenzia²³ questo istituto è, ancora una volta, del tutto assente.

20 È la tesi prospettata dal MANCINI, *Il recesso unilaterale*, ecc., cit., II, pag. 32 ss., con ampia argomentazione di netta impostazione civilistica. Il MANCINI distingue due funzioni del recesso per g.c. nel nostro ordinamento: la prima è quella che viene in considerazione nell'art. 2558 [c.c.] con riguardo al trasferimento dell'azienda ed attiene ad una ipotesi di fiduciarità «relativa»; la seconda è quella che riguarda una serie di rapporti, accuratamente elencati dall'A., la cui base comune è costituita dalla natura personale delle situazioni cui il recesso è destinato a porre fine.

Al MANCINI bisogna dar atto non solo dell'ampiezza dell'indagine, ma anche dell'essersi proposto tutte le possibili obiezioni; quello che non ci convince, invece, è il modo con cui si è ritenuto di superare alcune di esse, come meglio vedremo nel testo.

21 Per il lavoro nautico valgono peraltro le considerazioni già esposte in precedenza; per alcuni AA. (ad es.: MINERVINI, *Lavoro nautico*, Bari, 1961, pag. 141) il recesso per giusta causa, anche se non espressamente disciplinato, si ricava dall'intero sistema; sul punto v. anche: MANCINI, *Il recesso unilaterale*, II, pag. 41, nota 86.

22 Da notare che il GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, Milano, 1959, non ha dubbi di sorta sul fatto che il contratto è fondato sull'intuito personale dell'associante e quindi sulla ricorrenza del presupposto fiduciario (pag. 61). Lo stesso A. sostiene poi la sussistenza di un obbligo di astenersi da ogni comportamento che «pur non toccando direttamente le obbligazioni scaturenti dal contratto possa scuotere comunque la fiducia»; la conseguenza della violazione di questo obbligo è tuttavia, per il Ghidini, la risoluzione per inadempimento (pag. 223).

23 La natura fiduciaria di questo contratto è generalmente riconosciuta dalla dottrina, sia pure con qualche differenza di impostazione circa il grado di intensità dell'intuitus, v.: VERCELLONE, *Disdetta, recesso discrezionale e recesso per giusta causa con riferimento al contratto di agenzia*, in *Dir. ec.*, 1957, pag. 320; FORMIGGINI, *Il contratto di agenzia*, Torino, 1958, pag. 68 ss.; MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., vol. I, pag. 319 ss. e vol. II, pag. 42.

Si può certamente affermare che il silenzio del legislatore è «inspiegabile», «singolare», «paradossale»²⁴; ma siffatte affermazioni possono essere tranquillanti e consentire ugualmente di tener ferma la regola generale? A nostro avviso, quando le eccezioni sono troppo numerose e troppo gravi, bisogna dubitare della fondatezza del principio a cui esse dovrebbero derogare; al legislatore bisogna far almeno credito della capacità di delineare un sistema coerente, tanto più che qui non siamo davvero in tema di diversità meramente terminologiche, ma di differenze che operano sul piano sostanziale.

Ma non basta; nel contratto di mezzadria e nella soccida i fatti «tali da non consentire la prosecuzione del rapporto» giustificano *la richiesta* di scioglimento del contratto (art. 2159, 2180); nel comodato la reazione all'inadempimento del comodatario consiste solo nella *facoltà di chiedere* l'immediata restituzione della cosa (1804); nel conto corrente, alcuni fatti particolari connessi al sequestro o pignoramento giustificano soltanto il recesso dal contratto (ma non per giusta causa: art. 1830).

Si tratta dunque di altrettante «eccezioni», rispetto alle quali non giova affermare che in definitiva anche queste ipotesi esauriscono il contenuto della giusta causa. La verità è che il legislatore ha preferito ricorrere ad altri e ben diversi procedimenti; e se lo ha fatto, vi è senza dubbio una ragione, che non può consistere se non *nella maggiore idoneità dei vari strumenti* adottati, in relazione alla particolare natura di ciascun contratto. Il che significa che un fondamento comune non è reperibile e non può essere sostenuto, se non a prezzo di gravi sforzature della normativa e dei suoi più evidenti presupposti.

4. Bilateralità del recesso per g.c. e fiducia

Ma un ulteriore interrogativo viene sollevato dalla *bilateralità* del recesso per giusta causa, riconosciuto – come è noto – a favore di tutte e due le parti contraenti.

Anche coloro che affermano la natura fiduciaria del rapporto di lavoro, riconoscono che *l'intuitus* opera, per così dire, a senso unico, poiché normalmente la persona del datore di lavoro è irrilevante.

Seguendo questa impostazione e volendo accedere alla tesi più volte ricordata circa il fondamento del recesso per giusta causa, un principio di logica

24 Sono le espressioni che il MANCINI dedica (nel citato vol. II sul *Recesso unilaterale*, pag. 42) al silenzio del legislatore, rispettivamente per quanto riguarda l'associazione in partecipazione, l'affitto e l'agenzia. L'A. afferma peraltro che sono soltanto queste le ipotesi in cui la mancanza di un recesso per g.c. è veramente sensibile; ma per arrivare anche a questa affermazione, è costretto a considerare come giusta causa quello che invece, per altri contratti, non è che il presupposto della risoluzione per inadempimento o della risoluzione di diritto o comunque il contenuto di recessi straordinari (pag. 40-41 del vol. citato, con altri esempi prospettati dallo stesso A., tra cui quello della società semplice).

coerenza imporrebbe la limitazione della facoltà di recesso al solo datore di lavoro. La bilateralità di questa facoltà resta dunque del tutto inspiegabile, tanto che si è parlato di una evidente «anomalia»²⁵. Ma ancora una volta non giova ricorrere alle singolarità ed alle anomalie del sistema, per conservarlo poi inalterato secondo i fondamenti che si è ritenuto di ravvisarvi. Per vero, questa anomalia è troppo grave e rilevante perché la si possa ritenere casuale e tale da non incrinare la pretesa regola generale.

La dottrina più attenta si è accorta di questo ostacolo insuperabile ed ha cercato di svalutarlo, facendo ricorso al principio di uguaglianza fra le parti, a cui il rapporto dell'art. 2094 sarebbe particolarmente sensibile. Ma l'argomento ha il sapore di un ripiego, perché è ovvio che il principio di uguaglianza non basta a spiegare una siffatta anomalia; e ciò a maggior ragione per il fatto che la disciplina positiva del rapporto di lavoro non ignora sostanziali differenze fra le parti e non è affatto restia a riconoscere facoltà o diritti anche ad una sola di esse, quando per questo vi sia una giustificazione sostanziale.

Ond'è che si avvalora il sospetto che la pretesa «anomalia» sia tale soltanto ove si pretenda di reperire un principio che il nostro legislatore non ha affatto tenuto presente.

5. Il recesso per g.c. e la distinzione tra rapporti «spersonalizzati» e rapporti collegati alla persona

Tutta la costruzione su cui stiamo portando la nostra indagine, si fonda sul presupposto che vi sia *un tipo unitario di rapporto di lavoro*, contraddistinto dall'*intuitus* e dalla fiducia. Si è già visto più volte come siffatta convinzione non possa ritenersi accoglibile e sia superata tanto dalla normativa, quanto dal dato sociologico.

È veramente singolare che la dottrina più agguerrita, pur cogliendo adeguatamente il fenomeno, non ne abbia tratto le naturali conseguenze sul piano giuridico.

Si è già visto, nel secondo capitolo, come – al contrario – la dottrina tedesca sia stata più sensibile al fenomeno e ne abbia tenuto adeguato conto nelle sue costruzioni teoriche, anche a proposito del recesso per giusta causa.

È significativo infatti che il WALLMEYER²⁶ abbia impostato tutta la sua indagine relativa al recesso, sulla distinzione tra i rapporti «personalizzati» e quelli «spersonalizzati», esaminando quindi sotto profili sostanzialmente diversi le

25 L'affermazione è ancora del MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., II, pag. 35, il quale poi ne offre la spiegazione sulla quale ci soffermiamo nel testo.

26 *Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Stuttgart, 1962, *passim*, ma particolarmente pagg. 19, 33, 79 ss.

varie fattispecie ed i vari problemi e fondando spesso le sue conclusioni proprio sulla cennata distinzione.

Particolarmente significative, poi, le pagine dedicate al venir meno della fiducia, considerata come una delle possibili ipotesi di giusta causa, ma nel complesso svalutata ogni volta che si tratta dei rapporti «personalizzati»: il Wallmeyer infatti fa coincidere il concetto di fiducia (considerata oggettivamente) con quello di «messa in pericolo» degli interessi della controparte²⁷. Il che, in definitiva, costituisce un netto superamento delle impostazioni tradizionali.

Poco importa, in questa sede, che molte delle considerazioni e delle applicazioni concrete di questo Autore non ci sembrino convincenti; quello che preme rilevare è il fatto che si sia sentita, perfino oltralpe e cioè là dove più netta è sempre stata la tendenza a considerare il rapporto di lavoro sotto un profilo fiduciario e personale, l'esigenza di operare una profonda distinzione tra le varie fattispecie e di prendere atto della sempre più diffusa tendenza alla spersonalizzazione del rapporto, anche agli effetti del recesso per giusta causa.

Questi orientamenti, che dovrebbero essere ancora più marcati in Italia – dove il sistema positivo offre basi assai minori per le teorie «fiduciarie», – recano una sensibile conferma alla nostra convinzione della assoluta impossibilità di reperire proprio in questo elemento fiduciario (così variabile e così spesso assente) il fondamento per un istituto che ha carattere generale e si riferisce indifferentemente a qualunque fattispecie, personalizzata o meno, tanto per usare ancora una volta la terminologia del Wallmeyer.

6. Il contenuto della giusta causa: in particolare, la pretesa rilevanza dei comportamenti «decisi» che incidono sul legame fiduciario

La costruzione del recesso per giusta causa sul fondamento della natura fiduciaria del rapporto produce come conseguenza la difficoltà, se non la impossibilità, di pervenire ad una identificazione valida, costante ed oggettiva *del contenuto della giusta causa*.

²⁷ Rileva infatti questo Autore, *op. cit.*, pag. 68 ss., che le conclusioni più solide possono essere raggiunte solo quando si assuma come fondamento della g.c. non già il venir meno della fiducia, ma il concetto della minaccia (o messa in pericolo). Sul quale punto, l'A. torna poi diffusamente a proposito del comportamento privato del prestatore di lavoro come motivo di licenziamento in tronco (pag. 79 ss.) ed a proposito del venir meno della fiducia come giusta causa (pag. 84 ss.); insistendo sulla cennata suddivisione, il WALLMEYER [*Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Stuttgart, 1962] assume che il pericolo di danneggiamento degli interessi degni di tutela del datore di lavoro diventa tanto minore quanto più impersonale è la prestazione di lavoro. Donde la necessità, più volte ripetuta dall'A., di distinguere rigorosamente tra i due tipi di rapporto, anche agli effetti della g.c. e del venir meno della fiducia (la quale, come tale, rileverà soltanto, nei rapporti «*persönlichkeitsgebunden*»).

È assai diffusa la tesi secondo la quale, a differenza dell'inadempimento contrattuale di non scarsa importanza, la giusta causa comprenderebbe anche le trasgressioni ai c.d. obblighi accessori ed inoltre includerebbe anche comportamenti estranei alla sfera del contratto e magari oggettivamente *leciti*, ma tali da menomare il vincolo fiduciario fra le parti²⁸. A tali concezioni aderisce sostanzialmente la giurisprudenza, che proprio nell'allentamento del legame fiduciario vede spesso la principale causa legittimante il recesso immediato²⁹.

Ci siamo già occupati, in un precedente capitolo, dei c.d. obblighi accessori e non torneremo in questa sede sull'argomento, sul quale riteniamo di aver esposto in modo esauriente il nostro pensiero. Qui occorre invece indagare particolarmente sul punto relativo alla inclusione nel concetto di giusta causa anche di

28 Il MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., II, pag. 43 ss., si occupa diffusamente del contenuto della g.c., considerando pressoché pacifico che essa, anziché coincidere con l'inadempimento degli obblighi contrattuali o legali, include anche «eventi e congegni estranei alla sfera del contratto e magari oggettivamente leciti, ma tali da menomare il rapporto di fiducia fra le parti». Senonché, questo orientamento non è poi così pacifico come sembrerebbe risultare dalle cennate affermazioni dell'A., che cita soltanto l'opinione contraria della Riva Sansaverino, della Rabaglietti, del Comporti, del Catalano (pag. 43, nota 93). In realtà, anche il COTTINO, *In tema di licenziamento per giusta causa*, ecc., cit., pag. 736, svaluta la fiducia come elemento a sé stante e riconduce ogni comportamento rilevante ai fini del recesso nell'ambito della sfera contrattuale. Va ricordato poi che il MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, cit., pag. 258, pur affermando che non occorre necessariamente che si tratti di colpa contrattuale, finisce per considerare la fiducia sotto un profilo assai ristretto, che è poi quello dell'art. 1564 c.c. (fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti e quindi, come si è visto a suo tempo, a contenuto pur sempre patrimoniale ed obbligatorio).

Sono invece recisamente per l'inclusione nella g.c. anche dei comportamenti estranei alla sfera contrattuale e perfino di quelli di per sé leciti (oltre al Mancini): DI MARCANTONIO, *Appunti di diritto del lavoro*, cit., pag. 174; ARDAU, *La risoluzione del contratto di lavoro per inadempimento*, cit., *passim*; FEDELE, *Le fattispecie estintive*, cit., pag. 21; SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 61-62; MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, pag. 120 ss.; CORRADO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1962, pag. 248 ss. Quest'ultimo A. nel suo recente *Trattato di diritto del lavoro*, cit., II, pag. 550, ha sostenuto che il venir meno della fiducia giustifica il recesso per giusta causa, anche prescindendo da un inadempimento. Ci sembra particolarmente discutibile l'esempio formulato dall'A. a sostegno di questa tesi (mutamento di fede di un soggetto che per le sue profonde convinzioni e il suo fervore sia stato incaricato dell'affermazione di una certa dottrina). Non c'è dubbio che il datore di lavoro potrebbe ben recedere dal rapporto, di fronte a siffatta situazione; ma perché per giusta causa, qualora – nonostante tutto – il dipendente non fosse ancora venuto meno agli impegni contrattuali?

Anche il BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., III, pag. 258 ss., aderisce ad una impostazione analoga, avendo cura peraltro di precisare che «non è sufficiente pensare a qualunque fatto che legittimi la scomparsa della fiducia» perché il criterio è troppo vago, generico e variabile e troppo scarsamente obiettivo (così rettificando la posizione, più vigorosamente «fiduciaria», assunta ne [I] *Contratto di lavoro [nel diritto positivo italiano]*, 1917, II, pag. 807-824).

Il RUMPF, *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte*, cit., pag. 56, 77, pur senza approfondire il problema, ritiene che il venir meno della fiducia sia sufficiente per dar luogo alla giusta causa.

29 V. le sentenze citate in nota 13.

quei fatti che siano estranei alla sfera del contratto e presentino la caratteristica di pregiudicare in qualsiasi modo il vincolo fiduciario.

In realtà, il sistema positivo non fornisce argomenti di sorta per giungere a tali risultati; tanto è vero che la dottrina e la giurisprudenza devono dare per presupposta la natura fiduciaria del rapporto di lavoro, per dedurre poi da questa premessa la rilevanza di quei particolari comportamenti a cui stiamo facendo riferimento. Il che già dimostra la sostanziale fallacia del metodo e delle conclusioni, poiché – ove si ponga in dubbio il presupposto – l'intera concezione viene sostanzialmente a crollare.

Abbiamo già più volte dimostrato come la premessa sia infondata o quanto meno sia valida soltanto in relazione a rapporti particolari: dunque, una nozione di giusta causa che comprenda anche comportamenti a cui si sarebbe tenuti in virtù di un legame inesistente, non può che apparire costruita sulla sabbia.

Ne sono prova, del resto, il diffuso tentativo della dottrina di ricondurre anche siffatti comportamenti nell'ambito della sfera contrattuale³⁰ e la difficoltà estrema di stabilire criteri *obiettivamente*³¹ validi per risolvere alcune ipotesi particolarmente problematiche.

Al primo tentativo abbiamo già accennato più sopra; a questa parte della dottrina bisogna dar atto di essersi resa conto delle difficoltà e delle conseguenze che derivano dalla impostazione «fiduciaria» e di aver tentato di superare l'ostacolo per altra via. Peraltro, una volta che i comportamenti in questione siano ricondotti nell'ambito della sfera contrattuale, è ben difficile sostenere che la fiducia possa avere rilevanza di per sé; ed ancora più arduo appare il sostenere che possono avere rilevanza – ai fini della valutazione dell'inadempimento – i comportamenti oggettivamente leciti.

30 In questo senso, più specificamente: RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 613; CATALANO, *L'art. 2119 c.c., ecc.*, cit., pag. 246 ss.; RABAGLIETTI, *Il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro*, cit., pag. 118 ss.; COMPORI, *Gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro*, cit., pag. 56 ss.; COTTINO, *In tema di licenziamento per giusta causa*, ecc., cit., pag. 736.

31 Sulla necessità di «obiettivare» la nozione di giusta causa, la dottrina è pressoché concorde, almeno in teoria, poiché poi all'atto delle concrete applicazioni, questa esigenza viene spesso tenuta in scarsissima considerazione. Comunque, sostengono con particolare decisione che la valutazione della g.c. deve essere ispirata a criteri obiettivi: PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, cit., pag. 528 e 551, nota 73; COMPORI, *Gli effetti del fallimento*, ecc., cit., pag. 60; RIVA SANSEVERINO, *Il contratto individuale di lavoro*, cit., pag. 282 ss.; COTTINO, *In tema di licenziamento per giusta causa*, ecc., cit., pag. 735 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1955, III, pag. 133; MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pag. 105; BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., III, pag. 268 ss.

Il WALLMEYER, *op. cit.*, pag. 76 ss., insiste a lungo su questo aspetto soffermandosi particolarmente sulla contraddizione esistente tra la necessità di obiettivare il motivo di licenziamento e la natura tipicamente soggettiva della fiducia; l'unico modo per superare il contrasto, ad avviso di questo A., consiste nel tener conto della fiducia solo nei rapporti «particolari», esigendo in ogni altro caso che la menomazione della fiducia sia tale da coincidere con la nozione (del tutto oggettiva) di minaccia o messa in pericolo (v. particolarmente pagine 83, 84, 86).

In realtà, o si tratta di un comportamento contrario alle obbligazioni assunte e non corrispondente alla prestazione dovuta, ed allora esso non potrà mai essere considerato come lecito; oppure, si tratta di un comportamento che non viola alcuna delle obbligazioni assunte per contratto (sia pure valutate alla stregua della diligenza, della buona fede e della correttezza) ed allora esso sarà irrilevante agli effetti estintivi e non potrà mai considerarsi sotto il profilo della giusta causa.

La verità è che la distinzione che si vorrebbe introdurre tra l'ampio contenuto della giusta causa e quello dell'inadempimento di non scarsa importanza, non ha fondamento di sorta; l'unica affermazione che può validamente farsi è di intuitiva evidenza e cioè che in ogni caso il comportamento dev'essere valutato secondo i criteri più volte ricordati ed in relazione alle particolarità della prestazione dedotte in contratto.

Questa valutazione relativa è non solo consentita, ma anche doverosa; ed è quella che permette un giudizio completo e valido di un comportamento umano, che deve essere considerato in tutti i suoi aspetti ed in relazione alla particolare prestazione dovuta ed al particolare rapporto intercorrente fra le parti. Ma si tratta di una valutazione che deve operarsi in ordine a qualsiasi contratto, e non già soltanto per quello di lavoro. Pretendere che la relatività del giudizio comporti per quest'ultimo contratto addirittura un'estensione del contenuto della causa che può giustificare il recesso, sembra veramente inconcepibile e contrario al sistema positivo. Nei rapporti «particolari» di fiducia, si avrà una maggiore qualificazione della prestazione dovuta ed un particolare rilievo delle circostanze³² ma giammai la possibilità di trasferire sul piano dell'inadempimento comportamenti leciti. A maggior ragione questa operazione appare inconcepibile per ciò che attiene ai rapporti normali, a quelli cioè che sono stati definiti come «personalizzati».

In effetti, noi non escludiamo che alcuni dei comportamenti cosiddetti «leciti» possano aver rilievo ai fini della giusta causa; vogliamo soltanto dire che se essi sono rilevanti, significa che erano leciti soltanto in apparenza, ma in realtà erano contrastanti col contenuto fondamentale (considerato sia nel lato positivo che in quello negativo) dell'obbligazione³³. Invero, se non si accede a questo orientamento e se non si àncora rigorosamente il contenuto della giusta causa alla sfera contrattuale, si perviene a difficoltà insormontabili e spesso a risultati aberranti.

Si considerino le ipotesi di maggior suggestione di cui spesso si occupa la dottrina e cioè il comportamento extra lavorativo dei dipendenti, l'arresto e

32 Si veda l'ampia analisi che il WALLMEYER [*Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Stuttgart, 1962] dedica alla casistica relativa ai rapporti «collegati alla persona» (pag. 67 ss.).

33 Esatti rilievi, a questo riguardo, nel saggio del CATALANO, più volte ricordato [*L'art. 2119 c.c. e le norme di diritto comune in materia di obbligazioni e contratti*, in *Dir. ec.*, 1959] (particolarmente pag. 249 ss.).

la condanna penale, il sospetto di reati, le dichiarazioni inesatte o reticenti, gli atti della controparte ai danni dei propri familiari o i comportamenti illeciti dei familiari della controparte.

Accogliendo la estesa nozione di giusta causa di cui si è fatto cenno, manca un criterio rigoroso per risolvere ipotesi del genere; e lo sforzo della dottrina di individuarlo sembra destinato all'insuccesso. Né a miglior risultato approda la giurisprudenza, la quale finisce per attenersi a criteri quanto mai labili ed incerti.

Ben vero, il concetto di fiducia è così esteso da poter comprendere ed investire ogni comportamento; d'altronde esso è tipicamente soggettivo³⁴, laddove la nozione di giusta causa deve necessariamente fondarsi su criteri obiettivi.

Ed allora? Come risolvere il problema, individuando i confini della giusta causa?

Non c'è dubbio che se si fa leva sulla fiducia, l'allentamento del vincolo può verificarsi anche per comportamenti estranei alla sfera contrattuale: il datore di lavoro può perdere la fiducia nel dipendente perché sa che conduce una vita dissoluta oppure perché viene a conoscenza di una condanna subita dal dipendente, oppure ancora per un complesso di altri fatti, che nulla hanno a che vedere con la sfera contrattuale. La valutazione potrà essere mutevole a seconda dell'ambiente, a seconda delle personali idee del datore di lavoro, a seconda della maggiore o minore estensione della sua sfera di interessi non solo economici, ma anche morali e spirituali. Quando potrà dirsi che questa posizione personale e soggettiva si è obiettivata ed ha tratto la propria determinazione da un comportamento obiettivamente illecito del dipendente?

A nostro avviso, questi interrogativi sono destinati a restare senza risposta, ove ci si allontani dalla normativa e dalla disciplina generale dell'inadempimento.

La prova migliore è costituita dai risultati cui perviene anche la dottrina più attenta: la quale finisce per ammettere che *il comportamento extralavorativo* del dipendente può avere rilievo agli effetti della giusta causa, almeno in certe ipotesi che possono anche essere assai estese³⁵; riconosce che perfino *il sospetto di reati*

34 Esattamente, il WALLMEYER, *op. cit.*, p. 83 ss., ricorda che il termine «fiducia» fa rinvio ad un elemento tipicamente soggettivo e cioè ad una situazione interiore di sentimenti che ha una certa durata ed una certa uniformità.

35 Di questo problema ci siamo già occupati a proposito degli obblighi accessori e non intendiamo quindi ripetere quanto già chiarito in quella sede, né riproporre i riferimenti già allora effettuati alle posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Desideriamo soltanto aggiungere, per quanto riguarda più specificamente la rilevanza di questi comportamenti agli effetti del recesso per g.c., che la dottrina è piuttosto restia a prenderli in considerazione, almeno sotto un profilo generale; quando lo fa, non riesce a fornire criteri di sicuro orientamento. Il MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., II, pag. 110 ss., riconosce che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti affermano che non è dato al datore di lavoro di censurare i costumi del dipendente; l'A. ritiene peraltro che una eccezione possa aversi allorché il contegno del prestatore finisca per riflettersi sul buon nome dell'azienda, cagionandole un pregiudizio. La ricerca, peraltro, dei criteri obiettivi a cui attenersi appare ardua a questo A., che finisce per indicare alcuni criteri che appaiono labili e insicuri (posizione occupata dal lavoratore

può costituire giusta causa, quando sia fondato su dati di fatto di eccezionale serietà e sia di natura tale da escludere la possibilità di adozione di provvedimenti meno drastici; e finisce per affermare addirittura che «sul rapporto di lavoro può reagire anche *un fatto svoltosi tra persone estranee allo stesso*».

Orbene, la nostra convinzione è ferma sul punto che solo ad effettive inadempienze contrattuali può farsi riferimento. L'obbligazione assunta dal prestatore di lavoro riguarda una prestazione tipica che deve essere svolta all[e] dipendenze del datore di lavoro e quindi in forma subordinata, ma entro i limiti di quanto è necessario ai fini dell'espletamento di tale attività.

Nessun rilievo, dunque, al comportamento extralavorativo del dipendente, salvo che esso sia contraddittorio col tipo particolare di rapporto e con la prestazione dovuta ed incida concretamente su quest'ultima rendendola non corrispondente a quella delineata all'atto della stipulazione, o comunque allo schema tipico.

A maggior ragione, irrilevante appare il sospetto di reati³⁶, per la semplice ragione che non esistono criteri obiettivi di accertamento, e per la presunzione di innocenza che assiste ogni cittadino fino alla condanna definitiva (art. 27 della Costituzione); presunzione che ovviamente non vale soltanto nei confronti degli organi giudicanti, ma anche nei confronti di qualsiasi altro soggetto privato.

Quanto alla pretesa rilevanza anche di fatti svoltisi fra persone estranee al rapporto di lavoro³⁷, basterà ricordare che esiste nel nostro sistema un princi-

nell'organismo produttivo; dimensioni di quest'ultimo; vastità del centro abitato in cui ha sede).

Decisamente criticabile appare la posizione del MOSCO, *La risoluzione per inadempimento*, cit., pag. 124, che aderisce alla decisione della Cassazione 7 febbraio 1936, in *Foro it.*, 1936, I, 1019, secondo la quale costituisce giusta causa di recesso il fatto che il prestatore abbia partecipato al concorso per ufficio di notaio, che poteva essere esercitato in concorrenza col datore di lavoro. Si tratta di un'impotazione veramente aberrante, perché in questo caso la g.c. investirebbe non solo un comportamento lecito, ma addirittura un comportamento non suscettibile, in modo attuale, di recare danno al datore di lavoro.

36 Sul sospetto di reati, v. ancora il MANCINI, *Il recesso unilaterale*, cit., II, pag. 112 ss., ove si richiama anche la giurisprudenza sull'argomento, il quale ritiene «molto equilibrata» la direttiva secondo la quale il sospetto può costituire g.c. se risulti estremamente grave e se sia tale da non consentire l'assunzione di provvedimenti meno drastici. Nessuna traccia, nel ragionamento del Mancini, della presunzione di innocenza da cui è assistito il sospettato fino al momento della condanna definitiva. Più cauto, il PERETTI-GRIVA, *Il contratto d'impiego privato*, cit., pag. 556, il quale esclude che in linea di principio l'essere sottoposto a procedimento penale in pendenza del rapporto possa fornire giusta causa di licenziamento, ed esamina poi attentamente tutto il problema della influenza sui rapporti civili delle pronunce emesse in sede penale. Al problema dedica larga attenzione anche il WALLMEYER, *op. cit.*, pag. 67 ss.

37 Della questione si occupa ampiamente il MANCINI, *op. cit.*, pag. 117 ss., il quale cita anche la scarsa giurisprudenza sull'argomento, nel complesso costante nel ritenere irrilevanti i comportamenti di estranei al rapporto di lavoro, quand'anche si tratti di familiari di una o dell'altra parte.

Non comprendiamo la sostanziale adesione data dall'A. alla sentenza 20 novembre 1957 della Corte d'Appello dell'Aquila (*Giust. civ. Massim., App. Aquila 1957*, pag. 63) secondo la

pio generale secondo cui è inconcepibile (salvo i casi specificamente determinati dalla legge) una responsabilità per fatto altrui; questa regola non può essere derogata per ciò che attiene al rapporto di lavoro, per il difetto di qualsiasi esplicita disposizione legislativa e per l'impossibilità assoluta di trovare un fondamento concreto ad una siffatta deviazione.

Quanto infine alle reticenze o alle dichiarazioni inesatte del dipendente, il problema si pone in modo del tutto diverso: può infatti trattarsi di ipotesi risolubili sotto il profilo del vizio del consenso, ed allora esse non interessano in questa sede; oppure può trattarsi di ipotesi inconducibili al recesso per giusta causa, ed allora l'elemento della fiducia esulerà dall'indagine. La quale dovrà essere condotta sotto il profilo del principio di buona fede nelle trattative, e quindi secondo un criterio di valutazione rigorosamente afferente alla sfera contrattuale, per le ragioni più volte in precedenza esposte³⁸.

In conclusione, bisogna riconoscere che la cessazione immediata del rapporto è consentita solo quando *obiettivamente* sussista un comportamento gravemente inadempiente, non dissimile da quello indicato dall'art. 1455 c.c.³⁹; in tutti gli

quale è giusta causa di dimissioni il fatto, divenuto di dominio pubblico, del compimento di atti di libidine sulla figlia minorenni del lavoratore, da parte di un parente del datore. Questa decisione dimostrerebbe che sul rapporto di lavoro può reagire anche un fatto svoltosi tra persone estranee allo stesso. La verità è che si tratta di una decisione aberrante, perché include nel comportamento obiettivo di una delle parti, valevole agli effetti della g.c., un atto delittuoso compiuto da un terzo; è evidente che poco conta il fatto che si trattasse, nella specie, di familiari delle parti. Se si accettasse questo principio, si violerebbe la regola generale della responsabilità per fatto proprio e si aprirebbe il campo ad una nozione di giusta causa che non avrebbe limiti di sorta e che non potrebbe, sotto nessun profilo, considerarsi come obiettiva.

38 Qualche cenno a questo problema è stato già fatto in sede di indagine sull'errore sulla persona. Se ne occupa ampiamente, con riferimento al recesso per g.c. il MANCINI, *op. cit.*, pag. 101 ss., il quale ritiene che esse possono costituire giusta causa di licenziamento in tronco, distinguendo però fra le varie ipotesi possibili e fornendo soluzioni diverse a seconda dei casi. Anche noi siamo d'avviso che esse possano rientrare talvolta nel contenuto della giusta causa, ma nei limiti indicati nel testo e senza che venga minimamente in rilievo l'elemento della fiducia.

39 Ci è di conforto, in queste conclusioni, la presa di posizione della RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., 1967, pag. 365, la quale – pur riconoscendo una certa rilevanza dell'elemento fiduciario – esclude le implicazioni extracontrattuali di esso; il che si risolve, in definitiva, nel considerare – ai fini del recesso per giusta causa – soltanto quei comportamenti che obiettivamente si risolvono in inadempimenti di particolare gravità. Particolarmente importante ci sembra una recente sentenza del Tribunale di Milano (18 luglio 1966, in *Orient. giur. lav.*, 1967, pag. 9), che si distacca nettamente dagli orientamenti giurisprudenziali più sopra citati, fondati sulla rilevanza della fiducia ai fini del recesso per giusta causa. Il Tribunale milanese afferma precisamente che nella nozione di giusta causa possono essere compresi «solo quei fatti che concretano un inadempimento di non scarsa importanza secondo il principio generale fissato dall'art. 1455 c.c.». Si tratta di un'importante affermazione, sostanzialmente nuova in giurisprudenza; peccato soltanto che il Tribunale non abbia ritenuto di approfondire ulteriormente il problema ed abbia preferito lasciare impregiudicata la questione circa la natura fiduciaria del rapporto.

altri casi, l'eccezionale rimedio di cui all'art. 2119 non può ritenersi invocabile, proprio perché si tratta in definitiva di una forma di autogiustizia, i cui criteri devono essere particolarmente rigorosi ed obiettivi.

Queste considerazioni valgono, ovviamente, in linea di principio, sia per i rapporti «di serie» che per quelli «personalizzati»; solo, per questi ultimi, si dovrà tener conto, nella valutazione del comportamento, della natura particolare del rapporto, che esige una prestazione in certo modo «qualificata» e caratterizzata dal particolare vincolo che unisce le parti non già al di fuori del rapporto obbligatorio, ma pur sempre all'interno di esso⁴⁰.

Va precisato, infine, che ugualmente di natura obiettiva è il «giustificato motivo» di cui all'art. 3 della recente legge sui licenziamenti individuali.

Certo, sarebbe stato auspicabile che il legislatore dettasse una disciplina organica del recesso, perché non sarà facile distinguere – alla stregua della legge 604 – il «notevole inadempimento» dalla giusta causa, così come abbiamo cercato di configurarla. È da ricordare, peraltro, che – essendo ormai stata attribuita la indennità di anzianità per tutti i casi di risoluzione del rapporto (art. 9) – il problema consiste soltanto nello stabilire se l'inadempimento realizzato dal contraente sia di tale natura da non consentire la prosecuzione *anche provvisoria* del rapporto. Ci sembra evidente che l'indagine da svolgersi sul punto non ha alcuna attinenza con la fiducia o il venir meno di essa e deve restare ancorata esclusivamente ad elementi oggettivi di valutazione delle particolari caratteristiche del concreto comportamento di grave inadempienza⁴¹.

40 Esatti, sul punto, i rilievi del WALLMEYER, *op. cit.*, p. 85 ss., il quale parla di una valutazione «differenziata» ed afferma che il venir meno della fiducia acquista rilevanza quando si debbano tenere in considerazione, per il genere della prestazione, la personalità del prestatore, la sua particolare fidezza e onorabilità.

Anche in questi casi, però, l'A. precisa che è irrilevante la valutazione soggettiva della fiducia; resta invece decisivo il criterio relativo al pericolo di danneggiamento di interessi patrimoniali.

41 Per concludere, va anche considerata la possibilità che nei contratti collettivi vengano previste ipotesi di giusta causa non riconducibili alla nozione di inadempimento. Ciò non sposta nulla, ai fini del nostro problema, perché è chiaro che le parti sono sempre libere di ritenere che in quel settore particolare e in quei particolari rapporti, alcuni comportamenti apparentemente estranei alla sfera obbligatoria siano in realtà tali da incidere sulla prestazione (per alcune acute considerazioni, sul punto, v. COTTINO, *In tema di licenziamento per giusta causa*, cit., pag. 738).

PARTE SECONDA

L'IMPLICAZIONE DELLA PERSONA

Capitolo I.

L'implicazione della persona: aspetti generali

Sommario: 1. Vari significati della espressione «implicazione». – 2. Le concezioni «oggettive»: la persona come oggetto. – 3. (segue): le energie umane come oggetto. – 4. L'errore di prospettiva delle tendenze oggettive. – 5. Il preteso rapporto di intrinsecità tra persona e prestazione. – 6. Implicazione e subordinazione. – 7. Le tendenze «oggettivistiche». – 8. Piano dell'indagine successiva.

1. Vari significati della espressione «implicazione»

Si afferma comunemente che uno dei dati caratteristici e fondamentali del diritto del lavoro è l'*implicazione della persona del prestatore* nel rapporto e che attorno a questo fondamentale presupposto ruota l'intera normativa¹.

Se le più ampie riserve si potevano formulare contro la corrispondente affermazione relativa alla particolare *considerazione* della persona del prestatore, bisogna riconoscere invece che il convincimento in esame riposa su basi effettuali e normative di sicuro conforto. Per cui, il tipo di verifica che occorre condurre è notevolmente diverso da quello effettuato nella prima parte del presente volume; benvero, là si trattava di controllare lo stesso fondamento di un'opinione ripetutamente espressa ma sempre scarsamente suffragata da argomenti, mentre in questo caso si tratta piuttosto di individuare l'effettivo contenuto del fenomeno e le reali conseguenze che da esso derivano sul piano giuridico.

Benvero, l'espressione «implicazione» è già di per sé polisensa; ma riferita alla persona del prestatore di lavoro, essa acquista ulteriori significati, spesso assai divergenti fra loro, a seconda dei vari orientamenti dottrinari. E le conseguenze non sono rilevanti da un punto di vista meramente terminologico (ché allora l'indagine potrebbe senz'altro ritenersi inutile), ma operano su un piano estremamente ampio, che investe l'inquadramento giuridico della posizione del prestatore e perfino la stessa costruzione dogmatica del rapporto di lavoro.

Occorre dunque chiarire preliminarmente i vari significati con cui quella espressione è utilizzata dalla dottrina, per riscontrare a quali di essi possa essere riconosciuto un effettivo valore costruttivo.

A grandi linee – e senza pretendere di formulare classificazioni che vadano oltre le semplici esigenze di ricerca – si possono individuare quattro orientamenti

1 Omettiamo qualsiasi riferimento bibliografico, perché la dottrina fa riferimento comunemente al fenomeno in questione, ma considerandolo sotto profili diversi. È dunque preferibile formulare specifici richiami in sede di analisi delle varie posizioni assunte dalla dottrina.

principali, ai quali sono pur sempre riconducibili altre posizioni di minor rilievo; due di essi esprimono una tendenza fondamentale obiettiva, il terzo si pone su un piano per così dire, misto, il quarto rappresenta la sintesi delle tendenze più spiccatamente soggettivistiche.

Secondo la prima concezione, la persona è implicata nel rapporto, in quanto ne è l'oggetto (essa stessa o comunque le sue energie).

La seconda, invece, considera l'implicazione della persona sotto il profilo di un particolare rapporto di intrinsecità o immanenza, tra la prestazione e la persona del debitore.

La terza coglie l'implicazione nella particolare situazione in cui si trova chi presta la propria opera alle dipendenze altrui e come tale resta anche personalmente «coinvolto» nel rapporto.

La quarta tendenza, infine, considera l'implicazione da un punto di vista eminentemente soggettivo, ponendo cioè l'accento sul lato attivo della posizione del prestatore.

Esamineremo ora separatamente il contenuto sostanziale ed i connotati distintivi dei vari orientamenti, non solo e non tanto per fini descrittivi quanto e soprattutto per delimitare fin d'ora il campo dell'indagine, sgombrandolo da quelle impostazioni che non reggono ad un pur sommario vaglio critico e costituendo così i presupposti per un'analisi più ampia ed approfondita della reale portata del fenomeno considerato.

2. Le concezioni «oggettive»: la persona come oggetto

La tesi secondo la quale la persona del prestatore è oggetto del rapporto di lavoro si collega, in definitiva, a quelle concezioni che – su un piano più generale – ammettono la possibilità di concepire l'uomo come oggetto di diritto, o sostenendo la scindibilità del momento soggettivo da quello oggettivo della persona, oppure ancora distinguendo tra la persona stessa e il corpo umano.

In linea di principio, si è obiettato ripetutamente – contro queste concezioni – che ragioni profondamente etiche giustificano l'istintiva ripugnanza a considerare l'uomo (o la parte materiale di lui) come oggetto di diritti². Su questo piano, è parso agevole replicare che il problema è di stretta natura giuridica e non può essere risolto con criteri metafisici³. Ma questa obiezione è fondata solo in

2 Vigorosamente ha affermato il SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, II, pag. 1073, che «oggi come ieri e più di ieri, qualunque idea di un diritto dell'uomo sul corpo proprio o sul corpo altrui ci trova irriducibilmente avversi col sentimento prima ancora che col ragionamento». Ad analoghi criteri etici fa riferimento anche il PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, pag. 835 ss. Ma si tratta di Autori che dimostrano poi come alle ragioni etiche corrispondano anche argomenti di stretto valore giuridico.

3 Si vedano le obiezioni, talora ironiche, del CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pag. 205, e i rilievi piuttosto vivaci del FRANCESCHELLI, *L'oggetto del rapporto giuridico*, in *Riv. trim.*

parte. Ben vero, il giurista non può pascersi di astrazioni e non può prescindere anche da quelle valutazioni etiche che lo stesso ordinamento positivo finisce per accogliere come proprio fondamento. Quando una concezione ripugna alla coscienza morale⁴ bisogna controllare con particolare attenzione se davvero si tratti di un pregiudizio etico, del tutto privo di valore sul piano giuridico, oppure se non sia invece quella concezione ad essere estranea all'intero sistema. Ed è ciò che ha fatto la dottrina più moderna, ponendosi di fronte al problema accennato non solo sulla base di concezioni morali, ma anche sotto il profilo del costante riferimento ai dati dell'esperienza giuridica⁵.

Non è stato difficile, su questo piano, dimostrare che il diritto positivo non solo non reca alcun conforto a queste concezioni, ma anzi ripetutamente le contraddice e smentisce, per lo stesso modo con cui viene costantemente considerata la persona umana. La quale, nel nostro sistema, è valutata ed apprezzata esclusivamente sotto un profilo soggettivo, senza che mai alcuna norma giustifichi una distinzione meramente formale nell'ambito della sua inscindibile unità⁶.

Si è riconosciuto quindi che l'uomo diventa persona, per il diritto, per il solo fatto che gli viene attribuita la capacità giuridica; e che lo stesso riconoscimento della capacità di essere titolare di doveri esclude che la persona possa essere degradata a oggetto di diritti⁷.

dir. proc. civ., 1957, pag. 52 ss., secondo il quale la discussione è spesso ottenebrata da «considerazioni sentimentali o filosofem». Per la verità, questo disprezzo per le concezioni filosofiche ci sembra ingiustificato, a meno di voler mantenere a tutti i costi quell'isolamento rispetto alle altre discipline che recentemente il MERRYMAN ha rimproverato alla dottrina giuridica italiana (*Lo stile italiano: la dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, pag. 1181).

- 4 Ne sono prova le costanti prese di posizione di tutti i filosofi e sociologi del diritto, i quali considerano la persona come valore primario, ponendone in evidenza soprattutto il momento soggettivo e sottolineandone la inscindibile unità. Per tutti: BATTAGLIA, *Il diritto nel sistema dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, I, 465; ID., *Filosofia del lavoro*, Bologna, 1951, pag. 253 ss.; GONELLA, *La persona nella filosofia del diritto*, Milano, 1959, pag. 199 ss.; PIGLIARU, *Persona umana e ordinamento giuridico*, Milano, 1953, pag. 145 ss.; BOBBIO, *La persona nella sociologia contemporanea*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, Napoli, 1938, XII, parte 1^a, pag. 219 ss.
- 5 La dottrina migliore non trascura affatto i dati etici, ma fornisce la dimostrazione della sicura rispondenza ad essi da parte del sistema positivo. Così, il SANTORO PASSARELLI, *loc. cit.*, pag. 1073, osserva che vi sono argomenti «non meno validi sul piano tecnico e giuridico, che irresistibili sul piano speculativo e su quello spirituale»; e il LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 415, pur affermando che la discussione deve essere depurata dalle ragioni puramente sentimentali o pratiche, concorda tuttavia con l'impostazione dei filosofi giuristi, sulla base di considerazioni logico-giuridiche.
- 6 Osserva esattamente il ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, pag. 203, che l'uomo è considerato dall'ordinamento solo come soggetto di diritti; nello stesso senso si esprime anche il DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950, pag. 53 ss.
- 7 Il primo rilievo è del PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, cit., pag. 832. Il secondo fu formulato dal GOLDSCHMIDT, *Problemi generali del diritto* (trad. it.), [Padova,] 1950, pag. 92, ed è stato poi ripreso sia dal BIONDI, *I beni*, Torino, 1953, pag. 17, che dal SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, Padova, 1957, I, pag. 71.

Così, quando l'uomo è colto nella sua posizione di debitore, nell'ambito di un rapporto obbligatorio, la considerazione dell'ordinamento è dedicata alla sua attività cosciente ed intelligente di cooperazione⁸. Nello stesso modo, quando la struttura di particolari rapporti del diritto di famiglia (ad es. patria potestà) può far pensare che la persona del minore sia considerata come cosa o come oggetto, è agevole riscontrare – con un minimo di indagine – che l'ordinamento, ancora una volta, considera la persona come semplice punto di riferimento di una valutazione normativa⁹.

La stessa polemica sull'oggetto dei diritti della personalità si è risolta in una affermazione del valore soggettivo della persona, riconoscendosi ormai dalla maggior parte della dottrina che non la persona è oggetto di questi diritti, ma – al più – beni distinti da essa, ancorché collegati da un vincolo di stretta connessione¹⁰.

8 Per una prima intuizione, v.: FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, pag. 739; in seguito, la dottrina ha dedicato particolare attenzione alla posizione del debitore ed ha rilevato come essa si risolva non già nell'apprestamento o conferimento di se stesso o delle proprie energie, ma in una cooperazione cosciente e in un impegno anche spirituale (PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, pag. 98; BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, I, pag. 149; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954, III, pag. 94).

9 L'antica concezione secondo la quale il minore sarebbe l'oggetto del diritto dell'esercente la patria potestà è stata battuta in breccia soprattutto quando la posizione di quest'ultimo è stata costruita come un potere-dovere o come una funzione. Ma anche indipendentemente da questo, la dottrina prevalente riconosce che la persona non è che termine logico di riferimento a qualcosa che è fuori dal soggetto (l'espressione, ancora un po' equivoca, è del MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1947, I, pag. 221) oppure il punto di riferimento oggettivo del comportamento valutato dalla norma (ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1954, pag. 210).

10 Si tratta di un dibattito che ha assunto toni assai vivaci, nel quadro della discussione più generale attorno ai diritti della personalità, categoria tuttora assai incerta e problematica, come anche di recente ha osservato il SANTORO PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. diritto*, XII, pag. 753.

Le posizioni della dottrina circa l'elemento oggettivo del rapporto della personalità si possono riassumere nel senso che viene considerato come oggetto o un comportamento negativo dei terzi, oppure l'uomo stesso, oppure ancora le sue qualità personali. Un tentativo di superamento del contrasto è stato operato dal GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Padova, 1958, pag. 10 estr., il quale ha sostenuto che la persona, oltre che essere soggetto titolare del diritto, costituisce anche il punto di riferimento oggettivo del rapporto; in questo, secondo l'A., non deve vedersi una divisione dell'uomo in due aspetti, ma piuttosto il riconoscimento della duplice rilevanza formale dello stesso elemento.

Senza addentrarsi nella delicata questione, basterà rilevare come tra le varie tendenze, l'unica che può ormai considerarsi come superata è proprio quella che ritiene l'uomo oggetto dei diritti della personalità. E il dato è di notevole importanza, perché è evidente che sussistono minori difficoltà a considerare l'uomo sotto un profilo oggettivo nei rapporti personali che non nell'ambito dei rapporti patrimoniali; per i quali ultimi, la dottrina prevalente esclude recisamente che la persona possa essere considerata come oggetto (v. in particolare: BIONDI, *I beni*, cit., pag. 18 e 40).

In sostanza, si deve riconoscere che l'individuo è considerato dal diritto come una sintesi non scomponibile di elementi materiali e di elementi intellettivi e psichici; è proprio dal sistema che si deduce ulteriormente quella inscindibile unità della persona che già la filosofia del diritto e la sociologia avevano ripetutamente posto in evidenza¹¹.

La conseguenza fondamentale di questa unità consiste nella impossibilità di concepire diritti su se stesso, così come nella impossibilità di riconoscere diritti sulla persona altrui; il diritto moderno – in ciò corrispondendo perfettamente alle ragioni della logica e della morale – ammette esclusivamente diritti *verso* altre persone¹².

Sul problema dell'oggetto dei diritti della personalità, v. in generale: PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, pag. 135 ss.; ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1945, I, pag. 328 ss.; FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, pag. 75 ss.; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1956, pag. 192 ss.; DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, pag. 169 ss.; LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1953, pag. 305 ss.; DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939, pag. 160 ss.; GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1948, pag. XIII ss.; CANDIAN, *Il diritto d'autore nel sistema giuridico*, Varese, 1953, pag. 61 ss.; VASSALLI G., *La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica*, in *Studi per Betti*, vol. V, pag. 677 ss.; CONRAD, *Individuo e comunità nel diritto privato del XVIII e del principio del XIX secolo*, in *Nuova riv. dir. comm. ed ec.*, 1956, pag. 31 ss.; LIGI, *Status libertatis vel societatis: il problema sociale della personalità nel nostro ordinamento*, in *Giur. it.*, 1957, pag. 461 ss.; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959, pag. 22 ss.

Tra gli AA. che più energicamente insistono nel considerare la persona sotto un profilo oggettivo, v.: FRANCESCHELLI, *L'oggetto del rapporto giuridico*, cit., pag. 52 ss.; SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1958, pag. 82 ss. (ma nel quadro di una concezione del tutto particolare); DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droit sur la personne*, Paris, 1960 (ma si tratta di un volume alla cui ampiezza non corrispondono uguali risultati sul piano costruttivo).

11 La fondamentale unità dell'uomo come organismo fisico-psichico, colta esattamente dal LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 416, è stata ribadita con dovizia di argomenti dal GIAMPICCOLO, *op. cit.*, pag. 12, il quale contesta la fondatezza di ogni tentativo di scindere l'individuo in spirito e materia.

12 Già il SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886, I, pag. 342, aveva chiarito che nel diritto privato non si può concepire un potere assoluto su un uomo, poiché il dominio non può estendersi se non ad un singolo atto di esso, dando vita al fenomeno della obbligazione. Ma più di recente, il VASSALLI, in un suo arguto e notissimo saggio (*Del jus in corpus, del debitum coniugale e della servitù d'amore*, Roma, 1944, pag. 136 ss.) ha dimostrato che il diritto privato consente soltanto diritti *verso* un'altra persona. Nello stesso senso, anche il LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 417, secondo il quale il diritto moderno è pervaso dal principio etico per cui la persona è un fine e non un mezzo.

Lo stesso CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pag. 205 ss., nega che la persona possa essere considerata come oggetto di diritti.

È da notare che la posizione particolare assunta dall'ALLARA, *Nozioni fondamentali*, ecc., cit., pag. 550 ss., si discosta dalle precedenti solo in apparenza. In realtà, nel costruire il rapporto giuridico, l'ALLARA considera essenziale il dovere del soggetto passivo; in questo quadro, e solo in questo, l'A. ammette che lo stesso soggetto attivo possa essere considerato come punto di riferimento o elemento determinante del comportamento dedotto nel dovere.

Ma questa unità fondamentale non si dissolve neppure dinanzi ad un'altra finzione, quale è quella di distinguere tra persona e corpo; il che consentirebbe, secondo alcuni Autori¹³, di considerare solo quest'ultimo come oggetto.

In effetti il corpo vivente non è un'entità materiale distinta da quel complesso di elementi intellettivi, psichici e morali che compongono – in un tutto indivisibile – la persona. Si è quindi osservato – e il rilievo non può che essere condiviso – che il corpo non è altro che il substrato della personalità e come tale non è da essa separabile¹⁴. Ma si può dire di più, e cioè che il corpo in nessun modo può concepirsi alla stregua di un bene, in senso giuridico, mancando di tutti gli elementi che caratterizzano quest'ultimo nel diritto positivo (art. 810 c.c.) e in particolare dell'estraneità al soggetto, dell'idoneità a formare oggetto di godimento e di disposizione autonoma, dell'idoneità ad essere apprezzato sul piano economico¹⁵.

Né argomenti si potrebbero dedurre dall'art. 5 c.c., il quale si limita ad indicare il corpo come termine di riferimento naturalistico non già di un diritto assoluto ma di un semplice diritto personale di disposizione; il che significa semplicemente che ciò che il diritto ammette è soltanto una limitazione strumentale della libertà personale, ed anche questa entro confini assai ristretti¹⁶.

13 Il sostenitore principale di questa tesi è il CARNELUTTI, il quale l'ha successivamente ribadita, pur traendone conseguenze diverse, in vari saggi: *Studi sulle energie come oggetto dei rapporti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, pag. 384 ss.; *Legittimazione al contratto di lavoro*, in *Studi per Pacchioni*, Milano, 1939, pag. 109 ss.; *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pag. 205 ss.; *Atti del I Congresso sugli inf. e mal. professionali*, Roma, 1948, pag. 122 ss.; *Diritto alla vita privata*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1955, pag. 3 ss.

A questa impostazione, oltre al Franceschelli, aderisce sostanzialmente l'ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, Milano, 1960, pag. 127 ss. (ed ora in *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, Milano, 1965, pag. 566), che richiama – a nostro avviso inesattamente – anche l'opinione del BIONDI. Quest'ultimo, infatti, ha fatto riferimento esclusivamente al corpo inanimato, mentre ha sostenuto la sostanziale inscindibilità della persona vivente (*I beni*, cit., pag. 165).

14 Così, il FERRARA, *Diritto della persona e di famiglia*, Napoli, 1941, pag. 98. Ma anche l'ALLARA, *Nozioni fondamentali*, cit., pag. 211, nega che il corpo possa considerarsi come cosa, costituendo unicamente il punto di riferimento soggettivo del comportamento valutato dalla norma.

15 Si ritiene comunemente che di beni possa parlarsi solo quando si tratta di entità che possano formare oggetto di godimento e di disposizione autonoma. Donde il necessario requisito della apprendibilità e l'esclusione dalla categoria di tutto ciò che non può essere assoggettato alla signoria dell'uomo (BIONDI, *I beni*, cit., pag. 9 ss.; MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus* 1952, pag. 161; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, cit., pag. 292 ss.).

16 Per una rassegna delle varie opinioni dottrinarie sulla portata dell'art. 5 c.c.: PESANTE, *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. diritto*, X, pag. 653 ss. Ci sembra peraltro che erroneamente questo A. consideri prevalente la tesi «intermedia» secondo la quale il corpo sarebbe un modo d'essere della persona, considerabile in forma autonoma ed idoneo a formare oggetto di diritti. A prescindere da una certa qual confusione con la problematica relativa ai diritti della personalità, ci sembra che l'A. non colga esattamente l'essenza delle concezioni secondo le quali è da respingere la concepibilità di diritti sul corpo umano. In effetti, l'art. 5 si riferisce unicamente agli atti di disposizione del proprio corpo; ha dunque ragione il SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 51, quando afferma

Queste considerazioni assumono poi un valore particolare quando si tenga presente il modo con cui l'ordinamento positivo disciplina i contratti relativi ad attività umane; dallo schema tipico è costantemente esclusa ogni considerazione del corpo come entità distinta e ciò che unicamente rileva è il comportamento dovuto¹⁷. Non è quindi neppur necessario ricorrere ad un ultimo argomento, che pur si potrebbe formulare, relativo alle tendenze decisamente «personalistiche» delle costituzioni contemporanee e della nostra in particolare; è fin troppo evidente, infatti, che vi è una inconciliabilità assoluta tra il valore primario che si attribuisce alla persona, globalmente e unitariamente considerata, e la degradazione di essa (o anche soltanto del corpo) ad oggetto di diritti.

Si potrebbe così considerare risolto anche il problema più specificamente inerente al rapporto di lavoro, al quale pure non si è mancato di applicare le concezioni criticate¹⁸. Ma in questo caso l'errore di fondo è ancora più evidente,

che l'ordinamento consente soltanto una limitazione della libertà personale, strumentale per l'adempimento di un dovere di condotta, per la prestazione di attività psico-fisiche o di altre utilità producibili dal corpo umano. Nello stesso senso, si esprimeva del resto il GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Milano, 1948, pag. XV, nel corso della nota polemica con Carnelutti; e di recente il GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, cit., pag. 12, ha osservato esattamente che a nulla serve il tentativo di proiettare all'esterno del soggetto gli attributi intrinseci del medesimo.

Per gli altri, sostiene l'inidoneità del corpo umano vivente ad assolvere una funzione economico-sociale, il PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, cit., pag. 836 ss.; ma bisogna riconoscere che l'A. fa un riferimento eccessivo alle esigenze etiche; indubbiamente, esse esistono e danno luogo a quella istintiva ripugnanza di cui hanno parlato vari Autori; ci sembra tuttavia che lo stesso art. 5 fornisca elementi sufficienti per respingere concezioni come quelle del Carnelutti, sul piano dello stretto diritto positivo.

17 Come meglio vedremo più oltre, la ragione fondamentale dell'equivoco sta proprio nella insufficiente considerazione della struttura del rapporto obbligatorio. Almeno da un certo punto di vista, sarebbe addirittura più corretto costruire il diritto sul corpo come un diritto assoluto; ma poiché ciò deve essere assolutamente escluso, bisogna arrendersi di fronte all'evidenza. L'elemento oggettivo del rapporto giuridico, secondo la dottrina migliore, consiste nel dovere di tenere un certo comportamento (ALLARA, *Nozioni fondamentali*, cit., pag. 178). Insistere sul corpo come oggetto, nei rapporti obbligatori, significa semplicemente operare una confusione tra la prestazione e il bene.

18 Si vedano i saggi del CARNELUTTI richiamati in nota 13.

Singolare il fatto che questo A., partito da una definitiva dimostrazione della impossibilità di concepire il contratto di lavoro alla stregua di una locazione di energie (*Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, cit.), è pervenuto alla tesi estrema della *locatio hominis* parificata alla *locatio bovis* (*Teoria generale del diritto*, cit., pag. 216).

Si è già detto che a questa ultima concezione ha aderito l'ARDAU, il quale però nel recente *Sistema istituzionale di diritto del lavoro*, cit., pag. 547, ha preso in considerazione alcune obiezioni contro le tesi carneluttiane, considerandole come difficilmente superabili. Tuttavia, lo stesso A. finisce per affermare che la difficoltà di concepire il rapporto di lavoro come avente per contenuto l'uso del corpo del lavoratore deriva non solo dalla giusta ripugnanza a concepire un corpo vivente posto a disposizione altrui, ma «dalla difficoltà più pratica che concettuale di distinguere il corpo-oggetto dalla persona-soggetto». Noi riteniamo invece che la difficoltà sia anche concettuale e siamo rimasti colpiti dalla affermazione di uno studioso acuto come il

non solo per il fatto che l'attività lavorativa e la persona non sono distinguibili, trattandosi di un'unità indissolubile, ma anche perché ormai comunemente si riconosce che il lavoro non è altro che l'uomo stesso, colto nel momento dinamico in cui presta la propria opera¹⁹. Ma ciò che più conta è il fatto che l'uomo non dà se stesso, né il proprio corpo, ma semplicemente si impegna ad attuare una prestazione lavorativa, per la quale necessita il contributo intellettuale non meno che quello corporeo²⁰.

Così come è costruito nel nostro diritto positivo, il contratto di lavoro non si risolve nel cedere a terzi, sia pure a titolo temporaneo, il proprio corpo, ma piuttosto nell'assumere quell'impegno di cooperazione, che si esplica poi nell'adempimento.

Quando si ripiega ulteriormente nell'affermare che, in definitiva, nel contratto di lavoro, il soggetto si impegna a lasciar godere di sé, a lasciare cioè che altri faccia uso della sua persona²¹, si dimentica ancora una volta il riferimento all'unico dato emergente dalla normativa, che appunto non consente una siffatta

MENGGONI il quale, pur contestando la tesi del Carnelutti, ha ritenuto tuttavia che «logicamente è certo possibile distinguere la persona dal corpo del lavoratore» (*Il contratto di lavoro nel diritto italiano, in Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CEECA*, Milano, 1965, pag. 430). Probabilmente, tutto sta ad intendersi sul significato delle espressioni; per noi, è la stessa logica giuridica ad escludere che si possa operare una distinzione che non è altro che una finzione, neppure sostenibile sul piano concettuale.

19 L'inseparabilità della persona e dell'attività lavorativa è affermata dalla dottrina prevalente, che considera il lavoro esclusivamente come una manifestazione della personalità e quindi come il momento dinamico dell'individuo. Lo aveva intuito il BARASSI, *Il contratto di lavoro nell'ordinamento positivo italiano*, Milano, 1915, I, pag. 468; ma poi anche il PUGLIATTI ha chiarito che l'attività lavorativa non è altro che l'uomo in azione (*Beni e cose in senso giuridico*, cit., pag. 98). Il concetto è pacifico nella dottrina tedesca, anche se spesso se ne traggono conseguenze inaccettabili (RICHTER, *Arbeitsrecht als Rechtsbegriff*, Leipzig, 1923, pag. 10; SIMITIS, *Die Faktischen Vertragsverhältnisse*, Frankfurt, 1957, pag. 266; SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrecht*, Jena, 1927, pag. 7).

Coglie efficacemente l'essenza del problema il MENGGONI, *Il contratto di lavoro*, ecc., cit., pag. 418, allorché osserva che il concetto di *locatio operarum* implica un'astrazione, perché in realtà non esiste il lavoro, ma esistono uomini che lavorano.

20 Il BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., III, pag. 94, contesta che il rapporto di lavoro si risolva in uno scambio tra attività e retribuzione, affermando che il lavoro non è una merce, ma un impegno spirituale delle persone. Così formulata, l'affermazione è un po' generica e non coglie appieno la struttura del fenomeno, pur contenendo notevoli frammenti di verità. Ci sembra che esprima meglio la reale situazione di questo rapporto il PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, cit., pag. 190 ss., quando osserva che il lavoratore coopera per il conseguimento di un fine e quindi il rapporto non ha per oggetto né il corpo né l'energia ma una prestazione personale, il cui contenuto è rappresentato dal lavoro.

21 È questa l'ultima posizione assunta dal CARNELUTTI; ma in senso analogo si era espresso anche il GRECO, *Contratto di lavoro*, Torino, 1939, pag. 34 ss., secondo il quale l'uso della persona non trascenderebbe i limiti di quell'assoggettamento personale che è insito in ogni rapporto obbligatorio. Una tesi, questa, fortemente discutibile, perché il rapporto obbligatorio comporta una certa restrizione della libertà, ma non un assoggettamento personale. Ha osservato a questo riguardo il DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, pag. 181, che la persona è impegnata

costruzione. Prestatore di lavoro, secondo l'art. 2094 c.c., è colui che si obbliga a prestare la propria opera alle dipendenze altrui, colui cioè che assume un'obbligazione di *facere*, di per sé inconciliabile con la struttura tipica dei contratti di locazione. Ed è quanto basta per escludere la concepibilità di quell'ulteriore ripiego che è costituito dall'affermazione che in definitiva l'uso della persona non è da parte di chi riceve il lavoro, ma da parte di chi lo presta²²: il rimedio escogitato non serve, non solo per la sua inammissibilità logica, ma anche per il sicuro contrasto col diritto positivo.

Se dunque la coscienza morale si ribella a siffatte impostazioni, non è possibile obiettare che si tratta di una posizione ristretta nel campo dell'etica; benvero, si ha una sicura rispondenza tra il sentimento comune e il modo con cui il fenomeno è stato valutato dal diritto positivo²³.

3. (segue): le energie umane come oggetto

Non miglior fondamento può riconoscersi a quelle concezioni che, sulla via di un ulteriore ripiegamento, concentrano piuttosto la propria attenzione sulle *energie lavorative*, come oggetto del rapporto di lavoro²⁴. Concezioni queste che, a ben guardare, si discostano da quelle già considerate, solo in modo parziale. Si tratta infatti di addivenire ad un'altra finzione, di considerare cioè le energie come separate dalla fonte che le produce. Ma ancora una volta si può obiettare che non esiste l'uomo che produce energia, ma esiste l'uomo che lavora, che non esiste il soggetto che distacca qualcosa da se stesso, ma solo ed esclusivamente un essere operante e pensante, che adempie all'obbligazione volontariamente assunta.

nel rapporto obbligatorio solo nel senso che è tenuta a compiere certe prestazioni e quindi subisce una restrizione della propria libertà.

- 22 Questa costruzione fu escogitata dal BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., I, pag. 552 ss., ma non ha avuto molto seguito. La tesi della locazione, comunque impostata, è stata controbattuta dal MENGONI, *Il contratto di lavoro [nel diritto italiano, in Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CECA]*, Milano, 1966], pag. 418 ss. e 431 ss., che ha dimostrato definitivamente che nessuna norma del diritto positivo attuale giustifica la tesi di una locazione del corpo del lavoratore.
- 23 Il rimprovero di indulgere ad impulsi sentimentali o a preconcetti fu mosso dal GRECO, *Contratto di lavoro*, cit., pag. 34, contro coloro che si opponevano alla costruzione del rapporto di lavoro come locazione della persona. Non importa se, all'epoca, quella critica fosse fondata o meno. È certo comunque che oggi essa sarebbe mal posta di fronte ad opere rigorosamente dogmatiche come quelle del SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., e del CORRADO, *La nozione unitaria del rapporto di lavoro*, Torino, 1956, pag. 151, per non citarne che alcuni.
- 24 Il più deciso sostenitore della tesi in esame è stato, in Italia, il BARASSI, che l'ha sostanzialmente mantenuta ferma dal suo primo studio su [I] *Contratto di lavoro*, [ecc.] cit., pag. 541 ss., fino alle più recenti edizioni del *Diritto del lavoro*, Milano, 1957, I, pag. 344 ss. Il CARNELUTTI, nel suo studio più volte ricordato sulle energie, aveva considerato le energie umane come cose, ma aveva recisamente contestato la possibilità di concederne ad altri il godimento temporaneo (pag. 388 ss.).

Nonostante ogni sforzo di astrazione concettuale, la verità è che l'uomo – lavorando – non fa altro che esprimere se stesso, esplicitare la propria personalità; e il lavoro non è altro che un suo caratteristico modo di essere, inseparabile da lui, manifestazione dunque tipica della sua potenzialità fisica ma anche della sua capacità intellettuale²⁵.

Le energie umane non sono dunque cose, perché non hanno senso né rilievo se sono separate dal soggetto che le produce, e nell'atto stesso in cui vengono erogate si consumano e non possono essere restituite. Né gioverebbe obiettare che un tal fenomeno è comune a tutte le energie²⁶ perché negli altri casi è pur sempre possibile distinguere tra il prodotto e la fonte dell'erogazione, mentre l'esplicazione dell'attività lavorativa non è altro che lo stesso comportamento dedotto nel rapporto obbligatorio²⁷.

Comunque si voglia impostare il problema, si giunge sempre ad un dilemma: o si ammette che le energie sono inseparabili dal soggetto che le produce, ed allora parlare di vendita o di locazione significa riferirsi ancora una volta alla persona del prestatore o comunque al suo corpo²⁸; oppure, si attribuisce ad esse rilievo autonomo, ma allora bisogna dimostrare, sul piano del diritto positivo, che esse possono essere considerate come beni, suscettibili di formare oggetto di diritti.

Il primo corno del dilemma trova la sua soluzione in quanto si è già chiarito più sopra; il secondo non può essere risolto, se non sulla base del riferimento

25 Secondo il ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., pag. 222, le energie umane non possono essere isolate e considerate come beni, perché non sono suscettibili di godimento o di disposizione autonoma, indipendentemente dalla cooperazione di un soggetto. Analogamente, il BIONDI, *I beni*, cit., pag. 40, afferma che il lavoro e l'energia umana non sono isolabili dall'uomo che le produce; e il PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, cit., pag. 299, con la consueta incisività, chiarisce che l'attività dell'uomo non ha nessuna autonomia giuridica, «anzi è disciplinata dal diritto come emanazione della personalità umana». In senso conforme: CESSARI, *In tema di struttura del rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pag. 1243 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, pag. 131 ss.; MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano del lavoro*, Firenze, [presumibilmente l'edizione del 1952] pag. 246 ss.; CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, cit., pag. 150 ss.; DURAND, *Traité du droit du travail*, Paris, 1950, II, pag. 225; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 95 ss.; LEGA, *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*, Milano, 1950, pag. 179 ss.; GIUGNI, *Mansioni, qualifiche, categoria nel contratto di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1962, pag. 153. Ma già, in tempi ben più remoti, l'essenza del problema era stata colta dal BARASSI, *Il contratto di lavoro*, ecc., cit., I, pag. 454 ss., e d[al]lo stesso LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, ecc., cit., I, pag. 43.

26 L'obiezione è del SUPPIEJ, *La struttura*, ecc., cit., I, pag. 63 ss.

27 Il MESSINETTI, *Energia*, in *Enc. diritto*, XIV, pag. 868, sostiene che più ancora che di irrilevanza dovrebbe parlarsi di inesistenza delle energie umane come elemento oggettivo, e si richiama all'opinione già espressa dal NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1937, pag. 186, nel senso che il termine oggettivo immediato della tutela giuridica è il risultato dell'esplicazione dell'energia umana e non l'energia in sé.

28 Esattamente, quindi, osserva il MENGONI, *Contratto di lavoro*, cit., pag. 430, che lo sviluppo più coerente della concezione della locazione è quello che conduce inesorabilmente a ravvisare l'oggetto del contratto non tanto nelle energie, quanto nel corpo che le produce.

all'art. 814 c.c. Non sembra dubbio che facendo riferimento alle energie naturali, il legislatore abbia voluto introdurre una limitazione, escludendo recisamente le energie umane²⁹.

E non è difficile cogliere la *ratio* della normativa, sotto due distinti profili: da un lato, si è voluto tener conto della particolare inerenza delle energie umane alla personalità dell'individuo, escludendo quindi, per ciò solo, la possibilità di trattarle alla stregua delle energie naturali; dall'altro si è voluta sottolineare l'impossibilità di operare una distinzione fra l'erogazione di energie e il comportamento dedotto nel rapporto obbligatorio³⁰.

4. L'errore di prospettiva delle tendenze oggettive

Quest'ultima considerazione suggerisce un rilievo in certo modo conclusivo sul punto relativo alle tendenze che abbiamo definito come «oggettivistiche».

In definitiva, alla base delle varie concezioni fin qui criticate, vi è sempre un equivoco di fondo, derivante probabilmente anche dalle incertezze che hanno caratterizzato la costruzione dottrina delle obbligazioni di *facere* e dalla confusione che talvolta si è fatta, a proposito del dibattuto problema dell'oggetto del diritto, tra i diritti reali e i diritti di credito³¹. Se ci si rende conto che l'attività

29 È quanto ritiene ormai la dottrina prevalente. La dimostrazione definitiva è stata fornita dal SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., I, pag. 66 ss., il quale ha chiarito che il diritto positivo ha accolto una nozione di «cosa» diversa, per alcuni aspetti, da quella naturalistica; l'aggiunta dell'aggettivo «naturali» nell'art. 814 non può aver altro significato, secondo l'A., che quello di escludere le energie umane. In senso analogo: MENGONI, *Contratto di lavoro*, cit., pag. 430; ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., pag. 216; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., I, pag. 235 ss.; CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, cit., pag. 24 ss.; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pag. 97; CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959, pag. 88; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, cit., pag. 299. *Contra*: DE MARTINI, *Usufrutto d'azienda*, Milano, 1950, pag. 53.

30 Non ci sembra opportuno insistere ulteriormente sul punto relativo alle concezioni che hanno assimilato il contratto di lavoro alla vendita o alla locazione. Del resto, la prima tesi non è più sostenuta da nessuno, essendo stata in seguito abbandonata dallo stesso A. che per primo l'aveva formulata (Carnelutti); la seconda è stata oggetto di critiche così penetranti ed esaurienti, da parte della migliore dottrina (Santoro Passarelli, Mengoni, Suppiej, Corrado), da rendere veramente frustranea la pretesa di individuare argomenti nuovi.

31 È stato rilevato acutamente dal GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli 1963, pag. 11 ss., che la ricerca dell'oggetto distinto dall'attività trae origine da una malintesa esigenza di simmetria tra le prestazioni di *dare* e quelle di *facere*. E già il MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus* 1952, pag. 184, aveva dimostrato che una dottrina generale dell'oggetto dei diritti non può formularsi, dovendosi tener ferma – anche da questo punto di vista – la distinzione tra diritti reali e diritti di credito; anzi, l'A. affermava vivacemente che il preteso parallelismo con i diritti reali «ha aduggiato ed ancora aduggia le indagini sulla struttura delle obbligazioni».

Va rilevato che buona parte della dottrina più moderna, quando cerca di individuare un oggetto del diritto nel rapporto obbligatorio, lo individua al più, nel risultato perseguito (PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, cit., pagina 296). Ci sembra comunque che abbia ragione il SUPPIEJ,

come comportamento dovuto è sufficiente ad esaurire l'ambito strutturale della prestazione di lavoro³², la ricerca di un dato estrinseco, di un «oggetto» identificabile in una cosa, in un bene, diventa assolutamente vana ed inutile³³.

In sostanza, si finisce per inseguire il miraggio di un oggetto che si ha già di fronte e che non consiste affatto in un dato statico ed autonomo, ma piuttosto nella stessa attività (dinamica) del debitore.

Il punto di riferimento oggettivo del rapporto obbligatorio altro non è che la prestazione, intesa come «comportamento corrispondente al contenuto dell'obbligo»³⁴.

A che giova dunque cercare *su che cosa* cada il diritto del creditore, quasi che si trattasse ancora una volta di un diritto reale e non di un diritto di credito? In realtà, è stato ben osservato che un simile problema neppure si pone, per ciò che attiene alla obbligazione³⁵; e se di questo avvertimento si tenesse il dovuto conto, probabilmente molti degli equivoci che ancora oggi ricorrono a proposito

La struttura del rapporto di lavoro, cit., I, pag. 77, quando osserva che la distinzione fra oggetto dell'obbligazione e oggetto del diritto corrispondente perde valore ove si consideri che la realizzazione dell'interesse del creditore può essere considerata oggetto sia della pretesa del creditore che dell'obbligazione del debitore.

32 In questo senso, esplicitamente il GIUGNI, *op. cit.*, pag. 17.

33 Di quanto asserito, si può trovare agevole riscontro nella posizione di chi, come il MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1947, II, pag. 247, sostiene che l'oggetto dell'obbligazione è, di regola, una cosa; lo stesso A. è poi costretto, infatti, ad ammettere che vi sono obbligazioni «senza cosa» e che oggetto di obbligazione possono essere anche attività umane (energie di lavoro, servizi); il che non giova certo, quanto meno ai fini della chiarezza.

34 Così definisce esattamente la prestazione il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1962, II, pag. 75, chiarendo ulteriormente l'impostazione del Mengoni secondo la quale il contenuto complessivo dell'obbligazione è costituito dagli atti dovuti dal debitore da un lato e dal risultato da realizzare dall'altro[O].

Ogni equivoco può essere eliminato con particolare facilità per quanto riguarda il rapporto di lavoro, nel quale vi è coincidenza tra comportamento solutorio e utilità che esso procura al creditore (SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pag. 1281). È evidente, da questo punto di vista, che l'individuazione dell'oggetto e del risultato del comportamento non ha alcun valore costruttivo ed anzi è sostanzialmente scorretta.

Ci sembra quindi esatta l'osservazione del GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, cit., pag. 7, nota 9, secondo il quale – almeno a proposito del rapporto di lavoro – le espressioni «oggetto» e «contenuto» della obbligazione di lavoro, possono essere usate in senso equivalente e coincidente con quello di «prestazione».

35 Così osserva acutamente il MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, cit., pag. 162, il quale aggiunge che la positiva esclusione dei servizi dalla categoria dei beni oggetto di diritto, definiti dall'art. 810, è un dato definitivo per dimostrare che questa categoria è infruttuosa per la costruzione dell'obbligazione. In senso analogo, sostanzialmente, anche il BIONDI, *I beni*, cit., pag. 17, il quale afferma che è assurdo rintracciare una cosa nelle obbligazioni di fare, nelle quali oggetto della obbligazione è la prestazione, cioè il comportamento del debitore; e così anche l'ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., pag. 176, che considera sufficiente l'affermazione che l'elemento oggettivo del rapporto giuridico è costituito dal dovere di tenere un dato comportamento.

del contenuto dell'obbligazione o del suo oggetto, verrebbero agevolmente eliminati.

Tutto questo è particolarmente evidente per il rapporto di lavoro, nel quale la ricerca della «cosa» che forma oggetto della obbligazione fondamentale è veramente fuor di luogo, poiché tutto si esaurisce nella considerazione che contenuto (o oggetto) dell'obbligazione in esame, è soltanto ed esclusivamente il comportamento del prestatore di lavoro, quale dedotto nel contratto stipulato tra le parti³⁶.

È per questo che non sembra neppure corretto asserire che la considerazione del lavoro come oggetto di scambio comporta necessariamente oggettivare l'energia lavorativa, concepibile come distaccata dal soggetto³⁷. Si tratta di una proposizione che prova troppo e che non tiene conto dei termini reali dello scambio, nel quale il termine di riferimento è costituito da quel comportamento umano che la valutazione normativa distingue formalmente dal soggetto che lo attua, senza alcuna necessità di ricorrere ad un bene estrinseco o comunque ad un preteso diverso oggetto dell'obbligazione.

È proprio sotto questo profilo che ci sembra possibile chiudere definitivamente il discorso relativo alle tendenze criticate nei precedenti paragrafi. Benvero, al di là di ogni considerazione di natura etica e sociale, esse debbono essere respinte soprattutto per la mancanza di qualsiasi corrispondenza al dato normativo; dal quale si evince una struttura del rapporto di lavoro, nella quale è vano cercare elementi estrinseci rispetto al comportamento dedotto in obbligazione, correttamente inteso come contegno dovuto, con quelle qualificazioni e quelle caratteristiche delle quali potrà meglio darsi conto in prosieguo³⁸.

36 Criticando le posizioni del CARNELUTTI e di altri A., osserva esattamente il PUGLIATTI che, una volta inserito il rapporto di lavoro nello schema del *facere*, è vano il tentativo di riduzione ulteriore, per vanificare l'attività trasformandola in possibilità, «poiché il lavoratore coopera per il conseguimento di un fine, il rapporto di lavoro non ha per oggetto né il corpo né l'energia, ma il lavoro stesso come contenuto di una prestazione personale» (*Beni e cose in senso giuridico*, cit., pag. 100; e per altre precisazioni di analoga importanza: *Gli istituti fondamentali del diritto civile*, cit., pag. 299).

37 Questa tesi è stata sostenuta dal CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959, pag. 85, per combattere la riduzione del rapporto di lavoro nello schema dello scambio. Ma una critica assai fine ne è stata fatta dal GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, cit., pag. 12, nota 20. Del resto, uno dei principali sostenitori della tesi dello scambio è il MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., pag. 431 ss. e 497 ss., secondo il quale l'obbligazione di lavoro è una obbligazione di fare, il cui adempimento (comportamento dovuto) è il mezzo di realizzazione dell'interesse del datore. Nella quale impostazione è del tutto evidente l'assenza di qualsiasi riferimento alla traslazione di beni estrinseci rispetto alla prestazione.

Su tutta questa problematica, si vedano comunque le accurate analisi della ASSANTI, *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*, Milano, 1961, pag. 22 ss., e del SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., I, pag. 69 ss.

38 Prescindiamo qui, per ragioni ovvie, dalla discussione sulle obbligazioni di risultato e sulle obbligazioni di mezzi, che, pur interessante in sé, non ha rilievo ai fini della nostra indagine. Ci siamo preoccupati infatti di dimostrare come sia infondato il tentativo di ancorare il

5. Il preteso rapporto di intrinsecità tra persona e prestazione

Notevolmente diversa dalle concezioni fin qui esaminate, è la tendenza a considerare l'implicazione della persona ancora una volta sotto un profilo oggettivo, ma nel senso di una pretesa coincidenza tra persona e prestazione. Dalla premessa che il lavoro è inseparabile dalla persona che lo produce e che la prestazione di attività lavorativa è, per sua natura, infungibile, si fa scaturire la conseguenza di un nesso di intrinsecità o di immanenza, appunto tra la persona del debitore e la prestazione che egli attua³⁹.

Contro questa concezione si è opposto il difetto di qualsiasi valore costruttivo⁴⁰. Ma la critica, su questo piano, è sicuramente infondata, perché appare incontestabile l'idoneità di questo orientamento a costituire la base per soluzioni dogmaticamente corrette di problemi spesso assai controversi⁴¹. Sono invece contestabili le premesse, come abbiamo cercato di dimostrare nella prima parte di questo studio (cap. IV).

Benvero, in tutte le obbligazioni di *facere* sussiste un certo rapporto di connessione tra soggetto e prestazione; ma esso si trasforma in un nesso di intrinsecità solo quando la prestazione possa essere qualificata come infungibile.

Ed è proprio qui che la costruzione rivela la sua trama, se è vero – come riteniamo – che la prestazione di lavoro è infungibile solo in alcune fattispecie determinate⁴², e se la personalità della prestazione deve essere collegata non tan-

contenuto dell'obbligazione di lavoro ad un dato obiettivo, che dovrebbe consistere nella persona del debitore, o nel suo corpo, o nelle sue energie. Il problema dell'interesse perseguito dal creditore e del risultato atteso, che è quello attorno a cui si incentra il cennato dibattito, non ha assolutamente rilevanza a questi fini. Su di esso, da ultimo, si è soffermato con notevole ampiezza, il PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 100 ss., al quale si può rinviare anche per i richiami bibliografici, veramente completi.

39 Questa tesi è sostenuta da vari AA., già richiamati nella nota 1 e seg. del cap. IV (Parte prima) di questo volume. Un completo sviluppo ne è stato fatto soprattutto dal MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 47 ss.

40 La critica è stata formulata dal GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, cit., pag. 13, il quale avverte tuttavia che il «ricorrente motivo» della personalità della prestazione va apprezzato diversamente a second[a] del modo e delle finalità con cui viene proposto (ivi, nota 21).

41 Si veda ad esempio il modo assai interessante con cui il MANCINI, *op. cit.*, pag. 47 ss., si serve di questi orientamenti per risolvere un annoso problema come quello della impossibilità sopravvenuta per cause attinenti alla persona del prestatore.

42 Di grande interesse è l'evoluzione della nozione di infungibilità delle «*operae*» nel diritto romano. Il DE ROBERTIS, *Il rapporto di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, pag. 47, pone in evidenza come nel diritto romano classico le opere si presentassero come una vera e propria categoria di *res*, caratterizzata dalla indivisibilità e dalla infungibilità; ma già nel diritto giustiniano si verificò un ripiegamento su posizioni meno radicali, a riguardo della infungibilità. Nei tempi moderni si è verificato addirittura un rovesciamento delle posizioni originarie: se infatti nelle epoche più remote la fungibilità poteva ammettersi solo a seguito di una particolare

to al contenuto dell'obbligazione, quanto alle modalità di attuazione del comportamento dovuto ed all'interesse del creditore.

In realtà, si è visto che la personalità della prestazione può venir meno ogni volta che manchino le esigenze che la giustificano o comunque il datore di lavoro valuti il proprio interesse al conseguimento del risultato utile in modo tale da determinarlo a consentire alla sostituzione del dipendente⁴³. Un vero rapporto di immanenza tra la persona del soggetto e la prestazione non può dunque dirsi sussistente, almeno sotto il profilo strettamente giuridico. Benvero, la nozione di intrinsecità attiene ad un fenomeno di sostanziale identificazione ed indissolubilità tra due termini di riferimento, nel senso che essi sono talmente coincidenti da non potersi concepire una loro separazione.

Orbene, nella prestazione di lavoro, tale coincidenza può verificarsi o non verificarsi, a seconda della volontà e dell'interesse del creditore. Può dirsi che di norma l'esecuzione deve essere personale; ma nulla vieta che al lavoratore se ne sostituisca un altro, se così ritiene opportuno il datore di lavoro; e nulla vieta che ore di lavoro perdute si recuperino con altri turni di lavoratori, addetti alle stesse mansioni ed alla produzione del medesimo risultato.

Non è dunque possibile elevare a dato costante e giuridicamente certo quello che è soltanto un elemento naturalisticamente ricorrente con frequenza, ma

considerazione delle parti, oggi può dirsi che la volontà di queste ultime può rendere infungibile una prestazione di attività lavorativa, che di per sé non sarebbe dotata di questo connotato.

Sul problema generale della infungibilità della prestazione si è soffermato di recente il VANZETTI, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi alla azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, pag. 540 ss., osservando che si tratta di un concetto assai discusso e tentandone una ricostruzione (v. particolarmente pag. 544 e nota 72). Il VANZETTI sembra includere il contratto di lavoro tra quelli in cui può presumersi che una descrizione materiale della prestazione, in sé considerata, darebbe luogo ad una valutazione sociale di infungibilità (oggettiva); tuttavia, lo stesso A. riconosce che non può attribuirsi rilievo esclusivo alla suddetta valutazione sociale, quando si verta in materia in cui l'interesse del creditore costituisce l'elemento fondamentale della tutela legislativa. Ora, a noi sembra che nel contratto di lavoro non possa presumersi la stipulazione in considerazione della personalità del contraente; l'interesse del creditore costituisce invece un termine di valutazione obiettivo che consente anche di risolvere in concreto il problema della fungibilità o meno della prestazione.

43 Osserva esattamente il WALLMEYER, *Die Kündigung des Arbeitsvertrag aus wichtigen Grund*, cit., pag. 30, che nella progressiva tipizzazione della prestazione di lavoro, il datore può ovviare alle transitorie lesioni di interessi semplicemente incaricando del compito in oggetto un altro prestatore di lavoro.

Da ultimo, il problema è stato esaminato dal CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1966, II. pag. 547 ss., con risultati pressoché analoghi, posto che l'A. evidenzia il crescente diffondersi del fenomeno della uguaglianza fra comportamenti diversi, che richiedono l'impiego di uno stesso periodo di tempo. Vero è che il CORRADO afferma che l'infungibilità del comportamento è «normale, ma non necessaria», nel contratto di lavoro dipendente (ivi, pag. 549); ma le spiegazioni fornite dall'A. convincono che l'affermazione è da collegare piuttosto al fenomeno della personalità della prestazione che non a quello della infungibilità.

non connaturato strettamente col contenuto della obbligazione e con la stessa struttura del rapporto.

Resta dunque soltanto il fatto che il lavoro è inseparabile dall'uomo che lavora e costituisce in certo modo una qualificazione della sua personalità; ma si tratta di una proposizione sostanzialmente diversa⁴⁴ rispetto a quella più sopra esaminata, se non altro per la differenza dell'angolo visuale, nell'un caso del tutto soggettivo e nell'altro, invece, obiettivo.

L'attività lavorativa, considerata astrattamente come espressione dell'individuo e quindi da lui inseparabile, può essere dedotta in un rapporto obbligatorio. Assumendo la veste di comportamento dovuto, essa resta connessa in qualche modo con la persona del soggetto obbligato, ma con modalità sostanzialmente diverse rispetto a quel rapporto di intrinsecità ed immanenza, in cui si vorrebbe individuare l'essenza del fenomeno della implicazione.

6. Implicazione e subordinazione

Assai diffusa è la convinzione che di implicazione della persona del prestatore si debba parlare in relazione alla particolare situazione di *dipendenza* in cui quest'ultimo viene a trovarsi nel rapporto di lavoro. Le posizioni assunte dalla dottrina sono assai varie, pur ricollegandosi sostanzialmente tutte alla subordinazione: dalla posizione estrema di chi ravvisa in questa un vincolo personale di assoggettamento⁴⁵, si giunge fino a quella di chi ritiene che la subordinazione altro non sia che una modalità tipica della prestazione di lavoro, priva di qualsiasi connotato personale.

L'argomento è di tale importanza che ad esso bisognerà dedicare una specifica indagine.

Ci limiteremo quindi, per ora, ad alcuni rilievi preliminari, per osservare intanto che un certo grado di implicazione della persona del debitore si verifica in tutti i rapporti obbligatori in cui sia dedotta in obbligazione una attività

44 Ne è prova il modo con cui buona parte della dottrina tedesca e della stessa dottrina italiana giungono a questa affermazione, senza per nulla presupporre un rapporto di intrinsecità tra prestazione e persona ed anzi traendone poi conseguenze del tutto diverse. Particolarmente significativa, a questo riguardo, la posizione del SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrecht*, Jena, 1927, pag. 7 ss. e del VAN GOETHEM, *Limiti della libertà contrattuale nella disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1950, I, p. 269; e, da noi, del SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, cit., pag. 1071.

45 Questa concezione, prevalente nella dottrina tedesca e sotto certi aspetti anche in quella francese, è invece scarsamente accolta dalla dottrina italiana, più restia ad ammettere la possibilità di rapporti di signoria nell'ambito del diritto privato.

In Italia si è più inclini verso concezioni «miste», tendenti cioè a cogliere nella subordinazione – nello stesso tempo – aspetti patrimoniali ed aspetti personali. Non manca però chi sostiene che si tratta di termini del tutto inconciliabili fra loro. Ma sul punto torneremo, più diffusamente, nel capitolo specificamente dedicato alla subordinazione.

umana⁴⁶; l'obbligato è infatti soggetto comunque ad una certa restrizione della propria libertà, mentre il fatto che nella prestazione venga – più o meno direttamente – coinvolta la sua stessa persona, lo espone a rischi del tutto particolari.

Nel rapporto di lavoro, sia la restrizione della libertà che i pericoli derivanti dal contatto con la controparte, assumono una peculiare intensità, per lo stesso fatto che la prestazione deve svolgersi sotto le direttive e sotto il costante controllo della controparte. Non sembra tuttavia che ciò possa bastare a differenziare il rapporto di lavoro da tutti gli altri rapporti del tipo più sopra indicato, se non appunto sul piano di una maggiore incidenza dei vincoli e dei pericoli sulla sfera personale del prestatore.

Ma occorre dire qualcosa di più e cioè che la visione globale del rapporto di lavoro e della stessa posizione personale del lavoratore, sfugge a chi concentra la propria attenzione esclusivamente sul lato passivo di quest'ultima. Si tratta di un difetto di prospettiva riscontrabile in gran parte d[e]lla dottrina italiana, come è stato pure di recente rilevato⁴⁷; ed è proprio a questa limitatezza dell'angolo visuale che vanno attribuite le perduranti difficoltà di corretta costruzione della posizione personale del prestatore e, in definitiva, dello stesso rapporto di lavoro.

Sembra quindi necessario sottolineare fin d'ora la necessità di rivalutare il lato attivo della posizione del prestatore di lavoro, per giungere poi – attraverso una smitizzazione della tanto contrastata, dibattuta e sopravvalutata subordinazione – ad una ricostruzione complessiva del fenomeno della implicazione e delle sue incidenze sul piano giuridico.

46 Osserva il DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, pag. 181 ss., che i diritti di credito o di obbligazione, più che colpire le cose, colpiscono in certo modo lo stesso obbligato, la cui libertà subisce restrizioni e la cui persona viene ad essere sostanzialmente «engagée». A conclusioni analoghe giunge anche il MAVRIDIS, *Eingliederungstheorie, Vertragstheorie und Gemeinschaftsverhältnis*, in *Recht der Arbeit*, 1956, pag. 444 ss., il quale sostiene addirittura che perfino i rapporti giuridici personalistici presentano solo una differenza di grado e non di natura rispetto agli altri rapporti giuridici. Questa impostazione ci sembra francamente eccessiva, anche se riusciamo agevolmente a comprendere l'intento dell'A., che cerca di reagire contro la tendenza della dottrina tedesca a ricondurre troppe fattispecie nell'ambito dei rapporti personali. Ma il fatto è che tra questi ultimi e quelli patrimoniali vi sono delle effettive differenze di struttura. Esatto è invece che tra il rapporto di lavoro e gli altri rapporti obbligatori c'è solo una differenza di grado, di intensità di collegamento della personalità del debitore al rapporto nel suo complesso (ivi, pag. 446).

47 Il rilievo è stato formulato, da ultimo, dal PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 28, secondo il quale l'errore di prospettiva consiste nell'individuare il rilievo della persona umana del lavoratore con esclusivo riguardo alla posizione passiva che esso assume nell'organizzazione di lavoro. Bisogna tuttavia osservare che anche questo A. riesce solo in parte a superare i difetti della dottrina più tradizionale: la considerazione della posizione attiva del prestatore è infatti, ancora troppo angusta, anche se è innegabile il progresso rispetto alle concezioni prevalenti.

7. Le tendenze «soggettivistiche»

Si giunge così all'ultima tendenza, a quella cioè che mira a sottolineare soprattutto il lato attivo della posizione del prestatore, in questo ravvisando l'essenza del fenomeno della implicazione.

Le dottrine filosofiche e sociologiche riconoscono da tempo che il lavoro non è la finalità dell'uomo, ma lo strumento attraverso il quale egli persegue alcuni suoi interessi fondamentali: a realizzare un guadagno sufficiente per vivere, ed a raggiungere una conveniente e dignitosa posizione nella società⁴⁸.

Si è così posto l'accento in modo particolare sull'elemento soggettivo, piuttosto che su quello oggettivo, rilevando che più ancora che il fenomeno lavoro conta il fatto che attraverso di esso l'uomo cerca di realizzare se stesso, restando quindi influenzato dall'attività lavorativa in ogni aspetto della propria vita e della propria personalità⁴⁹. Nello stesso tempo, si è riconosciuto che la distinzione tra il lavoro e l'uomo che presta la sua attività è di natura puramente formale ed astratta: in realtà, il lavoro è così indissolubilmente legato alla persona come manifestazione tipica delle sue esigenze e della sua stessa personalità da potersi ben dire che non esiste tanto il lavoro quanto gli uomini che lavorano⁵⁰.

48 Questi aspetti sono posti in evidenza, con particolare efficacia, dal BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, Bologna, 1951, pag. 258 ss., che considera il lavoro come un fatto eminentemente spirituale, che implica anche una scelta di valori ed un'esigenza di perfezionamento; si tratta quindi – secondo l'A. – di una tipica manifestazione della personalità, nel quadro della libertà. Di notevole importanza anche le considerazioni del SAPORI, *Il pensiero sul lavoro umano attraverso i secoli*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, 1, 267 ss. Ma già, su un piano più strettamente giuridico: SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 17, 61, 96 ss.; LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1953, pag. 323; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958, pag. 59 ss.

49 Questo aspetto fu già colto da due giuristi di diversissima formazione, il RICHTER e il BARASSI. Il primo (*Arbeitsrecht als Rechtsbegriff*, Leipzig, 1923, pag. 10 ss.) rilevava come l'uomo sia attratto nel fenomeno del lavoro con tutta la sua personalità, sul piano materiale e sul piano spirituale e come perfino la mancanza di prestazioni lavorative finisca per incidere in senso negativo sulla personalità. Il secondo (*Il contratto di lavoro*, cit., I, pag. 468) considerava il lavoro nel quadro del diritto di ogni uomo a sviluppare la propria personalità e ad esercitare tutte le proprie facoltà.

50 Due nostri civilisti, fra i più autorevoli, hanno ripetutamente portato la propria attenzione su questi lati eminentemente attivi del fenomeno lavoro. Già il SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, II, pag. 1071 ss., chiari che il contratto di lavoro riguarda l'aver per l'imprenditore, mentre per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, «il bene che è condizione dell'aver e di ogni altro bene». Il MENGONI, a sua volta (*Lo sviluppo del diritto del lavoro fattore essenziale del progresso sociale*, in *I nuovi termini della questione sociale e l'Enciclica Mater et Magistra*, Milano, 1962, pag. 36) precisa che «in realtà non esiste il lavoro, ma esistono gli uomini che lavorano». Nel successivo volume *Il contratto di lavoro nel diritto italiano - vol. CECA*, cit., pag. 419, il Mengoni precisa ulteriormente questi concetti, ma poi contrappone le due idee antitetiche che convergono nella disciplina del lavoro, in termini che non ci persuadono.

Dice infatti l'A. che da un lato c'è l'idea classica del lavoro oggettivamente considerato come merce di scambio; dall'altro c'è l'idea del lavoro come manifestazione della personalità del

Queste considerazioni, validissime sul piano filosofico e sociologico e gradualmente acquisite sul piano dell'esperienza giuridica, hanno trovato riscontro, nei tempi moderni, nella stessa normativa e quindi hanno acquistato un saliente rilievo anche sul piano del diritto positivo. Già il codice civile del 1942 aveva prescelto, per le proprie definizioni, il punto di vista soggettivo, inquadrato, con l'articolo 2094, la figura del prestatore di lavoro subordinato⁵¹. Ma poi la Costituzione del 1948 ha dato ulteriore fondamento, sul piano normativo, alla concezione più strettamente soggettivistica; e ciò non solo con le disposizioni di principio, come quelle contenute negli art. 1, 2, 3, 4, 35, 46, ma anche con disposizioni più specifiche e destinate ad operare immediatamente anche sui rapporti intersubiettivi, come quelle contenute negli art. 36 e 37, tanto per procedere in via puramente esemplificativa. Risulta da questo complesso di norme che il nostro ordinamento considera il lavoro non solo come essenziale risorsa vitale dei soggetti, ma anche come strumento di elevazione economica e sociale e come espressione fondamentale della personalità dell'individuo⁵².

Si giunge così, sul terreno giuridico, al culmine di due processi storici ugualmente importanti: quello più generale, che da una concezione puramente individualistica ha condotto ad una concezione «personalistica», cogliendosi il valore primario della persona, nella sua essenza e soprattutto nei suoi rapporti con la vita sociale⁵³; e quello più particolare, che è stato indicato come fenomeno

lavoro, «e quindi come contenuto di *un vincolo personale di collaborazione* da uomo a uomo». Non riusciamo a vedere perché il lavoro debba risolversi in un vincolo personale di collaborazione, solo perché esso costituisce una manifestazione della personalità dell'individuo; con ogni probabilità, invece, si tratta ancora di due espressioni antitetice, perché è proprio questa natura «personale» del lavoro a determinare la resistenza contro ogni vincolo che non sia di natura puramente obbligatoria.

- 51 Il processo di trasformazione del diritto positivo, nel senso di una rivalutazione della personalità del lavoro è molto ben descritto dal MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., pag. 419. Ma v. anche il CESSARI, *In tema di struttura del contratto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pag. 1262, che sottolinea che il nuovo codice ha concepito la figura dell'uomo che lavora, non la figura del lavoro distaccato dal soggetto.
- 52 Sul modo con cui il lavoro è considerato nella Costituzione, v. già il nostro *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958, pag. 45 ss. (ed *ivi*, richiami all'ampia letteratura sull'argomento). Più di recente, v. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 28 ss.; MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966, pag. 83 ss.
- 53 Il fenomeno è di carattere generale ed è stato esattamente analizzato dal SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Paris, 1959, II, pag. 79 ss., sulla base di un accurato confronto tra i Codici moderni ed i Codici ottocenteschi. Il SAVATIER accusa i giuristi (e particolarmente i civilisti) di non aver sempre assolto alla propria funzione di custodi naturali degli attributi della persona e di essere quindi rimasti talvolta in ritardo nel cogliere i nuovi processi di valorizzazione della persona. La critica tende, nell'epoca più recente, ad apparire meno fondata, perché c'è un notevole risveglio negli studi relativi alla persona ed al suo valore giuridico. Importanti rilievi, da noi, si colgono in: BATTAGLIA, *Il diritto nel sistema dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pag. 465; PIGLIARU, *Persona umana e ordinamento giuridico*, Milano, 1959, pag. 145; CASTIGLIONE-HUMANI, *Contributo allo studio giuridico della persona*, Roma, 1944, pag. 85 ss.; MAGNI, *Il soggetto nel diritto*, in *Studi in onore di V. Del Giudice*, II, pag. 33 ss.;

di *soggettivazione del lavoro*⁵⁴. Due processi solo apparentemente distinti, ma in definitiva coincidenti sia nella *ratio* che nelle finalità che l'ordinamento intende perseguire.

Solo in questo quadro si possono comprendere appieno le ragioni per cui – oltre alle fondamentali disposizioni di principio – si sono inclusi nella Costituzione precetti che di solito trovano la loro collocazione nell'ambito di leggi ordinarie e la cui evidente funzione è quella di apprestare una specifica garanzia di pieno sviluppo della persona e di completa tutela di essa, nelle formazioni sociali e nei concreti rapporti in cui si trova ad operare.

E se il processo non può dirsi ancora compiuto (si pensi alla mancata attuazione dell'art. 46 e dell'art. 4 della Costituzione), ciò non cambia la sostanza delle cose; perché perfino là dove ci si è limitati ad esporre un programma, il principio affermato ha assunto un'importanza di grande rilievo, come criterio di valutazione degli atti di tutti i soggetti, pubblici e privati e come espressione delle basi – non solo etiche – ma anche giuridiche, su cui si fonda l'ordinamento del nostro Paese.

Ciò che ancora manca è, probabilmente, un'elaborazione organica e sistematica de[i] nuovi principi, da parte della dottrina e della giurisprudenza; ma una certa lentezza può anche essere comprensibile, non solo per il crescente dinamismo dei fenomeni sociali, ma anche per le caratteristiche tendenzialmente conservatrici della scienza giuridica, che spesso si trova in difficoltà di fronte

PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, pag. 107; e con particolare riferimento alle concezioni cui si ispira la nuova Carta Costituzionale: AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano, 1948, pag. 42 ss.; MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966, pag. 273; CICALA, *Diritto sociale e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1965, pag. 128. Sul particolare aspetto dei rapporti tra la persona e i gruppi sociali, è di fondamentale importanza la serie di studi del RESCIGNO, ora raccolti nel volume *Persona e comunità*, Bologna, 1967. Su questa problematica si vedano le ulteriori considerazioni svolte nel par. 1, sez. I cap. V.

54 Questo processo è stato colto da vari Autori, sia pure in forma varia e con effetti diversi. Ne parlò già il PUGLIATTI nella sua notissima relazione al Congresso di Taormina (*Proprietà e lavoro nell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, pag. 148); il tema fu poi ripreso anche dall'ORLANDO CASCIO, *Il lavoro nei contratti agrari atipici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pag. 90, che ritenne di ravvisare anche un accostamento tra i diritti del lavoratore e i diritti della personalità; in seguito, lo SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, pag. 83 ss., ha chiarito che il criterio di rilevazione dell'autonomia del diritto del lavoro è costituito più dal fatto soggettivo (persona del lavoratore) che non da quello oggettivo; ed ha conseguentemente affermato che solo la tendenza soggettivistica è in grado di porre nella giusta evidenza la specialità del diritto del lavoro.

In definitiva, sono su questa linea anche gli studi più recenti, già ricordati, del MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., pag. 418 ss., che ravvisa la base del moderno diritto del lavoro sul principio di personalità del lavoro, e del PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., che sottolinea il valore primario della persona nel nostro ordinamento (pag. 100) e collega l'interesse alla retribuzione alle esigenze fondamentali e vitali del prestatore (pag. 63 ss.). Ma v. anche: NATOLI, *Limiti costituzionali ecc.*, cit., pag. 116.

all'esigenza di operare la saldatura tra sistemi ispirati a principi radicalmente diversi⁵⁵.

Bisogna tuttavia riconoscere che, in questi ultimi anni, si è fatto assai più evidente lo sforzo di rimediazione e di nuova sistemazione delle principali figure ed istituti del diritto del lavoro, in un quadro generale di superamento delle concezioni più strettamente legate alla tradizione.

8. Piano dell'indagine successiva

Si è così esaurito il quadro generale dei vari significati con cui solitamente viene usata l'espressione «implicazione della persona».

I rapidi accenni già formulati consentono ora di delineare il piano della indagine successiva.

Rinunceremo senz'altro ad ogni ulteriore esame delle tendenze più spiccatamente «oggettive», alle quali si è negato ogni valore costruttivo e la cui infondatezza, soprattutto sul piano del diritto positivo, ci sembra essere stata dimostrata in modo definitivo dalla dottrina migliore e più moderna.

Le altre tendenze sono invece meritevoli di più approfondita considerazione. E ciò vale anche per quelle già poste in discussione, ma che tuttavia presentano un peculiare interesse – quanto meno sul piano negativo – al fine di delimitare concretamente il fenomeno e di individuarne le effettive conseguenze.

Per iniziare dal primo aspetto, si è visto come in linea di principio si debba escludere l'esistenza di un rapporto di immanenza tra persona e prestazione; ma poiché proprio questo rapporto viene abitualmente invocato per risolvere due delicati problemi del diritto del lavoro (la stipulazione del contratto del minore di anni diciotto e l'impossibilità sopravvenuta per cause inerenti alla persona del prestatore), affronteremo senz'altro le particolari questioni che nel loro ambito si prospettano, non solo con la finalità di verificare ulteriormente le conclusioni cui siamo pervenuti in tema di personalità della prestazione, ma anche con lo scopo di individuare in modo concreto i limiti di effettiva rilevanza giuridica del fenomeno della implicazione.

In secondo luogo, gli accenni già fatti al rapporto, ravvisato dalla dottrina predominante, tra subordinazione e implicazione, hanno evidenziato l'esigenza di stabilire quale sia il margine di incidenza, sulla persona del prestatore, delle modalità specifiche di svolgimento della prestazione. Si tratta, in sostanza, di individuare il contenuto reale della subordinazione ed i limiti della stessa, nonché di verificare se aspetti personali si possano cogliere o meno in obblighi

55 Del resto, non si tratta di una particolarità della dottrina lavorista. Molto acutamente, fenomeni analoghi sono stati evidenziati – con riferimento all'intera dottrina civilistica – dal NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. Diritto*, XII, pag. 919, il quale ha segnalato i ritardi della scienza giuridica, ma nel contempo ha rilevato la tendenza verso una nuova visione della realtà giuridica e verso una più consapevole concezione della giurisprudenza come scienza pratica.

caratteristici del prestatore di lavoro, tra i quali emerge quello di fedeltà. Infine, e sempre per completare l'indagine sul lato passivo della posizione del lavoratore, è opportuno cercare di stabilire se questa possa essere correttamente inserita nella nozione di *status*. In terzo luogo, si tratta di condurre un'indagine particolarmente penetrante sulle modalità e sul contenuto della reazione del sistema positivo al dato dell'implicazione della persona.

L'analisi dei fondamenti essenziali del sistema protettivo e delle trasformazioni che stanno subendo alcune situazioni soggettive del prestatore di lavoro, costituirà la premessa per la concreta individuazione delle tendenze che abbiamo definito come «soggettivistiche», la cui rilevanza cercheremo poi di cogliere anche sul piano della interpretazione della legge e del contratto.

Capitolo II.

Implicazione della persona e stipulazione del contratto di lavoro del minore di diciotto anni

Sommario: 1. Tendenze dottrinarie che negano la sostituibilità del minore da parte del rappresentante legale. – 2. Infondatezza, sul piano normativo, di queste opinioni. – 3. Ampiezza ed elasticità dei poteri del rappresentante legale, anche in riferimento al contratto di lavoro. – 4. La prestazione del minore come pretesa «condizione sospensiva» del negozio.

1. Tendenze dottrinarie che negano la sostituibilità del minore da parte del rappresentante legale

Il fenomeno della implicazione della persona nel rapporto è stato frequentemente richiamato a proposito della stipulazione del contratto di lavoro del minore di diciotto anni. Se infatti, nessuna questione sorge per l'ultra diciottenne – stante il chiaro disposto dell'art. 3 c.c.¹ – si è discusso e si discute circa la stipulazione del contratto per il minore che abbia già compiuto l'età minima richiesta per prestare lavoro, ma non abbia ancora conseguito la piena capacità ai sensi della norma surrichiamata.

La soluzione più diretta ed immediata sarebbe quella di riconoscere che il contratto è stipulato a mezzo del rappresentante legale (genitore o tutore). Ma una parte della dottrina, sia pure con argomenti diversi, nega la possibilità della rappresentanza e richiede comunque l'intervento del minore per la stipulazione del contratto².

-
- 1 Sulla portata dell'art. 3 c.c. e sui molteplici problemi relativi alla capacità di lavoro, vi è un'abbondante letteratura, che peraltro interessa solo marginalmente il problema di cui ci occupiamo. Rinviamo dunque, per un completo esame delle varie questioni e per la bibliografia, all'ampio studio del SUPPIEJ, *Capacità giuridica di lavoro e capacità naturale di lavoro*, in *Riv. dir. internaz. e comparato del lavoro*, 1961, pag. 237 ss. Da ultimo, v.: CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1966, II, pag. 486 (con ampia bibliografia).
 - 2 Ricorre prevalentemente all'istituto dell'assistenza la dottrina francese; per la quale, v.: PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 6^a ed., Paris, 1931-33, pag. 633; DURAND, *Traité de droit du travail*, I, Paris, 1950, pag. 319; RIVERO et SAVATIER, *Droit du travail*, Paris, 1956, pag. 317; DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Paris, 1960, pag. 237; CAMERLYNCK, *Il contratto di lavoro nel diritto francese*, in [Aa.Vv.] *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Milano, 1966, pag. 350 [d'ora in poi, nel testo citato da C.S. come *Vol. Ceca*].

L'obbligazione di lavoro – si sostiene – è tale da non potersi attuare senza un atto di disposizione del corpo e di limitazione della libertà personale; e questi poteri non rientrano tra quelli che si riconoscono a favore del rappresentante legale³.

Altri richiamano più genericamente la necessaria personalità della prestazione, assumendo quindi che solo colui che è tenuto ad eseguirla può essere legittimato ad assumere la relativa obbligazione⁴.

D'altronde – si aggiunge – non mancano nel nostro sistema alcuni indici di riferimento oltremodo significativi; indici che il Barassi individua particolarmente nel disposto dell'art. 165 c.c.⁵ mentre altri Autori individuano soprattutto in alcune disposizioni del Codice della navigazione (art. 324, comma 1, art. 901, comma 1).

Da queste premesse, si fanno scaturire diverse conseguenze, alle quali peraltro può riconoscersi il comune denominatore della necessità di personale intervento del minore alla stipulazione del contratto.

Secondo una prima opinione, la rappresentanza degrada in assistenza⁶; secondo un'altra tendenza, il contratto è stipulato dal minore, ma previa autorizzazione del genitore o del tutore⁷; secondo un'ulteriore opinione, non si ha assistenza, né rappresentanza, ancorché alla stipulazione debbano intervenire sia

Su posizioni abbastanza simili, per il diritto tedesco: BOLDT, *Il contratto di lavoro nel diritto tedesco*, vol. cit., pag. 247. Si ricorre invece all'istituto dell'autorizzazione da parte del legale rappresentante, nel diritto belga (HORION, *Il contratto di lavoro nel diritto belga*, vol. cit., pag. 176) e nel diritto olandese (LEVENBACH, *Il contratto di lavoro nel diritto olandese*, vol. cit., pag. 616). In senso nettamente contrario sembra orientata la dottrina lussemburghese; per la quale, v.: KAISER, *Il contratto di lavoro nel diritto lussemburghese*, vol. cit., pag. 527 [il vol. cit. a cui si riferisce C.S. è chiaramente AA.VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*].

3 Già sotto il vecchio codice si fecero sostenitori di questa tesi il GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 179 ss., il BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano positivo*, Milano, 1917, II, pag. 6 ss.

Sulla particolare posizione dell'Alati e del Carnelutti ci soffermeremo più oltre.

4 In questo senso: MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano del lavoro*, Firenze, 1952, pag. 256; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, 10^a ed., Padova, 1967, pag. 149-150; PERA, *La capacità processuale del lavoratore minorenne*, in *Foro it.*, 1955, 1, pag. 1787; SINAGRA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Palermo, 1955, pag. 347 ss.; DE LITALA, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1949, pag. 165 ss.; TORRENTE, *I rapporti di lavoro*, Milano, 1966, pag. 255; PALERMO, *Manuale di diritto del lavoro e della sicurezza sociale*, Milano, 1957, I, pag. 30.

5 A dire il vero, la posizione assunta dal BARASSI nel più recente trattato *Il diritto del lavoro* (Milano, 1949, II, pag. 66 ss.) appare estremamente perplessa. L'A. mantiene ferma l'opinione espressa nel suo antico volume, ma riconosce che manca un sicuro indice legislativo, accenna a gravi perplessità e finisce per richiamarsi alla «logica del buon senso», per un'applicazione estensiva dell'art. 165 c.c. e delle norme del Codice della navigazione.

6 Questa è l'opinione prevalente, nell'ambito delle tendenze di cui ci occupiamo nel testo. In questo senso, particolarmente: MAZZONI, PERA, RIVA SANSEVERINO, BARASSI, GRECO, PROSPERETTI (tutti in *loc. cit.* nelle note che precedono).

7 In questo senso si esprime particolarmente il TORRENTE, *loc. cit.* in nota 4.

il legale rappresentante sia il minore (teoria della legittimazione)⁸. Vi è infine chi ha sostenuto che il minore di diciotto anni abilitato all'esercizio di una attività lavorativa dovrebbe considerarsi come emancipato⁹.

Un esame di queste costruzioni e del loro fondamento gioverà a stabilire se, almeno sotto questo profilo, l'implicazione della persona sia realmente così rilevante sul piano giuridico da incidere perfino su alcuni istituti fondamentali, oppure se essa funzioni soltanto come presupposto di mero fatto.

2. Infondatezza, sul piano normativo, di queste opinioni

Il diritto positivo non fornisce indici sicuri a sostegno di alcuna delle cennate teorie.

Le norme che solitamente vengono richiamate sono assolutamente inestensibili alla fattispecie di cui ci occupiamo, in considerazione della loro specifica destinazione a disciplinare situazioni del tutto particolari.

Benvero, l'art. 165 c.c., relativo alla capacità del minore di stipulare il contratto di matrimonio, richiede espressamente l'assistenza del genitore, del tutore, del curatore. Si tratta di una disposizione strettamente inerente alla natura del contratto di matrimonio e degli aspetti patrimoniali di esso. È assolutamente evidente la particolarità e l'eccezionalità di una siffatta disposizione, che non può sicuramente estendere i propri effetti oltre l'ambito che è destinata a regolare; e ciò a maggior ragione per il fatto che il codice civile già regola – con l'art. 3 – la capacità del minore in materia di lavoro, non consentendo pertanto applicazioni estensive o analogiche di altre norme¹⁰.

Quanto al Codice della navigazione, appare evidente che la disciplina prevista in materia di capacità trova il suo fondamento non solo e non tanto nella personalità della prestazione quanto e soprattutto nelle particolari condizioni, anche ambientali, in cui la prestazione dovrà svolgersi¹¹.

8 È la tesi del CARNELUTTI, *Legittimazione del contratto di lavoro*, in *Foro it.*, 1938, IV, pag. 87 ss., di cui ci occuperemo più oltre.

9 Questa tesi è stata ampiamente svolta dall'ALATI, *Capacità negoziale e processuale del lavoratore minorenni*, in *Riv. dir. lav.*, 1948, 1, pag. 123 ss.
In certo modo, ad essa si avvicina il LEVI SANDRI, *Osservazioni sulla capacità d'agire del minore degli anni diciotto*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, pag. 109; ed anche in *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 1962, pag. 132.

10 All'art. 165 c.c. si è richiamato particolarmente, come si è già detto, il BARASSI, *loc. cit.*; ma la tesi è stata ampiamente confutata di recente dal CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1966, II, pag. 495, il quale osserva giustamente che manca ogni base per l'estensione analogica dell'art. 165 al contratto di lavoro «perché il primo implica una deroga al regime dei contratti patrimoniali per la dichiarata connessione col contratto di matrimonio».

11 Sulla particolare disciplina della capacità nel contratto di lavoro della navigazione e sul suo fondamento: MINERVINI, *Il lavoro nautico*, Bari, 1961, pag. 50 ss.; DOMINEDÒ, *Principi di diritto della navigazione*, Padova, 1957, I, pag. 250 ss.; TORRENTE, *L'impresa e il lavoro nella navigazione*,

Del resto, appare scorretto, sul piano rigorosamente metodologico, estrarre principi generali da una disciplina peculiare, destinata a regolare situazioni dotate di loro particolari caratteristiche.

Se si considera che qualche disposizione particolare in materia di capacità è contenuta nella legge sul lavoro domestico¹² e nella legislazione inerente agli addetti alla mondatura del riso¹³, dovrà concludersi che ogni volta che il legislatore si è trovato di fronte a situazioni dotate di particolari caratteristiche le ha specificamente regolate. Quando invece ciò non ha fatto, non può operarsi in altro modo che facendo riferimento ai principi generali.

Ed è proprio in base a questi che si possono eliminare abbastanza rapidamente alcune tesi, che pur dotate di acutezza, non trovano obiettivo fondamento nel sistema. Ciò deve dirsi anzitutto per la costruzione del Carnelutti, imperniata su due presupposti altrettanto inaccettabili; la tesi ben nota, inerente alla natura reale e assoluta del diritto sul proprio corpo e sul corpo altrui; e quella relativa alla sussistenza di due distinti requisiti interni soggettivi di ogni negozio giuridico, la capacità e la legittimazione¹⁴.

A prescindere dal primo aspetto, che ha formato oggetto di specifica indagine in altra sede, occorre rilevare – per quanto riguarda il secondo – che la nozione di legittimazione, ben nota nel diritto processuale, è stata attratta, da una parte dalla dottrina recente¹⁵ nell'ambito dei requisiti soggettivi del negozio, del quale sarebbe addirittura un presupposto soggettivo-oggettivo.

Ma si deve riconoscere che la legittimazione a contrarre ha suscitato non poche perplessità nella maggioranza della dottrina, la quale ha rilevato da un lato l'inutilità di introdurre questo ulteriore requisito, dall'altro la difficoltà di

Milano, 1964, pag. 52; LEFEBVRE D'OVIDIO-PESCATORE, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 1964, pag. 269.

12 L'art. 4 della legge 2 aprile 1958 n. 339 sul lavoro domestico dispone che il datore di lavoro che intende assumere un lavoratore minorenne deve farsi rilasciare da chi esercita la patria potestà una dichiarazione scritta di consenso alla convivenza presso la famiglia del datore. È chiaro peraltro che il precetto non attiene tanto al problema della capacità negoziale del minore, quanto al fatto che la necessaria convivenza di quest'ultimo presso la famiglia del datore rende necessaria l'adozione di particolari cautele.

13 L'art. 7 della legge 16 giugno 1907 n. 337 e l'art. 88, T.U. leggi sanitarie 1 agosto 1907 n. 636 anticipavano a quindici anni la piena capacità di agire per gli addetti alla mondatura del riso. Di queste disposizioni non vi è traccia nel successivo T.U. 27 luglio 1934 n. 1265; il che, peraltro, non comporterebbe – secondo alcuni AA. – abrogazione delle norme precedenti. Sul punto v.: CORRADO, *Trattato*, cit., II, pag. 491.

14 La tesi del CARNELUTTI è esposta nello studio già citato in nota 8; l'A. peraltro nega anche la concepibilità della assistenza, in quanto il minore resterebbe pur sempre semincapace.

15 In particolare: CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, 1, pag. 365 ss.; ID., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pag. 318; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, pag. 149 ss.; AULETTA, *Istituzioni di diritto privato*, Catania, 1946, pag. 140; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., pag. 623 ss.

ricondurre a questa figura ipotesi molto diverse e non legate da alcun vincolo di omogeneità¹⁶.

Invero, se con la nozione di legittimazione si intende riferirsi – più che alla capacità – al potere di agire, si coglie un frammento di verità, nel senso che appare intuitivo che per disporre di un diritto bisogna esserne titolari. Ma appunto per l'intuitività del concetto, esso ha scarso valore costruttivo, perché in definitiva nulla aggiunge alla nozione di autonomia negoziale.

D'altronde, si tratta di una figura che potrebbe essere al più utilizzabile nei casi che qualche Autore (ad es. Scognamiglio) ha definito come ipotesi di legittimazione «eccezionale», cioè quelli in cui non è legittimato ad agire un soggetto che invece dovrebbe esserlo, oppure è legittimato ad agire un soggetto che non ha la necessaria titolarità.

Ma tutte queste ipotesi sono agevolmente riconducibili o nell'ambito dei limiti al potere di disposizione, oppure all'incapacità, oppure ancora alla incompatibilità.

In sostanza, è impossibile riconoscere un fondamento unitario, sul piano normativo, alla legittimazione in senso generale, la quale invece attiene ad ipotesi diverse e tutte già inquadrate in una specifica disciplina. Talché la nozione di legittimazione nulla aggiunge di concreto alla esperienza giuridica e non reca alcun valido contributo alla conoscenza di fenomeni di particolare delicatezza. Al massimo, potrebbe riconoscersi un qualche valore a questa figura ove la si limitasse ai casi in cui è normativamente previsto il difetto della cosiddetta legittimazione a contrarre (vendita, cessione di credito, donazione; v. artt. 1471, 1261 e 774 c.c.). Ma allora essa non avrebbe alcuna utilità generale, né potrebbe servire per la soluzione del problema di cui ci stiamo occupando¹⁷. Il che può

16 La nozione di legittimazione ha ricevuto critiche penetranti soprattutto da parte dello SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1961, pag. 27 ss., il quale conclude la sua indagine rilevando che un problema centrale, in tema di autonomia contrattuale, è quello della competenza degli stipulanti a regolare gli interessi che costituiscono oggetto del contratto; ma il problema viene risolto di volta in volta dall'ordinamento, con disposizioni specifiche, in relazione alla particolare natura dei conflitti che possono determinarsi.

Altre critiche sono state formulate dal MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, pag. 55, il quale ravvisa nel concetto di legittimazione un'importanza solo negativa, sul piano costruttivo, nel senso che esso sottolinea soltanto la differenza rispetto alla nozione d'incapacità e conseguentemente la differenza tra difetto di legittimazione e difetto della capacità di agire; ma anche questo dato della nozione, è invocabile – per Messineo – solo a proposito di alcuni particolari contratti, per i quali esiste una specifica normativa inerente al difetto di legittimazione.

17 Significativa, a questo riguardo, è la posizione del BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., I, pag. 160, secondo il quale la differenza tra legittimazione e capacità va colta nel senso che quest'ultima significa proporzione di idoneità del soggetto a un tipo di atto, misurato alla stregua del grado generale di sviluppo psichico raggiunto, mentre la prima consiste nella proporzione di idoneità ad un singolo atto, misurato alla stregua di circostanze particolari del caso, diverse da caso a caso. Accettando questa tesi, la legittimazione non potrebbe invocarsi a proposito della stipulazione del contratto di lavoro del minore. Infatti, qui entra in gioco

dirsi confermato dal fatto che la tesi del Carnelutti, a proposito del contratto di lavoro del minore di diciotto anni, non ha avuto alcun seguito; ed anzi, alcuni Autori, come il Santoro Passarelli¹⁸, hanno fatto rilevare esattamente che, almeno sotto questo profilo particolare, la distinzione tra legittimazione e capacità è puramente verbale e non reca alcun serio contributo dogmatico.

Ma l'infondatezza più totale va dedotta anche per la tesi che sostiene l'emancipazione del minore, per ciò che attiene all'attività lavorativa, quando egli abbia raggiunto l'età minima prevista dalla legge¹⁹.

proprio il *tipo* di atto e la misura è costituita dal grado di sviluppo psichico raggiunto, secondo la presunzione dell'ordinamento che ammette che ad una certa età (inferiore ai 18 anni) sia ormai acquisita la capacità lavorativa. Analoghe considerazioni possono formularsi a proposito della tesi del CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., pag. 623 ss. Se – come sostiene questo A. – legittimazione significa particolare posizione di un soggetto rispetto a dati beni o interessi (oggetto del negozio o di altro atto giuridico), mentre il concetto di capacità esprime solo un'attitudine intrinseca del soggetto, bisogna riconoscere che – nella stipulazione del contratto di lavoro del minore – può farsi questione solo di capacità.

- 18 *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1958, pag. 114. Questo A. è del resto contrario anche ad una nozione generale di legittimazione (*Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 130).

La tesi del CARNELUTTI per il contratto di lavoro del minore è stata respinta recisamente anche dal RESCIGNO, *Capacità d'agire*, cit., pag. 862.

- 19 La tesi è dell'ALATI, che l'ha esposta diffusamente in un ormai remoto studio (*L'art. 3 del nuovo C.C. e i limiti della patria potestà nel campo del lavoro*, in *Foro it.*, 1939, 1, pag. 343) e l'ha poi ripresa in un saggio più recente (v. citato in nota 9). Essa è stata già confutata anche da chi aderisce alla tesi della assistenza, per es. dal PERA, *La capacità processuale del lavoratore minorenne*, cit., p. 1787.

L'Alati attribuisce importanza decisiva al visto di chi esercita la patria potestà agli effetti del libretto di lavoro; una volta concessa l'autorizzazione ad esercitare l'attività lavorativa, non vi sarebbe più luogo né per la rappresentanza, ritenuta ripugnante alla costruzione del rapporto (perché mai?), né per l'assistenza, che non potrebbe avere alcun effetto sulla determinazione dell'incontro delle due volontà (frase, questa, di colore piuttosto oscuro).

Con maggiore rigore giuridico, sostiene invece il LEVI SANDRI, *loc. cit.*, nota 9 che nelle varie leggi sul lavoro, la volontà del minore è spesso presa in considerazione (legge sul collocamento, legge sul libretto di lavoro, ecc.) e che lo stesso adempimento implica un riconoscimento della volontà del minore, così come essa entra in giuoco ai fini dell'esercizio di alcuni diritti, come quello di sciopero, delle ferie, ai riposi, ecc. Si potrebbe discutere a lungo se siano esatte le stesse premesse da cui parte questo A. e se sia vero che la volontà del minore è considerata specificamente dal legislatore, indipendentemente dal disposto dell'art. 3; e soprattutto si potrebbe discutere alquanto sull'affermazione relativa all'adempimento. Il fatto è, comunque, che nessuna di queste considerazioni è idonea a superare l'ostacolo insormontabile della disciplina positiva della capacità in materia di lavoro, che rende veramente inconcepibile il riconoscimento di una «dimitata capacità di agire» anche per il minore di diciotto anni.

Del resto, lo stesso A. riconosce che le norme del codice della navigazione in materia di capacità sono eccezionali ed hanno un fondamento essenzialmente pubblicistico; il che dovrebbe mettere in guardia contro le troppo rapide generalizzazioni.

Per una esatta critica di questa tendenza, v. da ultimo: CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., pag. 494 ss.

È fin troppo facile osservare che l'istituto dell'emancipazione è regolato espressamente dalla nostra legge, in un modo che non consente estensioni al di là delle specifiche ipotesi considerate. Ed è solo *ad abundantiam* che può rilevarsi che l'intervento del genitore o del tutore, nel rilascio del libretto o nella fase di iscrizione nelle liste di collocamento, non può avere quel valore di preventivo consenso alla stipulazione del contratto, che questa dottrina vorrebbe attribuirgli. Quand'anche si volesse riconoscere la sussistenza di un assenso (o autorizzazione) all'esercizio dell'attività lavorativa, esso non potrebbe avere se non un valore generico, richiedendosi peraltro la ricorrenza degli ordinari requisiti per la stipulazione del contratto, che appartiene ad una fase non solo successiva, ma del tutto distinta, da quella più sopra considerata.

È intuitivo, in linea di pura logica, che il genitore potrebbe consentire a che il minore svolga un'attività lavorativa, riservandosi però di esaminare personalmente e direttamente le condizioni specifiche dedotte nei futuri contratti, eventualmente negando il suo assenso proprio in relazione ad esse. In linea di stretto diritto, poi, il problema della partecipazione alla stipulazione non può risolversi sulla base di consensi o autorizzazioni preventive, più o meno tacite o implicite. Il fatto è che per stipulare un contratto occorre la capacità, oppure occorre la sostituzione del legale rappresentante, nelle forme previste dalla legge.

Resta il problema se il contratto di lavoro sia uno di quelli «personalissimi» indicati dall'art. 2900, comma 1 c.c.²⁰. Ma il richiamo a questa norma non ha sicuramente valore costruttivo. Anzitutto si tratta di una disposizione definita «anodina»²¹, in quanto non fa che convertire in una formula altrettanto generica e vaga, la generica definizione dell'art. 1324 del Codice abrogato, che si riferiva ai «diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore»; il che presuppone che per altra via o attraverso altri precetti si possa concretamente e sicuramente determinare l'ambito ed i confini della categoria considerata. In secondo luogo, la dottrina più avveduta ha sottolineato che la formula della legge non può essere interpretata in senso generale, come destinata cioè a regolare ogni ipotesi in cui si faccia questione di possibilità di sostituzione del titolare, ma deve invece collegarsi esclusivamente alla struttura ed alla funzione della c.d. azione surrogatoria prevista dall'art. 2900 c.c.²². Al quale riguardo è sufficiente

20 Un rapido accenno all'art. 2900 (ma per escluderne l'applicabilità nella fattispecie) in: ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, Milano, 1965, pag. 553.

21 L'espressione è del NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1957, pag. 97 ss., il quale osserva che la formula non è per nulla felice e non reca maggior con tributo di chiarimento rispetto a quella adottata dal vecchio codice; della quale ultima si occupò ampiamente il FERRARA SANTAMARIA, nello studio su *Il rapporto di inerenza dei diritti alla persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, pag. 338 ss.

22 Così, il NICOLÒ, *loc. cit.*, pag. 98, il quale poi ha cura di chiarire che l'attribuzione al creditore della potestà surrogatoria rappresenta il risultato di una valutazione normativa di due interessi in contrasto; il che non si verifica certamente nell'ipotesi della rappresentanza legale. E ciò basta per impedire una generalizzazione della formula dell'art. 2900.

considerare che l'attribuzione al creditore della potestà surrogatoria è ben diversa dalla sostituzione che si verifica nella rappresentanza, se non altro perché in quest'ultimo caso l'interesse tutelato è quello del titolare, mentre nel primo è soltanto quello del creditore.

3. Ampiezza ed elasticità dei poteri del rappresentante legale, anche in riferimento al contratto di lavoro

È utile piuttosto chiedersi se la stipulazione del contratto di lavoro rientri tra i poteri del rappresentante legale.

Si è infatti negato che costui abbia tra le sue facoltà anche quella di disporre di un diritto che investe la persona stessa del rappresentato²³.

Il criterio per la soluzione del problema è fornito dal disposto dell'art. 320 c.c., che assegna al genitore la rappresentanza dei figli in tutti gli «atti civili», riconoscendogli anche il potere di amministrarne i beni; formulazione non troppo diversa da quella dell'art. 357, secondo cui il tutore «[q]ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni».

Non interessa certo approfondire la discussione attorno alla distinzione tra potere di rappresentanza e poteri di amministrazione, che agli effetti del nostro problema rileva ben poco²⁴.

23 Il GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 179 ss., afferma che lo stato d'incapacità, di per se stesso, riflette solo la tutela degli interessi patrimoniali e non conferisce affatto all'amministratore un potere di disposizione del corpo del primo o di coercizione della sua libertà personale. Ma bisogna avvertire che questo A. distingue nettamente l'aspetto di gestione patrimoniale da quello morale, limitato alla educazione del minore; per cui il potere di gestione si arresterebbe là dove l'effetto patrimoniale dipenda necessariamente da un atto che rientra nell'ordine delle facoltà inseparabili dalla persona. Come vedremo, però, la dottrina più moderna tende ad una visione complessiva della patria potestà, nella quale in definitiva tutti gli atti tendono ad un'unica finalità, espressamente considerata dal legislatore.

24 Sul problema, v. da ultimo, con notevole ampiezza: PELOSI, *La patria potestà*, Milano, 1965. Questo Autore osserva peraltro che la distinzione tra potere di rappresentanza e potere di amministrazione è molto ardua e probabilmente limitata ad alcune ipotesi (ad es. solo la rappresentanza si estende agli atti non patrimoniali) (pag. 34-45); egli contesta anche che si possa mantenere una rigorosa distinzione nel contenuto della patria potestà tra ciò che attiene alla cura della persona del figlio e ciò che si riferisce alla cura dei suoi beni.

In senso sostanzialmente analogo si esprime anche il GRASSETTI (*Lezioni di diritto civile. Il diritto di famiglia*, Milano, 1966, pag. 283-284), che considera la rappresentanza degli interessi patrimoniali in funzione puramente strumentale.

È noto invece che l'ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1945, I, pag. 340 ss., esclude dalla nozione di patria potestà (intesa come complesso di rapporti giuridici non patrimoniali) il potere di amministrazione e quello di rappresentanza, che si aggiungono alla p.p. e la presuppongono.

Ciò che conta, invece, è la struttura della patria potestà e della tutela, intese come «funzione» o ufficio²⁵. Posto che l'esigenza fondamentale è quella della tutela degli interessi (materiali e morali) del minore, il potere-dovere di sostituzione assolve alla funzione essenziale di ovviare, sotto questo aspetto, alla incapacità del medesimo.

Così concepita, non c'è dubbio che la rappresentanza legale debba avere necessariamente un contenuto assai ampio ed elastico, difficilmente inquadrabile entro limiti diversi da quelli che il codice civile specificamente delinea, sempre in relazione ad esigenze di massima tutela e garanzia dell'incapace²⁶. Non ha senso, dunque, distinguere – agli effetti che stiamo considerando – tra gli aspetti morali e gli aspetti patrimoniali.

Benvero, il rappresentante legale si sostituisce al minore per la tutela degli uni e degli altri interessi; ed è logico che se gli è consentito di provvedere alla tutela del nome o dell'immagine, di esperire le azioni opportune a tutela della personalità e dell'integrità, egli debba e possa anche provvedere alla stipulazione di contratti che, pur coinvolgendo in qualche modo la persona, tuttavia conservano in gran parte una struttura essenzialmente patrimoniale.

La visione del legislatore è globale e considera sia gli interessi morali, che quelli patrimoniali, senza esclusione di sorta. Talché, per il contratto di lavoro, l'alternativa è solo nel senso di consentire o meno lo svolgimento dell'attività lavorativa: una volta che il minore abbia raggiunto l'età minima prevista dalla legge, i suoi interessi in questo campo avranno bisogno di essere tutelati come qualunque altro interesse e scatterà necessariamente il meccanismo della sostituzione legale.

Là dove entrano in gioco «atti personalissimi», la funzione del rappresentante legale è sottoposta a limiti specifici, che del resto appaiono del tutto connaturali, come accade per il testamento (art. 591 c.c.) o per il riconoscimento di figli naturali (art. 250 c.c.). Ma ancora una volta, di limiti del genere non si trova traccia, nel sistema positivo, per quanto riguarda il contratto di lavoro; il che è ben logico, del resto, ove si pensi alla struttura tipicamente obbligatoria prevista per esso dalla legge²⁷.

25 Su questo ormai concorda generalmente la dottrina. Fra gli altri, v.: PELOSI, *La patria potestà*, cit.; ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, pag. 620 ss.; GRASSETTI, *op. cit.*, pag. 283 ss.; MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, 1961, pag. 14 ss.; CICU, *La filiazione*, Torino, 1951, pag. 299 ss.

26 Sottolineano particolarmente l'ampiezza e l'elasticità dei poteri, il MOSCO, il CICU, il GRASSETTI, il PELOSI (*loc. cit.* in nota che precede).

27 Da ultimo, in senso conforme: CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., II, pag. 494, con specifico riferimento alla natura patrimoniale del contratto di lavoro. Anche il PELOSI, *La patria potestà*, cit., pag. 193, annovera fra i limiti dell'attività sostitutiva gli atti «personalissimi» ed esclude che fra essi possa farsi rientrare il contratto di lavoro (v. anche pag. 195, nota 420).

Sembra dunque incontestabile che la sostituzione dell'incapace da parte del legale rappresentante sia non soltanto consentita, ma anche necessaria per la stipulazione del contratto di lavoro, così come per qualunque altro contratto²⁸. La volontà del minore non è idonea a produrre effetti e pertanto non ha giuridico rilievo: dal che si evince definitivamente l'infondatezza della tesi dell'assistenza. Benvero, se il minore non può esprimere una propria volontà, in quanto incapace, che senso avrebbe – sul piano giuridico – la sua partecipazione alla stipulazione, in forma più o meno adesiva? Da questo punto di vista, sembra forse più coerente la tesi di coloro che sostengono l'emancipazione, anche se poi essa risulta infondata per le ragioni già accennate. In realtà, il consenso del minore – in mancanza di una specifica previsione legislativa – ricade necessariamente nell'ambito dei requisiti inerenti alla capacità d'agire e dei requisiti di validità del contratto. Esso non ha dunque valore se non sul piano meramente effettuale e non può acquistare in nessun caso rilevanza giuridica.

4. La prestazione del minore come pretesa «condizione sospensiva» del negozio*

Una parte della dottrina assegna tuttavia al consenso del minore o comunque alla prestazione di fatto del lavoro da parte del medesimo il più limitato effetto di valere come condizione sospensiva del contratto stipulato dal legale rappresentante²⁹.

28 In effetti, alla tesi della rappresentanza aderisce la maggioranza della dottrina. Oltre al CORRADO, *loc. cit.* in nota precedente, che ha dedicato al problema pagine di notevole acutezza, v.: GHIDINI, *Diritto del lavoro*, Padova, 1961, pag. 92; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1958, pag. 113 ss.; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pag. 29 e nota 61; ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, Milano, 1965, pag. 116 e 553; SUPPIEJ, *Capacità giuridica di lavoro e capacità naturale*, cit., pag. 248; GIUNTA, *Incapacità di agire*, Milano, 1965, pag. 138; LEGA, *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*, Milano, 1948, pag. 35 ss.; RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Novissimo Digesto*, II, pag. 861; PELOSI, *La patria potestà*, *loc. cit.* in nota che precede; MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CEEA*, cit., pag. 451.

Il PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, pag. 59, accetta la tesi della rappresentanza, ma poi richiede l'assenso del minore, stante la «natura personale e collaboratoria» della prestazione di lavoro.

* [Nell'indice del testo originario il titolo di questo paragrafo compare con il titolo «La prestazione del minore come pretesa «condizione sospensiva» del rapporto»; abbiamo riprodotto qui il titolo indicato nel sommario del capitolo].

29 Questa tesi è accolta particolarmente dall'ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, cit., pag. 554 e 573, e dal RESCIGNO, *Capacità d'agire*, cit., pag. 861.

Parla di condizione d'efficacia dell'atto il LEVI SANDRI, *loc. cit.*, inquadrando però il problema nella particolare prospettiva di cui ci siamo già occupati.

Una posizione particolare è quella del D'EUFEMIA, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1963, pag. 73, secondo il quale il consenso del minore è condizione indispensabile non solo d'efficacia, ma della stessa liceità del contratto, in quanto il legale rappresentante non può violare il principio

Ma anche questa è una tesi che non ci sembra da condividere. La condizione, invero, è elemento estrinseco alla struttura del negozio, che deve essere completa e perfetta in tutti i suoi aspetti, indipendentemente dalla ricorrenza o meno di questo elemento puramente accidentale.

Requisito fondamentale della condizione è che essa sia *estranea* alla struttura tipica del negozio³⁰: quando l'avvenimento futuro è incerto e attiene alla realizzazione del negozio, esso non può considerarsi come condizione, ma appartiene alla struttura tipica di esso o inerisce ad una fase di attuazione, quale è quella dell'adempimento. Si è osservato quindi esattamente che l'inadempimento – inteso come difetto funzionale della causa – non potrebbe dedursi come condizione, senza incorrere in una contraddizione ed un vizio logico gravissimi³¹.

Orbene, sotto questo profilo, bisogna riconoscere che la prestazione dell'attività lavorativa è elemento essenziale della struttura del contratto di lavoro, in quanto appunto dedotta in obbligazione. Ove l'attività non venga prestata, si avrà inadempimento e quindi difetto funzionale della causa; ma ciò non potrà mai confondersi con l'avverarsi o meno di un evento futuro e incerto, estraneo alla struttura del negozio, quale è la condizione.

Gli esempi formulati dalla dottrina sono oltremodo significativi; si parla di condizione, ad esempio, nell'ipotesi del contratto di lavoro concluso in previsione dell'inizio di una certa impresa³²; e qui è ben chiaro che l'evento incerto è puramente accidentale, rispetto alla struttura del negozio, che è completo e perfetto in tutti i suoi elementi. Ma non avrebbe senso stipulare un contratto di lavoro, in cui si apponesse una «condizione» di questo tipo: se il prestatore avrà voglia di lavorare.

L'incontro delle volontà avviene su un piano rigoroso, in quanto l'una si impegna a corrispondere la retribuzione e l'altra si impegna a prestare la propria

del diritto al lavoro e della libertà di scelta del lavoro. Tesi questa che ci sembra particolarmente opinabile, perché non ci sembra dubbio che la sostituzione, se consentita, operi su qualunque piano, ivi compresi dunque anche i diritti specificamente richiamati dall'Autore.

30 Il RESCIGNO, *Condizione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, VIII, pag. 763 ss., osserva che di accidentalità si parla solo con riferimento alla figura del negozio tipico e che essa va intesa nel senso di estraneità alla struttura tipica di esso.

Ma anche il SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 190 ss., si esprime molto chiaramente in questo senso. Del resto, trattasi di un'opinione sostanzialmente pacifica. Per altri riferimenti sulla condizione in generale ed anche nell'aspetto di cui ci stiamo occupando: BARBERO, *Sistema del diritto privato*, cit., I, pag. 439 ss.; CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., pag. 645 ss.

31 Il rilievo è del SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 196, il quale chiarisce che l'inadempimento non può essere dedotto neppure come condizione risolutiva espressa, perché attiene al funzionamento del negozio.

32 L'esempio è del SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 132.

Sulla condizione nel contratto di lavoro e sui particolari problemi inerenti alla condizione risolutiva, v. in particolare (oltre al Santoro Passarelli): ARDAU, *Sistema istituzionale*, cit., pag. 573 ss.

attività alle dipendenze del datore. Se poi, il debitore non renderà la propria prestazione, ciò significherà semplicemente inadempimento e quindi mancata attuazione della causa del contratto; e le conseguenze saranno quelle tipiche previste per l'inadempimento.

Il problema non assume aspetti diversi se il contratto è stipulato a mezzo di un rappresentante; costui infatti si sostituisce completamente alla persona incapace di esprimere validamente la propria volontà. Il contratto, su questo piano, è assolutamente identico – nella sua struttura – proprio perché il rappresentante non agisce in nome proprio, ma esprime la volontà e realizza la tutela degli interessi di un altro soggetto. Il comportamento di quest'ultimo, dunque, non è il comportamento di un terzo, ma è proprio quello dedotto nell'obbligazione; ne deriva che o si attua il contegno dovuto oppure si ha inadempimento contrattuale³³. Ma non potrà mai dirsi che il contratto, in sé perfetto, è sottoposto alla condizione sospensiva del realizzarsi di tale comportamento; ché altrimenti si finirebbe per confondere fasi distinte del rapporto obbligatorio, inserendo una supposta condizione nella struttura del negozio o, peggio, considerando come tale ciò che è semplicemente attuazione del comportamento dovuto.

Si può dunque concludere nel senso che – ai fini della stipulazione del contratto di lavoro del minore di diciotto anni – l'implicazione della persona non ha rilievo se non sul piano puramente fattuale; sì che coglie nel giusto chi osserva che in definitiva risponde soltanto a ragioni di mera convenienza pratica l'assicurarsi preventivamente l'adesione dell'incapace, la quale funziona pertanto come elemento di fatto, dando luogo ad una sorta di affidamento, del tutto improduttivo, peraltro, di effetti giuridici.³⁴

33 In questo senso, esplicitamente: PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, pag. 59.

34 L'esatto rilievo è stato formulato dal SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 115. Ma in senso conforme, v. anche: RESCIGNO, *Capacità d'agire*, cit., pag. 862; LEGA, *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*, cit., pag. 35. Invano il LEVI SANDRI, *Osservazioni sulla capacità d'agire*, ecc., cit., pag. 109 ss., osserva che questa soluzione è insufficiente. Non c'è dubbio che qualche difficoltà si possa prospettare; ma la soluzione giuridica non può essere diversa. Del resto, nella pratica le cose tendono a sistemarsi da sé, provvedendo appunto le parti a cautelarsi nel modo più concreto possibile. Questo non significa che possa attribuirsi alcun rilievo al fatto che nella pratica accada anche spesso che il contratto sia stipulato tra imprenditore e minore senza assistenza di alcuno; si tratta di contratti invalidi, ai quali eventualmente si applicherà il disposto dell'art. 2126 c.c.

Capitolo III.

Impossibilità sopravvenuta per cause inerenti alla persona del prestatore

Sommario. 1. Fragilità del rapporto di lavoro e tendenza dell'ordinamento verso la conservazione. – 2. Applicabilità delle norme di diritto comune alla sopravvenienza nel rapporto di lavoro; il rigore del sistema e le tendenze mitigatrici. – 3. Soluzioni adottate nell'esperienza giuridica di alcuni Paesi europei. – 4. Le soluzioni prospettate dalla dottrina italiana, nel quadro della disciplina di diritto comune della sopravvenienza. – 5. La teoria della inesigibilità, nei suoi aspetti generali. – 6. L'inesigibilità come criterio di «individualizzazione» nel diritto penale. – 7. L'inesigibilità nella dottrina civilistica. – 8. L'inesigibilità come criterio di valutazione dei comportamenti. – 9. Contenuto concreto del criterio: rapporti con la buona fede, nel quadro sistematico dell'ordinamento. – 10. Applicazione del criterio ai fini della valutazione della sopravvenienza per cause personali del prestatore di lavoro.

1. Fragilità del rapporto di lavoro e tendenza dell'ordinamento verso la conservazione

Come tutti i rapporti di durata, ma in certo modo più di ogni altro, il rapporto di lavoro è caratterizzato da una particolare fragilità. Sulla sua regolare attuazione incidono cause attinenti al funzionamento dell'impresa, eventi relativi alla persona del datore di lavoro, conflitti collettivi di lavoro, eventi inerenti alla persona del prestatore.

Per contro, si sente una particolare esigenza di stabilità di questo rapporto, non solo per ragioni di stretto interesse delle parti, ma anche e soprattutto per ragioni sociali.

Così l'ordinamento reagisce alle cause di fragilità con particolare vigore, predisponendo una serie di misure per la conservazione del rapporto¹.

Viene dunque dichiarata irrilevante una serie di eventi attinenti al funzionamento dell'impresa (trasferimento dell'azienda, fallimento, liquidazione coatta amministrativa); vengono ritenuti normalmente irrilevanti gli eventi che colpiscono la persona del datore, salvo ipotesi particolari; vengono trasformati in

1 Il MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo, 1958, pag. 223 ss., osserva che la tendenza alla stabilità non si esaurisce nella disciplina dei licenziamenti, ma mira ad una revisione generale delle cause di estinzione del contratto, investendo anche la disciplina della impossibilità sopravvenuta.

cause di sospensione del rapporto alcuni eventi che colpiscono in modo particolarmente frequente la persona del prestatore e che altrimenti determinerebbero l'estinzione del rapporto stesso (ad es. artt. 2110, 2111 c.c., art. 51 Cost., art. 40 Cost., ipotesi di congedi eccezionali previste da contratti collettivi, aspettativa per incarichi politici o sindacali, forme di sospensione cautelare, ecc.). Ma gli eventi che possono colpire la persona del prestatore, rendendo impossibile l'adempimento dell'obbligazione sono molteplici e sicuramente più estesi di quelli già considerati dall'ordinamento positivo².

Il rapporto di connessione tra la persona e la prestazione – ancorché non si possa considerare come un rapporto di intrinsecità o immanenza – è abbastanza stretto da determinare una necessaria incidenza sulla prestazione e sullo stesso rapporto, di molti fatti, avvenimenti o situazioni che colpiscono la sfera personale del soggetto. Quale sia la disciplina di queste situazioni è problema dibattuto e tormentato da tempo; un problema che assume particolare interesse sotto due particolari profili, perché da un lato si tratta di vedere se davvero l'ordinamento appresta una disciplina completa per ovviare alla fragilità del rapporto e dall'altro si tratta di determinare quale sia la reale incidenza della implicazione della persona del prestatore, sulle vicende funzionali del rapporto di lavoro.

2. Applicabilità delle norme di diritto comune alla sopravvenienza nel rapporto di lavoro; il rigore del sistema e le tendenze mitigatrici

Bisogna stabilire anzitutto se le situazioni appena accennate possano rientrare nella particolare disciplina prevista dal codice civile per la sospensione e per l'estinzione del rapporto oppure se esse ricadano nel regime del diritto comune.

Sembra evidente che, trattandosi di disciplina derogatoria al sistema ordinario, quella prevista per la sospensione del rapporto non possa estendersi al di là delle specifiche ipotesi considerate dal codice civile, dalle leggi speciali o dai contratti collettivi o comunque da quella normativa che conduce necessariamente alle stesse conseguenze anche in mancanza di esplicite affermazioni (ad es.: sospensione del rapporto in caso di sciopero)³.

2 Il LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, Leipzig, 1902, I, pag. 171, distingueva tra inadempimenti che investono la capacità lavorativa del prestatore e inadempimenti che, pur lasciandola intatta, ne possono ostacolare lo sviluppo (arresto, funzioni pubbliche, servizio militare, osservanza dei doveri morali, ecc.). Per una vasta casistica degli inadempimenti personali, v. anche: NIKISCH, *Arbeitsrecht*, Tübingen, 1955, I, pag. 175 ss.; DURAND, *Traité de droit du travail*, Paris, 1950, II, pag. 883 ss.; YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail et ses applications pratiques dans le droit des Pays membres de la Communauté Européenne*, Paris, 1963, pag. 73 ss., 268 ss.

3 In un primo momento, la giurisprudenza aveva risposto affermativamente al quesito (Cass. civ. 5 ottobre 1948 n. 1686, in *Mass. giur. lav.*, 1949, pag. 17); ma successivamente ha mutato

Un'estensione di questo particolare regime della sospensione a tutte le cause di impossibilità della prestazione, sia pure inerenti alla persona del prestatore, non sembra minimamente concepibile, non solo per la mancanza di un qualsiasi indice normativo di riferimento, ma anche perché non lo consentirebbe neppure la *ratio* fondamentale del sistema, in virtù della quale il rapporto va sì conservato per quanto possibile, ma non indiscriminatamente e senza una qualche tutela anche degli interessi del datore di lavoro.

Si è dunque pensato che potesse essere applicabile, piuttosto, il precetto contenuto nell'art. 2119 c.c., il quale – nell'ampio riferimento alla «causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto» – è sembrato includere anche le ipotesi di forza maggiore e caso fortuito⁴. Ma la dottrina prevalente si è ormai orientata in senso recisamente negativo.

I precedenti storici della norma, il suo inquadramento sistematico e una certa coerenza logico-giuridica che è lecito attendersi anche da un legislatore scarsamente corretto come il nostro, impongono di distinguere nettamente tra fatti e comportamenti che integrando gli estremi della «giusta causa» facoltizzano la controparte a recedere dal rapporto, ed eventi che incidendo su un requisito fondamentale dell'obbligazione (e cioè sulla stessa possibilità della prestazione) provocano l'estinzione di esso⁵.

orientamento ed ora si ritiene costantemente che le ipotesi considerate dalla legge siano tassative e non estensibili al di là della specifica normativa. (V. ad es.: Cass. civ. 6 novembre 1959 n. 3300, in *Mass. giur. lav.*, 1959, pag. 270).

- 4 In questo senso: UCKMAR, *Il rapporto di lavoro subordinato nel nuovo C.C.*, Padova, 1942, pag. 40 ss.; PERETTI-GRIVA, *Giusta causa di risoluzione del rapporto di lavoro. Forza maggiore*, in *Mass. giur. lav.*, 1942, pag. 366 ss.; PETRACCONI, *Risoluzione del contratto di lavoro per forza maggiore e indennità di anzianità secondo il nuovo C.C.*, in *Foro it.*, 1944, 1, pag. 494 ss.; RABAGLIETTI, *Il recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro*, Milano, 1957, pag. 111 ss.; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1965, I, pag. 651 ss.
- 5 Con varia motivazione, si esprimono in questo senso: MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pag. 270 ss.; NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966, pag. 39; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, pag. 116 ss.; FEDELE, *Le fattispecie estintive del rapporto di lavoro nell'ordinamento italiano*, Milano, 1961, pag. 20 ss.; CATALANO, *L'art. 2119 c.c. e le norme di diritto comune in materia di obbligazioni e contratti*, in *Dir. ec.*, 1959, pag. 231 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, pag. 367; BARASSI, *Diritto del lavoro*, Milano, 1949, III, pag. 208; SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948, pag. 75; ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Modena, 1954, pag. 81 ss., 224 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1958, pag. 209 e 218 ss.; MINERVINI, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, Torino, 1952, pag. 223.

La giurisprudenza presenta un notevole esempio di confusione. Se in alcune decisioni si dà per pacifica l'applicabilità dell'art. 1256 ad ogni tipo di rapporto di lavoro (Cass. civ. 27 agosto 1953 n. 2891, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce «Lavoro (rapporto di)», n. 394-395), in altre si fa di ogni erba un fascio. Merita di essere riportata, a questo proposito, la massima della Corte di Cassazione del 28 febbraio 1953 n. 485, in *Riv. dir. lav.*, 1953, II, pag. 132, secondo la quale «l'art. 2119 c.c. disciplina il recesso per giusta causa, comprendendo anche il caso di forza maggiore, ma sotto questo aspetto viene ad assumere il contenuto dell'art. 1256, con l'effetto

Se poi, come abbiamo cercato di dimostrare nella prima parte di questo studio (Cap. VII, par. 2), il recesso per giusta causa non differisce dalla risoluzione per inadempimento se non per alcune particolari caratteristiche attinenti al procedimento, ancor più arbitrario sarebbe includere le sopravvenienze nell'ambito dell'inadempimento di non scarsa importanza.

Benvero, il codice civile ha regolato i due fenomeni in modo del tutto distinto; e non vi sarebbe alcuna ragione per seguire un criterio diverso per il rapporto di lavoro. Né argomenti *a contrario* potrebbero trarsi dal capoverso dell'art. 2119, il quale non può assumere un significato d'ordine generale ed interpretativo; si tratta di una norma intesa esclusivamente a sottolineare e corroborare la tendenza dell'ordinamento a considerare irrilevanti gli eventi che colpiscono la persona del datore di lavoro o la stessa impresa; un precetto, dunque, che si armonizza piuttosto con quello di cui all'art. 2112, per indicare la linearità di un sistema e dal quale null'altro può evincersi sul piano generale.

Escluso dunque che alle ipotesi considerate si possa applicare la specifica normativa prevista per la cessazione del rapporto di lavoro, bisogna ammettere che esse rientrano nella disciplina dettata dal diritto comune per la sopravvenienza, vale a dire nell'ambito delle disposizioni di cui agli artt. 1256 e 1218 c.c. ed agli artt. 1463 e 1464 c.c., relativi ai contratti con prestazioni corrispettive⁶.

che l'estinzione o la sospensione operano *ipso jure*, senza che occorra una manifestazione di volontà». Ma è meritevole di segnalazione anche la decisione, sempre del Supremo Collegio, del 20 febbraio 1954 n. 473, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce «Lavoro (rapporto di)», n. 496, secondo la quale «l'art. 2119, pur disciplinando il recesso per giusta causa, nella generica dizione della prima parte comprende anche i casi di *vis major* e di *factum principis*».

Dove si vede quanto possa essere rilevante il contributo di certa giurisprudenza alla certezza del diritto.

- 6 Vivamente controversa è l'applicabilità dell'art. 1464 c.c. al contratto di lavoro, nell'ipotesi dell'impossibilità temporanea. Per alcuni AA., non vi è differenza logica – nei rapporti di durata e particolarmente nei rapporti di lavoro – tra impossibilità temporanea e impossibilità parziale della prestazione (NATOLI, *Nota*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, II, pag. 35; TORRENTE, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, pag. 109; ID., *Ancora sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, *ivi*, 1950, 1, pag. 211; MINERVINI, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, cit., pag. 223; FEDELE, *Le fattispecie estintive del rapporto di lavoro nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 26, 27 e nota 50; BARASSI, *Diritto del lavoro*, Milano, 1949, III, pag. 143, 207.

In senso contrario: CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., I, pag. 653; e la giurisprudenza prevalente (vedi ad es. Cass. civ. 5 luglio 1957, in *Mass. giur. lav.*, 1957, pag. 233).

Sulla questione, in generale: CATALANO, *L'art. 2119 c.c. e le norme di diritto comune in materia di obbligazioni e contratti*, cit., pag. 242 (e nota 7) e pag. 244 (e nota 8, con ampi riferimenti bibliografici); ARDAU, *Sistema istituzionale di diritto del lavoro*, Milano, 1965, pag. 224; il MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in «*Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*», Milano, 1966, pag. 486, ritiene che l'impossibilità parziale sia configurabile solo in relazione alla quantità e non già alla qualità e fa l'esempio del prestatore che, a seguito del fortuito, può prestare la sua opera solo per una parte dell'orario di lavoro. Solo in questo caso, secondo l'A., sarebbe applicabile l'art. 1464. La questione non può essere approfondita in questa sede, anche se di notevole interesse. A nostro avviso, però, non vi è alcun ostacolo, né formale né sostanziale, per l'applicazione dell'art. 1464 all'impossibilità temporanea della prestazione di lavoro.

Non è certo confortante dover riconoscere che in questo modo il problema ricade proprio nell'ambito di una zona «sismica» del nostro diritto, caratterizzata da una scarsa chiarezza e coerenza del legislatore e divenuta campo di ampi dibattiti e di vivaci contrasti dottrinari⁷. Ma non è questo l'aspetto che richiama particolarmente la nostra attenzione; il fatto è che la disciplina in questione appare comunque alquanto rigorosa e sembra dedicare scarsa considerazione alle cause di impedimento personale, che sono poi proprio quelle di cui ci stiamo occupando.

La «logica arcigna» del sistema è tale, nella sua fredda simmetria, da sembrare poco propensa a quelle considerazioni umane e protettive cui si ispira largamente il diritto del lavoro⁸. Da ciò il reiterato richiamo ad esigenze di «umanizzazione» della disciplina e i ripetuti tentativi di risolvere il problema mediante il richiamo a considerazioni morali e sociali⁹.

7 La bibliografia sull'argomento è piuttosto vasta e quindi ci limiteremo ai richiami essenziali: RESCIGNO, *Fortuito, causa non imputabile e diligenza*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1951, II, pag. 388; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959; GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza*, Padova, 1941; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1962, II, pag. 55 ss.; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, pag. 107 ss.; DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milano, 1964; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, pag. 7 ss.; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pag. 199 ss.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pag. 266 ss.; BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Padova, 1963, pag. 91 ss.; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, pag. 83 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 1, pag. 205 ss.; OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, pag. 205 ss., 313 ss., 417 ss.; ID., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pag. 523 ss.; ID., *Impossibilità sopravveniente*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1962, VIII, pag. 287 ss.; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, III, pag. 259 ss.

8 Il rilievo è comune alla maggior parte degli studiosi. Di «logica arcigna» parla il BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., III, pag. 150, il quale propone di temperarla a mezzo dell'equità; ma il rigore del sistema è sottolineato anche dal MENGONI, dal RESCIGNO, dal MANCINI, dall'OSTI (tutti in loc. citate nelle note precedenti).

In questo senso, significative sono le posizioni assunte dagli stessi AA. più sopra ricordati (MENGONI e MANCINI; di questo ultimo merita di essere richiamata la soluzione proposta per l'ipotesi del tentato suicidio, che è atto illecito, ma non imputabile «per ragioni equitative, alla luce delle quali appare odioso infierire», in *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 166); ma v. anche: RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pag. 276 ss.; e lo stesso OSTI, *Impossibilità sopravvenuta*, cit., pag. 289.

9 Si riferiscono a considerazioni umane e sociali, oltre al BARASSI, il SIMI, *L'impossibilità per il lavoratore di dare la sua prestazione*, in *Riv. dir. lav.*, 1948, I, pag. 472 ss.; lo YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail*, cit., pag. 73 e 268, l'ASSANTI, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, pag. 106, nota 101; il DURAND, *Traité de droit du travail*, Paris, 1950, II, pag. 792 ss.; ma vedi anche, dello stesso A., la relazione ricapitolativa nel volume su *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della CEECA*, cit., pag. 26, in cui si sottolinea la tendenza verso la «umanizzazione» dei rapporti di lavoro.

Tentativi questi senz'altro apprezzabili, perché il diritto non può risolversi in una serie di fredde equazioni o nella rigida applicazione di una norma astratta a tutti i casi che in qualche modo vi rientrano; ed è senza dubbio esatto che non solo l'ordinamento italiano ma tutti gli ordinamenti dei vari Paesi mostrano la tendenza alla umanizzazione dei rapporti di lavoro.

Occorre tuttavia chiarire che le tendenze di politica legislativa non attribuiscono all'interprete la facoltà di eccedere il campo segnato dalla disciplina positiva, limitandosi solo ad autorizzarlo ad inquadrare la sua attività in quei fermenti che già il diritto positivo rivela; il che significa che le considerazioni umane e sociali non bastano a giustificare alcune deviazioni rispetto ad una disciplina positiva, se quest'ultima non rechi già in sé il fondamento ed il presupposto, ancorché implicito, di esse.

Sicché, per tornare al problema specifico, bisogna andare in profondità e cercare di stabilire se realmente la tendenza ad ampliare la nozione tradizionale di impossibilità estendendola anche agli impedimenti personali, trovi un qualche riscontro positivo, oppure si limiti a restare nell'ambito delle aspirazioni.

3. Soluzioni adottate nell'esperienza giuridica di alcuni Paesi europei

Se si dà un rapido sguardo all'esperienza giuridica dei vari Paesi europei, è agevole scorgere il concretarsi della cennata tendenza, talora addirittura sul piano legislativo, altre volte – e questa è l'ipotesi più frequente – sul piano della interpretazione e dell'applicazione del sistema positivo.

Si può dire che tutti i Paesi, con maggiore o minore estensione, considerano una serie di impedimenti personali come cause di sospensione del rapporto, con una disciplina sostanzialmente analoga a quella vigente nel nostro Paese¹⁰.

Ma al di là delle ipotesi tradizionali, soltanto nel Belgio hanno trovato considerazione in norme legislative altri eventi incidenti sulla persona, quali le

Alcune di queste impostazioni sono state criticate da altri Autori, i quali ritengono che, nell'assenza di norme che giustifichino la deviazione rispetto alle regole di cui al 1218 e 1256, non è possibile far ricorso a criteri generici e metagiuridici (v. in particolare: MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, cit., pag. 272; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 14). In questa critica vi è senza dubbio un certo fondamento di verità, almeno per i casi in cui il riferimento alle considerazioni umane e sociali viene effettuato *tout court*, senza reperire alcune connessioni con l'ordinamento positivo. Ciò non significa peraltro che a tali considerazioni si possa restare insensibili; ed invero, tutta la dottrina migliore mostra chiaramente di sentire l'esigenza di correggere l'applicazione di stretto diritto delle norme in questione.

10 Per un quadro generale, si veda la relazione ricapitolativa di DURAND, nel volume *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della CEECA*, cit., e la relazione di sintesi del CAMERLYNCK, nel volume *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CEECA*, Milano, 1966, pag. 91 ss.; oltre al volume dello YAMAGUCHI, più volte richiamato.

assenze determinate da motivi familiari o civici, il matrimonio di un parente, la morte di un congiunto, la partecipazione al Consiglio di famiglia, addirittura la Comunione di un figlio (legge 20 luglio 1960 e decreto reale 23 novembre 1961)¹¹.

Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza si sono sforzate, in tutti i Paesi, di estendere ad altre ipotesi la disciplina più favorevole, esonerando il lavoratore da responsabilità in ordine appunto alle sopravvenienze di natura personale.

Così, tradizionalmente, nel Belgio, si tende ad equiparare alla forza maggiore la necessità morale; in Francia si ritiene comunemente che il richiamo puro e semplice alla norma del codice civile non sia sufficiente e che gli effetti della forza maggiore, in materia di contratto di lavoro, assumono un aspetto del tutto peculiare ed originale¹².

In Germania, il rigore della disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, viene temperato abitualmente col richiamo al principio di buona fede e con un'applicazione frequentissima della teoria della inesigibilità; si ritiene in sostanza che l'obbligo di prestare il lavoro venga meno ogni volta che, in buona fede, non si possa più esigere la prestazione da parte del creditore¹³.

Le opinioni dottrinarie e giurisprudenziali sono così costanti e consolidate, in questi Paesi, che ormai la discussione tende a concretarsi piuttosto su aspetti che noi riterremmo marginali, ad esempio sull'obbligo per il lavoratore di avvertire preventivamente il datore di lavoro, in presenza di certi impedimenti, della impossibilità di prestare la propria opera.

Va tuttavia avvertito, a questo riguardo, che perfino su questo piano l'esigenza di «umanizzazione», si fa sentire; tanto che si afferma che l'avvertimento deve essere dato «possibilmente» prima di assentarsi e che ove ciò non sia possibile per la subitanità dell'evento, l'importante è che il prestatore informi il datore non appena sarà in condizione di farlo¹⁴.

11 Sulla legislazione belga, v.: HORION, *Il contratto di lavoro nel diritto belga*, nel volume *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CEECA*, cit., pag. 183-184; ID., *La stabilità dell'impiego nel diritto belga*, nel volume cit. in nota precedente, pag. 148; da ultimo, dello stesso A.: *Suspension du travail et salaire garanti*, Liège, 1963.

Negli stessi studi, ma particolarmente in quello sul *Contratto di lavoro nel diritto belga*, ampi riferimenti sull'opera svolta dalla giurisprudenza nel tentativo di equiparare alla forza maggiore la necessità morale; l'elaborazione giurisprudenziale è stata particolarmente importante, anche perché ha preparato il terreno alla riforma legislativa operata con la legge 20 luglio 1960.

12 Così, particolarmente: CAMERLYNCK, *Il contratto di lavoro nel diritto francese*, cit., pag. 380 ss.; DURAND, *Traité de droit du travail*, cit., II, pag. 793-807 ss.

13 Per qualche rapido accenno: BOLDT, *Il contratto di lavoro nel diritto tedesco*, vol. cit., pag. 255 e 264. Una completa esposizione del problema e delle tendenze ormai consolidate in Germania si trova nel LARENZ, *Lehrbuch des Schuldsrecht*, 5ª ed., München und Berlin, 1962, I, pag. 104 ss.

14 Sullo stato della questione in generale, si può utilmente consultare il volume dello YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail*, ecc., cit., pag. 268 ss.; ma si veda anche DURAND, *Traité de droit du travail*, cit., II, pag. 807 ss.; HORION, *Suspension du travail et salaire garanti*, cit., pag. 114 ss.

4. Le soluzioni prospettate dalla dottrina italiana, nel quadro della disciplina di diritto comune della sopravvenienza

La dottrina italiana, trovandosi di fronte ad una disciplina particolarmente rigida della sopravvenienza, ha prospettato varie soluzioni, alle quali è il caso di dedicare qualche pur rapido accenno.

Il SIMI¹⁵, ha sostenuto che di fronte alla infungibilità della prestazione e di fronte al fenomeno della implicazione della persona nel rapporto, il requisito della oggettività dell'impedimento sopravveniente viene a sussistere anche per gli eventi inerenti alla persona; né può parlarsi di imputabilità, perché a ciò ostano ragioni di carattere sociale, connesse al citato fenomeno della implicazione.

Il MANCINI¹⁶, che aderisce ad una nozione rigorosamente oggettiva della sopravvenienza, impernia la sua costruzione attorno al rapporto di immanenza o di intrinsecità tra persona e prestazione (infungibile); l'ostacolo personale, appunto in considerazione di tale connessione, reagisce immediatamente sulla prestazione e trasforma in obiettiva la situazione di impedimento personale. Tuttavia, includendo tra gli obblighi di correttezza il dovere preparatorio dell'adempimento, l'A. estende sostanzialmente la portata del comportamento dovuto anche ai periodi estranei al tempo destinato alla attività lavorativa e giustifica quindi gli impedimenti che colpiscono il prestatore in quella fase extralavorativa solo quando le relative cause si possano inquadrare nell'ambito di interessi più rilevanti rispetto a quelli strettamente inerenti all'attuazione del rapporto¹⁷.

15 *L'impossibilità per il lavoratore di dare la sua prestazione*, in *Riv. dir. lav.*, 1948, I, pag. 372 ss.

Questo studio, peraltro ricco di spunti di notevole interesse, è stato vivamente criticato dal MANCINI e dal MENGONI (loc. cit. in nota 9) per l'eccessivo richiamo a considerazioni umane e sociali. Bisogna riconoscere che almeno alcune di queste critiche sono fondate, perché ad esempio non è sufficiente richiamarsi a «ragioni umane e sociali» per stabilire limiti all'estensione dell'obbligo contrattuale (pag. 474). Anche la pretesa di eliminare la distinzione tra elementi oggettivi ed elementi soggettivi in relazione al fenomeno della implicazione della persona, è piuttosto discutibile. Tuttavia, bisogna pur dire che questa tesi non è poi molto dissimile da quella del Mancini, di cui ci occuperemo più avanti, nel testo. Particolarmente censurabile ci sembra, di questo Autore, l'affermazione relativa alla sussistenza di un «obbligo generale di non far nulla che possa impedire l'adempimento». In realtà, non si capisce bene in che consista quest'obbligo e se l'A. lo consideri addirittura come autonomo e distinto dall'obbligazione principale; per di più, c'è da chiedersi se valga la pena di prevedere un obbligo così generale, per poi trovarsi costretti a farlo cadere di fronte ad una «insopprimibile esigenza umana» (pag. 475), cui il diritto riconoscerebbe efficacia prevalente sull'obbligo stesso.

16 *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 47 ss.

17 Si tratta, secondo il MANCINI, degli interessi corrispondenti alla finalità cui risponde la disciplina delle pause di lavoro e precisamente: alla necessità di reintegrazione delle energie consumate nella prestazione; alla necessità di attendere alla cura degli altri interessi materiali e morali (pag. 155 ss.). Per rendere più chiaro il pensiero dell'A., converrà ricordare che egli considera come giustificati l'infortunio e la malattia derivanti dall'esercizio di attività sportive, la candidatura, l'arruolamento volontario e l'osservanza dei doveri morali e giuridici, in

Il MENGONI¹⁸, il quale respinge i richiami alla «umanizzazione» del Simi ed al tempo stesso critica la tesi del Mancini, considerando l'immanenza della persona nella prestazione come un elemento di mero fatto, rileva la mancanza di una normativa che possa consentire una qualsiasi deviazione rispetto al diritto comune; aggiunge però che in alcuni casi particolari, inerenti alla personalità morale del prestatore, si applica il criterio di prevalenza di alcuni fondamentali doveri rispetto alla obbligazione di lavoro (v. ad es. art. 51 e 52 Cost., art. 315 e 144 c.c., ecc.). Sostiene, infine, che l'inerenza del contenuto della obbligazione alla persona è elemento indispensabile per la valutazione della colpa¹⁹.

Il COTTINO²⁰, il quale ha condotto un'ampia critica contro le concezioni tradizionali in materia di impossibilità sopravvenuta, ha osservato che non ha senso parlare di obiettività dell'impedimento, almeno in relazione al rapporto di lavoro, stante la particolare natura di esso, sufficiente di per sé a spiegare la rilevanza, a fini estintivi, dell'impedimento personale. Ha aggiunto inoltre che il problema si concentra in realtà soprattutto sugli aspetti relativi alla imputabilità e che essi debbono risolversi necessariamente con particolare riguardo alla situazione personale del prestatore.

Come si vede, è comune a tutte queste costruzioni la insoddisfazione verso l'applicazione rigida della disciplina dettata dal diritto comune²¹.

quanto tutti questi eventi rispondono a finalità ritenute prevalenti dall'ordinamento; ritiene invece imputabili le malattie veneree, i postumi di un'ubriacatura, l'arresto, in quanto non inquadrabili nell'ambito suindicato.

18 *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pag. 270 ss.; ma vedi anche: *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, nel vol. cit., pag. 473 ss.

19 È questa, in un certo modo, la parte più significativa dello studio citato in nota precedente, perché l'A. concorda sostanzialmente col Simi, sul punto relativo alla valutazione soggettiva della colpa, approfondendo però in modo assai acuto il problema della diligenza, anche in relazione alla fase preparatoria dell'adempimento. Per il MENGONI è imputabile la sbornia che il prestatore si prende la notte prima del lavoro, ma non la lesione che egli si procura durante un'escursione, nel suo giorno di riposo, e neppure il tentato suicidio (nel quale difetta la violazione di un obbligo di diligenza).

Piuttosto singolare, invece, è la soluzione che l'Autore (pag. 275) propone per l'ipotesi di arresto, operando una distinzione tra arresto per furto (imputabile) e l'arresto per omicidio a causa d'onore (non imputabile). Ma di ciò ci occuperemo più oltre.

20 *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955. Si tratta dello studio più ampio dedicato, in questi anni, al problema della sopravvenienza, con risultati di indubbia importanza.

21 Ci siamo limitati a richiamare alcune costruzioni dotate di particolare originalità, alle quali, in sostanza, sono riconducibili tutte le altre. Ma bisogna riconoscere che la dottrina ha avvertito la delicatezza del problema ed ha generalmente cercato di reperire soluzioni soddisfacenti, oltreché sul piano strettamente giuridico, anche sul piano sociale ed umano.

Si vedano in particolare: SUPPIEJ, *Capacità giuridica di lavoro e capacità naturale di lavoro*, in *Riv. dir. internaz. comp. lav.*, 1961, pag. 258 e 271; LEGA, *La diligenza del lavoratore*, Milano, 1963, pag. 122 ss. e 257 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, pag. 300; GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 72 ss.; ASSANTI, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 106 (nota 101); BARASSI, *Il diritto del lavoro*, cit., III, pag. 150 ss.; CORRADO, *Trattato di*

In fondo, sia pure per vie diverse, tutti gli Autori che abbiamo considerato, cercano di trovare una soluzione che concili le esigenze del dato normativo con le peculiarità del diritto del lavoro. Ma non per questo le divergenze sono meno evidenti. Né potrebbe essere diversamente, ove si consideri che in definitiva esse riflettono più o meno direttamente i contrasti che agitano da sempre la dottrina che si è occupata dell'arduo tema della sopravvenienza.

Come si è già accennato, su questa problematica non c'è ancora nulla di pacifico e di acquisito; tutti gli elementi ed i requisiti considerati dalla normativa sono controversi e dibattuti, senza che sia dato di scorgere alcun segno di un almeno potenziale accordo. Orbene, se è sempre difficile applicare il diritto comune ad una materia «particolare» come il diritto del lavoro, è naturale che le difficoltà aumentino a dismisura quando si tratta di inserire ipotesi dotate di una cospicua singolarità (quale appunto quella degli impedimenti personali del prestatore) in schemi tutt'altro che precisi e definiti e comunque sottoposti a continui dibattiti, a revisioni critiche, a ritorni di antiche teorie, ad elaborazioni di costruzioni nuove.

Di tutta questa problematica non è certo possibile occuparci in questa sede, anche perché riteniamo preferibile tentare di battere altre strade.

Ci siano però consentite alcune sommarie osservazioni.

Anzitutto, riteniamo che sia da respingere la pretesa di risolvere una questione del genere col richiamo alle «imprescindibili esigenze umane» oppure a considerazioni di carattere sociale. Tutte cose che – lo si è già detto – vanno tenute in notevole rilievo, a condizione però che non manchi qualche indice normativo di sicuro riferimento. Altrimenti, esse si risolvono in espressioni vuote di significato o tutt'al più vevoli come riferimento ad un'aspirazione, che solo il legislatore potrà accogliere, ma che non è consentito all'interprete di soddisfare.

In secondo luogo, non sembra dotato di valore costruttivo il richiamo al rapporto di immanenza tra prestazione e persona, per le ragioni già altrove più ampiamente svolte e che possono riassumersi nel sostanziale diniego del preteso carattere infungibile della prestazione di lavoro. Talché, il dedotto rapporto di intrinsecità appare – per dirla col Mengoni – come un semplice elemento di fatto, inidoneo a trasformarsi in un principio generale derogatorio rispetto alla disciplina delle obbligazioni e dei contratti²².

diritto del lavoro, cit., I, pag. 651 ss., II, pag. 209 ss.; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pag. 211 ss.

Assai meno sensibile, invece, la giurisprudenza, la quale è però tutt'altro che rigorosa, sul piano strettamente giuridico (e bastino gli esempi citati in nota 5).

22 Queste considerazioni valgono, naturalmente, sia per le concezioni strettamente legate alla pretesa infungibilità della prestazione (MANCINI, SUPPIEJ, LEGA), sia per quelle che partendo da presupposti sostanzialmente analoghi, tendono ad andare ancora oltre, considerando il fenomeno della implicazione della persona come qualcosa di più pregnante della stessa infungibilità (SIMI, *L'impossibilità per il lavoratore di dare la sua prestazione*, cit., pag. 473).

Ma ciò che conta, soprattutto, è il fatto che gran parte delle difficoltà in cui si dibatte la dottrina esaminata dipendono dal presupposto da cui essa parte, che cioè l'impossibilità debba rispondere ai requisiti di obiettività e assolutezza.

È logico che partendo da una siffatta premessa, si sia poi costretti a ricorrere alle costruzioni più disparate per evitare le conseguenze rigorose che appunto se ne dovrebbero trarre e che la coscienza e la sensibilità giuridica moderna considerano come aberranti.

È noto infatti che la nostra dottrina civilistica, partita da nozioni strettamente soggettivistiche del problema della sopravvenienza, ha poi operato una severa critica di questa impostazione²³. Ma è anche noto che le conclusioni cui si perveniva attraverso concezioni rigorosamente oggettive sono apparse ai più come inaccettabili, tanto che ci si è premurati di attenuarne la portata. Ond'è che oggi può dirsi che anche gran parte di coloro che aderiscono ad una nozione oggettiva della responsabilità, giungono poi a notevoli temperamenti; o quanto meno investono di critiche, spesso anche energiche, il requisito dell'assolutezza, giungendo così – per altra via – ad un risultato di analoga attenuazione²⁴.

L'opinione del MENGONI riportata nel testo si trova nello studio *Note sull'inadempimento involontario*, ecc., cit., pag. 272.

23 Il maggior esponente della tesi rigorosamente soggettiva fu, come è noto, il Coviello; tentativi di attenuazione furono poi operati dal Polacco. Ma la critica più decisa contro questi orientamenti appartiene all'Osti, che ha introdotto una concezione rigorosamente oggettiva. Tuttavia, lo stesso Osti ha successivamente cercato di attenuare il rigore del principio, ammettendo ad esempio, che il debitore possa ritenersi esonerato, quando l'adempimento si porrebbe in conflitto con alcuni diritti essenziali della persona. Per ampie esposizioni delle controverse dottrinarie sul punto, si vedano particolarmente: GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit.; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, cit., pag. 15 ss. (con ampi riferimenti bibliografici, particolarmente in nota 25).

24 È interessante, ad esempio, l'evoluzione del pensiero del MENGONI, il quale aderisce alla tesi dell'obiettività, negando che si possa perfino parlare di impossibilità soggettiva; ma poi, come si è già accennato e come meglio vedremo in seguito, la concezione di questo A. in tema di impossibilità è tutt'altro che rigida (si veda particolarmente, oltre allo studio più volte ricordato sull'inadempimento involontario del prestatore di lavoro, l'importante saggio *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pag. 281 ss.). Significativa anche la posizione dell'OSTI, nel suo scritto più recente sull'argomento (*Impossibilità sopravveniente*, in *Novissimo digesto*, cit., pag. 287 ss.), nel quale si introducono notevoli temperamenti alla nozione di assolutezza, riconoscendo che l'impossibilità può essere determinata da un impedimento non superabile con le modalità di esecuzione relative al singolo tipo di rapporto (pag. 294). Fondamentale la revisione critica operata dal BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, I, pag. 107 ss., che definisce l'assolutezza come «un'iperbole assurda» ed afferma che l'impossibilità è necessariamente relativa, in quanto riguarda la specifica obbligazione considerata e il particolare impegno di collaborazione che essa richiede.

Il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1962, II, pag. 76 ss., è andato ancora oltre, negando sia il requisito della obiettività che quello dell'assolutezza ed affermando che la valutazione va fatta non solo in riferimento al tipo del rapporto obbligatorio, ma anche alle modalità concrete di esso.

Noi non crediamo che oggi sia possibile un ritorno puro e semplice a concezioni rigorosamente soggettivistiche; ma siamo d'avviso che i temperamenti che via via si sono introdotti sulle nozioni rigide di obiettività ed assolutezza non possono assolutamente essere trascurati. In realtà, in un sistema imperniato attorno a valutazioni eminentemente relative e nel quale si dà estrema importanza al singolo tipo di rapporto obbligatorio, sembra scarsamente costruttiva la pretesa di far riferimento ancora nozioni improntate a rigidità e assolutezza e quindi necessariamente anche ad astrattezza. Così come ogni comportamento deve essere valutato in relazione al tipo di rapporto nel quale si inserisce e così come la stessa valutazione dell'adempimento deve essere sempre effettuata con criteri per quanto possibile aderenti alla fattispecie ed alla cornice delle circostanze, allo stesso modo anche l'impossibilità sopravvenuta deve valutarsi con particolare riguardo non solo al tipo di rapporto obbligatorio, ma anche alle specifiche modalità con cui esso deve attuarsi. Ciò vale soprattutto per le obbligazioni di fare nelle quali il contenuto essenziale dell'obbligazione è rappresentato da un comportamento umano, con tutte le conseguenze e le implicazioni che da ciò scaturiscono in modo necessario²⁵. Ma vale, in certa misura, per qualunque tipo di rapporto, ove non si voglia accedere ad una applicazione meramente formalistica ed astratta della normativa.

Ma c'è ancora una considerazione da fare, in relazione al secondo elemento fondamentale (imputabilità). Se si nega il collegamento tra il criterio di valutazione dell'imputabilità e il criterio della diligenza²⁶, si finisce per lasciare il primo in una sorta di limbo, sprovvisto di sicuri riferimenti normativi. È vero che la diligenza non è l'unico metro di valutazione, ma sicuramente è il principale elemento di giudizio; sotto questo profilo il collegamento tra l'art. 1218 e l'art. 1176

Il COTTINO, *loc. cit.*, pag. 183 ss., ritiene che per le obbligazioni di fare non sia possibile il riferimento alle nozioni di obiettività e di assolutezza.

Il GIORGIANNI, *loc. cit.*, pag. 228, ammette l'oggettività e l'assolutezza, ma solo per alcune ipotesi, mentre per le altre sostiene l'impossibilità di formulare una regola costante.

Come si vede (ed abbiamo proceduto solo per sommari richiami) la situazione è ancora molto fluida ed improntata a notevole incertezza; è tuttavia agevole scorgere, pur nei contrasti della dottrina, alcune fondamentali linee di tendenza, quali appunto si è cercato di enucleare nel testo.

25 Il problema è ulteriormente complicato dal dibattito tuttora assai vivo sulla distinzione tra le obbligazioni di risultato e le obbligazioni di mezzi. Esso però ha scarsa attinenza col problema fondamentale di cui ci occupiamo e non occorre dunque soffermarvisi, neppure per richiamare la dottrina sull'argomento, ormai vastissima. (V. comunque, da ultimo, anche per ampi riferimenti: PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 211 ss.).

26 È la tesi ampiamente esposta dal MANCINI nel volume più volte richiamato su *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, pag. 147 ss.

Il COTTINO, invece (*loc. cit.*, pag. 411 ss.) contesta che l'impossibilità sia un semplice correlativo della diligenza, la quale è solo una delle regole di condotta nell'adempimento, dovendosi affiancare anche la buona fede e la correttezza; sostanzialmente analoga la posizione del CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., II, pag. 209 ss., secondo il quale l'unico limite è costituito dal caso fortuito.

appare veramente insostituibile. Come si può stabilire se la causa dell'evento sopravvenuto è imputabile o meno al debitore, se non si *misura* ad una stregua obiettiva il suo comportamento? E la unità relativa non può essere fornita altro che dal criterio della diligenza, indicato nell'art. 1176 e specificato – per quanto concerne più da vicino il nostro problema – dall'art. 2104 c.c.²⁷.

È vero che accogliendo una nozione rigorosamente oggettiva della responsabilità, sembrerebbe preclusa perfino ogni indagine sullo sforzo del debitore, sulla sua diligenza e quindi – in un certo modo – sulla sua colpa²⁸. Ma la cennata attenuazione del rigoroso principio oggettivistico consente, per molteplici vie, proprio l'indagine non solo sulla misura dello sforzo che il debitore ha compiuto ma anche sulla misura dello sforzo che egli era tenuto a compiere. Si hanno così indici di riferimento abbastanza concreti, che consentono di uscire dalle secche dell'astrattezza e di compiere un'operazione di valutazione per quanto possibile aderente alla natura del rapporto, alle particolari caratteristiche della prestazione e (perché no?) anche alla stessa posizione soggettiva del debitore. Diligenza, però – si badi bene – intesa nell'accezione dell'art. 1176 e quindi con riferimento specifico alla fase di attuazione del rapporto. Pretendere di forzarla oltre questo ambito nel quale l'ha collocata il legislatore, significa nuovamente ricadere nell'astrattezza e nell'arbitrarietà. Questo vuol dire soprattutto che la diligenza – pur rapportabile sia all'adempimento che all'inadempimento – va tuttavia considerata sempre in relazione alla fase esecutiva, o meglio, di attuazione e non già anche alle fasi che la precedono e comunque restano ad essa estranee.

Non si intende così negare che la diligenza includa anche l'aspetto negativo di conservazione della possibilità di adempiere: ma ciò che conta è il fatto che questo aspetto non è altro che il rovescio della medaglia del lato attivo, che è poi quello principale²⁹.

27 Si richiamano particolarmente alla diligenza, come misura sia dell'adempimento che dell'inadempimento, il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., II, pag. 46 ss.; il RODOTÀ, *Diligenza*, in *Enc. diritto*, XII, pag. 539 ss.; il GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., pag. 295; il PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, pag. 208 ss.; il BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pag. 130, sia pure limitatamente alle obbligazioni di contegno; il DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milano, 1964, pag. 203, con una limitazione affine a quella del Betti; il RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, pag. 210 ss.; il MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario*, cit., pag. 274 ss., ma con le riserve di cui ci occuperemo più avanti.

28 Il rilievo è del RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pag. 276, il quale aggiunge però che la nozione di abuso del diritto attenua il rigore del principio, limitando l'estensione della pretesa del creditore.

29 Il MENGONI, invece (*Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., pag. 203) assegna alla diligenza, come funzione fondamentale, quella relativa alla conservazione della possibilità di adempiere. Altri Aa. si limitano ad accentuare l'aspetto negativo della diligenza, senza peraltro individuare esattamente i limiti. V. ad es.: SUPPIEJ, *Capacità giuridica di lavoro*, ecc., cit., pag. 259; LEGA, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 121; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., I,

Non è possibile quindi isolare obblighi autonomi e distinti rispetto a quello fondamentale di attuare la prestazione dovuta con la necessaria diligenza. Quest'ultima costituirà il metro di valutazione anche per controllare se il debitore ha fatto tutto ciò che poteva per realizzare o conservare la possibilità di adempiere, e per stabilire se l'eventuale inadempimento rientri nei limiti dello sforzo cui era tenuto, oppure li ecceda. Ma è fondamentale che la diligenza non sia trasformata in un astratto dovere di sforzo che investe tutta la vita del debitore e lo impegna ad una sorta di eroismo per ottenere il comportamento dovuto e realizzare l'interesse del creditore. Per questo, nel criterio della diligenza è insito anche un limite, che consiste nello stretto collegamento che deve sussistere tra lo sforzo e le attività comunque considerate e la prestazione, intesa nel senso più ampio e cioè come comportamento. Questo collegamento funzionale e strumentale attrae nell'ambito della prestazione non già tutte le attività astrattamente destinate a realizzare un determinato risultato, ma solo quelle che risultino immediatamente e necessariamente concatenate ad esso³⁰. La ricerca di un siffatto legame funzionale impedisce di giungere a risultati francamente aberranti, come quelli di pretendere che l'intero tenore di vita del debitore venga adeguato in funzione della prestazione³¹. Nello stesso tempo, si fornisce un

pag. 214; SIMI, *L'impossibilità per il lavoratore*, ecc., cit., pag. 473; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., pag. 295; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pag. 211, nota 1; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 207. Tuttavia la maggior parte di questi AA. nega esattamente che «il dovere preparatorio» possa considerarsi come obbligo autonomo e distinto rispetto all'obbligazione principale.

Acutamente osserva il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., II, pag. 88 ss., che nelle cennate costruzioni c'è solo una parte di verità e cioè che la diligenza esprime due esigenze, di cui una attiva (adempimento) e l'altra negativa (conservazione), che altro non sono che le due facce del medesimo fenomeno. Anzi, osserva il NATOLI, se una preminenza deve riconoscersi ad uno degli aspetti, ciò compete fondamentalmente a quello attivo, che attiene alla funzione essenziale di misura dell'attenzione, dello sforzo psicologico che il debitore deve adoperare per attuare esattamente la prestazione.

30 A questa stregua, il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., II, pag. 89, individua il limite funzionale nel margine concreto d'incidenza dell'attività sul concreto obiettivo procedimento di produzione del risultato. È significativo il fatto che a risultati sostanzialmente analoghi perviene anche il MENGONI, pur nella diversità del punto di partenza, allorché esclude che nel dovere di diligenza si possa includere l'astensione da ogni manifestazione della personalità cui acceda un pericolo per la possibilità di prestazione; per il MENGONI il dovere di diligenza comprende solo i comportamenti *necessari* per la preparazione immediata del lavoro (*Note sull'inadempimento involontario*, ecc., cit., pag. 275).

31 Il LEGA, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 121, richiama genericamente un «obbligo di sacrifici e di cautele anche fuori dell'ambiente di lavoro»; mentre il SIMI, *L'impossibilità per il lavoratore*, ecc., cit., pag. 473 ss., riconosce che in linea di principio non ci sarebbero limiti alla diligenza, in quanto rileva tutto ciò che sminuisce le energie e l'efficienza della prestazione. Non c'è da meravigliarsi se poi si è costretti a ricorrere a «ragioni sociali e umane» per temperare il rigore delle cennate conseguenze. Che sono poi in definitiva le stesse a cui conduce la costruzione del MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 147 ss., secondo il quale l'obbligo preparatorio dell'adempimento, nascente dalla correttezza e svincolato dalla

criterio valido e concreto per la soluzione del problema della sopravvenienza, individuato nel rapporto di immediatezza tra le cause dell'impossibilità e gli effettivi obblighi contrattuali³². In questo senso, allora, può dirsi che la diligenza (correttamente intesa) funziona anche come criterio di responsabilità.

Se si accettano le considerazioni suesposte, ci si trova assai vicini alla soluzione del problema che ci interessa; se non altro nel senso che è possibile superare lo scoglio rappresentato dal rigore di certi principi, pur senza ricorrere a criteri metagiuridici.

Ma il risultato non è ancora appagante, perché la materia è troppo fluida e lo stato dell'esperienza giuridica non sembra consentire l'acquisizione di dati di definitivo e sicuro riferimento. Ciò postula allora la ricerca di altri criteri di indagine, per vedere se risultati più sicuri e confortanti possano ottenersi per vie diverse, che del resto una parte della dottrina ha intravisto, anche se non sempre le ha adeguatamente approfondite.

5. La teoria della inesigibilità, nei suoi aspetti generali

Nell'esperienza giuridica germanica è da tempo acquisito il richiamo alla teoria della *inesigibilità*, latamente intesa. Sono in definitiva riconducibili ad essa tutti quegli orientamenti che, su basi diverse e partendo da presupposti differenti, hanno cercato di temperare le conseguenze dell'applicazione rigorosa di alcuni principi, individualizzando – per quanto possibile – i vari criteri di responsabilità³³.

diligenza, consisterebbe nel prendere tutte le misure atte a preservare la possibilità della prestazione e nell'astenersi dal mettere a repentaglio tale possibilità. Il che non è poi molto lontano dall'obbligo – individuato da una parte dalla dottrina tedesca – di «mantenersi sano e capace di lavorare». In sostanza, per non giungere a conseguenze aberranti, c'è solo da mantenersi aderenti al dato normativo, il quale non consente siffatte estensioni, recando in sé alcuni limiti strettamente connaturali.

32 Così il COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta*, ecc., cit., pag. 353, pur nell'ambito della particolare concezione riferita in nota 26. Ma vedi anche, in senso sostanzialmente analogo: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1964, ed. provv. pag. 128.

33 In certo modo, le prime formulazioni risalgono allo HARTMAN, *Die obligation*, Erlangen, 1875, pag. 173 s. Ma poi la teoria si è sviluppata con la varietà di impostazioni cui si accenna nel testo, ed oggi può dirsi comunemente accettata, in Germania. Ci limitiamo a richiami bibliografici d'ordine generale senza addentrarci nelle varie suddivisioni di tendenze, per le ragioni esposte nel testo: KRUCKMANN, *Rebus sic stantibus*, Tübingen, 1918, pag. 178 ss.; NIPPERDEY, *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung*, Mannheim, 1921; EHRLICH, *Die Stillweigende Willenserklärung*, Leipzig, 1893, pag. 291; HECK, *Grundriss des Schuldrecht*, Tübingen, 1929, pag. 89; KASKEL, *Arbeitsrecht*, Berlin, 1928, pag. 127; STOLL, *Vertrag und Unrecht*, Tübingen, 1936, II, pag. 177; LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des B.G.B.*, München und Berlin, 1929, I, pag. 293 ss.; ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Recht*. Merburg, 1930, II, pag. 190 ss.; GOLDSCHMIDT, *Die Schuld im Straf und Zivilrecht*, Breslau, 1934, pag. 42 ss.; ESSER, *Lehrbuch des Schuldrecht*, Karlsruhe, 1949, pag. 14 e 36 ss.; ENNECERUS-LEHMANN, *Schuldrecht*, ed. 13ª, Tübingen, 1950, pag. 175 ss.; MOLITOR, *Schuldrecht*, München und Berlin, 1953, I, pag. 65 ss.;

Dalle impostazioni originarie, fondate sul riferimento alla buona fede come criterio di giudizio sul comportamento dell'obbligato, si è passati alle teorie del «limite di sacrificio», che in sostanza assimilano all'impossibilità l'esorbitanza della prestazione, quando la stessa non possa essere, in buona fede, richiesta al debitore; si è altresì elaborata la teoria della ripartizione dei rischi, secondo la quale bisogna tenere conto di un certo rapporto tra le obbligazioni corrispettive e bisogna parzialmente ripartire i rischi derivanti da vari eventi che possano incidere sull'adempimento. Non ha importanza soffermarsi qui sulle differenze che si riscontrano tra i vari Autori e le varie tendenze; importa invece sottolineare il fondamento comune, che è quello di non pretendere dal debitore più di quanto sia «esigibile» da lui. Ed importa anche sottolineare la particolare considerazione che si è dedicata alla posizione del creditore, un tempo ritenuta pressoché esente da limiti che non fossero legislativamente previsti; si ritiene ora comunemente che il creditore non può perseguire indiscriminatamente il proprio interesse, ma riceve tutela dall'ordinamento solo quando non abusa del proprio diritto o comunque non eccede rispetto al contenuto funzionale di esso³⁴.

In certo modo, anzi, può dirsi che proprio in questo consiste la maggior novità, e cioè nella diversa considerazione che si è data al comportamento del creditore, il quale dev'essere valutato alla stregua di buona fede, non diversamente da quello del debitore.

Questo risponde, ovviamente, alla tendenza moderna a realizzare concretamente un equo temperamento degli interessi tra le parti, al di là delle apparenze meramente formali.

La ricerca della proporzione tra le prestazioni corrispettive, come pure la tendenza verso un'equa ripartizione dei rischi, anche in rapporto alla natura particolare delle singole prestazioni, corrisponde del resto all'applicazione più coerente del principio di buona fede, che nell'esperienza giuridica germanica è così largamente accolto, da condurre talvolta addirittura a conseguenze eccessive.

Buona fede ed esigibilità vengono richiamate ad ogni piè sospinto, anche là dove soccorrerebbero altri indici di riferimento normativo; e non sempre – bisogna riconoscerlo – all'impiego di questi criteri di valutazione ha fatto riscontro un reale approfondimento dei loro presupposti e dei loro fondamenti obiettivi. Ed è forse proprio questo elemento negativo che ha creato preclusioni e preconcetti contro istituti o concezioni che pure avrebbero meritato ben diversa accoglienza. Ma ciò non basta ad eliminare quel tanto di positivo – ed è molto – che vi è nelle concezioni suindicate, rendendole meritevoli di attenta indagine e di concreta applicazione.

LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, 5ª ed., München und Berlin, 1962, I, pag. 106 ss.; RABEL, *Das Recht des Warenverkehrs*, Berlin, 1936, I, pag. 343 ss.

34 In questo senso, per tutti: LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, cit., I, pag. 104 ss.

6. L'inesigibilità come criterio di «individualizzazione» nel diritto penale

La nozione di inesigibilità è stata utilizzata ben presto anche dalla dottrina penalistica, e questa volta non solo in Germania³⁵. In genere, la *Unzumutbarkeit* viene riferita ad un comportamento «umanamente» non esigibile. Nel diritto penale non può essere utilizzato il richiamo alla buona fede, che acquista in questo campo un significato del tutto diverso e per la quale manca comunque un fondamento normativo, come accade invece per il diritto civile (par. 242 BGB; art. 1175 e 1375 c.c.). Ma il senso con cui viene usato quell'avverbio «umanamente» non è molto diverso da quello adottato dai civilisti per riferirsi al criterio della buona fede.

Parimenti, analoga è la finalità cui si ispirano queste tendenze, che si sostanziano nello sforzo di raggiungere ed identificare il valore della norma, in sede di applicazione al caso specifico, per adeguarla per quanto possibile ai fatti ed ai valori concreti della vita³⁶.

Anche qui si tratta di «individualizzare» la responsabilità, riferendola non solo alla personalità del soggetto considerato, ma anche al quadro delle circostanze in cui egli si è trovato ad operare. In altre parole, si afferma che non è colpevole colui da cui non si poteva pretendere un comportamento diverso, in quella particolare situazione³⁷.

35 I primi accenni possono trovarsi addirittura nel nostro FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, Milano, 1784, III, pag. 37 e successivamente nel ROSSI, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1852, pag. 171.

Ma la dottrina tedesca è quella che ha dato uno sviluppo più costruttivo alla teoria, già nella prima parte di questo secolo.

Dopo le opere fondamentali del GOLDSCHMIT, *Der Notstand ein Schuldproblem*, Berlin, 1913, e del FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, München, 1922, decisivo fu il contenuto del METZGER, *Schuld und Persönlichkeit*, 1932, pag. 15 ss.; e poi anche nel famosissimo trattato, del quale esiste anche una discreta traduzione italiana: *Diritto penale*, Padova, 1935. Per la dottrina più recente: DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Bonn, 1950, pag. 422 ss.; WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1951, pag. 52 ss.

Per la dottrina italiana favorevole alla teoria, pur con varie sfumature, v.: BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1962, pag. 309 ss.; NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, pag. 66 ss. e 122 ss.; MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, pag. 148 ss.; GIANNOTTA, *A proposito della non esigibilità nella falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, pag. 21; BETTIOL, *Non esigibilità e collaborazione*, in *Giur. it.*, 1946, II, pag. 121 ss.

L'opera più completa dedicata *ex professo* all'argomento è quella dello SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948.

36 Così, particolarmente, il METZGER, *Diritto penale*, cit., pag. 387; WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1951, pag. 52 ss., ma questo orientamento è alla base di tutte le costruzioni che si volgono alla ricerca di cause di esclusione della colpevolezza non specificamente previste.

37 Osserva esattamente il BETTIOL, *Non esigibilità e collaborazionismo*, cit., pag. 121, che la morale può chiedere un atto di eroismo, ma il diritto no, a meno che ciò non sia espressamente richiesto da una norma di legge; così anche METZGER, *loc. cit.*, pag. 389.

Di particolare interesse, per gli studiosi delle materie civilistiche, è l'impiego che la dottrina penalistica ha fatto della inesigibilità in tema di reato colposo, considerandola come lo strumento per individuare i limiti dell'obbligo di diligenza³⁸.

Ma ancor più saliente è il rilievo comunemente formulato da queste tendenze, secondo il quale alla base di ogni norma vi è un conflitto di interessi, che l'interprete deve individuare proprio per stabilire quale fosse il comportamento dovuto in concreto e se per avventura nei singoli casi non si fosse prodotta una situazione tale da determinare la prevalenza di alcuni di essi, esonerando quindi da responsabilità il soggetto che li avesse anteposti a quelli formalmente evidenziati dal precetto³⁹.

Naturalmente, questi orientamenti hanno trovato non pochi oppositori, i quali considerano come ripugnante alla coscienza giuridica l'introduzione di cause di esclusione della colpevolezza non previste specificamente dal legislatore.

Per limitarsi alla dottrina italiana⁴⁰ rileveremo come alla base di tutti i rilievi critici, vi sia sempre un comune denominatore: l'accusa cioè di voler introdurre un criterio di valutazione estremamente generico e impreciso, talmente ampio e vago da potervi far rientrare qualsiasi ipotesi, con conseguente grave compromissione della certezza del diritto. Secondo le obiezioni più frequentemente ricorrenti, gli avverbi «ragionevolmente», «umanamente» e così via, riferiti al

38 Su questo punto, che è per noi di particolare interesse, si è soffermato particolarmente lo SCARANO, *loc. cit.*, pag. 52 ss. Il NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., pag. 67, afferma che in questi casi non entra in giuoco – a stretto rigore – una causa di esclusione di colpevolezza, perché se manca l'antidoverosità, vuol dire che non c'era un dovere da rispettare. Il che è esatto solo fino ad un certo punto, perché in astratto il dovere può sussistere, ma essere poi escluso l'obbligo di rispettarlo, sia a causa delle particolari circostanze, sia per la prevalenza di altri doveri in conflitto con quello. Infatti, lo stesso NUVOLONE ammette poi lo stato di necessità *extra legem* tutte le volte che, sulla base di criteri sistematici, si delinea un conflitto tra interessi equivalenti o diversi (*loc. cit.*, pag. 122).

39 Oltre ai rilievi del Nuvolone richiamati nella nota che precede, si vedano ancora il METZGER, *loc. cit.*, pag. 387, e il GIANNOTTA, *A proposito della non esigibilità nella falsa testimonianza*, cit., pag. 31.

40 Basterà ricordare le vivaci obiezioni del PETROCELLI, *La colpevolezza*, Napoli, 1948, pag. 168 ss., del GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1955, pag. 145 ss., del RICCIO, *Il reato colposo*, Milano, 1952, pag. 293 ss.

In effetti, nessuno di questi AA. respinge la teoria della non esigibilità nel suo complesso; la critica si rivolge contro la teoria così com'è formulata, nel senso che essa fornirebbe un criterio troppo «vago e generico» (RICCIO), troppo sprovvisto di precisione e concretezza (GALLO), troppo generico ed ampio, si da potervi rientrare qualsiasi ipotesi (PETROCELLI). Si direbbe che questi AA. siano disposti ad accogliere la teoria ove si riesca ad indicare criteri precisi ed a fornire adeguate garanzie, per salvare la certezza del diritto. Del resto, che non ci sia un rifiuto assoluto ad accogliere la concezione in senso generale, è dimostrato dal fatto che ad esempio il Riccio riconosce che la valutazione della negligenza va fatta *secondo le circostanze personali* e che alla *esigibilità* va attribuito il valore di *criterio di interpretazione* (*loc. cit.*, pag. 295). Orbene, si tratta di due affermazioni perfettamente inseribili nel quadro della concezione di cui ci stiamo occupando, che tende appunto sia ad «individualizzare» il precetto, sia a fornire un criterio di valutazione dei comportamenti.

comportamento che si poteva pretendere, sarebbero privi di significato; per poter ammettere il ricorso alla inesigibilità – si dice – bisognerebbe formulare un criterio che delimitasse il quanto, il come, il perché di ciò che si deve o non si deve esigere.

Critiche, come si vede, non diverse – sul piano sostanziale – da quelle formulate anche da una parte della dottrina civilistica.

Ma si è vigorosamente risposto che la certezza del diritto non consiste semplicemente nell'applicazione formalistica delle norme; e che anzi essa è compromessa ben spesso proprio da coloro che interpretano ed applicano il sistema positivo senza riferimenti alla realtà e senza preoccuparsi delle conseguenze cui può condurre la pedissequa adesione allo *jus strictum*⁴¹.

A nostro avviso, la tesi dell'inesigibilità è suscettibile di recare un largo contributo, anche nel campo dell'esperienza giuridica penale, a condizione che si tenga conto adeguato delle cennate critiche, che recano in sé qualche frammento di verità. Benvero, se questo criterio dev'essere così lato e generico da potersi riferire a qualsiasi ipotesi e soprattutto da ridurre le esigenze normative alle istanze soggettive dei singoli, allora bisogna dire che realmente esso non ha valore costruttivo. Se invece lo si àncora al dato normativo e lo si inserisce in un quadro *obiettivo*, di concreta valutazione dei conflitti di interessi sottostanti alla norma, allora bisogna riconoscere che esso può ben assolvere alla funzione di adeguare la normativa alle esigenze della realtà⁴².

Ma allora bisogna convincersi che non si tratta di un criterio generale, utilizzabile per risolvere in modo conforme la serie dei casi che possono prospettarsi, ma piuttosto di un criterio di valutazione che assume di volta in volta coloriti particolari, in relazione alle particolari situazioni ed agli specifici conflitti di interessi che nelle singole fattispecie possono venire in evidenza.

Alla dottrina penalistica va dunque riconosciuto il merito di aver elaborato la nozione in modo particolarmente approfondito e di aver indicato – anche attraverso le posizioni critiche – le linee di sviluppo di una importante tendenza, valevoli anche al di fuori dei confini di quel particolare settore dell'esperienza giuridica.

41 Osserva lo SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., pag. 158, che la certezza del diritto è salva, perché il punto di riferimento per il giudice è sempre quello dell'ordinamento positivo. L'osservazione è esatta, ma ha bisogno di specificazione ulteriore, poiché in realtà ben spesso è proprio questo riferimento che manca. In questo senso alcune delle critiche formulate hanno un certo fondamento, perché non basta individuare una regola generale, se poi non si reperiscono nell'ordinamento i criteri *obiettivi* di specifica applicazione ai singoli casi.

42 Un esempio caratteristico di corretta applicazione del principio è fornito dal GIANNOTTA, che lo riferisce ad un'ipotesi di falsa testimonianza, avvalendosi di elementi obiettivi ed evitando le secche assai pericolose dell'aspetto puramente psicologico (*loc. cit.*, pag. 21 ss.).

7. L'inesigibilità nella dottrina civilistica

Nella dottrina civilistica italiana, l'inesigibilità ha trovato maggiori resistenze di quelle che abbiamo riscontrato nel settore penale. Alle accuse di indeterminatezza e di genericità del criterio, se ne sono aggiunte altre, non meno recise e ferme⁴³.

In alcuni casi ciò è dovuto al fatto che la nozione è stata arbitrariamente ristretta all'ipotesi di sacrificio eccessivo del debitore; è stato agevole su quel piano osservare che l'ordinamento positivo già disciplina situazioni analoghe e non sembra consentito di estendere ulteriormente l'ambito della normativa.

Più in generale, si deve osservare che manca da noi una tradizione di riferimento al principio di buona fede, quale è quella che si riscontra nel diritto tedesco. Benché le norme di cui agli art. 1175 e 1375 c.c. non siano più restrittive di quella contenuta nel par. 242 B.G.B., la giurisprudenza è da noi scarsamente orientata verso un'applicazione concreta del principio di buona fede⁴⁴ bis, e

43 Per limitarsi a qualche esempio, il CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pag. 266 ss., nega che l'art. 1375 possa servire per estendere le ipotesi in cui il debitore può sottrarsi all'adempimento, in relazione all'eccessivo onere economico (sul che, tutto sommato, si può anche essere d'accordo); il CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, pag. 85, contesta l'autonomia della inesigibilità, affermando che i casi in cui l'attività dedotta in obbligazione richiederebbe un sacrificio eccessivo non sono casi di impossibilità, ma casi «che influiscono sulla determinazione della prestazione dovuta[»] (affermazione che, così com'è formulata, lascia francamente assai perplessi); l'OSTI, *Impossibilità sopravveniente*, cit., pag. 297, rileva che il richiamo all'art. 1375 è infondato perché si confonde fra gli effetti dell'obbligazione in sé e quelli del contratto; se si vuol temperare il rigore della assolutezza, dice questo A., basta commisurarla al tipo di rapporto, in riferimento al 1175 (il che finisce in sostanza, per avvicinarsi alle esigenze formulate dalla teoria della non esigibilità, sia pure per strade diverse). Di altre posizioni, meno rigide, ci occuperemo più oltre, in modo specifico.

44 ^{43 bis} Alle critiche del Natoli, già altrove richiamate, si aggiunge la energica posizione assunta dal RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, I, pag. 1284, in sede di annotazione critica della sentenza 16 febbraio 1963 n. 357 della Cassazione. Il RODOTÀ ha perfettamente ragione, a nostro avviso, perché affermare – come fa la Cassazione – che «la violazione dei doveri generici di lealtà e correttezza è fonte di responsabilità solo quando concreti la violazione di un diritto altrui, riconosciuto in base ad altre norme», significa negare qualsiasi rilevanza giuridica al principio di buona fede. Se infatti esso non può essere invocato di per sé, ma ha bisogno del sostegno di altre norme, non si capisce bene a che cosa serva; in realtà, infatti, la responsabilità nasce – secondo tale concezione – dalla violazione di altri specifici doveri ed allora la b.f. non entra in giuoco per nulla. Il CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pag. 254 e nota 57, spiega la differenza tra la posizione assunta da noi nei confronti degli artt. 1175 e 1375 e quella assunta in Germania nei confronti del par. 242 B.G.B., sotto il profilo di una maggior sfiducia nell'operato discrezionale del giudice e di una maggior preoccupazione della certezza del diritto. Questo, peraltro, può spiegare – ma solo in parte – certi atteggiamenti della dottrina; ma della giurisprudenza, dovremo dire che non ha fiducia in se stessa? Molto probabilmente si tratta invece dello sviscerato amore per il formalismo, che ha sempre impedito – specialmente alla giurisprudenza del nostro massimo organo regolatore – di prendere in considerazione le disposizioni di principio o comunque di carattere generale.

la dottrina se n'è occupata in epoca abbastanza recente, ma non senza vivaci contrasti⁴⁵.

In questo quadro è abbastanza naturale che il ricorso alla inesigibilità possa apparire come una sforzatura della normativa e come un pericoloso rimedio all'applicazione dello *jus strictum*.

Il che è ulteriormente corroborato da una certa tendenza a considerare più la posizione del debitore che quella del creditore, come è confermato anche da un orientamento abbastanza diffuso a riferire soltanto alla posizione creditoria la particolare tutela di buona fede⁴⁶, finendo così per ampliare ancora una volta gli obblighi posti a carico del debitore.

Sicché, a prescindere da qualche affermazione pur sempre sporadica⁴⁷, può dirsi che l'unico studioso che abbia in qualche modo considerato più a fondo il problema è stato il MENGONI, il quale ha ritenuto ammissibile l'inesigibilità, ma solo come sottospecie della impossibilità⁴⁸. In altre parole si avrebbe impossibilità anche quando il risultato non potrebbe essere raggiunto se non con mezzi

45 Superfluo richiamare qui tutte le posizioni della dottrina italiana in materia di buona fede. Ad esse abbiamo dedicato qualche accenno nel Cap. V della prima parte di questo studio; ma vi torneremo con maggior ampiezza quando [ci] dedicheremo alla ricerca del contenuto del criterio della non esigibilità.

46 È questa in definitiva, la posizione del COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta*, ecc., cit., pag. 147. Ma si veda da ultimo anche l'analoga impostazione del CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1965, I, pag. 657, per il quale la buona fede riguarda l'obbligo e non il diritto.

47 Intendiamo con ciò riferirci agli AA. che si sono riferiti, in modo sostanzialmente favorevole, alla non esigibilità, ma senza dedicarsi *ex professo* al problema. Il MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 159, considera come non esigibili i comportamenti che siano contrari ad un interesse collidente con la pretesa del creditore e prevalente su di essa; ma limita poi tali situazioni all'attività preparatoria, che è l'unica – secondo la sua concezione – che possa ritenersi investita della direttiva di buona fede; il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., II, pag. 77, accetta la non esigibilità solo come criterio di valutazione secondo correttezza, negando che essa possa servire per precisare il significato dogmatico dei singoli istituti (il che ci sembra pienamente da condividere); il RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pag. 276, afferma che al di là dell'esigibile, diventa superfluo porre un problema di responsabilità, perché cessa il diritto e la pretesa persistente del creditore si trasforma in abuso; il BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Padova, 1963, pag. 95, se ne serve per temperare la nozione di assolutezza, seguendo in certo modo l'impostazione proposta dal Betti.

Per altri accenni, v.: CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., pag. 266 ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., pag. 291 ss.

48 L'evoluzione del pensiero del MENGONI è particolarmente interessante; nettissima la sua presa di posizione contro il concetto di «sproporzione con l'obbligazione» (*Überobligationsmassigkeit*), sotto il profilo della perdurante fedeltà del nostro diritto alla nozione tradizionale dell'impossibilità logica (*Note sull'inadempimento involontario*, ecc., cit., pag. 272). Ma già nello stesso saggio si può cogliere un'accettazione parziale del principio della non esigibilità, allorché l'A. si occupa dei conflitti di interessi che possono verificarsi e del giudizio di prevalenza che dev'essere dato, in certi casi, per esonerare il debitore.

Nello studio sulle *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, più volte citato, il MENGONI confuta le teorie formulate dalla dottrina tedesca sul «dovere di sforzo» (Harthmann) e sul «limite di sacrificio» (Esser), ritenendole contraddette dal sistema delineato dagli artt. 1256 e

anormali rispetto al tipo di rapporto considerato. Una concezione, questa, indubbiamente restrittiva della reale portata del principio; bisogna tuttavia riconoscere che il Mengoni prende in considerazione, a fini liberatori, alcune situazioni in cui potrebbe ben dirsi che la prestazione è inesigibile alla stregua di buona fede. La qual posizione non è in definitiva molto diversa da quella di coloro che, pur negando la configurabilità dell'inesigibilità come istituto autonomo, tuttavia ne colgono alcuni aspetti salienti e li utilizzano per temperare la rigorosa concezione dell'assolutezza⁴⁹.

Vi è dunque da chiedersi se, al di là di ogni questione terminologica, il principio che è alla base della teoria dell'inesigibilità, sia già stato sostanzialmente accolto. Per parte nostra, siamo convinti che la perdurante ripugnanza mostrata da una parte della dottrina si volga soprattutto contro la configurazione di una nuova ed autonoma figura, accanto a quelle normativamente previste. Una siffatta posizione ci trova, in definitiva, consenzienti, perché riteniamo che non sia concepibile né costruire figure autonome, accanto all'impossibilità, né considerarle come sottospecie della stessa. Ciò che conta, peraltro, è che si accetti un principio di valutazione dei comportamenti che tenga conto dei conflitti d'interessi nel cui ambito essi si trovano ad operare e che riconosca la funzione eminentemente correttiva della buona fede, non solo a riguardo della posizione del debitore, ma anche a riguardo di quella del creditore.

Così intesa, la non esigibilità altro non è se non *un criterio di giudizio*, fondato su alcuni presupposti costanti, ma variabili poi in relazione alla fattispecie considerata, al tipo di rapporto obbligatorio, alle situazioni specifiche dei soggetti obbligati.

1218 c.c. (pag. 281 ss.); ma poi l'A. accoglie l'inesigibilità come sottospecie della impossibilità (pag. 283), così come riportiamo nel testo.

Nel volume di recente pubblicazione sul *Contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della CEECA* (cit.) il MENGONI si riferisce alla buona fede come «criterio di individuazione delle sopravvenienze che, pur non determinando un'impossibilità oggettiva della prestazione di lavoro, la rendono però *inesigibile*» (pag. 474). Abbiamo riportato diffusamente questa posizione del Mengoni, non già per farne rilevare una pretesa contraddittorietà, che assolutamente non sussiste, ma piuttosto per sottolineare le linee di sviluppo del pensiero dell'acuto A., che si svolgono – a nostro avviso – in modo del tutto coerente, proprio in relazione alla necessaria elasticità del principio di non esigibilità ed alla sua diversa applicazione a seconda del tipo di rapporto considerato.

49 Intendiamo particolarmente riferirci al COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta*, ecc., cit., pag. 145 ss., il quale muove decise critiche contro l'esigibilità considerata come istituto autonomo, asserendo anche che il concetto è troppo generico e vasto per poter essere utilizzato in linea generale.

Ma questo non significa affatto un ripudio totale delle esigenze che vengono poste a base della figura considerata. Tanto è vero che il Cottino accetta l'inesigibilità come elemento di determinazione e delimitazione della assolutezza e individua alcuni limiti allo sforzo del debitore che in definitiva sarebbero riconducibili perfettamente nell'ambito del criterio di cui ci stiamo occupando (diritto di non porre in pericolo attributi fondamentali della personalità; obbligo di non compiere attività illecite, ecc. – v. particolarmente pag. 150 ss.).

Alla stregua di esso, può affermarsi che la pretesa è inesigibile:

a) quando vi è un conflitto di interessi, dei quali alcuni – prevalenti sulla base dell'ordinamento positivo – determinano nel debitore un comportamento diverso da quello dovuto;

b) quando il limite di sforzo di diligenza, richiesto al debitore, è largamente sopravanzato, in modo tale da non poter considerare tenuto quest'ultimo ad attuare il comportamento, a stregua di buona fede⁵⁰;

c) quando l'esercizio del diritto del creditore, sempre valutato a stregua di buona fede, eccede dai limiti ordinari, entro i quali è considerato meritevole di tutela.

Naturalmente, la formulazione suesposta è di pura comodità espositiva e non ha la pretesa di esaurire la funzione e l'ambito di operatività del criterio. Essa serve soltanto per dimostrare come non occorra affatto il ricorso a figure autonome e per impostare la più estesa indagine che ci accingiamo a svolgere circa i presupposti occorrenti perché il suddetto criterio possa essere utilizzato.

8. L'inesigibilità come criterio di valutazione dei comportamenti

Le ipotesi più appariscenti di «inesigibilità» della prestazione sono quelle che investono nello stesso tempo la posizione del debitore e quella del creditore. Si tratta dei casi, già considerati dalla dottrina, in cui il debitore – di fronte all'attuazione della prestazione – si trova in un concreto conflitto: da un lato incombe su di lui l'obbligazione fondamentale, dall'altro gli fanno carico dei veri e propri obblighi, a cui peraltro la controparte è estranea. Si trova in questa situazione il prestatore di lavoro che venga a sapere che un prossimo congiunto è morente, che un figlio è gravemente ammalato, e così via; e non diversa è la situazione di

50 Questo criterio non va confuso con quello inerente alla pura e semplice adeguatezza del sacrificio patrimoniale. In un certo senso, esso è più esteso, perché considera aspetti più vasti che non il semplice elemento patrimoniale; ma sotto altro profilo può considerarsi più specifico, in quanto è rigorosamente collegato allo sforzo di diligenza. Sul problema dei rapporti tra impossibilità ed eccessiva onerosità, v. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., pag. 270 ss. Le concezioni di questo A. appaiono peraltro eccessivamente restrittive. Si può essere d'accordo sulla impossibilità di estendere *tout court* il concetto di impossibilità alla ipotesi in cui l'adempimento si presenti come particolarmente gravoso; ma da questo a sostenere che l'ordinamento lascia che le parti regolino i propri interessi come vogliono, anche sotto il particolare profilo dell'equilibrio delle prestazioni nei contratti a prestazioni corrispettive, ci corre un gran passo. Soprattutto, si finisce per negare ogni funzione alla buona fede, che appunto può correggere – in certo modo – gli squilibri eccessivi, funzionando come limite della pretesa. Già questo aspetto era stato intuito dal SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 182, che poi ha eliminato tale riferimento dalla successiva edizione. Ma si veda ora la esatta impostazione del RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pag. 287, che considera come abuso la pretesa del creditore che vada al di là dello sforzo di diligenza e di impegno che la natura del rapporto e la persona e la qualità dell'obbligato gli davano ragione di attendere.

chi deve adempiere a funzioni derivanti da una carica elettiva. Se il lavoratore va ad assistere il congiunto o si reca ad assolvere la sua funzione pubblica, non c'è dubbio che in astratto si avrebbe inadempimento e in alcuni casi una situazione di impossibilità soggettiva.

Applicando in modo rigoroso e formalistico la normativa, si giungerebbe alla conclusione di considerare come imputabile il comportamento del debitore. Ma la dottrina ammette in modo pressoché pacifico che la prevalenza degli interessi, valutati come tali dallo stesso ordinamento, esclude la responsabilità dell'obbligato⁵¹. A ben guardare, costui è liberato non solo perché in concreto la portata della sua obbligazione deve ritenersi ristretta, per effetto della citata prevalenza degli altri interessi, ma anche perché lo stesso creditore non potrebbe insistere nella sua pretesa, senza che l'esercizio del suo diritto trascendesse in abuso o eccesso.

È appunto questo l'aspetto che ci preme di sottolineare, anche perché vi sono molteplici ipotesi in cui la situazione non è così chiara come in quelle citate ed in cui il conflitto di interessi non può essere risolto sulla base di così evidenti indici normativi.

Orbene, la dottrina più avveduta e più recente riconosce che il diritto del creditore non è illimitato⁵². Senza addentrarsi nella dibattuta controversia sulla

51 Gli esempi accennati più sopra sono stati formulati dal SIMI, *L'impossibilità per il lavoratore*, ecc., cit., pag. 473 ss.; dal MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario*, ecc., cit., pag. 273; dal MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, ecc., cit., pag. 165; dal LEGA, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 257-258; dal COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta*, ecc., cit., pag. 154 e 354 ss.; dalla RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, pag. 300; dal DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, cit., pag. 203; tutti questi AA. concordano nel ritenere che in questi casi non può configurarsi la responsabilità del prestatore.

In modo sostanzialmente analogo anche la dottrina straniera (per la quale v. le note [da] 10 a 14). Bisogna avvertire però che in tutte queste ipotesi, la facilità della soluzione deriva dall'esistenza di precisi indici normativi (art. 144 e 315 c.c., art. 51 comma 3° e 52 comma 2° della Costituzione).

52 Bisogna riconoscere che a questo riguardo, la dottrina ha operato – in epoca abbastanza recente – una decisiva svolta, rispetto ai tempi in cui si riteneva che la posizione da considerare fosse essenzialmente quella del debitore (ma sempre dal lato passivo). In alcuni casi si sottolinea l'esigenza di reciprocità, ai fini di una valutazione dei comportamenti a stregua di buona fede e correttezza (BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pag. 93 ss.; EICHLER, *Die Rechtslehre von Vertrauen*, Tübingen, 1950, pag. 9-38-43 ss.; TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, pag. 499 ss.; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, pag. 56-57; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 223; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., III, pag. 10 ss.; CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, pag. 64 ss.; BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Padova, 1963, pag. 94). Ma sempre più di frequente, la dottrina dedica la propria attenzione alla posizione del creditore, considerandone in modo approfondito i limiti che derivano dal sistema positivo e quelli che si ricavano da una valutazione a stregua di buona fede. Per il CARRARO, *Valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, pag. 782 ss., l'art. 1175 costituisce un limite di ogni diritto di credito, nel senso che ogni pretesa mirante a far valere il proprio diritto in modo contrario alla buona fede può essere respinta, perché sfornita di giuridica tutela. Lo STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 1, pag. 163 ss., ravvisa nell'art.

ammissibilità dell'abuso del diritto al di là degli atti emulativi⁵³, si può rilevare che la riconosciuta rispondenza del nostro ordinamento a finalità solidaristiche reagisce necessariamente anche sulla posizione creditoria. In sostanza, il creditore non è più libero di perseguire in ogni caso il proprio interesse; se è vero che ogni contraente ha diritto al rispetto ed alla considerazione della sfera di interessi concernenti la propria personalità⁵⁴, ne deriva che può accadere che l'attività del creditore, pur rispondendo al suo interesse personale, non risponda all'altra esigenza ed anzi si trovi con essa in contrasto. È allora che interviene il criterio di buona fede, a determinare una particolare valutazione del comportamento del creditore, nel senso di ritenere come eccessiva o abusiva la sua pretesa. Ciò basta perché l'interesse perseguito non appaia più meritevole di tutela e quindi la prestazione della controparte non sia più concretamente *esigibile*.

1175 un criterio di valutazione del comportamento del creditore. Il MENGONI, *Obbligazioni di risultato*, ecc., cit., pag. 281, considera la buona fede come espressione della portata restrittiva dell'obbligo del debitore, escludendo quei comportamenti rispetto ai quali la pretesa del creditore sarebbe in contrasto con la solidarietà sociale. Il RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pag. 276 ss., si esprime in senso analogo, con particolare vigore. Il NATOLI ha ribadito più volte concetti analoghi (*Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pag. 18 ss.; *Id.*, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Studi in memoria di G. B. Funaioli*, Milano, 1961, pag. 145 ss.).

Ma v. anche: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 76; LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, pag. 350; GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pag. 1386 ss. Naturalmente, nell'ambito di questo orientamento ormai generale vi sono delle differenze anche sensibili, perché alcuni AA. si richiamano alla buona fede, altri alla correttezza ed altri ancora all'una ed all'altra, come figure sostanzialmente unitarie; altre divergenze vi sono anche nel modo di considerare il ruolo della buona fede, che è intesa talvolta come criterio di integrazione degli effetti, e talvolta invece come criterio di valutazione dei comportamenti, incidenti su un contenuto già compiutamente determinato. Ma queste distinzioni non hanno rilevanza agli effetti del problema considerato, per il quale ciò che conta è la valutazione particolare che comunemente viene effettuata della posizione creditoria.

- 53 Mentre la dottrina straniera ammette largamente il ricorso all'abuso del diritto, vi è tutto un settore della dottrina italiana che tende a restringerne l'ambito alla considerazione degli atti emulativi, considerandolo per il resto come un fenomeno del tutto metagiuridico (v. ad es. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, pag. 103-105). Altri AA. invece, preferiscono riferirsi alla figura dell'eccesso del diritto (SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 77; CARRARO, *Valore attuale*, ecc., cit., pag. 792; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., I, pag. 666). Favorevoli ad una revisione (in senso estensivo) della nozione di abuso del diritto: NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit.; GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di b.f.*, ecc., cit., pag. 29 ss.; STOLFI, *Il principio di buona fede*, cit., pag. 163; LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 350.

La trattazione più ampia, in questo senso, è quella recentissima del RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pag. 205 ss.

Alla problematica dell'abuso del diritto, dedica pagine di estremo interesse il LARENZ, *Labrbuch des Schuldsrechts*, cit., I, pag. 101 ss., il quale la collega da un lato a quella della buona fede e dall'altro a quella dell'inesigibilità, con risultati costruttivi di grande rilievo.

- 54 In questo senso, si vedano le affermazioni del RESCIGNO in *Abuso del diritto*, cit., pag. 276.

Così, il creditore non può pretendere uno sforzo superiore alla ordinaria diligenza, né un'attività illecita, né una attività che contrasti con i doveri morali del debitore e con gli interessi della sua personalità; né infine un comportamento in cui il sacrificio appaia sproporzionato (nel senso già precisato), a seguito della sopravvenienza. Non si tratta, in questo modo, di integrare gli effetti del rapporto obbligatorio, ampliando o restringendo l'ambito delle rispettive prestazioni. Si tratta piuttosto di operare un giudizio anche di valore, considerando quindi, in alcuni casi inesigibile la prestazione a stregua di buona fede e valutando come immeritevole di tutela la pretesa del creditore, quando ecceda i limiti imposti dall'esigenza di rispetto della personalità della controparte.

È chiaro che in tal modo trovano agevole soluzione numerose ipotesi controverse, di apparente impossibilità soggettiva ed imputabile; si tratta infatti di stabilire, caso per caso, in relazione al tipo di rapporto, alla posizione delle parti ed al complesso delle circostanze, se la pretesa possa essere ancora fatta valere, a stregua di buona fede, e se il rischio della sopravvenienza possa ancora essere posto a carico del debitore⁵⁵.

Questa particolare considerazione della posizione creditoria assumerà poi un particolare rilievo in tutte le ipotesi di impossibilità temporanea, per le quali occorra valutare il perdurare dell'interesse del creditore a conseguire la prestazione (art. 1256, ult. parte, c.c.). La valutazione dovrà essere fatta con riferimento a presupposti obiettivi ed a stregua di buona fede nel senso più sopra accennato, escludendosi così dalla protezione giuridica qualunque posizione arbitraria o puramente soggettiva del creditore.

9. Contenuto concreto del criterio: rapporti con la buona fede, nel quadro sistematico dell'ordinamento

Definito così il criterio di valutazione, con particolare riferimento alla posizione del creditore, occorre tuttavia concretarlo ulteriormente, onde evitare quell'accusa di indeterminatezza e di genericità di cui ci siamo occupati più sopra. È infatti evidente il pericolo di riconoscere al giudice un potere di valutazione eminentemente discrezionale e non fondato su presupposti obiettivi.

⁵⁵ È importante rilevare che sulla formulazione di un criterio direttivo come quello esposto nel testo concorda anche chi – come il MENGONI – assegna alla buona fede una funzione restrittiva dell'obbligo inquadrandola quindi nella fase di integrazione degli effetti (*Obbligazioni di risultato* ecc., cit., pag. 281 ss.). Il che significa che la considerazione della funzione di b.f. sotto un profilo integrativo oppure sotto un profilo correttivo non ha incidenza, come già avevamo rilevato, sul problema generale, che è quello di formulare un criterio di valutazione anche della posizione del creditore. Basta confrontare, a questo riguardo, i risultati non dissimili cui pervengono – in definitiva – AA. che partono da impostazioni del tutto diverse, come il MENGONI, *loc. cit.*, il NATOLI, *La attuazione del rapporto obbligatorio*, 2ª ed., Milano, 1966, I, pag. 3 ss., e il LARENZ, *Lehrbuch des Schuldsrecht*, cit., pag. 102 ss.

E proprio al fatto che la buona fede sia stata considerata come concetto generalissimo ed astratto deve addebitarsi la scarsa applicazione che del principio è stata fatta da parte della giurisprudenza. Si tratta dunque di reperire quegli indici di riferimento che possono consentire di ancorare il principio ad un certo margine di concretezza e di precisione, pur nella necessaria elasticità di cui deve essere dotato.

L'affermazione di alcuni Autori⁵⁶, secondo cui il fondamento di questi generali criteri di valutazione andrebbe reperito nelle regole che disciplinano la vita sociale, oppure nella stessa coscienza sociale ed etica della società, sembra scarsamente idonea ad una effettiva concretizzazione del principio.

Non sembra invece meritevole di tale critica la diversa opinione secondo la quale la buona fede e la correttezza funzionerebbero come criterio di collegamento tra le disposizioni particolari di legge e i *fondamenti etico-sociali dell'ordinamento*⁵⁷. Benvero, se la prima affermazione è ancora troppo generica e vaga, la seconda costituisce invece un indice di riferimento sicuro, perché non v'è dubbio che tra i compiti dell'interprete vi è anche quello di ricercare i fondamenti del sistema, le linee di tendenza dell'intero ordinamento, i principi fondamentali che sono alla base di esso. Riferirsi ai fondamenti etico-sociali dell'ordinamento non significa affatto invocare qualcosa di estraneo al sistema positivo, ma reperire invece i pilastri dell'ordinamento, e le stesse basi etiche, non già in se stesse considerate, ma per quel tanto che è stato ricevuto nel sistema e lo ha permeato fino a divenirne un principio fondamentale.

Ciò significa che occorre compiere una ricerca *sistematica* allo scopo di stabilire in qual modo la buona fede e la correttezza si siano inserite nel nostro sistema positivo e quali caratteristiche particolari abbiano assunto nel quadro generale dell'ordinamento. Orbene, è ormai comunemente riconosciuto che il sistema italiano è imperniato attorno a principi di solidarietà sociale⁵⁸: questa nozio-

56 Ad es.: CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., I, pag. 658; STOLFI, *Il principio di buona fede*, cit., pag. 166.

57 Questa formulazione è del NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., I, pag. 159 ss.; cfr.: GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della buona fede*, ecc., cit., pag. 36. Essa è stata criticata dal RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pag. 96, ma probabilmente per un malinteso. Infatti il Rodotà è proprio l'A. che ha dedicato maggior cura alla ricerca di quei fondamenti dell'ordinamento, cui si riferisce il Natoli. Ed è lo stesso Autore che afferma che «le regole sulla solidarietà, contenute in luoghi diversi del codice, possono essere assunte come indici di un unico principio di *valutazione etico-sociale* dell'esercizio dei diritti» (*op. cit.*, pag. 93). Il che significa che sia il Rodotà che il Natoli sostengono in definitiva la medesima cosa e cioè che non basta il riferimento a criteri etici e sociali in generale, ma occorre basarsi sui fondamenti etico-sociali che sono alla base dell'ordinamento e che da esso si ricavano attraverso un'indagine complessiva e storica e non solo mediante un processo di semplice astrazione.

58 Lo riconoscono ormai tutti i più autorevoli civilisti, tra cui ricordiamo il SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 76, il MENGONI, *Obbligazioni*, ecc., cit., pag. 283-284, il RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pag. 205 ss., e il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., I, pag. 155 ss.

ne di solidarietà, ricavabile obiettivamente da una serie di norme della Carta Costituzionale, era già presente nello stesso codice civile; la caduta del sistema corporativo non ha fatto che eliminare alcuni aggettivi ridondanti, lasciando perfettamente integro il principio solidaristico, che era scaturito da altre e più generali esigenze che non fossero quelle del transeunte periodico politico⁵⁹. La Carta Costituzionale ha dato a questo concetto una nuova qualificazione, accentuando l'aspetto «sociale» ed assumendolo come principio generale di valutazione dell'esercizio dei diritti.

Così può dirsi che oggi, l'intero ordinamento, in tutte le sue figure e in tutti i suoi istituti, è permeato e dominato dalla regola generale di solidarietà sociale, assunta come criterio generale di valutazione del comportamento di tutti i soggetti.

Attraverso i canali della buona fede e della correttezza, il principio entra anche nei rapporti intersubiettivi e fornisce al giudice un criterio obiettivo di valutazione, idoneo ad operare appunto un collegamento tra la valutazione di stretto diritto ed una valutazione più aderente alla realtà ed alle esigenze sociali.

È così che il principio svolge una propria funzione *correttiva*, temperando il rigore di alcune regole positive, realizzando quella funzione di «umanizzazione» del diritto, ripetutamente invocata ma di rado agganciata a dati obiettivi e concreti⁶⁰.

Né gioverebbe opporre che manca nel nostro sistema una disposizione generale come quella contenuta nell'art. 2 della tedesca Grundgesetz: in realtà, il principio generale solidaristico si ricava in modo estremamente agevole da un complesso di disposizioni tra le quali emerge l'art. 2 della Costituzione⁶¹, come norma generale di collegamento, ma senza porre in ombra le altre

Piuttosto, la nostra dottrina ha presentato una certa difficoltà a passare dall'affermazione di carattere generale ad un approfondimento specifico del problema e ad una ricerca sugli indici normativi da cui il principio ricava ulteriore specificazione ed in cui si travasa. Tema, questo, che ha formato invece oggetto di ampia indagine da parte della dottrina tedesca, che ha cercato di collegare l'art. 2 della Grundgesetz col diritto civile nel suo complesso. Di recente, un notevole tentativo di approfondimento è stato compiuto dal RODOTÀ, nei due volumi su *Le fonti d'integrazione del contratto*, Milano, 1964, e. p., specialmente pag. 122 ss., e *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pag. 92 ss., con risultati di grande interesse.

59 Per una chiara confutazione della tesi secondo la quale il principio di solidarietà sarebbe stato collegato al sistema corporativo e quindi sarebbe venuto meno con la caduta di esso, v.: NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., I, pag. 36 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pag. 97 ss.

60 Sulla funzione essenzialmente «correttiva» del principio, insiste soprattutto il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., I, pag. 27 ss., che dedica alla questione pagine di notevole acutezza. Ma è importante anche la precisa trattazione del LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, cit., pag. 102.

61 L'importanza dell'art. 2, ai fini di cui ci occupiamo, è sottolineata dal BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, pag. 148, che in esso individua un concetto unitario, funzionale, del comportamento del soggetto privato nella vita costituzionale. Ma all'art. 2 si richiamano anche il MENGONI, *Obbligazioni*, ecc., cit., pag. 393, nota 35; il NATOLI, *L'attuazione*,

– importantissime – contenute negli artt. 3, 4, 36, 37, 39, 41, 42, 46, tanto per citarne solo alcune. Se si collegano queste disposizioni a quelle già esistenti nel codice civile e particolarmente a quelle dell'art. 1175 e dell'art. 1375, si ottiene un quadro generale che dimostra quanto siano limitative le concezioni che assegnano alla buona fede un ruolo di generica fedeltà alla controparte.

In effetti, la buona fede – correttamente intesa, ed inquadrata nel sistema costituzionale – fornisce un criterio validissimo di valutazione dei conflitti di interessi ed indica le costanti in base alle quali essi devono essere risolti. Non si nega così il rilievo, pur evidente nell'ordinamento, degli interessi individuali, che ognuno è facoltizzato a perseguire: si vuol soltanto sottolineare ancora una volta il fatto che la protezione giuridica degli interessi può venir meno quando essi si trovino in conflitto con altri ritenuti prevalenti o quando essi vengano perseguiti in modo contrastante con le esigenze della solidarietà sociale.

Ma due aspetti ci preme ancora di sottolineare, a questo proposito.

Il primo riguarda la prevalenza della valutazione come sopra operata rispetto a quella di stretto diritto e rispetto a quella più direttamente inerente all'espressione dell'autonomia privata. In quanto ispirato ai fondamenti dell'intero sistema, il principio generale più volte richiamato assolve ad una funzione di estremo rilievo e prevale su qualunque altro tipo di valutazione⁶². In questo senso può dirsi che esso esplica veramente la sua funzione *correttiva*, latamente intesa, sia in direzione delle valutazioni compiute dal legislatore ordinario, sia in direzione di quelle compiute dai privati.

Il secondo riguarda il temperamento tra la determinazione di un contenuto concreto del principio e la necessaria elasticità di esso. In altre parole, è solo possibile determinare le costanti cui deve adeguarsi la valutazione da compiere, ed attraverso le quali deve operarsi il collegamento tra la disciplina legislativa, i fondamenti etico-sociali del sistema giuridico ed infine gli atti di autonomia privata⁶³.

ecc., cit., I, p. 36; il RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pag. 124; [ID.,] *Il problema della responsabilità civile*, cit., pag. 96).

62 In questo senso, concordano perfettamente il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., I, pag. 39 ss., il RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pag. 150, e la GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della buona fede*, ecc., cit., pag. 36). Si è occupato a fondo del problema il LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, cit., pag. 103 ss., il quale ha cercato anche di individuare i limiti di applicabilità dell'art. 242 B.G.B., negando peraltro che l'ambito dello *jus strictum* coincida con quello delle norme cogenti o non rinunziabili. Esattamente infatti osserva il Larenz che il fatto che una disposizione sia inderogabile per i soggetti privati non significa che essa non possa essere modificata mediante l'applicazione del principio di buona fede.

63 Secondo il RODOTÀ, *Fonti di integrazione del contratto*, cit., pag. 124, il parametro fondamentale consiste nei principi costituzionali in materia di diritti e doveri dei soggetti privati e nei lineamenti generali che il principio di solidarietà ha assunto nel sistema civilistico. Anche questo A. – come il NATOLI (op. più volte citate) – sottolinea la necessaria elasticità del criterio, accertando che la certezza del diritto non è compromessa quando si siano precisati i presupposti del giudizio di valutazione (*loc. cit.*, pag. 143).

Ma non è dato invece di formulare una regola completa in ogni aspetto e valevole di per sé al fine di risolvere ogni conflitto di interessi, perché il principio – proprio per assolvere alla sua funzione correttiva – deve essere necessariamente elastico e deve essere applicato con costante riferimento alle singole fattispecie, al tipo di rapporto considerato, alle specifiche posizioni assunte dalle parti.

Torna dunque a proposito quanto già dicemmo a riguardo del criterio di non esigibilità e del modo con cui esso deve essere inteso ed applicato. Le considerazioni suesposte consentono di affermare che la non esigibilità non è istituto o figura autonoma, ma semplice *nomen* empirico per indicare un complesso di operazioni valutative, da svolgere secondo i criteri più sopra indicati.

La questione terminologica perde dunque ogni importanza, ove si consideri che il criterio della non esigibilità non è che un aspetto, un momento, di quella generale operazione valutativa che deve effettuarsi a stregua di buona fede e correttezza, intese nel modo più sopra specificato⁶⁴.

Resta così senza fondamento la critica inerente alla non necessaria ed inammissibile superfetazione di figure nuove accanto a quelle legislativamente previste; ma resta senza fondamento anche l'obiezione relativa alla genericità ed

Queste impostazioni sono state criticate dal PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 227 ss., il quale afferma che la direttiva di buona fede può essere determinata a priori, come fonte di integrazione dello schema dell'atto di autonomia privata. A prescindere dal fatto che la funzione «integratrice» della buona fede è assai contestabile, ciò che conta è che lo stesso Persiani non riesce poi a cogliere i fondamenti concreti della suddetta direttiva. La verità è che non si può andare al di là della determinazione dei presupposti e delle costanti del criterio; per il resto, il giudizio deve essere relativo, come ha acutamente chiarito il LARENZ (*Lehrbuch*, cit., I, pag. 100 ss.) osservando che la buona fede ci può fornire solo la risposta alla domanda «che cosa sia richiesto in quelle determinate circostanze»; dopo di che, spetterà al giudice di operare il giudizio sul caso concreto, tenendo conto della direttiva generale indicata dalla buona fede ed operando il collegamento tra il precetto e la fattispecie.

64 Il WALLMEYER, *Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Stuttgart, 1962, pag. 13 ss., rileva che alcuni considerano l'esigibilità come un criterio normativo, mentre altri la vedono come un guscio vuoto, da riempire con valutazioni extra-giuridiche. Secondo questo A., invece, l'inesigibilità – intesa come mancanza di potere di esigere da qualcuno un determinato comportamento – costituisce tutt'al più una clausola generale, un principio regolativo ed interpretativo.

In modo sostanzialmente analogo, si esprime anche il LARENZ, *Lehrbuch*, ecc., cit., pag. 106 ss. In sostanza, escluso che possa trattarsi di un concetto normativo, le altre due nozioni proposte si completano a vicenda, con qualche correzione. È vero infatti che si tratta di un principio di valutazione dei comportamenti e che in un certo senso esso corrisponde ad una sorta di guscio vuoto, da riempire di caso in caso. Ma ciò che conta è, da un lato, che si tratta di un «guscio» chiaramente definito nelle sue linee generali e dall'altro che esso deve essere riempito non già con elementi metagiuridici, ma con dei precisi riferimenti alla buona fede ed alla correttezza, poste in correlazione con le circostanze particolari della fattispecie e con la specifica posizione delle parti.

In questo senso, la teoria della inesigibilità segna un progresso, sul piano civilistico, rispetto al modo con cui essa è stata concepita nell'ambito del diritto penale. Qui, almeno, gli indici di riferimento normativo e di concretizzazione del criterio, risultano abbastanza evidenti.

alla indeterminatezza della regola, la quale – come si è visto – può e deve essere solidamente ancorata a principi fondamentali ed a direttrici sostanzialmente inderogabili.

Le quali – e questo è il punto – possono individuarsi intanto nella *generale esigenza di rispetto della personalità dei soggetti, nella tutela predominante degli interessi attinenti alla sfera personale dell'individuo, nel dovere inderogabile di esercitare le proprie pretese senza recare danno ad altri e senza eccedere rispetto al normale contenuto di esse, valutato a stregua di buona fede e correttezza*.

10. Applicazione del criterio ai fini della valutazione della sopravvenienza per cause personali del prestatore di lavoro

È tempo ormai di tornare al problema specifico della impossibilità sopravvenuta per cause personali del prestatore.

Abbiamo reperito nel corso di questa indagine, i criteri fondamentali in base ai quali deve compiersi la valutazione della impossibilità e lo stesso apprezzamento dei conflitti di interessi.

Sappiamo ormai che il prestatore ha diritto a che vengano rispettate e considerate le esigenze attinenti alla sua sfera personale; e sappiamo altresì che la pretesa del creditore è sostanzialmente limitata dall'esigenza di rispetto della considerazione personale che la controparte può pretendere; sappiamo infine che la pretesa non può considerarsi come esigibile ogni volta che l'obbligazione di prestare lavoro sia soverchiata da interessi più rilevanti, in quanto relativi alla personalità del debitore e quindi, in buona sostanza, alla vita e alla salute dello stesso o degli appartenenti alla sua famiglia o comunque all'adempimento dei doveri civili e morali tutelati dall'ordinamento. Abbiamo dunque acquisito gli strumenti per risolvere i singoli problemi che di volta in volta possono presentarsi in ordine alle sopravvenienze cosiddette «oggettive».

Ma non sarebbe corretto formulare una casistica in questa sede, fornendo poi la specifica soluzione di ogni fattispecie. Si è già detto, infatti, che il principio di buona fede, come quello di esigibilità, sono criteri direttivi, dei quali è possibile reperire le costanti ed i presupposti obiettivi, ma che tuttavia hanno bisogno di specifica concretizzazione di volta in volta, in relazione alle circostanze particolari. Torna qui a proposito l'osservazione del Larenz⁶⁵ secondo cui il criterio non ci fornisce una regola bell'e pronta, da applicare semplicemente al caso singolo, per ricavare immediatamente la decisione dalla premessa; si richiede invece, di caso in caso, un giudizio di valore, da effettuarsi tenendo presenti da un lato i presupposti generali di cui si è parlato e dall'altro le circostanze e le situazioni specifiche della fattispecie.

⁶⁵ *Lehrbuch des Schuldrecht*, cit., pag. 100 ss.

D'altronde, se si considerano gli esempi normalmente formulati dalla dottrina, si è costretti a rilevare come non sempre sia possibile una soluzione unitaria, quasi che la situazione prospettata sia sempre la medesima e non si debba tenere conto, a stregua di buona fede, anche del comportamento specifico del debitore. È infatti possibile che in una determinata fattispecie, in cui – secondo i principi generali – la pretesa dovrebbe ritenersi come inesigibile, il comportamento tenuto in concreto dal prestatore lo renda immeritevole di tutela. Si pensi, tanto per fare un esempio, all'ipotesi formulata dal Simi⁶⁶, di una ballerina che decide di farsi suora e si chiude in un convento; secondo il Simi, l'impossibilità non sarebbe imputabile, in quanto si dovrebbe considerare prevalente sui doveri contrattuali la personalità morale della debitrice e il suo diritto alla vocazione religiosa.

Ma ognuno vede che, attraverso un'indagine specifica, occorrerebbe stabilire anzitutto se si sia verificata una vera situazione di impossibilità (si tratta di una vocazione improvvisa o di una lenta maturazione?) e in secondo luogo se veramente la ballerina, adottata la sua decisione, non avrebbe potuto recedere dal contratto, assumendo quindi i rischi delle proprie opinioni etiche e religiose. Così formulato, come esempio di scuola, si sarebbe indotti a concludere in senso opposto alla tesi del Simi, sembrando che qui non sarebbe lecito pretendere dal creditore di condividere i rischi dei mutamenti d'opinione del dipendente; ma è chiaro che una soluzione astratta resterebbe comunque priva di senso.

Può invece considerarsi, anche in questa sede di indagine generale, l'ipotesi dell'*arresto* del dipendente⁶⁷, poiché in questo caso non ci sembra consentita una

66 *L'impossibilità per il lavoratore di dare la sua prestazione*, cit., pag. 475.

67 Il problema dell'arresto è, naturalmente, uno dei più dibattuti. La giurisprudenza lo risolve pressoché costantemente nel senso che il rapporto di lavoro si estingue *ipso jure*, indipendentemente dalla colpevolezza o meno del lavoratore ed anche – indipendentemente dalla durata dell'impedimento. Si vedano, tanto per citare alcuni esempi, le sentenze 5 maggio 1957 della Cassazione, in *Mass. giur. lav.*, 1957, pag. 233; 6 aprile 1950 n. 331, ancora della Cassazione, in *Mass. giur. lav.*, 1950, pag. 162; 5 luglio 1957 n. 2621, Id., in *Foro it.*, 1958, 1, 927. Sembra almeno richiedere una certa indagine sulla durata dell'impedimento, la Corte di Appello di Venezia, 29 dicembre 1953, in *Riv. dir. lav.*, 1954, II, 72, che fa riferimento ad un fatto di una certa gravità, che lasci prevedere una lunga assenza dal lavoro (si noti però che in questa sentenza non si parla di estinzione *ipso jure*, ma di licenziamento per giusta causa). Per altri riferimenti giurisprudenziali, si vedano le note del GERI, *In tema di arresto del prestatore d'opera e della sopravvenuta impossibilità della prestazione di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1957, pag. 233 e quella (senza titolo) del MELCHIONNA, in *Mass. giur. lav.*, 1961, pag. 423. In dottrina, non risulta ben chiaro il pensiero del SIMI, *L'impossibilità per il lavoratore*, ecc., pag. 479, il quale però rileva la mancanza di una causa estranea e della violazione di un obbligo di diligenza. La RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 375, afferma che l'arresto «può determinare l'estinzione del rapporto per sopravvenuta impossibilità non imputabile». Il MENGONI [*Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pag. 270 ss.] opera la distinzione cui abbiamo accennato (nota 19) in relazione ai diversi tipi di reato; ma sembra evidente che essa non può assolutamente accogliersi, introducendo una discriminazione priva di fondamento giuridico e comunque non consentita.

valutazione specifica delle varie circostanze. Benvero, non è possibile sostituirsi al giudice penale, nell'esercizio della funzione che gli è devoluta in modo esclusivo, onde stabilire se all'origine dell'arresto vi sia un fatto volontario o meno.

A maggior ragione, non è possibile distinguere tra i vari tipi di reati, per considerare come fatto imputabile l'arresto per un delitto contro il patrimonio o come non imputabile l'arresto per un delitto d'onore.

La verità è che l'indagine sulla responsabilità non può essere compiuta se non dal giudice penale; e perfino in quella sede, l'imputato è assistito dalla presunzione di innocenza, fino alla sentenza definitiva, in virtù dell'art. 27 della Costituzione. L'arresto, quindi, in quanto evento determinato dall'intervento di una Pubblica Autorità, costituisce un fatto obiettivamente impeditivo e non può essere imputabile, se non mediante una inammissibile sostituzione del datore o del giudice all'unico organo competente funzionalmente per giudicare sulla responsabilità.

D'altronde, è stato osservato dal Cottino che manca – nell'ipotesi dell'arresto – la violazione di un preciso obbligo contrattuale; in questo rilievo vi è un fondo di verità, nel senso che di per sé l'arresto non può costituire inadempimento. Se le circostanze particolari attengono ad una specifica violazione di obblighi contrattuali (ad esempio, nel caso di un lavoratore sorpreso a danneggiare macchinari dello stabilimento in cui lavora oppure a rubare materiali o merci all'interno dell'azienda), allora le conseguenze deriveranno da questo fatto e non già dal successivo e distinto evento, rappresentato dall'arresto; ed è appena il caso di rilevare che esse non consisteranno nell'estinzione *ipso jure* del rapporto, ma – se mai – nel recesso per giusta causa da parte del datore di lavoro⁶⁸.

Analoghe conclusioni devono adottarsi per ciò che attiene agli altri provvedimenti amministrativi o di polizia che possano colpire il prestatore di lavoro, quali il ritiro di licenza, patente, autorizzazione, ecc. Anche qui, l'indagine specifica non è consentita se non per alcuni aspetti, diremo così accessori. Il fatto

Il COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta*, ecc., cit., pag. 354, nega che nell'ipotesi dell'arresto sussista quel rapporto di inerenza tra causa dell'impossibilità e doveri contrattuali che, unico, può dar luogo a responsabilità.

Infine il MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 165, sostiene che l'arresto non libera; se risulterà in seguito l'innocenza, verrà meno l'imputabilità. Tesi, questa, alquanto discutibile, che dimostra a quali conseguenze si giunga quando si elimini il riferimento alla diligenza. In vario senso, sul problema, v. anche: BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., III, pag. 205; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, Milano, 1960, pag. 249.

Sull'applicazione, all'ipotesi dell'arresto, dell'art. 1464 c.c., si vedano gli scritti di NATOLI e TORRENTE, richiamati in nota 6.

68 È il caso di avvertire, comunque, che l'impostazione che abbiamo dato nel testo al problema dell'arresto, vuole avere soltanto carattere generale. Il problema delle conseguenze specifiche dev'essere valutato di caso in caso, in relazione alla presumibile durata della detenzione ed all'interesse (obiettivamente considerato) dell'impresa: così applicandosi – come riteniamo più corretto – il disposto dell'art. 1464 c.c.

principale impeditivo è costituito pur sempre dal provvedimento amministrativo e si risolve pertanto in una ipotesi di impossibilità obiettiva⁶⁹.

Di caso in caso, dovrà invece compiersi la valutazione degli opposti interessi – con i criteri più sopra accennati – quando l'impedimento risulterà temporaneo (ad esempio, sospensione della patente di guida per un periodo determinato).

Quanto agli altri esempi formulati dalla dottrina, è possibile una soluzione generale ed unitaria solo per quelli in cui la pretesa non è esigibile per la presenza di interessi o di doveri prevalenti rispetto all'obbligazione di lavoro (trasferimento del marito, matrimonio, assistenza della prole, assistenza del coniuge o di congiunti gravemente ammalati, e così via). Ma anche in questi casi, valgono le riserve più sopra formulate inerenti alla necessaria indagine circa la rispondenza a buona fede del comportamento del prestatore; indagine che deve investire anche gli aspetti relativi alla possibilità di avvertire tempestivamente il datore di lavoro. Sicché una soluzione generale è ammissibile soltanto in linea astratta, dovendosi poi in concreto, valutare tutto il complesso di circostanze e dovendosi comunque porre a confronto le posizioni di tutte e due le parti del rapporto.

Al di là di queste formulazioni non è possibile andare, senza compromettere la stessa validità del procedimento valutativo, che deve essere sostanzialmente relativo al tipo di prestazione dovuta ed alle particolari circostanze.

Gli stessi esempi che in dottrina sono stati formulati circa le lesioni che un lavoratore si procuri durante il giorno di riposo, nell'esercizio di un'attività sportiva, potrebbero ricevere una soluzione diversa a seconda del tipo di rapporto in cui i suddetti eventi si verificano.

È infatti esatto, in linea di principio, che il lavoratore è libero di fare ciò che vuole nel giorno di riposo e che l'esercizio di un'attività sportiva risponde ad un interesse considerato prevalente rispetto a quello relativo alla prestazione di lavoro. Ma se si trattasse di un giocatore di calcio che si procuri la lesione alla vigilia di un'importante partita internazionale, o di una indossatrice di eccezionali qualità che danneggi il proprio fisico alla vigilia di una importante sfilata di moda, si potrebbe legittimamente considerare come inesigibile la pretesa del datore?

69 Ciò che rileva, in effetti, è il *factum principis*; un'indagine circa la responsabilità iniziale del prestatore è praticamente impossibile, specialmente nei confronti di un provvedimento amministrativo. Si pensi, ad esempio, alla sospensione della patente di guida da parte della Prefettura, a seguito di un incidente stradale. Il provvedimento è puramente discrezionale e l'indagine sulla sussistenza di una effettiva responsabilità non può essere compiuta se non dal giudice penale. Sarebbe ovviamente un'anticipazione di questo giudizio esclusivo, il pretendere di collegare particolari effetti, sul piano civilistico, a quello che rimane soltanto un atto della pubblica autorità. In senso analogo, v. COTTINO, *L'impossibilità*, ecc., cit., pag. 354. Sembra invece più perplesso, il SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 78, al quale, infatti, il COTTINO ha rivolto una decisa critica (*loc. cit.*, pag. 354, nota 15).

Il problema è delicato e pensiamo che non sia possibile risolverlo in linea astratta e generale. L'abbiamo impostato solo per dimostrare come il giudizio debba essere, ancora una volta, *relativo*.

La nostra indagine conduce dunque ad una conclusione d'ordine generale e cioè che ai fini della sopravvivenza, gli impedimenti inerenti alla persona del prestatore debbono essere valutati sulla base del ricorso al criterio di inesigibilità, concretato – come si è visto – nel riferimento alla buona fede ed alla correttezza.

Operando il collegamento tra il caso singolo e lo *strictum jus*, il criterio potrà quindi consentire di temperare il rigore della normativa, non già ricorrendo ad elementi metagiuridici, ma avvalendosi di un corretto sistema di applicazione del sistema positivo, considerato nella sua globalità.

Deriva da questa conclusione l'ulteriore corollario che la persona del prestatore assume – ai fini della sopravvivenza – un rilievo sostanzialmente indiretto. Non tale cioè da determinare una deviazione rispetto alle regole del diritto comune, ma sufficiente per influire sul processo di valutazione dei conflitti di interessi e per incidere sull'apprezzamento inerente alla congruità ed alla legittimità della pretesa del creditore, nel quadro complessivo delle circostanze.

Capitolo IV.

Implicazione della persona e subordinazione

Sommario: 1. Struttura essenzialmente patrimoniale della subordinazione. – 2. La tendenza a ravvisare nella subordinazione un rapporto di natura personale: critica. – 3. I limiti della subordinazione, particolarmente in rapporto alla vita privata del dipendente. – 4. Il preteso rafforzamento della subordinazione attraverso il cosiddetto obbligo di fedeltà. – 5. Il preteso «status» di lavoratore subordinato: critica. – 6. Caratteristiche ed effetti essenziali della subordinazione, in rapporto alla sfera personale del prestatore. – 7. Elasticità della subordinazione, con particolare riferimento ai contratti speciali di lavoro e ad alcune caratteristiche fattispecie (apprendistato, lavoro domestico, lavoro sportivo).

1. Struttura essenzialmente patrimoniale della subordinazione

Si è già accennato come appaia meritevole di particolare approfondimento l'aspetto relativo alla connessione che in qualche modo si crea tra persona del lavoratore e rapporto, per il solo fatto che la prestazione deve essere svolta alle dipendenze e sotto la direzione altrui.

Nel quadro dell'indagine che stiamo compiendo, non si inserisce tuttavia l'intera problematica della cosiddetta subordinazione, che tanto ha tormentato e tormenta la dottrina e la giurisprudenza¹. Benvero, non interessa in questa sede

¹ Sulla subordinazione, ovviamente, la letteratura è abbondantissima; e non è il caso di richiamarla integralmente, per la ragione indicata nel testo. Basterà dunque ricordare, oltre a tutti i testi e trattati di diritto del lavoro, le opere che in epoca più recente hanno più diffusamente e specificamente trattato l'argomento: SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari, 1963 (in cui tutta la prima parte è dedicata all'analisi critica delle varie teorie e ad una ricostruzione originale, anche se discutibile, della subordinazione); SAVINO, *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, Torino, 1944; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del datore di lavoro*, cit., pag. 23 ss.; SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, Padova, 1963, II, pag. 55 ss.; CASSI, *La subordinazione del lavoratore nel diritto del lavoro*, Milano, 1947; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pag. 145 ss.; RABAGLIETTI, *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1959; NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1955.

Per la giurisprudenza, può vedersi la *Rassegna di giurisprudenza sul Codice civile*, libro V, titoli I-IV, a cura di CARULLO e RICHARD, Milano, 1963, pag. 63 ss.

Comunque, riferimenti più specifici saranno fatti nel corso della trattazione dei singoli problemi attinenti alla subordinazione.

determinare l'esatta struttura giuridica di questa figura, né stabilire se da essa nascano obblighi accessori a carico del prestatore, né infine se essa si riferisca solo alla posizione di una delle parti oppure rappresenti la sintesi di elementi attivi e passivi, riferibili a tutti i soggetti del rapporto. Ciò che ha rilievo, per noi è, stabilire se e in qual modo questo vincolo di dipendenza investa la persona stessa del prestatore, consentendo di attribuire un particolare significato al fenomeno della implicazione.

Naturalmente, non è possibile prescindere del tutto dall'ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale sull'argomento; ma è necessario avvertire che la limitazione dell'indagine ad alcuni soltanto dei molteplici aspetti della problematica è coerente con l'impostazione generale del nostro studio, come appare logico per chiunque rifugga da quelle indagini spesso ridondanti ed estranee al tema considerato, con cui talvolta si sogliono infarcire anche saggi per altro verso meritevoli.

D'altronde, è nostra convinzione che sul piano dogmatico la figura della subordinazione sia stata in qualche modo sopravvalutata, fino ad attribuirle un'autonomia di cui non ci sembra dotata. La considerazione che il diritto positivo dedica a questo aspetto appare, in definitiva, abbastanza significativa, al di là di ogni astrazione. Il legislatore ha voluto sottolineare una modalità, un aspetto particolare della prestazione di lavoro, ma non per ravvisare in esso l'unico connotato del rapporto di lavoro, le cui caratteristiche tipiche sono individuabili soltanto attraverso una adeguata considerazione della fattispecie².

Ond'è che appare legittimo il sospetto che, alla fine, questa pretesa figura autonoma si risolva in una definizione di comodo, in un mero indice di riferimento terminologico, per rappresentare una situazione dotata di particolari caratteristiche³.

A rafforzare il sospetto, giova anzitutto il rilievo che lo svolgimento di una prestazione «sotto la direzione» altrui non è fenomeno nuovo ed esclusivo del diritto del lavoro⁴. Tracce di un potere dispositivo e direttivo di una delle parti

2 Sul punto, appaiono fondamentali le indagini svolte su piani diversi ma con finalità ugualmente critiche, dello SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 131 ss., e del CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, Torino, 1966, II, pag. 243 ss.

3 Questo aspetto è stato colto dal CORRADO, *Trattato*, cit., II, pag. 270, il quale giunge alla conclusione che la subordinazione è un mezzo empirico e convenzionale per indicare la particolare limitazione della libertà a un tempo economica e personale che viene a subire il lavoratore.

La giurisprudenza, invece, tende ad attribuire un valore eccessivo ed autonomo alla subordinazione, considerandolo come l'elemento differenziatore del contratto di lavoro rispetto a qualsiasi altro contratto.

4 La dottrina si è occupata ampiamente di questo aspetto, fin da epoca abbastanza remota; spesso, tuttavia, dalle premesse non sono state tratte le dovute conseguenze, oppure si sono sopravvalutati gli elementi differenziali.

Già il BARASSI, nel suo più antico e famoso studio sul *Contratto di lavoro*, vol. I, pag. 635, osservava che una subordinazione c'è anche nella locazione d'opera. In epoca più recente, lo

si riscontrano perfino nell'appalto (artt. 1659, 1661, 1662 c.c.), in un contratto cioè dominato dalla fondamentale esigenza di autonomia dell'appaltatore; ma un potere di controllo, e in qualche modo di direzione, si riscontra anche nel contratto d'opera (2224 c.c.).

Di «istruzioni» si parla anche nel mandato (1711 c.c.) e nel contratto di agenzia (1746 c.c.), nel quale è certo che l'obbligo a carico dell'agente di fornire informazioni è previsto anche in funzione della possibilità di intervento, di controllo, di direzione da parte del proponente.

Ma anche nel contratto di trasporto, nel deposito, nella mediazione, si riconosce perfettamente l'esistenza di un potere di direzione e di controllo, sia pure inteso con varia elasticità a seconda del tipo di contratto⁵. In altre parole, non vi è contrasto di principio neppure tra l'autonomia riconosciuta a favore di un contraente ed un certo potere direttivo e di controllo riconosciuto a favore dell'altro.

Quest'ultimo potrà ridursi a ben poco, fino ad apparire pressoché assente (si veda, ad esempio, l'ipotesi della prestazione d'opera intellettuale); ma a ben guardare, alla controparte resterà sempre attribuito un *minimum* di poteri, o di controllo, o di direzione, oppure ancora dell'uno e dell'altra contemporaneamente.

Quello che è certo, però, è che in nessuno dei casi accennati può parlarsi di un vero rapporto di dipendenza: nel mandato, nel contratto d'opera, nel trasporto, nell'appalto, nell'agenzia, il contraente organizza il lavoro come vuole, sia pure nell'ambito delle generali direttive impartite dalla controparte.

Nel contratto di lavoro, invece, l'intera attività del dipendente, è organizzata, programmata e diretta, fino ad essere dettagliatamente e minutamente specificata ad opera del datore di lavoro⁶. Ciò non significa che manchi ogni traccia

SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 48 ss., ha sottolineato con maggior vigore il fatto che situazioni consimili alla subordinazione si reperiscono anche in altre fattispecie, formulando poi l'esempio dei contratti associativi di lavoro, del contratto d'opera e dello stesso contratto d'appalto, come ipotesi in cui al creditore compete un certo potere di conformazione o addirittura direttivo.

In modo ancora più specifico, ha analizzato queste situazioni il CORRADO, *Trattato*, II, cit., pag. 265 ss., per giungere poi alle conclusioni più sopra ricordate.

5 Hanno dedicato particolare attenzione a questi aspetti, in relazione ai vari contratti (oltre allo SCOGNAMIGLIO ed al CORRADO, già richiamati): CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960, pag. 86; AZZOLINA, *La mediazione*, Torino, 1965, pag. 70; FUNAIOLI, *Deposito*, cit., pag. 59 e nota 10; RUBINO, *L'appalto*, cit., pag. 6; CORRADO, *La somministrazione*, cit., pag. 89 ss.; GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, Milano, 1959, pag. 85 ss.; FERRI, *L'associazione in partecipazione*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. I, tomo II, pag. 1434.

6 È questo un punto fondamentale da tener presente, per risolvere l'apparente antinomia tra l'esistenza di un potere direttivo e l'autonomia della controparte. In sostanza, una certa autonomia c'è anche nel contratto di lavoro, così come un certo potere di controllo e di direzione c'è anche in altri contratti, in cui manca poi una specifica situazione di dipendenza.

Se si accentua eccessivamente l'aspetto inerente all'autonomia, si finisce per non cogliere più esattamente il fenomeno, nella sua ampiezza.

di autonomia; ma qui i termini si rovesciano, perché se nei contratti più sopra ricordati la situazione caratteristica è quella di un'autonomia più o meno limitata da alcune direttive e da alcuni controlli, nel contratto di lavoro, invece, è l'esercizio del potere direttivo a permeare l'intera prestazione, ricevendo un limite più o meno attenuato dalla esigenza di riconoscimento di una certa autonomia del prestatore.

Ed è questo l'elemento differenziatore fondamentale, più ancora che quello inerente ai controlli, che possono essere penetranti, continui ed intensi anche in altri contratti (si pensi ad esempio, al diritto del committente – nell'appalto – di designare un proprio direttore dei lavori per esercitare le verifiche, i controlli e le facoltà di cui all'art. 1662 c.c.). A ben guardare, c'è una qualche differenza anche sotto questo profilo, almeno dal punto di vista funzionale: il controllo degli altri contratti è diretto normalmente a vigilare sulla rispondenza del comportamento del debitore alle istruzioni generali o al programma inizialmente concordato⁷; laddove nel contratto di lavoro, il controllo si estende ad ogni atto, alla stessa organizzazione specifica che il debitore dà alla propria attività, all'osservanza degli ordini e delle istruzioni di volta in volta impartiti.

Bisogna dunque riconoscere che nel rapporto di lavoro non c'è qualcosa di assolutamente nuovo ed esclusivo, non reperibile in alcun altro contratto, ma piuttosto un rafforzamento, una estensione peculiare, continuativa e costante, di elementi riscontrabili anche in altri schemi contrattuali⁸.

Da ciò certe oscillazioni giurisprudenziali, che si potrebbero evitare se si ponesse mente in modo adeguato al vero elemento caratteristico, attinente al modo di svolgimento della prestazione, e si considerasse che l'autonomia non è che uno degli indici di riferimento, ed anch'esso oltremodo elastico. Si veda, ad esempio, la sentenza 8 agosto 1961 n. 1918 della Corte di Cassazione, in *Mass. giur. lav.*, 1961, pag. 367, secondo la quale si ha lavoro subordinato quando il potere di vigilanza riguarda il tempo e il modo della esplicazione dell'attività lavorativa, «si da privare l'artefice della necessaria autonomia»; e la si confronti poi con la sentenza 7 febbraio 1957 del Tribunale di Milano (in *Riv. dott. comm.*, 1957, pag. 351), secondo la quale la sorveglianza cui può essere sottoposto il mandatario non può confondersi con la subordinazione, in quanto si limita al controllo «e non [si] inserisce in una organizzazione gerarchicamente disciplinata»: il contrasto tra i criteri adottati e l'inadeguatezza dell'uno e dell'altro appaiono assai evidenti e significativi.

7 Si ammette tuttavia la possibilità di un controllo anche ai fini della raggiungibilità del risultato (ad es. nel deposito, per il quale v. FUNAIOLI, *Deposito*, cit., pag. 59, nota 10).

8 Questa impostazione consente di risolvere il delicato problema relativo ai contratti di lavoro agrari, nei quali si riscontrano alcuni elementi in gran parte riconducibili alla subordinazione, inseriti in uno schema contrattuale che con essa potrebbero apparire incompatibili. Sul punto, si vedano i significativi contrasti tra gli studiosi del diritto agrario, specialmente in riferimento al contratto di mezzadria; per i quali basta ricordare le posizioni nettamente divergenti del GERMANI, *La prestazione di lavoro nei contratti agrari*, nel volume *Dopo il 1° Convegno internazionale di diritto agrario*, 1958, e del BASSANELLI, *Il lavoro come fonte di proprietà della terra*, in *Atti del I Congresso internaz. di diritto agrario*, 1954, II, pag. 609 ss.

Ma il chiarimento può essere utile anche in ordine al dibattito problema dell'associazione in partecipazione, sul quale da ultimo: GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, Milano, 1959, pag. 85 ss.; COLOMBO, *Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato*, in

Ciò che dà luogo alla «dipendenza» caratteristica del contratto di lavoro è dunque il fatto che il potere di direzione e di controllo – che altrove potrebbe far difetto o comunque essere presente in forme assai attenuate – non manca mai ed è sempre intenso e penetrante più che in qualsiasi altro contratto.

La prestazione di lavoro è in sostanza caratterizzata dal fatto di dover essere necessariamente svolta nel modo accennato e cioè nella sfera di dipendenza del creditore, sotto le sue direttive, sotto il suo costante controllo, in aderenza ad un programma non solo inizialmente delineato, ma anche costantemente e continuamente aggiornato e specificato⁹.

Naturalmente, anche questa caratteristica della prestazione è dotata di una notevole elasticità e variabilità, a seconda delle singole fattispecie; il margine di autonomia, ridottissimo in molti lavori manuali, giunge alla massima estensione nelle attività di più diretta ed immediata collaborazione (impiegati di concetto, dirigenti, funzionari)]; talora il controllo appare minimo e semplicemente implicito, in relazione al fatto che il lavoro si svolge nel quadro di un'organizzazione aziendale già predisposta anche a tal fine; talvolta, invece, esso si rafforza, nel ricorso alle forme più svariate, proprio perché l'attività del prestatore si svolge fuori della immediata vigilanza del datore¹⁰.

Ma questo differente atteggiarsi del fenomeno non incide sulla struttura della prestazione, che permane sempre sostanzialmente unitaria, dovendo appunto essere svolta alle dipendenze e sotto le direttive altrui.

Queste rapide considerazioni consentono di enunciare una proposizione di chiara evidenza: se in tutti i contratti che hanno per oggetto attività umane, la persona del debitore è in qualche modo implicata, il fenomeno arriva alla massima estensione allorché la prestazione sia caratterizzata dal fatto di dover svolgersi in modo immediato nella sfera del creditore e sotto le direttive del medesimo.

Riv. dir. comm., 1962, II, pag. 326 ss.; e la significativa sentenza 7 febbraio 1962 n. 253 della Cassazione civile, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, p. 326, secondo la quale, per distinguere i contratti di lavoro subordinato dall'associazione in partecipazione non è possibile ricorrere al criterio della sussistenza o meno della subordinazione, ben potendo l'associato riservarsi il potere di impartire istruzioni e direttive.

9 Per una particolare accentuazione dell'aspetto inerente alla continuità dell'ingerenza del datore ed alla analiticità dell'intervento del medesimo sulla determinazione del contenuto della prestazione, v.: CORRADO, *Trattato*, cit., II, pag. 270; PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, pag. 12-43 ss.

10 Sulla relatività ed elasticità della subordinazione, si soffermano particolarmente la RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, pag. 46 ss., e il MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Riv. Soc.*, 1958, pag. 689 ss., ma particolarmente pag. 701. L'ipotesi di rafforzamento della tutela del creditore nei casi in cui l'esecuzione della prestazione di lavoro non può essere oggetto di controllo continuativo, è considerata ampiamente dal WALLMEYER, *Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Stuttgart, 1962, pag. 88, che a queste situazioni collega particolari effetti, anche ai fini del recesso per giusta causa.

Il mandatario, il mediatore, il trasportatore, l'agente, il prestatore d'opera, il custode, sono tutti direttamente coinvolti nel rapporto contrattuale, in quanto la prestazione deve essere svolta con un'attività che impegna la persona stessa. In questo senso può dirsi che anche costoro sono «implicati» nella relazione obbligatoria e che da ciò nasce un vincolo per la loro libertà; bisogna ammettere, infatti, che essi *debbono* svolgere quella determinata prestazione, secondo le istruzioni ricevute e dedicandosi alla realizzazione dell'interesse del creditore, anche in virtù dei criteri di correttezza e di buona fede. Questi limiti, tuttavia, sono di tanto minor rilievo quanto maggiore è l'autonomia di cui il debitore gode; e non sembra dubbio che il pericolo nascente dal contatto con la controparte è tanto minore quanto più modesta e indiretta è l'area di incidenza delle sfere dei rispettivi interessi. Talché, ben di rado, si pone per costoro un problema di libertà e di possibile violazione della stessa; ed a tutelarli contro i pericoli del contatto è sufficiente la valutazione del comportamento del creditore a stregua di buona fede e correttezza. In altre parole, risponde ad un'esigenza di carattere generale il principio – non codificato esplicitamente, ma risultante in modo sicuro dall'interpretazione sistematica della normativa – secondo il quale ogni volta che in un rapporto venga implicata la persona di uno dei contraenti, la prestazione dell'altro deve svolgersi necessariamente in modo da salvaguardarne l'integrità¹¹.

Nel rapporto di lavoro, si verifica sostanzialmente una situazione analoga a quella accennata qui sopra. Ma poiché la prestazione deve essere svolta con modalità tipiche, tali da avvicinare al massimo le rispettive sfere dei contraenti, è logico che la persona del prestatore risulti implicata nel rapporto in modo più pregnante, che la libertà del medesimo ne risulti più direttamente limitata, che infine i pericoli derivanti dal contatto siano quantitativamente e qualitativamente assai maggiori rispetto a quelli riscontrabili nelle altre fattispecie¹².

In questo senso può dirsi veramente che la differenza non è tanto strutturale, quanto di grado: l'implicazione della persona acquista un significato particolare, nel contratto di lavoro, solo perché si restringe la sfera di autonomia e si allarga l'esigenza di tutela. Il che, evidentemente, non consente di trasferire la prestazione di lavoro al di fuori dello schema del rapporto obbligatorio, autorizzando

11 Il principio è acutamente colto dal NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1966, 2ª edizione, pag. 18 ss.

12 Abbiamo ripetutamente usato il termine «contatto» col quale la dottrina tedesca e – più di recente – una parte di quella italiana, intendono far riferimento alla particolare relazione che si instaura tra le parti di un rapporto obbligatorio, facendo da ciò scaturire l'esigenza di una accentuata protezione della reciproca sfera d'interessi. L'accezione da noi utilizzata non è diversa dal significato ormai usuale del termine; bisogna precisare, tuttavia, che il contatto investe non solo la sfera di interessi patrimoniali, ma anche la sfera personale dei soggetti, almeno in alcuni contratti, tra i quali è sicuramente da includere quello di lavoro.

Sui pericoli nascenti dal «contatto» e sui cosiddetti doveri di protezione ci siamo già soffermati nel cap. V della prima parte, a cui ci permettiamo di rinviare anche per i richiami bibliografici.

soltanto a considerarla nei suoi connotati caratteristici ed in quegli elementi che appaiono «rafforzati» rispetto ad altri tipi di obbligazione.

2. La tendenza a ravvisare nella subordinazione un rapporto di natura personale: critica

La dottrina predominante aderisce ormai ad una concezione tecnica e funzionale della subordinazione¹³.

Tuttavia, non sono mancati tentativi di considerare la dipendenza del prestatore sotto il profilo di un vincolo di assoggettamento personale.

Non ci occuperemo, qui, della tendenza largamente prevalente nella dottrina tedesca a collegare la subordinazione ad un rapporto di signoria, perché essa trova il suo fondamento in una costruzione del rapporto di lavoro del tutto estranea al nostro sistema positivo ed alla nostra esperienza giuridica¹⁴.

13 In questo senso: SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 66 ss.; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., II, pag. 246 e 270; MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. Soc.*, 1965, pag. 674 ss.; SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., II, pag. 55 ss.; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 146, 157 ss., 201 ss.; NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 94; CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, Pisa, 1929, pag. 147 ss.; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 23 ss.; CASSI, *La subordinazione*, cit., pag. 133 ss.; DEL GIUDICE, *Lezioni di diritto del lavoro secondo la Costituzione*, cit., pag. 35 ss.; SAVINO, *La subordinazione*, cit., pag. 87 ss.; ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, cit., pag. 36-37.

Occorre peraltro precisare che non sempre l'affermazione della natura tecnica e funzionale della subordinazione si risolve nel riconoscimento del contenuto esclusivamente patrimoniale della stessa; così, il MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, vol. CECA, cit., pag. 438, sostiene l'esistenza anche di un legame personale; il NAPOLETANO, *Lavoro subordinato*, cit., pag. 3, 94, parla ripetutamente di una «messa a disposizione della propria persona»; la RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960, pag. 59, sottolinea la particolare accentuazione dell'elemento personale; l'ARDAU, *Sistema*, cit., pag. 36 ss., ravvisa l'esistenza di elementi personali e diretti; il SANTORO PASSARELLI, *loc. cit.*, pag. 66, afferma che la subordinazione è anche necessariamente personale, nel senso che investe la personalità stessa del lavoratore; il CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1966, pag. 9, nota 23, asserisce che essa investe, sia pure entro certi limiti, una sfera attinente alla persona del prestatore.

Tutti rilievi nei quali vi è un margine di verità, che tuttavia ha bisogno di essere ulteriormente precisato, come cercheremo di fare nel testo, per evitare pericolose confusioni.

La giurisprudenza – almeno all'apparenza delle massime – è più rigorosa nel negare gli aspetti personali (e si vedano, per esempi significativi, le sentenze 21 maggio 1963, n. 1312, in *Mass. giur. lav.*, 1963, pag. 328 e la sentenza 15 maggio 1963 del Tribunale di Roma, *ivi*, pag. 380), benché finisca spesso per smentirsi in sede di decisione dei casi concreti.

14 Queste posizioni della dottrina tedesca sono notissime ed è significativo il fatto che esse sono rimaste sostanzialmente immutate nel tempo, anche se più di recente si è prospettato qualche accenno di attenuazione.

Invero, se il GIERKE, *Deutsche Privatrecht*, Berlin, 1917, III, pag. 594 ss., il POTTHOFF, *Arbeitsrecht*, Berlin, 1928, pag. 39 ss., il RICHTER, *Arbeitsrecht als Rechtsbegriff*, Leipzig, 1923, pag. 10 ss., furono fra i più rigidi sostenitori di un rapporto di signoria (o di «forza»), simile quasi a quello del

Da noi, qualche Autore ha ravvisato nella subordinazione una relazione personale, in certo modo assimilabile alle situazioni inerenti alla patria potestà¹⁵; altri hanno parlato di uno *status subjectionis* più vicino ai rapporti di diritto pubblico che non ai rapporti a struttura obbligatoria¹⁶.

Queste concezioni estreme non hanno avuto, bisogna riconoscerlo, molto successo. E ciò si spiega considerando che i punti di contatto tra la dipendenza del prestatore di lavoro e la soggezione del minore o del soggetto passivo nei rapporti pubblicistici sono veramente così modesti e limitati, da risultare pressoché inconsistenti.

Anche a voler prescindere dalla tendenza moderna a negare la concepibilità della soggezione di un individuo rispetto ad un altro soggetto privato¹⁷, sta

padrone sul servitore, nondimeno anche gli altri studiosi tedeschi sono sempre stati orientati verso la configurazione di una dipendenza di natura personale (JACOBI, *Grundleben des Arbeitsrecht*, Leipzig, 1927, pag. 47 ss.; SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrecht*, cit., pag. 12 ss.; HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrecht*, Berlin, 1930, I, pag. 87 ss.; SIMITIS, *Die Faktischen Vertragsverhältnisse*, Frankfurt, 1957, pag. 276 ss.).

Anche nelle più recenti opere del NIKISH (*Arbeitsrecht*, I, Tübingen, 1955, pag. 239 ss.) si continua a configurare un obbligo autonomo «di servire» (*Dienstpflicht*), accanto a quello di lavorare; e le precisazioni del SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1958, pag. 82 ss., in contrasto con la tesi del Gierke, si distaccano solo in modo limitato (e spesso più apparente che reale) d[all'impostazione tradizionale. In definitiva, anche il FARTHMAN, *Der «personenrechtliche Charakter» des Arbeitsverhältnisses*, in *Recht des Arbeit*, 1960, pag. 5 ss., che pure ha vivamente criticato le concezioni «personalistiche» della dottrina tedesca, finisce poi per parlare di una dipendenza «personale», oltretutto economica, del prestatore di lavoro.

15 Il MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto del lavoro italiano*, Firenze, 1952, pag. 188 ss., parla di uno *status* di soggezione assimilabile alla situazione del minore, insistendo particolarmente sulla natura giuridica e personale della dipendenza; benché in modo meno accentuato, sostengono concezioni analoghe anche il D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano, 1958, pag. 74 ss. e il NAVARRA, *Corso di diritto del lavoro*, Napoli, 1957, I, pag. 29 ss. In senso decisamente critico soprattutto in ordine alla possibilità di avvicinare la subordinazione alla patria potestà: SAVINO, *La subordinazione*, cit., pag. 165 ss.

16 In questo senso, soprattutto, il LEVI DEVEALI, *Il rapporto di lavoro*, Milano, 1937, pag. 101 ss., che ravvisa molti punti di contatto tra il rapporto di lavoro in genere e il rapporto di pubblico impiego, ai fini di una natura squisitamente personale della dipendenza. Ma sostanzialmente affine è la concezione del GIORDANO, *I contratti per adesione*, Milano, 1951, pag. 35, inquadrata com'è in un ambito rigorosamente istituzionale.

Assai più caute le impostazioni del PERGOLESI, *Nozioni, sistema e fonti del diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da BORSI e PERGOLESI, I, Padova, 1939, pag. 104, e del MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro subordinato come inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1940, I, pag. 130.

Per una critica energica di queste tendenze, v. da ultimo: PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 25 ss.

17 È la notissima impostazione del SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, pag. 163, ripresa di recente anche dal CORRADO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1962, pag. 87 ss.

di fatto che di un potere ordinatorio nel diritto privato si riconosce l'esistenza soltanto entro limiti chiaramente prestabiliti¹⁸.

È incontestabile, cioè, che un potere ordinatorio può riscontrarsi anche in rapporti obbligatori, ma a condizione che esso abbia una struttura puramente tecnica e funzionale. Gli ordini che possono essere impartiti nel mandato, nell'appalto, nella somministrazione, nell'agenzia, così come nel rapporto di lavoro, non trovano il loro presupposto in un potere di supremazia a struttura personale, ma semplicemente in una facoltà riconosciuta a favore di una delle parti, al fine di poter perseguire il risultato utile¹⁹. Non vi è nulla, in questi poteri, che trascenda l'interesse del soggetto; ed è chiaro che essi sono riconosciuti ed attribuiti solo ed in quanto servano alla realizzazione del fine e rispondano ad esigenze obiettive. In altre parole, laddove la supremazia riconosciuta al titolare di una pubblica funzione investe l'intera personalità del soggetto sottoposto, il potere ordinatorio riconosciuto ai privati nel loro interesse è limitato a ciò che è reso necessario dalla attuazione del rapporto ed investe – della persona del debitore – solo quel tanto che deve necessariamente essere coinvolto nella prestazione.

È vero che anche la supremazia dei rapporti pubblicistici è ormai limitata e condizionata quanto meno al rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo; ma questa esigenza non impedisce la costituzione di un rapporto ancora assai vicino a quello di signoria, anche se ormai da esso divergente. Nei rapporti di diritto privato possono riscontrarsi situazioni analoghe, ma solo quando l'interesse tutelato non sia quello del titolare del potere, ma in definitiva un interesse di ordine generale. Il potere – in questi casi – si risolve nello stesso tempo in

18 Il problema è assai dibattuto e non sono mancate voci assai discordanti rispetto all'impostazione data nel testo. Nei due studi più specificamente dedicati all'argomento (GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950, pag. 70 ss.; RASPONI, *Il potere disciplinare*, Padova, 1942, pag. 93 ss.), si tende ad un'estensione dei poteri ordinari e degli stessi poteri di supremazia nel diritto privato, oltre ogni confine lecito e concepibile.

Contro queste impostazioni, è stato esattamente rilevato, da parte del SANTORO, *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957, pag. 82 ss., 146 ss., che bisogna operare una rigida distinzione tra i casi in cui il potere ordinatorio è riconosciuto in favore di un soggetto privato nel suo interesse oppure per fini superiori o nell'interesse altrui.

Nel primo caso, osserva giustamente questo Autore, non si ha vera supremazia, mentre il potere è sempre di natura tecnica ed è ristretto rigorosamente alla sfera del rapporto.

Del resto, a proposito degli AA. richiamati più sopra, occorre rilevare che il Galateria aderisce in sostanza alla nota tesi carnellutiana, considerando il lavoratore come soggetto ed oggetto del rapporto nello stesso tempo; mentre il Rasponi giunge ad affermare che il potere disciplinare del datore di lavoro trova il suo fondamento in una sorta di consuetudine.

Affermazioni, queste, che ci esimono senz'altro da ogni ulteriore commento.

19 Occupandosi in particolare del contratto di durata, il CORRADO, *La somministrazione*, cit., pag. 89 ss., osserva che alle parti sono concessi alcuni poteri strumentali, idonei a diminuire i conflitti che potrebbero sorgere in occasione dell'adempimento. Ancora più chiaramente, poi, l'A. precisa che essi servono soprattutto al creditore, per individuare e specificare la prestazione fondamentale, in vista della più congrua soddisfazione del suo interesse (pag. 90).

un dovere o in una funzione, vincolato all'interesse del sottoposto o comunque subordinato ad interessi generali²⁰.

Nel rapporto obbligatorio, invece, situazioni siffatte non si verificano mai, non solo perché non si costituisce – né può costituirsi – una situazione di supremazia, ma anche perché i poteri vengono attribuiti e riconosciuti nell'esclusivo interesse del titolare e sono sempre limitati alla sfera del rapporto.

Quando siffatti poteri vengono intensificati, sia sotto il profilo del contenuto che sotto quello della particolare protezione ad essi assicurata, vuol dire che vi sono interessi pubblicistici che l'ordinamento ha considerato come prevalenti. Ciò avviene ad esempio, nei contratti di lavoro della navigazione, in cui al comandante della nave vengono assegnati poteri ordinatori di carattere del tutto particolare, muniti spesso di sanzione penale, in rispondenza non solo e non tanto all'interesse dell'armatore ma all'interesse generale della sicurezza della navigazione²¹.

Nel rapporto di lavoro, il datore ha un potere direttivo ed ha anche un potere disciplinare; ma lungi dal risolversi in una situazione di supremazia, essi si riducono alla facoltà di specificare e programmare la prestazione e di assicurare – nell'ambito dei criteri indicati dalla legge e dai contratti collettivi – la necessaria disciplina organizzativa. Ne deriva che la situazione del prestatore di lavoro non è assimilabile sotto alcun profilo a quella del minore, né a quella del titolare passivo di uno *status subjectionis* pubblicistico; ed è profondamente diversa perfino da quella degli individui che prestano la loro opera nel quadro di un rapporto in tutto o in parte pubblicistico (pubblico impiego, contratti di lavoro della navigazione, ecc.).

Da questo punto di vista, ben poco rilievo deve qui attribuirsi al dibattito problema se la subordinazione attenga al rapporto oppure al contratto e se essa assuma una propria autonomia rispetto all'obbligazione fondamentale²².

20 È questo il caso della patria potestà, sul cui contenuto e sulla cui funzione ci siamo già soffermati nel cap. II di questa parte del volume. Comunque, sulla natura dei poteri nella patria potestà, si vedano particolarmente: BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, cit., I, pag. 667; CICU, *La filiazione*, Milano, 1951, pag. 283; ID., *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, pag. 17 ss.; BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo c.c.*, Milano, 1940, pag. 212; DE ROSA, *La tutela degli incapaci*, I, Milano, 1962, pag. 51 ss.

21 Questo carattere distintivo dei poteri nel diritto della navigazione, è riconosciuto anche dal RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 230 ss. In senso analogo, la dottrina prevalente, tra cui: TORRENTE, *I contratti di lavoro nella navigazione*, Milano, 1948; MINERVINI, *Il lavoro nautico*, Bari, 1961, pag. 21-25; SAVINO, *La subordinazione*, cit., pag. 168 ss.

22 Ciò è dimostrato chiaramente dal fatto che alcuni tra i più autorevoli sostenitori dell'autonomia negano qualunque vincolo di carattere personale (si veda, ad esempio, il MANCINI, in *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 23 ss.), mentre altri AA., che considerano la subordinazione e lo stesso «obbligo di obbedienza» come una qualifica della prestazione, tuttavia vi ravvisano poi elementi di schietta natura personale (CASANOVA, *Studi di diritto del lavoro*, cit., pag. 147; MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., pag. 438). Il che significa che il problema che ci interessa non dipende dalla collocazione della subordinazione rispetto

Per parte nostra siamo convinti che la subordinazione non esprime altro che un momento, un aspetto dell'obbligazione di prestare lavoro, risolvendosi sostanzialmente in una qualificazione particolare del comportamento dovuto.

Ma la verità è che la situazione non cambierebbe quand'anche si volesse concepire la subordinazione e lo stesso «dovere di obbedienza» come autonomi rispetto all'obbligazione principale. Ciò che conta, infatti, è solo ed esclusivamente l'indissolubile nesso strumentale che lega tale figura alla prestazione e quindi anche al perseguimento del risultato utile.

Anche la considerazione sotto un profilo autonomo del cosiddetto dovere di obbedienza non può essere decisiva ai fini di ravvisare nella subordinazione uno stato di soggezione personale, dal momento che resta fermo l'inquadramento di esso nell'ambito di un rapporto obbligatorio e, finalisticamente, la destinazione di esso alla realizzazione tecnica del risultato. Si tratta insomma, in ogni caso, di attuare il rapporto obbligatorio e di garantire la puntuale ed esatta esecuzione della prestazione. Il fatto che questa venga dettagliata e specificata in virtù del potere direttivo del datore, non elimina la citata relazione strumentale; e ciò basta per escludere sia una situazione di vera supremazia, sia un vincolo di natura personale.

Quando dunque si parla di «dedizione della persona»²³ per effetto della subordinazione, si compie soltanto un abuso terminologico, del resto alquanto ridondante, senza recare alcun contributo costruttivo. È pacifico, infatti, che il debitore di lavoro deve dedicare se stesso all'attuazione della propria prestazione, in forma subordinata; ma questa dedizione non è molto diversa da quella configurabile in un qualsiasi rapporto obbligatorio avente per oggetto un comportamento. Si potrà dire che essa è necessariamente più intensa, in quanto le stesse modalità della prestazione sono determinate e «ordinate» da parte del datore. Ma nell'osservanza dell'obbligo di attuare la prestazione di lavoro in forma subordinata, il debitore non impegnerà se stesso più di quel tanto che sia imposto dall'esigenza di fornire il comportamento dovuto, così come esso fu

al rapporto obbligatorio, ma da altri elementi, soprattutto attinenti al contenuto ed alle modalità di realizzazione della dipendenza (così, sia pure sotto diverso angolo visuale anche il SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, cit., pag. 55).

23 Il CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, cit., pag. 107, afferma l'esistenza, per il lavoratore, di un «dovere di dedicare tutto se stesso alla azienda». Analogamente il PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, cit., pag. 68, fa riferimento all'esigenza di una «completa dedizione professionale della persona». Affermazioni analoghe ricorrono con una certa frequenza anche nella giurisprudenza, soprattutto in tema di valutazione della giusta causa di recesso.

In senso nettamente contrario a simili formulazioni, si esprime il BASSANELLI, *L'obbligazione negativa del prestatore di lavoro*, in *Riv. Dir. comm.*, 1939, I, pag. 358 ss.

Naturalmente, concezioni del genere trovano ampio credito nella dottrina tedesca; di un «frammento di dedizione della persona» si è parlato, ad esempio, in uno studio abbastanza recente del SERIK, *Rechtform und Realität juristischer Personen*, Tübingen, 1955, pag. 181 ss.

pattuito nel contratto e così come successivamente è stato specificato dall'esercizio del potere direttivo.

Né con questo contraddice l'esistenza di un potere disciplinare, non solo perché nel diritto privato non sono ignote forme di sanzioni, ma anche perché l'attività in esame si inserisce in una organizzazione – pur rudimentale, talvolta – e questo basta per rendere indispensabile una certa disciplina. La quale, peraltro, nulla ha a che fare né con lo *jus corrigendi* del titolare di una funzione, né con il magistero punitivo dello Stato; basta pensare all'origine contrattuale di questo potere, ai limiti entro i quali esso è ristretto, al tipo ed alle finalità delle sanzioni previste²⁴.

Insomma, bisogna riconoscere che la subordinazione – intesa nel senso accennato di qualifica della prestazione di lavoro – non può che avere un contenuto essenzialmente ed esclusivamente patrimoniale, richiesto ed imposto dalla sua struttura e dalla sua essenza.

Quando si osserva che la subordinazione – anche se funzionale e tecnica – produce tuttavia una sorta di assoggettamento della volontà del debitore e si risolve in un limite alla sua libertà²⁵, si constata un fenomeno reale ma del quale occorre cogliere l'effettiva consistenza, al di là di ogni sopravvalutazione.

24 Non è il caso di soffermarsi sui molteplici problemi inerenti al potere disciplinare, che in definitiva non hanno attinenza col tema di cui ci stiamo occupando. L'unico aspetto rilevante ai nostri fini è quello relativo alla riconducibilità o meno di esso ad un generale potere di supremazia. Ma si è già visto come la tesi affermativa sia destituita di fondamento, come ormai riconosce la dottrina predominante, indipendentemente dalla adesione alla tesi contrattuale o a quella istituzionale. Anche su questo punto, comunque, sono fondamentali i recenti contributi della ASSANTI, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, pag. 65 ss., e del PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 149.

25 Trattasi di un'affermazione che talvolta ricorre anche negli studi di alcuni AA. che pure sostengono la essenziale patrimonialità della subordinazione (v. nota 13). Più di frequente, però, essa caratterizza concezioni che potremmo denominare come «miste» e che comunque assumono una collocazione particolare nel quadro della dottrina. Sotto questo profilo appaiono particolarmente significative le impostazioni del PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, cit., pag. 67 ss. e dello SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 52 ss. Secondo il Prosperetti, la subordinazione, per quanto funzionale e limitata alla prestazione, si risolve in un assoggettamento della volontà dell'uno all'altro e quindi in una limitazione funzionale della libertà di un soggetto, in relazione all'adempimento di una obbligazione; il che dà luogo ad un vincolo anomalo, in quanto il prestatore finisce per mettere a disposizione la propria persona. È chiaro, peraltro, che l'accentuazione dell'assoggettamento della volontà e il richiamo alla messa a disposizione della propria persona si risolvono in una particolare configurazione dell'elemento personale, che appare contrastante con la ritenuta funzionalità rispetto all'adempimento dell'obbligazione.

Anche lo Scognamiglio parla di assoggettamento del prestatore, con le sue energie e con la sua persona, sia pure nei limiti rispondenti alle finalità per cui il lavoro viene chiesto e prestato. Ma la concezione di questo A. si differenzia in certo modo da tutte le altre, in quanto egli nega qualsiasi vincolo di natura personale e sostiene che se la dipendenza ha qualche aspetto personale, ciò è soltanto perché essa costituisce lo strumento attraverso il quale il prestatore si procura i mezzi di sussistenza (*op. cit.*, pag. 109, nota 44). In definitiva, secondo questo A.,

Intanto, non bisogna confondere il contenuto con gli effetti; la prestazione di attività in forma subordinata produce necessariamente un effetto limitativo rispetto alle normali facoltà di disposizione²⁶. Ma, a ben guardare, questo effetto – in grado assai minore – si produce ogni volta che un individuo contrae un'obbligazione, almeno nel senso che egli è tenuto ad eseguirla esattamente, secondo i patti e secondo le direttive altrui. Il fatto che il comportamento dovuto sia «analiticamente e continuamente nella disponibilità del datore»²⁷ non autorizza a concludere che il lavoratore metta in definitiva a disposizione tutta la sua persona. Non è questo il contenuto essenziale dell'obbligazione, che in sostanza si risolve nell'impegnarsi a svolgere una determinata attività in una forma non solo preventivamente concordata ma anche successivamente stabilita nei dettagli.

L'effetto caratteristico che deriva da un impegno siffatto è certamente di sostanziale limitazione della libertà; ma per il solo fatto che si tratta di un limite collegato alla prestazione e strumentalizzato rispetto alla stessa, si deve escludere che tutta la persona del debitore ne sia investita. È dunque infondato anche ravvisare nella subordinazione un contenuto misto, di elementi patrimoniali e personali²⁸.

Più correttamente dovrà dirsi che la prestazione di lavoro in forma subordinata accentua il limite della libertà insito nella assunzione di ogni obbligazione e produce effetti più intensi – sul piano dell'impegno personale – rispetto a quelli tipici degli altri rapporti obbligatori.

In questo senso, la necessaria implicazione della persona nel rapporto non coincide affatto con una totale dedizione della stessa, né si risolve in un assoggettamento personale alla volontà altrui. Il problema non consiste nell'individuare un particolare contenuto dell'obbligazione, ma piuttosto nello stabilire

la subordinazione si risolve dunque sostanzialmente in una situazione di fatto, a cui l'ordinamento reagisce con una serie di misure protettive.

Per altre impostazioni «miste»: NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 49 ss.; GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 319; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 22 e 218; LEGA, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, 1956, pag. 116; BALZARINI, *Relazione*, in *Atti del Convegno sulla tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Milano, 1955, pag. 12; RIVERO e SAVATIER, *Droit du travail*, Paris, 1956, pag. 95 ss.; BRUN e GALLAND, *Droit du travail*, Paris, 1958, pag. 230 ss.; DURAND, *Traité de droit du travail*, cit., II, Paris, 1950, pag. 240 ss.

26 Sull'aspetto relativo alla subordinazione come limite alla libertà del lavoratore, insistono particolarmente il PROSPERETTI, *La posizione professionale*, ecc., cit., pag. 71, la RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, ed. 1967, cit., pag. 36, il DE LITALA, *Contratto di lavoro*, Torino, 1956, pag. 245, il D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettive*, ecc., cit., pag. 75 ss.

27 Così si esprime testualmente il PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 43, il quale poi giunge alle conclusioni esplicitamente discusse nel testo.

28 Sembrano dunque pienamente da sottoscrivere le esatte considerazioni formulate dal PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit. pag. 25 ss., 146 ss., 201 ss., per dimostrare che la «soggezione» del prestatore non può essere spiegata se non nella logica dell'obbligazione di lavorare, e nella esigenza di un coordinamento delle varie attività ed energie ai fini del conseguimento del risultato utile.

gli effetti che derivano da quel tipo di prestazione ed i limiti entro i quali essi debbono essere ristretti.

3. I limiti della subordinazione, particolarmente in rapporto alla vita privata del dipendente

Limite coesenziale alla stessa natura della subordinazione, così come si è inquadrata più sopra, è sicuramente quello che la restringe alla prestazione lavorativa ed alle fasi immediatamente precedenti e con essa strumentalmente connesse.

All'obbligo di prestare lavoro in forma subordinata non possono aggiungersi obblighi accessori, che non siano specificamente previsti dalla legge o dal contratto²⁹. In linea di principio, dunque, deve ammettersi che la dipendenza del prestatore non può estendersi al di là della fase di attuazione dell'obbligazione, fino ad investire la vita privata o le attività extralavorative³⁰.

Esaurita la fase temporale riservata alla prestazione, il lavoratore è libero di atteggiarsi e di impiegare il proprio tempo nel modo che ritiene più opportuno. Altrimenti opinando, si perverrebbe all'assurda conseguenza di riconoscere al datore un potere – allora sì, veramente di signoria – sul prestatore, in tutte le manifestazioni della sua personalità. È chiaro che allora si uscirebbe dallo schema obbligatorio, nel quale ognuna delle parti assume diritti e obblighi limitati all'attuazione del contratto e ad essa strettamente collegati. D'altronde, se il potere direttivo è riconosciuto per la precisazione analitica del contenuto concreto dell'obbligazione, appare evidente come esso non possa estendersi al di là di questi confini; benvero, se il datore potesse imporre al prestatore un determinato comportamento nelle ore extralavorative, ciò non costituirebbe più la specificazione di una obbligazione generica, ma si risolverebbe nell'aggiunta – al

29 Su questi aspetti ci siamo già soffermati, occupandoci dei c.d. «doveri complementari» in relazione alla fiducia (cap. V, parte I); e naturalmente quelle considerazioni – benché svolte allora sotto un profilo diverso – assumono un certo rilievo anche ai fini del particolare problema dei limiti della subordinazione.

30 Sono nettamente favorevoli a contenere la subordinazione nei confini della attuazione dell'obbligazione di lavorare il BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., I, pag. 623; il SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., II, pag. 66 ss.; il MAZZONI, *Il contratto di lavoro*, ecc., cit., pag. 190; la RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 46; il PERETTI-GRIVA, *Il contratto di impiego privato*, cit., pag. 364 ss. e 554 ss.; il PALERMO, *Manuale di diritto del lavoro e della sicurezza sociale*, Milano, 1957, II, pag. 154 ss. Merita di essere ricordata la esatta sentenza della Corte di Appello di Ancona, 27 marzo 1957, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, 26, che afferma con vigore che «la subordinazione non ha carattere personale e la soggezione è strettamente limitata alla prestazione e cioè all'esatto adempimento dell'obbligazione assunta col contratto». Vero è che questa sentenza rappresenta una *rara avis*, perché la giurisprudenza tende – come vedremo – a dilatare i confini della subordinazione, sotto i più disparati profili.

di là del contratto – di obblighi nuovi e non funzionalmente collegati all'adempimento dell'obbligazione.

Vero è che una parte della dottrina ha fatto ricorso ai cosiddetti doveri di correttezza, per sostenere che da essi verrebbe investita anche la vita privata del dipendente, il quale in sostanza dovrebbe regolare il suo tenore di vita in modo coerente con l'impegno assunto³¹. Ma questa concezione non ci sembra aderente al sistema positivo, nel quale di doveri di correttezza non si parla, limitandosi il codice civile a fornire, con l'art. 1175, un criterio di valutazione del comportamento delle parti. Abbiamo già cercato di dimostrare come all'art. 1175 non possa riconoscersi efficacia integrativa ed abbiamo anche escluso che doveri accessori possano ricollegarsi alla pretesa natura fiduciaria del rapporto. In questa sede, possiamo solo aggiungere che non è certo dalla subordinazione che possono scaturire obblighi nuovi e più estesi a carico del prestatore di lavoro, proprio per il fatto che – come generalmente si riconosce – essa è soltanto tecnica e funzionale e non si risolve in una situazione di soggezione che investa l'intera persona³².

Le concezioni ricordate, tuttavia, hanno un certo margine di fondamento, sotto un diverso profilo. È possibile che la natura del rapporto concreto e della specifica prestazione dedotta, imponga un contegno particolare al debitore, nel senso che all'attuazione del rapporto non restino completamente estranei il tempo libero e le attività extralavorative. Vi sono cioè dei rapporti caratterizzati da una particolare struttura o da un vincolo fiduciario, nei quali la stessa vita privata del dipendente può avere influenza sulla prestazione³³. Occorre tuttavia ribadire che in questi casi, l'estensione dell'obbligo alla sfera extralavorativa

31 In questo senso soprattutto: CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, cit., pag. 148 ss.; GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 260; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 103 ss.; BASSANELLI, *L'obbligazione negativa del prestatore di lavoro*, cit., pag. 370; LEVENBACH, *Il contratto di lavoro nel diritto olandese*, vol. C.E.C.A., cit., pag. 633; MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, *ivi*, pag. 476 ss. In realtà il riferimento ai doveri di correttezza è stato formulato con particolare ampiezza dal Mengoni e dal Mancini; gli altri Aa. ricordati, tuttavia, sono riconducibili a queste posizioni, anche se non parlano specificamente di correttezza; il che si spiega peraltro considerando che l'elaborazione dottrina in tema di correttezza e buona fede risale ad epoca piuttosto recente.

32 È singolare il fatto che affermazioni come quella da noi formulata sono condivise anche da una parte della dottrina che pure si richiama ai doveri di correttezza. Ne deriva una sorta di contraddizione, particolarmente evidente nell'importante studio del MANCINI sulla *Responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro* (cit., pag. 103 ss.): si afferma infatti che «il lavoratore è ben lungi dall'impegnare tutto di sé nell'ambito dell'impresa e quel che più conta fuori di essa»; ma poi, in virtù del ricorso alla funzione integrativa dei doveri di correttezza, l'A. finisce per avvicinarsi molto alle concezioni tedesche fondate sulla totale dedizione del prestatore ai fini della impresa, anche nella vita privata.

33 Di queste situazioni peculiari ci siamo già occupati nel capitolo V della prima parte, a cui ci permettiamo di rinviare. In senso conforme, e cioè per lo stretto riferimento di queste situazioni al tipo di rapporto o di prestazione dovuta: RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 624; RIVERO e SAVATIER, *Droit du travail*, cit., pag. 96; PERETTI-GRIVA, *Il contratto di impiego*

è imposta dalle particolari caratteristiche della prestazione, sulle quali reagisce il risultato utile perseguito dal creditore. Non è dunque un particolare atteggiarsi della subordinazione, l'elemento che più rileva, quanto piuttosto la natura della prestazione, da cui scaturisce un'eccezionale dilatazione del concreto procedimento di produzione del risultato. Ai fini del quale non è sufficiente la semplice attuazione della prestazione dovuta, ma occorre che siano convogliate e coordinate anche fasi temporali ed attività extralavorative del debitore, che altrimenti sarebbero da considerare come libere. Naturalmente, però, anche in queste ipotesi eccezionali non è concepibile l'estensione del vincolo oltre determinati limiti; il criterio fondamentale è sempre quello attinente alla individuazione dell'esistenza di un rapporto di concatenazione e di funzionalità rispetto alla prestazione ed al risultato atteso; ma resta sempre ferma l'esigenza insopprimibile di rispetto della personalità del soggetto e dei suoi fondamentali diritti³⁴. Neppure in questi casi, dunque, potrà parlarsi di dedizione personale e totale, né di un impegno globale della personalità del soggetto; dovendosi solo riconoscere una maggiore incidenza del contenuto della prestazione sulla stessa persona del debitore e conseguentemente un moltiplicarsi degli effetti che da questo fenomeno solitamente scaturiscono.

Ma i cennati rilievi possono apparire in qualche modo fondati anche sotto un altro profilo. È possibile che il prestatore svolga – nella fase extralavorativa – attività non coerenti con la prestazione e con l'obbligazione assunta. Ad apprezzare questo comportamento interviene allora la regola di correttezza e buona fede, non già per istituire obblighi nuovi ed accessori, ma per fornire il metro di valutazione della conformità di esso rispetto al contegno dedotto in obbligazione. In buona sostanza, il sagrestano dipendente da un parroco che tenga nella propria abitazione una sorta di *harems*, con pubblico scandalo, si serve indubbiamente della propria libertà, ma certo in modo non coerente col contenuto dell'obbligazione assunta³⁵.

Benvero, il suo comportamento finisce per incidere sulla stessa struttura della prestazione, riverberandosi in modo negativo anche sul datore di lavoro. Ancora una volta, però, è la natura del rapporto e della stessa prestazione dedotta, considerata a stregua di buona fede e diligenza, che incide sul comportamento

privato, cit., pag. 364; PALERMO, *Manuale*, cit., II, pag. 154 ss.; WALLMEYER, *Die Kündigung*, ecc., cit., pag. 77 ss.

34 Si veda la recente decisione della Corte Suprema (17 giugno 1966 n. 1577, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, pag. 586), secondo la quale il potere di vigilanza e controllo dev'essere esercitato in modo da non costituire pericolo per l'incolumità personale o offesa per la dignità del prestatore di lavoro.

35 Si potrebbero fare, naturalmente, altri esempi, inerenti alla prestazione in favore di imprese di credito, al lavoro sportivo, alle attività prestate nell'ambito di un rapporto che impone particolari contatti col pubblico, e così via. In tutti questi casi, la particolare limitazione della libertà, entra in giuoco esclusivamente in rapporto alla situazione particolare ed è quindi riconducibile all'esigenza di un adempimento esatto e coerente.

extralavorativo, esigendone la coerenza e la non contraddizione rispetto all'impegno assunto. Ma lo stesso non potrebbe dirsi dell'operaio metallurgico, essendo del tutto irrilevante – ai fini della sua prestazione o del suo rapporto col datore – il comportamento che egli tenga nella vita privata o le sue vicende amorose. In questa ipotesi, potranno assumere rilievo determinati atteggiamenti del dipendente, ma solo quando essi siano intenzionalmente o colposamente diretti a pregiudicare il risultato o comunque il normale andamento aziendale. Un dipendente può sicuramente criticare, dalle colonne di un giornale, anche la propria azienda; ma non potrebbe ammettersi che egli compia opera di denigrazione, avvalendosi di dati e notizie raccolte durante lo svolgimento della prestazione e che dovrebbero restare riservate³⁶.

La correttezza e la buona fede, dunque, forniscono un criterio sicuro di valutazione, anche in relazione al principio di coerenza, dello stesso comportamento extralavorativo, nei limiti peraltro del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo.

Se la giurisprudenza applicasse con rigore questi criteri, contemperandoli fra loro, avremmo probabilmente una maggiore chiarezza ed una maggiore certezza del diritto. Bisogna riconoscere invece che le decisioni giurisprudenziali in materia sono piuttosto oscillanti, decisamente vaghe e spesso contraddittorie nell'impostazione strettamente giuridica delle singole fattispecie.

Accade così di vedere affermata *tout court* la rilevanza di comportamenti tenuti nella vita privata ed estranei alla prestazione, che tuttavia si possono riverberare, anche indirettamente, sull'azienda, compromettendone gli interessi materiali o la reputazione³⁷. Il che appare veramente eccessivo, se considerato sotto un profilo generico e senza tener conto delle eventuali particolarità di un concreto rapporto, poiché sembra evidente che il prestatore non assume alcuna obbligazione di tutela degli interessi materiali dell'azienda. Sicché assai più esatte appaiono quelle decisioni che fanno riferimento invece alla natura dell'azienda, alla particolare attività da essa svolta e quindi all'indissolubile collegamento tra la prestazione, il comportamento extralavorativo e la stessa struttura del rapporto fra le parti³⁸.

36 Significativa, in proposito, la sentenza 21 dicembre 1954 della Corte di Appello di Firenze, in *Mass. giur. lav.*, 1955, pag. 131, che considera giustificato il licenziamento in tronco di un dipendente che pubblichi su un quotidiano un articolo di carattere tendenzioso contro il proprio datore di lavoro addebitando a questo *fatti non veri*. Qui è evidente l'esorbitanza della fattispecie considerata rispetto al normale esercizio della libertà di critica e conseguentemente l'incidenza del fatto commesso dal dipendente sulla stessa obbligazione di prestare lavoro in forma dipendente, a stregua di correttezza e buona fede.

37 In questo senso, è tipica la sentenza 3 settembre 1957 n. 3419 della Corte di Cassazione (*Foro it.*, 1957, 1, 1395), fondata esclusivamente su una serie di affermazioni apodittiche, prive di riscontro nella normativa.

38 Così, ad esempio, la sentenza 10 novembre 1960 n. 3007 della Cassazione (in *Rep. Foro it.*, 1960, voce «Lavoro (rapporto di)», n. 597), secondo la quale «vi sono dei *casi* e dei *momenti* in

Analogamente, appaiono assai discutibili le decisioni che estendono il contenuto della dipendenza del prestatore fino al divieto di commettere reati in materia del tutto estranea al rapporto ed alla vita aziendale; perché è certo che a reprimere i reati provvede la legge penale e che questi possono aver rilevanza nell'ambito del rapporto di lavoro solo quando in qualche modo siano collegati ad esso o al comportamento dovuto. Non si vede per qual motivo si debba considerare legittimo il licenziamento in tronco di un operaio che ha emesso un assegno a vuoto oppure ha falsificato una cambiale, in danno di terzi, poiché ciò sarà contrario ai suoi doveri di cittadino, ma non è affetto da alcuna incoerenza rispetto alla prestazione dovuta³⁹.

Così pure devono ritenersi estranei al rapporto ed all'obbligazione dedotta gli amoreggiamenti di un dipendente con altra dipendente della stessa azienda (naturalmente a patto che quest'ultima non venga trasformata in alcova) o le reazioni – fuori dello stabilimento – della moglie del primo, o gli alterchi tra parenti del prestatore o del datore, sempre al di fuori dell'ambito aziendale⁴⁰. In tutti questi casi, infatti, si tratta di comportamenti irrilevanti rispetto all'obbligazione dedotta e sui quali non può incidere una valutazione a stregua di correttezza e di buona fede, per il semplice fatto che manca qualsiasi collegamento con la prestazione e quindi difetta lo stesso presupposto perché il criterio suindicato possa applicarsi.

Abbiamo voluto fare questi rapidi cenni a qualche orientamento giurisprudenziale, non solo in via esemplificativa, ma anche per dimostrare dove si possa giungere quando si abbandoni la via del diritto positivo e del riferimento alla concreta struttura del rapporto obbligatorio. Del resto, se si volesse un'ulteriore

cui il costume e la condotta del dipendente possono raggiungere una portata ed un aspetto tali da riverberarsi, sia pure indirettamente, sull'azienda, compromettendone in atto o in potenza, la reputazione o gli interessi materiali, specie quando si tratta di *ente che per i suoi contatti col pubblico* esige personale di indubbia moralità generica e specifica».

Come si vede, in questo caso l'affermazione non è di carattere generale, ma è riferita ad ipotesi specifiche e particolari; per di più, appare evidente, nell'ultima parte della massima, il richiamo ad una peculiare caratteristica del rapporto considerato.

39 Ci riferiamo alle sentenze 1 aprile 1964 della Corte di Appello di Firenze, in *Giur. tosc.*, 1964, pag. 777, che ha considerato giustificato il licenziamento in tronco di «un dipendente che si macchia di un grave reato (falso in cambiali) *anche se il datore di lavoro non sia la parte lesa*».

40 I due casi accennati nel testo sono stati risolti in modo difforme dalla giurisprudenza. La Corte di Appello di Messina (24 maggio 1962, in *Orient. giur. lav.*, 1963, pag. 341) ha ritenuto giustificato il licenziamento in tronco di un operaio che se la intende con altra dipendente, con relazione che dà luogo, fra l'altro all'uscita dello stabilimento, a lite con la moglie e ad un litigio – sempre fuori del cancello della fabbrica – tra la moglie e l'altra operaia.

Al contrario, la Corte d'Appello di Roma (11 dicembre 1964, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, pag. 33) non ha ravvisato la giusta causa di recesso nel fatto che a seguito di un alterco tra parenti del datore e lavoratore, quest'ultimo sia trascorso a ingiurie e percosse a carico dell'altra parte. In realtà, non si comprende questa differenza di soluzioni di casi sostanzialmente affini, perché ci sembra evidente che nell'uno e nell'altro caso, non vi era alcuna violazione dell'obbligazione fondamentale e si trattava di fatti del tutto estranei al rapporto.

riprova delle incertezze qui sopra denunciate, basterebbe considerare il fatto che la giurisprudenza – nell’assumere gli atteggiamenti criticati – si fonda talvolta sulla subordinazione, talvolta sulla collaborazione, talvolta ancora sull’obbligo di fedeltà, quando addirittura non ometta qualsiasi giustificazione. La verità è che, occupandosi di un rapporto obbligatorio, bisogna aver mente al contenuto concreto delle obbligazioni assunte dalle parti e quindi limitare l’estensione di esse a ciò che vi è funzionalmente collegato, sia pure nell’ambito di una valutazione dei comportamenti a stregua della correttezza e della buona fede. Le quali peraltro non potranno mai essere utilizzate per estendere la dipendenza del prestatore al di là di quei confini che sono strettamente connaturati con la prestazione dovuta e con le sue caratteristiche peculiari⁴¹.

4. Il preteso rafforzamento della subordinazione attraverso il cosiddetto obbligo di fedeltà

Ricondotta la subordinazione nei suoi confini naturali e nel suo ambito tipicamente patrimoniale, bisogna occuparsi di un’altra tendenza a rafforzarla ed estenderla con una decisa accentuazione degli elementi personali. Intendiamo riferirci a quelle concezioni che – ravvisando nel rapporto di lavoro la presenza di un generale *dovere di fedeltà*⁴² – aggiungono un’ulteriore qualifica alla presta-

41 Esattamente dunque, si è chiarito che limite fondamentale della subordinazione è la conformità degli ordini ai patti di lavoro, alle leggi, all’ordine pubblico, al buon costume (GRECO, *Contratto di lavoro*, cit., pag. 260); che inoltre il datore di lavoro non può impancarsi a censore della vita privata del dipendente o comunque del suo comportamento al di là delle esigenze della prestazione (WALLMEYER, *Die Kündigung*, cit., pag. 76 ss.); che infine, non è concepibile alcun controllo sull’attività politica del dipendente (PALERMO, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., II, pag. 155), a condizione, s’intende, che essa non sia svolta durante l’orario di lavoro.

42 Sull’obbligo di fedeltà, in generale: MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 127 ss.; ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, cit., pag. 175 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell’impresa*, cit., pag. 267 ss.; ID., *Sul contenuto dell’obbligo di fedeltà*, in *Dir. ec.*, 1963, pag. 515; ID., *Sulla collaborazione nell’impresa*, in *Mass. giur. lav.*, 1961, pag. 245 ss.; ID., *Diritto del lavoro*, cit., (ed. 1967), pag. 216 ss.; PERETTI-GRIVA, *Il contratto d’impiego privato*, cit., pag. 367 ss.; BASSANELLI, *L’obbligazione negativa del prestatore d’opera*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, 1, pag. 350 ss.; CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, cit., pag. 148 ss.; D’EUFEMIA, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 42 ss.; BRUNETTI, *Disciplina della concorrenza durante e dopo il rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1964, pag. 413 ss.; LEGA, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 235 ss.; CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino, 1956, pag. 298 ss.; GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 261 ss.; PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 64 ss.; BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., II, pag. 304 ss.; SINAGRA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Palermo, 1962, pag. 420; RUBINO, *L’obbligo di diligenza e fedeltà del prestatore di lavoro* (rassegna di giurisprudenza), in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 262 ss.; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 216 ss.; MAZZONI, *Il contratto di lavoro*, ecc., cit., pag. 256; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1956, pag. 46; RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, in *Studi sulle scienze giuridiche e sociali*, Pavia, 1959, XXVI, pag. 175 ss.; MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, vol. C.E.C.A., cit., pag. 480 ss.; ID., *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, cit., pag. 686.

zione lavorativa, nel senso che essa deve essere svolta in modo subordinato e fedele. Concezione che si ricollega in definitiva a quella che individua nella fedeltà un obbligo complementare o accessorio.

Non interessa in questa sede, cogliere le divergenze tra i due orientamenti, ma piuttosto sottolinearne il lato comune, consistente nel riferimento al concetto di fedeltà, inteso nel senso più ampio.

Questa tendenza – alla quale abbiamo dedicato qualche accenno nella prima parte di questo studio – interessa anche il tema specifico di cui ci stiamo ora occupando, in quanto essa finisce per investire la personalità del prestatore più ancora che non la semplice subordinazione, intesa in senso stretto.

Fedeltà, infatti, viene intesa dai sostenitori di questa tendenza, nel senso positivo di impegno di leale collaborazione e di totale dedizione all'impresa e nel senso negativo di astensione da ogni attività o comportamento che possano porsi in contrasto con i fini perseguiti della controparte⁴³.

In altre parole, il prestatore di lavoro sarebbe tenuto non solo a seguire le direttive del datore per un corretto svolgimento della sua prestazione, ma anche a garantire con ogni mezzo la realizzazione dell'aspettativa del creditore ed il conseguimento del risultato da lui atteso.

In tal modo, l'obbligo di fedeltà non appare molto dissimile da quello comunemente ammesso dalla dottrina tedesca e consistente sostanzialmente in una totale dedizione della persona.

Vero è che la dottrina italiana tende a respingere queste concezioni estreme, ancorando la fedeltà a basi e presupposti di contenuto essenzialmente patrimoniale⁴⁴. Ma, al di là delle formulazioni verbali, i risultati sono sostanzialmente analoghi; quando infatti si esige dal prestatore un comportamento leale e corretto verso il datore, anche al di là del contenuto concreto dell'obbligazione

Della fedeltà come dedizione e come espressione tipica della comunità lavorativa si è occupata ampiamente la dottrina tedesca, ma in termini tali da non poter essere utilizzata da noi, nel difetto di qualsiasi presupposto normativo. Si vedano in particolare, fra gli altri: HUECK, *Treugedanke in modernen Privatrecht*, in *Sitzungsberichte der Bayer Akademie des Wissenschaften*, München, 1947; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, cit., pag. 151; HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrecht*, I, Berlin-Frankfurt, 1955, pag. 220 ss.; MOLITOR, *Il diritto del lavoro tedesco*, in *Dir. lav.*, 1951, 1, 106; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldsrecht*, I, München und Berlin, 1962, pag. 102, nota 1.

43 In sostanza, alla fedeltà vengono abitualmente ricondotti: l'obbligo di dedicare tutto se stesso all'impresa (CASANOVA), l'obbligo di omettere tutto ciò che possa nuocere all'impresa o alla propria capacità lavorativa (D'EUFEMIA, ARDAU), il dovere di collaborazione (RIVA SANSEVERINO, D'EUFEMIA, LEGA), il dovere di leale comportamento verso il datore di lavoro (BRUNETTI), l'impegno di leale cooperazione (PERSIANI).

La giurisprudenza ricorre abitualmente al concetto di fedeltà per esprimere l'esigenza di collaborazione, di rispetto e di leale comportamento, in aderenza ad un'impostazione rigorosamente «fiduciaria» del rapporto di lavoro.

44 Sono tipiche, in questo senso, le posizioni assunte dal MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro*, cit., pag. 686; dal CORRADO, *La nozione unitaria*, cit., pag. 299 ss.; e dal PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 245 ss.

e perfino al di là di quanto derivi dall'esercizio del potere direttivo, quando si afferma che ogni sforzo del debitore deve essere teso non solo verso la conservazione della possibilità di adempiere, ma anche verso la realizzazione dell'interesse del creditore, che cos'altro si pretende se non una dedizione pressoché totale, che investe ed impegna l'intera personalità del soggetto?

È chiaro che, per questa strada, si torna nuovamente a quel vincolo generale ed assorbente che avevamo negato potersi collegare alla subordinazione.

Il problema sta nel vedere se a questi orientamenti soccorra l'ausilio del riferimento al dato positivo.

Appare però difficilmente sostenibile che esso possa rinvenirsi nel precetto di cui all'art. 2105 c.c., il quale – sotto un'intestazione generica – contiene due specifici divieti, di far concorrenza e di divulgare notizie attinenti all'organizzazione, ed ai metodi di produzione. Divieti di carattere squisitamente patrimoniale, diretti come sono a tutelare l'attività esterna e quindi – come si è detto esattamente⁴⁵ – l'interesse di profitto dell'imprenditore. Orbene, dedurre dall'esistenza di divieti specifici, di natura patrimoniale, un obbligo generale e personale, positivo e negativo nello stesso tempo, sembra giuridicamente inammissibile, almeno se si voglia restare aderenti ai canoni consueti di corretta interpretazione delle norme.

E di ciò tanto si rende conto la dottrina più sensibile, che finisce per cercare altrove i cennati indici di riferimento, i quali vengono rinvenuti talora nell'accenno contenuto nel primo comma dell'articolo 2104 c.c. all'interesse dell'impresa⁴⁶ e talaltra nel richiamo dell'art. 2094 c.c. alla collaborazione.

Ma è abbastanza agevole rilevare che di interesse dell'impresa si parla nel 2104 come semplice criterio di specificazione della diligenza; il che non ha nulla a che fare con la fedeltà e con tutti gli obblighi che ad essa si pretende di ricondurre.

Quanto al richiamo alla collaborazione⁴⁷, bisogna dire con franchezza che è per lo meno discutibile collegare una figura controversa come quella della fedeltà ad un indice di riferimento così poco definito e dai contorni così imprecisi.

45 MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, cit., pag. 686 ss. Ma si veda anche il MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., pag. 142, secondo il quale la fedeltà di cui all'art. 2105 si risolve semplicemente in uno specifico obbligo di correttezza. In senso analogo, anche il CORRADO, *La nozione unitaria*, cit., pag. 303; il SINAGRA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 420; l'ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, cit., pag. 599; e in definitiva anche il RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, cit., pag. 195.

46 MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, vol. CECA, cit., pag. 480. Secondo questo A. i doveri di cui al 2105 sono soltanto doveri di correttezza, mentre l'obbligo di fedeltà vero e proprio sarebbe previsto dall'art. 2104 c.c., ma in forma sostanzialmente programmatica. Essa sarebbe cioè destinata ad attuarsi in concreto solo quando emergesse sul piano giuridico quella comunità di impresa che oggi rileva, tutt'al più, sul piano sociologico.

47 Questa impostazione è la più frequente, tra i sostenitori del generale obbligo di fedeltà: si vedano in particolare i vari studi della RIVA SANSEVERINO, citati in nota 42, oltre a quelli del RUBINO, del PERSIANI, del LEGA (ivi).

Benvero, a tutt'oggi, nonostante ogni sforzo, la dottrina non è riuscita ad individuare i contenuti concreti di questa figura, che anzi da alcuni è stata ritenuta come una semplice formula retorica⁴⁸.

Ma anche a volerle conservare un qualche significato, è certo che ben difficilmente si riesce ad andare al di là del consueto impegno di cooperazione, che è connaturato ad ogni rapporto obbligatorio. Né giova gran che richiamarsi alla correttezza o alla buona fede, perché queste operano – come criterio di valutazione – anche indipendentemente dalla collaborazione e non mutuano da questa alcun particolare contenuto o significato⁴⁹.

48 Così la definisce il NATOLI, *Adempimento e non collaborazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, I, pag. 38 ss. Ma anche altri AA. ritengono che non sia possibile ricondurre alla collaborazione obblighi accessori o complementari rispetto all'obbligazione fondamentale. Secondo il MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Atti del I convegno di studi di diritto e procedura penale sul diritto di sciopero*, Milano, 1964, pag. 32, la collaborazione non è che una qualifica della prestazione, derivata dai principi di buona fede e correttezza; né diversamente si era espresso il CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, cit., pag. 304; mentre per il MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, ecc., cit., pag. 107, tutto si riduce ad una peculiare conseguenza del fenomeno per cui l'interesse del creditore al risultato reagisce sull'obbligazione del lavoratore. Sono poi meritevoli di particolare menzione le acute considerazioni dello SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 67 ss., secondo cui collaborazione e subordinazione sono in antitesi fra loro, così come l'idea di collaborazione è estranea anche allo schema dello scambio. Lo Scognamiglio non manca di sottolineare, del resto, la sostanziale ambiguità dell'idea di collaborazione. Ma la verità è che neppure i più fervidi sostenitori della collaborazione riescono ad uscire da una notevole genericità, che in definitiva costituisce l'ulteriore riprova della sostanziale mancanza di contenuto di questa figura. Particolarmente significativi, da questo punto di vista, gli studi del NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 33 ss.; del LEGA, *La comunità di lavoro*, Milano, 1963, pag. 74 ss.; del CASSI, *La collaborazione del lavoratore in posizione subordinata*, in *Dir. lav.*, 1961, I, pag. 10 ss.

49 Di recente, si è tentato di rinverdire il richiamo alla collaborazione appunto sulla base del riferimento alla buona fede (PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 223 ss.); ma a ben guardare, anche questa costruzione rivela la sua trama, ove si consideri che essa è fondata sul presupposto che la buona fede costituisca un impegno di cooperazione e funzioni come integrazione dello schema. Ora, non solo questo presupposto è inconsistente, come abbiamo cercato di chiarire; ma anche se lo si accettasse, non si farebbe altro che riconoscere l'inutilità del ricorso alla collaborazione. Le finalità cui essa dovrebbe tendere, sarebbero – in definitiva – già assicurate dalla buona fede. Talché la collaborazione finirebbe per identificarsi con questa, non avendo l'idoneità – in base agli indici forniti dal diritto positivo – a fornirle una base più concreta e specifica di quanto avvenga per qualsiasi rapporto obbligatorio. A proposito della concezione suindicata, vi è poi da aggiungere che del tutto inaccettabile appare il riferimento al fine da perseguire; benvero, se questo fine è comune, allora si esce dall'ambito del rapporto di scambio; se invece esso appartiene a una delle parti soltanto, non si può certo pretendere che l'altra parte tenda con tutte le sue forze alla realizzazione di esso, appunto per la sua fondamentale estraneità. Se infine si vuol dire che è sufficiente che il debitore si renda conto anche del fine da raggiungere (PERSIANI, *op. cit.*, pag. 168-69), allora l'asserzione da raggiungere si riferisce esclusivamente ad una situazione di fatto, del tutto irrilevante, perché questa «presenza» del fine nell'animo del debitore è estranea allo schema causale ed allo stesso contenuto dell'obbligazione assunta.

Se pur dovesse ammettersi che la collaborazione attiene ad una particolare reazione dell'interesse del creditore al risultato, sulla obbligazione del prestatore, non si giungerebbe ad altro se non ad indicare un criterio di valutazione del comportamento dovuto, in relazione alla natura della prestazione ed al tipo di rapporto. Ma allora siamo di fronte ancora una volta al criterio di diligenza ed alla valutazione a stregua di buona fede e correttezza; criteri cioè sempre e necessariamente relativi, ma non suscettibili di introdurre elementi nuovi, estranei al contenuto patrimoniale del rapporto.

Di recente si è tentato di superare questi ostacoli, riconoscendo che l'art. 2105 non fornisce indici sicuri, ma sostenendo che l'obbligo di fedeltà può trovare il suo fondamento nella contrattazione collettiva e nel significato che essa ha attribuito a tale figura⁵⁰. Il tentativo è interessante ma non sfugge alla critica: l'autonomia privata – e segnatamente quella collettiva – è ben libera di introdurre elementi nuovi sullo schema contrattuale tipico; ed è certo che le parti possono prevedere obblighi nuovi o comunque arricchire il contenuto delle obbligazioni fondamentali. Ma da questo non si è autorizzati a dedurre nulla di generale, almeno fino a quando siffatto arricchimento non sia divenuto così diffuso e così generalizzato da farlo considerare come una acquisizione della coscienza collettiva, valevole come presupposto per una specificazione del contenuto della buona fede e della correttezza. Ma di un fenomeno siffatto non può davvero parlarsi, allo stato; la presenza in alcuni contratti collettivi di formule quanto mai generiche e vaghe, è invero scarsamente significativa, come del resto si finisce per riconoscere⁵¹. Ma anche là dove si ritiene che le enunciazioni siano più precise, è sempre agevole obiettare intanto che la pretesa maggiore determinatezza è soltanto apparente, e in secondo luogo che non è possibile comunque – da così scarsi indici – estrarre criteri generali di sicuro affidamento. Pretendere che il lavoratore espliciti «tutta l'attività richiesta nell'interesse dell'impresa» oppure che attui il lavoro affidatogli «con prontezza, diligenza e assiduità» non significa nulla di diverso che esigere quella diligenza qualificata di cui parla l'art. 2104 c.c.; talché può ben dirsi che quelle formulazioni, oltretutto

50 L'interessante costruzione è del PERSIANI, nel volume più volte ricordato sul *Contratto di lavoro e organizzazione*, pag. 238 ss.

51 Il PERSIANI, *loc. cit.*, pag. 243, richiama alcuni contratti collettivi, in cui si richiede al lavoratore un «contegno inerente ai doveri inerenti all'esplicazione delle mansioni affidategli» e in particolare di «dedicare una attività assidua e diligente al disbrigo delle mansioni assegnategli». Ma lo stesso A. è costretto a riconoscere che si tratta di formule scarsamente significative; a noi sembra addirittura che esse null'altro rappresentino che una vaga perifrasi degli artt. 2094 e 2104 c.c.

A dire il vero, noi riteniamo che analoghi rilievi possono formularsi a proposito delle diverse formule usate da altri contratti collettivi, che invece, secondo il Persiani, sarebbero idonee a fornire il criterio per precisare il significato del dovere di fedeltà. Di fronte a espressioni generiche, come quelle ricordate nel testo, è arbitrario trarre conclusioni di carattere generale; ancora una volta, bisogna dire invece che esse null'altro esprimono che il contenuto normale della obbligazione di lavorare in forma dipendente.

generiche, sono del tutto superflue, in quanto nulla aggiungono al normale contenuto dell'obbligazione lavorativa.

Ma soprattutto, non appare affatto autorizzata da alcuna di queste enunciazioni, la conclusione secondo cui il lavoratore risulterebbe tenuto a comportamenti che sono obbligatori anche se non richiesti dal datore di lavoro. In realtà, il prestatore è tenuto a quel comportamento che risulta indicato nel contratto e che successivamente viene specificato dalle direttive del datore; al di là di questo, null'altro può esigersi da lui senza forzare i limiti dello schema del rapporto obbligatorio. Del resto, quando si ammette che i comportamenti dovuti a stregua del criterio di fedeltà non sono un *quid novi* rispetto all'obbligazione fondamentale e debbono sempre essere collegati a questa, si finisce per contraddire la stessa affermazione precedente, privandola comunque di ogni autonomo sostegno.

La verità è che la fedeltà è un concetto che mal si addice al rapporto obbligatorio, col quale è sostanzialmente incompatibile⁵². Lo dimostra lo stesso fatto che di essa si trova traccia soltanto nei rapporti comunitari e personali, a prescindere, naturalmente, dal diritto pubblico. In tutto il codice civile, se non andiamo errati, si parla di fedeltà solo tre volte e precisamente nell'art. 143, a proposito dei doveri reciproci dei coniugi, nell'art. 349, a proposito dell'esercizio delle funzioni di tutore e nell'art. 2105, nel quale però, come si è già detto, l'espressione è usata del tutto a sproposito e con notevole discordanza tra la rubrica e il contenuto del precetto. Donde la piena fondatezza dell'asserzione – ormai largamente condivisa – secondo cui la fedeltà è una posizione tipica di diritto delle persone ed è legata comunque all'esistenza di una comunità. Affermare che ciò non è vero, perché vi è un'esplicita previsione legislativa

52 A nostro avviso, la dimostrazione del MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, ecc., cit., pag. 127 ss., è da ritenere veramente definitiva. Invano ad essa sono state mosse delle critiche da parte del BRUNETTI, *Disciplina della concorrenza durante e dopo il rapporto di lavoro*, cit., pag. 413, il quale in definitiva non riesce a fornire alcuna dimostrazione della compatibilità tra fedeltà e rapporto obbligatorio. Ma anche le critiche formulate di recente dal PERSIANI, *op. cit.*, pag. 239, non appaiono certo più decisive. Sostanzialmente concordi col Mancini sono invece il RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, cit., pag. 181, il quale afferma che il concetto di fedeltà è sempre legato alla sussistenza di una comunità; il MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, vol. CECA, cit., pag. 480, e in definitiva, pur con qualche riserva, l'ARDAU, *Sistema istituzionale*, cit., pag. 599. Significative poi sono le considerazioni del LAKENZ, *Lehrbuch des Schuldsrecht*, cit., pag. 102, secondo le quali i doveri di fedeltà esistono solo nei rapporti personalistici di comunione, mentre negli altri casi a specificare il contenuto delle obbligazioni fondamentali può provvedere tutt'al più la buona fede.

Un accenno interessante, è quello del GRASSETTI (in *Atti del convegno sulla tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, cit., pag. 82), secondo il quale l'obbligo di fedeltà dell'art. 2105 sarebbe incomprendibile in una concezione puramente sinallagmatica del rapporto. Va chiarito tuttavia che se l'art. 2105 viene inteso soltanto in relazione al suo specifico contenuto, la dedotta incompatibilità sarebbe senz'altro superata, non essendovi ostacoli a che in un rapporto di scambio si inseriscano obblighi secondari di protezione dell'interesse del creditore. Il problema insorge, invece, quando dal contenuto essenziale dell'art. 2105 si pretende di ricavare una nozione generale di fedeltà, che allora appare senz'altro inconciliabile con lo scambio.

nell'art. 2105 c.c., si risolve in una petizione di principio; tanto è vero che si finisce poi per riconoscere che da questo precetto si ricavano elementi ben poco significanti⁵³.

Tutto si risolve, infine, nella necessità di dimostrare che alla infelice rubrica dell'art. 2105 corrisponda un contenuto realmente afferente all'idea di fedeltà; ma ciò, come si è visto, è veramente impossibile, stante la chiarezza della previsione legislativa dei due distinti divieti, di per sé inquadrabili senza sforzo nell'ambito del rapporto obbligatorio.

Per convincersi definitivamente della inutilità e della inanità di ogni sforzo diretto ad inserire nel rapporto di lavoro un generale obbligo di fedeltà, è assai utile scorrere le singolari variazioni giurisprudenziali sul tema.

Sono assai numerose le decisioni – specialmente in tema di licenziamento in tronco del prestatore di lavoro – in cui si ribadisce il richiamo all'obbligo di fedeltà, inteso come leale comportamento, impegno di cooperazione, divieto di attività anche solo potenzialmente lesive, e così via.

Già le massime, sia quando ripetono espressioni di uso corrente, con una estenuante monotonia, sia quando cercano di indicare specificamente il contenuto dell'obbligo di fedeltà, provocano un effetto sconcertante, per la scarsa chiarezza dei concetti, e per la genericità dei criteri indicati. È sufficiente, a questo riguardo, rilevare quanto spesso si facciano rientrare nel precetto dell'art. 2105 obblighi che veramente nulla hanno a che fare con i comportamenti ivi descritti; o anche osservare come la giurisprudenza si richiami indifferentemente alla collaborazione, alla subordinazione e alla fiducia come presupposti del dovere di fedeltà, quando non ci si riferisca in modo del tutto generico alla lealtà ed alla correttezza⁵⁴.

53 PERSIANI, *op. cit.*, pag. 239.

54 Ecco alcuni esempi particolarmente significativi: «Il contratto di lavoro subordinato si fonda essenzialmente su un rapporto di fiducia fra le parti, da cui derivano per i dipendenti obblighi di fedeltà e di leale comportamento verso il datore di lavoro» (Cass. civ. 23 marzo 1960 n. 609, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 196); «Il dovere di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. si sostanzia nell'obbligo di leale comportamento verso il datore» (Cass. civ. 8 marzo 1950 n. 600, in *Riv. dir. lav.*, 1950, II, 258); «uno dei fondamentali doveri del prestatore è la fedeltà, per cui esso è tenuto a collaborare lealmente all'incremento dell'impresa e a non compiere, quindi, alcun atto nocivo per gli interessi di essa» (App. Venezia 11 marzo 1953, in *Orient. giur. lav.*, 1953, pag. 277); «tra le cause che autorizzano il recesso in tronco vi sono quelle che si riferiscono alla prestazione, ma anche quelle che ineriscono agli obblighi complementari della subordinazione e della fedeltà o al comportamento generale del lavoratore, in quanto incida sulla sua qualità di collaboratore dell'impresa» (App. Aquila 5 marzo 1963, in *Orient. giur. lav.*, 1964, pag. 10).

A questa babele di linguaggio e di contenuto, non c'è che da aggiungere il richiamo a due decisioni recentissime, che costituiscono in certo modo il coronamento della tendenza come sopra sintetizzata: Cass. civ. 24 gennaio 1966 n. 286, in *Mass. giur. lav.*, 1966, pag. 104: «A giustificare il licenziamento in tronco è sufficiente qualunque fatto illecito o riprovevole, atto a scuotere la fiducia, anche se diverso da quelli previsti dall'art. 2105, relativo all'obbligo di fedeltà che si sostanzia nell'obbligo di leale comportamento verso il datore»; Cass. civ. 10 maggio 1966 n. 1200, in *Orient. giur. lav.*, 1966, pag. 564: «L'art. 2105 contiene l'enunciazione del

Ma è assai più istruttivo, come sempre si dovrebbe fare, consultare le decisioni *in extenso*, perché allora si scopre che le applicazioni del «dovere di fedeltà» sono le più disparate e singolari, quasi che si trattasse di un *passepartout* utile a tutti gli usi.

Si inquadra, ad esempio, nella violazione del 2105 il comportamento del lavoratore che costituisce una società avente lo scopo di esercitare la stessa attività del datore, quand'anche l'esecuzione dei lavori non abbia ancora avuto luogo⁵⁵. Si considera violazione del dovere di fedeltà il fatto del dipendente che omette di denunciare al datore le mancanze commesse da compagni di lavoro o da superiori (!)⁵⁶. Si considera violazione del 2105 il comportamento del lavoratore che inviti altri dipendenti della stessa Ditta a trasferirsi presso una Ditta concorrente, anche se l'invito non ha avuto esito⁵⁷. Si ravvisa ancora violazione del dovere di fedeltà nello svolgere propaganda politica all'interno dello stabilimento o addirittura nell'incoraggiamento a scioperare da parte di un membro di commissione interna⁵⁸.

E non si contano le decisioni in cui si fa riferimento al pregiudizio anche solo potenziale degli interessi dell'impresa⁵⁹.

Orbene, non ci interessa in questa sede addentrarci nella indagine relativa alla sussistenza o meno della giusta causa nelle ipotesi più sopra richiamate; quello che appare certo, però, è che in alcuni casi non appariva configurabile alcun inadempimento contrattuale, mentre in altri il richiamo all'art. 2105 era completamente fuori luogo. In generale, poi, si rileva la tendenza a chiamare in causa la fedeltà anche quando nello schema tipico del rapporto obbligatorio sarebbe stato assai agevole reperire i criteri di valutazione del comportamento del prestatore, sia pure per ritenerlo non corrispondente a quello dovuto.

dovere di *lealtà* verso il datore e dei conseguenti obblighi di *tutelarne in ogni modo gli interessi e di astenersi da tutto ciò che possa nuocergli*. Ci sembra superfluo commentare queste massime, alle quali se ne potrebbero aggiungere moltissime altre, sostanzialmente analoghe; comune a tutte è il totale abbandono di ogni riferimento concreto al diritto positivo e la preferenza accordata ad espressioni come *lealtà*, *fiducia*, e così via, il cui significato giuridico – specialmente in riferimento al rapporto di lavoro – è da ritenere per lo meno controverso.

55 Cass. civ. 9 aprile 1960 n. 809, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1830.

56 Trib. Genova 13 ottobre 1959, in *Orient. giur. lav.*, 1960, pag. 328.

57 Trib. Milano 5 dicembre 1963, in *Mass. giur. lav.*, 1963, pag. 401.

58 Rispettivamente: App. Venezia 16 settembre 1954, in *Mass. giur. lav.*, 1964, pag. 284 e Collegio arbit. Parma 16 ottobre 1954, in *Riv. dir. lav.*, 1955, II, 114.

59 Qualche esempio: Cass. 8 marzo 1950 n. 600, in *Riv. dir. lav.*, 1950, II, 258; Cass. 9 aprile 1960 n. 809, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1830; App. Potenza 30 marzo 1962, in *Foro nap.*, 1963, I, 22; Trib. Milano 5 dicembre 1963, in *Mass. giur. lav.*, 1963, 401; Cass. 10 maggio 1966 n. 1200, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, 597.

Per altra casistica relativa alla violazione dell'obbligo di fedeltà, v.: FEDELE, *Le fattispecie estintive del rapporto di lavoro nell'ordinamento italiano*, Milano, 1961, pag. 22 nota 45; e da ultimo: NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966, *Appendice* di giurisprudenza sulla giusta causa, pagina 225 ss.

Né gioverebbe obiettare che – eliminando il generico obbligo di fedeltà – rimarrebbe priva di sanzione una serie di comportamenti certamente non corrispondenti, anche sulla base del semplice buon senso, ad una corretta attuazione del rapporto; occorre infatti ricordare che il comportamento deve essere valutato a stregua di diligenza e secondo i criteri di buona fede e di correttezza. Il che è più che sufficiente per ravvisare, in molti casi, un inadempimento anche grave, senza bisogno di ricorrere alla fantomatica figura della fedeltà, così poco inquadabile nella concezione sinallagmatica del rapporto di lavoro⁶⁰.

5. Il preteso «status» di lavoratore subordinato: critica

L'indagine fin qui svolta conferma che la subordinazione, lungi dall'assumere aspetti personali, costituisce soltanto una particolare qualifica, un modo d'essere della prestazione di lavoro. Ne deriva che essa non è idonea a conferire al lavoratore una posizione giuridica particolare, se non sotto il profilo di un mero presupposto di fatto di una peculiare normativa.

In dottrina si parla spesso di uno «stato» di lavoratore. Questo può risolversi nella constatazione di una particolare situazione di fatto, contingente e limitata obiettivamente e temporalmente, alla quale il diritto collega determinati effetti: in tal caso, l'espressione «stato» deve intendersi in senso non tecnico, come semplice strumento terminologico, riassuntivo ed indicativo appunto di una situazione di particolare interesse.

Tuttavia, alcuni Autori utilizzano invece l'espressione in senso strettamente tecnico, facendo riferimento ad un vero e proprio «status» di lavoratore subordinato, inquadabile nella più ampia categoria dello *status subjectionis*⁶¹.

60 Ad esempio, il comportamento dell'impiegato che, incaricato di trattare la vendita di un immobile, accetta la promessa di ricompensa da parte di uno dei compratori (Cass. civ. 8 marzo 1950 n. 600, cit.) non è riconducibile all'art. 2105 c.c., ma costituisce senza dubbio un comportamento gravemente inadempiente.

Lo stesso può dirsi a proposito del comportamento del dipendente che si serva, per un'intera giornata, del lavoro di un altro operaio, per proprio profitto (App. Venezia 11 marzo 1953, cit.) oppure del comportamento dell'impiegato che sollecita o accetta da terzi denaro per favorirli alterando il normale ordine di consegna delle macchine (Trib. Milano 30 maggio 1960, in *Orient. giur. lav.*, 1960, pag. 503), o ancora di quello del segretario di Camera del lavoro che durante una licenza, partecipi alla riunione costitutiva di un'altra associazione, che si propone di concorrere con quella a cui appartiene (App. Brescia 18 maggio 1955, in *Riv. giur. lav.*, 1955, II, 359).

In tutte queste ipotesi, l'art. 2105 è fuori causa; ma non c'è dubbio che si tratta di comportamenti non solo riprovevoli, ma sanzionabili, senza alcun bisogno di ricorso al generico dovere di fedeltà.

61 MAZZONI, *Il contratto di lavoro*, ecc., cit., pag. 191; NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1955, pag. 95 ss.; MIGLIORANZI, *Il rapporto di lavoro subordinato con inserzione nell'ordinamento gerarchico dell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1940, 1, 126; GIORDANO, *I contratti per adesione*, cit., pag. 35; ARDAU,

Si sottolinea così, sotto un profilo solo in apparenza diverso rispetto a quelli già considerati, la situazione passiva del prestatore, di fronte all'esercizio dei poteri del datore e di fronte alla sostanziale supremazia di quest'ultimo. Abbiamo detto che la differenza è soltanto apparente, perché in realtà, in questo modo si torna ancora ad una concezione meramente passiva e personale della subordinazione.

Potrebbero quindi valere le considerazioni già esposte, per dimostrare che non esiste una distinzione né concettuale né normativa tra questo preteso stato di soggezione – dotato di struttura autonoma – e la situazione di obbligo correlativo ad un diritto di credito. Il solo fatto di considerare la subordinazione come una peculiare forma o qualificazione della prestazione di lavoro impedisce, infatti, di inserirla poi nel quadro di una situazione tipicamente personale⁶².

Ma vi è qualche rilievo da aggiungere in ordine alla stessa possibilità di utilizzare la nozione di *status*. La quale è – come è noto – estremamente dibattuta e controversa⁶³. Nei tempi moderni, la tradizionale concezione dei vari *status*

Corso di diritto del lavoro, cit., pag. 20; ARANGUREN, *La qualifica nel contratto di lavoro*, Milano, 1961, pag. 72; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 61.

62 Con varia argomentazione, diversi AA. si oppongono recisamente alla considerazione della subordinazione come *status*. Tra essi, in modo particolare: SAVINO, *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 15 e 73 ss.; CASSI, *La subordinazione*, ecc., cit., pag. 86; LEGA, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, 1956, pag. 57; GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 94 e 196 ss.; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., II, pag. 264; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata*, I, cit., pag. 128. Una critica particolarmente penetrante è quella dello SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 57 ss., il quale rileva esattamente che la posizione tipica del lavoratore non deriva dal far parte di una classe o aggregato, come si richiede invece per lo *status*.

Anche il PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, cit., pag. 30 ss., dedica un'ampia indagine all'argomento, escludendo che possa parlarsi di *status* di lavoratore subordinato e collegando alla posizione del lavoratore in senso ampio uno *status* meramente occasionale.

La giurisprudenza ha avuto rare occasioni di occuparsi della questione. Con la sentenza 11 giugno 1959 n. 2690, in *Mass. giur. lav.*, 1960, pag. 51, la Corte di Cassazione ha escluso il riferimento allo *status*, ritenendo che quest'ultimo si individui come posizione di una persona nei confronti dell'ordinamento, implicante una qualità giuridica permanente, che si acquista indipendentemente da un atto di volontà e da cui derivano diritti soggettivi assoluti. Secondo la Cassazione, tutti questi requisiti difettano invece nel lavoratore subordinato, che assume tale posizione a seguito di una manifestazione di volontà e in modo temporaneo, inserendosi in un rapporto da cui scaturiscono diritti e doveri relativi.

63 Sullo *status*, in generale, la letteratura è ormai abbondantissima e quindi ci limiteremo ai richiami essenziali: CARIOTA FERRARA, *Successioni per causa di morte*, Napoli, I, pag. 102 ss.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, pag. 27; SALVI, *Il possesso di stato familiare*, Milano, 1952, pag. 150-151; BETTI, *Limiti giuridici della responsabilità aquiliana*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, XXX, pag. 779; BARBERO, *Sistema del diritto privato*, cit., I, pag. 143; MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, I, pag. 67 ss.; CICU, *La filiazione*, Torino, 1951, pag. 2; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, pag. 250; RESCIGNO, *Sulla volontà degli effetti civili nel matrimonio canonico*, in *Dir. e giur.*, 1952, pag. 1; MAZZA, *Sulla nozione di status*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, 142; CICU, *Il concetto di status*, estratto dal volume delle onoranze al Prof. Simoncelli,

fondamentali ha dovuto cedere di fronte alla critica della maggior parte della dottrina⁶⁴.

Ma anche le caratteristiche tradizionali dello *status* sono state sottoposte ad ampia revisione, contestandosi da varie parti sia il carattere di necessità che quello di permanenza. Si discute poi se lo *status* sia figura autonoma, se esso abbia le caratteristiche di un diritto della personalità, se costituisca un presupposto di rapporti giuridici o ne rappresenti invece gli effetti.

Né manca chi ritiene che si tratti di un mero strumento terminologico di comodo, in rispondenza ad esigenze pratiche più processuali che sostanziali⁶⁵.

Si può già rilevare che quest'ultima tendenza è andata assumendo – nei tempi più recenti – un rilievo sempre più esteso, in quanto molti sottolineano il carattere approssimativo ed empirico del concetto, mentre la distinzione rispetto alle qualità giuridiche si è andata sempre più affievolendo. Questi contrasti e questa incertezza di contorni dogmatici suggerirebbero già di rinunciare al ricorso a questa figura, che in realtà non è in grado di recare alcun contributo costruttivo, proprio per questa sua ormai riconosciuta indeterminatezza.

Ma si può dire di più, e cioè che essa è inutilizzabile, ai nostri fini, quale che sia la concezione che si intenda seguire. Se infatti si resta ancorati ai requisiti della necessità e della permanenza⁶⁶, bisogna necessariamente riconoscere che

Napoli, 1914, pag. 17; ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, pag. 527; D'ANGELO, *Il concetto giuridico di status*, in *Riv. it. sc. giuridiche*, 1938, pag. 249 ss.; CATTANEO, *La filiazione legittima*, Milano, 1961, pag. 5 ss.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pag. 295 ss.; LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1953, pag. 236 ss.; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, pag. 259 ss.; FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Roma, 1924, pag. 255; FORMIGGINI, *Lo status socii*, in *Studi in memoria di Ratti*, 1934, pag. 525 ss.; FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, pag. 3 ss.; VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, pag. 53 ss.; FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, pag. 337 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 23; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., I, pag. 42 ss.; PRETI, *Note sul concetto di status*, in *Annali Università di Ferrara*, 1943, IV, pag. 129 ss.; SAVINO, *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 73.

64 Si pensi al FERRARA, *Trattato di diritto civile*, cit., pag. 337 e nota 3, secondo il quale il diritto moderno ha talmente allargato la nozione di *status* da farne un sinonimo di qualità giuridica.

65 L'ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., pag. 300, afferma appunto che si tratta di uno strumento di comodo, rispondente soprattutto all'esigenza di rendere possibile l'accertamento processuale. Altri AA., come il LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 245, sottolineano il carattere approssimativo ed empirico del concetto di *status*; il VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., pag. 57, ravvisa nella categoria un carattere meramente funzionale e strumentale; il CORRADO – infine – (*Trattato di diritto del lavoro*, cit., II, pag. 264) lo considera solo come un momento terminologico della tecnica giuridica.

Come si vede, il processo di svalutazione della categoria è ormai notevolmente avanzato, perché dalla lenta erosione di alcuni caratteri ritenuti fondamentali si è passati ad investire la stessa struttura di essa per contestarne la autonomia e il giuridico rilievo. È dunque passata molta acqua sotto i ponti rispetto alla tradizionale impostazione romanista ed a quella successivamente elaborata da Jellinek e dagli altri grandi pubblicisti.

66 Nonostante le critiche formulate da alcuni AA., questi requisiti sono ancora ritenuti essenziali da una parte della dottrina, almeno in relazione ai c.d. *status* fondamentali. In questo senso:

essi difettano ambedue nell'ipotesi del lavoratore, il quale diviene subordinato solo quando si inserisce in un concreto rapporto obbligatorio.

Di per sé, un cittadino non è lavoratore subordinato, nulla significando neppure il fatto che per tutta la vita abbia prestato la sua opera in forma dipendente: nulla esclude infatti che – dopo lunghi anni di lavoro subordinato – egli decida di prestare lavoro in forma autonoma o addirittura giunga a non prestare affatto lavoro.

Ed allora, non può parlarsi di permanenza, né di necessarietà, per il solo fatto che la veste di subordinato viene assunta solo in presenza di uno specifico e contingente rapporto⁶⁷.

Se poi si aderisce alla concezione secondo la quale elemento determinante è la partecipazione ad un gruppo organizzato⁶⁸ la conclusione non può che essere parimenti negativa. Benvero, il lavoratore non si inserisce in un complesso *giuridico* organico, soprattutto ove si consideri che in tali casi i soggetti sono legati al conseguimento di un fine necessario e quindi sottratto al potere dispositivo delle parti; e tale non è certo, almeno allo stato del diritto positivo, la situazione di chi stipula un contratto di lavoro e coopera poi all'attuazione del rapporto obbligatorio, perseguendo fini individuali e nettamente distinti da quelli della controparte⁶⁹.

MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 67; MAZZA, *Sulla nozione di status*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, 2, 142 (oltre, naturalmente, gli AA. più remoti, aderenti all'impostazione tradizionale). In senso nettamente critico: D'ANGELO, *Il concetto giuridico di status*, cit., pag. 257; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, cit., pag. 259; VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., pag. 56. Per il PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, cit., pag. 26, l'elemento rilevante è la necessarietà, mentre la permanenza e la stabilità non sono che una conseguenza della prima.

67 Abbiamo già richiamato in nota 62 la dottrina contraria alla possibilità di configurare uno *status* di lavoratore subordinato. È il caso di ricordare la singolare impostazione data al problema dal BARASSI, *Il contratto di lavoro*, ecc., cit., I, pag. 622, secondo il quale di *status* potrebbe parlarsi, ma solo come particolare atteggiamento dello *status libertatis*, in quanto liberamente voluto dal lavoratore. Il che, si capisce, è piuttosto discutibile, perché prima bisognerebbe risolvere il problema se il requisito della necessità sia veramente essenziale o meno. Tuttavia, questa impostazione è significativa perché rappresenta uno sforzo per uscire dalla difficoltà di inquadrare la posizione del lavoratore subordinato in una categoria così controversa.

68 Questa concezione ha avuto (ed ha ancora, sia pure in misura più limitata) autorevolissimi sostenitori, sia nell'ambito del diritto pubblico che in quello del diritto privato. Fondamentale è l'impostazione del CICU, rimasta ferma dagli studi più remoti a quelli più recenti, secondo la quale lo *status* attiene ad un rapporto giuridico organico, in cui i soggetti sono legati al conseguimento di un fine necessario e quindi sottratto al potere dispositivo delle parti (*Il concetto di status*, cit., 1914, pag. 17; *La filiazione*, cit., 1951, pag. 2). In senso analogo, anche il BETTI, *Limiti giuridici della responsabilità aquiliana*, cit., pag. 782, secondo il quale questo è l'unico significato concepibile, non valendo la pena di degradare lo *status* ad «uno scialbo ed incolore equivalente di ogni posizione sociale e giuridica». Così anche (pure con qualche differenza) il MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 65.

69 Si potrebbe forse parlare di «*status*», se si accogliessero le teorie istituzionali; ma esse non hanno obiettivo fondamento nel nostro sistema positivo, come altrove si è cercato di dimostrare.

Ma a non diversa conclusione si giunge anche in relazione alle altre due fondamentali concezioni, secondo le quali – rispettivamente – lo *status* è un presupposto o un effetto giuridico.

Non potrebbe infatti ritenersi che lo «stato» di lavoratore subordinato sia un presupposto per il conferimento di una particolare condizione giuridica, preliminare ai singoli rapporti concreti⁷⁰, per il semplice fatto che prima dell'insorgenza di tali rapporti, esso addirittura non esiste. E quando il rapporto si costituisce, il prestatore diventa titolare di diritti ed obblighi sempre e necessariamente relativi, laddove comunemente si ritiene che dallo *status* nascano soltanto diritti assoluti.

Considerazioni queste che valgono anche per l'ipotesi in cui lo *status* si voglia considerare come effetto giuridico⁷¹; poiché anche in questo caso gli effetti che derivano dalla particolare considerazione del soggetto non sono altro che quelli che nascono dal fatto di essere parte di un rapporto obbligatorio, effetti dunque relativi, limitati, contingenti e sicuramente non preliminari rispetto ad ulteriori e distinti rapporti⁷².

Esatta, dunque, sotto questo profilo, la posizione dello Scognamiglio (richiamata in nota 62); così come quella del Prosperetti, anch'essa richiamata in quella sede.

La verità è che manca il rapporto giuridico organico (e si vedano a questo riguardo le acute considerazioni del MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, vol. C.E.C.A., cit., pag. 480, contro la possibilità di attribuire rilievo, sul piano giuridico, alla cosiddetta comunità d'impresa); manca il fine comune e manca la stessa necessità del fine da perseguire.

Anche se le limitazioni dell'autonomia privata sono particolarmente intense, nel rapporto di lavoro, il potere dispositivo sussiste pur sempre, in forma più o meno attenuata.

Di questa situazione si rende conto il RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, pag. 133 ss., il quale – partendo dal presupposto che lo *status* si identifica nella particolare posizione di un soggetto in un aggregato necessario – riconosce che attualmente non può parlarsi di *status* del lavoratore subordinato. Ci sembra tuttavia discutibile che la situazione si vada realmente evolvendo verso lo *status*, come questo A. sembra ritenere; non bisogna infatti incorrere nell'equivoco di confondere con questa figura quei presupposti di fatto da cui l'ordinamento fa scaturire l'esigenza di una particolare tutela.

Un accenno assai discutibile al problema dello *status*, è contenuto nella sentenza 26 aprile 1958 della Corte d'Appello dell'Aquila (*Riv. giur. lav.*, 1958, II, pag. 276), secondo la quale la qualifica – come particolare posizione del lavoratore nell'*ordinamento gerarchico aziendale* – si risolve in uno stato personale, da cui derivano particolari diritti e doveri.

70 Sostengono la tesi dello *status* come «presupposto» o come situazione preliminare, sia pure in vario senso: MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pag. 27; CATTANEO, *Filiazione legittima*, Milano, 1961, pag. 5-6; LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 236; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 297 ss.

71 Sul punto, v. principalmente: ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., pag. 297 ss.

72 Considerazioni analoghe si possono fare anche a riguardo delle concezioni secondo le quali lo *status* attiene a situazioni complesse, costituendo la sintesi di rapporti giuridici, rispetto ai quali peraltro esso mantiene la propria autonomia. Questa tesi fu sostenuta dal CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 250, con particolare riferimento alla sintesi di situazioni giuridiche connesse o interdipendenti; e ripresa dall'ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, cit., pag. 527; e in certo modo dal FALZEA, *La separazione personale*, cit., pag. 3 ss.

Resta dunque la possibilità di considerare lo *status* sotto il profilo di una particolare *qualità* del soggetto; ma a prescindere dal fatto che una tesi siffatta si risolve nella negazione di qualsiasi autonomia alla nozione di *status*⁷³, è agevole rilevare che a stretto rigore, non può parlarsi della subordinazione come di una qualità personale, senza contraddire con l'assunto secondo il quale essa costituisce una qualificazione della prestazione di lavoro. Non è concepibile infatti utilizzare una figura in due sensi nettamente diversi e contrastanti fra loro: se nella subordinazione si individua un connotato obiettivo e patrimoniale della prestazione, non è consentito poi – per logica coerenza – di farla assurgere al rango di qualità personale e quindi di un dato eminentemente soggettivo.

In realtà, il lavoratore che presta lavoro alle dipendenze altrui viene a trovarsi in una situazione di fatto, caratterizzata dalla occasionalità, ed alla quale si collegano effetti giuridici non diversi (qualitativamente) rispetto a quelli che scaturiscono dall'essere parte di un rapporto obbligatorio.

Il diritto privato può intervenire sull'autonomia delle parti per equilibrarne la posizione o per tutelare il contraente più debole e svantaggiato; ma ciò avviene

È chiaro, infatti, che lo stato di lavoratore subordinato non assolve alla funzione unificatrice di cui parla il Carnelutti; se attorno a questa particolare condizione del soggetto convengono diritti e doveri, il fenomeno è normale e non dà luogo per nulla ad una situazione distinta ed autonoma.

Si noti che diversi Autori (fra cui il PUGLIATTI, *Gli istituti di diritto civile*, cit., pag. 262) considerano essenziale non solo il fatto che lo *status* sia fonte di diritti assoluti, ma anche e soprattutto che esso si identifichi in una posizione autonoma, al punto da poter distinguere nettamente tra la posizione del soggetto del rapporto e quella di titolare dello *status*. Il che non si verifica assolutamente nel rapporto di lavoro, nel quale la posizione del lavoratore è solo quella di un contraente, sia pure particolarmente protetto.

73 Si è già accennato alle critiche formulate dal BETTI; ma in senso analogo si esprime anche il FALZEA, *La separazione personale*, cit., pag. 2 nota 3, osservando che se lo *status* coincide con la qualità personale, esso non ha più autonomia; analogamente: FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., pag. 337 nota 3.

D'altronde, anche la nozione di qualità giuridica è tutt'altro che precisa e definita, accogliendosi da parte di alcuni un'accezione latissima, che la identifica con qualsiasi attributo della persona (FALZEA), mentre altri ritengono che si tratti di un modo d'essere *definitivo*, di cui l'ordinamento faccia presupposto per l'applicabilità di disposizioni particolari (MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pag. 261); per il PUGLIATTI, *loc. cit.*, pag. 259, la qualità si distingue dalla qualifica (a cui si può riconoscere solo valore di sintesi terminologica di una specifica situazione soggettiva) per il fatto che costituisce la premessa soggettiva perché possano nascere e produrre effetto le varie situazioni concrete; per il D'ANGELO, invece (*op. cit.*, pag. 296) la qualità esprime soltanto una fattispecie precedente ed ha quindi funzione strumentale; mentre infine, per il BARBERO, *Sistema*, ecc., cit., I, pag. 143, essa deriva non già dalla posizione dell'individuo nella società, ma dall'attività che vi esercita.

In senso strettamente tecnico, ci sembra preferibile la nozione di qualità come attributo *permanente* della persona, in relazione alla posizione che essa occupa in modo stabile e duraturo. Altrimenti, non si riuscirebbe più a distinguere la nozione da quella di qualità in senso ampio e da quella di qualifica (come sopra specificato).

Sotto questo profilo va precisato che quella di proprietario, possessore, socio, erede, commerciante, non è che una qualifica, nel senso indicato dal Pugliatti e dal D'Angelo.

non già in relazione ad uno «*status*» peculiare di cui è titolare una delle parti, ma esclusivamente in ordine alla posizione che essa assume in quel concreto rapporto obbligatorio.

È logico allora che anche quando l'intervento è particolarmente penetrante e la tutela è assai intensa, non si crea affatto un diritto ad un preteso *status*, considerato in veste autonoma e distinta, ma solo un complesso di diritti strettamente connessi al rapporto, nell'ambito dei quali non è distinguibile una situazione dotata di autonomia.

Si dirà dunque che il prestatore di lavoro si trova in una determinata «posizione» giuridicamente rilevante⁷⁴, nel senso che ad essa l'ordinamento collega determinati effetti anche protettivi, senza tuttavia dar luogo ad una configurazione autonoma e senza considerare il titolare di essa nella duplice veste di soggetto del rapporto e di titolare dello *status*.

Ma allora il problema si riduce veramente ad una questione terminologica; escluso che possa parlarsi di *status* in senso tecnico, si potrà affermare che il prestatore di lavoro subordinato si trova in una determinata posizione giuridica, ovvero che egli è titolare di una situazione giuridica soggettiva, oppure ancora che egli ha la «qualità» (in senso lato) di lavoratore subordinato. Ma l'adesione all'una o all'altra di queste definizioni o collocazioni non ha poi un gran valore costruttivo, essendo possibile ricondurle tutte ad un unico comune denominatore, al fatto cioè che quel soggetto presta lavoro in forma dipendente e che ciò costituisce il presupposto per l'applicazione di una particolare normativa.

Ci sembra dunque che l'espressione «stato di lavoratore subordinato» non possa essere intesa se non nel senso stretto di qualifica di una determinata posizione, considerata come sintesi terminologica di una situazione complessa, alla quale difetta ogni giuridica autonomia e che non esula affatto dallo schema del rapporto obbligatorio.

Il che non significa negare che alla posizione di lavoratore subordinato si ricolleghino alcuni effetti, sul piano normativo; ma solo riconoscere che essi

74 Per posizione giuridica soggettiva, il SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, cit., I, pag. 26, intende «il modo d'essere di un soggetto derivante dal diritto soggettivo».

In questo senso, l'espressione può senz'altro essere utilizzata anche per il prestatore di lavoro subordinato, pur tenendosi presente che essa non differisce gran che dalla figura di «situazione giuridica soggettiva» cui si riferisce il PUGLIATTI, *op. cit.*, pag. 259, anche a proposito del lavoratore. In senso analogo: CASSI, *La subordinazione*, ecc., cit., pag. 86; SAVINO, *La subordinazione*, cit., pag. 15, 73 ss.; LEGA *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pag. 57.

Di una «posizione di particolare valore morale e sociale» parla il RICCA, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, cit., pag. 133, ma l'espressione – in certo modo mutuata dal diritto penale – suscita qualche perplessità.

Per il PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, cit., pag. 30, la «posizione giuridica» è pressoché coincidente con la nozione di *status* accidentale, avendo ambedue le figure un elemento comune, che è quello di consistere in un modo d'essere del soggetto, caratterizzato da una semplice occasionalità e dalla natura di presupposto per l'applicabilità di certe norme.

non sono tali da conferire a quella posizione un rilievo autonomo, un carattere strettamente personale⁷⁵.

6. Caratteristiche ed effetti essenziali della subordinazione, in rapporto alla sfera personale del prestatore

Da quanto siamo andati esponendo, risulta abbastanza definita la natura essenzialmente patrimoniale della subordinazione; ma al tempo stesso dovrebbe risultare abbastanza chiaro quali siano i margini di incidenza di essa sulla persona del prestatore di lavoro ed in che senso possa parlarsi – sotto questo profilo – di implicazione della persona nel rapporto.

Si è già detto che il fatto di prestare lavoro in forma dipendente coinvolge in qualche modo necessariamente la persona del debitore. Aggiungeremo ora che questo fenomeno si configura sostanzialmente in tre distinte direzioni: a) la subordinazione giustifica, in genere, l'esigenza di personalità della prestazione; b) la subordinazione limita in modo particolarmente intenso la libertà del prestatore di lavoro; c) la subordinazione, creando un contatto diretto, immediato e continuativo fra le parti ed inserendo il lavoratore in una organizzazione o comunque in un rapporto di durata, dà vita a pericoli particolarmente rilevanti per la sfera della personalità del medesimo.

Del primo aspetto ci siamo già occupati nella prima parte di questo volume (cap. IV) e non è il caso di ritornare in questa sede sull'argomento, se non per rilevare come il principio di personalità della prestazione sia tutt'altro che inderogabile e necessario; esso, di regola, caratterizza la prestazione di lavoro, senza peraltro aderire rigorosamente alla sua struttura; tanto che lo schema tipico di questo rapporto obbligatorio rimane sostanzialmente inalterato allorché esso venga concretamente a mancare, o per specifica previsione legislativa oppure perché il datore di lavoro antepone ad esso l'interesse a conseguire comunque il risultato utile.

Quanto al secondo aspetto, abbiamo parimenti rilevato come il limite alla libertà sia sostanzialmente più intenso, in questo caso, che non in qualsiasi altro rapporto obbligatorio. Tuttavia, il particolare vincolo cui il lavoratore si trova sottoposto non può che essere funzionalizzato e strumentalizzato rispetto all'obbligazione assunta ed al risultato atteso dalla controparte, nei limiti in cui

75 Non interessa, in questa sede, il problema relativo al c.d. «*status professionale*», che ha aspetti nettamente diversi rispetto a quelli fin qui considerati. In argomento, si vedano, in vario senso: NAVARRA, *Corso di diritto del lavoro*, cit., I, pag. 143 ss.; PINTO, *Lo status professionale*, Milano, 1941; ARDAU, *Teoria giuridica dello sciopero*, Padova, 1962, pag. 13; PALERMO, *Sul concetto di lavoro e sullo stato giuridico di lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1956, I, pag. 202 ss.; DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939, pag. 213 ss.; LEGA, *La capacità lavorativa*, ecc., cit., pag. 133; MAZZONI, *Il contratto di lavoro*, ecc., cit., pag. 276 ss.; ALHAIQUE, *Alcune considerazioni sul concetto di status e sulle sue applicazioni nel diritto sindacale e corporativo*, in *Dir. lav.*, 1936, I, 397.

quest'ultimo può reagire sulla stessa prestazione. Esclusa la completa dedizione del lavoratore all'impresa, ciò che resta è la volontaria limitazione della propria libertà, nell'ambito delle esigenze obiettive della prestazione ed entro i confini delineati dalle norme della Costituzione, della legge ordinaria e degli stessi contratti collettivi.

Strettamente connesso con questo, si prospetta anche il terzo aspetto più sopra richiamato. Se è vero che in ogni rapporto in cui la persona di uno dei contraenti è coinvolta, la prestazione dell'altro deve svolgersi in modo da salvaguardarne l'integrità, questa regola si rafforza quando la relazione fra le parti ha caratteri di immediatezza e di continuità. Ciò accade nel rapporto di lavoro, nel quale il prestatore è a continuo contatto col datore (e questo vale perfino per le grandi imprese, nelle quali la relazione, anche se su un piano meno personale, sussiste egualmente con i dirigenti ed i preposti) e nel quale le stesse modalità di svolgimento della prestazione sono suscettibili di influire in modo continuativo sulla personalità fisica e morale del lavoratore.

Si è già rilevato come ad ogni diverso livello di rischio corrisponda una diversa reazione dell'ordinamento. Nei casi in cui il contatto è indiretto, è sufficiente il ricorso al criterio di buona fede e di correttezza per tutelare il sicuro svolgimento della prestazione. Quando il contatto si intensifica, l'ordinamento interviene a specificare, nella cennata direzione, il contenuto dell'obbligazione, disponendo – ad esempio – che il trasporto deve essere effettuato in modo sicuro (art. 1681 c.c.) oppure che il godimento della locazione deve avvenire senza danno (1575, 1576, 1580 c.c.).

Allorché infine, il contatto è particolarmente penetrante e la persona di una delle parti è immediatamente e direttamente coinvolta nella prestazione, allora è prevista specificamente una obbligazione di sicurezza a carico dell'altro contraente. Quest'ultima situazione, a ben guardare, si verifica esclusivamente nel rapporto di lavoro, unico fra i rapporti obbligatori ad imporre che la prestazione si svolga analiticamente e continuamente nella sfera di dipendenza del creditore. A questa situazione corrisponde esattamente il precetto dell'art. 2087 c.c., dettato a salvaguardia della personalità fisica e morale del prestatore, contro i rischi derivanti dalla particolare intensità del contatto e dal fatto che la relazione fra le parti investe necessariamente la persona del debitore⁷⁶.

In questi sensi, può attribuirsi rilevanza al fenomeno dell'implicazione, quale presupposto di fatto da cui scaturiscono effetti giuridicamente rilevanti e reazioni particolarmente intense da parte dell'ordinamento, senza peraltro che ciò influisca sulla struttura patrimoniale del rapporto in questione.

76 Su tutti questi aspetti, in generale, si diffonde con la consueta acutezza il NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., I, (2^a ed.), pag. 17 ss.

Sull'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c., ci permettiamo di rinviare al nostro *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale* (2^a ed.), Milano, 1967.

7. Elasticità della subordinazione, con particolare riferimento ai contratti speciali di lavoro e ad alcune caratteristiche fattispecie (apprendistato, lavoro domestico, lavoro sportivo)

Un'ultima conferma delle conclusioni cui siamo pervenuti si reperisce nell'osservazione di alcuni contratti speciali di lavoro o di alcune particolari fattispecie, inquadrabili pur sempre nello schema tipico.

La particolare qualificazione della prestazione di cui ci siamo fin qui occupati appare estremamente elastica e variabile in relazione alle singole concrete fattispecie. Il vincolo di dipendenza può affievolirsi oppure può giungere al massimo quadro di intensità, senza che si esorbite dal tipo e senza che mutino le conclusioni già raggiunte.

La subordinazione si attenua al massimo grado nelle categorie e qualifiche di livello più elevato; ad esempio i *dirigenti*⁷⁷ sono sottratti ad alcuni tipi di controllo (ad es. in molti casi, alla firma del cartellino) e la loro autonomia è fortemente rafforzata a danno della normale estensione del potere direttivo. Ma l'implicazione della persona resta ugualmente, se configurata nei modi e nei limiti che abbiamo indicato. Il che significa che la costruzione meramente patrimoniale della subordinazione meglio risponde alla molteplicità delle fattispecie riconducibili nello schema del rapporto di lavoro; laddove, non si riuscirebbe a conciliare l'autonomia di cui godono questi dipendenti con quel vincolo di assoggettamento personale che una parte della dottrina ravvisa nella subordinazione.

Per contro, vi sono ipotesi di particolare intensificazione della subordinazione, che tuttavia non giustificano un trasferimento delle situazioni considerate nell'ambito dei rapporti di tipo personale.

In questi casi, il diverso atteggiarsi del legame è giustificato dalla natura della prestazione o dalla particolare reazione che su di essa esercita il risultato atteso.

Si può fare l'esempio dell'*apprendistato*, nel quale si intrecciano diritti ed obblighi particolari e – secondo alcuni Autori – si intensifica la subordinazione in relazione alle particolari finalità che esso è destinato a perseguire.

⁷⁷ Tutti gli AA. sottolineano le particolari caratteristiche della categoria dei dirigenti, dominata dalla natura intellettuale e fiduciaria della prestazione e dotata di particolare autonomia. Non sembra dubbio che si tratti di uno di quei rapporti «di fiducia particolare» a cui abbiamo fatto riferimento nella prima parte di questo studio. Sui dirigenti d'azienda e su queste particolari caratteristiche, v. in particolare: DE LITALA, *Contratti speciali di lavoro*, Torino, 1958, pag. 406 ss.; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., II, pag. 554 ss.; ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, cit., pag. 510 ss.; PERGOLESÌ, *Il contratto di dirigente aziendale*, Roma, 1948; GRIMALDI, *Il dirigente d'azienda*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, II, pag. 71; TOFFOLETTO, *La qualifica di dirigente d'azienda*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, III, pag. 290; NAPOLETANO, *Sulla nozione di dirigente d'azienda*, in *Mass. giur. lav.*, 1961, pag. 167; WALLMEYER, *Die Kündigung*, ecc., cit., pag. 84; MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1958, pag. 701 ss.

Ma il fatto è che anche se si ammette che al normale vincolo di dipendenza si aggiunge un legame particolare connesso all'insegnamento che il prestatore deve ricevere (con attribuzione al datore di particolari doveri o poteri, quali quello di informare periodicamente la famiglia sui risultati dell'addestramento e quello di vigilare perfino sulla frequenza dei corsi complementari da parte dell'apprendista), la situazione non cambia, se non sotto un profilo puramente quantitativo, dovendosi ancora una volta escludere ogni rapporto di natura personale⁷⁸.

Se poi si considera il *lavoro domestico*, si reperiscono doveri particolari a carico del prestatore (mantenere la necessaria riservatezza per tutto ciò che si riferisce alla vita familiare: art. 6, comma 2 della legge 2 aprile 1958, n. 339) ed obblighi caratteristici a carico del datore (ad es., una specificazione ulteriore dell'obbligo di sicurezza: art. 6, comma 2 della legge citata; ma si pensi anche ai particolari obblighi nei confronti dei lavoratori minorenni: art. 4). Ma anche in questo caso, la subordinazione non si trasforma in un vincolo personale; e se il momento personalistico risulta in qualche modo evidenziato, ciò accade più in relazione al fatto della necessaria convivenza che non in relazione alla forma dipendente con cui la prestazione deve essere svolta⁷⁹.

78 Sull'apprendistato, in generale: RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 85 ss. (è di questa A. la tesi secondo la quale il vincolo sarebbe più intenso, in quanto vi è anche la subordinazione verso il «maestro»); CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., II, pag. 652 ss.; ARDAU, *Il contratto di tirocinio nel nuovo codice civile*, Roma, 1941; RUDAN, *Il contratto di tirocinio*, Milano, 1964; SUPPIEJ, *Apprendistato*, in *Enciclopedia del diritto*, II, pag. 814; DE SEMO, *Il rapporto di tirocinio*, in *Dir. lav.*, 1947, 1, pag. 120; ARDAU, *Il rapporto di tirocinio in un recente provvedimento legislativo*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1955, 1, pag. 202; RIVA SANSEVERINO, *La nuova disciplina dell'apprendistato*, in *Prev. soc.*, 1955, pag. 603; DE LITALA, *Contratti speciali di lavoro*, cit., pag. 17.

Da ultimo, sull'apprendistato, si è pronunciata la Corte Costituzionale, con l'importante decisione 19 dicembre 1966 n. 123, in *Giur. cost.*, supplemento, fasc. 12/66, pag. 559.

79 Il rapporto di lavoro domestico, oltre alle particolarità accennate nel testo, presenta altre caratteristiche peculiari, fra cui la sottrazione pressoché totale alla disciplina ordinaria del collocamento (art. 2 della legge 2 aprile 1958 n. 339), la speciale autorizzazione richiesta per la convivenza con i lavoratori minorenni (art. 4), l'obbligo di particolare cura della persona del minorenne e l'obbligo di comunicazione del licenziamento all'esercente la patria potestà (art. 4).

Una parte della dottrina fa riferimento alla «benevolenza» da cui questo rapporto sarebbe permeato (DE LITALA, *Contratti speciali di lavoro*, cit., pag. 51), ma in realtà si tratta di un concetto equivoco e superato, come giustamente è stato rilevato da COMBA e CORRADO, *Il rapporto di lavoro nel diritto pubblico e privato*, Torino, 1964, I, pag. 186, e, da ultimo, dal MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966, pag. 310 (nota 358). È preferibile, invece, parlare di un rapporto di fiducia *reciproca* e di particolari esigenze protettive che scaturiscono dalla convivenza. Non è accettabile, invece, la tesi di un più penetrante controllo concesso al datore di lavoro, perfino sulla corrispondenza del dipendente, perché neppure il rapporto fiduciario può consentire una siffatta violazione dei diritti fondamentali dell'individuo (in senso conforme: DE LITALA, *Contratti speciali di lavoro*, cit., pag. 57).

Sul lavoro domestico, oltre agli AA. già citati, v.: BALZARINI, *Contratti speciali di lavoro*, in [*Trattato di diritto del lavoro*, diretto da] BORSI e PERGOLES, Padova, ed. 1958, vol. 2°, pag. 401; CORRADO,

Ma di ancora maggiore interesse è il modo con cui il problema si prospetta per quanto riguarda il *lavoro sportivo*. Qui, invero, la subordinazione giunge alla sua massima estensione, investendo la stessa vita privata del dipendente, la quale è pressoché interamente condizionata e funzionalizzata allo svolgimento della prestazione ed alla realizzazione del risultato. Non solo, infatti, è previsto un obbligo di residenza, ma si giunge perfino a limitare l'uso di certi mezzi di trasporto, mentre ricorre l'obbligo di visite e controlli continui, di ritiri e riposi obbligati ed infine si prevedono divieti di natura personalissima, incidenti sugli stessi rapporti familiari e sulla libertà sessuale del prestatore. Non va poi trascurato quell'aspetto del tutto particolare ed anomalo, consistente nella cosiddetta cessione dell'atleta.

È tutto questo insieme di elementi che ha fatto ritenere ad una parte della dottrina che si tratterebbe di un rapporto dotato di particolari caratteristiche, assimilabile da un lato ai rapporti personali e dall'altro ai diritti reali⁸⁰.

Trattato di diritto del lavoro, cit., II, pag. 473 ss.; NASUTI, *Il rapporto di lavoro domestico*, in *Dir. ec.*, 1958, pag. 407 ss.; PERSIANI, *Domestici (Lavoro domestico)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, pag. 827 ss.; PETRACCONI, *Il lavoro domestico nella nuova legislazione*, in *Dir. ec.*, 1958, pag. 943; ARDAU, *Sistema istituzionale*, ecc., cit., pag. 617 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 471 ss.

80 Il problema fu oggetto di dispute assai vivaci ed interessanti all'epoca della sciagura di Superga. Fu allora che alcuni AA. prospettarono la tesi della sussistenza di un rapporto di appartenenza e di soggezione, dotato di caratteristiche di assolutezza ed immediatezza, anche se non inquadrabile fra i diritti reali (VASSALLI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale per la morte del passeggero in trasporto aereo*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 1950, pag. 429; NICOLÒ, *Struttura e contenuto del rapporto tra un'associazione calcistica e i propri giocatori*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, II, pag. 208).

Ciò che colpiva gli illustri AA. era non tanto la caratteristica peculiare della prestazione di lavoro, quanto l'estensione del potere di disposizione e soprattutto la singolare anomalia rappresentata dalla «cessione» del giocatore di calcio (correntemente definita addirittura come vendita).

Ma in senso decisamente critico contro questi orientamenti si sono espressi molti AA. e la maggior parte della giurisprudenza, pur fornendo diverse spiegazioni giuridiche del fenomeno. In particolare, il BIONDI, *I beni*, Torino, 1953, pag. 18, ha osservato che oggetto del contratto non è la persona, ma determinate prestazioni personali; il BIGIAMI, *L'Associazione Calcio Torino e il disastro di Superga*, in *Giur. it.*, 1951, IV, pag. 81 ss., ha parlato, sì, di sudditanza, ma considerandola come un bene immateriale, sul quale si esplicano i diritti della società. Altri AA. hanno parlato (sempre in riferimento alla c.d. cessione) di cessione di contratto (DE GERONIMO, *La cessione delle prestazioni del giocatore di calcio*, in *Foro pad.*, 1964, 1, 1069), di rinuncia con effetto abdicativo e riflessi traslativi (REDENTI, *Aspetti giuridici della tragedia di Superga*, in *Giur. it.*, 1951, IV, 49 ss.), di diritto soggettivo alla utilizzazione del giocatore (GIACOBBE, *Il giocatore di calcio professionista è lavoratore subordinato?*, in *Giust. civ.*, 1963, II, 1892 ss.). Da ultimo, in senso nettamente contrario alla concezione dello *jus in re*, si veda l'acuto ed informatissimo studio del FONTANA, *Il contratto di lavoro sportivo come contratto speciale di lavoro subordinato*, in *Monitore Tribunali*, 1966, pag. 1370 ss.

La giurisprudenza ha recisamente negato la concepibilità di diritti sul corpo o sulla persona dei giocatori (Trib. Torino 15 settembre 1950, in *Giur. it.*, 1951, 1, 2, 18; App. Torino 23 gennaio 1952, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 2, 205; Cass. civ. 4 luglio 1953, in *Foro it.*, 1953, 1, 1086), accogliendo talvolta la tesi del normale rapporto di lavoro subordinato e talvolta quella del

Si potrebbe già osservare che, ammettendo la fondatezza di tesi siffatte, si avrebbe una conferma indiretta del nostro assunto, proprio per il fatto che risulterebbe dimostrato che un rapporto con prestazioni lavorative esorbita dallo schema del contratto di lavoro, quando il legame fra le parti diventa così intenso da non potersi più considerare alla stregua di una relazione obbligatoria⁸¹.

Ma il fatto è che queste concezioni sono ormai comunemente ripudiate, propendendo la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza per la tesi della sussistenza, anche in questi casi, di un rapporto di lavoro subordinato⁸².

Quale che sia la soluzione da dare al problema della cosiddetta cessione dell'atleta (rilevante soprattutto in riferimento al giuoco del calcio), è certo che le varie tesi prospettate tendono pur sempre a ricondurre il fenomeno nell'ambito del rapporto obbligatorio, negando la concepibilità di diritti sulla persona del prestatore e di rapporti di appartenenza o, peggio ancora, di sudditanza. Ed è un punto questo sul quale non occorre soffermarsi, perché valgono anche a questo proposito le considerazioni già svolte a riguardo delle tesi volte a considerare il prestatore (o il suo corpo) come una *res*, suscettibile di formare oggetto

contratto atipico o innominato (Trib. Lucca 5 gennaio 1962, in *Foro pad.*, 1964, 1, 1068; App. Lecce 31 gennaio 1959, in *Giur. it.*, 1960, 1, 2, 143) o, infine, considerando la cessione sotto il profilo di rinuncia ad un patto di non concorrenza (Cass. civ. 2 aprile 1963 n. 811, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 7).

Sulle varie questioni, v. anche: SCOGNAMIGLIO, *In tema di responsabilità civile della società sportiva ex art. 2049 c.c. per l'illecito del giocatore*, in *Dir. e giur.*, 1963, 81; VOLPE PUTZOLU, *Sui rapporti tra giocatori di calcio e associazione sportiva e sulla natura giuridica della c.d. cessione di giocatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, 2, 7; SMURAGLIA, in *Atti del Convegno giuridico nazionale sul tema «Il vincolo tra atleti e società»*, in *Panathlon international*, 1966, pag. 27; FONTANA, *Osservazioni sulla natura giuridica del contratto di lavoro sportivo*, in *Temi gen.*, 1964, pag. 227; [AA. VV.] *Il rapporto di lavoro nello sport* (Seminario [di preparazione per dirigenti sindacali e aziendali] dell'Università di Firenze), Milano, 1965.

81 Questa è, in definitiva, la tesi accolta dalla Cassazione nella sentenza 2 aprile 1963 n. 811, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 7, nella quale si sottolinea l'estensione personale del legame tra la società e l'atleta, per dedurne l'impossibilità di inquadrare siffatta situazione nello schema del lavoro subordinato.

82 Si vedano, da ultimo, la relazione del MAZZONI, in *Il rapporto di lavoro nello sport*, cit., pag. 203 e lo studio di DEL GIUDICE, *Natura e obblighi previdenziali del contratto di attività sportiva*, in *Riv. dir. lav.*, 1966, I, pag. 1. In senso analogo GIACOBBE, DE GEROMINO, FONTANA, SMURAGLIA (*op. cit.* in nota precedente).

Pur con qualche differenziazione: ARDAU, *Sistema istituzionale*, ecc., cit., pag. 568 ss. e 267 ss. (lavoro subordinato con configurazione causale atipica); PUTZOLU VOLPE, *op. cit.*, pag. 22 (rapporto associativo unito a rapporto di lavoro); CANEPELE, *Lineamenti giuridici del rapporto tra le associazioni sportive e calciatori*, in *Riv. dir. lav.*, 1950, 2, 399; FONTANA, *Il lavoro sportivo come contratto speciale di lavoro subordinato*, cit., particolarmente pag. 1383 ss.

La giurisprudenza è prevalentemente orientata a favore del rapporto di lavoro subordinato: Cass. 21 ottobre 1961 n. 2394, in *Foro it.*, 1961, 1, 1608; Id. 4 luglio 1953 n. 2085, *ivi* 1953, 1, 1086; App. Lecce 31 gennaio 1959, in *Riv. dir. sportivo*, 1959, 335; App. Torino 23 gennaio 1952, in *Foro it.*, 1952, 1, 219; Trib. Bari 10 giugno 1960, in *Dir. e giur.*, 1963, 81; e numerose altre.

Contra: Trib. Pisa 22 gennaio 1959, in *Giur. tosc.*, 1959, 886; Trib. Savona 11 febbraio 1954, in *Riv. dir. sport.*, 1955, 51.

di diritti. Ma anche sul punto relativo alle particolari limitazioni cui è soggetto l'atleta professionista, si deve rilevare come ciò non sia ritenuto sufficiente ad inserire la fattispecie nell'ambito di un rapporto atipico: si porrà, se mai, il problema della legittimità di certe limitazioni, sotto il profilo dell'esigenza di rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo. Ma ciò che preme osservare è che tutte queste limitazioni dipendono essenzialmente dal tipo particolare di rapporto e dalla natura peculiare della prestazione dovuta⁸³.

In altre parole, si ha un particolare atteggiarsi del dovere di conservare e sviluppare le proprie capacità e la propria possibilità di adempiere, in relazione alle finalità caratteristiche cui deve necessariamente tendere la prestazione. Benvero, qui non si tratta soltanto di assolvere ad un interesse di profitto del datore, ma di garantire la realizzazione di finalità essenzialmente agonistiche, in cui appunto tale interesse finisce per risolversi in concreto. Ond'è che la stessa prestazione assume caratteristiche particolari e diverse rispetto a quella che deve essere svolta per il conseguimento di fini economici e speculativi; ma queste caratteristiche differenziali non mutano la struttura del rapporto, risolvendosi soltanto in un ampliamento del potere direttivo ai fini di una migliore realizzazione del risultato utile. Così, in definitiva, se pure la struttura tipica non è esclusivamente corrispondente a caratteristiche patrimoniali, essa tuttavia non giunge a risolversi in quella di un rapporto personale. Nella *summa divisio* tra rapporti patrimoniali e rapporti personali, non sembra dubbio che le figure anomale – come quella considerata – debbono pur sempre attribuirsi alla prima categoria, latamente intesa, mancando ogni presupposto per essere inserite nella seconda. Tutto ciò, poi, a prescindere dal fatto che – nonostante il fine agonistico – la stessa attività sportiva può risolversi in un affare economico, quanto meno in forma indiretta.

Si potrebbe continuare sulla via della esemplificazione, richiamando le particolari caratteristiche del lavoro *giornalistico* o quelle del lavoro *artistico*⁸⁴, le quali

83 In questo senso, sostanzialmente: MAZZONI, *loc. cit.*, pag. 209 ss.; DEL GIUDICE, *loc. cit.*, pag. 10, e la sentenza 21 ottobre 1961 (cit.) della Corte di Cassazione.

Il problema relativo ai particolari obblighi dell'atleta in relazione alla conservazione della capacità di adempiere, è stato di recente esaminato, con particolare acutezza e sensibilità giuridica, dal FONTANA, *Il contratto di lavoro sportivo*, ecc., cit., pag. 1397 ss., il quale giunge alla conclusione che lo sforzo di diligenza, anche in preparazione dell'adempimento, va valutato – come sempre – con riferimento alla natura della prestazione; donde l'impossibilità di dedurre dalla accentuazione di certi obblighi posti a carico dell'atleta una esorbitanza dallo schema del rapporto di lavoro subordinato.

84 Sia nell'uno che nell'altro rapporto, è indubbio che il diverso atteggiarsi della subordinazione è in stretta correlazione con la natura particolare della prestazione dovuta. Così, nel lavoro artistico si verifica, nello stesso tempo, un'attenuazione della dipendenza per le caratteristiche spesso personali e di livello qualificato dal comportamento dedotto in obbligazione, ed un'accentuazione della stessa per le particolari esigenze dello spettacolo (si pensi, ad esempio, all'obbligo – per l'attore – di eseguire parti di compiacenza, di sostituire altri colleghi, di partecipare puntualmente alle prove, e così via; e ciò anche a prescindere dalla natura e dal significato della c.d. protesta).

tuttavia non consentono di giungere a conclusioni difformi da quelle già raggiunte. Ma vi è quanto basta ormai, per confermare il convincimento più volte espresso, senza necessità di ulteriore riprova.

Nel lavoro giornalistico, per contro, la natura della prestazione spiega il divieto di rapporti plurimi senza autorizzazione scritta (art. 8 del Contratto collettivo naz. 31 dicembre 1957); ma nello stesso tempo giustifica la particolare facoltà di recesso accordata dall'art. 32 dello stesso contratto collettivo.

Per altre informazioni su questi contratti: DE LITALA, *Contratti speciali di lavoro*, cit., pag. 274 ss. e 320 ss.; BALZARINI, *Contratti speciali di lavoro*, cit., pag. 576 ss. e 592 ss.; SAFFIRIO, *Il contratto di lavoro giornalistico*, in *Mass. giur. lav.*, 1962, pag. 73 ss.; SPANO, *L'attore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963.

Capitolo V.

La reazione dell'ordinamento di fronte al fenomeno della implicazione

Sommario. Sezione prima - IL SISTEMA PROTETTIVO: 1. Il «favor» verso il prestatore come principio generale. – 2. La tutela della libertà e particolarmente della libertà morale e dignità. – 3. Protezione della sfera morale e parità di trattamento. – *Sezione seconda* - EVOLUZIONE DI ALCUNE SITUAZIONI SOGGETTIVE DEL PRESTATORE DI LAVORO: 1. Diritti di credito e diritti della personalità. – 2. Situazioni soggettive più direttamente connesse alla sfera personale (diritto alla retribuzione minima sufficiente, diritti nascenti dalle assicurazioni sociali, diritto alla sicurezza, diritto al riposo, diritto al lavoro, diritto a collaborare alla gestione, diritto di sciopero). – 3. Osservazioni conclusive. – *Sezione terza* - LA RILEVANZA DEL PRINCIPIO DI TUTELA SUL PIANO ERMENEUTICO: 1. Nell'interpretazione del diritto. – 2. Nell'interpretazione del contratto.

Sezione Prima

Il sistema protettivo

1. Il «favor» verso il prestatore come principio generale

La dottrina riconosce da tempo che il sistema del diritto del lavoro è improntato all'esigenza di tutela del contraente più debole¹. In questo modo vengono

¹ Già nel 1930 il CARNELUTTI, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, 1930, pag. 38, partiva dal presupposto della debolezza del lavoratore e della sproporzione di forza economica fra i contraenti per giustificare le tendenze equilibratrici della normativa. La dottrina moderna è sostanzialmente concorde sul punto; fra gli altri, v.: PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, pag. 12-13; DURAND, *Traité de droit du travail*, cit., II, pag. 200 ss.; RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1952, II, pag. 2947-48; MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano del lavoro*, Firenze, 1952, pag. 2 ss. e 246 ss.; PERGOLESÌ, *Lineamenti sistematici del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, pag. 259 ss.; CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, cit., pag. 22 ss. e 297 ss.; BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., I, pag. 181 ss.; LEVI SANDRI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Milano, 1962, pag. 107 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 1 ss.; GIANNINI, *Profili costituzionali della protezione sociale delle categorie lavoratrici*, in *Riv. giur. lav.*, 1953, 1, pag. 1; SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari, 1963, pag. 17, 61, 120 ss.; GRAMICCIA, *Il favore del lavoratore nella interpretazione del contratto individuale di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1964, fasc. 6, pag. 31 dell'estr.; MOSCO, *Principi sull'interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952, pag. 60 ss.

spiegate le numerose deviazioni rispetto al diritto comune e tutte quelle disposizioni che vanno sotto il nome omnicomprensivo di legislazione sociale.

Anzi, è proprio sotto questo profilo che si è potuta sostenere la cosiddetta unilateralità del diritto del lavoro e si è potuto ricondurre ad essa l'autonomia, almeno tendenziale, di questo ramo dell'ordinamento².

Queste affermazioni ricorrenti ed ormai sempre più di rado contrastate³, sono indubbiamente corrispondenti alla reale situazione del diritto del lavoro, ma – a nostro avviso – non esauriscono tutti gli aspetti della problematica.

Benvero, la situazione di disparità economica fra le parti di un rapporto obbligatorio non è esclusiva e tipica del contratto di lavoro; vi sono numerose

2 È ben nota la polemica sorta dapprima tra civilisti e lavoristi e poi anche all'interno di quest'ultimo gruppo di studiosi, circa la posizione da attribuire al diritto del lavoro nel quadro dell'ordinamento. Di essa ci siamo già occupati in una precedente monografia (*Il comportamento concludente*, cit., pag. 65 ss.); va peraltro ricordata la posizione successivamente assunta da alcuni Autori: il CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., I, pag. 23 ss. – negando l'autonomia e la specialità del diritto del lavoro – ne sostiene invece la singolarità, intesa come espressione di un complesso di deviazioni rispetto al diritto comune; il CESSARI, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 1963, pag. 81, e la RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, pag. 15, ritengono si debba parlare di specialità; l'ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, cit., pag. 81 ss., riconosce esclusivamente l'autonomia scientifica del diritto del lavoro.

Il fatto è che accanto al problema di fondo, c'è anche una controversia di natura terminologica, non essendo ancora pacifica la definizione di diritto speciale e di diritto singolare e neppure la nozione di autonomia. Si pensi, ad esempio, alle critiche formulate dal ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pag. 162, per criticare la nozione di diritto singolare; la quale invece – così come accolta dal Corrado – era accettata dal BARASSI, *Il diritto del lavoro*, cit., I, pag. 162, che però ne criticava la rispondenza alla struttura reale del fenomeno.

Non sembra dunque opportuno riprendere qui in esame tutta la complessa problematica, che richiederebbe una specifica indagine; ciò che conta è rilevare la sostanziale concordia dei vari Autori nel riconoscere quello che la dottrina francese, forse più saggiamente, definisce come il «particolarismo» del diritto del lavoro. Un rilievo, piuttosto, va fatto circa la concezione dell'ARDAU, *op. cit.*, pag. 81, secondo il quale tra i principi generali del diritto del lavoro si dovrebbe includere anche la tendenza espansiva, intesa cioè a regolare rapporti economicamente affini. Si tratta di un fenomeno che investe soprattutto la cosiddetta legislazione sociale e i rapporti delle assicurazioni sociali e rileva piuttosto una tendenza centrifuga, determinata da ragioni e finalità diverse rispetto a quelle della tutela del lavoratore subordinato. In definitiva, si tratta di un principio di attuazione di un sistema di sicurezza sociale, che – come tale – ha caratteristiche generalissime e sostanzialmente estranee ai fondamenti tipici del diritto del lavoro.

3 In definitiva, le posizioni più critiche sono quelle del GRECO, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 79, e dell'ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, cit., pag. 91. Il primo raccomandava di intendere con cautela il principio di tutela dei lavoratori, asserendo che in caso di silenzio della legge o di dubbio, più che ricorrere alla «cieca tendenza unilaterale» si dovrebbe procedere all'equa valutazione ed al giusto contemperamento degli interessi delle parti. Ora, nessuno pretende che del principio generale si debba fare una applicazione cieca ed assolutistica; ma ci sembra che esso debba servire, proprio nei casi dubbi, per reperire una soluzione più corrispondente alla *ratio* fondamentale del sistema. L'Ardaù, a sua volta, partendo dal presupposto che la struttura protettiva non va intesa in senso assoluto, giunge a negare l'esistenza di un principio «*in dubio pro operario*».

altre fattispecie, in cui la posizione di un contraente è più debole e come tale è tutelata dall'ordinamento⁴. Sicché, al massimo potrebbe dirsi che nel diritto del lavoro questo fenomeno ha un andamento costante, rappresentando sostanzialmente la regola. Ciò non vuol dire tuttavia che in questo possa consistere l'elemento caratterizzante dell'intero sistema, non solo perché – come si è detto – il fenomeno può prospettarsi anche in altre fattispecie, ma anche perché nel rapporto di lavoro vi sono alcuni correttivi vorremmo dire naturali, che mancano totalmente negli altri casi⁵. Si pensi alla contrattazione collettiva e più in generale, alla funzione delle organizzazioni sindacali, che si sostanzia anche nel contrapporre al potere economico una forza capace di contenerlo e limitarlo, almeno in parte.

Ma questa prima constatazione non attiene che ad un aspetto della evoluzione del sistema.

Per altro verso, si è dovuto rilevare che la posizione del prestatore di lavoro non è caratterizzata soltanto dalla debolezza economica, ma anche e soprattutto dal fatto della implicazione nel rapporto.

Si è già detto come si debba intendere questo fenomeno e come in definitiva esso debba ricondursi da un lato al fatto che l'intera personalità del soggetto è coinvolta in qualche modo nella prestazione di lavoro in forma dipendente e dall'altro al fatto che il lavoratore impegna nel rapporto obbligatorio non tanto un bene patrimoniale quanto il proprio stesso essere⁶.

Da questo rilievo si deve necessariamente partire per spiegare in modo corretto quella normativa che, a stretto rigore, non è riconducibile esclusivamente alla tutela del contraente più debole. E in effetti, la dottrina più avveduta ha mostrato chiaramente di voler superare la tradizionale impostazione, per inserire il sistema protettivo in un ambito assai più vasto e tale da conferire il giusto rilievo sia agli aspetti economici che a quelli più squisitamente personali⁷.

4 Queste situazioni sono state analizzate di recente dal BALZARINI G., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Padova, 1966, pag. 35, il quale, riferendosi alle norme di cui agli artt. 1341-1447, 763, 1248, 1815, del codice civile, afferma che si tratta di interventi sporadici ed occasionali, che non rendono possibile il reperimento di una nozione unitaria di contraente più debole.

5 Si pensi al lavoratore autonomo, all'artigiano, al piccolo imprenditore che dipendano nella loro attività, in modo pressoché esclusivo, dalle commesse o dalle forniture loro affidate da una grande azienda monopolistica. Una situazione del genere, sul piano della disparità economica, è senz'altro peggiore di quella del prestatore di lavoro, sia in se stessa, sia per la mancanza di correttivi diversi dalla sporadica tutela accordata al contraente più debole.

6 Acutamente, osserva il MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962, I, pag. 337, che la mistica egalitaria dei codici ottocenteschi batte in ritirata di fronte alla constatazione che ciò che di un contraente viene messo a repentaglio è la persona, mentre dall'altro è il patrimonio.

Per rilievi analoghi, v. la nota 50 del cap. I di questa parte.

7 In questo senso sono orientati gli studi più recenti, oltre a quelli già ricordati nella nota precedente. Si veda in particolare: MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 148

I primi accenni di questa impostazione sostanzialmente nuova hanno ricevuto una conferma in certo modo definitiva, per effetto dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale.

È a tutti nota la forte carica «personalistica» della nuova Costituzione; e si è esattamente rilevato come essa abbia efficacemente rappresentato una nuova concezione dell'individuo, inteso come persona e colto nell'ambiente in cui vive e nelle formazioni sociali in cui esplica la sua personalità⁸.

Al tradizionale rapporto tra il cittadino e lo Stato – considerato in modo pressoché esclusivo dalle costituzioni ottocentesche – si sono aggiunti, nella nuova visione costituzionale, il rapporto tra i cittadini e gli altri soggetti e il rapporto tra l'individuo e gli aggregati sociali.

Ne è derivata un'affermazione solenne del valore primario della persona⁹ e nello stesso tempo, una tutela non più meramente livellatrice, ma ispirata alla finalità di creare le condizioni affinché ciascuno possa compiutamente esprimere la propria personalità.

ss.; MAZZONI, *Contiene il diritto del lavoro principi generali suoi propri?* in *Riv. giur. lav.*, 1951, 1, 122; SPAGNUOLO VIGORITA, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, 1961, pag. 151; SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Studi in memoria di L. Mossa*, Padova, 1961, III, pag. 419 ss.; CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, Milano, 1966, pag. 33 ss.; SIMI, *Il favor dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Milano, 1966, pag. 65 ss.; BALZARINI, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, cit., pag. 12 ss.; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 28 ss.; FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1962, pag. 89; PROSPERETTI, *Serrata, lotta sindacale e protezione dei lavoratori*, in *Giur. Cost.*, 1960, pag. 515 ss.; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata*, cit., pag. 116; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, pag. 15 ss.; MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, vol. *CECA*, cit., pag. 423 ss.

8 Si tratta di una delle più rilevanti novità della Costituzione italiana del 1948, forse di quella più caratterizzante rispetto alle Costituzioni del passato.

Abbiamo già richiamato nella nota 53 del capitolo I (parte II), alcuni studi dedicati a questi aspetti fondamentali.

Adde, ora: MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1961, I, pag. 1 ss.; CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Dir. lav.*, 1954, I, pag. 73 ss.; MENGONI, *Forme giuridiche dell'economia contemporanea in Italia*, in *Justitia*, 1962, pag. 19 ss.; NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. diritto*, Milano, 1964, VII, pag. 908 ss. Per una problematica analoga in diritto straniero, v.: PETERS, *Die fraie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel*, in *Festgabe Laun*, Berlin, 1953, pag. 669 ss.

Da ultimo, ha dedicato importanti considerazioni sull'argomento il MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Milano, 1966, pag. 62 ss., esattamente rilevando, fra l'altro, che non si tratta più solo di riconoscere il valore della persona, ma di garantirne lo sviluppo.

9 Sottolinea vigorosamente questo aspetto il PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 100. Si tratta di una definitiva affermazione, sul piano del diritto positivo, di quel valore della persona umana che i filosofi del diritto sottolineano da tempo; da ultimo, il BATTAGLIA, *Il diritto nel sistema dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1, pag. 465, ha sostenuto che il valore essenziale del diritto è la persona, la quale – come tale – è implicata in ogni momento o aspetto storico della valorizzazione giuridica. A queste impostazioni si è ricollegato con la consueta acutezza il MENGONI, *Forme giuridiche dell'economia contemporanea*, cit., pag. 27, per affermare che in virtù della garanzia costituzionale i valori morali della persona umana sono divenuti valori giuridici.

Tutto questo si è espresso non solo con la formulazione di principi generali, ma anche attraverso l'intervento diretto sui rapporti intersubiettivi; fenomeno questo che è del tutto esclusivo e caratteristico di alcune Costituzioni contemporanee.

Le conseguenze dovevano necessariamente apparire di grande rilievo, sia sul piano generale che nei confronti di alcuni settori dell'ordinamento. Sul piano generale, perché si determinava in questo modo un nesso indissolubile tra lo stato di diritto e lo stato sociale¹⁰; sul piano particolare, perché alla generica garanzia contro gli abusi dei pubblici poteri si sostituiva un nuovo aspetto positivo, consistente nell'assumere i concetti di dignità e personalità umana nello stesso contenuto degli istituti e delle nozioni fondamentali del diritto civile¹¹.

Si è così verificato un fenomeno di estremo interesse: all'intervento esterno sui rapporti privatistici, realizzato mediante limitazioni dell'autonomia privata, si è accompagnata l'inserzione – all'interno dei rapporti e degli istituti in questione – di alcune idee fondamentali, dotate di enorme carica espansiva e idonee ad operare trasformazioni profonde sulle stesse situazioni soggettive. I diritti soggettivi vengono dunque vincolati alle istanze sociali che costituiscono la base e la finalità dell'ordinamento giuridico¹²; le idee di socialità e di solidarietà si pongono come criterio fondamentale di valutazione della corrispondenza degli atti giuridici al fine per il quale l'ordinamento li ritiene meritevoli di tutela¹³; e la stessa protezione accordata ai vari interessi si trasferisce su un piano più generale, tale da trascendere spesso la stessa posizione personale delle parti.

10 Lo rileva esattamente il MENGONI, nel saggio citato in nota precedente (pag. 29), il quale considera la norma dell'art. 3 come fondamentale per l'intero sistema ed aggiunge che il collegamento tra questo precetto e le formulazioni specifiche contenute nel titolo III della Costituzione attribuisce rilevanza giuridica a quei fini che si riassumono nel concetto di giustizia sociale.

11 Tra le indagini svolte su questi aspetti del tutto nuovi della Costituzione e sui rapporti tra la stessa e il diritto civile, emerge per acutezza ed apertura lo studio del NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., pag. 908 ss. È noto che la nostra dottrina è stata sempre piuttosto restia nell'ammettere le interferenze tra i principi costituzionali e le nozioni e le figure del diritto civile, laddove la dottrina tedesca ha dedicato particolare attenzione a questa problematica. Lo studio del Nicolò si pone appunto come uno dei tentativi più riusciti di cogliere la portata della nuova Carta Costituzionale al di là dell'ambito tradizionale dei rapporti pubblicistici e delle relazioni tra il cittadino e i pubblici poteri. Tra gli AA. più sensibili a questi aspetti vanno altresì menzionati il GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pag. 391; il MENGONI (*op. cit.* in nota precedente), il NATOLI, *Limiti costituzionali della autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955.

12 Così, assai efficacemente, il MENGONI, *op. cit.*, pag. 32, che desume il vincolo sociale dei diritti individuali particolarmente dagli artt. 2, 4, 41, 42, 43 della Costituzione.

13 Il NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., pag. 910 ss., mette in evidenza che la base del diritto civile resta sempre l'autonomia privata, ma risultano assai più accentuati i limiti *interni*, in omaggio alla solidarietà ed alla socialità; da ciò un processo di erosione intrinseca dei principi attivi del diritto civile.

È naturale che così profonde trasformazioni non potessero che incidere in modo assai rilevante sulle strutture del diritto del lavoro, accentuando quel processo di soggettivazione al quale si è già accennato¹⁴.

Il fenomeno – di carattere generale – doveva necessariamente assumere aspetti particolari, in un settore nel quale il momento personale assumeva già di per sé una indiscutibile rilevanza.

Il fatto che la persona di un contraente fosse direttamente coinvolta nel rapporto e quindi esposta a rischi particolarmente sensibili, evidenziava già l'esigenza di una più penetrante tutela. Ma in misura ancora maggiore doveva operare – nel nuovo quadro generale – il fatto che per quel contraente l'attività svolta costituiva il mezzo principale di sostentamento e la forma principale di espressione e sviluppo della personalità¹⁵.

In sostanza, alla tutela della posizione passiva del prestatore di lavoro dovevano sostituirsi (o quanto meno accompagnarsi) la protezione e la garanzia del lato attivo, con incidenze di grande rilievo sull'opera del legislatore e dello stesso interprete.

È questo, a nostro avviso, il significato più profondo delle nuove enunciazioni costituzionali; tanto più rilevanti se si considera che lo stesso legislatore costituente volle dare immediata attuazione, almeno in parte, al programma così solennemente delineato.

Così, alle fondamentali dichiarazioni degli artt. 2 e 3, formulate in modo da indicare le basi dell'intero sistema, si sono accompagnate disposizioni più specifiche, il cui senso non può essere colto se non nel quadro finalistico unitario che si è cercato di tracciare a grandi linee. La proclamazione del diritto al lavoro, del diritto di sciopero, del diritto a collaborare alla gestione, costituisce una prima espressione specifica dei nuovi principi, evidenziando già i più vasti confini entro i quali opera il sistema protettivo¹⁶.

Ma altre disposizioni sono dirette ad operare in modo ancora più immediato sui rapporti intersoggettivi, come quella dell'art. 36, che riconosce e costituzionalizza l'interesse tipico del prestatore alla retribuzione, ma nello stesso tempo

14 V. il paragrafo 7 del I capitolo e nota 54.

15 Questa constatazione è propria di quasi tutti gli studi lavoristi più recenti, che tendono a portare ancora avanti le prime intuizioni degli AA. citati nelle note precedenti. Da ultimo, v. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 28 ss.; SIMI, *Il favor dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, cit., pag. 65 ss.; BALZARINI G., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, cit., pag. 85 ss.

16 Di recente, il BALZARINI, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, cit., pag. 29 ss. e 44 ss., ha lamentato la scarsa attenzione dedicata dalla dottrina all'art. 35 della Costituzione, che invece sarebbe la norma cardine dell'intero sistema. In realtà, nessuno contesta il valore dell'art. 35; ma bisogna riconoscere che l'affermazione, nella sua genericità, ha assai minor rilievo delle proclamazioni solenni contenute negli artt. 2, 3, 41 e delle disposizioni più specifiche contenute negli artt. 36 e 37. Si tratta semplicemente della conferma, su un piano più vasto, di un chiarissimo programma che il legislatore costituente aveva tracciato nelle grandi linee, con particolare riferimento ed incidenza sul rapporto di lavoro subordinato.

precisa i fini nettamente «personalistici» della tutela. Ognuno vede come in questo quadro si sia operato un sostanziale trapasso dall'antico sistema protettivo ad una garanzia veramente integrale dei valori morali della persona del prestatore, assunti ormai nel novero dei valori giuridici.

Tutto questo, ovviamente, non contraddice con la tutela già assicurata dall'ordinamento. L'abituale ricorso a norme imperative, la dichiarata indisponibilità dei principali diritti del prestatore, l'introduzione di limiti all'autonomia privata, la disciplina dei rapporti collettivi, le deviazioni ben note rispetto alla disciplina di diritto comune, la frequente previsione di sanzioni penali per l'inosservanza dei precetti, continuano ad essere elementi salienti del sistema protettivo del diritto del lavoro¹⁷. Ma, se è vero che la principale funzione della Costituzione è quella di ridurre ad un'unità coerente e armonica tutti i rapporti – pubblici e privati – che si svolgono nell'ordinamento¹⁸, è chiaro che tutto il sistema ha subito una profonda trasformazione, acquistando un nuovo significato e rispondendo a finalità più complesse di quelle considerate nel passato.

In sostanza, la *garanzia della personalità del prestatore* è divenuta il fondamento di tutto l'apparato protettivo e il criterio guida cui deve ispirarsi l'intera attività giuridica nel settore del lavoro.

Si noti che garantire non vuol dire soltanto proteggere, ma significa anche eliminare gli ostacoli che impediscono lo sviluppo della persona e creare le condizioni più favorevoli affinché essa possa compiutamente esprimersi¹⁹.

17 Non è il caso di soffermarsi sulle caratteristiche specifiche dell'apparato protettivo, che sono rilevate costantemente da tutta la dottrina; per una sommaria elencazione ci permettiamo di rinviare al nostro *Il comportamento concludente*, cit., pag. 73 ss.

Piuttosto si può rilevare la crescente tendenza dell'ordinamento ad accollare al datore di lavoro anche oneri di carattere sociale. Si veda, ad esempio, la legge 19 gennaio 1963 n. 15, che ha posto a carico dei datori l'onere di pagare (in parte) la retribuzione ai dipendenti colpiti da infortunio nei giorni di carenza dell'assicurazione obbligatoria. Questa legge fu sottoposta all'esame della Corte Costituzionale, che ne confermò la legittimità, asserendo che nulla vieta allo Stato di attuare i propri fini di tutela anche imponendo alcune prestazioni a carico dei datori di lavoro (decisioni 9 giugno 1965 n. 44, in *Giur. Cost.*, 1965, pag. 248, e 21 giugno 1966 n. 74, *ivi*, 1966, pag. 390).

18 Questa funzione della Costituzione e dei principi generali, inizialmente assai controversa, è oggi pressoché generalmente riconosciuta, anche a seguito dei risultati del costruttivo dibattito sulle c.d. norme programmatiche. Fondamentali, sul punto, i rilievi del CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, cit., pag. 77; del MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in *Atti della Comm. Parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*, Vol. IV, I, Roma, 1953, pag. 132; del FANZI, *Riflessi privatistici della Costituzione*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei e Levi, Firenze, 1950, I, pag. 34 ss.

19 Su queste moderne caratteristiche della nozione di «protezione», si è ampiamente diffuso l'HERCHEL, nel saggio *Protezione del lavoro nello stato di diritto sociale*, in *Nuova Riv. dir. comm.*, 1956, pag. 66.

Una recente applicazione di questo orientamento si nota indiscutibilmente nella legge 15 luglio 1966 n. 604 sui licenziamenti individuali, e particolarmente nell'art. 4. A nessuno sfugge l'importanza della introduzione di limiti al potere di recesso e della attribuzione, ai lavoratori, dell'indennità di anzianità in ogni caso di cessazione del rapporto.

In questo senso, dunque, può dirsi che il particolarismo del diritto del lavoro ha assunto una veste sostanzialmente nuova: da un lato, si sono accentuate le tendenze centrifughe del settore, per essersi intensificate le deviazioni rispetto al diritto comune²⁰ e per essersi altresì realizzata una più estesa assunzione nella sfera degli interessi generali di alcuni interessi inerenti alla posizione del contraente «più debole»²¹; dall'altro, si è invece realizzata l'inserzione del sistema protettivo del lavoro in una tendenza assai più vasta e generale, in definitiva comune a tutto l'ordinamento.

Né fra questi due aspetti esiste il contrasto che potrebbe apparire ad una prima e sommaria considerazione del fenomeno; in realtà, le esigenze considerate sono talmente elevate e costituiscono in modo così evidente il fondamento dell'intero sistema giuridico da rendere più che mai necessaria la riconduzione a sostanziale ed armonica unità di tutti gli aspetti particolari che pure ad esse si richiamano.

D'altronde, è a tutti noto che nel diritto moderno i confini tra i vari settori tendono a sfumarsi, mentre le interferenze tra le branche più diverse del diritto si intensificano, quantitativamente e qualitativamente; e non si tratta certo di un fenomeno negativo, ché anzi esso giova ad impedire la cristallizzazione dei sistemi e consente nuove e più penetranti aperture²².

Ma l'art. 4, comminando la nullità (e quindi la sanzione più grave) per i licenziamenti determinati da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza a un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali, rivela la tendenza ad estendere la protezione a tutta la sfera personale del soggetto, garantendone integralmente le possibilità di libera esplicazione e sviluppo. Ci sembra questo il fondamentale valore di principio della norma, la cui previsione non può non rilevare generalmente – come di recente ha osservato il PERA, *Nota a sentenza*, in *Foro it.*, 1967, 1, 458) – rispetto alla complessiva posizione del lavoratore. Per cui ha scarsa importanza il fatto che nell'aspetto specifico del licenziamento ivi previsto, essa possa essere facilmente esclusa.

20 Assai felicemente è stato osservato dal MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Riv. soc.*, 1965, pag. 674 ss., che il dato della implicazione della persona ottiene rilevanza come «limite esterno alle conseguenze logiche derivanti dallo scambio e cioè come criterio di deroghe alle regole del diritto civile, in vista di una speciale tutela del lavoratore».

21 Anche questo aspetto è stato sottolineato acutamente dal MENGONI, *op. cit.* Alle esatte considerazioni dell'A., si può aggiungere che di particolare significato è il sistema positivo di sicurezza del prestatore. Il D.P.R. 27 aprile 1955 n. 547 sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro stabilisce all'articolo 6 obblighi specifici a carico dello stesso lavoratore e ne sanziona poi penalmente l'inosservanza (art. 392). Il che dimostra chiaramente che l'interesse tutelato trascende di gran lunga l'interesse individuale. In questo senso è da condividere la chiara affermazione contenuta nella sentenza 25 novembre 1954 della Corte di Appello di Firenze (in *Prev. inf.*, 1955, pag. 62) secondo la quale l'incolumità dei dipendenti deve essere difesa anche contro l'eventuale indifferenza o il parere contrario dell'operaio stesso, «che deve essere tutelato anche contro la sua volontà».

22 A questo fenomeno ha dedicato uno studio di particolare importanza il GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pag. 391 ss., per evidenziare anche quel particolare aspetto che ormai va sotto la efficace denominazione di «socializzazione del diritto privato». Sul quale, da ultimo, molto incisivamente, si è soffermato il CESSARI, *Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1966, (fasc. in corso di pubblicazione).

Da quanto si è detto, appare sufficientemente delineato il principio di «*favor*»²³, sia nei suoi rapporti col sistema protettivo del diritto del lavoro, sia nelle relazioni che intercorrono tra di esso e le più generali tendenze dell'intero ordinamento.

Non sembra qui il caso di approfondire l'aspetto relativo alle modalità di esplicazione del principio, se non per chiarirne la complessità e la varietà di manifestazioni e per precisare che a volerlo identificare con l'uno o l'altro aspetto specifico si finisce sostanzialmente per diminuirne la portata. È certo infatti che esso non si riassume semplicemente nella garanzia di un trattamento minimo paritario e neppure nel criterio di prevalenza della disposizione più favorevole²⁴; questi possono essere aspetti specifici con cui esso si presenta nella realtà dell'esperienza giuridica, ma non ne esauriscono affatto la portata generale. Mirando ad una garanzia integrale della sfera personale del prestatore, il principio opera necessariamente in forme molteplici, adattandosi alle continue trasformazioni della realtà effettuale e delle stesse strutture giuridiche ed incidendo a sua volta, come fattore di progresso, sull'una e sulle altre.

23 È questo il termine con cui la dottrina usa generalmente richiamarsi al principio di tutela, inteso nel senso più ampio. È appena il caso di precisare che questa espressione non ha nulla in comune con quella di «benevolenza», a cui la vecchia dottrina si richiamava ed a cui si richiama ancora qualche Autore (ad es.: PERGOLESÌ, *Introduzione al diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* [diretto da BORSI e PERGOLESÌ], Padova, 1960, I, pag. 277). Benvero, depurato da ogni scoria generalmente populista, il termine si avvicina ormai, fino alla pressoché totale identificazione, al moderno concetto di garanzia, nel quale è totalmente assente ogni carattere di benevola concessione dall'alto ed in cui si sostanzia la nozione di impegno generale a consentire e favorire lo sviluppo dei diritti fondamentali.

24 Il recentissimo studio del CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, cit., è tutto rivolto alla dimostrazione che l'esigenza di tutela del contraente più debole non comporta necessariamente la formazione di una regola interpretativa in *dubio pro operario*, ma si risolve nel principio di prevalenza della disposizione più favorevole al lavoratore. Si tratta senza dubbio di un progresso rispetto alla tendenza a far coincidere il *favor* col principio di protezione paritaria minima di tutti i lavoratori; ma la concezione finisce per essere ugualmente restrittiva, in quanto coglie solo una delle manifestazioni del principio, anche se si tratta di una tra le più salienti.

Eppure, il Cessari ha colto esattamente la rilevanza della Corte Costituzionale ai fini del superamento dell'idea della protezione del contraente più debole, rilevando che il principio nuovo consiste nel favore dell'ordinamento «verso il pieno sviluppo della persona del singolo lavoratore, considerato come elemento anche individualmente inserito nell'organizzazione sociale» (pag. 33). Ma questa affermazione avrebbe dovuto condurre, a nostro avviso, a ravvisare nel criterio preferenziale indicato dall'A., soltanto uno dei modi di esplicazione del *favor*, e non già l'unico.

Da questo punto di vista ci sembra più ampia la concezione che ispira e domina l'intera monografia del SIMI, *Il favor dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, cit., nella quale dalla impostazione «personalistica» del principio generale vengono tratte tutte le necessarie conseguenze.

Un siffatto modo di operare è comune, in definitiva, a tutti i principi generali²⁵; ma la carica espansiva si rafforza allorché un principio – come in questo caso – si trova ad agire in un settore particolarmente collegato con la realtà sociale e con le sue trasformazioni²⁶. Mentre un ulteriore rafforzamento è provocato dalla particolare apertura del sistema del diritto del lavoro, le cui finalità protettive sono assicurate non soltanto dall'opera del legislatore, ma anche da quei peculiari strumenti di autotutela, che si esprimono nelle forme dell'autonomia collettiva e dell'azione sindacale nel suo complesso²⁷.

Risulta già abbastanza evidente, dalle considerazioni suesposte, che il principio di protezione, innestandosi su una tendenza generale a garantire integralmente la sfera personale dell'individuo, assume connotati del tutto peculiari, in relazione alla caratteristica situazione del lavoratore.

In questo senso, si può precisare che esso si risolve *nella garanzia di una posizione tipica del prestatore di lavoro*²⁸. Ed è proprio questo aspetto che merita un ulteriore approfondimento, per individuare appunto alcuni aspetti caratteristici

25 Ci sembrano di particolare interesse, a questo proposito, le bellissime pagine che lo ZICCARDI, *Diritto internazionale odierno*, Milano, 1964, pag. 64, dedica ai rapporti tra i fenomeni sociali e l'esperienza giuridica, espressa anche attraverso la formulazione e l'individuazione dei principi generali. L'A. evidenzia acutamente il continuo processo di osmosi e le reciproche influenze che assicurano il progresso del diritto e in definitiva il progresso della stessa società.

Di questa impostazione si trova una specifica eco, con acute applicazioni al principio da noi considerato, nello studio del SIMI, *Il favor*, ecc., cit., pag. 233 ss., in cui il *favor* viene considerato come il più tipico tra i mezzi che provocano la progressiva trasformazione delle strutture sociali. Il Simi aggiunge inoltre che il principio penetra nel diritto privato come idea e convinzione del corpo sociale, per i canali della equità, delle clausole generali e dell'uso. In realtà, i canali sono molto più numerosi, dovendosi tener conto anche della buona fede ed anche della stessa incidenza diretta dei principii sui rapporti intersubiettivi, come meglio si vedrà in prosieguo.

26 Sui rapporti tra il diritto del lavoro e la realtà sociale, nelle sue continue modificazioni, restano fondamentali le pagine del PROSPERETTI, *Lo sviluppo del diritto del lavoro in relazione alle modificazioni della vita economica*, in *Riv. dir. lav.*, 1962, I, pag. 43 ss.; e del MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1958, pag. 689 ss.; ID., *Forme giuridiche dell'economia contemporanea in Italia*, in *Justitia*, 1962, pag. 19 ss.

27 L'importanza, anche sul piano creativo del diritto, dell'autonomia collettiva è stata individuata in epoca abbastanza recente, attraverso i notissimi studi del Santoro Passarelli.

A queste prime intuizioni ha fatto poi seguito un approfondimento ad opera di gran parte della dottrina italiana. Superflui i richiami specifici; una ampia indagine, in certo modo critica, è stata condotta di recente dal TARELLO, nel volume *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, 1967.

28 Coglie esattamente questo aspetto lo SPAGNUOLO VIGORITA, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, 1961, pag. 153, osservando che l'intervento protettivo dello Stato è volto essenzialmente alla cura dell'integrità dei valori della persona e si dirige con sempre maggior chiarezza verso la difesa di una personalità *tipica* del lavoratore. In senso sostanzialmente analogo, si vedano anche: FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., pag. 88 e HERCHEL, *Protezione del lavoro nello stato di diritto sociale*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, pag. 66 ss.

del principio, che lo differenziano dal principio generale di tutela della personalità, esistente nel nostro ordinamento.

Si tratta di analizzare l'atteggiamento tipico di alcuni diritti fondamentali nell'ambito del rapporto di lavoro ed il modo con cui ad essi viene assicurata un'adeguata tutela.

Si tratta inoltre di ricercare quali influenze esso espliciti su alcune situazioni soggettive del lavoratore dipendente, favorendone la trasformazione in senso nettamente personalistico²⁹.

2. La tutela della libertà e particolarmente della libertà morale e dignità

La libertà costituisce un bene comune a tutti gli individui ed è per questo che l'ordinamento la proclama solennemente come diritto fondamentale. Talché potrebbe apparire superflua un'indagine relativa alla garanzia della libertà del prestatore di lavoro.

Tuttavia, anche su questo piano è abbastanza agevole cogliere una posizione tipica del lavoratore, appunto in relazione all'esigenza di una garanzia integrale della sua sfera personale.

Già l'art. 2 della Costituzione fornisce una piena e generale indicazione, allorché riconosce e garantisce i diritti individuali dell'uomo anche nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità. Il precetto sottolinea infatti sia l'esigenza di considerare i rapporti tra l'individuo e gli aggregati sociali, sia quella di garantire maggiormente i soggetti contro i rischi specifici che derivano dal fatto di essere inseriti in rapporti di particolare complessità.

29 In realtà la problematica sulle situazioni soggettive del lavoratore dipendente è vastissima e complessa. Basti pensare alle ipotesi piuttosto numerose in cui alla tutela diretta ed immediata si affianca o si sostituisce una protezione indiretta ed occasionale ed alla conseguente difficoltà di inserire le situazioni corrispondenti nel quadro degli interessi legittimi e degli interessi occasionalmente protetti. Si tratta infatti di figure già assai controverse nel diritto pubblico e la cui inseribilità nel diritto privato è tuttora discussa. Per alcune specifiche considerazioni, v. comunque: LEVI SANDRI, *Su alcune situazioni soggettive del lavoratore subordinato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, pag. 811 ss.; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata*, ecc., pag. 49 ss.; SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1967 (2ª ed.), pag. 42 ss.; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 29 (e nota 63); D'EUFEZIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano, 1958; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958.

Più in generale, sulla nozione dell'interesse legittimo nel diritto privato: RESCIGNO, *Sovvenzioni statali e parità di trattamento* (ora nel volume «Persona e comunità», cit., pag. 465 ss.).

Sarebbe veramente interessante approfondire l'indagine su questi aspetti; ma i limiti dell'opera e ragioni di equilibrio impongono di scegliere quelle situazioni soggettive in cui risulta particolarmente evidente il momento personale e quindi l'attinenza più specifica al nostro tema.

Il concetto si rafforza poi ulteriormente, in virtù dell'art. 41, 2° comma, della Costituzione, che sottopone la legittimità dell'iniziativa economica privata alla condizione di rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana.

È già stato rilevato esattamente che esiste uno stretto collegamento tra i diritti di libertà e i cosiddetti diritti sociali³⁰ perché per autodeterminarsi e realizzarsi compiutamente il lavoratore ha necessità di essere svincolato da tutti quei fattori che – direttamente o indirettamente – possono risolversi in situazioni di svantaggio, di disuguaglianza, di limitazione della sfera personale.

In questo quadro complessivo si pongono i problemi della *libertà esterna* del prestatore di lavoro, con aspetti di evidente delicatezza ove si consideri, da un lato, che le stesse modalità della prestazione comportano comunque una certa restrizione della libertà, e dall'altro che le esigenze organizzative e disciplinari impongono necessariamente un contemperamento con i diritti fondamentali dei prestatori. Non c'è dubbio che gli interessi delle parti contrapposte vengano frequentemente a conflitto, su questo piano; e come non si può pretendere, da parte dei prestatori, un esercizio indiscriminato della propria libertà nell'ambiente di lavoro, così i datori di lavoro non possono richiamarsi in ogni momento ai propri poteri per limitare ed escludere i diritti dei dipendenti, al di là di quanto comportino le necessità funzionali dell'apparato produttivo. Reperire la esatta linea di demarcazione tra l'esercizio di un diritto e l'abuso è problema tra i più ardui; ma esso deve essere risolto con costante riferimento ai principi generali dell'ordinamento ed alla gerarchia di valori e di interessi che emerge dalle enunciazioni costituzionali.

È certo, però, che sul piano aziendale accade non di rado che i diritti di libertà subiscano concrete limitazioni, per la struttura gerarchica e autoritaria dell'impresa, che tali caratteri ha mantenuto, se non sul piano del diritto, certamente su quello del fatto.

Di questa problematica, in generale e con riferimento agli aspetti più specifici, si è occupata ampiamente la dottrina e spesso anche la giurisprudenza, per

30 L'osservazione del LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1953, pag. 246 ss. e 263 ss., è ormai largamente condivisa, nell'ambito della tendenza ad espungere ogni carattere di astrattezza e di formalismo dai principi tanto solennemente enunciati dalla Rivoluzione Francese in poi. Si riconosce in sostanza che la libertà dal bisogno costituisce il presupposto e la garanzia dell'esplicazione di tutte le altre libertà e che la facoltà per l'individuo di disporre liberamente della propria persona può non significare nulla, in concreto, se non sussistono – e vengono garantite – le condizioni per cui la facoltà stessa possa esplicarsi. È ciò a cui mirano, in sostanza, i cosiddetti diritti sociali.

Sui rapporti tra libertà e lavoro, appaiono di particolare rilievo gli studi del TRABUCCHI, *Libertà della persona*, in *Justitia*, 1957, pag. 318 ss.; del GIBERT, *Il contratto di lavoro e il problema della libertà*, in *Jus*, 1953, pag. 512 ss.; VASSALLI, *Le libertà personali nel sistema delle libertà Costituzionali*, in *Studi giuridici in memoria di Calamandrei*, vol. V, pag. 355 ss.; MIGLIORANZI, *Libertà, uguaglianza e sicurezza*, in *Dir. lav.*, 1954, I, pag. 1; NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell'impresa*, *ivi*, 1956, I, pag. 3.

la verità – quest'ultima – non sempre con risultati accettabili³¹. Non converrà soffermarsi sul punto, non solo perché di esso ci siamo occupati di recente in altra sede, ma anche perché in definitiva si tratta degli aspetti più studiati anche *de jure condendo*.

Basterà dire che in linea di principio i diritti di libertà funzionano come limite invalicabile dell'autonomia privata e degli stessi poteri del datore di lavoro.

È opportuno piuttosto soffermarsi più ampiamente sui problemi relativi alla *libertà morale*, che pur essendo di basilare importanza, sogliono essere trascurati o comunque considerati puramente di sfuggita.

31 Per la dottrina, oltre agli *Atti del Convegno su la tutela delle libertà nei rapporti di lavoro*, Milano, 1955, segnaliamo gli studi del CRISAFULLI, *Ancora in tema di libertà costituzionali e rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, II, pag. 387 e del GHEZZI, *Polizia privata nell'impresa e tutela dei diritti costituzionali dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, pag. 1003. Per una più ampia informazione e per altri richiami, ci permettiamo di rinviare al nostro recente studio *Lo statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, pag. 268 ss. Il problema della libertà sui luoghi di lavoro sta ora attirando l'attenzione della dottrina, in relazione al progetto di uno «statuto dei diritti dei lavoratori»; sul quale, oltre al nostro studio già citato, si veda: MIGLIORANZI, *Osservazioni su uno statuto dei diritti del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1965, pag. 3 ss.; PERA, *Sullo statuto dei lavoratori nell'impresa*, *ivi*, pag. 142 ss.; PALERMO, *Osservazioni sullo statuto dei diritti dei lavoratori*, *ivi*, pag. 163 ss.; GRASSETTI, *Lo statuto dei lavoratori e limiti del potere di recesso del datore di lavoro*, *ivi*, 1966, pag. 3 ss.; *Atti della tavola rotonda tenuta a Trieste*, in *Boll. scuola perfex. e spec. in dir. lav. dell'Università di Trieste*, 1966, 3-4, pag. 1 ss.

La giurisprudenza assume spesso atteggiamenti singolari, dimostrando una certa renitenza ad inserire in questa problematica il giusto rilievo da attribuirsi ai principi costituzionali. Ci limiteremo a due esempi: la sentenza 28 settembre 1964 del Tribunale di Milano (*Mon. trib.*, 1965, pag. 865, con *nota* contraria di D'ORSI) considera legittima la clausola di contratto collettivo che fa obbligo ai lavoratori di sottoporsi a visita personale all'uscita dei locali dell'azienda ed anzi ravvisa grave inadempimento contrattuale nel comportamento del lavoratore che rifiuta di sottoporsi a quella visita, dichiarandosi disposto a sottostare a perquisizione da parte della autorità di polizia. Si tratta di una decisione a nostro avviso aberrante, sia nelle premesse che nelle conclusioni che se ne fanno scaturire. Fra l'altro, il Tribunale di Milano afferma che l'art. 13 della Costituzione riguarda solo i rapporti tra i cittadini e i pubblici poteri, dimenticando che almeno l'affermazione del primo comma è talmente generale da non poter essere ristretta ai rapporti pubblicistici; del resto, sarebbe assai singolare dover ammettere che il cittadino sia garantito contro gli abusi del pubblico potere e non contro quelli dei soggetti privati che incidano sulla sua sfera personale. L'altra sentenza, recentissima, è della Corte di Cassazione (20 febbraio 1967 n. 425, in *Foro it.*, 1967, 1, 475) ed afferma che può essere legittimamente inflitta una sanzione disciplinare al lavoratore che distribuisce nell'azienda, fuori dell'orario di lavoro, manifestini di propaganda per lo sciopero. Si tratta di una decisione di estrema gravità (e v. anche la *nota* di dissenso del PERA, *ivi*, pag. 457 ss.), perché la Corte pretende di risolvere in quel modo il problema del «contemperamento tra l'esercizio dei diritti di libertà e dignità umana riconosciuti dalla Costituzione e lo svolgimento del potere direttivo di cui è investito l'imprenditore». In realtà, poiché la diffusione del materiale di propaganda si era svolta fuori dell'orario di lavoro, un conflitto di diritti neppure si poneva; esattamente osserva il Pera che determinati divieti posti dall'imprenditore, non avendo alcuna giustificazione funzionale sul piano della prestazione, dovrebbero essere senza altro disattesi in quanto lesivi della libertà e dignità del lavoratore.

La scarsa attenzione dedicata dalla dottrina alla libertà morale potrebbe far pensare addirittura ad una sottovalutazione di questo aspetto, da parte dello stesso ordinamento positivo. Ma a noi sembra che la verità sia ben altra. È vero soltanto che di norma si dedica più attenzione alla libertà esterna e si tende soprattutto a garantire questa contro ogni possibile attentato, forse anche perché i rischi e le violazioni cui essa è sottoposta sono generalmente più appariscenti³².

Ma non deve sfuggire all'interprete il fatto che, sia pure in modo non esplicito, il sistema tende a tutelare anche questo lato della sfera personale dell'individuo ed in particolare del lavoratore subordinato³³.

Si potrebbe già rilevare che nella dizione amplissima dell'art. 2 della Costituzione (diritti inviolabili) è compresa anche la libertà morale; ma più specificamente può osservarsi che se è vero che la libertà morale significa prima di tutto libertà di autodeterminarsi, un chiaro riferimento ad essa deve scorgersi nell'art. 4 della Costituzione, e non solo nel primo comma (è evidente che il diritto al lavoro è la prima garanzia di autodeterminazione), ma anche nel secondo, in cui si sottolinea la facoltà di libera scelta dell'attività cui il cittadino intende dedicarsi.

Ma a ben guardare, a garantire la libertà morale, contribuiscono anche il riconoscimento della libertà sindacale e dello stesso diritto di sciopero e in definitiva lo stesso diritto alla retribuzione sufficiente, sia pure in forma indiretta. Né può dirsi che questo aspetto sia sconosciuto alla legislazione ordinaria: infatti, l'art. 2087 c.c. fa obbligo all'imprenditore di tutelare la personalità morale dei

32 Il problema della libertà morale è stato trattato ampiamente dal VASSALLI G. in uno studio di grande interesse, forse l'unico completamente dedicato all'argomento (*Il diritto alla libertà morale*, in *Studi giuridici per F. Vassalli*, II, pag. 1629 ss.). In generale, la dottrina pubblicistica tratta il problema dei diritti di libertà sotto un profilo complessivo, risolvendosi peraltro l'indagine prevalentemente attorno alla struttura della libertà esterna. Qualche maggiore considerazione alla libertà morale è stata dedicata dal CROSA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 1951, pag. 158 ss.; dal VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, cit., pag. 178; e, tra i civilisti, dal PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, cit., pag. 19 ss.; e dal BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., I, pag. 492. Non manca anche chi ha negato ogni autonomia alla libertà morale come diritto, ma con argomenti assai poco convincenti (v. ad es. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, pag. 405). Particolarmente infondato ci sembra il presupposto da cui talora si parte, secondo il quale ogni attentato alla libertà morale si esprimerebbe necessariamente attraverso la lesione di una libertà esterna. È vero soltanto che ciò accade di frequente; ma la libertà morale può essere posta in pericolo anche attraverso una serie di comportamenti insidiosi, che si esprimono in forma indiretta e non sembrano colpire le manifestazioni esterne dell'individuo.

33 Il VASSALLI, *op. cit.*, pag. 1644, rileva esattamente che i rapporti tra la libertà morale e i diritti sociali sono particolarmente intensi e che una serie di diritti riconosciuti nella Costituzione si spiegano solo nel quadro di un sistema che si propone di assicurare quel minimo di possibilità e di autonomia che è poi il presupposto indispensabile della libertà morale. Posizioni analoghe sono state assunte, con molto vigore, dal MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, pag. 177 ss., e, su un piano ancora più generale, dal LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 263 ss.

prestatori di lavoro³⁴; l'art. 2113 c.c., in definitiva, considera proprio una situazione di menomazione morale del lavoratore dipendente³⁵, anche se non tale da apparire inquadrabile tra i vizi della volontà; e l'art. 2103 c.c., limitando lo *jus variandi* – fra l'altro – alle ipotesi in cui non vi sia un *mutamento sostanziale* nella posizione del prestatore di lavoro³⁶, si riferisce chiaramente anche agli aspetti morali della personalità del medesimo; infine, ad un'evidente difesa dell'integrità

34 Di solito l'attenzione della dottrina si concentra soprattutto sulla parte dell'art. 2087 che mira a tutelare l'integrità fisica del lavoratore. Ciò è dovuto essenzialmente alla genericità dell'affermazione inerente alla tutela della personalità morale ed alla difficoltà di tradurla in termini concreti. Se infatti non è difficile cogliere l'aspetto negativo del precetto, assai più arduo è individuare le misure concrete che il datore di lavoro sarebbe tenuto ad adottare. Così anche chi critica le posizioni troppo generiche della dottrina (v. ad esempio BALZARINI, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, cit., pag. 92 ss.) non riesce poi ad indicare concretamente il contenuto positivo della pretesa nascente dall'art. 2087. Un tentativo di costruzione, ma piuttosto discutibile, fu formulato dal LEGA, *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*, Milano, 1950, pag. 133 ss. e soprattutto in *Doveri etico-giuridici del datore di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, 1, pag. 85.

Il PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 135, dedica particolare attenzione all'argomento, considerando nell'ambito della tutela della personalità morale anche le misure organizzate dalle grandi imprese per le vacanze, lo sport e comunque lo svago e riposo dei lavoratori. Tuttavia, riesce ancora difficile cogliere il collegamento tra queste iniziative spontanee e l'obbligo generale sancito dall'art. 2087 c.c.; in mancanza di una normativa più specifica sembra infatti impossibile sostenere che si tratti di misure dovute, ed arduo, comunque, precisare il contenuto ed i limiti dell'eventuale obbligo dell'imprenditore.

35 L'osservazione, fondamentalmente esatta, è del VASSALLI, *op. cit.*, pag. 1649,, che fa riferimento ad una sorta di presunzione di conclusione delle rinunce e transazioni per lo stato di bisogno nel quale il prestatore di lavoro si trova. Ciò che vi è di incompleto nell'intuizione dell'acuto A., è il semplice riferimento alla posizione di contraente più debole del lavoratore; laddove, come si è visto, lo stato di menomazione deve dedursi da una situazione più complessa, in cui entra il limite della libertà e lo stesso fatto dell'implicazione della persona.

36 Questo aspetto è stato colto, recentemente, da una parte della dottrina, mentre nel passato si era fatto prevalentemente riferimento agli aspetti economici derivanti dallo *jus variandi*. Il TRAVERSA, *Il mutamento delle mansioni nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Dir. ec.*, 1958, pag. 1067 ss., pone in evidenza l'intento del legislatore di tutelare l'interesse morale del prestatore, riconoscendogli il diritto di rifiutare anche quei mutamenti che in definitiva costituirebbero menomazione della propria personalità. Il GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 336, chiarisce ulteriormente il concetto, precisando che la posizione morale del prestatore costituisce il termine di raffronto tra mansioni di natura difforme, il cui svolgimento può comportare una diversa considerazione sociale.

In senso analogo, v. anche: ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, cit., pag. 662; DE LITALE, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 225 ss.

Di questo fondamentale elemento tiene conto talvolta la stessa giurisprudenza, per la quale segnaliamo le sentenze 8 ottobre 1954 della Corte d'Appello di Napoli, in *Mass. giur. lav.*, 1954, pag. 400, 7 aprile 1956 della Corte d'Appello di Milano, in *Orient. giur. lav.*, 1956, pag. 287 (interessante anche per il riferimento al prestigio di cui il lavoratore deve godere non solo sul piano aziendale ma anche nei rapporti con i terzi); Id., 11 novembre 1948, in *Dir. lav.*, 1949, II, pag. 4; con particolare riferimento al lavoro giornalistico.

morale del prestatore mira la recente legge sui licenziamenti, nel suo complesso e con la specifica previsione dell'art. 4.

È sicuramente a questi aspetti che ha inteso far riferimento la Corte Costituzionale con la recente decisione 10 giugno 1966, n. 63, in materia di prescrizione dei crediti di lavoro, anche se la motivazione contiene un limitativo accenno alla protezione del contraente più debole³⁷.

Insomma, l'ordinamento è sensibile all'esigenza di tutela della libertà morale del prestatore, nella quale si specificano anche i ripetuti – benché generici – richiami alla *dignità* del medesimo³⁸.

Se si parte dalle norme già ricordate e le si collega col secondo comma dell'art. 41, che contiene appunto un esplicito riferimento all'esigenza di rispetto della dignità umana, si ha un quadro complessivo di cui l'interprete deve tener conto, non solo nei casi specifici già considerati, ma anche nel valutare i comportamenti a stregua di buona fede e di correttezza.

In realtà, gli attentati alla libertà morale sono i più insidiosi, proprio perché meno appariscenti; ed è del tutto erroneo ritenere che essi si risolvano o comunque si manifestino, in ogni caso, sotto forma di violazioni della libertà esterna. Una adeguata considerazione del fenomeno dimostra, con assoluta evidenza,

37 Questa sentenza (pubblicata, tra l'altro, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, pag. 369) afferma che il timore del licenziamento può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti, che pertanto non potrebbe considerarsi come libera espressione di volontà negoziale; ed aggiunge che in sostanza, già col 2113, si è voluto proteggere il contraente più debole contro la propria debolezza di soggetto interessato alla conservazione del rapporto.

La decisione – come è noto – è stata aspramente criticata; tuttavia non ci sembra cogliere il giusto chi afferma che in questo modo il lavoratore viene raffigurato come un *minus habens* (SERMONTI, *Alla ricerca di un precetto costituzionale e di una disposizione che lo violi*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, pag. 135). In realtà, a prescindere da ogni altra valutazione circa il contenuto della decisione, non sembra che la Corte Costituzionale abbia fatto altro, con le affermazioni più sopra richiamate, che riferirsi a quella particolare posizione del prestatore di lavoro che tutta la dottrina riconosce da tempo, sulla base degli stessi principi generali del sistema positivo.

38 L'art. 36 della Costituzione fa riferimento alla garanzia di una esistenza libera e «dignitosa»; l'art. 41 considera la dignità umana come limite invalicabile per lo svolgimento dell'iniziativa economica privata. Certo, si tratta di un concetto non facile da precisare, come fu osservato esattamente dal NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nella impresa*, cit., pag. 9, nell'ambito di un serio tentativo di precisarne i contorni. Alla posizione del Natoli sembrano avvicinarsi il TRABUCCHI, *Libertà della persona*, in *Justitia*, 1957, pag. 325, e l'HERCHEL, *Protezione del lavoro nello stato di diritto sociale*, cit., pag. 16 ss. Da ultimo, il MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, cit., pag. 73, ha sostenuto che il principio costituzionale relativo alla dignità umana è di enorme importanza, tale da mutare completamente la caratterizzazione dell'intero ordinamento.

Il concetto è stato elaborato in modo approfondito anche a proposito del riconoscimento della «pari dignità sociale» contenuto nell'art. 3, comma primo, della Costituzione, ma senza grandi risultati, perché da molti la formula viene ritenuta piuttosto «evanescente» sul piano giuridico. Sul punto, v.: PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, pag. 243 ss. (ed ivi ampi richiami); BARBERA, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nel diritto di libertà personale*, in *Justitia*, 1962, pag. 135 ss.

che la discriminazione in considerazione di determinate idee o attività del soggetto è uno strumento potente di offesa della sfera psichica del soggetto e della sua dignità.

La giurisprudenza si è occupata spesso del problema delle perquisizioni personali dei prestatori di lavoro o di quello della tutela dei medesimi contro fattori esterni di limitazione della libertà³⁹; ma raramente si è considerato il fenomeno della discriminazione in fase di collocamento, dei trattamenti *ad personam* effettuati per fini maliziosi, degli spostamenti o trasferimenti di dipendenti non necessitati da esigenze obiettive, e così via.

Ed ancora più di rado si è cercato di concretare quelle misure necessarie per tutelare la personalità morale dei prestatori, di cui parla l'art. 2087 c.c.⁴⁰.

Eppure libertà morale significa non solo libertà di autodeterminazione, ma anche libertà di non essere perseguitati per le proprie idee e libertà contro ogni intrusione nella propria sfera psichica. E la dignità, ancorché i contorni siano tuttora scarsamente precisati, deve intendersi come posizione complessiva di un individuo come persona e dunque come membro di aggregati sociali⁴¹; onde, la menomazione di essa si riverbera necessariamente sulla sfera della personalità nel suo complesso e si risolve in attentato alla libertà morale.

Deriva da tutto questo l'impossibilità, per l'ordinamento, di istituire una precisa casistica e di apprestare garanzie specifiche contro ogni possibile attentato; ma l'esistenza dei criteri generali, desunti dal quadro complessivo della normativa, è sufficiente per costituire l'interprete nell'obbligo di tener conto della realtà come sopra descritta e di cercare di risolvere i conflitti alla stregua dei principi e delle garanzie accennate, sia quando essi operano direttamente, sia quando si calano nelle singole fattispecie per il tramite della buona fede.

39 Si veda, ad esempio, la sentenza 16 giugno 1953 n. 1761 della Corte di Cassazione, in *Mass. giur. lav.*, 1953, pag. 264, nella quale si afferma che il dipendente ha un diritto soggettivo al rispetto della sua dignità e della sua personalità morale; tuttavia, secondo questa sentenza, il datore di lavoro non ha l'obbligo di tutelarne la personalità morale anche contro pericoli derivanti da fattori esterni.

In senso contrario: Trib. Genova 5 febbraio 1947, in *Foro pad.*, 1947, pag. 540, secondo il quale il datore è in obbligo di proteggere i dipendenti, ai sensi dell'art. 2087 c.c., contro l'arbitrarietà e illegale interferenza lesiva di diritti soggettivi da parte di organi privi di potere.

Sul problema degli «indesiderabili», v. anche: Trib. Torino 5 novembre 1946, in *Foro pad.*, 1947, I, 106; Cass. 11 aprile 1953 n. 956, in *Mass. giur. lav.*, 1953, pag. 122; id. 8 luglio 1950 n. 1805, *ivi*, 1950, pag. 164.

40 Di una particolare fattispecie (installazione di impianti di controllo televisivi nelle fabbriche), ci siamo già occupati in un nostro studio *Progresso tecnico e tutela della personalità del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, pag. 303, al quale ci permettiamo di rinviare.

41 Aderiamo così alla definizione proposta dal NATOLI, *loc. cit.* in nota 31, che ci sembra la più pertinente.

3. Protezione della sfera morale e parità di trattamento

Nel quadro della tutela della personalità morale del prestatore si deve inserire, a nostro avviso, il problema della cosiddetta «parità di trattamento».

Ancora pochi anni or sono un nostro giurista⁴² poteva affermare che questo problema era pressoché sconosciuto in Italia⁴³; successivamente, la dottrina ha cominciato ad interessarsi alla questione, con risultati peraltro che ancor oggi non possono considerarsi come definitivi⁴⁴, mentre l'apporto della giurisprudenza è stato effettivamente piuttosto scarso⁴⁵.

Probabilmente, ad una corretta soluzione del problema ha nociuto da un lato una considerazione preminentemente economica, dall'altro la preoccupazione di introdurre limiti tali all'autonomia privata da giungere fino ad annullarla. Ma occorre anche rilevare la perdurante tendenza – specialmente giurisprudenziale – a risolvere negativamente i nuovi problemi, quando manchi una disposizione specifica cui riferirsi; ed infine, lo scarso rilievo che si continua ad attribuire ai principi costituzionali, sul terreno più propriamente privatistico.

42 NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, pag. 76, nota 34 bis.

43 La dottrina tedesca, invece, si è occupata a fondo di questo problema con riferimento al diritto del lavoro e all'intero diritto privato. Fondamentale lo studio dell'HUECK, *Der Grundsatz des gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, München und Berlin, 1958.

Ma v. anche: HEINITZ, *Il principio di trattamento uguale nel diritto del lavoro tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pag. 176; FREY, *Argumente gegen die Gleichbehandlung im Arbeitsrecht als Rechtsprinzip*, in *Arbeit und Recht*, 1960, pag. 97; KÜCHENHOFF, *Freiheit und Gleichheit im Arbeitsverhältnisrecht*, in *Arbeit und Recht*, 1966, pag. 321; WALLMEYER, *Die Kündigung*, ecc., pag. 137 ss.; FREY, *Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, München-Düsseldorf, 1954, pag. 37 ss.

44 Il maggior contributo allo studio della parità di trattamento nel diritto privato è stato recato dal RESCIGNO, il quale è stato anche il primo ad occuparsi del problema. Di questo A. sono apparsi una serie di studi, in varie riviste, oggi raccolti nel volume *Persona e comunità* (Bologna, 1967, pag. 334 ss.) nella parte dedicata al *Principio di eguaglianza nel diritto privato*.

Recentemente, la dottrina lavorista ha cominciato ad interessarsi al problema, con contributi di notevole interesse, fra i quali si segnalano: SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 152 (e nota 154); CORRADO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1962, pag. 172 ss.; ASSANTI, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, pag. 135; GALOPPINI, *Osservazioni sul principio della parità di trattamento nel diritto privato*, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, pag. 39 ss.; ID., *Efficacia soggettiva di un accordo aziendale e parità di trattamento*, *ivi*, 1965, II, pag. 50 ss.; GHERA, *La parità delle parti nella risoluzione del contratto di arruolamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pag. 181 ss.; CESSARI, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 1963, pag. 200; SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, Napoli, 1965, pag. 25 ss.

45 Le scarse decisioni pubblicate sono prevalentemente contrarie al riconoscimento del principio di parità: Trib. Roma 27 gennaio 1949, in *Mass. giur. lav.*, 1949, pag. 3; App. Genova 21 aprile 1959, in *Foro it.*, 1960, I, 664; Cass. 23 marzo 1959, in *Giur. it.*, 1960, I, pag. 44; App. Milano 7 maggio 1965, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, pag. 548. Un accenno favorevole, nella motivazione della sentenza 8 maggio 1959 del Tribunale di Milano, in *Mass. giur. lav.*, 1959, pag. 280. L'unica sentenza che abbia fatto applicazione del principio è quella del Tribunale di Roma del 23 marzo 1961, in *Mass. giur. lav.*, 1962, pag. 187, che lo fonda sul richiamo all'art. 36 della Costituzione e soprattutto all'art. 2087 c.c.

Ora, a noi sembra che si debba anzitutto chiarire come la parità di trattamento non deve essere intesa come livellamento del trattamento retributivo; poiché è evidente che in questo caso si colpirebbero alla base sia l'interesse del prestatore a realizzare un miglior trattamento, sia quello del datore ad ottenere il massimo risultato utile.

In secondo luogo, va chiarito che la prospettiva migliore, per avviare a soluzione il problema, appare quella che inquadra l'obbligo di pari trattamento sotto un profilo negativo e cioè come divieto di ingiustificate ed arbitrarie discriminazioni⁴⁶.

A ben guardare, si tratta di applicare, in forma generalissima, il principio di uguaglianza così come è stato elaborato attentamente anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale⁴⁷: trattamento uguale a tutti coloro che si trovano in situazioni identiche. Ne deriva che resta ferma la facoltà di attribuire trattamenti diversi, quando le situazioni poste a raffronto siano dissimili, quando cioè vi sia una giustificazione obiettiva ad operare appunto la discriminazione tra i vari soggetti.

Ci sembra che questa prospettiva sia anche la più idonea ad eliminare le preoccupazioni di quanti ritengono che un principio di sostanziale parità nei rapporti privati sarebbe incompatibile con la autonomia negoziale⁴⁸. Benvero, quest'ultima resta alla base del sistema, anche se sottoposta a limiti, che tuttavia non la escludano completamente: e non sembra che siffatta esclusione possa verificarsi quando tutto si riduce semplicemente a vietare gli arbitri ingiustificati.

46 In questo senso, v. anche RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 355. La GALOPPINI, *Efficacia soggettiva di un accordo aziendale e parità di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, pag. 550 ss., imposta esattamente il problema sotto questo profilo e cerca poi di andare ancora oltre, nel tentativo di dimostrare l'esistenza di una norma creativa della parità di trattamento.

Secondo l'A., il datore, stipulando il contratto aziendale, assume l'impegno preventivo di uniformare allo stesso i contratti individuali futuri; il che si risolve anche in un impegno di praticare un pari trattamento. Si tratta di una soluzione forse più intuita che dimostrata, ma densa comunque di implicazioni e di possibilità di ulteriore approfondimento.

47 Da ultimo, la Corte Costituzionale, nella decisione 28 febbraio 1967, n. 22/67 (Pregiolato/Righini, inedita), ha ribadito che il principio di uguaglianza è invocabile quando la disparità di trattamento sia tale da non trovare alcun ragionevole fondamento nella diversità delle situazioni normativamente regolate.

48 In questo senso si è ripetutamente espresso il RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 351, 365, ecc., il quale ritiene che, collegando la parità di trattamento alla norma costituzionale, l'autonomia privata ne resterebbe completamente distrutta «per i limiti assurdi che si finirebbe per porre alla libertà di contrarre, di testare, di disporre». Il ragionamento rivela un vizio intrinseco, perché tra il concetto di limitazione e quello di soppressione c'è un'incompatibilità assoluta. Assai bene è stato chiarito dal NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. diritto*, cit., pag. 913, quando si può sostenere che l'autonomia privata sia completamente soppressa; e non ci sembra che siffatte situazioni possano verificarsi a proposito della parità di trattamento, che in definitiva si risolve in un limite esterno alla autonomia, non diverso da molti altri già esistenti.

In questo senso – e solo entro questi limiti – il principio di uguaglianza⁴⁹ può operare nel diritto privato, come principio generalissimo che permea l'intero ordinamento. Vero è che la dottrina è piuttosto restia ad inserirlo in rapporti che non siano pubblicistici; ma non ci sembra che tale resistenza sia giustificata né dalla formulazione testuale dell'art. 3 della Costituzione (il quale, accanto al riferimento dell'uguaglianza davanti alla legge, contiene anche il richiamo alla pari dignità sociale)⁵⁰ né dall'esigenza di salvaguardia dell'autonomia privata, che – come si è visto – può restare integra, ancorché soggetta ad ulteriori limitazioni.

Poiché ormai l'antica tesi della inapplicabilità dei principî costituzionali al settore dei rapporti intersubiettivi viene sottoposta a sempre più attenta revisione⁵¹ si può cominciare ad ammettere che le garanzie che ne derivano a favore

49 Al principio di uguaglianza abbiamo dedicato alcune considerazioni in un recente studio, al quale ci permettiamo di rinviare, *Un problema ormai maturo: lo statuto dei diritti dei lavoratori*, cit., pag. 273. Sul principio, la letteratura è ormai piuttosto abbondante; v. in particolare: PALADIN, *Il principio costituzionale di uguaglianza*, Milano, 1965; STENDARDI, *Libertà e uguaglianza nello stato democratico moderno*, Milano, 1947; VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, pag. 204; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., I, pag. 24; CICALA, *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1965, pag. 130 ss.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, pag. 714; BATTAGLINI, *Appunti per una ricostruzione del concetto di uguaglianza nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, [a cura di C. ESPOSITO], Padova, 1954, pag. 25 ss.; BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, pag. 16 ss.

50 Questo aspetto viene fatto di solito passare in seconda linea o comunque ricondotto al principio di uguaglianza, quasi che si trattasse di sinonimi.

In realtà, il riferimento alla pari dignità sociale è ancora più generale, da un lato, in quanto non soggetto alla limitazione derivante dall'espressione «dinanzi alla legge»; mentre dall'altro è più specifico perché integra l'enunciazione del principio di uguaglianza con riferimento alla posizione dell'individuo nella società. È proprio la pari dignità sociale che consente una più agevole introduzione del principio anche nei rapporti intersubiettivi.

Sul punto, si vedano le acute considerazioni della GALOPPINI, *Osservazioni sulla parità di trattamento*, cit., pag. 43 ss.

51 La dottrina tedesca si è dimostrata più sensibile della nostra al problema del collegamento tra i principî costituzionali e i rapporti tra soggetti privati. Non si può dire che siano stati ancora acquisiti risultati definitivi, ma la tendenza è verso una minore rigidità concettuale. Si vedano in particolare lo studio del LEISNER, *Grundrecht und Privatrecht*, München und Berlin, 1960, pag. 117 ss. e quello del LAUFKE, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, in *Festschrift für H. Lehmann*, Berlin, 1956, I, pag. 146 ss. (ma particolarmente importante è il primo, anche per il riferimento più specifico al principio di uguaglianza).

Notevoli ammissioni si trovano anche nel citato volume dell'HUECK, *Der Grundsatz*, ecc., pag. 95 ss., il quale riconosce che l'influenza dei principî fondamentali non è limitata né necessariamente né esclusivamente ai rapporti tra i singoli e lo Stato, ma si estende anche alle relazioni fra i privati. Questo A., che pure riconosce l'operatività dei principî specialmente nell'ambito del rapporto di lavoro, nega ogni effetto «privatistico» all'art. 3 della Costituzione, perché ciò eliminerebbe la libertà dispositiva dei soggetti privati; torna dunque di nuovo quella preoccupazione che abbiamo visto espressa dal Rescigno e di cui abbiamo cercato di dimostrare l'infondatezza. Del resto, non è privo di singolarità il fatto che diversi Autori, come il BOLDT, *Il contratto di lavoro nel diritto tedesco*, vol. CECA, cit., pag. 276, colleghino la parità di trattamento al principio della «giustizia comparativa», oppure all'equità, alla giustizia in generale, ecc. (Hueck, Frey). Perché ricorre[re] a principî così astratti e spesso privi di concretezza,

dei cittadini funzionino quanto meno come limite esterno (e talora interno) dell'autonomia privata. Ma può dirsi di più, e cioè che i principî costituzionali funzionano anche come criterio di valutazione degli atti di tutti i soggetti, pubblici e privati e quindi come unità di misura dei comportamenti, in relazione alle particolari situazioni e rapporti in cui essi vengano attuati.

Una simile prospettiva può essere feconda di risultati, anche ai fini del problema che stiamo esaminando, specialmente se lo si inquadri dal punto di vista negativo cui si è accennato più sopra. Infatti, l'attribuzione di trattamenti *ad personam* a vantaggio soltanto di alcuni dipendenti e con esclusione di altri che si trovano nella stessa situazione, come pure l'esclusione di alcuni dai vantaggi – non solo economici – riservati ad altri, sempre nell'ambito di una situazione di effettiva parità, dovrebbero essere esaminati alla luce dei ricordati principî, onde stabilire se il datore abbia fatto un corretto uso dei propri poteri, oppure invece abbia voluto operare discriminazioni ingiustificate, magari a danno di coloro che professano idee o svolgono attività non gradite.

Ma la prospettiva può e deve essere ancora allargata, essendo possibile reperire altri fondamenti – pur collegati al primo – per una corretta soluzione del problema della parità di trattamento.

Respinto, perché eccessivamente generico, il richiamo alla equità o addirittura alla giustizia⁵², ci sembra tuttavia inaccoglibile anche la tesi che fonda la parità di trattamento nel diritto privato sul presupposto dell'esistenza di comunità, operanti dentro e fuori l'azienda⁵³. Derivata dalle impostazioni della dottrina tedesca, questa concezione trascura il dato, ad oggi inconfutabile, della inesistenza

piuttosto che ai principî costituzionali, la cui portata ed il cui contenuto emerge chiaramente dal sistema positivo? Viene il sospetto che persistano ancora alcuni pregiudizi circa la struttura, la funzione e i destinatari delle norme costituzionali. Per alcune esatte considerazioni, si vedano comunque gli studi della GALOPPINI, citati in nota 44.

52 Giustamente, questa impostazione, tipica di una parte della dottrina tedesca, è stata criticata dal RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 351 e 369, al quale sembra però che per dare completezza alla nozione di giustizia distributiva sia sufficiente il richiamo alla appartenenza di più persone ad una comunità.

53 È la tesi proposta dal RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 354-370 ss., con qualche differenza rispetto alle originarie impostazioni della dottrina germanica. Quest'ultima infatti tende a legare la *Gleichbehandlung* nel rapporto di lavoro alla concezione comunitaria dell'impresa ed alla struttura associativa del rapporto stesso; il Rescigno, invece, ritiene che l'esistenza di comunità fuori e dentro l'impresa (sindacati, comunità del personale e comunità aziendale) non alteri la natura di rapporto di scambio (v. particolarmente pag. 371), pur essendo sufficiente per costituire il presupposto per il principio di parità di trattamento.

Ora, a noi sembra che per giustificare questo principio potrebbe, eventualmente, servire soltanto il richiamo alla comunità aziendale, di cui fanno parte imprenditore e lavoratori. Il vincolo inerente agli altri due tipi di comunità è pur sempre unilaterale e non potrebbe giovare a costituire in obbligo i soggetti ad esso estranei.

Quanto alla prima comunità, aderiamo completamente al rilievo formulato di recente dal MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, vol. CECA, cit., pag. 480, diretto a contestarne l'esistenza sul piano del diritto positivo.

sul piano positivo di comunità giuridicamente rilevanti. Si tratta di un fenomeno in evoluzione e già riscontrabile, talvolta, sul piano della realtà effettuale; ma difettano ancora indici sicuri per ammettere l'esistenza di vincoli comunitari idonei a costituire la premessa per l'applicazione del principio di cui trattiamo.

Sembra piuttosto che a più fecondi risultati si possa giungere considerando il problema sotto la duplice prospettiva dell'applicazione degli art. 2087 e 1375 c.c.

Sotto il primo profilo, va rilevato che il datore di lavoro, tenuto ad adottare le misure necessarie per garantire *la personalità morale dei prestatori di lavoro*, non può – per logica coerenza – incidere lui stesso, in modo negativo, sulla sfera personale dei medesimi⁵⁴.

Se in ogni obbligazione di comportamento attivo si ritiene insito anche l'aspetto contrario, consistente nel divieto di tenere un contegno con essa contrastante, ci sembra evidente che sarebbe altrettanto contraddittorio consentire la menomazione della personalità morale dell'altro contraente da parte di chi è tenuto a tutelarla e garantirla positivamente.

E non vi è dubbio che operare discriminazioni tra i dipendenti che si trovino nella stessa situazione, significa incidere negativamente sulla sfera morale dei lavoratori svantaggiati, i quali subiranno necessariamente (oltre al danno economico eventuale) una lesione del proprio prestigio e della propria dignità. Naturalmente, in relazione ai casi concreti, si porrà il problema della inesistenza di ragioni obiettive che giustificino la discriminazione, oltre a quello relativo alla effettività della lesione morale subita. Ma questo è un aspetto particolare, che non incide affatto sul principio generale, come sopra enunciato.

L'altro profilo è quello inerente alla *buona fede*⁵⁵, intesa nel senso che abbiamo già cercato di precisare e nella sua funzione complessiva, che include anche il concetto di limite al potere del creditore. Il comportamento del datore di lavoro che pratici una discriminazione tra i dipendenti che si trovano in situazioni

54 La soluzione proposta nel testo è accolta anche dalla ASSANTI, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 137 ss., la quale sostiene che le norme di cui al 2087 c.c. e all'art. 41 Cost. comportano un limite in ordine alla disparità di trattamento che sia lesiva della personalità morale dei lavoratori. Non condividiamo però le premesse da cui parte l'A., la quale nega l'esistenza di un principio generale di parità di trattamento, col solito argomento della inconciliabilità con la libertà contrattuale, rafforzando poi questa tesi con l'asserzione categorica che ciò non sarebbe «seriamente discutibile». Abbiamo visto, invece, come si possa discutere sul punto; e non ci sembra che abbia dimostrato scarsa serietà, ad esempio, il LEISNER, *Grundrecht und Privatrecht* cit. pag. 318 ss., allorché ha efficacemente controbattuto la tesi suindicata.

55 Di questo aspetto si è occupata ampiamente e con risultati veramente apprezzabili, la GALOPPINI, negli studi più volte ricordati. In senso analogo, ma con qualche perplessità: SIMI, *Trattamento di previdenza ed eccessiva onerosità*, in *Dir. lav.*, 1959, II, pag. 422. Per i risultati acquisiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca mediante il ricorso alla b.f., si veda – sia pure sotto un profilo critico – l'HUECK, *Der Grundsatz*, ecc., cit., pag. 107 ss., e in una prospettiva più ampia, il WALLMEYER, *Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigen Grund*, cit., pag. 137 ss., che individua un'applicazione particolare del principio nel ricorso all'abuso del diritto.

analoghe, va dunque valutato a stregua di buona fede e correttezza, e come tale dovrà considerarsi illegittimo ogni volta che risulti mancante una giustificazione obiettiva del contegno discriminatorio.

In questo modo, la buona fede diviene il mezzo tecnico, il canale attraverso il quale il principio di parità penetra nei rapporti privati, collegandosi ulteriormente al generale principio di uguaglianza ed alle fondamentali garanzie di rispetto della personalità degli individui⁵⁶.

Si è obiettato che la buona fede non gioverebbe a risolvere il problema, per un perdurante difetto di scarsa concretezza⁵⁷; la risposta all'obiezione scaturisce peraltro dai recenti tentativi – a nostro avviso sostanzialmente riusciti – di specificare il contenuto della regola, non già in base a criteri astratti ed etici, ma con riferimento allo stesso diritto positivo.

Né più fondata ci sembra la critica di confondere tra il settore del diritto privato in cui vige l'obbligo del trattamento uniforme e quello assai più vasto, che è dominato dalla libertà contrattuale⁵⁸. Benvero, dove l'obbligo già vige, il problema non si pone neppure; e dove invece sopravvive in pieno la libertà contrattuale, restano ferme le fondamentali regole di valutazione enunciate dagli artt. 1175 e 1375, volte non già ad escludere l'autonomia, ma ad indirizzarla secondo le vedute generali dell'ordinamento.

Certo, il problema della parità di trattamento nel diritto del lavoro si stempera poi in molteplici questioni, tutte assai rilevanti e tutte meritevoli di adeguato interesse⁵⁹.

In questa sede, non è possibile tuttavia addentrarsi in una indagine così specifica; ciò che conta è l'aver indicato una prospettiva, che si collega nei suoi aspetti generali alla tutela della personalità morale del prestatore di lavoro e serve ulteriormente a dimostrare in qual modo fecondo e molteplice il principio generale di protezione possa operare ai fini di una più viva apertura del sistema, anche al di là delle regole codificate.

56 In questo senso ci sembra da precisare il concetto della GALOPPINI, *Osservazioni sul principio di parità del trattamento nel diritto privato*, cit., pag. 46, secondo il quale non è tanto l'istituto della buona fede a fondare la parità di trattamento nei rapporti privatistici, quanto piuttosto il principio della parità di trattamento a servirsi della buona fede per assumere una portata espansiva.

57 Questa obiezione è stata sollevata dal RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 352, il quale tuttavia ammette la possibilità che la parità si riconduca, come a principio più generale e comprensivo, alla buona fede. Abbiamo visto come in sostanza il procedimento sia inverso; ma ciò che conta è la possibilità di collegamento tra la b.f. e la parità di trattamento, ammessa – in definitiva – anche dalla dottrina che ritiene che la b.f. sia scarsamente utilizzabile solo perché si tratta di un concetto ancora da specificare.

58 Anche questa critica è stata formulata dal RESCIGNO, *op. cit.*, pag. 364, peraltro in modo un po' sommario.

59 Questi problemi sono stati particolarmente approfonditi dal RESCIGNO, che li ha analizzati dettagliatamente, con un contributo di grandissimo interesse (*op. cit.*, pag. 371 ss. e 426 ss.).

Sezione Seconda

Evoluzione di alcune situazioni soggettive del prestatore di lavoro

1. Diritti di credito e diritti della personalità

Abbiamo già accennato alla diversa considerazione che l'ordinamento attribuisce ai molteplici interessi del prestatore di lavoro ed alle varie forme di tutela che ad essi viene garantita. Ma il quadro delle situazioni soggettive non può dirsi completo ove si considerino esclusivamente gli interessi occasionalmente protetti da un lato ed i diritti di credito dall'altro.

Alla multiforme tutela degli aspetti patrimoniali si aggiunge infatti quella destinata a salvaguardare interessi così strettamente inerenti alla persona da poter essere inquadrati nell'ambito dei rapporti della personalità⁶⁰.

La notissima espressione del Ferrara⁶¹, relativa al fenomeno di agglutinamento della tutela a favore dei singoli, sotto forma di diritti soggettivi, riceve in questo quadro una caratteristica applicazione. In sostanza, accanto ai beni di interesse patrimoniale, sono stati presi in considerazione, in forma sempre più estesa, quei beni di natura personale che sono apparsi particolarmente meritevoli di tutela e di garanzia.

Nel momento in cui si tende a valorizzare la personalità umana nel lavoro ed a riconoscere come preminenti i valori morali della stessa rispetto a quelli puramente economici, appare logico che la tutela ordinaria apprestata a favore delle parti nei rapporti obbligatori debba apparire come insufficiente e non corrispondente alle esigenze del fenomeno, come si prospetta nella realtà⁶².

60 Utilizziamo qui la terminologia adottata dall'ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, I, Torino, 1945, pag. 328 ss., per la sua maggiore comprensività, nel senso che esprime in modo più ampio e meno unilaterale il fenomeno giuridico, di quanto non sia possibile ottenere col riferimento alle varie classificazioni dei diritti soggettivi.

61 *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, pag. 397.

62 Si tratta, del resto, di un fenomeno con riflessi generali, in relazione alle modificazioni delle strutture sociali. Da un lato, infatti, si assiste ad una valorizzazione del momento personale nel rapporto di lavoro (MENGONI, *Lo sviluppo del diritto del lavoro fattore del progresso sociale*, cit., pag. 37); dall'altro il progresso tecnico e la continua evoluzione dei rapporti economici e sociali prospettano nello stesso tempo dei nuovi rischi per la sfera personale degli individui, ai quali corrisponde l'esigenza di una più intensa protezione. Si consideri, a questo proposito, tutta la problematica relativa al c.d. diritto alla riservatezza, così come quella inerente all'estendersi del tradizionale elenco dei diritti della personalità. A prescindere dalla validità o meno delle nuove concezioni e della stessa possibilità di inserire nel sistema i più svariati diritti, ciò che preme di rilevare è la tendenza a garantire una miglior tutela della persona nei confronti di ogni possibile attentato, e cioè particolarmente nei casi in cui essa si trovi esposta a rischi più accentuati.

Finché il lavoro viene considerato come un bene, distinto dalla persona e suscettibile di mera valutazione economica, è chiaro che la comune disciplina del rapporto obbligatorio esaurisce ogni aspetto della problematica ad esso relativa e i diritti di credito che ne scaturiscono sono tutelati come tali, tutt'al più intervenendo il legislatore per limitare l'autonomia delle parti contraenti. Ma quando si ammette la coincidenza tra il lavoro e la personalità di chi lo presta e quando si considera come preminente la posizione attiva del soggetto che svolge la propria attività in forma dipendente, una lenta ma sensibile modificazione anche delle situazioni soggettive finisce comunque per verificarsi.

Ai diritti di credito si affiancano situazioni di natura strettamente personale; ed anzi accade talvolta che alcune di queste finiscono per sovrapporsi ai primi, o sostituendosi completamente ad essi oppure determinando una complessità di situazioni, che in realtà non ha riscontro – almeno in questa forma così intensa – in nessun altro tipo di rapporto.

È infatti normale che l'individuo che entra in giuridica relazione con un altro soggetto, contragga obblighi ed assuma diritti che nulla tolgono agli attributi ordinari della sua personalità ed ai diritti che appunto si collegano a tale sfera personale. In altre parole, il soggetto resta quello che è, tutto riducendosi all'acquisizione di altre situazioni soggettive (patrimoniali) per effetto del rapporto obbligatorio che ha instaurato con un altro contraente.

Questo accade anche nel rapporto di lavoro, come è logico; ma qui si aggiunge un fenomeno nuovo e diverso e cioè che per effetto della costituzione del rapporto obbligatorio, il prestatore acquisisce posizioni rilevanti anche su un piano personale e in definitiva extrapatrimoniale. In alcuni casi, si realizza semplicemente una specificazione di alcuni diritti della personalità (all'integrità fisica, all'integrità morale, alla libertà) in relazione alla posizione tipica del prestatore nell'ambito del rapporto di lavoro; in altri casi, invece, si realizza addirittura una trasformazione di diritti già ritenuti di credito, in diritti della personalità (ad es. retribuzione minima sufficiente).

La spiegazione del fenomeno risulta con sufficiente chiarezza da quanto siamo andati fin qui esponendo e particolarmente dalla considerazione che l'ordinamento dedica al fatto materiale della implicazione della persona nel rapporto. Proprio ad essa, infatti, si deve l'esigenza di considerare in modo più penetrante

Su tutta questa problematica, v.: *Alcuni problemi sui diritti della personalità*, a cura del Centro di prevenzione e difesa sociale, Milano, 1964; CARNELUTTI, *Diritto alla vita privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pag. 3 ss.; LIGI, *Status libertatis vel societatis: il problema sociale della personalità nel nostro ordinamento*, in *Giur. it.*, 1957, pag. 461; VASSALLI, *La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica*, in *Studi in onore di Betti*, V, pag. 673 ss.; GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Studi giuridici per Calamandrei*, Padova, 1958; PALLADINO, DI MATTIA, GALLI, *Il diritto alla riservatezza*, Milano, 1963; HUBMAN, *Das Persönlichkeitsrecht*, München, 1953; AMIAUD, *Rapport sur les droits de la personnalité*, *Travaux de l'Association H. Capitant*, Paris, 1947.

la posizione *personale* del prestatore e di garantire quegli interessi che non possono essere ristretti esclusivamente nella sfera patrimoniale.

Si costituisce così un quadro estremamente complesso di situazioni soggettive, di cui alcune inerenti alla persona del soggetto-lavoratore in sé considerato, altre nascenti per effetto dell'ingresso in un concreto rapporto obbligatorio, ma anch'esse strettamente aderenti alla sfera personale del medesimo. Vedremo in seguito, sia pure rapidamente, quali siano queste specifiche situazioni; occorre invece formulare ancora qualche osservazione di carattere generale, per un migliore intendimento del fenomeno considerato.

Anzitutto, bisogna precisare che si tratta di una tendenza sempre più evidente ma non ancora compiutamente realizzata, tanto che alcune delle situazioni soggettive suaccennate si prospettano per il momento soltanto in forma virtuale. Si tratta soprattutto di quelle situazioni che scaturiscono da precetti costituzionali non ancora attuati e per la cui completa realizzazione occorre l'emanazione di leggi ordinarie (diritto al lavoro, diritto a collaborare alla gestione della impresa); tuttavia, l'affermazione costituzionale ha un innegabile valore di principio, mentre dal collegamento tra questi precetti e tutto il sistema delineato dalla Costituzione risulta già evidente l'agglutinamento della tutela attorno alla sfera personale dei soggetti. Per altre situazioni, invece, una certa cautela nell'incasellamento e nella assegnazione a questa o quella categoria di rapporti, è necessitata dal fatto che l'elaborazione dottrinarie è tuttora in corso e l'esperienza giuridica non appare ancora in grado di assegnare ad esse una posizione definitiva nel quadro del sistema; talché appare opportuno limitarsi a scorgere in queste situazioni alcune linee essenziali della tendenza ricordata, senza cercare a tutti i costi di sopravanzare la fluidità incontestabile, sul piano dogmatico, di questi istituti.

Ma qualche osservazione più approfondita dev'essere dedicata alla stessa possibilità di inquadrare nell'ambito dei rapporti della personalità situazioni soggettive che non possiedano tutti i caratteri tradizionalmente ad essi attribuiti.

In effetti, queste situazioni non possono considerarsi come «innate», assumono spesso caratteristiche di relatività ed hanno un contenuto essenzialmente positivo; infine, esse non sono dotate di natura rigorosamente extrapatrimoniale. Secondo l'insegnamento tradizionale, esse dovrebbero dunque considerarsi estranee ad un campo i cui connotati distintivi sarebbero rappresentati proprio dalla assolutezza, dal contenuto negativo della pretesa, della extrapatrimonialità, dal modo originario di acquisizione.

Senonché, vi sono seri dubbi circa la perdurante validità delle nozioni tradizionali, le quali sono state da tempo sottoposte a profonda revisione, al punto che oggi può dirsi che l'unico connotato sicuro e costante di questi rapporti consiste nel particolare grado di inerenza alla sfera della personalità⁶³.

63 Tralasciamo, naturalmente, il riferimento alla problematica sulla stessa ammissibilità dei diritti della personalità, sull'oggetto di essi, sulla concezione unitaria o pluralistica, e così via. Si tratta di problemi di notevole rilievo dogmatico, ma del tutto estranei alla nostra indagine; ai fini

Tralasciando le molteplici definizioni che si sono date di questi diritti e cogliendone gli aspetti costanti e unitari, si può affermare che si tratta dei diritti essenziali, in quanto così strettamente legati alla persona da non potersene concepire l'esistenza altrimenti⁶⁴; dei diritti che mirano a garantire la persona e il godimento delle facoltà del corpo e dello spirito prospettandosi come attributi essenziali della stessa natura umana. Essi corrispondono alla completa estensione dalla sfera della personalità, in ogni sua manifestazione essenziale, rispondendo a due interessi fondamentali che sembrano presiedere alla stessa esistenza dell'uomo: quello all'individualità, vale a dire ad essere se stesso, e quello alla socialità, vale a dire ad entrare liberamente in rapporto col mondo esterno, assumendo la posizione ritenuta preferibile e più corrispondente alla propria natura⁶⁵.

I diritti della personalità si individuano oggi in base alla sussistenza dei connotati suindicati. Tutti gli altri elementi possono esistere o mancare, senza che per questo un diritto esorbiti dalla categoria. Potrà dirsi soltanto che, di norma,

della quale riteniamo di poter dare come presupposta la ammissibilità della categoria; mentre è evidente che l'adozione di questa o quella soluzione circa l'oggetto dei diritti della personalità o l'adesione alla tesi della sussistenza di molteplici diritti oppure a quella di un unico diritto, non avrebbe alcuna incidenza concreta ai fini del fenomeno di cui ci stiamo occupando.

Dedichiamo invece la nostra attenzione a quei problemi che investono la stessa possibilità di includere nella categoria alcune situazioni soggettive del prestatore di lavoro.

Per le stesse ragioni più sopra accennate, tralasciamo senz'altro il richiamo alla vastissima bibliografia, riservandoci invece di operare gli opportuni riferimenti a proposito dei singoli problemi di cui ci occuperemo specificamente.

Una sommaria bibliografia è comunque riportata nel nostro volume su *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, 2ª ed., Milano, 1967, pag. 48 (nota 24); e per un esatto quadro generale, v. anche: SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959.

- 64 Questi connotati distintivi si colgono sostanzialmente in tutte le definizioni fornite dalla dottrina. Giovi qualche esempio: per il DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1959, I, pag. 13, i diritti della personalità sono «quei diritti soggettivi che costituiscono il *minimum* necessario ed imprescindibile del contenuto della personalità», da considerare quindi come «essenziali»; per il FERRARA, *op. cit.*, pag. 389, sono «diritti supremi dell'uomo, che garantiscono a lui il godimento dei suoi beni personali»; per il DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 1939, pag. 160, sono quelli che costituiscono «attributi essenziali della stessa natura umana, condizione essenziale della sua esistenza e della sua attività»; per il GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, Torino, 1939, pag. 167, sono «i diritti così intimamente legati alla persona che questa non si potrebbe concepire senza l'esistenza di essi»; per il MORTATI, infine (*Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica, in La disoccupazione in Italia, Atti della Comm. parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*, vol. IV, Tomo I, pag. 79 ss.), «i diritti della personalità sono individuabili quando si assume come loro oggetto o quegli aspetti o modi della persona atti ad identificarla, oppure gli interessi al rispetto dell'esistenza e dell'integrità fisica, oppure ancora quelle manifestazioni di attività necessarie all'affermazione della persona nel mondo esterno».
- 65 Questi due interessi fondamentali sono posti in evidenza particolarmente dal LIGI, negli scritti su *Il problema economico della personalità*, in *Foro it.*, 1957, I, 586, e sul *Diritto alle vicende nella sfera della personalità*, *ivi*, 1955, pag. 387.

ricorrono anche altri requisiti, i quali peraltro non sono più da ritenere come veramente essenziali⁶⁶.

Ciò vale anzitutto per la natura *extrapatrimoniale* di questi diritti, un tempo ritenuta come caratteristica costante e come connotato distintivo della categoria rispetto sia ai rapporti reali che a quelli obbligatori. La dottrina moderna ha tuttavia riconosciuto che spesso a questi rapporti ineriscono riflessi economici indiretti, quando addirittura l'elemento patrimoniale non si inserisca direttamente nella struttura essenziale, ponendosi accanto ai connotati extrapatrimoniali⁶⁷.

Si pensi al diritto di famiglia, nel quale coesistono aspetti patrimoniali ed aspetti extrapatrimoniali, senza che ciò faccia venire meno la natura essenzialmente personale dei rapporti. Così, l'obbligo di assistenza fra coniugi comprende ogni forma di assistenza materiale e morale; così il diritto agli alimenti

66 Le profonde trasformazioni della categoria ed il venir meno di connotati un tempo ritenuti come imprescindibili, emergono con assoluta evidenza dalle varie relazioni incluse nel volume *Rapport sur les droits de la personnalité – Travaux de l'association H. Capitan*, Paris, 1947, IV, 1963. L'AMIAUD (Tomo II, pag. 82 ss. e 292 ss.) rileva che certe azioni nascenti dai diritti della personalità sono oggi soggette a prescrizione, che alcuni di questi diritti possono formare oggetto di cessione, che la stessa contrapposizione tra diritti patrimoniali e diritti extrapatrimoniali non è più così netta come un tempo. Ma considerazioni analoghe risultano formulate anche dall'ESMEIN, *ivi*, pag. 90, dall'EISENMANN, *ivi*, pag. 320, e dal SIMONIUS, *ivi*, pag. 304 ss. Nel tomo dedicato alla protezione della personalità nel diritto privato, la problematica è ancora allargata; basta osservare quali e quanti diritti vengono inclusi nella categoria, da parte del DE CASTRO (Tomo XIII, 1963, pag. 49 ss.), del NERSON (pag. 60 ss.) e soprattutto dello HORION (pag. 147 ss.), il quale fa riferimento alla protezione della personalità nel campo della libertà del lavoro, della libertà contrattuale e della libertà di associazione e in questo quadro inserisce i diritti al rispetto, alla moralità e alla decenza, al culto, all'istruzione, alla vita di famiglia, alla libera scelta del medico, all'esercizio dei diritti fondamentali.

Non intendiamo con questo aderire a queste classificazioni e neppure all'eccessivo ampliamento della categoria; vogliamo solo sottolineare come non solo in Italia, ma praticamente in tutti i Paesi, la categoria dei diritti della personalità abbia assunto connotati diversi e soprattutto più elastici rispetto a quelli tradizionali, restando alla base – come comune denominatore – soltanto l'elemento del particolare grado di inerenza alla persona.

67 Oltre alle posizioni assunte dall'AMIAUD, dall'ESMEIN e dall'EISENMANN (*loc. cit.* nella nota precedente), va ricordata la tesi del DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, e del SAVATIER, *op. cit.*, pag. 151 ss., secondo cui la regola distintiva in esame non è più così assoluta. Ma anche il FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, pag. 75, sottolinea le interferenze tra diritti personali e diritti patrimoniali; e tanto l'ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1956, pag. 192 ss., quanto il ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, pag. 204 ss., ammettono l'esistenza di riflessi patrimoniali sia pure indiretti. Ma di particolare interesse è la posizione dell'ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., pag. 329, il quale – dopo aver fatto riferimento al connotato della non patrimonialità del rapporto della personalità – riconosce però la difficoltà di operare una distinzione netta ed evidenzia i molteplici aspetti patrimoniali che si inseriscono nella struttura della categoria.

Del resto, sul piano generale, la stessa distinzione tra rapporti personali e rapporti patrimoniali è stata sottoposta a vivace critica da parte del FARTHMAN, *Der «personenrechtliche Charakter» des Arbeitsverhältnisses*, in *Recht der Arbeit*, 1960, pag. 5 ss.

presenta contemporaneamente aspetti tipici del diritto delle persone e del diritto delle obbligazioni⁶⁸.

Il fatto è che la stessa distinzione tra rapporti patrimoniali e rapporti extra-patrimoniali si è notevolmente attenuata e sfumata in tutti i campi, per effetto di continue interferenze e sovrapposizioni; talché le zone di confine si sono notevolmente estese e la netta contrapposizione di un tempo è divenuta quanto meno assai ardua.

D'altronde, per tornare più specificamente ai diritti della personalità, si è dovuto riconoscere che la funzione cui essi assolvono, diviene puramente astratta, se non si garantiscono anche i mezzi e gli strumenti di conservazione e sviluppo dei beni tutelati. Insomma, la personalità non è un puro *nomen*, ma una figura composta di elementi concreti, i quali affondano le loro radici nella realtà, con tutte le esigenze che da ciò scaturiscono. Si tratta allora di stabilire quale debba essere la collocazione del rapporto con i beni essenzialmente patrimoniali la cui funzione è quella di contribuire alla conservazione della personalità stessa. Il legame strumentale appare così indissolubile da determinare un'attrazione nella sfera della personalità anche di questi beni e dei relativi rapporti. È quanto ha cominciato a riconoscere la dottrina che fa riferimento ai cosiddetti diritti «complementari» ai diritti della personalità, come quelli che sono volti ad assicurare alla persona beni esterni ad essa, ma necessari per il fine della conservazione e dello sviluppo di beni interiori⁶⁹. Ma a questo punto, non sembra sussistere più alcun motivo per mantenere una distinzione tra diritti fondamentali e diritti

68 Di questa problematica si è occupato ampiamente l'ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., pag. 333 ss., in sede di revisione critica della bipartizione tradizionale.

L'Allara sostiene che bisogna aver riguardo non solo al contenuto della prestazione, ma anche all'interesse considerato. Quanto agli alimenti, l'A. osserva che la struttura e le caratteristiche di questo obbligo sembrano avvicinarlo più alla categoria delle obbligazioni che non a quella dei rapporti della personalità. È proprio in relazione a questi aspetti che l'Allara propone una distinzione diversa da quella tradizionale (rapporti della personalità, rapporti familiari, rapporti reali, rapporti relativi alle opere dell'ingegno e alle invenzioni industriali).

Sul punto si diffonde in modo analogo anche il DABIN, *Le droit subjectif*, cit., pag. 84 ss. Il DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, cit., pag. 185, considera gli alimenti come una «forma di tutela civile del diritto alla vita»; mentre la natura rigorosamente non patrimoniale dell'obbligo alimentare è sostenuta dal BO, *Il diritto degli alimenti*, I, Milano, 1935, pag. 61 e 80, sulle orme della nota tesi del CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare fra congiunti*, in *Riv. dir. civ.*, 1910, pag. 170.

69 È la tesi del DE CUPIS, *Diritti della personalità*, I, cit., pag. 59 ss., il quale include in questa categoria il diritto agli alimenti, il diritto all'istruzione, il diritto al lavoro. Ciò che distingue questi diritti, secondo l'A., dalla categoria principale è prima di tutto la posizione e la funzione dei beni che ne costituiscono l'oggetto; in secondo luogo, la mancanza del carattere di assoluta. In definitiva, non interessa qui approfondire il punto se la distinzione sia veramente giustificata; preme invece rilevare come anche questa concezione sottolinei – nella sostanza – il fenomeno che stiamo indagando, riferendosi comunque ad una evidente espansione della tutela della sfera personale.

Per altre osservazioni di grande interesse sul punto: SAVATIER, *op. cit.*, pag. 160 ss.

complementari, che in definitiva risponderebbe unicamente all'esigenza di salvaguardare la natura essenzialmente extrapatrimoniale dei diritti della personalità e di impedire un'eccessiva dilatazione della categoria. Benvero, per quanto riguarda il primo aspetto si è già detto come sia divenuta ormai sfumata la distinzione tra i vari tipi di rapporti e come le interferenze tra aspetti patrimoniali e aspetti non patrimoniali siano ormai frequentissime; sicché non ricorre più l'esigenza di conservare a tutti i costi una caratteristica che non è più da intendersi come essenziale. Per quanto riguarda il secondo aspetto, basta osservare che il fenomeno di attrazione non può investire qualsiasi bene o qualsiasi rapporto, ma solo quelli che assolvono alla funzione necessaria di conservazione della persona e del suo fondamentale interesse ad esplicarsi. È proprio in questo stretto legame funzionale o strumentale che si individuano anche i confini invalicabili della categoria.

Considerazioni analoghe possono formularsi circa il modo di acquisto dei diritti della personalità, un tempo ritenuti come necessariamente «*innati*». Può scorgersi in queste formulazioni un riflesso delle impostazioni del diritto naturale⁷⁰; ed esse sono state già sostanzialmente rivedute quando si è ammesso che i diritti della personalità sono vincolati come ogni altro diritto all'ordinamento positivo e solo da esso possono trarre origine, anche se talora in forma meramente implicita.

Ma la revisione più sostanziale è stata operata mediante il progressivo riconoscimento di una serie di eccezioni alla regola tradizionale, e l'attribuzione di rilevanza – ai fini dell'acquisto – anche a circostanze successive alla nascita e perfino esterne rispetto alla persona⁷¹. Si è fatto l'esempio dell'adozione di un nome d'arte, con conseguente insorgenza del diritto personale allo pseudonimo; o quello dell'acquisto dei diritti alla paternità intellettuale, al titolo nobiliare, allo stemma, e così via. Ma si è giunti perfino ad ammettere la rilevanza di fatti collegati alla esplicazione di una particolare attività da parte del soggetto, ai fini della formazione di diritti personali⁷². Ed allora, appare chiaro che le «eccezioni»

70 L'equivocità dell'espressione è stata segnalata da tempo: si vedano, ad esempio, le energiche critiche del SAVIGNY, in *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886, I, pag. 340. Più di recente, il DE CUPIS, *op. cit.*, I, pag. 15, ha rilevato che oggi non può parlarsi di diritti innati, nel senso tradizionale, e che l'espressione va intesa con riferimento al presupposto della personalità, coevo alla nascita dell'individuo.

71 Ancora il DE CUPIS, *op. cit.*, pag. 15, sostiene che i diritti della personalità sono, per la maggior parte, innati nel senso precisato, ma non si esauriscono affatto entro tale cerchia ben potendosi dare il caso di diritti che non sorgano in base al semplice presupposto della personalità e che tuttavia, una volta sorti, acquistino carattere di essenzialità. Questo rilievo è ormai comunemente accettato; si vedano, fra gli altri: ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., pag. 554; DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, cit., pag. 160 ss.; SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, cit., pag. 12; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1953, pag. 87.

72 In questo senso, cfr. tutti gli AA. richiamati nella nota che precede; ai quali si aggiunga anche l'HORION, *La protection de la personnalité en droit social belge*, nel vol. cit. *Travaux de l'Ass. H. Capitant*,

sono tali e tante da incrinare la stessa fondatezza della regola e da far dubitare della sua perdurante validità.

Un processo analogo di trasformazione si riscontra anche a proposito del connotato dell'*assolutezza*, che in certo modo è stato il primo ad essere posto in discussione, fors'anche per la rilevata ambiguità della nozione. Anche qui la revisione critica trae lo spunto dallo sfumarsi della distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi e si specifica poi in relazione agli aspetti particolari dei rapporti della personalità⁷³.

Già il Pugliatti rilevava che diritti assoluti possono esistere anche nei confronti di soggetti determinati e formulava l'esempio dell'azione di rivendica del proprietario, inscindibilmente legata alla proprietà, ma esercitabile verso il detentore ed in relazione all'insorgenza di una particolare situazione⁷⁴.

Ma poi, la tendenza espansiva dei diritti della personalità, nel senso più sopra precisato (attrazione anche di beni o rapporti patrimoniali, funzionalmente collegati alla sfera personale) determina una necessaria mitigazione o meglio una applicazione particolare della nozione di *assolutezza*⁷⁵.

Tomo XIII, pag. 159, e per un ampio panorama della situazione in diritto comparato: LIGI, *Contributo allo studio comparato dei diritti della personalità negli ordinamenti tedesco, americano, francese, italiano*, in *Annuario dir. comp. studi legislativi*, 1956, pag. 137 ss.

73 Assai importanti, a questo riguardo, le riflessioni critiche del SANTORO PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. del diritto*, XII, pag. 748 ss., il quale ammette la distinzione solo sulla base della diversa struttura soggettiva del rapporto.

Il ROMANO (SANTI) aveva posto in discussione addirittura la nozione di *assolutezza*, asserendo che il rapporto sussiste solo tra il diritto «assoluto» e la cosa o il bene che ne costituisce l'oggetto. Di ambiguità della nozione parla anche il FRANCESCHELLI, in *Riv. dir. ind.*, 1956, 1, pag. 139. Ma l'*assolutezza* come connotato imprescindibile dei diritti della personalità è stata contestata anche dal KINDEL, *Das Recht an der eigenen und das Recht am dem fremden Person*, in *Scritti per Chironi*, Torino, 1915, I, pag. 172, e dal SANTINI, *I diritti della personalità*, cit., pag. 13.

74 *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, pag. 236. Ma anche il LEVI, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 305, e il DEGNI, *op. cit.*, pag. 185, sostengono che la pretesa può dirigersi anche verso soggetti determinati. Una posizione molto recisa è stata assunta dal MORTATI, in due notissimi studi, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, pag. 177 ss. e *Il diritto al lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 79 ss., contenenti argomentazioni che sembrano inconfutabili.

Lo stesso DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., pag. 47 e nota 97, che è un deciso assertore dell'*assolutezza*, ammette tuttavia alcune eccezioni; il riferimento ai diritti di libertà civile non ci sembra però pertinente, perché non sembra esatto che essi siano da considerare come rivolti specificamente verso lo Stato. Più importante invece l'assunto dello stesso A. secondo il quale il diritto all'integrità fisica può assumere anche una direzione particolare e determinata, in quanto si inserisca in certi rapporti obbligatori (*loc. cit.*, pag. 143).

75 Non si creda tuttavia che queste considerazioni e quelle svolte dalla dottrina più recente bastino a sconfiggere i tradizionali pregiudizi. Ne è prova la posizione di recente assunta dal BALZARINI G., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, cit., pag. 109, che ripropone abbastanza apoditticamente l'antica tesi del connotato dell'*assolutezza*, senza aggiungere nessun argomento decisivo contro le più recenti impostazioni della dottrina.

Si noti, del resto, che se da noi permangono ancora alcune incertezze, in altri Paesi si è giunti ormai a ritenere comunemente che l'unico connotato sicuro dei diritti della personalità è

Il potere preesistente al singolo rapporto si specifica nei confronti di un soggetto determinato, senza che ciò faccia venir meno la sua originaria generalità. Si tratta solo di riconoscere che una pretesa può articolarsi in vari modi ed esplicarsi in varie direzioni, proprio per la sua caratteristica fondamentale di potersi dirigere *erga omnes*; in questo senso, non vi è neppure una vera contraddizione tra l'aspetto relativo e quello assoluto, al di là di ogni apparenza. Ciò che conta, infatti, è che originariamente la pretesa sia contrassegnata dalla generalità; connotato che essa non perde per il solo fatto di poter materialmente essere esercitata in occasione di un rapporto particolare e nei confronti di un soggetto determinato; perché questo non significa altro se non che essa è idonea a specificarsi di volta in volta, ma sempre in relazione alla finalità essenziale per cui essa è predisposta e cioè di garantire e tutelare la sfera personale del soggetto, assicurandone anche la conservazione e lo sviluppo⁷⁶.

Queste considerazioni risolvono anche il problema relativo all'ultimo tradizionale connotato di questi diritti, inerente al *contenuto della pretesa*. Accanto all'aspetto negativo (astensione da ogni attività o comportamento lesivo della personalità), si sono progressivamente affiancati aspetti positivi, la cui caratteristica – si noti – è quella di apparire in funzione complementare, integrativa e di rafforzamento rispetto a quella che resta la struttura essenziale della principale. Si pensi al diritto all'esistenza: la pretesa fondamentale verso i terzi inerisce pur sempre alla astensione da ogni attività lesiva; ma ad essa si accompagna, integrandola, la pretesa positiva a che vengano poste in essere quelle prestazioni, quei rapporti che sono idonei a conservare e garantire la personalità. Del resto, la dottrina pubblicistica include già tra i diritti della personalità anche il diritto alla formazione ed elevazione professionale, il diritto al lavoro, ecc.⁷⁷. Ma situazioni analoghe si verificano anche nel diritto privato, nel quale le fondamentali esigenze di conservazione della persona non possono essere soddisfatte semplicemente sulla base della astensione di terzi da comportamenti lesivi. Le pretese di contenuto positivo, ad un *facere* o ad un *dare*, si caratterizzano essenzialmente per la loro mancanza di autonomia e per la loro strumentalità; ancora una volta

ormai quello della inalienabilità (in questo senso, a proposito della dottrina francese: LIGI, *Contributo allo studio comparato*, ecc., cit., pag. 184 ss.).

76 In definitiva, si tratta di una conseguenza abbastanza logica della impostazione che si è data al problema dell'interferenza tra aspetti patrimoniali e aspetti non patrimoniali. Naturalmente, aderiscono a questa tesi, gli AA. che includono gli alimenti nel quadro dei diritti della personalità. Ma più in generale, v.: SANTINI, *I diritti della personalità*, ecc., cit., pag. 14; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., pag. 87; e soprattutto MORTATI, nei due saggi più volte richiamati. Della particolare concezione del De Cupis si è già riferito; è chiaro che i c.d. diritti complementari hanno come contenuto la pretesa ad un comportamento positivo da parte di determinati soggetti (*loc. cit.*, pag. 60).

Benché il problema non venga trattato *ex professo*, sembra aderire alla impostazione del testo il PUGLIESE, *Aspetti civilistici della tutela del diritto della personalità nell'ordinamento italiano*, in *Alcuni problemi sui diritti della personalità*, cit., pag. 10 ss.

77 In questo senso: MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, pag. 743 ss.

va rilevato che in questo consiste anche il loro limite, poiché è naturale che esse debbano essere circoscritte a quelle prestazioni che sono assolutamente necessarie per la conservazione degli attributi essenziali della persona.

Se i diritti della personalità hanno subito le trasformazioni di cui si è fatto cenno e se la categoria ha assunto i contorni che si è cercato di delineare, è chiaro che nessun ostacolo concettuale si frappone a che nel loro ambito vengano incluse alcune situazioni attive che scaturiscono dalla posizione del lavoratore dipendente.

Anzi, si può aggiungere qualcosa di più. Normalmente, si prendono in considerazione le interferenze e le incidenze del diritto civile sul diritto del lavoro, come è logico, considerando che quest'ultimo ramo è di formazione recente e si è necessariamente innestato nell'alveo generale delle costruzioni, delle figure e degli istituti del diritto comune. Ma è tempo di rendersi conto anche del fenomeno inverso; la sostanziale unitarietà dell'ordinamento determina un processo di osmosi e di influenze reciproche tra le varie branche del diritto. Così, nel continuo divenire della società moderna, accade spesso che proprio i rami più giovani e quindi più sensibili alle trasformazioni sociali prospettino soluzioni nuove che finiscono per incidere sulle strutture tradizionali, mediante un evidente passaggio dal particolare al generale. È proprio questo fenomeno ad assicurare un maggior fermento ed un maggior progresso dell'esperienza giuridica, realizzandosi in questa forma un trapasso sia pur lento dalle nozioni e concezioni tradizionali a quelle che più si addicono alla realtà in cui è destinato ad operare il diritto⁷⁸.

Da questo punto di vista, può riconoscersi come sulle trasformazioni dei diritti della personalità, già in atto da tempo, abbia una propria incidenza anche il

78 Ragioni di equilibrio ci costringono a limitarci ad un accenno a questa problematica, che appare di estremo interesse e che invece a tutt'oggi è alquanto trascurata, tanto che non risulta ancora con chiarezza quali siano state le influenze del diritto del lavoro, del diritto commerciale e di altri rami «giovani» sulla stessa matrice comune da cui sono derivati. È lecito tuttavia ritenere che le incidenze siano assai più numerose e rilevanti di quanto si sia soliti pensare; ed è in fondo per questo motivo che crediamo non si debba troppo indulgere verso le tendenze esasperatamente centrifughe. Se si tiene presente la fondamentale unitarietà dell'ordinamento, è più facile cogliere quel processo di osmosi di cui parliamo nel testo, che a nostro avviso è uno dei fattori più rilevanti di modernizzazione delle strutture giuridiche.

Alcuni aspetti di questa ampia tematica sono stati acutamente colti dal MENGONI, *Forme giuridiche dell'economia contemporanea in Italia*, in *Justitia*, 1962, pag. 19 ss., dal NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. diritto*, XII, pag. 904 ss., e dal GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pag. 391 ss.

Un ampio ed interessante svolgimento ne è stato fatto, di recente, dal CESSARI, nella sua prolusione al corso di diritto del lavoro dell'Università di Parma, pubblicata in *Riv. dir. lav.*, 1966, (fascicolo in corso di pubblicazione) (*Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro*). Il Cessari rivendica al diritto del lavoro un primato nella evoluzione del diritto contemporaneo, dimostrando con dovizia di argomenti che numerosi istituti e figure nuove ed originali sono sorte nel seno del diritto del lavoro e da questo hanno poi influenzato lo sviluppo del diritto civile.

modo con cui il fenomeno si prospetta nel diritto del lavoro. Come quest'ultimo tiene necessariamente conto delle revisioni critiche operate dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito del diritto comune, allo stesso modo il delinarsi, nel diritto del lavoro, di situazioni soggettive non inquadrabili semplicemente nello schema dei diritti di credito finisce per influire sul processo generale di trasformazione, recando un contributo per alcuni versi decisivo. In questo senso può dirsi che proprio le situazioni soggettive delineate hanno inferto l'ultimo colpo alle concezioni più rigide in materia di diritti della personalità, contribuendo quindi a delineare i nuovi contorni della categoria.

2. Situazioni soggettive più direttamente connesse alla sfera personale (diritto alla retribuzione minima sufficiente, diritti nascenti dalle assicurazioni sociali, diritto alla sicurezza, diritto al riposo, diritto al lavoro, diritto a collaborare alla gestione, diritto di sciopero)

È tempo dunque di passare senz'altro all'esame di quelle particolari situazioni soggettive del prestatore di lavoro subordinato, che appaiono più strettamente connesse alla sfera della sua personalità.

Si è già detto come non occorra inserirsi nel dibattito circa la sussistenza di un unico diritto della personalità, a contenuto indefinito e vario, oppure di una categoria di diritti della personalità, sostanzialmente aperta ed estensibile in relazione al mutare delle situazioni⁷⁹. Benvero, le soluzioni da dare alla controversia in questione non incidono per nulla sul problema di cui ci stiamo occupando, ai fini del quale non contano tanto le classificazioni, quanto piuttosto lo stabilire se sussistano o meno quei connotati caratteristici dei rapporti della personalità, che più sopra si è cercato di identificare. Per cui, il criterio a cui ci atterremo nella sommaria elencazione che seguirà è esclusivamente quello di determinazione del grado di inerenza alla persona; che poi i diritti che individueremo costituiranno manifestazioni del generale diritto alla personalità oppure che essi rappresentino specificazioni ulteriori di diritti già noti (all'esistenza, all'integrità fisica e morale ecc.), oppure infine che ad essi debba essere riservata una collocazione

79 Per alcuni ragguagli sul problema, v.: GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Padova, 1958, V, pag. 433 ss. (da noi, uno dei pochi sostenitori della tesi unitaria); PUGLIESE, *Aspetti civilistici della tutela del diritto della personalità*, ecc., cit., pag. 5, e DE CUPIS, *Diritti della personalità*, cit., I, pag. 34 ss. (ambedue nettamente a favore della tesi pluralistica). In Germania, predomina largamente la tesi secondo la quale esiste un unico diritto della personalità (da ultimo: HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, cit., pag. 106 ss.), laddove in Francia prevale tuttora la tesi pluralistica (LIGI, *Contributo allo studio comparato*, ecc., cit., pag. 181 ss.).

autonoma nell'ambito della più generale categoria, è problema di secondaria importanza, ai fini del nostro studio.

a) Il primo posto va logicamente riservato al *diritto alla retribuzione minima sufficiente*, ex art. 36 della Costituzione. Già alcuni anni or sono, alcuni Autori ne affermarono la natura di diritto della personalità⁸⁰. Non mancarono vivaci obiezioni⁸¹, ma il dibattito finì poi per concentrarsi piuttosto sulla natura pre-cettiva o meno della norma.

A distanza di anni, divenuta predominante in dottrina e in giurisprudenza l'opinione relativa alla percettività dell'art. 36, è riaffiorato invece il mai sopito contrasto di opinioni circa la struttura del diritto ivi riconosciuto. Si sono quindi avute nuove prese di posizione a favore della natura personale⁸² e nuovi e vivaci contrasti⁸³. E la recente decisione della Corte Costituzionale sulla prescrizione dei crediti di lavoro, aderendo alla prima tesi⁸⁴, ha nuovamente alimentato la polemica.

80 La tesi fu sostenuta principalmente dal NICOLÒ, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, pag. 5 ss.; dal PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, *ivi*, 1950, I, pag. 189; dal PANTALEONI, *Inderogabilità dei contratti di diritto comune e retribuzione minima*, in *Foro pad.*, 1952, II, pag. 29; dal LEGA, *Il salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1952, II, pag. 281; e, con motivazione particolarmente ampia, dal MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, *cit.*, pag. 177 ss.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, esplicite adesioni alla citata concezione si notano nella sentenza 21 febbraio 1952 n. 461 della Corte di Cassazione, in *Foro pad.*, 1952, 1, pag. 518, ed in quella 18 febbraio 1961 n. 1745 delle Sezioni Unite, in *Mass. giur. lav.*, 1961, pag. 412.

81 SCOGNAMIGLIO, *Sull'applicabilità dell'art. 36 della Costituzione*, in *Foro civ.*, 1951, pag. 352 ss.; NAPOLETANO, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1955, pag. 138; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958, pag. 92; GUIDOTTI, *La retribuzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1956, pag. 86 ss.; CASSI, *La retribuzione nel contratto di lavoro*, Milano, 1954, pag. 220 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1960, pag. 320.

82 MENGONI, *Lo sviluppo del diritto del lavoro fattore del progresso sociale*, *cit.*, pag. 42; e da ultimo: RICCA, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, pag. 129 ss.; PALERMO, *Prescrizione e diritti irrinunciabili del lavoratore secondo i principi costituzionali*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, pag. 396 ss.

83 In particolare, lo SCOGNAMIGLIO, nelle sue *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari, 1963, pag. 148, è tornato sull'argomento, per ribadire la propria tesi negativa. Non è chiaro però per quale motivo la concezione criticata dall'A. si porrebbe in contrasto con la realtà giuridica; sembra altresì che essa non meriti l'accusa di risolversi in una generica ed enfatica segnalazione della carica personalistica insita nel rapporto di lavoro. Si è visto, infatti, come la rilevanza del momento personale scaturisca dall'intera normativa, corrispondendo perfettamente alle linee generali del sistema.

Altre obiezioni sono state avanzate dal CORRADO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1962, pag. 197-198, soprattutto sotto il profilo del contenuto tipicamente non patrimoniale dei diritti della personalità e quindi dell'impossibilità di includervi un diritto a prestazioni pecuniarie.

Altre posizioni critiche, di recente, in: D'AVANZO, *Sulla dichiarata incostituzionalità degli artt. 2948 n. 4, 2955 n. 2 e 2956 n. 1 del C.C.*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, pag. 219; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, *cit.*, pag. 66 ss.

84 La decisione 10 giugno 1966 n. 63, pubblicata in *Riv. giur. lav.*, 1967, II, pag. 369 ed in altre Riviste, ha suscitato un vivissimo dibattito, prevalentemente concentrato però su aspetti diversi da quelli che stiamo considerando. Si vedano, su questa decisione: BIGLIAZZI GERI,

Le obiezioni sollevate contro la possibilità di inserire il diritto in questione nell'ambito dei diritti della personalità possono sostanzialmente riunirsi in due gruppi: il primo si fonda essenzialmente sulla tradizionale struttura di questa categoria, per escludere che un diritto a prestazioni pecuniarie possa comunque esservi inserito; il secondo, invece, si fonda sulla perdurante struttura di scambio del contratto di lavoro, per affermarne la incompatibilità con un diritto personale ed assoluto, quale sarebbe quello nascente dall'art. 36.

Alla prima serie di obiezioni si è già data una risposta di carattere generale, occupandoci delle trasformazioni subite, nell'epoca più recente, dalla categoria dei diritti della personalità. Ed a quanto già detto vi è ben poco da aggiungere. È pacifico infatti che la retribuzione sufficiente prevista dall'art. 36 assolve ad una funzione vitale per l'individuo, rispondente all'interesse di conservazione della sua persona, comprensivamente intesa.

Sotto questo profilo, essa ha dunque quella funzione strumentale, ma necessaria, che abbiamo visto essere sufficiente per attrarre l'interesse e la relativa pretesa nell'ambito dei diritti della personalità.

Del resto, si ammette che nel nostro ordinamento l'interesse del lavoratore ad una retribuzione sufficiente, in quanto connesso alla tutela della personalità, è valutato alla stregua di criteri solo parzialmente economici⁸⁵; ma allora, perché non intendere il fenomeno nella sua reale portata, riconoscendo che

Retribuzione e prescrizione, in *Riv. giur. lav.*, 1966, II, pag. 372; PALERMO, *Prescrizione e diritti irrinunciabili*, ecc., cit.; D'AVANZO, *Sulla dichiarata incostituzionalità*, ecc., cit.; SERMONTI, *Alla ricerca di un precetto costituzionale e di una disposizione che lo violi*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, pag. 134; D'EUFEMIA, *L'art. 36 della Costituzione e la prescrittibilità dei crediti di lavoro*, *ivi*, 138.

Naturalmente, è stata posta in discussione anche l'affermazione della Corte secondo la quale il diritto alla retribuzione sufficiente sarebbe un diritto della personalità. Le critiche sono più o meno quelle consuete (v. in particolare lo studio del D'Avanzo, cit.); non si comprende però la tesi della Bigliazzi Geri secondo cui si sarebbe data «eccessiva importanza» alla opinione che qualifica il diritto alla retribuzione come diritto della personalità. La questione non è infatti soltanto teorica e non si riferisce ad un mero problema di classificazione; del resto, la stessa A. afferma poi che si tratta di un *tipico* diritto di credito ancorché inquadrantesi nel sistema di tutela della personalità del soggetto; la quale affermazione, oltre a contenere una preziosa ammissione, reca in sé il germe della contraddittorietà. Che sia poi un «tipico» diritto di credito, quello alla retribuzione sufficiente, sembra inverosimile da escludere; e come poi questa tipicità si possa conciliare con l'inquadramento nel sistema di tutela della personalità è ancora da dimostrare.

85 Così, testualmente, afferma il PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 67, il quale però si oppone recisamente alla tesi cui aderiamo, con argomenti soprattutto inerenti alla struttura dei diritti della personalità. Non ci risulta chiaro, peraltro, per quale motivo l'A. ravvisi nelle affermazioni del Mortati circa le trasformazioni recenti del contenuto di questi diritti una petizione di principio. In realtà, la tesi del Mortati può essere discutibile quanto si vuole, ma ha un suo rigore logico e corrisponde perfettamente ad un'evoluzione della categoria, riconosciuta da gran parte della dottrina anche di altri Paesi. E non è neppure esatto che con ciò si tolga ogni significato alla distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi: la verità è che essa non è più così netta come si riteneva un tempo e si possono quindi ammettere temperamenti al rigore della nozione di assolutezza, nel senso che più sopra si è indicato.

l'aspetto economico è puramente funzionale e strumentale rispetto all'esigenza di garanzia integrale della personalità? Ciò che rileva, in effetti, non è soltanto il richiamo dell'art. 36 all'interesse morale del prestatore, ma anche e soprattutto la visione globale che ha ispirato il legislatore costituente nel riconoscere così solennemente il diritto alla esistenza ed ai mezzi necessari, strumentalmente, perché esso possa concretamente esplicarsi.

Quanto al secondo ordine di obiezioni, ci sembra necessario precisare che la pretesa incompatibilità tra la concezione suesposta e la struttura di scambio del contratto di lavoro potrebbe sussistere esclusivamente se ci si attendesse ad una nozione rigida e schematica di questo tipo di rapporto obbligatorio⁸⁶.

Si riconosce ormai comunemente che la corrispettività, nel rapporto di lavoro, si è notevolmente attenuata, a seguito della particolare disciplina della sospensione del rapporto e dell'introduzione di oneri a carico del datore di lavoro anche in caso di mancanza di prestazione ed infine per effetto della inclusione, nel precetto dell'art. 36, del riferimento ad interessi estranei rispetto alle parti e rispetto alle stesse obbligazioni principali⁸⁷.

Ma ciò non è sufficiente a modificare la struttura del rapporto, come riconosce del resto la maggior parte della dottrina; tutt'al più potrà dirsi – come efficacemente ha rilevato il Mengoni – che siamo in presenza di uno scambio «corretto» rispetto allo schema ordinario⁸⁸.

L'art. 36 mantiene in effetti un certo riferimento anche alla corrispettività, soprattutto in ordine alla necessità di una prima valutazione economica della prestazione; non può dirsi, dunque, che lo scambio sia stato eliminato, anche se è evidente che esso ha subito una profonda modificazione, probabilmente destinata anche ad ulteriori evoluzioni.

Ma allo stato, non è possibile ragionare come se la pretesa del prestatore si identificasse *tout court* con l'esigenza di un *minimum* vitale, del tutto indipendente dalla quantità e qualità del lavoro svolto. La verità è che il legislatore ha indicato un criterio di proporzione – ancora aderente allo scambio – e poi ha aggiunto

86 Osserva lo SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 148, che la razionalità del sistema impone che il costo del lavoro ricada su chi trae vantaggio dall'altrui opera. Ma non ci sembra che sia questo l'argomento decisivo contro l'assunzione del diritto alla retribuzione sufficiente nel novero dei diritti della personalità; la quale, infatti, non contraddice minimamente con la dedotta razionalità del sistema, tutto riducendosi ad individuare esattamente di quale tipo sia l'onere che la legge pone a carico del datore.

87 A questo riguardo, vanno ricordati i rilievi di PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, pag. 135, e dello JEMOLO, *All'indomani di un Congresso di diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pag. 433. Su un piano più generale, si vedano le acute osservazioni dello SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 174 ss., sul nesso sinallagmatico tra obbligazione di lavorare e obbligazione di retribuire.

88 Il MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, cit., pag. 674 ss., sottolinea l'evoluzione della dottrina privatistica del rapporto di lavoro, affermando che essa risponde all'esigenza di conferire «una dimensione umana» allo scambio, derogando al mero criterio di eguaglianza formale.

un ulteriore criterio, da applicarsi «in ogni caso» per garantire il *minimum* vitale. La combinazione di questi due elementi non è contraddittoria né in se stessa, né con la struttura del rapporto obbligatorio, anche se è idonea ad incidere su di essa, recandovi trasformazioni «correttive» veramente salienti.

Ma il fenomeno si inserisce in un quadro più vasto, le cui manifestazioni più significative sono già state ripetutamente accennate; e in definitiva esso non ha neppure il pregio di un'assoluta novità, ove si pensi – ad esempio – agli aspetti obbligatori e personali, al tempo stesso, del diritto agli alimenti⁸⁹. D'altronde, la soluzione proposta appare l'unica idonea a rendere esattamente conto del singolare fenomeno per cui un contraente è obbligato non solo e non tanto a corrispondere all'altra parte il corrispettivo della prestazione, quanto e soprattutto a garantire comunque a lui stesso e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa. L'evidente anomalia rispetto all'abituale struttura del rapporto obbligatorio non può essere spiegata altrimenti se non col riconoscimento del particolare rilievo che l'ordinamento positivo attribuisce alla sfera personale del prestatore.

b) Un'evidente esplicazione del diritto alla vita è costituita a nostro avviso, dai *diritti che derivano a favore del lavoratore dalle assicurazioni obbligatorie*.

Secondo qualche Autore, si tratterebbe di una tutela puramente complementare, pur rispondendo alla finalità di protezione della vita umana⁹⁰. Abbiamo già rilevato, peraltro, come l'introduzione della categoria dei cosiddetti diritti complementari ai diritti della personalità non appaia giustificata; ed abbiamo altresì rilevato come il carattere (almeno in apparenza) relativo ed il contenuto positivo non bastino ad escludere la configurabilità di un diritto della personalità. Ma si può aggiungere qualcosa di più e cioè che l'evoluzione delle assicurazioni sociali verso un sistema di sicurezza sembra recare ulteriori argomenti a favore della nostra tesi. Le disposizioni costituzionali relative all'assistenza dei lavoratori ed alla loro tutela contro ogni rischio, appaiono dirette a garantire una protezione completa della personalità, mirando a predisporre gli strumenti ed i mezzi

89 Proprio agli alimenti ha fatto riferimento anche la sentenza più sopra ricordata della Corte Costituzionale del 10 giugno 1966, per spiegare la distinzione tra il diritto – in sé considerato – e le pretese patrimoniali che di volta in volta ne derivano.

La distinzione suscita non poche perplessità (e sul punto si vedano le obiezioni della BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, pag. 374); ma la problematica sulla prescrivibilità o meno dei diritti della personalità è assai ampia e non è possibile qui occuparsene a fondo. Per cenni più generali, v. comunque: AMIAUD, *Rapporto sui diritti della personalità*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, cit., tomo II, pag. 86.

Va altresì rilevato che il riferimento al credito alimentare può essere fatto soltanto a titolo esemplificativo, non essendovi omogeneità assoluta – come esattamente rileva la Bigliuzzi Geri – tra esso e il credito salariale.

90 In questo senso: DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., pag. 100; e GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, cit., 169.

In senso conforme al testo, invece: DEGNI, *Le persone fisiche*, ecc., cit., pag. 185.

attraverso i quali può garantirsi, in ogni evenienza, la conservazione della stessa esistenza⁹¹.

La graduale attenuazione del concetto di rischio, il principio di automaticità delle prestazioni, lo sganciamento frequente della tutela dalla concreta sussistenza di un rapporto di lavoro, dimostrano con sicura evidenza che i beni tutelati sono soprattutto di carattere non patrimoniale. La rilevante tutela pubblicistica, che permea l'intero sistema, mostra poi con ulteriore chiarezza che l'intento perseguito dall'ordinamento positivo è di garantire ai prestatori di lavoro l'esistenza e la possibilità di esplicazione della propria attività. Si tratta dunque di una tutela che investe la personalità del soggetto, mirando alla sua completa reintegrazione, alla sua conservazione, al suo sviluppo; di una tutela che, oltre alla capacità giuridica del soggetto, riguarda anche la sua capacità lavorativa, intesa come fondamentale attributo della persona.

c) Al *diritto alla sicurezza* come diritto «assoluto» abbiamo dedicato recentemente uno studio e non sembra dunque il caso di ripetere qui le considerazioni già svolte in quella sede, a cui ci permettiamo di rinviare⁹².

Basterà qui richiamare la concordia di opinioni esistente nella dottrina civilistica circa il diritto all'integrità fisica⁹³, del quale quello considerato non è che una manifestazione, caratterizzata dal suo collegamento ad una posizione *tipica* del prestatore di lavoro e dalla rilevanza che sul piano economico-sociale e quindi sullo stesso piano giuridico viene attribuita alla conservazione di quel patrimonio comune alla generalità dei cittadini che è costituito dalla capacità lavorativa.

La tutela apprestata dall'ordinamento è dunque particolarmente rilevante, esplicandosi in una vasta gamma di forme, che vanno dalla previsione di obblighi di carattere generale, penalmente sanzionati, alla previsione di specifici obblighi di sicurezza, a carico di soggetti determinati⁹⁴.

Naturalmente, la posizione dei beneficiari della tutela viene fortemente influenzata dal complesso sistema protettivo; poiché, se è vero che l'interesse tutelato è di carattere generale, non è tuttavia da porsi in discussione il fatto che l'ordinamento considera e garantisce in modo particolarmente penetrante anche l'interesse individuale alla conservazione della propria esistenza e della

91 Sulle recenti trasformazioni del sistema della previdenza sociale, cfr. da ultimo: SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 264 ss.; PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, cit., pag. 167 ss.; MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 184 ss.

92 *Il diritto alla sicurezza come diritto «assoluto»*, in *Securitas*, 1965, 7-8, pag. 177 ss.

93 È sufficiente qui ricordare le chiare osservazioni del DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., pag. 101 ss.; del GANGI, *Persone fisiche e persone giuridiche*, cit., pag. 171 ss.; del DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, cit., pag. 185; del PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, cit., pag. 137; dell'ALLARA, *Nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., pag. 564 ss.

94 Sulla portata dell'art. 2087 e sul dovere di sicurezza in generale, ci permettiamo di rinviare al nostro *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, cit., pag. 27 ss.

propria capacità lavorativa. Donde la complessità delle situazioni soggettive del prestatore di lavoro, il quale può vantare pretese nei confronti di chiunque con un contenuto essenzialmente negativo, ma può nello stesso tempo avanzare pretese di contenuto positivo anche nei confronti di soggetti determinati, con i quali sia stato instaurato un particolare rapporto⁹⁵.

d) Sotto la figura omnicomprensiva del «diritto al riposo» possono considerarsi tutti i diritti inerenti alle pause di lavoro⁹⁶.

La limitazione dell'orario quotidiano di lavoro e dello stesso lavoro straordinario, il riposo settimanale, le festività, le ferie, possono essere considerati unitariamente, rispondendo tutti ad una finalità unica, che è quella di assicurare i mezzi di ricupero delle energie che vengono consumate nell'espletamento dell'attività lavorativa⁹⁷.

95 Di questi problemi si è occupato ampiamente, di recente, il BALZARINI G., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, cit., pag. 92 ss., il quale aderisce alla tesi che queste situazioni del prestatore siano inquadrabili nell'ambito della tutela complementare della personalità. Non torneremo sulle critiche già formulate contro queste concezioni. Non si può tuttavia tacere che desta una qualche perplessità l'affermazione secondo la quale nella legge non ci sarebbero obbligazioni a carico del datore di lavoro, in senso tecnico; tanto più che lo stesso A. afferma poi che il dovere di sicurezza consiste nel rendere, con comportamenti attivi, sicuro l'ambiente di lavoro, mentre l'obbligo negativo deriverebbe dall'esistenza dei diritti della personalità. Siamo d'accordo che il fenomeno è complesso, ma non sembra che la costruzione dell'A. riesca a coglierne l'essenza. La verità è che il comportamento complessivo (attivo e negativo) cui è tenuto il datore di lavoro non è riducibile nell'ambito di una semplice obbligazione. Ma ciò non toglie che nel quadro generale del dovere di sicurezza, si inseriscano anche obbligazioni vere e proprie, come risulta abbastanza chiaramente dall'art. 2087 c.c. La ricorrente affermazione secondo la quale il datore è «debitore» di sicurezza, è dunque contestabile solo in quanto restringe il dovere di sicurezza unicamente nell'ambito del rapporto obbligatorio.

96 La dottrina si dedica prevalentemente all'indagine sui singoli aspetti delle pause, pur non mancando di sottolineare la sostanziale unitarietà della normativa. Per gli aspetti più generali, v. comunque: SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 253 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, cit., pag. 392 ss.; PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 110 ss.; D'EUFEMIA, *L'orario di lavoro e i riposi*, in *Trattato dir. lav.*, [diretto da] BORSI e PERGOLES, Padova, 1959, III, pag. 199 ss.; BOCCARDI, *L'orario di lavoro nel diritto, nell'economia, nella realtà sindacale*, in *Dir. ec.*, 1958, pag. 1521; DURAND, *Traité de droit du travail*, cit., Tomo II, pag. 378 ss.; BUCCISANO, *Le ferie dei lavoratori privati*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, I, pag. 153 ss. e 269 ss.; CASSI, *La durata della prestazione di lavoro*, I, *L'orario di lavoro*, Milano, 1956; ARDAU, *Sistema istituzionale del diritto del lavoro*, cit., pag. 629 ss.; PROSPERETTI, *Valore del diritto irrinunciabile al riposo settimanale*, in *Giur. Cost.*, 1962, pag. 894; TONIONI, *Le pause del lavoro in generale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pag. 1685. Alcune importanti affermazioni di principio si notano nelle sentenze della Corte Costituzionale in tema di ferie (n. 66 del 10 maggio 1963, in *Riv. giur. lav.*, 1963, II, pag. 147) e in tema di riposo settimanale (n. 76 del 7 luglio 1962, in *Giur. Cost.*, 1962, pag. 892). Sul valore delle pause, sul piano fisiologico e sociologico: FRIEDMAN e NAVILLE, *Trattato di sociologia del lavoro*, Milano, 1963, II, pag. 503 ss.; HERLITZKA, *Fisiologia del lavoro umano*, Milano, 1948; BATTAGLIA, *Fisiologia del lavoro*, Bologna, 1951.

97 Naturalmente, a questa disciplina delle pause del lavoro presiedono anche altre ragioni, estranee alla persona del prestatore e consistenti da un lato in esigenze produttive (è noto che la fatica determina una flessione del rendimento) e dall'altro in esigenze economico-sociali (lotta contro la disoccupazione).

In sostanza, il diritto non può consentire che l'integrità fisica e psichica del lavoratore venga diminuita o addirittura eliminata a causa del logorio connotato alla prestazione.

Altrimenti, il lavoro – anziché strumento di potenziamento della personalità – diventerebbe una causa di diminuzione, di pregiudizio della stessa.

È per questa ragione fondamentale che anche quegli istituti (ad es. le ferie) che inizialmente ebbero una funzione di premio per l'attività prestata, hanno gradualmente perduto questo carattere ed hanno assunto invece una fisionomia sempre più corrispondente alla finalità di reintegrazione delle energie.

Ma a questo scopo fondamentale se ne accompagna un altro, che solo apparentemente è distinto rispetto al primo: quello cioè di garantire al lavoratore la possibilità di migliorare se stesso, di occupare adeguatamente il tempo libero, di completare la propria istruzione, di praticare le proprie idee religiose o politiche, e così via; in altre parole, di elevare ulteriormente la propria personalità. Questo aspetto non può essere considerato separatamente, ma in definitiva corrisponde alla struttura essenzialmente unitaria del diritto al riposo; il ricupero delle energie si accompagna al miglioramento culturale, al soddisfacimento di interessi politici o religiosi, proprio perché la personalità umana deve essere considerata unitariamente, nonostante la molteplicità degli aspetti con cui si atteggia nella pratica⁹⁸.

Ma si tratta di finalità secondarie rispetto a quelle indicate nel testo, pur avendo anch'esse una propria innegabile rilevanza.

98 Pagine di grande acutezza sono dedicate dal MANCINI a questi aspetti, nel suo volume su *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, pag. 155 ss. L'A. afferma che il riposo corrisponde a due fini, di cui il primo è quello di reintegrazione delle forze e corrisponde quindi ad esigenze bio-fisiologiche dell'obbligato, il secondo consiste nell'attribuire al lavoratore la possibilità di variare il proprio regime di vita e di attendere alla cura degli altri suoi interessi materiali e morali.

Esattamente, il Mancini fa notare che lo Stato identifica l'interesse del lavoratore al godimento delle pause con un interesse proprio, trasformandolo quindi in interesse pubblico. L'unico appunto che si può muovere alla concezione dell'A. è relativo al fatto che egli limita questo particolare interesse dello Stato alla pausa giornaliera e settimanale, escludendo quindi le ferie. Ora, non sembra che la mancanza di sanzioni penali giustifichi un così diverso trattamento: la verità è che la sanzione penale costituisce soltanto uno degli indici della rilevanza pubblicistica che il legislatore attribuisce ad un interesse. Non va sottovalutato, a nostro avviso, il fatto che il legislatore riserva alle ferie un trattamento del tutto particolare, dichiarandole irrinunciabili addirittura nella Carta Costituzionale; al quale aspetto, del resto, lo stesso Mancini mostra di attribuire notevole importanza.

È stato osservato dal PROSPERETTI, *Valore del diritto irrinunciabile al riposo settimanale*, in *Giur. cost.*, 1962, pag. 896, che dalla irrinunciabilità del diritto al riposo settimanale affermata dalla Costituzione emerge il carattere primario del fine di protezione del lavoratore in quanto persona e in quanto forza lavorativa, nell'*interesse pubblico generale*. Lo stesso A. non manca di rimarcare il fatto che l'irrinunciabilità del diritto, che è sempre eccezionale, è del tutto insolita anche nel testo costituzionale. Naturalmente, questi argomenti valgono anche per le ferie e confermano, in definitiva, l'unitarietà del fine generale cui rispondono tutte le pause di lavoro.

Di tutto questo costituisce prova ulteriore l'interesse che in questi anni viene dedicato anche al problema del tempo libero, che ha formato oggetto di convegni, di dibattiti, di studi sociologici, attraendo l'attenzione delle stesse organizzazioni sindacali, le quali oggi tendono a dedicarsi alla tutela del lavoratore in ogni momento della sua esistenza e non solo in quello in cui egli presta la propria attività. Si è in sostanza compreso che l'esplicazione dell'attività lavorativa ha una importanza tale nella vita del cittadino-lavoratore da influenzarla largamente ed in misura determinante. Per di più, il progresso tecnico, le trasformazioni del processo produttivo, l'automazione, ecc., hanno assunto concretamente la veste di un nuovo pericolo per la personalità del lavoratore, che viene minacciata forse più nell'aspetto psichico che in quello fisico⁹⁹.

Ecco dunque un'ulteriore necessità non solo di assicurare delle congrue pause di lavoro, ma di organizzare il tempo libero affinché esso possa essere completamente utilizzato al fine della elevazione della personalità, oltre che del recupero di quanto può essere andato disperso o logorato dal punto di vista fisiologico e dal punto di vista psichico.

Logico dunque che in relazione all'interesse generale che viene collegato normalmente alla salvaguardia della persona umana in tutti i suoi aspetti, la materia delle pause di lavoro venga disciplinata con disposizioni a carattere imperativo ed inderogabile; e ben si comprende anche la ragione per cui perfino nella Carta Costituzionale si è voluta prevedere specificamente l'irrinunciabilità del diritto alle ferie ed al riposo settimanale; mentre alcune disposizioni in materia di pause sono accompagnate anche da sanzioni penali.

Orbene, questa particolare disciplina corrobora ulteriormente il convincimento che anche a questo riguardo si sia in presenza di diritti strettamente inerenti alla persona. D'altro lato, la dottrina si è sempre trovata in difficoltà nella costruzione teorica di questi diritti, che mal trovavano la loro collocazione nell'ambito dei diritti di credito. Per le ragioni più volte enunciate, non sembra dunque vi siano ragioni ostative a che il diritto al riposo, che si articola in varie specifiche manifestazioni (diritto ad una durata limitata del lavoro, diritto al riposo settimanale e alle festività, diritto alle ferie), sia assunto nella sfera dei diritti della personalità; ché anzi solo in questo modo sembra possibile pervenire ad una corretta costruzione, anche sul piano rigorosamente dogmatico.

99 Per alcuni accenni al problema del tempo libero, v.: PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 135 (che osserva esattamente il problema sotto il profilo della tutela della personalità morale del lavoratore); CABIBBO, *L'impiego del tempo libero dei lavoratori e l'E.N.A.L.*, in *Riv. inf. e mal. prof.*, 1947, I, pag. 34 ss.; FRIEDMAN - NAVILLE, *Trattato di sociologia del lavoro*, cit., II, pag. 503 ss. Sui problemi derivanti dall'automazione e sui riflessi delle nuove tecniche produttive sulla personalità dei lavoratori, si consulti il volume *Automazione e sicurezza*, ed. ENPI, Roma, 1963.

e) Di un *diritto al lavoro*¹⁰⁰ può parlarsi in vario senso. Nella sua formulazione più generale, esso assume il significato di diritto alla libera esplicazione delle proprie energie per il conseguimento di un risultato economico¹⁰¹.

Come tale, esso può considerarsi una manifestazione del diritto alla vita, in quanto trova il suo fondamento principale in una necessità biologica del soggetto. Ma contemporaneamente esso costituisce anche una manifestazione dei diritti di libertà, in quanto è implicito nel concetto generale anche quello di libertà di scelta della propria professione, della propria attività.

Ma a questa nozione di carattere generale se ne è aggiunta anche un'altra, soprattutto per effetto della costituzionalizzazione del principio, in virtù dell'art. 4 della Costituzione del 1948.

Anzitutto, poiché l'art. 4 è inserito in un sistema ben delineato, sul quale non è il caso di soffermarsi ancora in questo momento, il diritto al lavoro trova un suo fondamento – oltretutto nel dato puramente biologico – anche nella necessità di pieno sviluppo della personalità umana e della tendenza che l'ordinamento chiaramente dimostra ad un'integrale protezione (sul piano fisico e su quello morale) del soggetto capace di prestare un'attività lavorativa¹⁰².

In secondo luogo, il diritto al lavoro assume più specificamente il significato di diritto del singolo a che gli sia procurata un'occupazione retribuita.

Infine, esso assume anche il significato ulteriore di diritto a mantenere il proprio posto di lavoro.

È chiaro che concepito in questi molteplici significati, il diritto al lavoro diviene in un certo senso la chiave di volta del sistema e il punto di attrazione dell'intera disciplina¹⁰³. Attraverso di esso, infatti, si tendono a soddisfare esigenze già garantite, in certo qual modo, anche da altre norme, rafforzando per conseguenza la tutela della persona nel lavoro ed attribuendole un'ulteriore efficacia. Gravitano attorno al diritto al lavoro il diritto all'esistenza, il diritto

100 Sul diritto al lavoro in generale: MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit., pag. 79 ss.; SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., pag. 60; PUGLIESE, *Alcuni problemi sui diritti della personalità*, in *Mon. trib.*, 1963, pag. 645; MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956; CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, pag. 161 ss.; NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, ivi, 1951, I, pag. 105; MAZZONI, *L'iniziativa economica e il diritto al lavoro*, in *Scritti per Valeri*, vol. II, pag. 425 ss.; RICHARD, *Il diritto al lavoro come fenomeno giuridico*, in *Riv. dir. lav.*, 1949, I, pag. 54; PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, cit., pag. 103 ss.; SPINETTI, *Diritto al lavoro e crisi del diritto*, Padova, 1959; D'EUFEZIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano, 1958, pag. 21 ss.; VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi per F. Vassalli*, vol. II, pag. 1640 ss.

101 In questo senso ne parla il DEGNI, *loc. cit.*, pag. 210. Ma v. anche: LEGA, *La capacità lavorativa e la sua tutela giuridica*, cit., pag. 133 ss.; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., pag. 199.

102 Pone esattamente in evidenza questi aspetti di fondo lo SPINETTI, nel citato volume sul *Diritto al lavoro e crisi del diritto* (soprattutto pag. 61).

103 Particolarmente importanti, a questo proposito, le osservazioni del PUGLIESE, *loc. cit.*, del MORTATI, nel saggio *Il diritto al lavoro*, cit., e del VASSALLI, *loc. cit.* in nota 73.

all'integrità morale, i principali diritti di libertà, il principio di uguaglianza: la complessità degli interessi presi in considerazione, consente dunque di considerare il diritto al lavoro come veramente fondamentale e come perno dell'intero sistema. La natura di siffatti interessi, tutti strettamente inerenti alla personalità umana, consente di affermare che strutturalmente il diritto al lavoro non può che essere assunto nel novero dei diritti della personalità¹⁰⁴.

Certo, il fatto che l'art. 4 contenga sostanzialmente una norma di carattere programmatico, può indurre a ritenere che ad esso corrisponda una situazione di carattere meramente virtuale¹⁰⁵. Ma ciò non incide sulla collocazione di essa nell'ambito dei rapporti della personalità, sia pure con la cennata precisazione, resa necessaria dalla particolare natura del precetto e dalla mancanza, a tutt'oggi, di un adempimento legislativo all'impegno solennemente assunto da parte del Costituente. La carenza, allo stato, di una pretesa azionabile nei confronti dei soggetti pubblici e privati, non fa venir meno la natura essenzialmente personale dell'interesse considerato dalla Carta Costituzionale: che è quello relativo all'integrale possibilità per ogni individuo, in condizioni di uguaglianza sostanziale, di esplicare completamente la propria personalità attraverso il lavoro.

f) Considerazioni sostanzialmente analoghe possono formularsi per quanto riguarda il *diritto a collaborare alla gestione delle aziende*¹⁰⁶.

104 In questo senso si espresse vigorosamente il MORTATI, nei due studi più volte ricordati (*Il lavoro nella Costituzione*, pag. 169; *Il diritto al lavoro*, ecc., pag. 83 ss.). Tuttavia, ci sembra da rettificare l'assunto dell'A., secondo il quale l'art. 4 avrebbe «svolto e costituzionalizzato il principio che tende a sottrarre il rapporto di lavoro dalla categoria dei diritti di credito ed a farlo rientrare in quella dei rapporti personali [»] (*Il lavoro nella Costituzione*, pag. 169); in realtà, il fatto che nella posizione del prestatore di lavoro si possano individuare alcuni diritti della personalità, non è sufficiente a trasferire l'intero rapporto dal campo obbligatorio a quello personale. Il connotato patrimoniale resta in definitiva quello fondamentale, nonostante le correzioni e le modifiche derivanti dal particolare rilievo della sfera personale di una delle parti.

Concepiscono il diritto al lavoro come diritto della personalità anche il PUGLIESE, *op. cit.*, pag. 647 ss., e il VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., pag. 1657 ss. *Contra*, particolarmente: MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit. Il DE CUPIS, *I diritti della personalità*, cit., pag. 61 ss., distingue tra il diritto al lavoro inteso come diritto alla libera esplicazione delle proprie energie (che considera come un particolare aspetto del diritto alla libertà) e il diritto al lavoro inteso come diritto ad un'occupazione (che annovera tra i c.d. diritti complementari).

105 Sia il CRISAFULLI che il NATOLI (*loc. cit.* in nota 87), concordando sulla rilevanza dell'art. 4 agli effetti della personalità del lavoratore, ritengono che la norma dia origine soltanto ad un interesse costituzionalmente protetto. Sottolineano la virtualità del diritto il MORTATI, *Il diritto al lavoro*, ecc., cit., pag. 135, e il PUGLIESE, *loc. cit.*

106 Dell'art. 46 della Costituzione ci siamo occupati ampiamente nel volume *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., pag. 67 ss., al quale ci permettiamo di rinviare anche per i richiami bibliografici.

Questo precetto ha avuto un destino singolare; suscitò il più vivo interesse subito dopo l'entrata in vigore della Carta Costituzionale, ma successivamente l'attenzione della dottrina e perfino delle stesse organizzazioni sindacali, è andata sempre più diminuendo. Non parliamo poi del legislatore, che non mostra in alcun modo di avere fra i suoi programmi un qualsiasi progetto di attuazione della norma.

Anche in questo caso, ci troviamo in presenza di una norma puramente programmatica. Tuttavia ciò che rileva è il fatto che lo stesso legislatore costituente ha sentito il bisogno di precisare la finalità essenziale del precetto, che è quella di garantire «l'elevazione economica e sociale del lavoro». Finalità indubbiamente connessa alla sfera personale del soggetto, in quanto – come esattamente si è rilevato di recente – il lavoratore, proprio perché *persona*, non può restare estraneo al modo in cui la sua attività è utilizzata¹⁰⁷.

g) Infine, un cenno particolare deve essere riservato al *diritto di sciopero*, la cui sistemazione dogmatica ha presentato e presenta tuttora non poche difficoltà, chiaramente giustificate dalla singolarità del fenomeno che l'ordinamento provvede a riconoscere e tutelare mediante l'art. 40 della Costituzione¹⁰⁸.

Buona parte della dottrina ritiene di risolvere il problema della natura di questo diritto facendo ricorso alla figura del diritto potestativo; e noi stessi, in altro lavoro, aderimmo a questa impostazione¹⁰⁹. Ma la successiva elaborazione dottrina ha rilevato l'insufficienza della costruzione ed oggi è in corso una revisione delle precedenti impostazioni, la cui importanza va senz'altro segnalata¹¹⁰.

Il fenomeno è stato rilevato acutamente dal MENGONI, *Lo sviluppo del diritto del lavoro fattore del progresso sociale*, cit., pag. 43, che lo ha collegato anche alle esperienze non del tutto felici compiute in altri Paesi europei. Altri spunti di notevole interesse sono contenuti nella relazione del PROSPERETTI sul tema *La posizione dell'impresa nell'evoluzione del diritto del lavoro*, *Atti del Convegno di diritto del lavoro di Cagliari*, Roma, 1966, pag. 95 ss.

In realtà, ci sono delle difficoltà di ordine giuridico, connesse all'attesa riforma delle società; ma vi sono anche motivi d'ordine sindacale, economico e politico sui quali non è il caso di soffermarsi in questa sede. Vi abbiamo dedicato alcuni accenni nell'intervento al Convegno di diritto del lavoro, di Cagliari (*Atti*, cit., pag. 116 ss.).

È appena il caso di osservare, comunque, che tutto questo non incide sul valore generale della norma, che resta ugualmente alla base del sistema, come uno dei suoi principi fondamentali.

107 L'esatta osservazione è del PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 88 ss., il quale collega all'implicazione della persona del lavoratore nella esecuzione dell'attività lavorativa l'esigenza di una partecipazione del medesimo alla vita ed al funzionamento dell'organizzazione di cui fa parte. A conclusioni analoghe perviene in sostanza anche lo SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 175, allorché osserva che gli istituti di cooperazione dei lavoratori alla gestione bene si inquadrano nell'insieme dei mezzi atti a valorizzare la personalità del lavoratore. Si può solo osservare che l'A. concepisce il rilievo di questi istituti solo «nei limiti in cui trovano applicazione»; in tal modo, sfugge il valore di principio dell'art. 46, che esiste indubbiamente anche a prescindere dalla concreta attuazione del precetto.

108 Sarebbe veramente fuor di luogo ricordare qui la vistosa letteratura ormai esistente in materia di diritto di sciopero, quand'anche si volessero limitare i richiami agli studi relativi alla natura giuridica del diritto. Il recente saggio di SUPPIEJ, *Diritto di sciopero e potestà di sciopero nella Costituzione*, in *Riv. dir. lav.*, 1965, I, pag. 3 ss., particolarmente ricco di spunti originali ed anche di richiami bibliografici, costituisce un necessario punto di riferimento per chiunque voglia approfondire l'argomento. Da ultimo, v. anche: MAZZONI, *I rapporti collettivi di lavoro*, Milano, 1967, pag. 289 ss.

109 *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., pag. 208.

110 In vari studi apparvero alcuni accenni al diritto di libertà, senza peraltro che al problema fosse dato particolare rilievo (ad es.: GIUGNI, *Aspetti e problemi del diritto di sciopero*, in *Dir. lav.*, 1950, I, pag. 85; CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I,

Quando si evidenzia lo stretto collegamento esistente tra l'art. 40 e l'art. 3, 2° comma, della Costituzione, si riconosce, in sostanza, la funzione protettiva della personalità che il legislatore ha ritenuto di individuare nel fenomeno dello sciopero. Si è poi accennato all'insufficienza del sistema protettivo ed al fatto che il legislatore tende a colmarla anche mediante il riconoscimento dell'autonomia collettiva e dell'azione sindacale diretta. Inteso in questo modo, il diritto di sciopero appare come strumento di uguaglianza e di libertà e, in definitiva, come strumento di protezione e sviluppo della personalità del lavoratore, nel senso più volte precisato. È ciò che appunto sostiene la dottrina più recente, traendo da queste premesse il corollario della necessaria inserzione del diritto di sciopero tra i diritti assoluti della persona.

Esorbita dai limiti della nostra indagine l'approfondimento della problematica che scaturisce da queste impostazioni e particolarmente di quella inerente alla possibilità di inserire *tout court* il diritto di sciopero tra i diritti della personalità ovvero all'esigenza di ricondurlo piuttosto nell'ambito dei diritti di libertà¹¹¹.

Benvero, nell'uno e nell'altro caso, siamo in presenza di diritti inerenti alla sfera personale dei soggetti; ed è proprio su questo elemento comune che va posto l'accento, per cogliere il significato fondamentale dei più recenti orientamenti della dottrina.

3. Osservazioni conclusive

Il fenomeno che abbiamo cercato di analizzare, ha un'importanza che è pressoché superfluo sottolineare. Esso conferma anzitutto l'importanza primaria attribuita alla persona sul piano generale dell'ordinamento; ma non manca di incidere sullo stesso rapporto di lavoro, garantendo una tutela particolarmente penetrante della posizione del lavoratore subordinato. Infine, se è vero che i

pag. 230; D'EUFEMIA, *In tema di limiti al diritto di sciopero*, in *Dir. lav.*, 1961, II, pag. 222 ss.). Più ampiamente, invece: CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., pag. 259.

Una posizione assai netta è stata assunta, più di recente, dal MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero*, Atti del Convegno di Varenna, Milano, 1964, pag. 26 ss., il quale ha parlato dello sciopero come di un «diritto assoluto della persona», contestando nettamente la possibilità di far riferimento alla figura del diritto potestativo (pag. 43).

Il tema è stato poi ripreso dal SUPPIEJ, nello studio indicato in nota 95 e dal FERRUCCI, *Autonomia sindacale e autoregolamentazione nel diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, pag. 11.

111 Il SUPPIEJ, nel saggio più volte ricordato (pag. 52), sostiene che la tendenza ad un accostamento del diritto di sciopero ai diritti della personalità non si è compiutamente esplicitata, con ogni probabilità, a causa della limitata prospettiva con cui la dottrina civilistica considera di solito questa categoria. Secondo l'A., ogni difficoltà verrebbe superata definendo il diritto di sciopero come un diritto di libertà, in quanto la più recente dottrina giuspubblicistica considera i diritti di libertà appunto come una sottospecie dei diritti della personalità. Bisogna osservare però che la distinzione introdotta dall'A. tra diritto assoluto di sciopero e potestà di sciopero finisce per restringere notevolmente la portata del principio enunciato (e v. infatti le critiche del FERRUCCI, *loc. cit.*, pag. 17, nota 86).

diritti fondamentali funzionano come limite insuperabile dell'esplicazione della autorità privata aziendale e della stessa autonomia negoziale¹¹², va altresì rilevato come a conseguenze analoghe conduca anche la riconosciuta esistenza di una serie di diritti della personalità in capo al prestatore di lavoro. Anche essi contribuiscono a segnare i confini entro i quali l'autonomia privata può esplicarsi e può essere ritenuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento¹¹³.

In tutti i diritti più sopra sommariamente elencati, questa funzione è di particolare evidenza: così infatti come viene ulteriormente ristretta la facoltà di determinare la retribuzione, parimenti l'autonomia privata riceve un limite anche per ciò che attiene alla determinazione di tutte le condizioni di lavoro, ivi compreso il particolare regime riservato alle pause; ma un nuovo significato viene attribuito all'antico «debito» di sicurezza; e non sembra dubbio che lo stesso esercizio del potere direttivo e del potere disciplinare sia subordinato all'esigenza di rispetto integrale e di salvaguardia della personalità del prestatore.

Su questa complessa funzione si inserisce, come criterio di valutazione generale, il principio espresso nell'art. 4 della Costituzione; mentre una garanzia ulteriore, che investe ogni fase ed ogni momento di attuazione del rapporto, è rappresentata dal riconoscimento di quella forma di autotutela che si realizza al massimo grado nel diritto di sciopero.

Talché, in definitiva, nella struttura di queste situazioni soggettive del lavoratore dipendente si ravvisa un'evidente conferma ed un'ulteriore esplicazione di quel sistema protettivo – comprensivamente inteso – di cui si è cercato più sopra di individuare le linee essenziali.

Sezione Terza

La rilevanza del principio di tutela sul piano ermeneutico

1. Nell'interpretazione del diritto

Si tratta ora di vedere se il principio di garanzia della personalità tipica del prestatore di lavoro operi soltanto sul piano normativo, oppure abbia rilevanza anche sul piano ermeneutico.

112 In questo senso, assai esplicitamente: CRISAFULLI, *Ancora in tema di libertà costituzionali e rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. giur. lav.*, 1955, II, pag. 389.

113 Di questa particolare funzione dei diritti della personalità si occupa ampiamente e con accuratezza il PUGLIESE, *Aspetti civilistici della tutela del diritto della personalità nell'ordinamento italiano*, *loc. cit.*, pag. 19 ss.

Il problema va considerato distintamente per quanto riguarda l'interpretazione del diritto e l'interpretazione del contratto¹¹⁴, non già perché si ritenga di derogare alla fondamentale unità del processo interpretativo, ma perché diversi sono i modi di operare del principio e i canali attraverso i quali esso penetra nell'operazione ermeneutica. D'altronde, un'analisi separata è imposta anche dal modo sostanzialmente diverso con cui la dottrina ha preso posizione sui due aspetti della problematica.

Per venire al primo punto, teniamo subito a chiarire che – una volta riconosciuta la generalità del principio – non ci sembra possibile contestarne la rilevanza anche sul piano ermeneutico.

Si è visto come i principi generali operino sull'intero sistema, esprimendo il fondamento dell'ordinamento positivo e le stesse ragioni etico-sociali che lo pervadono. Ad una simile funzione, essi non possono certamente assolvere soltanto mediante direttive per il legislatore, anche se è questo l'aspetto che viene più immediatamente in evidenza. Per assicurare l'unità del sistema¹¹⁵, è necessario che essi servano come elemento catalizzatore, influenzando così ogni momento dell'attività giuridica. Diremo anzi che, in un certo modo, è proprio questo l'aspetto più saliente e significativo dei principi generali, quello che assicura non solo l'evoluzione del sistema, ma anche il continuo adeguamento di esso alle esigenze della realtà sociale¹¹⁶.

114 Tralasciamo la problematica relativa alla interpretazione dei contratti collettivi, perché essa non ha un'autonoma rilevanza, se non per alcuni aspetti peculiari, non attinenti in definitiva al tema della nostra indagine. Per la questione di cui ci occupiamo (rilevanza del *favor* in sede ermeneutica), le stesse considerazioni formulate nel testo valgono anche per i contratti collettivi, tanto più che la nostra impostazione è sostanzialmente unitaria.

Sulla interpretazione dei contratti collettivi, si veda comunque lo studio del CESSARI, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 1963, al quale rinviamo anche per i richiami bibliografici.

Possono utilmente consultarsi anche le note del GUIDOTTI, *L'interpretazione delle clausole dubbie o equivoche dei contratti collettivi di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1949, II, pag. 383; del SERMONTI, *Sull'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1950, pag. 60; del GIUGNI, *Appunti sulla interpretazione del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1957, II, pag. 169.

Notissima, in giurisprudenza, è la sentenza 14 febbraio 1949 n. 240 della Corte di Cassazione, la quale affermò piuttosto categoricamente (e, per la verità, senza ombra di motivazione) il principio generale che le norme dei contratti collettivi, in caso di dubbi o ambiguità, vanno interpretate nel senso favorevole ai prestatori d'opera (in *Mass. giur. lav.*, 1950, pag. 58).

Sull'interpretazione dei contratti collettivi, si veda anche la sentenza 19 luglio 1963 n. 1962 della Corte di Cassazione, in *Foro it.*, 1964, I, 134, secondo la quale l'interpretazione delle clausole dei contratti collettivi di lavoro è rigorosamente assoggettata alle regole poste nel codice civile per l'interpretazione dei contratti.

115 Esattamente la Corte Costituzionale, nella sentenza 21 giugno 1966 n. 74, in *Giur. Cost., suppl.*, 1966, pag. 390, ha richiamato l'attenzione sulla necessità di effettuare l'operazione interpretativa con criteri sistematici e quindi sulla base del costante collegamento tra la norma considerata e il complesso di disposizioni specifiche e di principi generali dell'intero ordinamento.

116 Questa funzione dei principi generali è troppo nota perché su di essa sia necessario attardarsi ulteriormente, anche con richiami, che dovrebbero essere assai vistosi. Va solo precisato che

In sostanza, i principi generali assolvono all'esigenza di fornire un criterio fondamentale cui deve ispirarsi l'intera esperienza giuridica; altrimenti opinando, si perverrebbe al risultato di distinguere tra il momento normativo e il momento interpretativo, in modo del tutto arbitrario e con la conseguenza di vedere improntate a finalità diverse le due attività inerenti a quei momenti, che in effetti non sono contrapposte, ma si completano e si integrano a vicenda.

In questo senso, si spiega la precisa indicazione contenuta nell'art. 12 delle Preleggi, la quale è perfino limitativa rispetto alla reale portata che – sul piano ermeneutico – i principi generali hanno ormai assunto e, fra essi, specialmente quelli emergenti dal sistema delineato dalla Carta Costituzionale¹¹⁷.

Ciò è particolarmente evidente per chi assegna all'operazione ermeneutica una funzione ben più estesa di quella che consiste in una semplice attività di conoscenza. Se si accetta la magistrale impostazione del Pugliatti – che nella attività interpretativa vede «un momento di mediazione tra l'astrattezza della

essa diviene ancora più estesa, allorché i principi generali non siano considerati soltanto come un complesso di regole astratte deducibili dal sistema positivo in sé considerato; in realtà lo sguardo dell'interprete deve spingersi oltre, per ricercare nei principi – espressi o non espressi – le ragioni e le finalità principali del sistema, colto anche nei suoi rapporti con le vicende storiche e la realtà sociale. Questa concezione, un tempo esclusiva dei filosofi del diritto, sta penetrando sempre di più nella dottrina giuridica. Particolarmente importanti le considerazioni del BATTAGLIA, *Il diritto nel sistema dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, I, pag. 493 ss.; del CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, pag. 247 ss.; del BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giuridiche*, 1948, pag. 34 ss.; [ID.,] *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pag. 208 ss.

Di quest'ultimo A. va segnalata una singolare contraddizione; egli coglie molto esattamente il significato e il rilievo dei principi generali, nel senso più esteso, ma poi finisce per considerare almeno alcune delle enunciazioni della Corte Costituzionale come «mere enunciazioni programmatiche o illusorie formule di compromesso» (*L'interpretazione della legge*, ecc., pag. 209). C'è da chiedersi come si possa risalire alla logica del sistema e come si possa «inquadrate l'ordine giuridico nello stesso *ethos* della società in cui vive» se si trascurano le enunciazioni costituzionali, che hanno sempre un significato generale, anche quando sono frutto di un compromesso (e talora proprio per quello), in quanto esso esprime una situazione storico-politica di cui bisogna tener conto, necessariamente.

117 Dopo l'iniziale controversia circa il valore delle norme programmatiche, ben pochi dubitano della fondamentale importanza di tutti i principi costituzionali, in qualsiasi forma enunciati. Esattamente, il BATTAGLIA, *Il diritto nel sistema dei valori*, cit., pag. 493, afferma che essi esprimono anche e soprattutto i valori che ispirano o dovrebbero ispirare l'intero ordinamento, e quindi costituiscono le nozioni chiave per l'intelligenza del sistema. Notissima è la posizione del CRISAFULLI, che è stato uno dei più autorevoli sostenitori, fino dall'inizio, della rilevanza dei principi costituzionali (*La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952). Ma v. anche: MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. diritto*, XI, Milano, 1962, pag. 178 ss.; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, pag. 40 ss. E per altri riferimenti sulla questione delle norme programmatiche: SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., pag. 81 ss. Da ultimo: GRAMICCIA, *Norme costituzionali e interpretazione della legge*, in *Riv. dir. lav.*, 1966, fasc. 1-2 (estratto).

legge e l'apertura della vita del diritto nella sua storicità e immediatezza»¹¹⁸ si coglie immediatamente il valore ermeneutico dei principi generali, i quali sono i più idonei a fornire il criterio essenziale per integrare l'operazione puramente logica.

A una parte della dottrina riesce ancora ostica l'affermazione che l'interprete opera necessariamente anche attraverso giudizi di valore¹¹⁹; eppure, in un sistema che non voglia chiudersi in se stesso, essi sono indispensabili, proprio ai fini di rendere coerente l'attività interpretativa con le finalità immanenti nelle valutazioni normative.

118 *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961, pag. 158. Nella stessa opera (pag. 54), il PUGLIATTI sottolinea che non si tratta solo di conoscere, ma anche di «intendere per operare», acquistando anche coscienza del momento storico in cui si vive.

A non diverse conclusioni perviene anche il BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pag. 174, rilevando che l'interpretazione non è puramente conoscitiva, ma deve mirare ad intendere la logica del diritto, con riguardo alla totalità dell'ordine giuridico e quindi alla coerenza della norma con le altre norme e con i principi generali. Si richiama alla necessità di ricercare l'intima coerenza tra i vari istituti giuridici, come elemento da cui ognuno di essi riceve pieno significato e valore, il MENGONI, *Forme giuridiche della economia contemporanea*, in *Justitia*, 1962, pag. 28. Ammonisce infine il MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 162, che la giuridicità deve essere apprezzata attraverso la considerazione del sistema in cui la norma è inserita e dello spirito da cui esso è informato. Importanti considerazioni dedica all'argomento anche il MORELLI, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, cit., pag. 26, affermando che le norme – e specialmente quelle costituzionali – possono essere valutate solo tenendo presenti le premesse storiche e le premesse storico-culturali di un popolo e di un periodo.

Come si vede, su questa essenziale struttura dell'operazione ermeneutica si va realizzando una confluenza di opinioni tra giuristi di diversa formazione e di diversa specializzazione; il che dimostra l'avanzato grado di maturazione della problematica nella coscienza giuridica.

119 Anche su questo aspetto, il contributo recato dagli studiosi della filosofia del diritto è di fondamentale importanza, tanto che queste concezioni sono riuscite spesso a penetrare anche nella cittadella della dottrina civilistica. Così, il PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, cit., pag. 55, parla di scelte e valutazioni che devono essere effettuate da parte dell'interprete; e il DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1957, sottolinea vigorosamente la esigenza a sentire il diritto come «valore» (pag. 22). Restano fondamentali, sul punto, lo studio del CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, nel quale il problema è trattato a fondo e con particolare acutezza, e il saggio del BATTAGLIA, *Il diritto nel sistema dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pag. 465 ss.

Le resistenze sono tuttavia ancora assai forti. Ed è singolare che uno dei giuristi più preparati della nuova generazione abbia escluso anche di recente, ed in termini assai perentori, che all'interprete siano riservati giudizi di valore (CESSARI, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, cit., pag. 15); tra l'altro, questo A. si è richiamato all'autorità del Betti, il quale affermò che i valori appartengono al campo dell'intuizione piuttosto che a quello delle categorie logiche, senza peraltro rilevare che proprio il BETTI è uno dei sostenitori della «apertura» dell'operazione ermeneutica (*Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici*, cit., pag. 220). Come si possono, in effetti, escludere i giudizi di valore dall'operazione interpretativa, se poi si afferma che l'ordine giuridico va rapportato all'ambiente storico e sociologico e allo stesso *ethos* della società? (*op. cit.*, pag. 220).

L'interprete non può andare a cercare questi valori in zone extragiuridiche, in modo diretto, almeno nel nostro sistema, ch  altrimenti la sua attivit  diventerebbe libera e svincolata da ogni canone; ma ricorrendo ai principi generali, egli trova proprio nel loro ambito i criteri di collegamento sistematico della normativa e le stesse ragioni etico-sociali che ad essa presiedono. In questo modo, l'interprete pu  ridurre la distanza tra il diritto e il fatto, spiegandosi adeguatamente il lungo processo di formazione della normativa e chiarendo a se stesso anche le linee di evoluzione del sistema; e solo cos  egli pu  reperire il reale significato della norma e il suo valore *attuale*¹²⁰.

N  pu  dirsi che un siffatto ricorso ai principi generali, nell'ambito di un'operazione estremamente complessa, possa pregiudicare la certezza del diritto, non solo perch  di questa non   il caso di fare un mito¹²¹, ma anche e soprattutto perch  in definitiva essa non pu  ricavarsi da singole disposizioni, ma   deducibile unicamente da una valutazione completa ed organica del sistema¹²².

In questo quadro pi  generale, si inserisce di tutta evidenza – e con particolare intensit  – la rilevanza ermeneutica del principio di tutela del prestatore di lavoro.

Esso infatti   destinato ad operare in una zona del diritto particolarmente sensibile e soggetta a frequenti trasformazioni e ad una continua evoluzione. Per di pi , sono a tutti note le vicende storiche del diritto del lavoro italiano, il quale – dopo la caduta dell'ordinamento corporativo e dopo l'avvento della nuova Costituzione –   venuto a trovarsi in una situazione invero singolare, con un complesso di norme che tardano a morire e di altre che stentano a trovare concreta attuazione.

120 Ed infatti giuristi rigorosi come il ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, pag. 76, affermano che l'interprete, pur restando fedele alla lettera della legge, «pu  anche valutare con la dovuta sensibilit , le mutate esigenze sociali, per rettamente applicare la norma». E il FINZI, *Riflessi privatistici della Costituzione*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei e Levi, Firenze, 1950, I, pag. 35, precisa ulteriormente che le norme di ermeneutica legale consentono il progressivo adattamento delle norme del diritto scritto ai nuovi indirizzi sociali o giuridici.

121 In un recente, interessantissimo studio, il MERRYMAN, *Lo «stile italiano»: la dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, pag. 1169 ss., critica la tendenza della dottrina italiana a fare della certezza del diritto una sorta di dogma scientifico astratto. E non c'  dubbio che si tratta di un'osservazione del tutto pertinente, anche se il fenomeno   storicamente spiegabile, cos  come del resto acutamente rileva lo stesso A. (pag. 1203 ss.). Purtroppo, il mitico richiamo alla certezza del diritto assolve spesso alla funzione del tutto negativa di chiudere l'ordinamento e la stessa esperienza giuridica nel suo complesso, in un limbo di astrattezze concettuali, da cui poi non   facile uscire; e ne risentono soprattutto gli istituti e le categorie di pi  recente formazione.

122 Esattamente ammonisce il MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, cit., pag. 181, che la certezza   ricavabile, pi  ancora che dalle singole norme, dal sistema e che pertanto rimane condizionata al consolidamento delle varie istituzioni e al grado di armonizzazione che esse sono riuscite a conseguire tra loro e con il tutto.

In una situazione così fluida, l'interprete deve ricorrere con maggior frequenza ai principi generali – e fra questi a quello più caratteristico del diritto del lavoro – per dirimere la costante tensione tra il sistema positivo e la funzione cui esso deve assolvere e per riuscire a trovare la coerenza tra le norme che lo compongono.

Il principio di tutela gli consente allora di stabilire il valore attuale delle norme preesistenti e di inserire le nuove in un complesso armonico, anche rispetto alle finalità generali ed all'indirizzo giuridico-politico delineato nella Carta Costituzionale; esso gli consente di reperire inoltre la regola concreta da applicare nel caso di silenzio della legge.

Non solo le norme inerenti alla posizione passiva del prestatore, ma anche quelle relative alle sue situazioni attive e quelle inerenti alla posizione, ai poteri e agli obblighi del datore di lavoro, possono evidenziare il proprio significato solo se interpretate alla stregua del principio generale di tutela¹²³. Il quale dunque funzionerà come criterio logico-sistematico di valutazione in ogni caso in cui l'operazione ermeneutica si renda necessaria in tutta la sua estensione e senza arbitrarie limitazioni.

Il che – si noti – non si risolve necessariamente in una operazione unilaterale e tendenziosa; affermando la rilevanza del principio in sede ermeneutica non si vuol dire altro se non che le norme vanno interpretate alla stregua di esso, rispecchiando così anche nella fase interpretativa quella tendenza che risulta evidente, per le considerazioni già esposte, in tutto il momento normativo¹²⁴.

123 A queste concezioni aderisce ormai la dottrina predominante. Tra gli altri, v.: RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 15 ss.; LEVI SANDRI, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pag. 107 ss.; MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano del lavoro*, cit., pag. 32 ss. e 178 ss.; PERGOLESÌ, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., pag. 275 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, cit., pag. 215 ss.; BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., I, pag. 175 ss.; GUIDOTTI, *L'interpretazione delle clausole dubbie*, ecc., cit., pag. 385 ss.; BALZARINI, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, cit., pag. 21 ss.; CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro subordinato*, cit., pag. 33 ss.; PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, cit., pag. 17 ss.; SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, cit., pag. 75 ss. e 176 ss.; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 100.

In senso piuttosto limitativo appaiono invece le considerazioni del TORRENTE, *I rapporti di lavoro*, Milano, 1966, pag. 102, il quale parte da una svalutazione dell'art. 1 e dell'art. 35 della Costituzione, anche sul piano interpretativo; questo significa praticamente rinunciare a cogliere il collegamento sistematico dei principi e delle norme e precludersi una visione generale, anche sul piano ermeneutico.

124 Questa precisazione potrebbe perfino apparire superflua. Essa è tuttavia necessitata dalla preoccupazione espressa da alcuni Autori, che l'interprete finisca per restare succube del tendenziale indirizzo politico favorevole al lavoratore (v. da ultimo: CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., I, pag. 478). In effetti, i limiti della operazione esegetica non vanno mai travalicati, altrimenti si avrebbe un'interpretazione «libera», che nel nostro sistema non è consentita. Tuttavia, quando il Corrado ammonisce che l'indagine impone un rigoroso approfondimento del contenuto della norma, bisogna ulteriormente chiarire che ciò non è sufficiente a

2. Nell'interpretazione del contratto

La sostanziale unità del procedimento interpretativo¹²⁵ dovrebbe già apparire sufficiente a risolvere anche il secondo aspetto del problema, quello cioè relativo alla rilevanza del principio sul piano della interpretazione del contratto.

Ma una parte della dottrina osserva che diversi sono i modi di esplicazione dell'attività ermeneutica ed i canoni cui essa deve attenersi¹²⁶; e da ciò deduce l'ulteriore corollario dell'impossibilità di richiamarsi ai principi generali, stante l'assenza di una regola come quella indicata nell'art. 12 delle Preleggi per l'interpretazione del diritto. In altre parole, l'interpretazione del contratto dovrebbe rigidamente esplicarsi secondo le tassative regole enunciate negli artt. 1362 e seguenti c.c.; al di là delle quali non si farebbe altro che operare una evidente confusione tra la ricerca del significato e la determinazione degli effetti giuridici¹²⁷.

colgierne il reale significato, ma bisogna anche collegarla con le altre norme e col sistema nel suo complesso.

Assai meno fondate ci sembrano altre posizioni che praticamente finiscono per negare il valore generale del principio, come quella del GRECO, *Contratto di lavoro*, cit., pag. 79, eccessivamente ispirata alla preoccupazione di garantire un formalistico assetto di interessi, e quella dell'ARDAU, *Sistema*, cit., pag. 91, che nega addirittura la possibilità per l'interprete di risalire a un criterio generale di trattamento, che tutt'al più potrebbe rinvenirsi solo per la retribuzione.

125 L'esigenza di considerare unitariamente l'operazione ermeneutica, fu prospettata in Italia per la prima volta, se non andiamo errati, dal PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1935, III, pag. 230 ss. L'invito dell'illustre giurista fu raccolto particolarmente dal BETTI, i cui fondamentali studi sono a tutti noti (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1955; *Le categorie civilistiche della interpretazione*, in *Riv. it. sc. giuridiche*, 1948, pag. 34 ss.); alla unità del processo interpretativo si richiama oggi buona parte della dottrina; per la quale v. particolarmente: GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici inter vivos (diritto civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, pag. 6 dell'estratto; CESSARI, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, cit., pag. 25 ss.; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., I, pag. 479.

126 In realtà, quando si parla di unitarietà del processo interpretativo non si vuol negare che esistano delle differenze in dipendenza dell'oggetto dell'attività ermeneutica. Si vuol soltanto cogliere l'identità della funzione e una certa unitarietà degli stessi criteri. Osserva esattamente il GRASSETTI, *op. cit.*, pag. 6, che si tratta pur sempre di determinare il contenuto giuridicamente rilevante di una volizione attraverso la manifestazione esteriore. Ugualmente da sottoscrivere ci sembra l'affermazione dell'illustre A. secondo la quale le asserite differenze del rapporto tra intenzione e formula, rispettivamente nella legge e nel contratto, non attengono ad una diversità di criteri e di funzioni, ma piuttosto al modo di esistenza della dichiarazione da interpretare.

127 Tradizionalmente, la dottrina lavorista tende ad una applicazione rigorosa ed esclusiva delle norme sulla interpretazione del contratto, anche in relazione al contratto di lavoro. E si vedano in questo senso gli AA. già richiamati nel nostro volume sul *Comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 75, nota 17; ai quali si aggiungano ora il CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., I, pag. 478 ss.; l'ARDAU, *Sistema*, ecc., cit., pag. 592; e la RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, ed. 1967, cit., p. 195.

Di recente, il problema è stato particolarmente approfondito dal GRAMICCIA, *Il favore del lavoratore nella interpretazione del contratto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1964, 6, (estratto); dal CESSARI, *Il favor*, ecc., cit., pag. 23 ss.; e dal BALZARINI, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, cit., pag.

Orbene, in tutte queste opinioni si annidano – a nostro avviso – diversi equivoci, di cui uno di fondo.

Per cominciare da quest'ultimo, converrà rilevare come sia stata anche di recente contestata la legittimità del richiamo alle sole regole codificate¹²⁸; e tale opinione appare meritevole di consenso per chiunque non voglia ridurre l'attività ermeneutica ad un'arida operazione di natura più o meno logica.

In fondo, alla base del contrasto, vi è proprio un diverso modo di considerare l'operazione interpretativa; per la quale – con i dovuti adattamenti per ciò che attiene ai contratti – valgono in ogni caso le considerazioni che più sopra abbiamo esposto in linea generale.

La ricerca del significato non è un mito, da realizzare sulla base di rigidi e formalistici criteri, ma è un'operazione di estrema delicatezza, che non si sottrae a quei concetti di sistematicità e di coerenza che improntano il procedimento ermeneutico unitariamente inteso. In questo senso, si è potuto affermare esattamente, che nell'interpretazione del contratto è presente anche la ricerca di coerenza tra l'intento pratico perseguito e la funzione economico-sociale tipica di quella autonomia¹²⁹. Il che significa che anche qui l'interprete non si limita alla conoscenza, ma esprime un giudizio, collegando la ricercata volontà delle parti allo schema tipico del contratto considerato ed alle vedute generali dell'ordinamento. Ma non per questo, si opera una confusione tra la ricerca del significato e la determinazione degli effetti, ché anzi le due operazioni restano distinte, proprio perché quei giudizi hanno ancora un carattere generale e non attengono alla vera e propria valutazione giuridica della fattispecie¹³⁰.

72 ss., tutti in posizione nettamente critica contro ciò che avevamo sostenuto nella monografia surricordata (pag. 74 ss.). In sostanza, pur con varia impostazione, questi AA. concordano nel sostenere: che non esistono altre regole applicabili oltre quelle di cui all'art. 1362 e segg.; che il principio di favore può tutt'al più incidere sul momento relativo alla disciplina degli effetti; che i principi generali non possono avere alcuna incidenza sulla interpretazione del contratto.

Sono queste le opinioni di cui ci occuperemo appunto nel testo, per cercare di dimostrarne la infondatezza e per chiarire ulteriormente il nostro pensiero.

128 Il CARRESI, ad esempio, *L'interpretazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pag. 555, afferma che oltre a quelle codificate esistono altre regole logiche di cui l'interprete deve tener conto, e formula alcuni esempi. Il BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, cit., pag. 471, sostiene che l'interprete può giovare anche di altre regole «razionali», purché non contrastino con ciò che prescrivono le norme legali. Infine, anche il PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, cit., pag. 58, afferma che la formalizzazione (delle regole) non può superare certi limiti e bisogna ammettere anche l'interferenza di altri elementi.

129 BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pag. 278.

130 Il CESSARI, *Interpretazione dei contratti collettivi*, cit., pag. 25, riconosce che l'operazione ermeneutica consiste nel determinare il significato della manifestazione di volontà secondo il parametro di valutazione dettato dall'ordinamento giuridico. Prescindendo per il momento dalla questione se tale parametro sia tassativo o meno, resta comunque fermo che le stesse regole dettate dalla legge per l'interpretazione presuppongono alcuni giudizi da parte dell'interprete, come meglio si vedrà in prosieguo.

Ma, anche a voler restare ancorati alle regole codificate, si tratta ugualmente di intendersi circa l'impiego da fare delle varie norme e circa la funzione che singolarmente e globalmente esse sono destinate a svolgere. In realtà, anche su questo punto, torna a rivelarsi quel contrasto di fondo, cui si era prima accennato, tra chi vede in queste regole una serie di aridi criteri che non offrono campo libero all'interprete e chi invece vi scorge una direttiva sostanzialmente aperta, pur nell'ambito del continuo riferimento al sistema positivo.

Basta pensare, a questo riguardo, alla importantissima funzione cui assolvono i precetti di cui agli artt. 1366, 1367, e 1369, che è quella in definitiva di costituire un utilissimo ponte tra l'operazione più immediatamente conoscitiva e l'esigenza logico-sistematica.

Imponendo l'interpretazione del contratto *secondo buona fede*, il legislatore non indica un criterio astratto, ma fornisce uno strumento di fondamentale importanza per interpretare l'atto non solo secondo la lettera, ma anche secondo lo spirito e con immediato riferimento a quelle idee ed a quelle concezioni che formano il contenuto della buona fede nel nostro diritto positivo, come si è cercato di dimostrare¹³¹.

Pur distinguendo tra interpretazione vera e propria e deduzione degli effetti il DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, cit., pag. 70, ammette che un momento valutativo esiste anche nell'interpretazione.

Bisogna peraltro chiarire che quando parliamo di «giudizi» dell'interprete, non intendiamo riferirci a quei giudizi di valore giuridico che in definitiva costituiscono un *posterius* rispetto alla ricerca del significato e perfino rispetto alla determinazione della fattispecie negoziale. Non intendiamo confondere le prime due fasi dell'operazione interpretativa con la determinazione degli effetti giuridici, ma semplicemente asserire che, fin dall'inizio l'operazione ermeneutica ha il carattere di un procedimento logico-giuridico (in questo senso, V. GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici inter vivos*, cit., pag. 903; e più ampiamente, in *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938, pag. 99 ss.; ma v. anche il nostro *Comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, pag. 51 ss.).

131 L'importanza della regola del 1366 è stata segnalata dal GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici inter vivos*, cit., pag. 906, il quale si è richiamato anche alla relazione al Codice che la definiva come «punto di sutura tra i due momenti dell'interpretazione».

Tuttavia l'effettiva portata del precetto sfugge se non si attribuisce un contenuto pregnante al principio di buona fede ed alla stessa regola enunciata dal 1366. Per il CARRESI, ad esempio, (*op. cit.*, pag. 566) la norma corrisponde ad un criterio «squisitamente etico» e già questo, in definitiva, si risolve in una limitazione; ma poi lo stesso A. sostiene che si tratta di un criterio da applicare solo quando non sia certa la effettiva comune intenzione delle parti. Tesi questa, che ci sembra smentita dalla stessa formulazione testuale e dalla stessa collocazione dell'art. 1366; manca qualsiasi riferimento alla situazione di dubbio esplicitamente indicata nelle disposizioni successive ed inoltre la collocazione della norma rivela l'intendimento del legislatore di estenderne la portata a tutte le fattispecie sottoposte all'indagine ermeneutica (in questo senso, ad es.: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1962, pag. 339; GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi inter vivos*, cit., pag. 906).

Stranamente, non si occupa dell'art. 1366 il GRAMICCIA, *op. cit.*, nonostante la sua pedissequa fedeltà alle regole codificate. Il SIMI, invece (*Il favor*, ecc., cit., pag. 189) assegna alla norma il ruolo che le spetta, rilevando esattamente che proprio attraverso di essa i principi generali

Se la buona fede non viene ristretta nell'antica concezione di semplice canone di lealtà e di impegno di collaborazione, ma viene inquadrata nell'ambito dei principi solidaristici e personalistici del nostro sistema positivo, la regola di cui all'art. 1366 viene a rappresentare immediatamente un mezzo di collegamento tra l'autonomia privata e il modo con cui la considera l'ordinamento, e quindi fornisce un criterio non più arido ma sostanzialmente aperto, per la ricerca del reale significato del negozio¹³².

Ad una funzione ancora più ampia assolve poi l'art. 1369, che taluno ha posto in correlazione con l'art. 12 delle Preleggi¹³³.

In effetti, quale significato può attribuirsi a quella direttiva di intendere le espressioni dubbie nel senso più conveniente «alla natura ed all'oggetto del contratto» se non quello di introdurre nell'operazione ermeneutica il riferimento necessario allo schema tipico, così come è complessivamente definito

entrano nell'operazione ermeneutica. Di questo A. va segnalata anche la corretta impostazione data al problema della buona fede, che il Simi vede inquadrata nell'ambito del principio generale di solidarietà, adeguatamente corretto per effetto dei nuovi principi costituzionali (particolarmente pag. 189 ss.).

Va infine ricordato che anche AA. che aderiscono alla tesi della esclusiva applicabilità delle norme sull'interpretazione del contratto, rilevano tuttavia la particolare importanza – per il contratto di lavoro – dei principi della buona fede e della conservazione (MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano*, cit., pag. 327 ss.).

La giurisprudenza tende, abbastanza apoditticamente, a ritenere applicabile l'art. 1366 soltanto alle ipotesi in cui permangano dubbi sulla portata degli accordi (Cass. 10 giugno 1961, n. 1361, in *Giust. civ. Rep.*, 1961, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 247; *Id.* 19 dicembre 1957, n. 4756, *ivi* 1957, n. 430).

132 Appare già più estensiva la concezione del BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pag. 296, secondo cui la buona fede deve essere utilizzata anche come strumento per interpretare il precetto contrattuale «non già secondo la lettera ma secondo lo spirito». Tuttavia si deve andare ancora oltre, riconoscendo alla buona fede quel contenuto positivo che la dottrina civilistica più moderna ha cercato validamente di individuare (da ultimo: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1964, ed. p., pag. 83). Benché questo A. riferisca la b.f. all'integrazione del contratto, le sue ricerche e le conclusioni assai importanti cui perviene sono utilizzabili anche ai fini del problema di cui ci occupiamo. Molto importanti ci sembrano le considerazioni del CESSARI, *Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro*, cit., secondo il quale la valutazione dei comportamenti a stregua di buona fede e correttezza non ha più come punto di riferimento il comportamento medio del buon padre di famiglia, ma «quello che avrebbe dovuto tenere il soggetto in concreto, se avesse obbedito alle garanzie sostanziali di rispetto dell'altro soggetto del rapporto». Considerazioni come questa aprono ovviamente nuovi orizzonti a tutta l'attività interpretativa.

133 Il CARRESI, *op. cit.*, pag. 559, ravvisa tale correlazione nel riferimento alla interpretazione letterale. Ma in tal modo, la portata della disposizione viene ristretta e si perde di vista il significato del riferimento alla natura ed all'oggetto del contratto. A nostro avviso, si tratta di una regola oltremodo importante e con ogni probabilità, assai sottovalutata. Il Carresi dice che si tratta di un principio pacifico, come è dimostrato dal fatto che non sono mai sorte controversie sulla sua applicazione. C'è da temere, invece, che l'apparente concordia di opinioni riveli soltanto un notevole disinteresse verso questo precetto.

dall'ordinamento, e quindi alla stessa funzione economico-sociale che lo ha reso meritevole di tutela?¹³⁴.

Per restare alla nostra materia, non vi è dubbio che la natura e l'oggetto¹³⁵ del contratto di lavoro, cui l'interprete dovrà fare riferimento, non sono altro che quelli che risultano dal modo globale con cui questo contratto è disciplinato nel sistema e quindi da tutte quelle regole generali, da quei principi e da quelle disposizioni specifiche che ne delimitano lo schema, evidenziando altresì la considerazione ad esso dedicata dall'ordinamento positivo.

Sia nell'ipotesi dell'art. 1366 che in quella dell'art. 1369, risulta evidente il riferimento ai principi generali del sistema e l'obbligo per l'interprete di tenerne conto: nel primo caso, infatti, essi concorrono a determinare la nozione di buona fede, mentre nel [secondo] contribuiscono a stabilire con esattezza quali siano la natura e l'oggetto del contratto considerato, secondo le vedute generali dell'ordinamento.

Ed allora si dovrà già ammettere che il principio di tutela del prestatore di lavoro entra necessariamente nella fase ermeneutica attraverso i due canali indicati, imponendo all'interprete – ogni volta che vi sia necessità di un'indagine più approfondita – di ricercare quel significato dell'atto che sia più corrispondente alla garanzia generale apprestata dal sistema ed operante anche in questa fase attraverso i due distinti criteri della valutazione a stregua di buona fede e della valutazione in aderenza allo schema tipico.

134 Secondo il SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, pag. 229, l'art. 1369 richiede che nelle espressioni con più sensi si preferisca il significato più conveniente all'intento tipico, cioè alla causa del negozio, o al suo oggetto. Veramente, la dizione del 1369 è più ampia, perché il riferimento alla «natura» del contratto sembra postulare il richiamo a tutti gli elementi che compongono o definiscono la fattispecie tipica, così come considerata nell'ordinamento positivo. In questo senso, si veda, ad esempio, il GRASSETTI, *La natura dei fatti e l'interpretazione del testamento*, in *Foro it.*, 1940, I, 575, e successivamente, *Interpretazione dei negozi mortis causa*, in *Novissimo Digesto italiano*, 1962, VIII.

Il GRAMICCIA si avvicina alla soluzione corretta del problema, osservando che il criterio dell'art. 1369 potrebbe fungere da tramite tra il piano normativo e quello ermeneutico, rendendo su quest'ultimo operante il principio di favore (*op. cit.*, pag. 30). Tuttavia, l'A. formula alcune perplessità, che appaiono scarsamente fondate e ancor più scarsamente dimostrate.

Alcuni accenni alla rilevanza del 1369 agli effetti di cui ci occupiamo, si reperiscono nel BARASSI, *Diritto del lavoro*, cit., I, pag. 176, che fa riferimento alla «materia» del contratto, e nel CESSARI, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, pagg. 84 e 85, sia pure in forma problematica.

135 Se oggetto del contratto di lavoro è la prestazione dovuta dal lavoratore, non è possibile considerarla in un ambito puramente restrittivo, senza far riferimento alle sue caratteristiche peculiari ed a quelle modalità di attuazione che la collegano, nel modo già visto, alla stessa persona dell'obbligato. Per cui, anche sotto questo profilo, il principio di tutela entra necessariamente in giuoco, imponendo una valutazione aderente al modo con cui la prestazione stessa è apprezzata dal sistema.

Ma il sistema fornisce anche l'indicazione di un terzo canale attraverso il quale il principio può calarsi; si tratta dell'*art. 1367 c.c.* che inserisce nell'operazione ermeneutica una valutazione degli effetti dell'atto¹³⁶.

Ci è ben presente la diversa portata di questo criterio rispetto al principio di conservazione riferito alla efficacia giuridica del negozio¹³⁷; ma non sembra che ciò basti a giustificare certe affrettate conclusioni, secondo le quali da questa norma non potrebbe scaturire alcun elemento a favore dell'applicabilità del principio di tutela¹³⁸. Benvero, quale che sia la soluzione da dare al dibattuto problema se il 1367 imponga di individuare in concreto il massimo risultato utile oppure invece si limiti ad esigere una soluzione che realizzi l'equo temperamento degli opposti interessi¹³⁹, ci sembra evidente che l'interprete è chiamato a compiere una valutazione, nella quale entrano componenti extratestuali e deducibili comunque secondo le vedute generali dell'ordinamento. Il quale, come si è visto più volte, non tende soltanto ad un formale assetto di interessi, ma vuol predisporre una sostanziale garanzia di realizzazione degli interessi meritevoli di tutela.

Ed allora, il massimo risultato utile non è solo quello ritenuto tale dalle parti, ma anche e soprattutto quello che si ritiene più corrispondente allo spirito generale della normativa, entro il quale è legittimata a svolgersi l'autonomia privata. Parimenti, l'equo temperamento degli opposti interessi non può che considerarsi alla stregua della valutazione che di essi fa lo stesso ordinamento e

136 Secondo il CARRESI, *op. cit.*, pag. 561, questa norma è pleonastica, perché anche senza di essa l'interprete dovrebbe ugualmente giungere alla conclusione del mantenimento del contratto. È vero che il principio di conservazione ispira l'intero ordinamento, ma il precetto in esame serve ad introdurlo, con modalità specifiche, nella sede ermeneutica. E la stessa formulazione testuale giova a chiarire la distinzione cui si accennerà più oltre.

137 La dottrina ha ben chiarito questo punto: GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, IX, n. 176; CESSARI, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, cit., pag. 185 ss.; e [ID.] *Il favor*, ecc., cit., pag. 14, nota 35 e 15 ss.; BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pag. 311.

Ed ha ragione il GRAMICCIA, *op. cit.*, pag. 14, nota 51, quando osserva che la distinzione dimostra ulteriormente la diversità del piano su cui operano la disciplina dell'interpretazione e quella degli effetti giuridici.

138 Così afferma, molto perentoriamente (e sinteticamente), il GRAMICCIA, *op. cit.*, pag. 14.

139 Si tratta di una controversia assai nota nella quale lo SCOGNAMIGLIO, *I contratti in generale*, Milano, 1961, pag. 181, si è schierato a favore della prima tesi, mentre OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva nel negozio giuridico*, Bologna, 1943, pag. 15 ss., e CARRESI, *L'interpretazione del contratto*, cit., pag. 562, propendono per la seconda. Non è il caso di approfondire la questione (sulla quale v. anche CESSARI, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, cit., pag. 180 ss.), perché, a nostro avviso, l'una e l'altra tesi giovano ugualmente a consentire il richiamo al principio generale di tutela. Comunque, la giurisprudenza propende a favore della tesi secondo la quale l'*art. 1367* impone di scegliere l'interpretazione del contratto che abbia un effetto e non già di scegliere, tra due interpretazioni possibili, quella che importi effetti maggiori (Cass. 26 settembre 1958, n. 3041, in *Giust. civ. Mass.*, 1958, 1082; App. Firenze, 7 aprile 1956, *ivi*, Rep. 1956, voce «*Obbligazioni e contratti*», n. 443).

del modo con cui li considera più o meno rilevanti, sul piano individuale e sul piano generale.

Ci sembra chiaro, allora, che l'art. 1367 costituisce un ulteriore punto d'incontro tra l'intento pratico delle parti e le vedute generali dell'ordinamento; e l'operazione interpretativa dovrà appunto svolgersi anche sulla base degli orientamenti che da queste ultime (espresse nei principi generali) logicamente si desumono.

Si potrebbe infine far riferimento all'art. 1371, che nella formulazione di una regola finale, contiene il richiamo all'equo contemperamento degli interessi delle parti, per i contratti a titolo oneroso¹⁴⁰.

Nel quadro dell'esigenza di un assetto sostanziale di questi interessi, la stessa equità può assumere un colorito ed un contenuto assolutamente nuovi. E le considerazioni già formulate a proposito dell'art. 1367, possono giovare anche a risolvere i perduranti contrasti sul punto.

Vero è che si obietta che, corrispondendo ad una esigenza di concretezza, il giudizio di equità non potrebbe mai essere vincolato ad una determinata scelta ermeneutica¹⁴¹. Ma il riferimento al giudizio da darsi in concreto, non può svincolare l'interprete da quelle direttive di carattere generale, cui deve pur sempre attenersi. Sotto questo profilo, c'è da chiedersi se l'equità sia rimasta immutata oppure abbia subito delle trasformazioni ad opera della nuova impostazione dell'intero sistema positivo.

140 Di questo aspetto si è occupato ampiamente, di recente, il SIMI, *Il favor dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, cit., pag. 197 ss., con un'impostazione sostanzialmente originale. Secondo l'A., i rapporti tra l'equità e i principi costituzionali sono evidenti, al punto che la prima ne è rimasta non solo rafforzata, ma trasformata. Sicché l'interprete, nella determinazione equitativa, dovrebbe tener presente che il legislatore avrebbe dovuto dare attuazione, nel richiamarsi alla equità, ai principi costituzionali o almeno non contraddirli. Il Simi riconosce che le ipotesi in cui è ammesso il giudizio di equità, nel diritto del lavoro, sono assai limitate; ma aggiunge che il richiamo all'equità, contenuto nell'art. 1371, implica il riferimento allo spirito protettivo di tutto il diritto del lavoro.

Con le impostazioni di questo A. si può in definitiva consentire, non senza avvertire peraltro una certa sopravvalutazione della funzione dell'equità, che in effetti – come pur è stato rilevato di recente (RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pag. 170 ss.) – è assai ridotta. È per questo che non riteniamo di dedicare a questo problema se non alcuni accenni assai rapidi, a titolo puramente indicativo di una tendenza.

141 Il GRAMICCIA, *Il favor del lavoratore nella interpretazione del contratto individuale di lavoro*, cit., pag. 21, dedica all'argomento del 1371 un'ampia indagine, con conclusioni radicalmente negative sul punto di cui ci occupiamo.

Per altre considerazioni specifiche, v. anche: CESSARI, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, cit., pag. 212; GRASSETTI, *Interpretazione dei negozi giuridici inter vivos*, cit., pag. 13; secondo questi due AA. l'art. 1371 fissa il principio del *favor debitoris*, anche per i negozi a titolo oneroso, sia pure sotto il profilo dell'equo temperamento degli interessi. In senso nettamente contrario, invece, il CARRESI, *L'interpretazione del contratto*, cit., pag. 565, secondo il quale col richiamo fatto dall'art. 1371 al contemperamento equitativo si è voluto escludere, per i contratti onerosi, l'applicabilità del criterio di *favor debitoris*. Cfr. anche: Cass. 29 gennaio 1960, n. 111, in *Giust. civ.*, Rep. 1960, voce «*Obbligazioni e contratti*», n. 212.

È stato sostenuto di recente che i principi costituzionali hanno modellato *ex novo* la stessa equità, mirando a realizzare anche nel suo ambito quella sostanziale uguaglianza che è lo scopo di tutto l'ordinamento¹⁴². Nello stesso tempo, invece, si è ribadita la tesi che sostiene che l'equità si pone tra l'autodeterminazione dei privati e la determinazione legale, comportando una valutazione il più possibile aderente all'interesse regolato¹⁴³. Bisogna peraltro riconoscere che anche questo assunto introduce un elemento valutativo, attinente al modo con cui l'ordinamento apprezza determinati interessi.

Per cui, può ammettersi che anche per questa via – che tuttavia è assai secondaria, sia per il fatto di essere indicata da una regola «finale», sia per il limitato riferimento normativo all'equità¹⁴⁴ – il principio di tutela trova ingresso nella fase ermeneutica, con tutte le cautele e le riserve che derivano dalla necessità di riscontrare in concreto se sussistano o meno i presupposti di fatto per la sua applicazione¹⁴⁵.

Ci si potrebbe dunque fermare a questo punto, paghi di aver fornito alcune sommarie indicazioni da cui può desumersi che le stesse regole codificate per

142 SIMI, *op. cit.*, pag. 224 ss. Pur senza riferirsi alla equità, il CESSARI, *Tradizione e rinnovamento nel diritto del lavoro*, cit., ha recentemente – e molto bene – posto in luce le trasformazioni subite dalla tradizionale parità giuridico-formale. L'A. osserva che si va rafforzando l'idea che l'interesse individuale può essere subordinato a un interesse più generale, o *alla garanzia di rispetto altrui*; più oltre, con specifico riferimento al diritto del lavoro, il Cessari osserva – e ancora una volta ci sembra che l'impostazione debba essere decisamente condivisa – che l'idea cardinale attraverso la quale esso ruota sta proprio nella preoccupazione di equilibrare sotto il profilo contenutistico, la soddisfazione *sostanziale* degli interessi delle parti.

143 Così si esprime il RODOTÀ, *op. cit.*, pag. 180, il quale peraltro afferma che la misura propria della valutazione equitativa non può riguardare un migliore equilibrio degli elementi predisposti fra le parti, equilibrio cui il giudice può contribuire unicamente applicando la normativa di correttezza. Sui rapporti tra valutazione equitativa e valutazione di correttezza, si veda invece quanto sostiene il ROMANO SALV., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, Napoli, 1954, p. 106.

144 Come si è già accennato, il RODOTÀ, *op. cit.*, pag. 169, sostiene che l'equità ha perduto buona parte della sua funzione generale, soprattutto per effetto del ricorso sempre più frequente al metodo normativo delle clausole generali.

Sulla funzione dell'equità ai fini interpretativi, v. comunque: DE MARINI, *Il giudizio d'equità nel processo civile*, Padova, 1957, pag. 203 ss. Alcune interessanti considerazioni sull'equità, in rapporto al diritto del lavoro, si trovano nello studio del ROMAGNOLI, *La tutela sindacale contro i licenziamenti individuali, nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, pag. 1439 ss.

145 In realtà, di questo avvertimento non vi sarebbe neppure bisogno, perché è certo che il richiamo al principio di tutela non ha valore assoluto e che i presupposti per la sua applicazione debbono essere sempre verificati in concreto. In questo senso va rettificata l'impostazione del GRAMICCIA, *op. cit.*, pag. 26, che sente il bisogno di chiarire che in sede di giudizio equitativo il principio non potrebbe mai atteggiarsi come direttiva rigida per l'interprete; in nessun caso – e non soltanto nel giudizio equitativo – è possibile parlare di una direttiva «rigida», a meno di svalutare completamente la funzione dell'interprete.

l'interpretazione del contratto consentono ed anzi impongono il riferimento al principio di tutela.

Ma l'assiomaticità di alcune impostazioni critiche della dottrina induce a procedere oltre nell'indagine per chiedersi se davvero i principi generali abbiano bisogno di quei canali per operare nel diritto privato e più specificamente nel momento interpretativo¹⁴⁶.

A questo problema abbiamo già ripetutamente accennato, nel tentativo di dimostrare – a proposito di questioni specifiche – quanto poco si giustifichi oggi la resistenza ad attribuire ai principi generali il dovuto rilievo anche nei confronti delle categorie civilistiche. Abbiamo chiarito altresì che i civilisti più agguerriti riconoscono già che i principi generali e specialmente quelli costituzionali hanno un significato di estremo rilievo proprio al fine di definire lo stesso oggetto della loro conoscenza. Sono gli stessi civilisti che pongono in evidenza in qual modo già i principi costituzionali hanno inciso sul diritto civile, operando non solo dall'esterno, ma anche all'interno delle categorie, degli istituti, delle situazioni soggettive.

Basterebbero già queste considerazioni a far apparire come privo di fondamento il tradizionale argomento secondo cui, in mancanza di una norma come quella dell'art. 12, il richiamo ai principi generali non sarebbe consentito in sede di interpretazione del contratto.

Se i principi hanno una tale portata da modificare, perfino dall'interno, gli istituti e le situazioni, come è possibile che l'interprete possa prescindere da tutto questo, nell'impostare la propria attività? Come potrà individuare esattamente il significato di un atto, inteso nel modo globale, sistematico e coerente di cui si è detto, se lo considererà come avulso da tutto il resto e non si preoccuperà minimamente del modo con cui l'ordinamento già valuta i comportamenti dei soggetti pubblici e privati?

Se l'organica unità dell'ordinamento fornisce la chiave per risolvere il problema delle garanzie specifiche, nel loro atteggiarsi nei vari rapporti, ed indica il metro di valutazione di tutti i comportamenti, è chiaro che l'interprete dovrà preoccuparsi di inquadrare in questo ambito la propria attività, servendosi di quella unità di misura che appunto l'ordinamento nel suo complesso

146 L'affermazione che i principi generali non possono essere utilizzati in sede d'interpretazione del contratto è talmente diffusa che spesso non si ritiene neppure necessario di fornirne la dimostrazione. Così, il CESSARI, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, cit., pag. 84, lo sostiene abbastanza recisamente, negando la possibilità di riconoscere ad essi il valore di regole ermeneutiche da affiancare a quelle espressamente previste dal Codice; non diversamente il GRAMICCIA, *Il favor del lavoratore nella interpretazione del contratto individuale di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1964, fasc. 6, pag. 11 dell'estratto, sostiene che i principi generali, in sede di interpretazione del contratto, possono venire in considerazione solo come indirizzo cui dovrebbe orientarsi tendenzialmente l'autonomia negoziale; conforme, da ultimo il BALZARINI, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, cit., pagg. 73-74.

gli fornisce¹⁴⁷. Altrimenti, ogni indagine sul momento intrinseco dei rapporti e delle stesse situazioni soggettive gli sarà preclusa o quanto meno sarà sterile, quando non lo condurrà addirittura a risultati aberranti¹⁴⁸.

Si è visto come il sistema del diritto del lavoro si basi su alcuni presupposti di fatto e su determinate concezioni, facilmente individuabili anche sul piano ideologico: si presume, ad esempio, una situazione di menomazione permanente del prestatore di lavoro, tale da incidere perfino sulla sua libertà di determinazione (arg. *ex* articolo 2113 c.c.). Ebbene, quando l'interprete dovrà stabilire il significato di un comportamento tenuto dal prestatore, non potrà prescindere da quella valutazione generale già fatta dal legislatore e dallo stesso modo con cui quest'ultimo ha ritenuto di provvedere per istituire una garanzia specifica a favore del soggetto «menomato».

Una siffatta considerazione – che si risolve in definitiva nel tener conto anche del principio generale più volte ricordato – non influisce solo sulla fase di determinazione degli effetti, ma in realtà si impone assai prima, cioè quando si tratta ancora di ricercare il significato del comportamento¹⁴⁹.

147 In questo senso, va rettificata una nostra precedente affermazione (*Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 58) secondo la quale il principio di tutela «costituisce anche uno specifico canone interpretativo». In effetti, l'espressione ha tradito il pensiero, che era ben diverso, come del resto risulta dallo stesso studio (pag. 77). Ciò che si voleva affermare, infatti, è solo che determinati principi generali (fra cui quello considerato) influenzano l'opera dell'interprete, indicandogli la via da seguire e fornendogli l'unità di misura per apprezzare le concrete situazioni; in questo senso, essi permeano di sé l'attività interpretativa, al punto da qualificare gli stessi strumenti ermeneutici e da imporre una utilizzazione variabile degli stessi canoni legali di interpretazione.

148 Si è già visto (nota 129) che il BETTI si richiama esattamente all'esigenza per l'interprete di ricercare la coerenza tra l'intento pratico perseguito dalle parti e la funzione economico-sociale tipica del negozio. Ancora più esplicitamente, il FINZI, *Riflessi privatistici della Costituzione*, cit., pag. 35, ha precisato che a seguito della nuova Costituzione, i rapporti privatistici vanno interpretati alla luce dei nuovi principi e nei limiti di questi; e il MORTATI ha dimostrato che un principio generale (costituzionale) può valere come criterio di interpretazione di norme o rapporti (*Il lavoro nella Costituzione*, cit., pag. 162).

Affermazioni assai recise sulla funzione dei principi generali anche per la valutazione dei comportamenti dei soggetti privati, sono state formulate dal NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 34) e dal CRISAFULLI, *La Costituzione e le disposizioni di principio*, cit., pag. 17 ss.).

Il LAUFKE, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, in *Festschrift für H. Lehmann*, Berlin, 1956, I, pag. 146 ss., ha rilevato la tendenza tra i civilisti tedeschi a ritenere che le disposizioni costituzionali operano anche come mezzi di interpretazione nel diritto civile. Altri accenni a queste tendenze anche in WALLMEYER, *op. cit.*, pag. 33 ss.

149 Cercheremo di spiegarci meglio con un esempio. Si faccia l'ipotesi di un lavoratore che continui a prestare la propria opera nonostante il mutamento *in pejus* delle mansioni. Che cosa deve fare l'interprete? Anzitutto stabilire che cosa significhi quel comportamento, se cioè esso sia concludente o meno; in secondo luogo, qualificarlo giuridicamente (accettazione tacita? rinuncia a far valere i propri diritti? ecc.); infine, valutarne gli effetti, per stabilire se esso sia valido o meno.

In sostanza, l'incidenza del principio ai fini della valutazione degli effetti è soltanto più evidente; ma ciò non esclude affatto che esso debba essere utilizzato, in modo più o meno diretto, in tutte le fasi dell'attività ermeneutica. E questo è veramente il punto.

Alcuni Autori hanno ritenuto di poter criticare siffatte impostazioni, partendo dal presupposto che esse dovrebbero servire – nell'intendimento di chi le sostiene – per attribuire una protezione più intensa al prestatore di lavoro¹⁵⁰. In realtà, l'argomento va del tutto capovolto, poiché ciò che si attribuisce come intenzione, non è che l'effetto, il corollario di un'impostazione rigorosamente giuridica. Non si parte cioè dall'esigenza di tutelare il prestatore di lavoro, per poi cercare di piegare a questa tutti gli strumenti giuridici; ma dal presupposto incontestabile dell'esistenza di un principio generale di garanzia e di tutela si traggono tutte le necessarie conseguenze, fra le quali emerge quella di ritenerlo operante in ogni momento, in ogni fase dell'attività giuridica.

Ed è solo questa impostazione che ci sembra corrispondere da un lato alla logica del sistema, dall'altro alle più moderne vedute in tema di principi generali e di operazione ermeneutica¹⁵¹.

Si tratta di tre operazioni distinte, anche se fra loro collegate. Ebbene, noi sosteniamo che il principio di tutela dovrà essere tenuto presente costantemente dall'interprete, fin dalla prima fase. Per ricercare il significato del comportamento e stabilire se esso sia univoco o meno, egli non potrà obliterare il principio generale fondato sul presupposto della menomazione economica e morale del lavoratore dipendente; la valutazione già fatta dall'ordinamento, in linea generale, gli servirà in sostanza per procedere con particolare cautela e per risolvere adeguatamente (in senso favorevole al lavoratore), in caso di dubbio, la fattispecie concretamente considerata. Il principio costituirà dunque una direttiva per l'indagine da svolgere ed imporrà successivamente una scelta qualora il dubbio permanga.

150 Queste preoccupazioni metagiuridiche ci sono state attribuite prima dal GRAMICCIA, *op. cit.*, pag. 32, e successivamente dal CESSARI, *Il favor verso il prestatore di lavoro*, cit., pag. 24, il quale ha affermato che l'equivoco consiste nel ritenere che l'utilizzazione di regole ermeneutiche non autonome o non speciali rispetto a quelle ordinarie, equivalga a privare di sufficiente considerazione gli interessi dei prestatori d'opera. A dire il vero, se equivoco c'è, non è il nostro. L'affermazione secondo la quale, tra più soluzioni possibili, si deve scegliere quella più favorevole al prestatore (*Il comportamento concludente*, ecc., pag. 75 ss.) scaturiva da una serie di premesse d'ordine strettamente giuridico, sia sulla natura della operazione ermeneutica che sull'esistenza di principi generali propri del diritto del lavoro. Nessun accenno, in questa impostazione, alle preoccupazioni che i predetti AA. ci attribuiscono, ma solo un ragionamento che può anche essere errato, ma era e voleva essere soltanto di natura logico-giuridica. Del resto, in un suo precedente studio (*L'interpretazione dei contratti collettivi*, cit., pag. 207, nota 77) il CESSARI aveva ritenuto di poter concordare con la nostra opinione almeno nel senso che «i problemi ermeneutici possono acquistare particolari riflessi in sede di interpretazione del contratto individuale di lavoro».

Si può dunque sgombrare il campo da ogni equivoco (e v. a questo riguardo il chiarimento di cui alla nota 141) e riprendere, con l'amico Cessari, l'interessante discussione sui «particolari riflessi» in esame.

151 Recentemente, lo SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, Napoli, 1965, pag. 215 ss., è parso avvicinarsi a queste impostazioni, affermando che non è da escludere che l'apparato protettivo

Il formale ossequio alla sostanziale unitarietà del procedimento interpretativo si rivela sterile quando, in concreto, non se ne colgono tutte le necessarie implicazioni. Allo stesso modo, il ripetuto riconoscimento della rilevanza dei principi generali (e soprattutto di quelli costituzionali) si risolve in una sostanziale svalutazione della loro efficacia, nel momento stesso in cui li si vuole confinare in un ambito ristretto, ben poco lontano dall'antica funzione di direttiva per il legislatore.

A nostro avviso, quando si riconosce l'esistenza di un principio generale, si è tenuti ad attribuirgli la portata più estesa ed a riconoscergli la funzione preminente di costituire un criterio guida per tutti i soggetti, dal legislatore all'interprete e fino agli stessi individui nel loro quotidiano operare. Solo così si conferma quanto si è già riconosciuto più volte circa l'organicità e la coerenza del sistema e circa l'imperiosa esigenza, per tutti, di adeguare il proprio comportamento alle vedute generali dell'ordinamento e quindi, in definitiva, alle finalità essenziali che esso persegue ed alle quali subordina spesso la stessa possibilità, per i singoli, di realizzare i propri interessi.

Da questa visione globale scaturisce, ancora una volta, l'importanza decisiva del principio di tutela del prestatore di lavoro, anche al fine di rendere più aperto il sistema giuridico e di consentirne il costante adeguamento alle esigenze della vita sociale. Esso fornisce il criterio più rilevante per garantire quell'assetto *sostanziale* degli interessi cui tende l'ordinamento, al di là di ogni aspetto meramente formale e di ogni finzione giuridica¹⁵².

intervenga anche in sede interpretativa, nei limiti dell'esigenza di fedeltà [a]lla norma positiva. Tuttavia, alcune affermazioni successive dell'A. riducono la portata dell'impostazione generale, poiché egli riconduce tutto all'art. 1362, affermando che l'inferiorità del prestatore agirà non come principio di favore, ma come valutazione normativa di una situazione sociale (pag. 216). Procedendo per questa strada ed assegnando al 1362 una funzione ristretta e pressoché esclusiva (perché, ad esempio, non richiamarsi anche al 1369?) l'A. finisce per concludere che il dato della complessiva inferiorità non serve ad altra funzione che a quella di acclarare l'esistenza di un contratto di lavoro. E in questo consiste, a nostro avviso, la dimostrazione più evidente della frattura che si crea tra le premesse e le conclusioni cui si perviene.

Più coerente ci sembra l'impostazione del SIMI, *Il favor dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, cit., pag. 169 e 186, che costruendo il *favor* come una tendenza dell'intero sistema, ne ammette l'ingresso anche nell'operazione ermeneutica, affermando altresì che le norme che regolano l'interpretazione del contratto vanno inserite nel solco della evoluzione costituzionale.

152 In questo senso si esprime molto correttamente il SIMI, *Il favor*, ecc., cit., pag. 233 ss., che è uno dei pochi A. che assegnino al principio una funzione veramente globale.

Capitolo VI.

La persona del prestatore e il rapporto di lavoro

Sommario: 1. Esclusione della natura fiduciaria dal rapporto. – 2. Esclusione della natura personale. – 3. Precisioni sul carattere «misto» (di elementi patrimoniali e personali). – 4. Lo scambio e il rilievo giuridico della persona del prestatore.

1. Esclusione della natura fiduciaria dal rapporto

Giunti al termine dell'indagine, si possono trarre le fila del ragionamento svolto e delle ricerche effettuate, considerando le incidenze che il rilievo giuridico della persona del prestatore ha sulla stessa natura del rapporto di lavoro. In realtà nello stesso svolgimento del nostro studio sono emersi elementi sufficientemente chiarificatori; per cui ci limiteremo ad operare qui una sintesi conclusiva, con l'aggiunta di qualche ulteriore chiarimento per alcuni aspetti particolari.

Non sembra tuttavia che si debba aggiungere alcunché a quanto già dimostrato nella prima parte del volume, circa l'infondatezza della tesi tuttora predominante secondo la quale il contratto di lavoro è contrassegnato dall'*intuitus personae* e dalla fiducia.

Si è visto come questa concezione non regga all'analisi del rapporto di lavoro e delle varie fasi di esso, dovendosi ormai escludere che dei cennati connotati possa parlarsi se non in determinate fattispecie, nelle quali la volontà delle parti o la particolare natura della prestazione dovuta hanno introdotto, inserendola nello schema tipico, una peculiare considerazione della persona.

Alla tradizionale impostazione secondo la quale il rapporto di lavoro si fonda su un presupposto fiduciario tipico e costante, va dunque sostituita – a nostro avviso – una distinzione netta tra la fattispecie tipica del contratto di lavoro, nella quale l'*intuitus* è assente, e alcune particolari ipotesi che si identificano sostanzialmente in quelle che la dottrina tedesca designa come «*di fiducia particolare*».

Gli effetti caratteristici determinati dalla presenza dell'*intuitus* e della fiducia vanno dunque ricollegati esclusivamente a questi ultimi rapporti, con le modalità che sostanzialmente abbiamo cercato di delineare: solo in questi casi vengono in rilievo la infungibilità della prestazione, la qualificazione o accentuazione di alcuni obblighi delle parti, la disciplina dell'errore sulla persona

ed infine una particolare determinazione del contenuto della giusta causa di recesso.

Va ribadito ancora una volta che estendere questi effetti giuridici, dalle ipotesi particolari cui necessariamente ineriscono, allo schema tipico del contratto e del rapporto, è sostanzialmente arbitrario e non trova riscontro nella normativa, così come nella stessa realtà effettuale, che ormai fornisce un'immagine pressoché costante di rapporti sostanzialmente «personalizzati» o, se si preferisce, di serie.

2. Esclusione della natura personale

La seconda conclusione cui conduce l'indagine svolta è parimenti di carattere negativo, nel senso cioè che si deve escludere che il particolare rilievo giuridico della persona del prestatore possa estrarre il rapporto di lavoro dall'ambito dei rapporti patrimoniali, per inserirlo nel novero di quelli personali.

A dire il vero, la dottrina italiana si è mostrata scarsamente incline a concezioni siffatte; in definitiva, soltanto il Mossa¹ e, in un primo momento, il Pergolesi² aderirono alla tesi della struttura personale del rapporto di lavoro. Ed è sintomatico il fatto che mentre il primo basò il proprio convincimento su presupposti fondamentalmente metagiuridici, il secondo lo abbandonò ben presto, per passare su posizioni sostanzialmente diverse³. Né avrebbe potuto essere diversamente, ove si consideri che né il Codice del 1865, né quello del 1942 hanno fornito il più modesto indice a sostegno di siffatti orientamenti, incoraggiando invece la costruzione del rapporto di lavoro su un piano rigorosamente patrimoniale e obbligatorio⁴.

1 *Diritto del lavoro*, Pisa, 1923, pag. 10 ss.

2 *Lineamenti fondamentali del diritto del lavoro*, in *Rass. bibl. sc. giuridiche*, 1928, pag. 223 ss.

3 Nei più recenti saggi, infatti, il PERGOLESI nega la natura personale del rapporto di lavoro e sostiene che in esso sono solo presenti alcuni elementi personali accanto a quelli tipicamente patrimoniali (*Lineamenti sistematici del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, pag. 259 ss.; *Introduzione al diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da BORSI E PERGOLESI, Padova, 1960, I, pag. 263 ss.).

4 D'altronde, per la dottrina italiana, rapporti personali sono «quelli che implicano un potere sulla persona, oggetto di relazione, insuscettibili di valutazione economica ed intrasmissibili» (PERGOLESI, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., pag. 263) o ancora più chiaramente, quelli il cui oggetto è costituito dalla persona (da ultimo: PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 27, ed AA. richiamati ivi, nota 55); ne deriva logicamente la impossibilità di includere nella categoria il rapporto di lavoro, per tutte le considerazioni già ampiamente svolte.

Vero è che queste concezioni hanno invece avuto fortuna in altri Paesi⁵ e specialmente in Germania, dove sono tuttora largamente predominanti⁶. Ma proprio l'indagine – sia pur sommaria – sul modo con cui oltralpe si perviene a tali conclusioni convince della assoluta impossibilità di inserirle nell'ambito della nostra esperienza giuridica.

È a tutti noto, infatti, che esse traggono – in Germania – la propria origine da una tradizione costante, che si ricollega ad antichissimi istituti, tra i quali emerge quello del *Treudienstvertrag*. In definitiva, pur nell'evoluzione della società e dello stesso diritto, il presupposto tradizionale non è mai stato del tutto abbandonato. E lo stesso regime nazionalsocialista – accentuando gli elementi personali del rapporto e la struttura autoritaria dello stesso – non scoprì nulla di nuovo e non fece altro che proseguire, con i necessari mutamenti, in una strada in certo modo tipica⁷.

5 Sono state accolte, ad esempio, da una parte non trascurabile della dottrina francese.

Così, il RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1952, II, pag. 923 ss., afferma che chi stipula un contratto di lavoro si pone sotto l'autorità di un altro, consacrandogli il suo tempo, la sua intelligenza, la sua attività, la sua forza fisica, le sue qualità morali. Quindi, conclude il Ripert, è la persona umana che in realtà è l'oggetto del contratto, nello stesso tempo che ne è il soggetto. È vero che il Ripert parla di rapporto obbligatorio, ma poiché egli trova esatta l'espressione corrente secondo la quale il datore di lavoro è «il padrone» e poiché egli ritiene che il contratto di lavoro crea per il prestatore delle obbligazioni che determinano il suo stesso tipo di vita, ci sembra che la sua posizione si avvicini molto a quelle più rigide della dottrina germanica (e v. anche, dello stesso A.: *Ébauche d'un droit civil professionnel*, in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, pag. 677).

Si avvicina a queste concezioni, in certo modo, anche il DURAND, *Traité de droit du travail*, Paris, 1950, II, pag. 216 ss., affermando che nel rapporto di lavoro vi sono anche elementi personali, sia perché è impegnata la stessa persona del prestatore, sia perché tra le parti si istituiscono relazioni personali estranee al diritto delle obbligazioni.

Per un'impostazione rigorosamente personalistica si veda anche il PEREZ BOTIJA, *I doveri etico-giuridici del datore di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, pag. 349 ss., che trova che il rapporto di lavoro è più affine ai rapporti di famiglia (!) che non a quelli di obbligazione.

6 Per una rapida sintesi delle concezioni «personalistiche» predominanti nella dottrina tedesca, v. da ultimo: BOLDT, *Il contratto di lavoro nel diritto tedesco*, in vol. *CECA*, cit., pag. 225 ss. Sempre su un piano generale, sono assai significativi gli studi di: MOLITOR, *Diritto privato e diritto pubblico del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1952, I, pag. 153 ss.; DIETZ, *La nuova costituzione dell'esercizio del lavoro in Germania*, in *Nuova riv. dir. comm. ed ec.*, 1953, I, pag. 37 ss.; RIVA SANSEVERINO, *L'ordinamento costituzionale dell'azienda secondo la legislazione federale germanica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pag. 282 ss.; FARTHMAN, *Der «personenrechtliche Charakter» des Arbeitsverhältnisses*, in *Recht der Arbeit*, 1960, pag. 5 ss.; MANCINI, *Leggendo l'Arbeitsrecht di A. Nikisch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, pag. 313 ss.

7 In effetti, la legge 20 gennaio 1934 sull'organizzazione del lavoro nazionale recò un contributo ulteriore alla tendenza già esistente ad inserire il rapporto di lavoro nel quadro di una comunità fortemente gerarchizzata. Ma gli antichissimi istituti germanici erano già fondati sul presupposto dell'esistenza di un vincolo di tipo familiare tra padrone e servitore. Le concezioni istituzionali hanno soltanto allargato l'ambito delle comunità considerate, tenendo ferma peraltro la natura personale del rapporto e lo stretto vincolo di assoggettamento; gli stessi obblighi di fedeltà e assistenza sono riconducibili alle origini familiari e personali del rapporto.

Basta confrontare, del resto, le varie edizioni dei principali testi di diritto del lavoro tedeschi, per accorgersi come le linee fondamentali del pensiero giuridico siano rimaste immutate, nonostante le varie trasformazioni del sistema politico e della stessa legislazione dell'ultimo cinquantennio⁸.

Naturalmente, vi sono differenze notevoli, nel modo di impostare il problema e nello stesso modo di risolverlo; così come vi sono divergenze salienti circa la fonte del rapporto e circa la stessa intensità del vincolo personale⁹. Ma in definitiva il dato costante è costituito dalla costruzione del rapporto di lavoro

Basti pensare del resto, alle costruzioni rigidamente personalistiche del GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, München-Leipzig, 1917, III, pag. 592 ss., del POTTHOF, *Arbeitsrecht*, Berlin, 1922, pag. 367 ss., i quali non potevano certamente aderire all'idea nazionalsocialista.

A ben guardare, la differenza che corre tra queste impostazioni e quelle dei più osservanti scritti del SIEBERT, *Das Arbeitsverhältnis als Personenrechtliches Rechtsverhältnis*, ivi, 1937, pag. 17, è meno sensibile di quanto possa apparire a prima vista.

La stessa legge 11 ottobre 1952 sulla costituzione dell'esercizio, con la conseguente disciplina, affonda le sue radici nelle antiche concezioni comunitarie, con quel tanto di moderno che è imposto dalla evoluzione delle strutture sociali.

- 8 Il BOLDT, *loc. cit.*, pag. 231, pone a raffronto la prima edizione del notissimo manuale di HUECK-NIPPERDEY, apparsa nel 1930, con la sesta edizione, apparsa nel 1959, per rilevare come le linee essenziali del pensiero degli AA. siano rimaste immutate nel senso di considerare il rapporto di lavoro come originato da un contratto, ma fondato su un rapporto comunitario di diritto delle persone. È questo l'unico punto di contatto tra decisi assertori della natura contrattuale, come l'HUECK, *Teoria del contratto e teoria dell'incorporazione*, in *Nuova Riv. dir. comm. ed ec.*, 1955, I, pag. 250 ss., e sostenitori della teoria della «incorporazione» come il NIKISCH, *Arbeitsrecht*, I, Tübingen, 1955, pag. 239 ss.: il riferimento costante alla natura personale del rapporto che lega il prestatore al datore di lavoro. E non manca di notarlo, con notevole compiacimento, il SIEBERT, *Die Entwicklungslinien im neueren Individualarbeitsrecht*, in *Recht der Arbeit*, 1958, pag. 366. Questo Autore, di cui ognuno ricorda gli studi pubblicati nel momento culminante del regime nazionalsocialista (v. nota 7), ha preteso di recente di risolvere i contrasti affermando che il rapporto di lavoro deve considerarsi come un rapporto obbligatorio di durata di tipo personalistico (oltre al saggio citato, v. anche: *Faktische Vertragsverhältnis*, Karlsruhe, 1958, pag. 82 ss.). Come si vede, il motivo della personalità del rapporto continua a ricorrere, sotto i più diversi profili.

E non siamo molto lontani dalle concezioni del RICHTER, *Arbeitsrecht als Rechtsbegriff*, Leipzig, 1923, pag. 102, che già considerava la pretesa del creditore estesa anche alla persona dell'obbligato.

- 9 Gli AA. più rigidi fondano le loro costruzioni sul potere di signoria personale del datore di lavoro, di fronte al quale la persona del prestatore si pone su un piano esclusivamente oggettivo (VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, München-Leipzig, 1895, I, pag. 261 e III, 1917, pag. 590; POTTHOFF, *Arbeitsrecht*, Berlin, 1928, pag. 39 ss.; JACOBI, *Grundlehren des Arbeitsrecht*, Leipzig, 1927, pag. 37-48 ss.; SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrecht*, Jena, 1927, pag. 61 ss.; SIEBERT, *Einige Entwicklungslinien im neueren Individualarbeitsrecht*, cit., pag. 366 ss.).

Altri preferiscono richiamarsi alla concezione del rapporto di lavoro come associazione personalistica:] HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrecht*, Mannheim, 1928, I, pag. 56 ss.; NIKISCH, *Arbeitsrecht*, Tübingen, 1955, I, pag. 31-148 ss.; DIETZ, *La nuova costituzione dell'esercizio del lavoro in Germania*, cit., pag. 37 ss.; MOLITOR, *Il diritto del lavoro in Germania*, in *Dir. lav.*, 1951, I, pag. 109 ss.

Altre concezioni si distaccano da quelle accennate solo in apparenza.

sotto il profilo di una comunione personalistica, basata sul principio di reciproca fedeltà e assistenza¹⁰.

In tempi più recenti, non sono mancate voci dirette a contestare la concepiibilità di vincoli di soggezione personale o comunque a sottolineare gli aspetti patrimoniali del rapporto di lavoro¹¹; ma, allo stato, si tratta di posizioni ancora isolate, forse rivelatrici soltanto di una prima insofferenza verso concezioni che possono apparire superate, alla luce dei più moderni orientamenti e delle stesse trasformazioni in atto dei rapporti sociali¹².

10 È piuttosto curioso il fatto che la dottrina tedesca, anche quando accede alle concezioni più rigide, pretende di criticare il «diritto liberale» che spersonalizza il rapporto di lavoro, e nega la dignità del lavoratore, degradandolo ad oggetto (NIKISH, *Arbeitsrecht*, cit., I, pag. 31). C'è in questo, come nota esattamente il MANCINI, *Leggendo l'Arbeitsrecht*, ecc., cit., pag. 318, una «curiosa deformazione», specialmente quando si pensa a posizioni come quella del JACOBI, *Grundlehen des Arbeitsrecht*, Leipzig, 1927, pag. 3, che parla di un rapporto di signoria, di subordinazione personale, di soggezione dell'intera personalità del prestatore, e così via.

E francamente, non ci sembra un gran progresso quello indicato dal SIMITIS, *Die Faktischen Vertragsverhältnisse*, Frankfurt, 1957, pag. 226, secondo il quale – superata la concezione del lavoro come merce – si deve riconoscere che ciò che è investito dal rapporto di lavoro è la persona stessa del prestatore. È vero che il Simitis nega che l'adempimento del contratto di lavoro consista nella consegna della persona del prestatore; ma quando si ammette la signoria sulla persona e si afferma che in realtà, più che di un rapporto obbligatorio si deve parlare di un rapporto di forza, non ci sembra che le conseguenze siano molto diverse.

11 A dire il vero, le prime impostazioni meno personalistiche possono farsi risalire al SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrecht*, cit., pag. 21, che già riconosceva la natura patrimoniale della subordinazione ed affermava che ciò che distingue la subordinazione dell'uomo libero da quella dello schiavo è la volontarietà dell'assunzione di quella particolare condizione. Ma assai più recisamente negano oggi il carattere personalistico del rapporto di lavoro, il RAMM, *Die Ansetzung des Arbeitsvertrages*, Berlin, 1955, pag. 70 ss., e il PINTHER, *Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis?*, in *Arbeit und Recht*, 1961, pag. 225.

Un tentativo di superamento delle antiche concezioni, si trova anche nel recente studio del FARTHMAN, *Die «personenrechtliche Charakter»*, ecc., cit., pag. 5 ss., nel quale vengono criticate molte posizioni tradizionali. Ma le conclusioni cui perviene l'A. sono assai poco convincenti, perché tutto si riduce – in definitiva – ad affermare che il rapporto di lavoro ha per oggetto sia prestazioni patrimoniali, sia una personalità umana.

Secondo l'A., si darebbe così vita ad un rapporto obbligatorio caratterizzato dalla «riferibilità alla persona», che tutto sommato non è poi una gran novità.

Una impostazione più interessante è quella del MAVRIDIS, *Eingliederungstheorie, Vertragstheorie und Gemeinschaftsverhältnis*, in *Recht der Arbeit*, 1956, pag. 444 ss., che ha vivamente criticato l'accostamento del rapporto di lavoro ai rapporti familiari ed ha affermato che il superamento della concezione del lavoro come merce, non può significare altro che al lavoro deve essere attribuito un particolare valore ed una peculiare protezione, in virtù del suo stretto legame con la personalità del soggetto. L'impostazione del Mavridis è stata sottoposta a critica da parte del FARTHMAN, *op. cit.*, con argomenti tuttavia di scarso rilievo.

12 In effetti, nel riassumere il pensiero attuale della dottrina tedesca, il BOLDT, *Il contratto di lavoro nel diritto tedesco*, vol. C.E.C.A., cit., pag. 226, afferma che predomina ancor oggi l'idea che il contratto di lavoro dia vita ad una comunità, sia dominato dal principio di reciproco obbligo di fedeltà e sia fortemente permeato di elementi di diritto delle persone.

Non è il caso qui di addentrarsi in una specifica analisi di queste posizioni¹³; a noi preme soltanto porre in rilievo come esse siano in ogni caso inaccoglibili in un sistema in cui mancano i presupposti tradizionali di cui s'è fatto cenno ed in cui gli indici normativi depongono esclusivamente a favore della natura patrimoniale.

Benvero, le concezioni tedesche si fondano essenzialmente o sulla struttura comunitaria del rapporto, o sull'esistenza di un potere di signoria personale o ancora sul principio di reciproca fedeltà e assistenza, da cui trarrebbe origine un fascio di specifici obblighi a carico delle parti.

Ma la concezione dell'impresa come comunità o istituzione è stata, da noi, respinta dalla maggior parte della dottrina¹⁴, tanto che di recente si è osservato esattamente che anche a voler ammettere l'esistenza di comunità sul piano effettuale, bisognerebbe negare ad esse qualsiasi rilievo giuridico, almeno allo stato attuale della normativa¹⁵.

Parimenti, si è escluso – e lo si è visto occupandoci della subordinazione – che rapporti di signoria personale siano ancora concepibili nell'ambito del diritto privato; mentre va riconosciuto che sono ignote, nel nostro sistema positivo, quelle situazioni di «forza» cui si riferisce abbondantemente la dottrina tedesca.

Né occorre spendere ulteriori argomenti per dimostrare quanto sia inaccettabile qualsiasi orientamento diretto a ravvisare la personalità del rapporto di lavoro nel presupposto che la persona stessa del prestatore sia oggetto di quest'ultimo.

Quanto infine agli obblighi di fedeltà ed assistenza, abbiamo cercato di dimostrare come essi vadano intesi esclusivamente alla stregua delle indicazioni del dato normativo, e quindi sotto un profilo meramente patrimoniale.

Appaiono dunque chiare le ragioni per le quali così poca fortuna le citate concezioni hanno avuto nella dottrina del nostro Paese ed il motivo per cui esse debbono considerarsi come definitivamente superate.

13 Di esse si è ampiamente occupato il CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, cit., pag. 7 ss., 297 ss.; e più di recente, in *Trattato di diritto del lavoro*, cit., II, pag. 542 ss. Ma vedi anche da ultimo: PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 25 ss. e 202 ss. Valgono, poi, anche in questa sede, le considerazioni già esposte nel capitolo dedicato alla subordinazione.

14 Rinviamo ai rilievi già da noi formulati, sul punto, nello studio *Il rapporto di lavoro tra il contratto e l'istituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, I, pag. 19 ss.

Sul tema, v. da ultimo, le considerazioni del PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 314 ss., e il volume del LEGA, *La comunità di lavoro nell'impresa*, Milano, 1963.

15 Si veda la netta presa di posizione del MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, vol. CECA, cit., pag. 498 ss., per il quale l'istituzione è soltanto una realtà sociologica, priva di valore e di effetti sul piano giuridico.

3. Precisazioni sul carattere «misto» (di elementi patrimoniali e personali)

La particolare rilevanza della persona del prestatore ha indotto peraltro gran parte della nostra dottrina a ritenere che essa abbia almeno l'effetto caratteristico di attribuire al rapporto di lavoro una struttura «mista», consistente sostanzialmente in una sintesi di elementi patrimoniali e personali¹⁶.

Anche questa concezione appare tuttavia insufficiente o quanto meno meritevole di alcune precisazioni.

Se si vuole affermare che il rapporto di lavoro deve essere collocato in una categoria intermedia, tra i rapporti patrimoniali e quelli personali, mutuando qualche elemento degli uni e degli altri e confondendoli in una caratteristica commistione, allora la conclusione non può che essere negativa. A prescindere infatti dall'utilità di costruire nuove categorie dogmatiche, fra l'altro assai discutibili anche sul piano generale, sta di fatto che un fenomeno come quello descritto è tutt'altro che nuovo ed originale, nel sistema positivo. Non mancano infatti, esempi, di rapporti a struttura personale, nei quali si inseriscono anche elementi patrimoniali, senza che ciò li faccia esorbitare dalla categoria.

Ciò che conta, infatti, è la prevalenza di quei presupposti fondamentali che consentono di ascrivere un determinato rapporto alla categoria delle relazioni patrimoniali o a quella delle relazioni personali.

D'altronde, quali sono – in definitiva – questi elementi personali che, nel rapporto di lavoro, assumerebbero una tal rilevanza da non consentirne la costruzione su un piano squisitamente patrimoniale?

La maggior parte della dottrina pensa alla subordinazione; ma abbiamo visto come essa debba considerarsi solo come una particolare qualificazione, un peculiare modo d'essere dell'obbligazione del lavoratore e della prestazione dovuta; ed abbiamo altresì cercato di dimostrare come debba essere escluso dal suo contenuto ogni elemento di natura personale.

16 Si tratta di una concezione largamente accolta dalla nostra dottrina ed alla quale si sono già dedicati alcuni accenni a proposito della subordinazione. In questo senso, v. particolarmente: PERGOLESI, *Lineamenti sistematici del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, pag. 259 ss.; MAZZONI *Crisi o evoluzione del diritto del lavoro?*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, pag. 9 ss.; D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, cit., pag. 74 ss.; PRANZETTI, *Brevi note sulla natura giuridica del rapporto di lavoro*, in *Dir. ec.*, 1952, pag. 78 ss.; LEVI DEVEALI, *Il rapporto di lavoro*, Milano, 1937, pag. 102 ss.; SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1960, I, pag. 83; PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, pag. 129; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, 1967, cit., pag. 140 ss.; MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, vol. CECA, cit., pag. 419. Va però chiarito che questi AA. partono spesso da presupposti del tutto diversi, per cui le loro concezioni finiscono spesso per divergere in modo assai più rilevante di quanto possa far presumere l'elemento comune cui si è accennato.

Per una critica recisa di queste tendenze, v. da ultimo: PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit. pag. 27 ss.

Il fatto che la persona del prestatore sia in qualche modo coinvolta nel rapporto non è di per sé sufficiente a determinare decisive incidenze sulla natura e sulla struttura di quest'ultimo; il quale potrà esserne, sì, caratterizzato per alcuni versi, ma senza che ciò gli faccia perdere il suo sostanziale contenuto obbligatorio e patrimoniale.

Nè, sotto questo profilo, possono avere incidenza le accennate trasformazioni in atto di alcune situazioni soggettive del lavoratore dipendente: benvero, un rapporto non muta la sua struttura per il fatto che uno dei contraenti sia titolare di alcuni diritti della personalità, accanto ai consueti diritti di credito. A ben guardare, ogni individuo – quando entra in un rapporto obbligatorio – conserva la titolarità dei suoi diritti fondamentali, i quali tutt'al più funzioneranno come limite dell'autonomia della controparte. Nel rapporto di lavoro, c'è – in più – il fenomeno singolare per cui alcune situazioni soggettive personali scaturiscono proprio dall'insorgenza della particolare relazione obbligatoria. Ma ciò non significa altro se non che l'ordinamento ritiene necessaria una tutela più penetrante della sfera personale dell'individuo, proprio nel momento in cui essa è soggetta a particolari rischi e nella fase in cui la personalità del soggetto ha – e deve avere – una particolare possibilità di esplicazione.

Del resto, la ragione per la quale un rapporto si inserisce in questa o quella categoria giuridica non va ricercata nella tutela più o meno penetrante che l'ordinamento riserva alle parti o anche a una sola di esse, ma piuttosto nel contenuto fondamentale del rapporto e nel suo oggetto caratteristico. Talché, in definitiva, a voler accogliere una concezione «mista» del rapporto di lavoro, si finirebbe per ricadere – sia pure in forma più attenuata – in quegli orientamenti, ripetutamente criticati, che assegnano alla persona del prestatore un rilievo giuridico su un piano esclusivamente oggettivo¹⁷.

Una volta accolta la tesi secondo la quale l'oggetto non consiste altro che nella prestazione e quindi nel comportamento dovuto, l'unica conclusione accettabile è quella della natura essenzialmente obbligatoria e patrimoniale del rapporto.

Ciò non vuol dire, peraltro, che manchino del tutto elementi personali o che la persona del prestatore sia irrilevante per il diritto.

La ricorrente affermazione circa la natura particolare del rapporto di lavoro può avere un senso solo se diretta a cogliere l'accentuazione del momento personale, considerato da un punto di vista eminentemente attivo¹⁸.

17 Sotto questo profilo, concordiamo pienamente con le esatte considerazioni del PERSIANI, *op. cit.*, pag. 27 e 202 ss.

18 È proprio questa considerazione che fa ritenere al MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, cit., pag. 419, che nella nuova disciplina convergono due idee antitetiche: da una parte l'idea classica del lavoro oggettivamente considerato come bene di scambio, dall'altra l'idea del lavoro come manifestazione della personalità del lavoratore.

Ma in tal caso, non si fa altro che individuare un connotato caratteristico di un rapporto che è, e rimane, tipicamente obbligatorio.

Dire infatti che alla personalità del prestatore è accordata una particolare tutela e che l'ordinamento appresta strumenti assai penetranti per limitare l'autonomia delle parti e per dettare una disciplina imperativa del rapporto, in funzione delle garanzie da cui appunto quella personalità deve essere circondata, significa soltanto constatare un fenomeno di grande rilievo, ma per nulla contraddittorio con la struttura patrimoniale del rapporto¹⁹.

4. Lo scambio e il rilievo giuridico della persona del prestatore

Le considerazioni che precedono inducono altresì ad affermare che l'innegabile rilievo della persona del prestatore non si pone in contrasto con lo schema tipico dello scambio²⁰.

In realtà, l'antitesi si può superare, rilevando che l'ordinamento assegna al lavoro una particolare funzione, considerandolo come espressione caratteristica della persona umana e quindi attribuendogli particolari garanzie; il che non significa affatto che esso non possa essere dedotto in obbligazione; si tratta solo di riconoscere che non si tratta di una merce, suscettibile solo, di apprezzamento patrimoniale.

Su questa constatazione si impernano tutto il moderno diritto del lavoro e il complesso sistema di garanzie e di limiti predisposti appunto a tutela di quell'importante fenomeno che è costituito dal lavoro subordinato.

19 Lo SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari, 1963, pag. 122, dopo una rapida rassegna delle posizioni assunte dalla dottrina a proposito del fattore personalistico del diritto del lavoro, giunge alla conclusione che questo elemento si pone nel contesto del rapporto di lavoro soltanto come una componente, sia pure di grande rilievo, del suo assetto e trattamento. Una conclusione che si può senz'altro condividere, in quanto dà conto in modo adeguato del fenomeno senza incorrere in quella contraddizione da cui sono affette le concezioni personalistiche e molte anche di quelle «miste», che lo Scognamiglio esattamente critica (e in senso analogo, v. da ultimo, il PERSIANI, *op. cit.*, pag. 28).

20 Sarebbe veramente fuor d'opera addentrarsi qui nel dibattito sulla struttura del rapporto di lavoro e sulla sua riconducibilità allo schema dello scambio. Si tratta di uno di quei problemi che appassionano da tempo la dottrina lavorista e quella civilista, senza che a tutt'oggi una conclusione definitiva si possa considerare raggiunta. Sostenemmo già altrove (*Il rapporto di lavoro tra il contratto e l'istituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, I, pag. 59) che lo schema a cui può riferirsi più agevolmente il rapporto di lavoro è pur sempre quello dello scambio, nonostante alcune evidenti deviazioni. Siamo convinti ancor oggi dell'esattezza di quella conclusione, del resto accolta dalla dottrina prevalente.

D'altronde, ai fini di questo studio, ciò che conta è il rilievo che in definitiva non è mai il fattore personalistico a far ritenere inaccoglibile l'idea dello scambio, almeno nelle concezioni più recenti.

Certo, tra lo scambio e la struttura rigidamente personale di un rapporto, c'è un'incompatibilità logica assoluta. Ma si è visto che la dottrina italiana respinge le costruzioni personalistiche accolte in altri Paesi. E quando si nega lo scambio, lo si fa sotto profili diversi. Significative, al riguardo, le posizioni assunte dal PUGLIATTI, *Proprietà e lavoro nell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*,

Che quest'ultimo assuma, nel rapporto di lavoro, alcune particolari caratteristiche, non si potrebbe davvero contestare; come non è possibile negare che alcuni di questi connotati trovano il loro presupposto e la loro *ratio* proprio nella particolare rilevanza attribuita alla persona del prestatore. Ma ancora una volta le incidenze di questo fenomeno non sono tali da esorbitare da una funzione puramente «correttiva». Va precisato, a tale riguardo, che – nell'esperienza giuridica – l'epoca degli schemi fissi, cristallizzati e immutabili, è ormai (o almeno dovrebbe essere) definitivamente tramontata. Quando parliamo di scambio, alludiamo ad uno schema contrassegnato da un connotato costante, ma pur sempre variabile poi, nelle concrete esplicazioni e nell'aderenza alle singole fattispecie.

Può accadere così che lo scambio sia talvolta attenuato o presenti caratteristiche particolari, non tali tuttavia da incidere appunto sul suo fondamentale presupposto.

A nostro avviso, anche se alcuni elementi tradizionali (non ultima la corresponsività) possono apparire in crisi, nel rapporto di lavoro, la base fondamentale resta ancora quella dello scambio tra prestazioni contrapposte; e l'evoluzione del sistema non consente, allo stato, di considerare definitivamente superato lo schema tipico al quale – nonostante tutto – il rapporto di lavoro si avvicina maggiormente.

In ogni caso, se pure si dovesse giungere a diversa conclusione o se si preferisse riservare al rapporto di lavoro un posto del tutto specifico nella fenomenologia giuridica, ciò non deriverebbe necessariamente dal cosiddetto «fattore personalistico».

Ciò che il sistema consente di rilevare, a questo riguardo, è soltanto il fatto che alcune conseguenze logiche dello scambio vengono attenuate o modificate per effetto del particolare rilievo attribuito alla persona del prestatore²¹.

1954, I, pag. 146, che individuava nel superamento della rigida sinallagmaticità del rapporto di lavoro una linea di evoluzione verso forme associative; e dal CESSARI, *In tema di struttura del contratto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pag. 1262, secondo il quale lo scambio sarebbe negato dai due elementi tipici del rapporto di lavoro e cioè l'inserzione nell'organizzazione dell'impresa e l'integrazione di attività. Da ultimo, anche il FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pag. 32, ha affermato che la moderna realtà del contratto di lavoro non può essere costretta nei rigidi schemi dello scambio; ma senza alcun richiamo al fattore personalistico.

21 Di recente, il MENGONI, *Il contratto del lavoro nel diritto italiano*, vol. C.E.C.A., cit., pag. 424, ha sostenuto che il contratto di lavoro rimane essenzialmente modellato sullo stampo dello scambio, rilevando che la personalità della prestazione costituisce il criterio di numerose deroghe ai principi generali dei contratti e delle obbligazioni. Ed è sintomatico il fatto che allorché l'A. afferma l'introduzione nella disciplina del rapporto di un momento associativo, lo collega non già al fattore personalistico, ma all'inserzione del lavoratore in una organizzazione di persone operanti per uno scopo economico di produzione. A sua volta, la RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 140-141, ravvisa l'esistenza di aspetti personalistici nel contratto di lavoro, affermando che è proprio in virtù di essi che il sinallagma tra lavoro e retribuzione si è andato attenuando; ma ciò

Ma non è affatto inibito al legislatore di svolgere una funzione «correttiva», in funzione della tutela di alcuni interessi generali o individuali ritenuti particolarmente meritevoli. L'importante è che l'autonomia privata non venga completamente eliminata e che alle parti sia consentito di perseguire i propri interessi, senza che essi vengano del tutto sostituiti da interessi superindividuali. Orbene, quando tutto si riduce all'introduzione di limiti interni o esterni degli atti di autonomia ed alla accentuazione finalistica della tutela, si deve escludere che ciò possa rappresentare la fine di un sistema basato sulla struttura obbligatoria del rapporto. Ché anzi, lo schema dello scambio – adeguatamente attenuato e corretto – appare ancora il più consono a quelle esigenze di libertà cui tendono in definitiva entrambe le parti, nel quadro di un concreto assetto di interessi e di una uguaglianza sostanziale e non soltanto formale e giuridica.

In conclusione, la rilevanza giuridica della persona del prestatore di lavoro si può cogliere sotto due distinti profili: da un lato in relazione agli effetti che l'ordinamento collega ad un particolare presupposto di fatto, attraverso una penetrante normativa di tutela; dall'altro, in riferimento alla saliente considerazione che il sistema dedica al lavoro come espressione fondamentale della personalità, con la conseguente istituzione di un complesso di garanzie volte a favorirne le possibilità di sviluppo.

Due aspetti, questi, che non sono affatto antitetici e si riassumono anzi in una visione integrale e globale, corrispondente alla sostanziale unitarietà del fenomeno.

Che tutto ciò sia destinato a restare immutabile e fermo, davvero non si potrebbe sostenere con serena consapevolezza; è stato ben detto che solo uno spirito profetico potrebbe avere coscienza di ciò che può accadere in un assetto sociale futuro²².

La realtà sociale su cui opera il diritto del lavoro è in continua trasformazione; così come in costante progresso ed evoluzione è la stessa normativa.

Da ciò la relatività delle conclusioni cui si può pervenire e la necessità di avere per certo che qualsiasi contributo reca in sé i germi del superamento, in quel costante divenire che è, e deve essere, la caratteristica essenziale della esperienza giuridica.

non basta, secondo l'A., per escludere il contratto di lavoro dalla categoria dei negozi di scambio. Questa posizione è ancora più sintomatica, perché dimostra come lo schema dello scambio resti fermo anche di fronte ad una visione eminentemente passiva del fattore personalistico, che infatti questa A. limita sostanzialmente alla subordinazione.

22 L'espressione è del NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. diritto*, XII, pag. 913, il quale appunto si occupa delle trasformazioni recenti del diritto civile per escludere che le continue interferenze del legislatore abbiano potuto fino ad oggi far perdere al diritto soggettivo ed all'atto di autonomia la loro natura di mezzi di tutela della libertà dell'individuo.

CARLO SMURAGLIA

Scritti, discorsi e atti istituzionali

VOLUME IV

LA PERSONA DEL PRESTATORE NEL RAPPORTO DI LAVORO

La persona del prestatore nel rapporto di lavoro è la terza monografia, del 1967, di Carlo Smuraglia. L'opera si pone in linea di continuità e di sviluppo del precedente *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro* (vol II di quest'opera), traendo dai precetti costituzionali argomentazioni rilevanti al fine di ridefinire, in discontinuità con le tesi allora prevalenti, quali conseguenze abbia il fatto del coinvolgimento della persona nell'esecuzione del rapporto di lavoro. Non esiste il lavoro quanto gli uomini che lavorano, scrive Carlo Smuraglia. Si tratta di un assunto fondamentale per escludere quelle concezioni del rapporto di lavoro, all'epoca diffuse, basate su una posizione di supremazia o di un vincolo di natura personale tra le parti. L'implicazione della persona nel rapporto di lavoro non si traduce quindi in un assoggettamento personale alla volontà altrui, in una completa e totale messa a disposizione della persona del lavoratore: la subordinazione è soltanto tecnica e funzionale. È sul piano delle conseguenze che se ne traggono, in particolare in ordine alla delimitazione e alla qualificazione degli obblighi delle parti, che il contributo di Smuraglia presenta i maggiori tratti di originalità. Le garanzie di tutela della personalità umana, la protezione della sua integrità fisica e soprattutto della dignità e personalità morale, la libertà di pensiero e la protezione contro ogni invasione della propria sfera personale, assurgono qui a veri e propri valori giuridici, si riempiono di contenuti concreti e si inverano in precisi vincoli contrattuali.

ISBN 979-12-5510-192-5 (print)

ISBN 979-12-5510-193-2 (PDF)

ISBN 979-12-5510-194-9 (EPUB)

DOI 10.54103/milanoup.202