

Prefazione

di *Lorenzo Zoppoli*

Una monografia di esordio su un tema così antico e così ancora centrale nel tormentato diritto del lavoro italiano non avrebbe bisogno di nessuna prefazione: è infatti comunque una lettura preziosa per chiunque maneggi le regole del lavoro subordinato, tanto se lo fa per ragioni pratiche quanto se è animato da intenti speculativi. Il nesso fiducia/lavoro – pur sottoposto a un sempre più stringente vaglio critico interdisciplinare – resiste nei secoli e riemerge di continuo nella legislazione come nella casistica, nella giurisprudenza come nella dottrina. Talvolta quel nesso non ha nemmeno necessità di essere richiamato in considerazione della sua presenza quasi “ontologica”: si pensi ai rapporti di lavoro nelle migliaia di piccole imprese che ancora costituiscono l’ossatura del sistema produttivo italiano. Talaltra permea di sé così profondamente una costruzione giuridica – penso al lavoro dirigenziale specie nel privato (ma con tutte le tribolazioni del lavoro pubblico) – da rendere il rapporto giuridico una faticosa proiezione di una relazione sottostante priva di una sua precisa consistenza materiale, impernata com’è su uno sdoppiamento identitario/funzionale che oscilla tra dimensione personale e dinamica organizzativa.

Dunque un classico tema *evergreen*. Sempre meritevole di attenzione. Ma anche molto insidioso per un lavoro monografico di una studiosa al suo primo cimento sistematico (e qui uso un idealtipo, confermato però nel caso di specie: “monografia=lavoro sistematico”).

Per fugare pregiudizi e prime impressioni, può allora servire qualche parola da parte di chi come me conosce bene genesi e sviluppo della ricerca che ha condotto a questi risultati.

Credo sia utile anzitutto sapere che lo studio prende le mosse non dal quadro legislativo o teorico/dottrinale ma dal contesto lavorativo nel quale la fiducia è una sorta di “pane quotidiano”, di risorsa elementare, di “brodo prebiotico”. Senza fiducia il sistema bancario nemmeno potrebbe nascere, figuriamoci sopravvivere ai drammi dell’intricatissima modernità. Claudia Murena lo dice bene e con le citazioni degli studi giusti di sociologi ed economisti. Non dice invece che a indurla a riflettere sul bancario iperstressato dalla *mission* fiduciaria di cui è impegnato il suo mondo è stato il metodo di ricerca prediletto da chi a questo studio l’ha avviata, cioè Mario Rusciano. Con il suo stringente cerchio metodolo-

gico “prassi-teoria-prassi” la ricerca assegnata alla giovane studiosa era: partendo da una realtà in cui la fiducia è nell’aria che si respira, può il diritto del lavoro ancora erede della stagione garantista (sebbene l’originario “fiore” perda ogni giorno uno dei suoi petali preziosi) non essere totalmente permeato dall’esigenza di garantire al datore di lavoro il massimo dell’affidamento personale su ogni singolo addetto del settore bancario?

Claudia Murena si è dunque calata in profondità nella realtà del lavoro bancario e, come testimoniano gli ultimi capitoli del libro, ha scrupolosamente rintracciato la valenza retorica e regolativa che la fiducia assume ancor oggi nel diritto del lavoro applicato nel settore. Ha però anche messo bene in luce alcuni aspetti che l’hanno guidata verso un percorso finale se vogliamo più classicamente sistematico, come testimonia la struttura del volume.

In sintesi l’argomento fiduciario nel lavoro bancario non pare avvalersi di dati e strumenti giuridici davvero peculiari rispetto al restante ordinamento giuslavoristico; e inoltre le specificità del settore tendono a scolorire più che accentuarsi, avvicinandosi gradualmente la banca a qualsiasi altra impresa in conseguenza dei processi di liberalizzazione che hanno caratterizzato una fase importante degli ultimi decenni. È pur vero che lo Stato è tornato di recente a occuparsi molto da vicino delle condizioni di salute di tante banche, impedendo che gli errori di gestione producano tutti i loro effetti. Ma ciò non toglie che la cultura organizzativa e gestionale del settore sia rimasta quella di mercato con un aggravio magari in termini di obblighi di trasparenza, ma con pochi equivoci sulla intrinseca assimilazione dell’attività bancaria a quella di imprese volte a perseguire margini di profitto. Naturalmente ciò non toglie né che il cliente deve aver fiducia nella propria banca né che l’esercizio del credito si basa su garanzie oggettive come su qualità personali; ma non diversamente dalla fiducia che deve biunivocamente nutrire il rapporto di ogni cliente con un professionista – subordinato o autonomo poco conta – al quale si affidano beni essenziali per i propri equilibri vitali e/o professionali.

Il ridimensionamento di una qualche specialità del lavoro bancario ha portato la Murena a rivisitare ruolo e rilevanza della fiducia nel sistema giuslavoristico in evoluzione, con particolare riguardo a quegli ambiti di disciplina in cui più pareva proficuo comparare sviluppi generali e peculiarità settoriali. Lungo questo tragitto il volume offre interessanti riflessioni sulle recenti riforme di istituti cruciali come il licenziamento e la tutela della *privacy* a opera della legislazione detta in sintesi “*Jobs Act*”. Rinviando al testo per la puntuale analisi dei tanti problemi esegetici posti dallo *ius novum*, qui preme segnalare un interessante intreccio tra filosofie regolative di ispirazione diversa. La ricostruzione sistematica mette infatti bene in luce come il progressivo ridimensionamento dell’elemento fiduciario realizzato nel cuore della stagione garantista sia stato successivamente superato senza però troppo dare spago alla rilevanza dell’*intuitus personae*, bensì valorizzando l’esigenza imprenditoriale di recuperare il proprio margine di libertà gestionale per restare competitivi secondo un approccio più incentrato sulla

certezza dei costi. Ciò ha naturalmente avvantaggiato anche l'impresa-banca, ricompresa in un processo assimilativo che però potrebbe rendere per qualche verso ancor più anacronistico il persistere dell'uso retorico della categoria fiduciaria nell'applicazione delle regole lavoristiche.

Sono in fondo le conclusioni, sofferte ma chiare, cui perviene Claudia Murena riproponendo una classica distinzione tra fiducia e *intuitus personae*, dove la seconda categoria rinvia a una dimensione meno generica e ambivalente, risultando sinonimo di qualità professionali inscindibili dalla personalità del lavoratore.

Non bisogna infine a mio parere trascurare due ulteriori spunti che nel suo percorso questa ricerca offre. Il primo è che il riposizionamento al centro del moderno diritto del lavoro del datore/impresa di mercato coesiste con un riferimento all'elemento fiduciario che va ben oltre il settore bancario. Emblematico mi pare al riguardo un caso di cronaca svoltosi, nel giugno 2014, ancora una volta dinanzi ai cancelli di Pomigliano d'Arco della FCA di Sergio Marchionne, quindi nel cuore del manifatturiero di grandi dimensioni, dove la fiducia nei rapporti di lavoro dovrebbe da tempo avere un ruolo limitato. Proprio l'argomento fiduciario è stato però posto al centro della controversia sul licenziamento di un gruppetto di lavoratori (in cassa integrazione) che, per protestare contro le condizioni di lavoro in fabbrica, avevano inscenato una macabra rappresentazione del suicidio dell'amministratore delegato di FCA. Il Tribunale adito ritiene giustificati i licenziamenti proprio in considerazione delle ripercussioni sull'elemento fiduciario del rapporto nell'esercizio di un "diritto di critica", ritenuto esorbitante rispetto ai limiti consentiti (la sentenza è annotata proprio da Claudia Murena in *Diritti Lavori Mercati*, n. 1/2016, p. 184 ss.: *(Doppio) licenziamento e diritto di critica del lavoratore*). Al di là della precisa ricostruzione del diritto di critica e della sua rilevanza nel licenziamento disciplinare, non può non colpire come in questa fase storica sia agevole cumulare i vantaggi della calcolabilità delle conseguenze giuridiche di poteri gestionali sempre più liberalizzati con quelli derivanti dall'uso di categorie concettuali e clausole improntate a una genericità che viene comunque utilizzata spesso dalla giurisprudenza a tutela degli interessi dell'impresa. E a poco rileva che in sede di appello un collegio meno conformista abbia ritenuto ingiustificati i licenziamenti in FCA di cui poc'anzi dicevo, avendo in effetti ribadito che "la giusta causa deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, in particolare, dell'elemento fiduciario, dovendo il giudice avere riguardo alla natura e qualità del rapporto, alla qualità e al grado del vincolo di fiducia ad esso connesso, alla qualità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi e all'intensità dei profili intenzionali, nonché alla proporzionalità tra tali fatti e le sanzioni inflitte, per stabilire se la lesione dell'elemento fiduciario, su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro, sia tale, in concreto, da giustificare la massima sanzione disciplinare" (C. Appello Napoli 27 settembre 2016).

Anche in considerazione dei diffusi orientamenti della giurisprudenza, di me-

rito come di legittimità, la casistica in materia di licenziamenti per condotte extra-lavorative dei bancari di ogni ordine e grado con cui questa monografia si chiude è di grande interesse; e intelligente è la linea di discriminare che Murena propone, volta a prefigurare equilibri più sofisticati tra gli interessi contrapposti, pur senza negare la rilevanza della relazione personale nella banca/impresa.

Il secondo spunto che questa monografia suggerisce è che l'ordinamento, nei suoi più recenti sviluppi, sembra aver del tutto ignorato che la fiducia o l'*intuitus*, calati in un contesto giuridico ancora contrattuale, devono avere una dimensione bidirezionale. A voler mantenere o addirittura valorizzare la relazione personale nei moderni rapporti di lavoro, non si può infatti coltivare in materia un anacronistico unilateralismo, imperniato sulla mitizzazione o ipostatizzazione delle esigenze datoriali. Se relazione personale è augurabile che ci sia alla radice di ogni contratto di lavoro, occorre tener conto anche degli interessi e delle esigenze del lavoratore: a cominciare dal presumibile – e anch'esso intramontabile – interesse alla conservazione del contratto (posto?) di lavoro. In mancanza di una legislazione che persegua la realizzazione di questo quasi ovvio equilibrio, viene addossato a una oscillante giurisprudenza il difficile compito di non fare pendere la bilancia sempre da una parte sola, magari barcamenandosi tra i meandri di una casistica che sovente propone situazioni e comportamenti estremi o esasperati, per un verso o per l'altro. Uno spazio eccessivo lasciato alla valutazione giudiziale fortemente influenzata dalle circostanze di fatto non ci restituisce certo il migliore dei diritti possibili.

Premessa

*La fiducia nei rapporti umani e nei rapporti giuridici**

1. Giuridicizzare un concetto tanto ampio, quanto astratto, qual è quello di “fiducia”, è impresa affascinante e sicuramente complessa, perché complessa è innanzitutto la sua concettualizzazione: basti pensare che uno studio metodologico, condotto sulla base dell’analisi di diverse pubblicazioni rilevanti nei vari settori coinvolti (*strategic management, marketing, sociologia, psicologia*), è approdato, isolando i lavori in cui appariva una sua chiara definizione – ed eliminando le duplicazioni – a ben 72 definizioni diverse ¹!

La multidimensionalità dell’elemento fiduciario l’ha dunque reso oggetto di attenzione da parte di differenti discipline, poiché «il livello di generalizzazione che caratterizza il costrutto ... fa sì che questo sia applicabile non solo con riferimento alle relazioni interpersonali, bensì anche alle interazioni fra diverse strutture organizzative» ²; è ormai assodato, infatti, che la fiducia svolge un ruolo fondamentale nell’ambito delle dinamiche relazionali, non solo tra due individui, ma anche, ed in senso più complesso, all’interno dei gruppi sociali ³, operando come meccanismo

* Tutte le sentenze citate nel prosieguo della trattazione per le quali non è indicata la rivista sono consultabili nella banca dati *Dejure*; le pronunce della Corte Costituzionale sono altresì consultabili nel sito www.cortecostituzionale.it.

¹ Per specifici riferimenti, e commenti, a tale studio, cfr. S. CASTALDO, *Fiducia e relazioni di mercato*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 150 ss. A tal proposito, il sociologo Antonio Mutti ha affermato che «C’è da restare sconcertati della pluralità di significati attribuiti al concetto di fiducia nell’analisi sociale. Certamente questo deplorabile stato delle cose è il prodotto di una generale trascuratezza teorica, quasi che, per effetto di uno strano meccanismo autoriflessivo, la scienza sociale abbia finito col perdere la fiducia nella possibilità di riflettere in modo pertinente sulla fiducia» (A. MUTTI, *La fiducia. Un concetto fragile, una solida realtà*, in *Rass. it. sociologia*, 1987, p. 223 ss.). Nello stesso senso, la sociologa Susan Shapiro ha evidenziato come gli innumerevoli sforzi analitici diretti alla concettualizzazione della fiducia abbiano portato solo ad un «confusing potpourri of definitions applied to a host of units and level of analysis»: S. SHAPIRO, *The social control of impersonal trust*, in *American Journal of Sociology*, 1987, p. 625. Per una definizione socio-psicologica del concetto di fiducia si rimanda, tra gli altri, agli studi di S.N. EISENSTADT-L. RONIGER, *Patrons, clients and friends: interpersonal relations and the structure of trust in society*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, e di J.D. LEWIS-A. WEIGERT, *Trust as a social reality*, in *Social forces*, 1985, p. 967 ss.

² S. CASTALDO, *op. cit.*, p. 71.

³ Già nel I secolo a.C., Cicerone proclamava: «*Fundamentum autem est iustitiae fides, idest dic-*

di “riduzione” della complessità che caratterizza il vivere sociale⁴. Non solo: essa assume una notevole importanza anche nelle dinamiche organizzative, potendo generare dei risultati positivi sinanche da un punto di vista economico. È stato dimostrato, infatti, come la fiducia favorisca, da un lato, un proficuo svolgimento delle dinamiche relazionali all’interno dell’azienda, ed agevoli, dall’altro, i complessi meccanismi che regolano il mercato, sia con riguardo ai rapporti intercorrenti tra imprese e clienti, sia nelle relazioni tra diverse imprese⁵.

2. Sul versante giuridico, può evidenziarsi come la fiducia trovi spazi inversamente proporzionali al grado di coerenza e completezza di un sistema normativo, divenendo «cruciale nella spiegazione dei processi di generalizzazione delle aspettative sociali e di riduzione dell’incertezza»⁶.

Volendo soffermarsi brevemente sul ruolo dell’elemento fiduciario nel nostro

*torum conventorumque constantia et veritas» (De officiis, I, 7, 23). Da un punto di vista “oggettivo”, la fides, vincolo essenzialmente etico che legava due soggetti, costituiva il tramite tra la religione, da cui era fortemente connotata, e il mondo giuridico, fungendo da criterio normativo di comportamento. In tale ottica, essa permeava di sé numerosi istituti romanistici caratterizzati dallo stato di “sottoprotezione” di uno dei due soggetti (basti pensare al matrimonio, o al rapporto tra tutore e pupillo; o, ancora, al legame tra *patronus e libertus*), ed era alla base dei *negozi fiduciari* (cfr. G. GROSSO, voce *Fiducia (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 1968, XVII, p. 384 ss.; A. NICOLETTI, voce *Fides*, in *Noviss. Dig. it.*, 1961, VII, p. 293 ss.). Non solo: nelle relazioni mercantili internazionali, la *fides* si poneva quale garanzia di lealtà e rispetto dei principi di correttezza e dell’affidamento altrui (cfr. A. BURDESE, voce *Fiducia (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, 1961, p. 294 ss.; G. GROSSO, voce *Buona fede (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 1959, V, p. 661 ss.; ID., *Fiducia*, cit.) e, nello *ius belli*, dell’impegno che i Romani assumevano nei confronti dei *clientes*, garantendo loro un trattamento generoso ed equo, e provvedendo a tutte le loro necessità, in cambio della totale obbedienza (c.d. *devotio*) che questi ultimi dovevano ai vincitori.*

⁴ V. in argomento l’interessantissima opera di N. LUHMANN, *La fiducia*, trad. it. il Mulino, Bologna, 2002, come anche gli studi di Georg Simmel (sp. *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Duncker&Humblot, Berlin, tr. it. Giuffrè, Milano, 1989) e di E. DURKHEIM, *Le regole del metodo sociologico* (Free Press, New York, 1895). Cfr., altresì, H. GARFINKEL, *Studies in ethnomethodology*, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1967; E. GOFFMAN, *The presentation of self in everyday life*, Doubleday, Carden City, New York, 1959 (trad. it. il Mulino, Bologna, 1969); ID., *Strategic interaction*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1969 (tr. it. il Mulino, Bologna, 1971 e 2009); S.M. LIPSET-W. SCHNEIDER, *The confidence gap: Business, Labor and Government in the Public Mind*, Free Press, New York, 1983; T. PARSONS, *Politics and social structure*, Free Press, New York, 1969, tr. it. Giuffrè, Milano, 1975; J. ROTTER, *Generalized expectancies for interpersonal trust*, in *American Psychologist*, 1971, p. 443 ss.

⁵ Cfr., *ex multis*, R.P. BAGOZZI, *Marketing as an organized behavioral system of exchange*, in *Journal of Marketing*, 1974, p. 77 ss.; G.C. FERRERO, *Il marketing relazionale. L’approccio delle scuole nordiche*, Lint Editoriale, Urbino, 1992; ID., *Tendenze evolutive del marketing e riflessi sulle politiche di vendita e sui rapporti coi consumatori*, in L. PILOTTI (a cura di), *La grande danza che crea nel marketing connettivo. Networks, canali, users & identità nel post-fordismo*, Cedam, Padova, 2000, p. 21 ss.; C. GRÖNROOS, *The marketing strategy continuum: towards a marketing concept for the 1990s*, in *Management Decision*, 1991, p. 7 ss.; I. SNEHOTA-A. TUNISINI-G.C. FERRERO, *Marketing relazionale: un paradigma diverso?*, in *Economia e politica industriale*, 1993, p. 237 ss.

⁶ A. MUTTI, voce *Fiducia*, in *Enc. sc. soc.*, 1998, IV, p. 79 ss., e, nella versione *online*, in *www.treccani.it*.

ordinamento, si pensi – solo per fare alcuni esempi – al rilievo di istituti civilistici quali il negozio fiduciario⁷, o il *trust*⁸, di derivazione anglosassone, anche in relazione all'art. 2645-ter c.c.⁹, definito un «contenitore di carattere generale che porta al riconoscimento normativo dei negozi di affidamento fiduciario»¹⁰; o al contratto di mandato¹¹. Ancora, il termine *fiducia* riecheggia espressamente, pur se con contenuti estremamente variegati, nell'art. 627 c.c., riguardante le «disposizioni fiduciarie» in materia di successioni, come anche nelle norme aventi ad oggetto le «società fiduciarie»¹². Dall'art. 1564 c.c., poi, in tema di risoluzione per inadempimento, si evince una “fiducia” avente carattere essenzialmente patrimoniale, intesa come «aspettativa delle regolarità e puntualità delle prestazioni» nei contratti a prestazioni corrispettive e continuative, che viene in considerazione

⁷ Sui negozi fiduciari, v., tra gli altri, L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Cedam, Padova, 1933; A. DE MARTINI, *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, p. 705 ss.; C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345 ss.; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milano, 1964; G.F. MANCINI, *In tema di negozi fiduciari*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1838 ss.; G. MESSINA, *I negozi fiduciari*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1948.

⁸ Il *trust* è previsto in una Convenzione internazionale stipulata all'Aja il 1° luglio 1985, resa esecutiva in Italia con l. 16 ottobre 1989 n. 364. L'istituto è stato preso in considerazione sotto il profilo fiscale per la prima volta nel nostro Paese dalla Finanziaria 2007, che ha modificato l'art. 73 (capo I, titolo II) del Testo unico delle imposte sui redditi (c.d. TUIR), e da alcune circolari dell'Agenzia delle Entrate, prima fra tutte la n. 48/E/2007. La legge comunitaria 2010 ha poi delegato il Governo a introdurre e disciplinare nel nostro ordinamento giuridico tale istituto. Il d.d.l. S. 2284/2010, presentato dall'allora Ministro della giustizia Angelino Alfano (di cui ancora non è stato avviato l'esame: cfr. <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/35671.htm>) assegna al Governo il compito, tra l'altro, di apportare modifiche al codice civile in materia di disciplina della fiducia e del contratto autonomo di garanzia. Sul nesso tra *trust* e fiducia, v. M. LUPOI, *Fides, fiducia e trust nella cornice delle situazioni affidanti*, in *Id.* (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Giappichelli, Torino, 2006.

⁹ Tale articolo, che per la prima volta tipizza il negozio di destinazione come schema generale, è stato al centro di un ampio dibattito. V., tra gli altri, C.M. BIANCA, *Atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. notar.*, 2006, p. 1175 ss.; G. PALERMO, *Ammissibilità e disciplina del negozio di destinazione*, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 243 ss.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 161 ss.

¹⁰ G. PALERMO, nell'ambito di una lezione su *Negozi di destinazione, negozi di affidamento fiduciario, trusts*, Roma, Università “Roma Tre”, 10 novembre 2006.

¹¹ V. C. SANTAGATA, *Del mandato. Disposizioni generali. Artt. 1703-1709*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, IV, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1985.

¹² Introdotte nel nostro ordinamento con r.d.l. 16 dicembre 1926, n. 2214, e regolamentate dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966, esse sono oggetto di specifiche disposizioni, tra l'altro, del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, concernente il *Recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi* e del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52* (c.d. t.u.f.). Riferimenti si trovano anche nel d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (c.d. TUB).

«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»¹³.

In ambito penale, la Corte di Cassazione ha precisato, in relazione all'art. 61, n. 11, c.p.¹⁴, che per la configurabilità della circostanza aggravante ivi prevista, «l'espressione "abuso di relazioni di prestazione d'opera" abbraccia, nel suo significato, oltre all'ipotesi di un contratto di lavoro, tutti i rapporti giuridici che comportino l'obbligo di un "facere" e che instaurino, comunque, tra le parti un rapporto di fiducia dal quale possa essere agevolata la commissione del fatto»¹⁵.

Riecheggiano, ancora, la "fiducia parlamentare"¹⁶ e la "questione di fiducia"¹⁷, in diritto costituzionale; ancora, la fiducia intesa come "legittimo affidamento" nei confronti dell'attività amministrativo/istituzionale, da considerarsi unitamente al principio di certezza del diritto¹⁸, ed alla luce dei principi di derivazione comunitaria¹⁹.

Nell'ambito del diritto di famiglia, poi, il pensiero va con facilità ai risvolti negativi che può comportare il tradimento della fiducia tra coniugi, laddove il giudice «pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze, e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal

¹³ C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 26-27.

¹⁴ Circostanza aggravante concernente l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità.

¹⁵ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. II, 3 aprile 2013, n. 15280; 23 novembre 2010, n. 989.

¹⁶ E la relativa "mozione di sfiducia": cfr. art. 94 Cost. Per le Regioni e gli Enti locali, v., rispettivamente, l'art. 126 Cost. e l'art. 52 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

¹⁷ Non prevista in una specifica norma della Costituzione, essa è stata introdotta nel Regolamento della Camera dei Deputati, nel 1971 (cfr. art. 116) e, successivamente, in quello del Senato (cfr. art. 161). V. altresì l'art. 2, co. 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

¹⁸ La Corte Costituzionale, già dalla metà degli anni '80, ha evidenziato come «l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica» sia «un elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»: v., in particolare, Corte cost., 10 febbraio 1993, n. 39; 4 aprile 1990, n. 155, 14 luglio 1988, n. 822; 17 dicembre 1985, n. 349. In dottrina cfr., *ex multis*, A. CELOTTO, *Un importante riconoscimento del principio di «affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica»*, in *Mass. Giur. lav.*, 2000, p. 138 ss.; A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 707 ss.; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Giuffrè, Milano, 2001.

¹⁹ Cfr., *ex plurimis*, A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, p. 528 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2008; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento del cittadino tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998; E. SANNA TICCA, *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2004.

matrimonio»²⁰. La Suprema Corte ha avuto modo di precisare più volte che, in base all'art. 151 c.c., «la dichiarazione di separazione personale dei coniugi presuppone l'accertamento dell'esistenza di *fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della vita coniugale* (il corsivo è di chi scrive) o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole e ciò anche indipendentemente dalla volontà di uno o entrambi i coniugi»²¹.

Il richiamo ai fatti che rendano «intollerabile la prosecuzione» del rapporto rimanda immediatamente alla formulazione dell'art. 2119 c.c., in tema di *giusta causa* di recesso dal rapporto di lavoro, che sarà oggetto di specifica trattazione (cap. II).

3. Nelle delicate dinamiche relazionali intercorrenti tra datore di lavoro e prestatore, sempre sul filo tra collaborazione e conflitto²², «la rilevanza che assumono gli effetti della fiducia sul livello di conflitto nasce dal fatto che quest'ultimo costituisce uno tra i principali elementi in grado di incidere negativamente sulle possibilità di collaborazione»²³, per quanto sia possibile affermare che, sino ad una certa soglia, il conflitto sia invece da valutarsi come elemento anche positivo, nello sviluppo di una *performance*²⁴.

L'idea della fiducia come elemento caratterizzante il rapporto di lavoro subordinato permea, nel nostro ordinamento, seppur con diverse sfumature, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, in un continuo intrecciarsi di vicende giuridiche in cui protagonista è la *persona del lavoratore*, inserita nell'organizzazione datoriale.

Risulta perciò essenziale comprendere come si declini, nell'articolazione di tale rapporto, l'elemento fiduciario, ed è ciò che ci si propone di fare nel prosieguo della trattazione, in particolar modo nella prima parte del lavoro (capp. I, II), non senza proporre alcune riflessioni sul ruolo dei concetti cc.dd. «elastici» e sul difficile rapporto con l'attività dell'interprete, chiamato ad «adattarli» alle singole fattispecie concrete (cap. III), focalizzando successivamente l'attenzione sulle vicende attinenti al lavoro bancario (capp. IV e V), da sempre portato ad esempio come massima espressione della fiducia in ambito lavorativo.

4. Se alla base della legge bancaria del 1936 vi era un principio di «specializzazione» del credito, con la netta distinzione tra attività riservata alle aziende di credito – avente ad oggetto l'esercizio del credito a breve termine – e quella affidata ad istituti speciali – riguardante l'esercizio del credito a medio e lungo termine – con l'emanazione del c.d. Testo unico bancario (d.lgs. n. 385/1993) la situazione muta radicalmente: si assiste al passaggio dalla banca «istituzione» alla

²⁰ Art. 151, comma 2, c.c.

²¹ Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2000, n. 8106, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 1295.

²² Cfr. L. ZOPPOLI, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in *Quaderni Dases*, 2004.

²³ S. CASTALDO, *op. cit.*, p. 235.

²⁴ *Ivi*.

banca “impresa” – che va di pari passo con la progressiva privatizzazione degli istituti di credito, iniziata con la legge Amato (legge 30 luglio 1990, n. 218) – nonché all’avvio del processo di “despecializzazione” dell’attività bancaria, che, superando quella netta separazione tra esercizio del credito a breve e lungo termine, consente alle banche, munite di apposita autorizzazione, di esercitare la propria attività nell’ambito delle numerose ramificazioni dell’intermediazione finanziaria, e, quindi, di offrire un ampio ventaglio di servizi.

L’evoluzione legislativa ha senza dubbio contribuito ad aggiornare quei valori tradizionali connessi allo svolgimento dell’attività creditizia, influenzando notevolmente la *fisionomia* stessa del rapporto di lavoro, senza peraltro adombrare il rilievo sociale che caratterizza la funzione creditizia: nella “nuova dimensione” del lavoro bancario continuano infatti ad avere un preminente rilievo, oltre agli interessi delle parti direttamente coinvolte, quelli della clientela, che alle banche affida i propri risparmi, nonché, più in generale, l’interesse del mercato alla correttezza e trasparenza delle molteplici operazioni che ogni giorno vengono eseguite. Per altro verso, il costante progresso tecnologico, che ha investito prepotentemente, negli anni, un po’ tutti i settori produttivi, non poteva non incidere sulle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, e, dunque, sulla gestione dei rapporti interni ed esterni alla banca.

Tale quadro è alla base della particolare severità dei controlli cui sono soggette le banche – in particolare, da parte della Banca d’Italia e della Consob – investite di una vera e propria *responsabilità da status*, che si concretizza in un dovere di protezione nei confronti di quanti si affidano alla professionalità dei propri dipendenti per le operazioni più svariate; ciò, a maggior ragione in un settore nel quale il proliferare delle nuove tecnologie porta alla ribalta le delicate problematiche connesse alla *privacy* ed alla sicurezza nella fruizione dei servizi offerti da quella che oggi viene definita la banca *multibusiness* (v. *infra*).

Un tal tipo di responsabilità spiega, a sua volta, il rigore con cui viene valutata la condotta dei dipendenti bancari, rispetto ai quali risalta, come si vedrà, il particolare atteggiarsi degli obblighi di diligenza e fedeltà, man mano che si procede nella scala gerarchica, come anche il peso assunto dalle condotte *extra* lavorative del prestatore nella determinazione degli equilibri del rapporto di lavoro. A tal proposito, nonostante gli indiscutibili nessi – come si vedrà – tra *intuitus* e fiducia, il continuo richiamo della giurisprudenza all’*elemento fiduciario* non può non destare perplessità ogniqualvolta la valutazione prognostica sul comportamento del dipendente, ai fini della permanenza in vita, o meno, del vincolo contrattuale, sembra fondarsi sulla *particolare considerazione* del contraente in relazione alle sue *caratteristiche personali*, intese in senso alquanto ampio, piuttosto che su quella *fiducia* che il datore di lavoro deve poter riporre nella «correttezza degli adempimenti futuri»²⁵ del prestatore.

²⁵ Cfr. cap. II, nota 23.

Capitolo I
Fiducia e rapporto di lavoro.
La rilevanza dell'intuitus personæ

SOMMARIO: 1. L'implicazione della persona nel rapporto di lavoro: *intuitus* e *fiducia*. – 2. Nesso tra il carattere personale della prestazione, l'implicazione della persona e la subordinazione. – 3. Subordinazione e collaborazione. – 4. Svolgimento del rapporto di lavoro e fiducia: diligenza ed obbedienza del prestatore. – 5. *Segue*. L'obbligo di fedeltà e gli obblighi accessori. – 6. *Segue*. I controlli a distanza sull'attività lavorativa fra tecnologia e *privacy*.

1. *L'implicazione della persona nel rapporto di lavoro: intuitus e fiducia.*

1.1. *Intuitus*¹ e *fiducia*² non sono due concetti coincidenti³: la dottrina evidenzia come, sebbene entrambi riguardino la rilevanza delle qualità della persona nel rapporto contrattuale, il primo «si presta ad essere riferito alla fase prodro-

¹ L'espressione *intuitu personae* ricorre molto probabilmente per la prima volta in un passo di FABRO, *Codex Fabrianus definitionum forensium*, Neapoli, 1755, I, VIII, tit. XXXIX, definitio XXI.

² Sulla fiducia, in generale, v., *ex multis*, E. BETTI, *Diritto romano*, Cedam, Padova, 1935; L. CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*; H. EICHLER, *Die Rechtslehre von Vertrauen*, Mohr, Tübingen, 1950; R. GUZZI, voce *Fiducia e fiduciario*, in *Enc. forense*, 1958, III, p. 753 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Giuffrè, Milano, 1933; G. MESSINA, *I negozi fiduciari*, cit.; S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1948, sp. p. 226 ss.; M. RUMPF, *Wirtschaftrechtliche Vertrauensgeschäfte*, in *Arch. f. d. zivil*, 1921, p. 1 ss.; C. SANTAGATA, *op. cit.*; E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Cedam, Padova, 1953, sp. p. 247 ss.; F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, thèse, M. Lavergne, Paris, 1938.

³ V., in particolare, A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, I, Jovene, Napoli, 1972, p. 621 ss., qui p. 629; C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 27; E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., p. 245, nota 1. Gli studiosi, tuttavia, tendono non di rado a confonderli e sovrapporli: cfr. A. GALASSO, *Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1345. Il *pot-pourri* terminologico nell'utilizzo di concetti diversi fra loro è ben posto in evidenza anche da F. CARINCI, *Recensione a C. SMURAGLIA, La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 298, che evidenzia come «una certa dottrina e soprattutto ... una certa giurisprudenza ...» abbia rivelato «una disinvoltura a volte sorprendente nell'usare alternativamente nozioni come quella di fiducia, collaborazione, subordinazione, fedeltà, per dilatare il lato passivo della posizione del prestatore, sia sul luogo di lavoro, sia, soprattutto, all'esterno di questo».

mica del rapporto, anche per l'etimologia, "considerazione della persona", implicante la scelta dell'altro contraente sulla base di una valutazione prognostica circa la sua rispondenza alle proprie esigenze», mentre la fiducia «si presta ad essere riferita alla fase dinamica di un rapporto di durata, anche per l'etimologia, "affidamento", basata sulla valutazione proiettiva della probabile continuità di detta rispondenza»⁴.

L'*intuitus* può dunque avere anche una giustificazione diversa dalla fiducia⁵, sebbene si possa affermare che, laddove vi sia 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*»⁶.

La fiducia caratteristica dell'*intuitus* «accompagna ... 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*»⁷.

Nella sua celeberrima monografia, Carlo Smuraglia sostiene che l'*intuitus* si compone di due elementi, cui sono ricollegabili diversi effetti: da un lato, alla rilevante considerazione che uno dei due contraenti abbia di determinate qualità della controparte – ritenute determinanti per la conclusione del contratto – conseguirebbero le riflessioni in tema di errore essenziale sulla persona⁸; dall'altro, l'"inerenza", alla persona considerata, della posizione costituita *intuitu personae*, determinerebbe la necessaria personalità dell'adempimento da parte dell'obbligato, nonché l'incredibilità ed intrasmissibilità di tale posizione.

1.2. Non sono molti, a parte Smuraglia, gli Autori italiani che si sono dedicati ad un approfondimento sistematico del concetto di *intuitus*⁹.

⁴ P. TOSI, *Intuitus personae e fiducia*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, pp. 540-541.

⁵ E. SIMONETTO, *op. ult. cit.*, p. 245, nota 1.

⁶ C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 27. Le diverse angolazioni da cui si osserva la rilevanza delle qualità della persona, ricorrendo al concetto di *intuitus*, o a quello di fiducia, spiegano come sia consentito ritenere che «... un rapporto (di durata) in ipotesi instaurato senza *intuitus personae* ... possa purtuttavia essere connotato dalla fiducia, cioè dalla rilevanza (nel suo svolgimento) di tali qualità» (P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 541).

⁷ C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 27.

⁸ Su cui v., soprattutto, A. GALASSO, *op. cit.*

⁹ V., in argomento, i contributi di A. CATAUDELLA, *op. cit.*; A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Jovene, Napoli, 1974; ID., *Errore sulla persona*, cit.; M. GRANDI, *La prestazione di lavoro subordinato e la persona del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1969, I, p. 415 ss.; E. SIMONETTO, *L'«intuitus personae» e il trasferimento delle azioni e delle quote di società cooperative con l'«autORIZZAZIONE» di cui all'art. 2523 c.c.*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Scaduto*, III, Cedam, Padova, 1970, p. 177 ss.; P. TOSI, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto*, FrancoAngeli,

La dottrina civilistica, pur riconducendo ad esso una serie di effetti, quali l'intransmissibilità del contratto *inter vivos* o *mortis causa*, la rilevanza determinante dell'errore sulla persona, l'efficacia estintiva dell'impossibilità sopravvenuta, l'infungibilità della prestazione, nega, per lo più, la configurabilità di una *categoria unitaria* di negozi caratterizzati da tale elemento, giungendo a concludere che «tutto, in vero, è discusso o per lo meno incerto: dai tipi negoziali caratterizzati dall'*intuitus* agli effetti giuridici che a siffatta caratterizzazione conseguono alla stessa nozione di *intuitus* nonché ai criteri per individuarne la presenza»¹⁰, anche perché, si evidenzia, i singoli effetti giuridici che di solito si ricollegano all'*intuitus* mutano da rapporto a rapporto, e non «presentano nelle disposizioni legislative che li prevedono un significato univoco, tale da giustificare il ruolo di indici normativi assoluti»¹¹.

Nella mancanza di solidi appigli interpretativi, quel che si può dire con un certo margine di certezza è dunque solo che «vi sono alcuni contratti nei quali la presenza dell'*intuitus* è connaturata e diremmo così strutturale; ve ne sono altri, invece, nei quali l'introduzione dell'*intuitus* dipende esclusivamente dalla volontà delle parti ...»¹².

L'unico dato costante dell'*intuitus* resterebbe la *particolare considerazione* che uno dei contraenti abbia dell'altro¹³ – o, quantomeno, di alcune sue *qualità* fondamentali¹⁴; per tale ragione, si afferma, appare più corretto parlare di negozi

Milano, 1974; più di recente, dello stesso Autore, *Intuitus personae*, cit. Tra gli Autori che hanno colto, dell'*intuitus personae*, gli aspetti più singolari, giungendo ad una sua "smitizzazione", E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., p. 245 ss.; ID., *Fallimento del socio ed esclusione*, in *Riv. società*, 1959, p. 198 ss. V. altresì L. CARIOTA-FERRARA, *op. cit.*, p. 2 ss.; G. GIORGI, *Teoria generale delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Fratelli Cammelli, Firenze, p. 81 ss. (è a questo Autore che si deve il primo tentativo di classificare i negozi *intuitu personae*); F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 1948, pp. 397-398. Con riguardo agli studi stranieri sul tema, si vedano soprattutto F. VALLEUR, *op. cit.*; e, ancora, M. AZOULAI, *L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat*, in P. DURAND (diretto da), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel: études de droit privé*, L.G.D.J., Paris, 1960, p. 1 ss.; G. BOURCART, *De l'intuitus personae dans les sociétés*, in *Journ. soc.*, 1927, p. 513 ss.; H. EICHLER, *op. cit.*; M. RUMPF, *op. cit.*

¹⁰ A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 624, nota 3. Anche C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 13, sottolinea come l'*intuitus* «non [abbia] un contenuto costante e neppure sempre degli effetti caratteristici».

¹¹ A. GALASSO, *Errore sulla persona*, cit., p. 1332, nota 2.

¹² Anche tale certezza, peraltro, vacilla, se è vero, come si è evidenziato, che «Perfino nei negozi caratterizzati strutturalmente dall'*intuitus*, si ammette per lo più la possibilità per le parti contraenti o di escluder[lo] del tutto o quantomeno di limitarne o modificarne gli effetti»: C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 13.

¹³ *Ivi*, p. 15. V. altresì F. VALLEUR, *op. cit.*, p. 203 ss.; M. AZOULAI, *op. cit.*, p. 1 ss.; E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., pp. 245-251; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Giuffrè, Milano, 1947, p. 339.

¹⁴ Sull'ambito delle qualità del soggetto che possono venire in rilievo, v. C. SMURAGLIA, *op. cit.*, il quale specifica 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 buona fede. Ma la fiducia che rileva ai fini dell'*intuitus* è qualcosa di più profondo. Il generico affidamento di tutti i rapporti obbligatori si specifica nel rilievo e nella

intuitu personae che di negozi “di fiducia”, in tal modo ponendo in rilievo come l’elemento principale non sia tanto la fiducia, quanto, per l’appunto, la particolare considerazione dell’altra persona¹⁵, che può riferirsi non solo alla sua *identità personale*, bensì anche alle sue *qualità* in senso ampio, cioè a quelle componenti della personalità che «pur trascurabili di per sé per il diritto in genere e irrilevanti per la generalità degli altri soggetti, possono assumere un’importanza particolare e fondamentale in un caso specifico e per un soggetto determinato». 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»¹⁶.

Tale *considerazione* è elemento che, secondo alcuni, entrerebbe addirittura a far parte della *causa* del negozio¹⁷; mentre da altri è indicato come mero *motivo* che induce a concluderne uno¹⁸. La posizione intermedia si schiera nel senso di considerare l’*intuitus* come qualcosa di più di un semplice atteggiamento psichico interiore, ritenendo tuttavia di non poter arrivare al punto di ricomprenderlo nella *causa* del contratto – «che tutt’al più potrà da esso ricevere una speciale coloritura»¹⁹ – poiché esso, si afferma, permane comunque «nella sfera dei motivi (determinanti)»²⁰: ciò significa che della posizione del soggetto principale non interessa il momento “interiore”, «che resta nella sfera dei sentimenti, quanto il lato esteriorizzato e concreto ...»²¹.

Ed è proprio il momento in cui tale “esteriorizzazione” si concreta a produrre effetti sul rapporto giuridico: la presenza dell’*intuitus* nella fase costitutiva del rapporto, come motivo determinante del consenso, comporterà la possibilità di qualificare come “essenziale” l’errore sulla persona; parimenti, «il venir meno di quella particolare persona o delle sue qualità fondamentali determinerà in genere la cessazione del rapporto»²².

Quanto sin qui detto chiarisce l’importanza che assume, ai fini del nostro di-

considerazione di quelle qualità personali del contraente che rafforzano l’aspettativa e trasferiscono la garanzia dell’adempimento su un piano eminentemente personale» (p. 31). L’Autore restringe l’ambito delle qualità che rilevano ai fini dell’*intuitus* a quegli attributi essenziali, inerenti ad una determinata persona, escludendo le qualità tecnicoprofessionali, in quanto riferibili a generiche categorie di lavoratori (p. 66).

¹⁵ C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶ AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 101.

¹⁷ M. AZOULAI, *op. cit.*, p. 4; G. FERRI, *Vendita con esclusiva*, in *Dir. prat. comm.*, 1933, I, p. 270 ss.; M. GRANDI, *op. ult. cit.*, p. 445; E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit., p. 255; A. VANZETTI, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all’azienda ceduta*, in *Riv. società*, 1965, p. 544.

¹⁸ R. GUZZI, *op. cit.*

¹⁹ C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 16. V. altresì H. EICHLER, *op. cit.*, p. 11 ss.

²⁰ C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 21.

²¹ *Ivi*, p. 25.

²² *Ivi*, p. 17.

scorso, la posizione del creditore nello svolgimento del rapporto, al quale solo spetterà di decidere, di volta in volta, se sia prevalente, per i suoi scopi, l'interesse ad ottenere la *prestazione personale* da parte del debitore, oppure il *risultato prefissato*, decidendo di mantenere in vita il rapporto.

1.3. Con specifico riguardo al rapporto di lavoro, la maggior parte degli Autori lo considera tra quelli contraddistinti dall'*intuitus personae*²³.

V'è chi ha, a tal riguardo, posto peraltro in evidenza un progressivo "svuotamento" di contenuto – perlomeno in parte – di tale concetto, sulla base di elementi quali, ad esempio, l'asserita assenza di *intuitus* nella fase di stipulazione del contratto, quantomeno là dove la libera scelta del datore sia soppressa – come era nel caso della richiesta numerica al collocamento²⁴; o, più in generale, il progressivo processo di "spersonalizzazione" del rapporto di lavoro subordinato²⁵, ricollegato anche all'enorme sviluppo del progresso tecnologico, che «ha ormai da tempo sostituito al tradizionale contatto diretto tra padroni e lavoratori un rapporto assai più impersonale e quasi sempre mediato». La civiltà di massa tende, infatti, per certi aspetti, «ad un livellamento delle posizioni soggettive e ad un minor rilievo delle qualità personali, almeno su un piano generale ... (per quanto) contemporaneamente si verifica, in alcuni casi, la necessità di una maggiore specializzazione e qualificazione ...»²⁶.

²³ A partire da L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Società Editrice Libreria, Milano, 1915, p. 639 ss. Cfr. ancora, *ex multis*, A. ARANGUREN, *La qualifica nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 47 ss.; G. ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 120 ss. e p. 167 ss.; P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1939, p. 220; C. LEGA, *La diligenza del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 119, nota 2; p. 237 ss.; G. MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano del lavoro*, a cura dell'Istituto di Studi Sindacali e del Lavoro di Firenze, 1952, p. 185; D. NAPOLETANO, *Collocamento e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 73 ss.; G. NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 37 ss.; F. PERGOLESÌ, *Il contratto individuale di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1945, p. 33 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, vol. XI, tomo I, Utet, Torino, 1960, sp. pp. 62, 200, 256, 466; V. SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 13. *Contra*, C. SMURAGLIA, *op. cit.*

²⁴ A. GALASSO, *Errore sulla persona*, cit., p. 1346, nel distinguere l'errore sull'*identità* dall'errore sulle *qualità* della controparte, precisa che in ipotesi come quella relativa alla richiesta numerica all'Ufficio di collocamento, se anche l'*identità* del lavoratore è normalmente irrilevante, in ogni caso, le *qualità* del lavoratore possono costituire oggetto di *errore essenziale*, qualora acquistino una importanza determinante nell'ambito del rapporto negoziale predisposto dalle parti. In tal senso anche G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963, pp. 72-73; L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, p. 190.

²⁵ «Indirizzato a circoscrivere sempre più l'area dell'adempimento espungendo i doveri interpersonali evocati dal concetto di fiducia e soprattutto da quello corrispettivo, difficilmente isolabile dall'altro, di fedeltà»: P. TOSI, *Intuitus personae*, cit., pp. 539-540.

²⁶ C. SMURAGLIA, *op. cit.*, pp. 53-54, che sottolinea come «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

Tali considerazioni si accompagnano all'idea che l'*intuitus*, come si è anticipato, sia "connaturato" solo in specifiche fattispecie, che rappresentano l'eccezione²⁷, con la rilevanza, nella generalità dei casi, di una *specifica volontà* delle parti che lo "immetta" nella struttura del rapporto di lavoro, in relazione al precipuo regolamento di interessi²⁸.

Non deve, tuttavia, dimenticarsi che il rapporto di lavoro «tende ad imperniarsi su un giudizio specifico circa la rispondenza del prestatore alla posizione che si andrà concretamente specificando in relazione alla data organizzazione del lavoro»²⁹, con la conseguenza che l'elemento fiduciario può anche prescindere dalla sussistenza dell'*intuitus* nel momento iniziale del rapporto, poiché esso «scaturisce inevitabilmente dall'implicazione della persona non solo nel rapporto ma nell'organizzazione aziendale»³⁰.

2. Nessi tra il carattere personale della prestazione, l'implicazione della persona e la subordinazione.

2.1. Il *fattore organizzativo* rappresenta dunque un elemento fondamentale per comprendere l'ambito e la portata dell'elemento fiduciario nel rapporto di lavoro: è in relazione ad esso, infatti, all'articolazione più o meno complessa della struttura imprenditoriale, che si sviluppano e si intrecciano i molteplici rapporti che consentono all'azienda di produrre.

Il Premio Nobel per l'economia Ronald Henry Coase, in un celebre articolo dedicato alle relazioni tra impresa ed economia di scambio³¹, definisce l'impresa come un'«isola di potere consapevole in un oceano di inconsapevole cooperazione», in cui l'imprenditore, che dirige e coordina la produzione, decidendo sull'utilizzo delle risorse a disposizione, si colloca in posizione gerarchicamente superiore rispetto alle controparti ed è dotato di autorità su di esse.

limitazioni dell'autonomia individuale» (p. 56). In tal senso anche F. SANTORO-PASSARELLI (*Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1958, p. 151), secondo cui «il contratto di lavoro, quando diventa un contratto di serie, cessa di essere un contratto di fiducia o *intuitu personae*».

²⁷ Ovvero quei 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 della fattispecie» (C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 50).

²⁸ *Ivi*, p. 51.

²⁹ F. CARINCI, *Recensione*, cit., p. 298.

³⁰ P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 541.

³¹ R.H. COASE, *The nature of the firm*, in *Econ.*, 1937, p. 386 ss. V. altresì ID., *The problem of social cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1 ss., nonché *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, Bologna, 1995. La sua teoria sarà poi sviluppata principalmente da O.E. Williamson, di cui v. *The mechanisms of governance*, Oxford University Press, New York, 1996.

L'articolazione dei rapporti esistenti all'interno di un'impresa si sostituisce alla complicata struttura del mercato e delle transazioni, consentendo di "internalizzare" alcune fasi del processo produttivo e, dunque, in ultima analisi, di risparmiare sui costi che scaturiscono ogni qualvolta si debba ricorrere ai meccanismi del mercato, legati ad una serie di fattori variabili, tra cui le oscillazioni dei prezzi. Nel pensiero dell'Autore, insomma, l'impresa assume un ruolo centrale non come mera «funzione della produzione», ma come «una *struttura di governo* dei fattori di produzione»³², all'interno della quale, perché la riduzione dei costi di transazione sia più efficace, «è preferibile che la relazione contrattuale si svolga in un contesto caratterizzato da una ragionevole aspettativa di comportamenti non opportunistici dell'altro contraente»³³.

2.2. Il nostro Codice civile, se da un lato chiarisce da subito che «l'imprenditore è il *capo dell'impresa* e da lui *dipendono gerarchicamente* i suoi collaboratori» (art. 2086 c.c.), dall'altro, all'art. 2094 c.c., fornisce una definizione del prestatore di lavoro subordinato come di colui che «si obbliga mediante retribuzione *a collaborare nell'impresa*, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale *alle dipendenze e sotto la direzione* dell'imprenditore».

Il tratto caratterizzante del lavoro subordinato è quindi dato dalla circostanza che esso è «il solo a porre, sia pure per necessità istituzionale, un soggetto alle dipendenze di un altro»³⁴, con la precisazione che, con riguardo a tale soggetto, appare più corretto parlare non di *individuo* quanto, piuttosto, di *persona*³⁵.

Mario Grandi affermava a tal proposito che «se la personalità dell'attività esecutiva della prestazione è qualifica essenziale del *facere* dedotto a termine oggettivo dello scambio, l'implicazione della persona nell'adempimento assume il valore di un requisito costitutivo del vincolo di subordinazione al potere del soggetto organizzatore della prestazione»³⁶.

Secondo diversi Autori sarebbe dunque proprio *l'implicazione della persona*³⁷

³² R.H. COASE, *Impresa, mercato*, cit.

³³ R. PESSI, *Persona e impresa nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, II, Giappichelli, Torino, 2008, p. 1238 ss.

³⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto*, cit., p. 17.

³⁵ M. DELL'OLIO, *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, I, p. 18 ss.

³⁶ M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, I, p. 309 ss.

³⁷ V., sul tema, sp. F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, II, Jovene, Napoli, 1947-1948, il quale definisce l'implicazione della persona «il principio unitario» del diritto del lavoro. Nella medesima direzione già P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs*, I, Duncker&Humblot, Leipzig. Cfr. ancora, in particolare, M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 1972; ID., *Persona e contratto di lavoro*, cit.; C. SMURAGLIA, *op. cit.*, sp. p. 173 ss.

a distinguere il rapporto di lavoro da tutti gli altri vincoli di contenuto patrimoniale regolati dal diritto privato, determinando il coinvolgimento di beni fondamentali del lavoratore come la dignità e la libertà: «se tutti gli altri contratti riguardano l'avere delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'avere per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro bene»³⁸.

La dottrina utilizza questa espressione secondo quattro diverse accezioni:

- secondo una prima teoria, l'implicazione deriverebbe dalla circostanza che la persona del lavoratore, le sue energie, sono l'oggetto del rapporto di lavoro;
- per la seconda, dal rapporto di «immanenza» che lega debitore e prestazione, e dunque dalla impossibilità di scindere quest'ultima dalla persona del lavoratore;
- una terza teoria fa derivare l'implicazione dalla peculiarità della situazione in cui si trova il lavoratore, che comporta un suo «personale coinvolgimento» nel rapporto;
- la quarta tesi, infine, considera l'implicazione da un punto di vista prettamente soggettivo, ponendo in risalto il «lato attivo della posizione del lavoratore»³⁹.

Proprio alla rilevanza dell'implicazione della persona nel rapporto di lavoro e alla particolare considerazione che la investe (*intuitus*), la dottrina solitamente riconduce la necessità dell'esecuzione «personale» della prestazione di lavoro, e, quindi, la sua infungibilità⁴⁰, ritenendo, pur in assenza di una disposizione speci-

³⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto*, cit., p. 3. D'altra parte, è proprio l'implicazione della persona nel rapporto di lavoro ad esser stata «... il canale per l'amplificazione dei crediti del lavoratore: si pensi all'estensione progressiva dell'ambito di copertura delle tutele previste dall'art. 2087 c.c. in materia di salute e dall'art. 2103 c.c. in materia di professionalità con parallela moltiplicazione delle voci di danno» (P. TOSI, *Intuitus personae*, cit., p. 540).

³⁹ V., per una disamina critica di queste teorie, C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 174 ss. Con riguardo all'ultima tesi, si è sottolineato come la correlazione tra persona del prestatore e prestazione sarebbe da cogliersi proprio nel passaggio da una valutazione «oggettiva» ad una valutazione «soggettiva» dell'implicazione del lavoratore, che si sostanzia nella rilevanza costituzionale che ha assunto, negli anni, il mezzo lavoro: quale fonte principale di sostentamento, da un lato; e come principale mezzo per esprimere e sviluppare la propria personalità, dall'altro. È da tali considerazioni che discenderebbero talune garanzie poste a tutela della personalità del prestatore: a livello normativo, dalla legge e dai contratti collettivi (si pensi alle norme in tema di parità di trattamento, alla retribuzione minima sufficiente, alla sicurezza, al riposo, allo sciopero, etc.); e, a livello interpretativo, dal ricorso ai principi costituzionali posti a tutela del lavoratore come principi generali dell'ordinamento (v. F. CARINCI, *Recensione*, cit., p. 297).

⁴⁰ Che si fa derivare da elementi quali, ad esempio: a) *il tenore letterale dell'art. 2094 c.c.* («prestando il proprio lavoro»: cfr. A. DI MARCANTONIO, *Appunti di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 95); b) *l'«essenza», in sé, della subordinazione* (P. RESCIGNO, «Credito di lavoro» della persona giuridica. *Accollo del debito e trasferimento dei privilegi*, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 89, ritiene che prestare la propria attività lavorativa «alle dipendenze e sotto la direzione» di un altro soggetto rappresenti un vincolo che comporta «un frammento di dedizione della persona», il che sarebbe incompa-

fica che vieti la sostituzione del lavoratore, che non sia concepibile un mutamento del debitore senza che sia modificata la struttura stessa del rapporto.

2.3. Occorre tuttavia domandarsi «se la persona abbia una tale incidenza sulla prestazione da determinare una sostanziale modificazione di quest'ultima quando vi sia mutamento del soggetto»⁴¹. In un approccio critico alle su menzionate prospettazioni si evidenzia infatti come, seppure non si possa negare la connessione tra implicazione della persona e disciplina del rapporto di lavoro, la prima non si possa cogliere nemmeno nella circostanza che il prestatore debba svolgere la sua attività «alle dipendenze» e «sotto la direzione» del datore di lavoro, poiché, in realtà, «una limitazione della libertà personale dell'obbligato si ha in senso lato rispetto a tutte le obbligazioni ed in senso stretto relativamente a tutte quelle che hanno per oggetto un'attività, ed una limitazione articolata anche in una soggezione ad un potere direttivo e di controllo caratterizza rapporti diversi da quello di lavoro subordinato. Solo che nel rapporto di lavoro subordinato tale limitazione viene accentuata: ma non per questo perde il suo carattere strumentale rispetto alla prestazione, cosicché i suoi termini e limiti riescono definiti dal contenuto di questa»⁴².

Se, dunque, è pur vero che il rapporto di lavoro subordinato è caratterizzato dalla natura personale del rapporto⁴³, e che può dirsi qualificato dall'*intuitus* nel senso che «ha per oggetto una prestazione che l'ordinamento presume debba esser eseguita dal debitore in persona»⁴⁴, non è tuttavia possibile trarre, come regola generale, la conclusione della necessaria interdipendenza fra intrasmissibilità del rapporto ed obbligo di esecuzione personale della prestazione⁴⁵. Infatti, l'asserita personalità dell'adempimento non può escludere l'indagine sull'interesse del datore/creditore all'esecuzione personale della prestazione, *ex art.* 1180 c.c., introducendo essa solo una presunzione di sussistenza di tale interesse⁴⁶. Tant'è

tibile con l'adempimento della prestazione da parte di sostituti o ausiliari; *contra* C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 45, che evidenzia come per alcuni rapporti – ad es. il contratto di portierato – tale sostituzione sia esplicitamente ammessa); c) *la struttura stessa del rapporto di lavoro*, che farebbe ritenere sempre sussistente l'interesse del creditore all'esecuzione personale della prestazione (v., tra gli altri, G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 51 ss.; e, ancora, A. ARANGUREN, *La qualifica*, cit., p. 47 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro*, cit., p. 62 ss.).

⁴¹ C. SMURAGLIA, *op. cit.*, p. 79.

⁴² F. CARINCI, *Recensione*, cit., pp. 296-297.

⁴³ Cfr. A. GALASSO, *op. ult. cit.*, p. 1371, secondo cui «Se ... personalità del rapporto e personalità della prestazione sono concetti non necessariamente coincidenti, giacché l'intrasmissibilità *mortis causa* può essere sancita per ragioni estranee all'*intuitus personae* ... si deve riconoscere che la natura personale del rapporto, in linea di principio, influisce in modo determinante sulle modalità di esecuzione della prestazione, facendo sorgere la presunzione che questa richieda l'intervento personale del debitore, in quanto contenuta, appunto, in un rapporto intrasmissibile e perciò personale».

⁴⁴ *Ivi*, p. 1370.

⁴⁵ Ancora A. GALASSO, *op. ult. cit.*, p. 1365 ss.

⁴⁶ *Ivi*, pp. 1372-1373.