

CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO "DOMENICO NAPOLETANO"  
SEZIONE VENETO

RELAZIONE CHE IL **PROF. ADALBERTO PERULLI**  
(professore dell'Università Cà Foscari di Venezia)  
HA PREPARATO PER IL CONVEGNO  
DI VENEZIA DEL 12 APRILE 2002 CON TEMA:

**"Il potere direttivo dell'imprenditore"**

Ha scritto di recente un giurista francese a proposito del potere direttivo: "Chassez-le, il revient au galop". Ed è ovvio che sia così: ad onta di un linguaggio legislativo che raramente lo menziona espressamente – salvo nella norma definitoria dell'art. 2094 c.c. - il diritto del lavoro rappresenta l'habitat naturale del potere direttivo. Anzi si potrebbe dire che tra gli inquilini del condominio è quello che detiene la porzione millesimale più ampia, ed è quindi in grado di prendere le decisioni anche senza il consenso della parte più povera. Fuor di metafora, il potere direttivo permea il diritto del lavoro perché, nonostante il suo fondamento contrattuale, sul quale ormai non v'è più motivo di dubitare, esprime più in generale la razionalità organizzativa dell'imprenditore: il potere direttivo null'altro è se il potere di gestione aziendale applicato al fattore lavoro. Lo stesso Barassi nel 1915 scriveva che "l'operaio è in condizione subalterna nel senso che deve piegarsi ai criteri direttivi del capo dello stabilimento, alle consuetudini tecniche ivi imperanti, ai metodi di lavoro che costituiscono *i mezzi importanti di cui l'industriale si avvale nella lotta di concorrenza che è tutta a suo rischio*" (Barassi 1915, p. 624): come dire una giustificazione tutta economica ed organizzativa dell'autorità e della disciplina in azienda. E' chiaro che il potere direttivo viene mediato *dal contratto*, che anzi ne rappresenta un primario strumento di controllo e di limite, ma va *oltre il contratto* perché è connaturato con l'esigenza, che può al limite prescindere dal contratto, di pianificare l'organizzazione. Nel lavoro temporaneo, ad esempio, il lavoratore è sottoposto al potere direttivo dell'impresa utilizzatrice non già in virtù di un contratto – che infatti intercorre con l'agenzia - bensì della legge.

Due sono i tradizionali ambiti di rilevanza della nozione di potere direttivo, ed entrambi risultano strategici per l'intero sistema del diritto del lavoro: 1. La soggezione al potere direttivo-organizzativo è l'elemento distintivo essenziale del rapporto di lavoro subordinato; 2. Il potere direttivo è lo strumento di cui dispone il datore di lavoro per "amministrare" il rapporto di lavoro: uno strumento di "flessibilità funzionale" che consente di adattare la prestazione alle mutevoli esigenze organizzative dell'impresa, il cui esercizio deve però essere temperato con altre esigenze di tutela della persona del lavoratore. Cercherò di esaminare questi due aspetti ponendo in luce alcuni profili evolutivi, che peraltro consentono un dialogo ravvicinato con la giurisprudenza, la quale gioca un ruolo di primo piano in entrambe le prospettive prese in considerazione.

**I. Il potere direttivo e la qualificazione del rapporto**

Da quando Barassi ha ravvisato nell'accentramento della gestione del lavoro e quindi nell'eterodizione il discrimen tra locatio operis e locatio operarum, il potere direttivo ha

sempre rappresentato il lato attivo della subordinazione. Sino a quando il lavoro subordinato si è svolto secondo i dettami dell'organizzazione della produzione fordista, questo ruolo di individuazione della fattispecie è parso sostanzialmente congruente con i dati della realtà economico-sociale. Il contratto di lavoro genera una relazione d'autorità asimmetrica: da un parte l'unilaterale affermazione della volontà del creditore di lavoro, dall'altra parte un soggetto che versa in uno stato di soggezione. Il lavoratore subordinato è colui che rinuncia alla sua libertà nell'organizzazione della sua attività professionale; ove per rinuncia alla libertà si intende, appunto, limitazione di autonomia, cioè di autodeterminazione nell'apprestamento dei mezzi e nell'organizzazione delle modalità di adempimento. E ciò non già da un punto di vista sociologico-fattuale: l'organizzazione del lavoro può lasciare in concreto anche ampi margini di autonomia tecnica nell'adempimento, bensì in un'accezione strettamente giuridica (relativa al piano del dover essere). Ogni attività lavorativa, anche autonoma, richiede infatti elementi di autonomia esecutiva e di subordinazione a regole tecniche (per esempio le regole dell'arte di cui all'art. 2224 c.c.) ma solo nel lavoro subordinato l'oggettivazione della forza lavoro consente al creditore una piena e costante facoltà di intervento sulle modalità organizzative interne del comportamento dovuto. Sino al limite, solo apparentemente paradossale, di sanzionare per insubordinazione una prestazione idonea al raggiungimento del risultato ma contraria alle direttive impartite dal creditore.

Da una parte, quindi, una relazione d'autorità, il contratto di lavoro subordinato, dall'altra parte una relazione di mercato, il lavoro autonomo. Ma questi due idealtipi si sono nel tempo tra loro sempre più avvicinati, quasi a compenetrarsi. Non più solo relazioni di autorità o di mercato affollano il mondo del lavoro, ma anche relazioni di quasi-mercato o di quasi-gerarchia; forme intermedie che si collocano lungo il continuum che dalla subordinazione tradizionale porta all'universo dei lavori svolti senza vincolo di subordinazione. E poiché lungo quel continuum la subordinazione e quindi i poteri che ne rappresentano espressione possono mutare d'intensità, sino quasi a scolorire, senza che ciò significhi necessariamente che i relativi rapporti sfuggano al raggio d'azione dell'autorità, si pone il problema di capire se il potere direttivo è tutt'ora in grado di esprimere con ragionevole certezza il suo ruolo di elemento caratterizzante la fattispecie. O se invece, altri elementi debbano essere presi in considerazione, ovvero se altre tecniche di qualificazione possano essere utilmente impiegate.

Occorre allora soffermarci sull'utilizzo giurisprudenziale del potere direttivo a fini discretivi, sotto due profili essenziali, che ci consentono poi di svolgere anche delle considerazioni de iure condendo, legate all'attualità e ad alcune importanti riforme in itinere.

**1.1.** Il primo profilo attiene alle caratteristiche "fenomenologiche" del potere, cioè a come il potere si manifesta. Si è infatti negli ultimi anni consolidato un orientamento secondo cui l'art. 2094 c.c. va interpretato nel senso che il rapporto di lavoro è caratterizzato dalle direttive impartite dall'imprenditore attinenti all'intrinseco svolgimento del rapporto. In sostanza direttive generiche, o meramente programmatiche, o prescrizioni indeterminate, non sono sufficienti a denotare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Ora, questo orientamento da un lato risponde alla necessità di arginare la tendenza espansiva del diritto del lavoro, e quindi risponde a comprensibili esigenze di selettività rigida nell'opera di qualificazione. Inoltre conferma che l'eterodirezione in senso forte è tutt'ora l'elemento tecnico-giuridico della fattispecie, confortato da una attendibile congruenza tra fattispecie ed effetti. Da un altro lato, tuttavia, questo orientamento risulta inadeguato a cogliere le nuove

forme di subordinazione rese possibili dal superamento della rigida e stringente organizzazione del lavoro di tipo taylor-fordista (secondo il modello della relazione d'autorità). Sino a quando non verra' affrontato in sede legislativa il tema della rimodulazione delle tutele, sino a quando il sistema permane fondato sull'alternativa secca tra subordinazione autonomia, sino a quando insomma il problema della qualificazione non passerà da un gioco a somma zero (in cui il subordinato prende tutto, l'autonomo perde tutto), ad un gioco a somma positiva (in cui anche l'autonomo prende qualcosa, perché non è totalmente escluso dalle tutele), sino ad allora credo sarebbe più realistico, da parte della giurisprudenza, fornire un'interpretazione maggiormente elastica e dinamica di potere direttivo: una interpretazione che colga nel suo esercizio il collegamento tra *ruolo lavorativo* e *progetto produttivo* altrui.

Nell'esperienza comparata questa esigenza è stata colta dalla giurisprudenza con modalità diverse, anche in considerazione delle diversità normative che caratterizzano ciascun ordinamento, ma convergenti sotto il profilo funzionale. Per esempio la giurisprudenza tedesca ha adottato un concetto di potere direttivo molto elastico che richiama a l'idea di un potere volto a rendere possibile una "funzionale ed utile partecipazione del lavoratore al processo produttivo". E' chiaro che utilizzando una nozione così lata di potere direttivo il campo di applicazione del diritto del lavoro si estende sino a ricomprendere molte figure che si collocano nella zona grigia tra subordinazione ed autonomia. La Corte di Cassazione francese in tema di *franchising* utilizza una tecnica in qualche modo opposta, in quanto prescinde addirittura dalla ricerca di un *legame* di subordinazione ma si basa sullo *stato* di subordinazione: una tecnica che potremmo chiamare dell'estensione (o assimilazione) senza qualificazione (ne ha dato conto A. Jeammaud su *Droit Social* 2/2002). La Corte si è interrogata sul significato dell'art. 781 -1 del Codice del lavoro, per cui le disposizioni del codice sono applicabili ai soggetti la cui professione consiste essenzialmente nel ricevere commesse o ricevere oggetti da manipolare, mantenere o trasportare per conto di una sola impresa commerciale o industriale, quando lavorano in un locale fornito dall'impresa e alle condizioni imposte dall'impresa. Ora, poiché la norma non qualifica questi soggetti come lavoratori subordinati, ci si domanda se la norma comunque impone la qualificazione di contratto di lavoro quando le condizioni imposte dalla norma sussistono, oppure se essa fonda una presunzione d'esistenza d'un contratto di lavoro. La Corte prende una strada diversa e afferma che in questi casi non c'è bisogno di stabilire un *legame* di subordinazione perché le condizioni previste dall'art. 781, quando sono soddisfatte, consentono automaticamente di applicare il codice del lavoro anche a soggetti non salariati.

Se compariamo la nostra giurisprudenza in tema di lavoro subordinato e parasubordinato ci rendiamo conto che i risultati sono meno avanzati sotto il profilo dell'estensione delle tutele. E che dalle maglie sempre più larghe di un potere direttivo addolcito dalle nuove forme di ODL e della produzione rischiano di rimanere esclusi quei profili della subordinazione funzionale, se non personale, che caratterizzano, appunto, certi settori del mondo del lavoro. Tuttavia, alcune sentenze recenti hanno ripreso un precedente orientamento che, opportunamente, tiene conto delle diverse modalità di svolgimento dell'attività lavorativa. Le nuove forme di organizzazione del lavoro subordinato, si afferma, comportano oramai una attenuazione degli interventi autoritativi e dei controlli dell'imprenditore. All'interno dei nuovi sistemi di organizzazione aziendale la presenza costante del potere direttivo non è più un elemento significativo della subordinazione: esso può manifestarsi anche con direttive generiche e programmatiche, non necessariamente con "ordini" continui e dettagliati. La sentenza n. 9167 del 6 luglio 2001 ad esempio precisa che ai fini qualificatori

il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo del datore – inteso nell’accezione rigorosa di cui sopra - diviene, con l’evolversi dei sistemi di ODL nella direzione di una più diffusa esternalizzazione di intere fasi del ciclo produttivo, sempre meno significativo della subordinazione. In riferimento a queste nuove realtà assume valore determinante l’obbligazione di porre le proprie energie lavorative e di impiegarle con continuità o secondo le direttive generali impartite dal datore e in funzione dei programmi cui è destinata la prestazione per il perseguimento dei fini propri dell’impresa.

Ma sarebbe ingiusto caricare la giurisprudenza di troppa responsabilità. Se il diritto del lavoro è troppo sbilanciato, se non tiene conto dei mutamenti intercorsi nel mondo della produzione, la responsabilità non è della giurisprudenza, bensì del legislatore, che è chiamato a rendere più razionale ed adeguato al nuovo contesto il sistema delle tutele. Che questa esigenza sia sentita e reale lo testimonia non solo un dibattito dottrinale assai articolato e sofisticato, ma, appunto, l’osservazione della realtà sociale. Quando dicevo che il mercato del lavoro si è affollato di contratti che non sono collegabili direttamente a relazioni di gerarchia o di mercato, ma a forme di quasi-mercato e di quasi gerarchia, mi riferisco evidentemente alle forme della *dipendenza economica* che caratterizzano il lavoro autonomo di nuova generazione, quello che noi chiamiamo tradizionalmente lavoro parasubordinato. Queste forme di lavoro presentano tratti a volte evidenti di subordinazione, e allora il problema è semplicemente quello di ristabilire la verità, reprimendo giudizialmente una volontà negoziale che non corrisponde al concreto atteggiarsi del rapporto. Ma questa visione tradizionale del problema non è più sufficiente, poiché v’è una larga quota di lavoro genuinamente autonomo, o parasubordinato (nel senso che non presenta le caratteristiche tipologiche della subordinazione, perché ad esempio il potere direttivo scolora in un più debole potere di coordinamento della prestazione) che pur tuttavia esige delle garanzie che non siano quelle proprie di un qualsivoglia rapporto di diritto privato. A questo compito il legislatore non ha ancora risposto. Una proposta attualmente avanzata è quella che riprende l’idea, già abbozzata nel corso della precedente legislatura, dello “statuto dei lavori”, poi confluita nel disegno di legge sui lavori atipici; un’altra è genericamente formulata nell’ambito della delega al governo in materia di mercato del lavoro, ove il principio e il criterio direttivo enunciato è quello della “tutele fondamentali a presidio della dignità e della sicurezza dei collaboratori, anche nel quadro di intese collettive”. Può darsi che su questo tema si formi una maggioranza parlamentare più vasta; ovviamente dipenderà dai contenuti, ma il principio mi pare apprezzabile. Ad una condizione, ovviamente: che l’estensione di tutele, o meglio, la ideazione di nuove tutele per il lavoro parasubordinato non comporti una contestuale sottrazione di tutele nel campo del lavoro subordinato (che invece è esattamente quel che si persegue con la delega, a partire dall’art. 18).

**1.2.** Il secondo profilo è strettamente connesso al primo, riguarda, cioè l’insufficienza o incapacità del potere direttivo di per sé considerato a svolgere il ruolo di elemento discriminante: ciò che rileva allora è l’utilizzo da parte della giurisprudenza di indici sussidiari, quali indizi probatori (e sintomatici) che devono tuttavia essere globalmente considerati in assenza di una semplice qualificazione sulla scorta degli elementi forti e prioritari dell’assoggettamento al potere direttivo e l’inserimento nell’organizzazione aziendale.

Tra questi indici ha giocato negli anni più recenti un ruolo innovativo quello che attiene alla rilevanza della volontà negoziale delle parti così come risultante dalla volontà cartolare: insomma il nomen iuris. Complice un clima culturale sensibile ad istanze neocontrattualiste,

volte a valorizzare gli interessi individuali e decisionali del singolo, si è contestata in dottrina la limitazione dell'autonomia negoziale operata dalla norma inderogabile, la quale dovrebbe assumersi come conseguenza e non come premessa dell'operazione di qualificazione. Questa esigenza di rivalutare la funzione normativa dell'autonomia individuale ha avuto un suo cotè giurisprudenziale, che tuttavia pare ormai sostanzialmente ridimensionato posto che la più recente giurisprudenza conferma, da un lato, che ai fini discretivi occorre fare riferimento non già al *nomen iuris* bensì al concreto atteggiarsi del rapporto, e che, dall'altro, l'assoggettamento al potere gerarchico determina l'inquadramento della fattispecie nell'ambito nel lavoro subordinato.

Ora, se la questione del *nomen iuris* pare sostanzialmente ridimensionata nel diritto vivente, non così può dirsi in relazione a quello che probabilmente sarà il diritto vigente. Mi riferisco evidentemente a quanto previsto dall'art.9 della legge delega, in tema di *certificazione* dei rapporti di lavoro. Tale norma al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro delega il Governo ad emanare disposizioni volte ad istituire un organo preposto alla certificazione del rapporto (dovrebbe trattarsi di un ente bilaterale o di una struttura pubblica competente in materia); e prevede che in caso di controversia sull'esatta qualificazione del rapporto di lavoro posto in essere, l'autorità giudiziaria valuti anche il comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione. Una norma dello stesso tenore è prevista nel c.d. statuto dei lavori.

Ora io credo che un sistema di certificazione del genere non sia né utile né equo. Non è utile, nella prospettiva deflattiva, perché ridondante, in quanto il lavoratore può comunque adire il giudice in caso di controversia sulla qualificazione, e non può che essere così posto che la disponibilità del tipo contrattuale non è ammessa per le parti, come ha avuto modo di stabilire la stessa Corte Cost. nella sentenza 115/94, negando tale facoltà persino al legislatore. Resta fermo insomma che "la qualificazione giuridica del contratto è riservata al giudice, che vi procede sulla base delle allegazioni e delle prove fornite circa l'assetto negoziale di interessi posto in essere dalle parti, *indipendentemente dalla qualificazione datane dalle parti stesse*" (Cass. 6821/95).

Un sistema di certificazione non è equo perché introduce un elemento formale che comunque tende ad ingessare il rapporto *ex ante* lasciando che le dinamiche negoziali ed i rapporti contingenti di forza fra le parti arrivino a penetrare una materia che dovrebbe invece rimanere strutturalmente al riparo da ogni determinazione pattizia. Ancora l'esperienza francese può essere utile riferimento. Una legge del 1994, la loi Madeline, aveva introdotto una sorta di presunzione semplice di non subordinazione per le persone fisiche iscritte nel registro del commercio e delle società. Orbene questa legge non ha sortito alcun effetto deflattivo, ed è stata dopo qualche anno abrogata. A riprova del fatto che il rapporto di lavoro, per le delicate implicazioni che comporta in termini di diritti e garanzie anche di ordine costituzionale, è bene sia lasciato esente da ogni meccanismo volto ad escludere direttamente o indirettamente l'applicazione della disciplina inderogabile.

## **II. Il potere direttivo ei suoi limiti**

La seconda dimensione strategica che interessa il potere direttivo riguarda la sua funzione di strumento di organizzazione del lavoro. Evidentemente il potere direttivo, così come è stato regolato dalla legge nelle sue dimensioni essenziali, costituisce un efficiente strumento di gestione aziendale. Dico questo perché tutto il dibattito politico, sindacale, ma anche dottrinale sulla flessibilità è incentrato sulla flessibilità numerica, in entrata e in uscita: contratti atipici da lato, per consentire un accesso più facile al mercato del lavoro,

flessibilità in uscita per rendere meno oneroso il licenziamento. Della flessibilità funzionale si parla molto meno. Evidentemente le soluzioni apprestate dal legislatore, dall'autonomia collettiva e dalla giurisprudenza sono appunto soddisfacenti. Il datore di lavoro nell'esercizio del potere direttivo è in grado di variare unilateralmente l'orario di lavoro, senza che sia necessario il consenso del lavoratore, e la giurisprudenza asseconda questa facoltà ritenendo, per esempio, che i limiti affermati in materia di part-time non siano estensibili al tempo pieno, altrimenti pregiudicandosi il potere direttivo dell'imprenditore, con conseguente non configurabilità di un dato orario sino a quel punto osservato alla stregua di accordo per *facta concludentia*. Il datore di lavoro nell'esercizio del potere direttivo può distaccare il lavoratore, nel proprio interesse e senza consenso del lavoratore, presso altra impresa, anche per un tempo indefinito, purché quell'interesse permanga inalterato nel tempo. Il datore di lavoro può trasferire il lavoratore per ragioni tecniche, produttive e organizzative, e tale trasferimento, secondo quanto si afferma generalmente in giurisprudenza, non deve assumere i caratteri dell'*extrema ratio*, né potendo il giudice entrare nel merito delle scelte operate. Uno dei campi elettivi dell'esercizio del potere direttivo in quanto potere organizzativo attiene alla materia delle mansioni, così come regolata dall'art. 2103 c.c. Ebbene questa norma dimostra di convivere bene con l'evoluzione della realtà economica e sociale: dopo aver impegnato a lungo la dottrina, che ne ha pure denunciato l'eccessiva rigidità, ipotizzando soluzioni interpretative flessibilizzanti – penso in particolare alla nozione di equivalenza potenziale che era stata affacciata negli anni '80 – sull'art. 2013 è caduto un velo, un silenzio. E la stessa giurisprudenza ha mantenuto ferma una nozione di equivalenza piuttosto rigorosa, centrata sulle competenze tecnico-professionali ed escludendo che tale equivalenza possa essere prevista in astratto dalla contrattazione collettiva.

La dimensione del potere come strumento di gestione richiama la tematica dei limiti cui il potere è sottoposto. E' noto che il diritto del lavoro ha seguito un principio essenziale, quello della tipicità: la tipicità degli atti è il criterio di legittimazione e di legalità operante nell'amministrazione del rapporto. Si tratta per lo più di limiti esterni, posti dalla legge o dall'autonomia collettiva. Il criterio della tipicità come limite esterno ha una conseguenza di fondo: consente di evitare lo scomodo interrogativo sulla logica, sulla ragionevolezza, sulla razionalità dell'amministrazione del rapporto. L'imprenditore è razionale: questa è la visione dell'imprenditore sulla quale riposano le norme che hanno a che fare con i limiti al potere direttivo. In quanto soggetto razionale, l'imprenditore ha dunque le sue ragioni di organizzare la propria attività produttiva; in quanto soggetto razionale, dispone di mezzi per farlo.

I mezzi di cui dispone l'imprenditore sono quindi tipizzati, cioè sorretti da una causa che li giustifica. Questo profilo causale è connesso con le ragioni e/o l'interesse dell'impresa, formula riassuntiva che ricorre ogniqualvolta il legislatore ha inteso sottoporre l'esercizio del potere ad un controllo giudiziale. Nel linguaggio comune il termine causa ha due significati. In un primo senso il termine causa appartiene al registro della spiegazione di un evento: la causa è la determinante rispetto al verificarsi di un fatto o di una situazione. Designa quindi il fattore al quale un'azione è collegata in un ordine di causalità. Nel secondo significato comune la causa appartiene invece al registro della comprensione e serve ad interpretare un atto in relazione alle sue ragioni. La causa si iscrive allora nell'ordine della giustificazione e rimanda ai fini dell'azione.

Quando la giurisprudenza è chiamata a controllare l'esercizio del potere nelle sue manifestazioni tipiche (es. trasferimento del lavoratore, licenziamento per g.m.o) normalmente procede ad un controllo causale nel primo significato descritto, cioè quello limitato all'esistenza di un fatto cui collegare sotto il profilo causale la conseguenza dell'azione. Utilizza la causa come strumento di spiegazione ma non di comprensione. Eppure lo stesso legislatore utilizza il termine ragioni (es. art. 2103 c.c.), che è concetto strettamente legato al concetto di motivo dell'azione. Ma il controllo rimane esterno ai motivi e ai fini dell'azione, i quali sono considerati razionali in sé.

Vi sono strumenti per andare oltre questa visione, per penetrare più a fondo la logica interna del potere? La legge francese si è dotata di una norma formidabile. Si tratta dell'art. 120-2 del Code du Travail. Questa norma dice che "nessuno può apporre restrizioni ai diritti della persona individuali e collettivi che non siano giustificati dalla natura delle mansioni da svolgere e che non siano proporzionati al fine ricercato". Questa disposizione introduce al contempo una limitazione funzionale della subordinazione (la subordinazione è funzionale alle mansioni) e una limitazione interna al potere direttivo: questo deve essere proporzionato al fine che l'atto unilaterale persegue.

La proporzionalità nell'esercizio del potere significa anzitutto ragionevolezza ma anche adeguatezza tra mezzo e fine. La ragionevolezza può dunque essere contestata, sottoposta a controllo, al limite piegata per tener conto di altre razionalità

Di quali strumenti disponiamo nel nostro ordinamento per procedere ad un controllo di questo genere? Uno strumento può essere quello delle clausole generali di correttezza e buona fede in funzione di "governo della discrezionalità" (Di Majo). A tal fine la buona fede si estrinseca in una duplice direzione: da un lato rappresenta un limite che affianca le previsioni esistenti implicando un controllo distinto e autonomo quanto agli scopi e al tipo di indagine, rispetto al sindacato condotto alla stregua delle norme formali di validità; dall'altro lato la buona fede agisce laddove mancano esplicite disposizioni normative, per ricondurre entro margini di ragionevolezza e di temperamento degli interessi il potere datoriale.

Come è noto, i campi maggiormente battuti dal diritto vivente sono quelli ove il potere datoriale si concretizza in una attività discrezionale (ad esempio, nell'attività di attribuzione delle note di qualifica) o in una selezione fra più soggetti cui allocare vantaggi (come nel caso di promozioni o di assunzioni per concorso) o distribuire svantaggi (si tratta, in particolare, dei criteri di scelta dei lavoratori da sottoporre a licenziamenti collettivi, da collocare in cassa integrazione, ovvero destinatari di trasferimenti collettivi); scelte rispetto alle quali la buona fede costituisce il criterio di valutazione secondo canoni di ragionevolezza e di congruità dei mezzi adottati in rapporto all'interesse perseguito.

Il flusso della buona fede toccherà il suo culmine nella metà del decennio scorso, quando una parte della giurisprudenza di legittimità – sulla scorta di una significativa, quanto discussa, pronuncia della Corte Costituzionale - si spingerà sino ad affermare l'esistenza di un principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro, imponendone il rispetto sia agli atti unilaterali dell'imprenditore sia alle determinazioni dell'autonomia collettiva, nel senso che "la totale assenza di apprezzabili e giustificate motivazioni delle differenziazioni importa una violazione dei principi di buona fede e correttezza con conseguenze risarcitorie a ristoro dei danni subiti dai lavoratori esclusi dai trattamenti economici privilegiati".

Come spesso accade, il punto più alto di un'esperienza coincide anche con quello in cui inesorabile è il declino. L'aver toccato le sfere più gelose delle prerogative imprenditoriali,

trascinando verso un controllo di merito non solo gli atti unilaterali del datore di lavoro ma anche la ragionevolezza di quelli adottati dall'autonomia collettiva, ha fatto gridare allo scandalo. La dottrina, pressoché in blocco, si è mobilitata e le Sezioni Unite si sono adeguate. Ma il *de profundis* giurisprudenziale del principio di parità di trattamento ha trascinato con sé in un giudizio di disvalore lo stesso ruolo delle clausole generali di correttezza e buona fede come strumenti di controllo degli atti unilaterali del datore di lavoro. Secondo le Sezioni Unite, infatti, è da escludersi non solo che un principio di parità di trattamento “sia rinvenibile nel governo fatto dalla giurisprudenza del dovere di correttezza e buona fede”, ma, altresì, che tali clausole generali creino “obbligazioni autonome in capo al datore di lavoro”, rilevando “bensì o come modalità di generico comportamento delle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritti ed obblighi, oppure come comportamento dovuto in relazione a specifici obblighi di prestazione, laddove il datore di lavoro nella esplicazione del suo potere di autonomia contrattuale agisce in piena libertà, senza alcun vincolo, neppure generico, nei confronti della generalità dei dipendenti”.

Il presupposto teorico di tali affermazioni è, come può agevolmente rilevarsi, assai discutibile: la giurisprudenza semplicemente “dimentica” che funzione precipua della buona fede è proprio quella di generare obblighi integrativi o accessori del regolamento contrattuale - diretti, quindi, ad arricchire il contenuto dell'obbligazione -, non di duplicare o assistere obblighi già esistenti e di per sé vincolanti. La sorte delle clausole generali, in questa riduttiva prospettiva, non è più quella di “garantire il rispetto delle posizioni e degli interessi alieni e, persino, alla loro tutela e promozione al di là di quanto è previsto nella legge o nel contratto”, ma degrada fatalmente a funzione meramente accessoria o “decorativa”: in sostanza, “per controllare la fedele applicazione dei criteri, contrattati in sede sindacale o dichiarati dall'imprenditore, e, quindi, il rispetto di obbligazioni già assunte con la controparte sindacale o, direttamente, con l'insieme dei lavoratori interessati alla vicenda”. E' pur vero che anche in questa riduttiva accezione la buona fede svolge comunque una funzione, quantomeno quale “sussidio interpretativo” per determinare esattamente quali siano in concreto i comportamenti ex lege prescritti dalla norma specifica: ma il profilo integrativo ne risulta completamente escluso. Viceversa, è proprio la valenza integrativa che conferisce alla buona fede la funzione di riequilibrio della dimensione mercantile del rapporto obbligatorio a favore di quella “sociale” e, per quanto qui interessa, di governo della discrezionalità privata. Del resto la giurisprudenza, ancora di recente, continua a richiamarsi alla direttiva della buona fede al fine di governare l'indeterminatezza di talune prerogative datoriali che si svolgono entro spazi vuoti di diritto; basti pensare alla nozione di “giustificatezza” del licenziamento del dirigente, che, non identificandosi con le nozioni legali di giusta causa o di giustificato motivo, si sostanzia proprio nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede *in executivis*. Altre volte, in una prospettiva di ordine più generale, la giurisprudenza si richiama, con enfasi, alla buona fede, definendola “clausola generale di chiusura, di trasparenza e di garanzia per la valutazione dei comportamenti imprenditoriali”. V'è da domandarsi, tuttavia, se non si tratti, spesso, di mere formule linguistiche e di tecniche argomentative di *routine*, che assolvono una funzione meramente accessoria rispetto ad altre - ed assorbenti - *rationes decidendi*. Infatti, in molte delle ipotesi che si asseriscono costituire campo di applicazione del principio, le conseguenze giuridiche sul piano dei rimedi e delle responsabilità sono già assicurate dall'esistenza di diritti contrattuali, nella cui violazione si concreterebbe il comportamento

contrario a buona fede. E' evidente che, in tal modo, risultano minati gli stessi fondamenti teorici delle clausole generali nonché loro plausibilità pratico-applicativa.

L'utilizzo delle clausole generali in funzione di limite dei poteri datoriali è stato fatto oggetto di critica serrata anche da parte di autorevole dottrina: "il ricorso dei giudici del lavoro al principio di buona fede, quando non è andato oltre l'esibizione di formule verbali o di stile, ha, assai spesso, consentito soltanto di formulare una motivazione qualsiasi a decisioni irresponsabili, in quanto fondate esclusivamente su preconcetti ideologici" (Persiani). Ciò che si lamenta, soprattutto, è la mancata individuazione e rilevazione di *standards* di comportamento social-tipici cui la collettività attribuisca il valore di norme sociali: solo la presenza di tali *standards* fornirebbe un substrato oggettivo alla decisione del caso concreto, escludendo quindi, o quantomeno riducendo, l'arbitrarietà del giudice.

Tali critiche sottolineano la strutturale indeterminatezza dei contenuti delle direttive espresse dal principio di buona fede, e ripropongono, in sostanza, le tradizionali diffidenze e resistenze al suo impiego; ma – capovolgendo la critica – si può affermare che anche tali argomenti appaiono per lo più strumentali, corrispondenti, essi stessi, ad atteggiamenti ideologici di segno contrario e di critica preconcetta ad una concezione valutativa dell'attività giudiziale nel diritto del lavoro. Del resto tale dottrina non esita ad affermare perentoriamente che "la compressione della struttura autoritaria dell'impresa può avvenire esclusivamente ad opera del legislatore o dell'azione sindacale, non già ad opera del giudice"; a quest'ultimo non sarebbe consentito, sia pure invocando i principi costituzionali (e, in particolare, quelli consacrati dall'art. 41 Cost.), "modificare il modello adottato dal legislatore per individuare limiti ai poteri del datore di lavoro che siano ulteriori rispetto a quelli previsti". Orbene, che i principi costituzionali di tutela del lavoro non siano applicabili in funzione di limite dei poteri imprenditoriali è affermazione assai discutibile sul piano teorico: al contrario, che la costituzione sia fonte di diritto idonea a disciplinare direttamente i rapporti inter-privati è argomentato dalla migliore dottrina costituzionalistica, oltre che ribadito dalla stessa Corte Costituzionale; pure di recente, peraltro, autorevole dottrina giuscommercialistica, proprio con riferimento ai limiti costituzionali dell'iniziativa privata, non ha esitato ad affermare che "anche per il "nuovo secolo" deve restar fermo il rispetto dei valori di cui all'art. 41, comma 2°, della Costituzione e dunque il rispetto, se non il perseguimento, anche da parte dell'impresa e nel regolamento del mercato, dell'utilità sociale". Quanto poi alla questione che qui più interessa, vale rilevare come uno sforzo di determinazione dei contenuti del principio di buona fede sia certo utile e finanche necessario, al fine di scongiurare o contenere i rischi di arbitrio soggettivo e di decisionismo giudiziale sempre connessi all'utilizzo di una clausola genere. Ma affermare che tale sforzo di determinazione sia mancato del tutto costituisce un giudizio fin troppo severo a fronte, soprattutto, di elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali volte ad individuare nel dovere di esteriorizzazione delle decisioni adottate dall'imprenditore il parametro di un uso corretto - alla stregua di buona fede - del potere, specie laddove quest'ultimo sembri recuperare i connotati dell'arbitrio ovvero ampi margini di discrezionalità.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'accesso ad un superiore livello professionale avvenga attraverso il sistema della c.d. attribuzione per scelta pura e non per concorso, laddove l'unico requisito necessario per la legittimità del provvedimento di promozione è il rispetto del dovere del datore di lavoro di comportarsi secondo buona fede, della quale costituisce particolare estrinsecazione la motivazione del provvedimento con la esternazione dei criteri (sindacabili sotto il profilo della coerenza, imparzialità e non contraddittorietà rispetto a

situazioni analoghe) seguiti nel promuovere alcuni dipendenti e nell'escludere la promozione di altri. Si pensi, ancora, alle valutazioni, concernenti le note di qualifica e all'obbligo - secondo correttezza e buona fede - di motivare adeguatamente le note suddette, al fine di consentire al giudice il sindacato in ordine all'eventuale sussistenza di intenti discriminatori o di ritorsione ovvero di motivi illeciti o irragionevoli, quali quelli non inerenti al dipendente nella sua specifica qualità di lavoratore. E' evidente che in tali fattispecie la buona fede ha prodotto, grazie alla mediazione giurisprudenziale, una tipizzazione applicativa in ragione delle esigenze che il funzionamento del contratto prospetta: in particolare assicurando a vantaggio della parte esposta all'esercizio del potere discrezionale la conoscenza di circostanze essenziali al fine della salvaguardia del proprio interesse.

Ancor meno convincente, poi, risulta l'argomento retorico secondo cui, una volta richiamata l'attenzione sulla necessità di individuare quei "tipi normali di comportamento" corrispondenti all'esercizio dei poteri del datore di lavoro, si conclude affermando che l'intrinseca variabilità dell'organizzazione del lavoro (e la connessa "incostanza" delle scelte tecniche e di governo di quell'organizzazione) in realtà esclude a priori l'enucleazione di modelli comportamentali socialtipici alla cui stregua accertare l'eventuale esistenza di atti anomali e, quindi, contrari a buona fede "perché considerati riprovevoli dalla coscienza sociale". In questa *indifferenza* verso ogni possibile razionalizzazione dell'agire imprenditoriale che non sia ricavabile da espressi limiti esterni apposti dalla legge o dal contratto collettivo, si consuma la lettura riduzionista della buona fede in funzione di governo del potere del datore di lavoro. Con ciò viene arbitrariamente sottovalutata vuoi la possibilità di rifarsi, nell'individuazione dei comportamenti socialtipici integrativi *ex fide bona*, ai risultati raggiunti (anche in altri settori) dall'autonomia collettiva - che sovente prevede, ad esempio, l'obbligo di contestuale motivazione dei provvedimenti datoriali -, vuoi l'imprescindibile nesso tra le clausole generali ed i principi costituzionali (anzitutto quelli di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* e di dignità umana *ex art. 41, co. 2°, Cost.*); una prassi, quella che utilizza la buona fede per mediare, concretizzandoli, valori di rango costituzionale, tradizionalmente invalsa nell'esperienza giurisprudenziale tedesca e che pare interessare, almeno di recente, anche quella francese. E' proprio da questi principi appare possibile ricavare, in concreto, nel coordinamento e temperamento tra l'interesse dell'impresa e la libertà del prestatore, parametri di giudizio sufficientemente specifici, ovvero quei tipi normali di comportamento che, se pur non ancora consolidati nell'esperienza, appaiono - comparativamente ad altri - maggiormente rispettosi della dignità dell'uomo che lavora e, quindi, convergenti, più di altri, verso "l'area dei diritti di libertà finalizzati allo sviluppo della personalità morale e civile del lavoratore".

Ma v'è di più. Pretendere di ancorare il controllo dei poteri datoriali *ex fide bona* ad una pregiudiziale individuazione di tipi normali di comportamento contrasta con le più avanzate riflessioni della stessa dottrina civilistica: la quale, preso atto dell'inermità degli sforzi volti a formulare astratte, aprioristiche ed universali definizioni del contenuto delle regole di buona fede (peraltro incompatibili con le finalità di una clausola generale), prospetta traguardi più appaganti e realistici mediante l'elaborazione di "indici di apprezzamento" della buona fede. In tal prospettiva non si tratta, quindi, di individuare le forme di un esercizio "normale" del potere direttivo in quanto rientranti in un improbabile "tipo normale di comportamento", bensì di enucleare una serie di *parametri di giudizio* controllabili e prevedibili nel loro impiego. Nel rapporto di lavoro tali parametri di giudizio non possono non tener conto del valore della persona umana e della sua implicazione nella sfera di dominio della

controparte. Invero, per chi non si arrenda alla consolante immagine di un potere imprenditoriale immune da ogni controllo di ragionevolezza, l'ammissibilità di una delimitazione dell'arbitrio dell'imprenditore, appare oggi muovere proprio nella direzione di assicurare ai lavoratori il godimento dei *diritti fondamentali* della persona. Lungi dall'escludere ogni possibile valutazione (che non si trovi già ponderata nel dettato contrattuale e/o legale) in ordine all'attività imprenditoriale, questa esigenza si declina attorno a due concetti cardinali, quello di "proporzionalità" e quello di "giustificazione" nell'uso del potere; concetti che proprio la buona fede oggettiva può contribuire a precisare. In una prima accezione, *proporzionalità* significa adeguatezza tra la misura adottata e lo scopo cui essa è rivolta; la giurisprudenza pare esprimere tale concetto quando richiama la buona fede come criterio di "coerenza fra le scelte imprenditoriali e le finalità specifiche cui le stesse sono preordinate"<sup>1</sup>. Come dire che solo se la scelta è coerente, l'effetto restrittivo sulla sfera di libertà del lavoratore è giustificata. La prossimità con la teoria dell'abuso è qui evidente; del resto, è noto che molti orientamenti assumono la buona fede quale tipico momento di affermazione del concetto di abuso del diritto nel sistema privatistico (Rescigno). Ma l'esigenza di proporzionalità può tradursi, in una accezione più pregnante, in criterio giuridico di ponderazione degli interessi e di riequilibrio di posizioni soggettive sperequate. In questo senso la proporzionalità esige adeguatezza e ragionevolezza nell'uso del potere, ovvero considerazione delle posizioni di interesse "altre" sulle quali detto potere incide, nei limiti in cui la tutela di queste posizioni non si risolva in un ingiustificato pregiudizio rispetto alla realizzazione dell'interesse datoriale: la giurisprudenza pare esprimere questa idea quando afferma che la buona fede funge da "parametro di valutazione comparativa degli interessi sostanziali delle parti contrattuali"<sup>2</sup>, in evidente funzione esplicativa del principio di solidarietà sociale. In tal prospettiva, ad esempio, la preferenza da attribuire – nel licenziamento o nel trasferimento – ad alcuni lavoratori rispetto ad altri dovrà determinarsi non solo nel rispetto del limite esterno della non discriminazione, "ma anche secondo criteri di ragionevolezza e correttezza, alla stregua delle clausole generali di cui agli art. 1175 e 1375 c.c., attribuendosi rilevanza alle diverse situazioni soggettive che possono rendere il provvedimento datoriale più gravoso per alcuni lavoratori rispetto ad altri"<sup>3</sup>. La medesima logica informa l'uso della buona fede per sanzionare il comportamento del datore che, in caso sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, operi il recesso senza valutare la possibilità di adibire quest'ultimo ad una diversa attività, compatibile con la residua capacità lavorativa<sup>4</sup>: anche in tal caso, infatti, la ragionevolezza nell'uso del potere impone di tener conto di altre possibili opzioni, meno lesive dei diritti del lavoratore. La medesima logica informa talune applicazioni, ancor più significative, del principio di buona fede nell'ordinamento francese, laddove la giurisprudenza ha mobilitato l'art. 1134 del *code civil* per fondare in capo all'imprenditore specifiche obbligazioni di "adaptation"<sup>5</sup> e di "reclassement"<sup>6</sup>. Tali obblighi impongono all'imprenditore, a fronte di mutamenti organizzativi, di prendere ogni adeguata misura a tutela della stabilità del posto di lavoro; si tratta, in sostanza di un processo di "aggiustamento" delle qualifiche soggettive alle

---

<sup>1</sup> Cass. Sez. lav. 10 settembre 1997, n. 8857

<sup>2</sup> Cass. Sez. lav. 30 luglio 1997, n. 5961, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 437, con nota di Scognamiglio, e in *D&L, Riv. crit. dir. lav.*, 1998, p. 463, con nota di Meucci.

<sup>3</sup> Cass. Sez. lav. 18 ottobre 1996, n. 9086, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 204, con nota di Niccolai.

<sup>4</sup> Cass. Sez. unite 7 agosto 1998, n. 7755, in *For. it.*, 1999, I, 197.

<sup>5</sup> Cour de Cassation 25 febbraio 1992, in *Droit soc.*, 1992, con nota di A. Lyon-Caen.

<sup>6</sup> Cour de Cassation 8 aprile 1992, in *JCP*, 1992, con nota di J. Savatier

evoluzioni o mutazioni dell'organizzazione del lavoro consistente nel proporre al prestatore, che rimane libero di rifiutare, le modificazioni del contratto che consentano di conservare il rapporto di lavoro e di evitare il licenziamento; obbligazioni che – come osserva la dottrina – sembrano doversi collegare, per il tramite della buona fede, al preambolo della Costituzione francese del 1946, la quale proclama che “chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi”.

E' chiaro che la proporzionalità si coniuga alla giustificazione, intesa come criterio di verifica e apprezzamento della ragionevolezza. “Ogni volta che qualcuno mette in dubbio la legittimità del potere altrui il detentore del potere deve rispondere non reprimendo il contestatore, ma fornendo una ragione la quale spieghi perché egli abbia un diritto alle risorse maggiore di chi lo contesta”: questo “principio di razionalità” costituisce una delle due fondamentali “leggi del dialogo” dello Stato liberale.

E' pronto il diritto del lavoro ad accogliere questo principio?