



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

TESI DI DOTTORATO

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi internazionali

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO
INTERNAZIONALE
E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
INDIRIZZO: DIRITTO DEL LAVORO
CICLO XXV

IL LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE NEL LAVORO PRIVATO

Direttore della Scuola: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Coordinatore d'indirizzo: Ch.mo Prof. Marco Tremolada

Supervisore: Ch.mo Prof. Carlo Cester

Dottorando: Pietro Puliatti

Abstract

La ricerca intende approfondire il complesso tema del licenziamento del dirigente privato al fine di definire l'esatta consistenza della tutela accordata al *manager* in caso di recesso datoriale. La trattazione, pertanto, realizza un inquadramento generale della materia concentrandosi da subito sulle questioni concernenti la determinazione della nozione di dirigente e l'individuazione dell'ampiezza della categoria dirigenziale. L'analisi successiva è dedicata alla disciplina del licenziamento del dirigente privato. Quest'ultimo - escluso dalla applicazione della L. n. 604/1966 in ragione della sua relazione fiduciaria con l'imprenditore - gode però di un'efficace tutela contrattualcollettiva incentrata sulla controversa nozione di giustificatezza, introdotta quale causale giustificativa del recesso datoriale. Si procede, così, alla definizione della nozione di giustificatezza alla luce degli orientamenti espressi dalla dottrina e dalla giurisprudenza. La prima parte della riflessione concerne, infine, lo studio della posizione del dirigente privato non tutelato dalla contrattazione collettiva, del quale si esclude, in ragione della complessiva evoluzione dell'ordinamento giuridico, la libera licenziabilità. Ne deriva la constatazione dell'esistenza in Italia di un nucleo minimo di tutele avverso il licenziamento assicurate a ogni lavoratore. La ricerca si compone, inoltre, di una seconda parte di carattere comparatistico incentrata sul licenziamento del dirigente statunitense e, più in generale, sulla considerazione della progressiva erosione della *at will rule*, al fine di garantire, anche negli Usa, una salvaguardia minima al dipendente nell'ipotesi di recesso del datore. Si manifesta così la necessità, percepita da ogni Stato moderno, di dotare il prestatore di lavoro subordinato di un patrimonio essenziale di tutele contro il licenziamento, da riconoscersi in quanto connaturate al suo stesso *status*.

Abstract

The research explores the topic of manager's dismissal in order to determine his protection in case of employer's withdrawal. The discussion first focuses on the definition of manager, together with the identification of the cases to which it applies. Then, the analysis addresses the regulation of manager's dismissal. The manager - excluded from the law n. 604/1966 because of his fiduciary relationship with the entrepreneur - enjoys, however, an effective legal protection coming from collective bargaining, based on the controversial notion of "*giustificatezza*". The thesis proceeds to define "*giustificatezza*" according to the orientations of the doctrine and the Courts. This leads to the conclusion that in Italy every worker benefits from a minimum set of protections against dismissal. In the last part, the research compares the regulation of manager's dismissal in the Italian and the American law. In recent years, the latter has experienced a significant limitation of the *at will rule*, with the result of increasing the safety net for employees in case of dismissal. This suggests that every modern State perceives as a priority - inherent to his own *status* - to provide to employees legal protection against the dismissal.

INDICE

Capitolo I - La nozione di dirigente e l'ampiezza della categoria dirigenziale.....7

Capitolo II - Il licenziamento del dirigente tra legge e contrattazione collettiva.....17

Capitolo III - Fiducia e licenziamento del dirigente

1. Introduzione.....	25
2. La tutela convenzionale del dirigente e il rapporto tra giustificatezza e giustificato motivo.....	28
3. Giustificatezza soggettiva e giustificatezza oggettiva.....	39
4. Giustificatezza soggettiva e responsabilità disciplinare, giustificatezza oggettiva e responsabilità dirigenziale: differenze sostanziali.....	43
5. Fiducia, giustificatezza e buona fede: alla ricerca di un equilibrio nel licenziamento del dirigente privato.....	54

Capitolo IV - Il licenziamento del dirigente privato non tutelato convenzionalmente

1. Introduzione.....	60
2. Il concetto di buona fede: genesi ed evoluzione interpretativa.....	62
3. Buona fede, abuso del diritto e libertà di recesso tra applicazioni giurisprudenziali e specificazioni dottrinali: il caso del licenziamento del dirigente privato non tutelato convenzionalmente.....	71
4. Ulteriori limiti alla libera licenziabilità del dirigente privato non tutelato dalla contrattazione collettiva.....	76
5. Il dirigente privato e la tutela avverso il licenziamento: ricostruzione della coerenza del sistema.....	82

Capitolo V - Il licenziamento del dirigente negli USA: l'*employment at will* tra legge, giurisprudenza, autonomia collettiva e individuale

1. Introduzione.....	89
2. Brevi considerazioni storiche: la natura del lavoro in America	
2.1 Il mutamento della “forza-lavoro”	92
2.2 Il mutamento del luogo di lavoro.....	95
2.3 Il mutamento delle aspettative dei lavoratori.....	99
3. <i>Employment at will</i>	
3.1 Un mito dalle origini controverse.....	101
3.2 Evoluzione ed erosione della <i>at will doctrine</i>	107
3.3 Le eccezioni al <i>employment at will</i>	
3.3.1 L'autonomia individuale.....	113

3.3.2 L'autonomia collettiva.....	115
3.3.3 Le eccezioni statutarie.....	117
3.3.4 Le eccezioni giurisprudenziali.....	124
3.4 Il licenziamento del dirigente Usa: caos e possibili soluzioni.....	137
3.5 L'azzardo del Montana: un esperimento riuscito?.....	143
4. Conclusioni.....	152

Capitolo I

LA NOZIONE DI DIRIGENTE E L'AMPIEZZA DELLA CATEGORIA DIRIGENZIALE

Dispone l'art. 2095 c.c.: «I prestatori di lavoro subordinato si distinguono in dirigenti, quadri, impiegati e operai. Le leggi speciali [e le norme corporative], in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura dell'impresa, determinano i requisiti di appartenenza alle indicate categorie».¹ Lo stesso codice (al libro V, titolo II, dedicato al lavoro nell'impresa) non fornisce tuttavia alcuna definizione dei criteri di appartenenza alle quattro categorie annoverate nel suddetto art. 2095 c.c. e, nello specifico, a quella dirigenziale.² Peraltro, la legislazione speciale

¹ Alla tradizionale bipartizione di «impiegati» e «operai» si sostituisce così una tripartizione, premettendo alle due indicate categorie quella dei «dirigenti amministrativi e tecnici». Per il periodo che precede l'adozione del Codice Civile del 1942, è interessante un confronto con il Codice del Commercio del 1883, il quale dedica l'art. 148 alla figura del direttore e l'art. 367 a quella dell'istitutore (vedi sul punto M. SALA CHIRI, *Le categorie dei lavoratori*, Milano, 1986, pag. 89).

² Dal punto di vista storico la legislazione precodicistica non pare offrire alcun elemento decisivo quanto alla definizione della figura dirigenziale. L'art. 1 del R.D.L. 15 marzo 1923, n. 692, infatti, si limita a disporre l'esclusione del personale direttivo delle aziende dall'ambito applicativo della disciplina limitativa dell'orario di lavoro (in merito vedi M. BUONCRISTIANO, *Il tempo nella prestazione di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 1986, Vol. XV, pagg. 523 e seguenti). Successivamente il R.D.L. 1° luglio 1926, n. 1130, oggi non più in vigore, provvede a inserire in distinte associazioni sindacali «i dirigenti tecnici e amministrativi e gli altri capi di uffici e servizi con funzioni analoghe, gli istitutori e in generale gli impiegati muniti di procura» (cfr. F. PERGOLESÌ, voce *Dirigente di azienda*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962, pagg. 613 e ss). Nell'ambito della legislazione corporativa, invece, deve essere segnalato l'intervento costituito dalla legge 22 febbraio 1934, n. 370, in tema di riposo

post-codice civile³ che si riferisce, direttamente o indirettamente, alla figura del dirigente, lo fa semplicemente in funzione dell'applicazione (o non applicazione) di discipline specifiche del rapporto di lavoro alla categoria.⁴ Dunque certa è la carenza di una definizione o nozione legislativa della figura dirigenziale che abbia le caratteristiche fondamentali della unicità e valenza generale. A tale vuoto ha tentato di supplire la contrattazione collettiva con l'introduzione di nozioni diverse a seconda della categoria produttiva di riferimento. Così, *ex art. 1 c.c.n.l. dirigenti imprese industriali*

domenicale e settimanale. Un altro riferimento al dirigente è contenuto poi nella legge 10 gennaio 1935 n. 112, istitutiva del libretto di lavoro.

³ In particolare si ricordi la legge 29 aprile 1949, n. 264, in tema di collocamento, che ammette l'assunzione diretta «del personale avente funzioni direttive», la legge 18 aprile 1962, n. 230, nella quale il Legislatore consente l'apposizione del termine nell'ipotesi di contratti stipulati «con dirigenti amministrativi e tecnici», l'art. 10 della legge 15 luglio 1966, n. 604, concernente l'esclusione dei dirigenti dalla disciplina limitativa dei licenziamenti e, ancora, la legge n. 108 del 1990 di parziale estensione alla categoria dirigenziale di alcune tutele in tema di licenziamento operanti per gli altri dipendenti. Cfr. F. BASENGHI, *Il licenziamento del dirigente*, Milano, 1991, pagg. 3 e ss., secondo il quale «In conclusione, la determinazione della nozione di dirigente ricavabile dal dato positivo costituisce una operazione complessa, non solo a causa della mancanza di una esplicita definizione legale, ma anche in seguito all'avvicinarsi, in ambito normativo, di formule espressive spesso disomogenee, se non atecniche»; P. DUI, *Il lavoro dirigenziale*, Milano, 2010, pag. 5.

⁴ Secondo E. MENEGATTI, *La «giustificatazza» del licenziamento del dirigente*, nota ad App. Bologna 13 maggio 2009, in *ADL*, 2010, 1, pagg. 214 e ss., «la legislazione speciale...dopo essersi per lungo tempo limitata a menzionare la figura del dirigente senza mai definirla, ha introdotto una nozione nel d.lgs. n. 81/2008 (testo unico sulla sicurezza), all'art. 2, comma 1, lett. d), definendolo come la «persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su essa». Non di tratta certamente di una definizione a fini generali, tant'è che lo stesso d.lgs. n. 81/2008 limita la stessa espressamente «ai soli fini del presente decreto». La stessa considerazione può valere, secondo D. CASALE (*Il rapporto di lavoro del dirigente d'impresa nella giurisprudenza*, in *Quad. dir. rel. ind.*, Milano, 2009, pag. 284), per la definizione di dirigente d'azienda adottata dall'art. 4, lett. i), del d.lgs. n. 206/2007, in base al quale è «dirigente d'azienda: qualsiasi persona che abbia svolto in un'impresa del settore professionale corrispondente: 1) la funzione di direttore d'azienda o di filiale; 2) la funzione di institore o vice direttore d'azienda, se tale funzione implica una responsabilità corrispondente a quella dell'imprenditore o del direttore d'azienda rappresentato; 3) la funzione di dirigente responsabile di uno o più reparti dell'azienda, con mansioni commerciali o tecniche».

24.11.2004 (rinnovato il 25.11.2009), i dirigenti sono “i prestatori di lavoro per i quali sussistono le condizioni di subordinazione di cui all’art. 2094 c.c. e che ricoprono nell’azienda un ruolo caratterizzato da un elevato grado di professionalità, autonomia e potere decisionale ed esplicano le loro funzioni al fine di promuovere, coordinare e gestire la realizzazione degli obiettivi dell’impresa”; *ex art. 1 c.c.n.l. dirigenti imprese del terziario, della distribuzione e dei servizi* 23.1.2008, i dirigenti sono “coloro che, rispondendo direttamente all’imprenditore o ad altro dirigente a ciò espressamente delegato, svolgono funzioni aziendali di elevato grado di professionalità, con ampia autonomia e discrezionalità e iniziativa e col potere di imprimere direttive a tutta l’impresa o ad una sua parte autonoma. La qualifica di dirigente comporta la partecipazione e la collaborazione, con la responsabilità inerente al proprio ruolo, all’attività diretta a conseguire l’interesse dell’impresa ed il fine della sua utilità sociale”; ed *ex art. 2 c.c.n.l. dirigenti imprese agricole* 11.5.2005 (rinnovato il 25.2.2009), i dirigenti sono “coloro che, investiti di tutti o di una parte importante dei poteri del datore di lavoro, sia persona fisica che giuridica, su tutta l’azienda o su parte di essa, con struttura e funzioni autonome, hanno poteri di iniziativa e ampie facoltà discrezionali, nel campo tecnico o in quello amministrativo o in entrambi, in virtù di procura espressa o tacita o di delibera da parte degli organi statutari nel caso di persona giuridica e rispondono dell’andamento dell’azienda al datore di lavoro o a chi per esso”.⁵ E’ alle declaratorie contrattuali,⁶ quindi, che i giudici dovrebbero *in*

⁵ Cfr. G. AMOROSO, *Contratto collettivo dei dirigenti*, Napoli, 1987, pagg. 149 e ss.; A. BELLAVISTA, *Dirigenti: accordi 1990*, in *Dir. prat. lav.*, 1991, pag. 217.

⁶ Per completezza non si deve trascurare un riferimento alle soluzioni proposte, circa l’individuazione della nozione di dirigente, dalla contrattazione collettiva più risalente. Storicamente, infatti, è individuabile una prima fase - il cui inizio coincide con la caduta dell’ordinamento corporativo - caratterizzata da estrema rigidità dei meccanismi qualificatori. Ciò che in questo frangente discrimina il dirigente dagli altri prestatori di

primis fare riferimento⁷ per verificare la sussistenza del lavoro dirigenziale,

lavoro è l'esistenza di determinati presupposti formali (cc.dd. clausole di riconoscimento formale). Tale metodologia ha poi trovato la convinta opposizione della Suprema Corte, la quale ne ha ripetutamente affermato l'illegittimità (così, *ex plurimis*, Cass. 15 ottobre 1985, n. 5031, in *Mass. Foro it.*, 1985; Cass. 25 giugno 1988, n. 4314, in *Rep. Giur. lav.*, 1987-88, voce *Categorie, qualifiche, mansioni*, pag. 143, n. 24-quater). La stessa contrattazione collettiva, quindi, si è conformata alle indicazioni giurisprudenziali enucleando vere e proprie definizioni, per il tramite di formule più o meno complesse.

A titolo esemplificativo della tecnica definitoria utilizzata dai contratti collettivi di più vecchia data si richiama l'accordo collettivo dei dirigenti di aziende industriali del 1961, il quale stabiliva che "il contratto si applica agli institori, ai direttori e condirettori tecnici e amministrativi, ai capi di importanti servizi ed uffici che esercitino ampi poteri direttivi, ai procuratori ai quali la procura conferisca in modo continuativo detti poteri o la rappresentanza di tutta o di notevole parte dell'azienda..." (sul punto vedi *Realtà*, 7 agosto 1961, 2 e *Il Notiziario della Confindustria*, 1961, pagg. 2010 e ss.). Più pregnante, invece, è il disposto del contratto collettivo dei dirigenti di aziende commerciali del 1957 in base al quale "...si considerano dirigenti di aziende commerciali coloro che siano muniti di mandato in forza del quale possono disporre della direttiva da imprimere agli affari aziendali all'interno e nei rapporti con i terzi, con poteri bensì subordinati, ma tuttavia di disposizione nell'andamento generale dell'azienda o di una parte autonoma di essa considerata come organismo unitario, sia dal lato tecnico che amministrativo, con diretta responsabilità verso il datore di lavoro o verso chi da esso delegato...". Ancora, secondo il contratto collettivo dei dirigenti di aziende di credito del 1958 "sono dirigenti, coloro che in relazione al grado gerarchico, alla natura e all'importanza delle funzioni effettivamente svolte, siano dalle rispettive aziende cui appartengono come tali qualificati". Per l'accordo collettivo dei dirigenti di aziende agricole e forestali del 1957 erano da considerarsi dirigenti "gli investiti di tutti o di una parte importante dei poteri del datore di lavoro su tutta l'azienda o su di una parte di essa con strutture e funzioni autonome, con poteri di iniziativa ed ampia facoltà discrezionale nel campo tecnico e in quello amministrativo o in entrambi, in virtù di ampia procura espressa o tacita e che rispondono dell'andamento dell'azienda al datore di lavoro o a chi per lui" (vedi P. SCALINI, *La figura del dirigente e dell'impiegato di aziende agricole e forestali e del fattore di campagna*, in *Giur. agr.*, 1961, pag. 397. Infine, il contratto collettivo del 1948 (come integrato dal D.P.R. 28 luglio 1960, n. 1062) per i dirigenti delle aziende esercenti appalti delle imposte di consumo e tasse affini stabiliva che "sono considerati dirigenti quei funzionari che esplicano preponderante attività con larghi poteri di autonomia e di discrezionalità, subordinata solo alle direttive di massima impartite dal datore di lavoro, se questo sia persona fisica, o dall'organo amministrativo competente, nel caso di persona giuridica...".

⁷ Secondo E. MENEGATTI, *op. cit.*, pagg. 215-216, "sulla vincolatività delle definizioni di cui alla contrattazione collettiva si scontrano diverse opinioni. Si va da chi - P. TOSI, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto*, Milano, 1974, pag. 51 - ritiene solo della contrattazione collettiva il compito di determinare la nozione di dirigente, avvalendosi in questo senso del richiamo alle norme corporative contenuto nel 2095 c.c.; a chi - G. PERA, *Dirigente d'impresa o d'azienda*, in *Nov. Dig. It., App.*, II, Torino, 1980, pag. 1099 - ritiene vincolante, allorché il contratto collettivo sia

e solo la carenza di una specifica disciplina collettiva di settore potrebbe consentire il vaglio con i parametri della c.d. nozione legale.⁸ Infatti il procedimento logico seguito dalla giurisprudenza - incensurabile in sede di legittimità se sostenuto da corretta motivazione quanto all'interpretazione del contratto collettivo e all'accertamento delle mansioni effettivamente espletate dal lavoratore - partirebbe dalla identificazione della fattispecie secondo le declaratorie contrattuali, per incentrarsi poi sul concreto atteggiarsi del rapporto di lavoro e concludersi con la comparazione logico-giuridica dei risultati ottenuti.⁹ Tuttavia un'attenta e recente dottrina¹⁰ sottolinea che "il risalto degli spunti provenienti dal negoziato collettivo è stato ridimensionato" e "si è messo in luce lo spazio centrale acquisito dalle

applicabile, la nozione ivi contenuta di dirigente, valendo, invece, negli altri casi soltanto la prudente valutazione del giudice; a chi - F. LISO, *Dirigenti d'azienda, legge sui licenziamenti individuali e art. 2095 del codice civile: un problema interessante*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1977, pag. 1127 - ancora invece riconosce alle definizioni della giurisprudenza un ruolo comunque prevalente... La giurisprudenza, da parte sua, interpretando il rinvio alle norme corporative di cui all'art. 2095 Cod. Civ. come rivolto alla contrattazione collettiva di diritto comune, pare accogliere la vincolatività dei contratti collettivi, specie se la nozione di dirigente proviene da contratti di livello aziendale, poiché qui la classificazione del personale avviene con riferimento «alle specifiche figure professionali dei singoli settori produttivi». In merito l'autore richiama Cass. 18 novembre 1997, n. 11461, in *Not. Giur. Lav.*, 1998, pag. 15; Cass., Sez. Un., 30 marzo 2007, n. 7880, in *Lav. Giur.*, 2007, pag. 889 con nota di L. MENGHINI; Cass. 24 giugno 2009, n. 14835, in *RGL*, 2010, pag. 81. Sul punto vedi anche F. BASENGHI, *op. cit.*, pag. 19, nota 36, con significativo richiamo a Cass. 11 dicembre 1987, n. 9195, in *Mass. Foro it.*, 1987; O. MAZZOTTA, *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1999, pag. 528. Secondo l'autore, il rinvio giurisprudenziale alle declaratorie contrattualcollettive per l'esatta identificazione della figura dirigenziale si configurerebbe come una «delega condizionata, in quanto i criteri attraverso i quali avviene pattiziamente la qualificazione devono essere ispirati alla massima oggettività, non potendo la previsione consistere in una formalistica predeterminazione di categorie che prescindano dalle mansioni che il dipendente è effettivamente chiamato a svolgere».

⁸ Per F. BASENGHI, *op. cit.*, pag. 22, è proprio nel caso di lacunosità nella indicazione dei tratti di discriminazione intercategoriale da parte della contrattazione collettiva che l'intervento della giurisprudenza acquisisce valore determinante.

⁹ Vedi L. RATTI, *Il licenziamento del dirigente: variazioni e tendenze giurisprudenziali*, in *ADL*, 2008, pag. 1284.

¹⁰ Vedi E. GRAGNOLI, *La categoria dei dirigenti nel lavoro privato ed i presupposti per la sua attribuzione*, in *Quaderni Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, pagg. 19 e ss.

idee della giurisprudenza... Quindi, a fronte di clausole convenzionali di scarsa portata innovativa, il punto cruciale è l'elaborazione giurisprudenziale di parametri empirici di selezione degli elementi propri delle attività dirigenziali, secondo principi in apparenza desunti dall'art. 2095 c.c., ma, in fondo, costruiti con notevole libertà dalle pronunce, seppur spesso con meritoria attenzione per le specifiche contingenze organizzative". Viene meno, in questa visione disincantata, la natura effettivamente prescrittiva della laconica norma codicistica ed è alquanto limitato il supporto delle ripetitive definizioni contrattualcollettive. Ciò porta il giudice a colmare lo "spazio vuoto di diritto" rifugiandosi nella prassi e ricavando dalla stessa, sempre più distante da ogni riferimento positivo, le caratteristiche proprie del dirigente d'azienda. E' innegabile, infatti, che sia stata la giurisprudenza nel suo complesso a delineare concretamente i tratti caratterizzanti la figura del dirigente e a definire i contorni e l'ampiezza della categoria dirigenziale. Sotto il primo profilo, i giudici hanno individuato quali "elementi distintivi":¹¹ la "collaborazione immediata con l'imprenditore per il coordinamento aziendale nel suo complesso o in un ramo importante di esso", ribadita perlopiù con formule meramente rituali;¹² "l'ampio potere di autonomia nell'attività direttiva", alquanto caratterizzante;¹³ "la subordinazione esclusiva all'imprenditore o a

¹¹ Così L. RATTI, *op. cit.*, pag. 1284 e ss.

¹² Vedi Cass. 28 novembre 1994, n. 10121, in *Mass. Giur. It.*, 1994, col. 968; Cass. 6 settembre 1995, n. 9384, in *Not. Giur. Lav.*, 1996, pag. 129; Cass. 28 aprile 2003, n. 6606, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pag. 847.

¹³ Vedi Cass. 10 agosto 1999, n. 8572, in *Dir. Prat. Lav.*, 2000, pag. 264; Cass. 12 novembre 1999, n. 12571, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 746; Cass. 28 maggio 2003, n. 8486, in *Not. Giur. Lav.*, 2003, pag. 594; Cass. 16 giugno 2003, n. 9640, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, pag. 27; Cass. 22 agosto 2003, n. 12365, in *Dir. Prat. Lav.*, 2003, pag. 2853; Cass. 8 novembre 2005, n. 21673, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, pag. 135.

un dirigente superiore”;¹⁴ la “supremazia gerarchica su tutto il personale dell’azienda o un ramo importante di essa, anche senza poteri disciplinari, ma sempre con poteri organizzativi”, indice che tuttavia ha progressivamente perduto centralità nel procedimento qualificatorio;¹⁵ infine “il carattere fiduciario della prestazione”,¹⁶ che “si è rivelato, più che indice di qualificazione, l’«in sé» della figura del dirigente”.¹⁷ Sotto il secondo profilo, la giurisprudenza è stata per lungo tempo divisa in due filoni.¹⁸ Il primo ispirato a un concetto elitario della dirigenza, che identifica il dirigente con quel prestatore di lavoro che, collocato al vertice dell’organizzazione aziendale, svolge mansioni tali da incidere sulla vita dell’azienda con scelte di respiro globale e si pone in rapporto di collaborazione fiduciaria col datore di lavoro, dal quale si limita a ricevere direttive di carattere generale per la cui realizzazione si avvale di ampia autonomia, e anzi esercita i poteri propri dell’imprenditore (del quale è un *alter ego*). L’esito di tale orientamento giurisprudenziale è stato la suddivisione della categoria, pur concepita come unitaria dalla legge e dai contratti collettivi di riferimento, in due sottocategorie, alta dirigenza e medio-bassa dirigenza. Si distingueva così il “vero e proprio dirigente” da quello “meramente convenzionale”, con conseguente applicazione solo al primo della disciplina legislativa specifica.¹⁹ Per il secondo filone, invece,

¹⁴ Vedi Cass. 11 marzo 1996, n. 1963, in *Not. Giur. Lav.*, 1996, pag. 678; Cass. 18 marzo 1997, n. 2375, in *Mass. Giur. It.*, 1997, col. 215; Cass. 11 febbraio 1998, n. 1434, in *Foro It.*, 1998, I, col. 729; Cass. 28 aprile 2003, n. 6606, *cit.*

¹⁵ Vedi, in giurisprudenza, Cass. 28 dicembre 1998, n. 12860, in *Giust. Civ.*, 1999, I, pag. 3059; Cass. 16 giugno 2003, n. 9640, *cit.*; Cass. 30 agosto 2004, n. 17344, in *Lav. Giur.*, 2005, pag. 281. In dottrina vedi F. BASENGHI, *op. cit.*, pagg. 49 e ss.

¹⁶ Vedi, tra le tante, Corte Cost. 8 giugno 1994, n. 225, in *Foro It.*, 1994, I, col. 2202.

¹⁷ Così ancora L. RATTI, *ibidem*.

¹⁸ Vedi S. TRIFIRÒ-F. COLLIA, *Il licenziamento del dirigente*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, pag. 1158.

¹⁹ In giurisprudenza la prima sentenza a distinguere tra alta, media e bassa dirigenza fu Pret. Milano 21 dicembre 1971, in *Or. giur. lav.*, 1972, pag. 428. Tale orientamento ha

in conseguenza “della complessità che caratterizza l’organizzazione delle aziende di maggiori dimensioni, non esiste nei fatti un solo tipo di dirigente. In sostanza la categoria dirigenziale non comprende unicamente il *top management*, ossia coloro che partecipano delle scelte strategiche di politica aziendale, ma anche coloro che solamente eseguono tali scelte”.²⁰ Quest’ultimo indirizzo giurisprudenziale, che ha dapprima convissuto con l’altro²¹ per poi imporsi,²² conduce alla ricostruzione dell’unitarietà della categoria dirigenziale, superandone ogni partizione interna. Infatti l’orientamento che limitava la vera qualifica dirigenziale ai soli vertici della categoria non risultava più adeguato al diritto vivente, alla moderna

trovato conforto in Corte Cost. 1 luglio 1992, n. 309, in *Foro It.*, 1992, I, col. 2321, e, soprattutto, in Cass., Sez. Un., 29 maggio 1995, n. 6041, in *Giust. Civ.*, 1995, I, pag. 1749, con nota di G. PERA, seguita a sua volta da numerose pronunce tra cui Cass. 27 novembre 1997, n. 12001, in *Foro It.*, 1998, I, col. 729; Cass. 11 febbraio 1998, n. 1434, in *Giust. Civ.*, 1998, I, pag. 945, con nota di G. PERA; Cass. 26 febbraio 2000, n. 2192, in *Not. Giur. Lav.*, 2000, pag. 620; Cass. 21 luglio 2001, n. 9950, *ivi*, 2001, pag. 791; Cass. 9 agosto 2004, n. 15351, *ivi*, 2005, pag. 223; Cass. 13 maggio 2005, n. 10058, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, pag. 601, con nota di SARTORI; Cass. 14 ottobre 2005, n. 19903, *ivi*, 2006, II, pag. 617, con nota di M. GARATTONI; Cass. 8 novembre 2005, n. 21673, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, pag. 139; Cass. 28 aprile 2003, n. 6606, in *Lav. Giur.*, 2003, pag. 741, con nota di DUI. In dottrina vedi, tra i tanti, P. TOSI, *op. cit.*, pag. 132 e ss.; R. DEL PUNTA, *Il valzer delle tutele: ancora su art. 7 st. lav., recesso ad nutum e licenziamento del dirigente*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, pagg. 683 e ss., secondo il quale il concetto di *alter ego* dell’imprenditore, oltre a essere di difficile utilizzazione pratica, “sembrava irrimediabilmente superato già dall’avvento dell’industria di massa, per non dire delle successive evoluzioni post-industriali”; G. PELLACANI, *Il licenziamento del dirigente. Riflessioni sulla coerenza ordinamentale di un microsistema eterotopico e prospettive di rimodulazione del paradigma protettivo*, in *ADL*, 2009, pag. 994.

²⁰ Vedi S. TRIFIRÒ-F. COLLIA, *ibidem*.

²¹ Vedi Cass. 18 maggio 1985, n. 3069, in *Or. giur. lav.*, 1986, pag. 348; Cass. 28 dicembre 1998, n. 12860, in *Guida lav.*, 1999, n. 7, pag. 29.

²² Vedi Cass., Sez. Un., 30 marzo 2007, n. 7880, in *Foro It.*, 2007, I, col. 3471; in *ADL*, 2007, pag. 1329; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, II, pag. 146, con nota di D. SCIMÈ; in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2007, pag. 212; in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, pag. 453, con nota di C. PISANI; in *Lav. Giur.*, 2007, pag. 889, con note di L. MENGHINI e G. TREGLIA; in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, II, pag. 630, con note di A. RAFFI e D. COSTANZI. In dottrina, per un commento critico della pronuncia, vedi M. PERSIANI, *Il licenziamento del dirigente fra perdita di fiducia e inadempimento*, in *ADL*, 2007, pagg. 1177 e ss.

articolazione dell'organizzazione di lavoro e all'evoluzione della contrattazione collettiva.²³

In definitiva non è possibile negare il ruolo dominante svolto dalla giurisprudenza nel definire profili e ampiezza della categoria dirigenziale, così come non è possibile fingere che i giudici non siano stati ispirati e influenzati nella loro attività dalla prassi e, più nello specifico, dall'evoluzione organizzativa delle imprese italiane. Ciò, peraltro, non deve necessariamente essere visto in un'ottica negativa. Solo la giurisprudenza ha infatti la capacità, a fronte di un Legislatore latitante e della scarsa incisività delle previsioni contrattualcollettive, di garantire qualche certezza all'ordinamento consentendone un'evoluzione sensata in accordo con le istanze sociali. Si conviene dunque con quella dottrina che sostiene l'attuale carenza di una funzione e natura prescrittiva dell'art. 2095 c.c.²⁴ e che stigmatizza, di conseguenza, l'ampia discrezionalità dei giudici nel definire la nozione di dirigente,²⁵ ma non si concorda con l'individuazione della soluzione al problema nella valorizzazione precipua dell'autonomia individuale, che porterebbe a una attribuzione della categoria dirigenziale in via esclusivamente convenzionale, con un negozio facente stato tra le parti e senza alcuna possibile valutazione critica in sede giudiziale.²⁶ Tale opzione, pur determinando una maggior responsabilizzazione delle parti

²³ Vedi G. CAMILLI, *Giustificatazza del licenziamento e benefits dei dirigenti nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Lav. Giur.*, 9, 2009, pag. 899.

²⁴ Così F. BASENGHI, *ibidem*, per il quale «la partizione dei lavoratori nelle categorie legali enucleate dall'art. 2095 cod. civ. perde progressivamente valore».

²⁵ Secondo E. GRAGNOLI, *op. cit.*, pag. 24, «il dialogo fra le indicazioni dell'art. 2095 c.c. e quelle dei contratti collettivi è rimasto sullo sfondo del costante e continuo esercizio del potere discrezionale del giudice, il quale, per un verso, ha sempre indagato a fondo sulle mansioni espletate e, per altro verso, ha ricostruito in modo innovativo un parametro definitivo che concede poco all'esegesi e molto ad una considerazione critica delle prassi organizzative, in specie riferite all'ultima e convulsa fase di evoluzione delle imprese».

²⁶ Vedi ancora E. GRAGNOLI, *op. cit.*, pag. 34.

contraenti, le lascerebbe in balia di se stesse, prive dei limiti e punti di riferimento dati da una irrinunciabile definizione generale e omogenea della categoria. Si preferisce dunque sollecitare (o forse sarebbe giusto dire “sognare”?) un intervento riformatore da parte del Legislatore, che sia consapevole, appropriato e attento alle esigenze di una società in continuo mutamento, nonché capace, da un lato, di limitare la discrezionalità dei giudici, pur preservandone l’indispensabile sindacato, e, dall’altro, di guidare gli attori sociali ponendo fine all’odierna incertezza.

Capitolo II

IL LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE TRA LEGGE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Nell'approfondire le problematiche concernenti l'identificazione della figura dirigenziale e la delimitazione dei confini della stessa categoria, non si può dimenticare che, come affermato da autorevole dottrina, le categorie dei prestatori di lavoro «si caratterizzano non o non solo perché indicano mansioni, in cui se mai hanno il punto di riferimento, bensì perché contrassegnano l'applicazione di discipline».²⁷

Questa considerazione è calzante se riferita alla categoria dirigenziale, caratterizzata, tuttavia, soprattutto per l'esclusione o limitazione di discipline protettive.²⁸ Il legislatore, in particolare, non ha compreso i dirigenti tra i lavoratori destinatari della disciplina limitativa dei licenziamenti. L'art. 10 della L. n. 604 del 1966, infatti, afferma che le norme della stessa legge «si applicano nei confronti dei prestatori di lavoro che rivestano la qualifica di impiegato o di operaio, ai sensi dell'art. 2095 c.c.».²⁹ Peraltro, anche se non espressamente menzionati, rientrano nello

²⁷ Così M. DELL'OLIO, *I dirigenti e la stabilità*, in *ADL*, 1999, Vol. 4, pag. 24, con richiamo a G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pag. 41.

²⁸ Vedi *supra* nota 3 e cfr. ancora M. DELL'OLIO, *ibidem*.

²⁹ Secondo E. BARRACO, *Il licenziamento dei dirigenti*, in *Lav. Giur.*, 2005, n. 10, pag. 914, «le uniche tutele applicabili al dirigente sul piano legale sono pertanto le seguenti: forma scritta del licenziamento (art. 2, L. n. 604/1966); divieto di licenziamento

spazio di copertura della legge i quadri intermedi, vista la norma di generale estensione di cui all'art. 2, comma 3, della L. n. 190 del 1985, secondo cui, salvo che sia diversamente disposto, ai quadri «si applicano le norme riguardanti la categoria degli impiegati».

Tale esclusione è da tempo accettata sia dalla dottrina³⁰ che dalla giurisprudenza,³¹ le quali hanno considerato che il limite di cui all'art. 10 non sia stato affatto abrogato o superato dalla entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori.³² Le successive modifiche legislative in materia, d'altra

discriminatorio assistito da tutela reale *ex art. 18 Stat. Lav. (art. 3, L. n. 108/1990); divieto di licenziamento a causa di matrimonio e delle lavoratrici madri (art.1, L. n. 7/1963 e art. 54, D.Lgs. n. 151/2001 rispettivamente)*”. Cfr. anche D. CASALE, *op. cit.*, pag. 297.

³⁰ Vedi sul punto, tra i tanti, F. LISO, *op. cit.*, pag. 1113; B. NIGRO, *Il licenziamento dei dirigenti nella L. 108/1990*, in *Lav. Prev. Oggi*, 1991, pagg. 239 e ss.; D. BRANDI, *Dirigente di azienda e licenziamento giustificato*, in *Lav. Giur.*, 1994, n. 7, pagg. 705 e ss.; N. DE MARINIS, *Il licenziamento del dirigente tra la specialità del rapporto ed omologazione delle tutele*, in *ADL*, 1997, pagg. 201 e ss.; L. MONTUSCHI, *Un caso di riduzione delle tutele: il rapporto di lavoro del dirigente d'azienda*, in *RIDL*, 1997, II, pag. 363; A. PILEGGI, *Sulla pretesa inapplicabilità dell'art. 2106 c.c. al dirigente e sul preteso divieto di omologarlo alle altre categorie di lavoratori subordinati*, in *DL*, 1997, II, 167; M. DELL'OLIO, *ibidem*; G. PERA, *Sulla giustificazione del licenziamento del dirigente*, in *RIDL*, 1999, II, pagg. 811 e ss.; S. TRIFIRÒ-F. COLLIA, *op. cit.*, pagg. 1158 e ss.; F. LIMENA, *Riflessioni in tema di licenziamento del dirigente d'azienda e sulla nozione di «giustificatezza»*, in *NGCC*, parte seconda, 2002, pag. 590; A. ZOPPOLI, *I licenziamenti individuali*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, Torino, 2002, pagg. 65 e ss.; M. D'APONTE, *Sul rispetto delle clausole di buona fede quale strumento di controllo della c.d. “giustificatezza” del licenziamento del dirigente*, nota a Cass. 5 febbraio 2003, n. 9896, in *DL*, 2003, II, pag. 295; G. PELLACANI, *ibidem*; S. VARVA, *Il licenziamento dirigenziale tra giustificatezza e recesso ad nutum*, in *Lav. Giur.*, 2010, n. 8, pag. 779; M. PAOLETTI-S. TRIFIRÒ-A. D'ARCO, *Una tutela senza tutele?*, in *Dirigenti Industria*, febbraio 2012, pagg. 37 e ss.

³¹ Cfr. la rassegna di giurisprudenza di A. RIPA, *Dirigenti e risoluzione del rapporto*, Milano, 2009, pagg. 73 e ss. In particolare si veda Cass. 9 giugno 1995, n. 6520, in *MGL*, 1995, pag. 597; Cass. 25 novembre 1996, n. 10445 in *FI*, 1997, I c. 839.

³² Illuminante sul punto è la nota di G. PERA (*Dirigenti d'azienda, disciplina limitativa dei licenziamenti e statuto dei lavoratori*, in *OGL*, 1972, in particolare alle pagg. 443 e ss.) a Pret. Milano, 21 dicembre 1971, laddove l'autore, pur ritenendo semplicistica una risposta affermativa o negativa all'interrogativo circa l'applicabilità o meno dello Statuto dei Lavoratori ai dirigenti, aggiunge: «D'altro canto è indubbio che la legge è stata pensata (e voluta) come calata in un determinato contesto, quello che è segnato dalla contrapposizione di classe nell'accezione marxista, rispetto alla quale i dirigenti si

parte, hanno solamente esteso al licenziamento del dirigente un obbligo di tipo formale, dato dalla necessità della forma scritta (art. 2, secondo comma, l. n. 108/1990), non affiancato da alcun vincolo di motivazione: è stata così riconfermata l'applicabilità in materia del regime legale di cui agli artt. 2118 e 2119 c.c.³³ Dunque, ad eccezione dell'ipotesi di licenziamento discriminatorio, per la quale è prevista l'operatività della tutela reintegratoria (art. 3 l. n. 108/1990), il licenziamento del dirigente rientra nell'area del libero recesso.

Le ragioni che hanno condotto il legislatore alla scelta *de qua* risiedono principalmente nella asserita specialità del lavoro dirigenziale, come emerge dal contenuto dei lavori preparatori della L. n. 604 del 1966³⁴ e da una nota sentenza della Corte Costituzionale,³⁵ che ha sancito la legittimità dell'esclusione dei dirigenti dalle garanzie attribuite a impiegati e operai.

trovano in posizione peculiare, come «classe di servizio» del ceto imprenditoriale». Sul punto vedi anche M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, pagg. 303 e ss.; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, pagg. 39 e ss.; G. AMOROSO, *Il licenziamento del dirigente d'azienda dopo la legge n. 108 del 1990*, in *DL*, 1991, I, pag. 151; P. SORDI, *Vecchie e nuove questioni sul licenziamento del dirigente*, in *ND*, 1991, pag. 1078; C. VITALE, *Sul licenziamento dei dirigenti*, in *GC*, 1996, II, pag. 127.

³³ Vedi sul punto R. DE LUCA TAMAJO, *Disciplina dei licenziamenti individuali, sub art. 2*, in *NLCC*, 1991, pag. 187. Circa il regime legale del licenziamento del dirigente, vedi anche P. DUI, *op. cit.*, pag. 87.

³⁴ Vedi D. NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966.

³⁵ Corte Cost. 6 luglio 1972, n. 171, in *MGL*, 1972, 274, con nota di L. RIVA SANSEVERINO. L'orientamento è stato poi confermato da Corte Cost. 24 aprile 1975, n. 101; Corte Cost. 1 luglio 1992, n. 309, in *FI*, 1992, I, col. 2321; Corte Cost. ord. 26 ottobre 1992, n. 404, in *MGL*, 1992, pag. 450; Corte Cost. 8 giugno 1994, n. 225, in *RIDL*, 1995, II, pag. 30. In senso conforme si è costantemente espressa anche la Suprema Corte. Vedi Cass. 17 agosto 1977, n. 3871, in *MGL*, 1978, pag. 728; Cass. S.U. 9 dicembre 1986, n. 7295, in *Giust. Civ.*, 1987, I, pag. 857; Cass. 1 settembre 1987, n. 7169, in *RGL*, 1988, II, pag. 219, con nota di F. MAZZIOTTI; Cass. 25 novembre 1996, n. 10445, in *Giust. Civ.*, 1997, I, pag. 951, con nota di M. CONTE; Cass. 22 giugno 2006, n. 14461.

La pronuncia della Corte³⁶ è stata occasionata da alcune ordinanze dei giudici *a quibus* nelle quali si lamentava l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 L. n. 604 del 1966 in riferimento all'art. 3 Cost.: l'esclusione dei dirigenti dall'ambito applicativo della suddetta legge avrebbe infatti causato una illecita discriminazione degli stessi rispetto alle altre categorie di lavoratori. Tali censure sono state tuttavia respinte attraverso l'individuazione della peculiarità del rapporto di lavoro dirigenziale, determinata *in primis* dalla natura essenzialmente fiduciaria del vincolo che lega dirigente e imprenditore. A partire, infatti, dalla considerazione delle specificità proprie della figura dirigenziale,³⁷ la stessa Corte ha riconosciuto essenziale l'instaurarsi e il mantenersi "di un rapporto di reciproca fiducia e di positiva valutazione" tra il dirigente e l'imprenditore, aggiungendo che è in armonia con codesta esigenza che si ammette la libera licenziabilità del primo, "solo che soggettivamente vengano considerate cessate le condizioni idonee a soddisfare la detta esigenza". E' allora proprio la fiducia che "giustifica e rende ragionevole la distinzione del lavoratore più elevato rispetto all'impiegato"³⁸ e la permanenza del recesso *ad nutum*.

³⁶ La pronuncia è stata oggetto di attenta analisi, tra gli altri, da parte di P. TOSI, *ibidem*; P. SANDULLI, *sub art. 18*, in *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, diretto da Prosperetti, Milano, 1975, pagg. 498 e ss.; F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, pagg. 74 e ss.; ID., *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, vol. XV, Torino, 1986, pag. 328; M. NAPOLI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti*, in AA. VV., *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Milano, 1988, pagg. 207-226. Per un'esposizione sintetica delle posizioni assunte dagli studiosi in merito a Corte Cost. 6 luglio 1972, n. 171 vedi F. BASENGHI, *op. cit.*, pag. 63.

³⁷ Tali sarebbero secondo P. DUI (*op. cit.*, pag. 83) "la collaborazione stretta ed immediata con l'imprenditore, per il coordinamento aziendale nel suo complesso o in un ramo autonomo e importante; il carattere (marcatamente) fiduciario della prestazione; l'ampio potere di autonomia direttiva; la supremazia gerarchica sul personale, con ampi poteri organizzativi; la subordinazione esclusiva all'imprenditore o ad un dirigente superiore; l'esistenza di un potere di rappresentanza, extra o infraziendale". Cfr. sul punto anche D. CASALE, *op. cit.*, pagg. 289 e ss.

³⁸ Così F. BASENGHI, *op. cit.*, pag. 62. In materia vedi anche A. ZOPPOLI, *Effetti della crisi d'impresa sul lavoro dirigenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, II, pag. 153.

Il vuoto di tutela legislativa per il dirigente è stato da tempo³⁹ colmato dalla contrattazione collettiva, la quale ha agito seguendo due direttrici ben definite, una formale e l'altra sostanziale.⁴⁰ Sotto il primo profilo, i contratti collettivi - integrando il disposto dell'art. 2 L. 604/66 che non prevede l'estensione al dirigente "degli oneri modali inerenti alla esternazione dei motivi dell'atto"⁴¹ - hanno imposto la motivazione scritta del licenziamento del dirigente,⁴² contestuale o da richiedersi entro un certo tempo. Tale motivazione soggiace al principio di immutabilità⁴³ e deve essere confezionata con prudenza, per evitare il rischio di risarcimento danni al dirigente.⁴⁴ Sotto il secondo profilo (e in perfetta coerenza col primo), la

³⁹ Storicamente, il primo accordo a introdurre forme garantistiche di tutela per i dirigenti è stato il C.C.N.L. Dirigenti Aziende Industriali del 29 luglio 1970, seguito da quello per i Dirigenti di Aziende Commerciali del 4 dicembre 1971 e da quello per il settore assicurativo, risalente al 2 dicembre 1975.

⁴⁰ Così G. PELLACANI, *op. cit.*, pag. 995.

⁴¹ Vedi ancora F. BASENGHI, *op. cit.*, pag. 150, il quale sottolinea la coerenza di questa scelta con la previsione di una piena e incondizionata libertà di recesso nell'area del lavoro dirigenziale.

⁴² Secondo P. DUI, *op. cit.*, pagg. 172-173, "la specificità e la sufficienza della motivazione, richiesta generalmente dalla contrattazione collettiva dirigenziale, va intesa nel senso di una motivazione che consenta al dirigente di valutare appieno le ragioni del recesso, per giudicare l'opportunità di un'impugnazione".

⁴³ Si veda Cass. 1 aprile 1999, n. 3148, in *RIDL*, 1999, II, pag. 817, con nota di L. CORAZZA, *Licenziamento del dirigente d'azienda e obbligo di specificazione contestuale di motivi previsto dal contratto collettivo: verso la completa rarefazione delle tutele del dirigente*; Cass. 11 luglio 2002, n. 10113, in *FI on line*; Cass. 13 maggio 2005, n. 10058, in *RIDL*, 2006, II, pag. 614, con nota di A. SARTORI, *La Cassazione estende ai dirigenti il principio di immodificabilità dei motivi del recesso*.

⁴⁴ Il tema è di sicuro interesse, in quanto ricorrono sentenze che riconoscono un risarcimento per danno all'immagine professionale del dirigente che abbia subito un recesso, motivato per iscritto da incapacità professionale, con espressioni irriguardose (vedi Cass. 30 ottobre 2000, n. 14299, in *RIDL*, 2001, II, pag. 542). Peraltro, allorquando il datore si mostri non in grado di provare in giudizio l'asserita incapacità professionale, il risarcimento può essere riconosciuto nonostante la compostezza della motivazione (Cass. 3 giugno 1991, n. 6265, in *FI on line*). Secondo una recente pronuncia della Suprema Corte, nello specifico, il licenziamento di un dirigente, per dar luogo a un danno risarcibile secondo il diritto comune deve concretarsi - per la forma o per le modalità del suo esercizio e per le conseguenze morali e sociali che ne derivano - in un atto "ingiurioso", cioè "lesivo della dignità e dell'onore del lavoratore licenziato, connotazione che non si identifica, né va confusa con la mancanza di giustificazione e

gran parte dei contratti collettivi⁴⁵ ha previsto una tutela imperniata sul giudizio di giustificatezza del recesso datoriale, affidato ad apposito collegio arbitrale⁴⁶ e, in alternativa, alla giustizia ordinaria,⁴⁷ e su

che non può essere presunta dovendo essere rigorosamente provata, *ex art. 2697 c.c.*, da chi l'alleggi come causa del lamentato pregiudizio (di cui vanno parimenti dimostrati l'*an* e il *quantum*)” (così Cass. 11 giugno 2008, n. 15496 e, conforme, Trib. Ferrara 28 aprile 2005, in *Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 448, con nota di M. DE CRISTOFARO).

⁴⁵ Faceva eccezione la contrattazione collettiva concernente figure di vertice del settore creditizio. L'art. 88 del contratto collettivo, infatti, prevedeva che la risoluzione del rapporto di lavoro a iniziativa dell'azienda restasse esclusivamente regolata dalle norme del codice civile “nei confronti dei dirigenti che compongono la Direzione dell'intera azienda (ad esempio: preposti alla direzione unica, componenti la Direzione generale e/o centrale) ovvero al pari grado”. La disciplina del credito, tuttavia, è stata ormai omologata a quella degli altri settori dagli artt. 26-31 del C.C.N.L. dirigenti delle aziende di credito, finanziarie e strumentali del 10 gennaio 2008 e dagli artt. 52-55 del C.C.N.L. dirigenti delle banche di credito cooperativo, casse rurali e artigiane del 22 maggio 2008.

⁴⁶ Pur esulando dall'oggetto proprio della presente trattazione, è doveroso accennare ai profili procedurali e, soprattutto, alle problematiche connesse alla disciplina convenzionale che conferisce alle parti il diritto di compromettere in arbitri la controversia relativa alla giustificatezza del licenziamento. A livello procedurale “l'accertamento della giustificatezza/ingiustificatezza del licenziamento del dirigente è demandato dalla contrattazione collettiva dei differenti settori produttivi ad un apposito collegio arbitrale. Il giudizio in parola è attivato su iniziativa del dirigente, a mezzo ricorso indirizzato (per il tramite dell'organizzazione sindacale cui l'interessato appartiene) al collegio di cui trattasi. Detto collegio è composto da un presidente (scelto di comune accordo, oppure sorteggiato, ovvero designato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente) e da altri due membri, nominati, rispettivamente, l'uno dall'organizzazione imprenditori e l'altro dall'organizzazione sindacale di categoria, cui le parti interessate sono iscritte. Il collegio, esperito infruttuosamente il tentativo di conciliazione ed eventualmente istruita la controversia, definisce il giudizio mediante lodo, da depositare nel termine di sessanta giorni (prorogabili fino a un massimo di novanta) decorrenti dalla data della celebrazione della (prima) udienza di comparizione delle parti. In caso di affermazione dell'ingiustificatezza del licenziamento impugnato, il collegio condanna indi il datore di lavoro al pagamento in favore del dirigente d'una pena differentemente determinata dai diversi cc.cc.nn.ll. di categoria” (in tal senso G. PERDONA', *Il licenziamento del dirigente pubblico e privato*, Padova, 2004, pagg. 124-125). A livello sostanziale, in materia, sono discusse in particolare le questioni della natura giuridica dell'arbitrato in parola, del rapporto con la giurisdizione ordinaria, dell'impugnabilità del lodo e dei limiti del giudizio arbitrale. Il primo tema ha suscitato grande interesse in dottrina (vedi, tra i tanti, F. BASENGHI, *op. cit.*, pagg. 159 e ss., con articolata critica alla tesi dell'arbitraggio e significativi richiami all'opera di M. GRANDI) e in giurisprudenza, con la proposizione di tre soluzioni alternative: arbitrato rituale, irrituale e arbitraggio. Secondo opinione ormai pacifica, tuttavia, il giudizio *de quo* appartiene alla categoria degli arbitrati irrituali (in tal senso vedi in giurisprudenza

un'indennità supplementare da corrispondersi al dirigente ingiustificatamente licenziato.

E' proprio la definizione del controverso concetto di giustificatezza che configura la principale problematica sollevata dalla contrattazione collettiva dedicata alla categoria dirigenziale. Il concetto in parola, infatti, si mostra nell'immediato allo studioso inafferrabile per la sua indeterminatezza, configurando quasi un "vaso di Pandora", scoperto il quale ci si trova contornati di questioni giuridiche da indagare e risolvere.

La ricerca di una sistemazione della materia e l'analisi della nozione di giustificatezza, peraltro, non possono prescindere dall'approfondimento di alcuni temi strettamente connessi a quello in esame: l'interpretazione delle clausole contrattualcollettive che contemplano la giustificatezza del recesso datoriale; l'operatività delle clausole generali di buona fede e correttezza quale parametro fondamentale del legittimo esercizio del potere di recesso

Cass. 8 novembre 2001, n. 13840, in *SJ*, 2002, pag. 658; Cass. 10 luglio 2002, n. 10035, in *FI*, 2002, I, pag. 3347; in dottrina si ricordino i contributi di R. MININNI, *Sulla derogabilità della cognizione arbitrale in caso di licenziamento del dirigente*, in *GI*, 1978, I, 2, c. 11 e G. PERA, *Arbitrato rituale o irrituale nelle controversie di lavoro*, in *I processi speciali, studi offerti a Virgilio Andrioli*, Napoli, 1979, pagg. 236 e ss.). Quanto al secondo tema, si ritiene ormai altrettanto pacificamente che "il dirigente non sia tenuto ad avviare il giudizio di contestazione del suo licenziamento esclusivamente davanti al Collegio arbitrale ma possa invece adire, in alternativa, l'A.G.O. Del pari il datore di lavoro convenuto avanti al Collegio arbitrale dal proprio ex dirigente licenziato potrà declinare la giurisdizione del Collegio a favore della magistratura ordinaria ovvero accettarla *sic et simpliciter*" (V. IZAR, *Licenziamento del dirigente e indennità supplementare*, nota a Trib. Milano 26.11.94, in *Lav. Giur.*, n. 7, 1995, pag. 641). In merito all'impugnabilità del lodo, lo stesso, secondo attenta dottrina (G. PERDONA', *op. cit.*, pag. 131), è impugnabile sotto il profilo della ricorrenza di eventuali vizi afferenti al contratto, oltre che ai sensi dell'art. 5 della l. n. 533 del 1973. Infine, circa i limiti del giudizio arbitrale, si è dibattuto sulla possibilità del collegio di apprezzare unicamente la giustificatezza nel merito del licenziamento ovvero sul suo potere di sindacare anche la regolarità formale e procedimentale. Per l'opinione prevalente il giudizio sarebbe però circoscritto alla pura verifica della ricorrenza della giustificatezza (in tal senso A. LECIS, *La possibile rilevanza del motivo disciplinare nel licenziamento del dirigente*, in *ADL*, 1996, 3, pagg. 143-166).

⁴⁷ Osserva sul punto P. DUI, *op. cit.*, pag. 148, che la giustizia ordinaria "ha ormai assorbito e sostituito completamente - nella opzione delle parti - quella arbitrale".

del datore di lavoro; l'assimilabilità o meno del concetto di giustificatazza a quello di giustificato motivo *ex art. 3 L. 604/66*; la distinzione tra profili soggettivi e oggettivi della giustificatazza; le differenze sostanziali esistenti tra la disciplina del licenziamento del dirigente privato e pubblico. Sullo sfondo dell'intera trattazione la ricerca del ruolo e della natura dell'elemento fiduciario nell'ambito del rapporto di lavoro del dirigente privato e, in particolare, nel licenziamento dello stesso.

Il giurista, infine, non può tralasciare di domandarsi quale sia la sorte del dirigente privato escluso dalla tutela dei contratti collettivi. Stando all'impostazione tradizionale lo stesso rientrerebbe a pieno titolo nell'area di libera recedibilità. Tuttavia una serie di indici sempre più pregnanti, di fonte interna e comunitaria, consentono di confutare tale assunto, prospettando la necessità di una specifica causalità anche per il licenziamento del dirigente che non fruisce delle garanzie convenzionali. Sussisterebbero allora, anche in quest'ultimo caso, delle peculiari conseguenze sanzionatorie operanti in caso di licenziamento arbitrario o pretestuoso. Ci si chiede, dunque, quali esse siano e come si rapporti tale tutela generale - apprestata dall'ordinamento al fine di garantire che alla base dell'esercizio di ogni potere ci sia una giustificazione causale - con quella convenzionale e con la persistenza di residue aree di licenziabilità *ad nutum*.

Capitolo III

FIDUCIA E LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE

1. Introduzione

L'approfondimento del tema del licenziamento del dirigente - del quale sinora si è reso solo un inquadramento generale - non può che prendere le mosse dalla considerazione della rilevanza dell'elemento fiduciario nel rapporto di lavoro. La fiducia,⁴⁸ infatti, caratterizza l'intersecarsi delle più basilari relazioni sociali ed è inevitabile,⁴⁹ quindi, che lo svolgimento del rapporto lavorativo, prodotto della complessa interrelazione tra impresa e lavoro, tra datore e prestatore, sia permeato da tale elemento. Il problema concerne piuttosto l'intensità e il ruolo che lo stesso deve giocare nel concreto svolgersi della relazione lavorativa.

La questione *de qua* è stata oggetto dell'attenzione dei più illustri studiosi della materia, le posizioni assunte dai quali è doveroso sintetizzare per

⁴⁸ Da intendersi, secondo la definizione generale di A. MUTTI, voce *Fiducia*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/fiducia_\(Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/fiducia_(Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali)/), "come un'aspettativa di esperienze con valenza positiva per l'attore, maturata sotto condizioni di incertezza, ma in presenza di un carico cognitivo e/o emotivo tale da permettere di superare la soglia della mera speranza".

⁴⁹ Vedi, in tal senso, P. TOSI, *Intuitus personae e fiducia*, in *ADL*, n. 3, 2012, pagg. 541 e ss. L'autore, oltre a sostenere con apprezzabile sensibilità che "la rilevanza della fiducia non può essere obliterata perché scaturisce inevitabilmente dall'implicazione della persona non solo nel rapporto ma nell'organizzazione aziendale", torna sulla dibattuta questione del rapporto tra *intuitus personae* e fiducia, affermando che mentre il primo "si presta ad essere riferito alla fase prodromica del rapporto", la seconda attiene "alla fase dinamica di un rapporto di durata".

meglio comprendere gli approdi più recenti. Già Barassi nei primi anni del Novecento rintracciava nella fiducia la *ratio* unitaria del recesso *ad nutum*.⁵⁰ Pochi anni dopo Carnelutti, sottoponendo a revisione la teoria barassiana, mutava prospettiva servendosi del richiamo alla fiducia solo al fine di giustificare l'esclusione dal preavviso in presenza dei "giusti motivi".⁵¹ La Corte di Cassazione,⁵² inaugurando un indirizzo che sarebbe rimasto fino ai nostri giorni, trasformava poi la fiducia in "elemento fondante l'atto di recesso in tronco come fattispecie distinta dal recesso *ad nutum*".⁵³ A queste continue mutazioni del ruolo dell'elemento fiduciario nel rapporto di lavoro si accompagnava poi il processo di "oggettivizzazione" dello stesso. L'introduzione, infatti, nel rapporto di lavoro di un profilo "così spiccatamente legato agli aspetti personalistici e psicologici della persona"⁵⁴ faceva emergere l'esigenza di individuare nella fiducia lavoristica elementi di tipicità e obiettività, ciò per evitare di lasciare la gestione dello svolgimento e dell'estinzione della relazione lavorativa al mero arbitrio delle parti e, in particolare, del datore. Proprio Barassi, rivedendo la sua posizione sul punto, affermava che, ai fini del recesso non sarebbe stato sufficiente "pensare a qualunque fatto che legittimi la scomparsa della fiducia ... criterio troppo vago, perché troppo soggettivo e variabile, e soprattutto (dobbiamo ora riconoscerlo, benché un tempo noi l'abbiamo propugnato) insufficiente".⁵⁵ La fiducia, dunque, ai fini del licenziamento, doveva poter essere valutata obiettivamente, tramite un equo temperamento degli interessi delle parti. La crisi della

⁵⁰ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1915, I, pag. 289.

⁵¹ F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1911, pagg. 377 e ss.

⁵² Cass. 7 febbraio 1936, in *Mass. Giur. Lav.*, 1936, pag. 239.

⁵³ C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004, pag. 70.

⁵⁴ Ancora C. PISANI, *op. cit.*, pag. 62.

⁵⁵ L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, II, Milano, 1936, pag. 417.

concezione fiduciaria del recesso, peraltro, appariva irreversibile dopo l'adozione della legge n. 604 del 1966: l'introduzione della disciplina limitativa del licenziamento relegava definitivamente l'elemento fiduciario a un ruolo subalterno in quanto legittimava solo il licenziamento fondato sulla "giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c." o sul "giustificato motivo".⁵⁶ Così la rilevanza della lesione della fiducia ai fini di un legittimo recesso datoriale non era del tutto "obliterata",⁵⁷ ma soltanto limitata dalla sua definitiva "oggettivizzazione" nelle causali legislative, con conseguente perdita di ogni rilievo "per gli stati psicologici, le convinzioni personali, le opinioni della parte che si assume soggettivamente lesa".⁵⁸

Questo processo di epurazione dalla nozione di fiducia delle sue componenti più propriamente arbitrarie e personalistiche non ha operato con la medesima intensità nel rapporto di lavoro del dirigente. Anzi, come si è già avuto modo di affermare,⁵⁹ è la stessa natura fiduciaria del vincolo che lega imprenditore e dirigente a portare la Corte Costituzionale a riconoscere come legittima l'esclusione di quest'ultimo dalla disciplina limitativa dei licenziamenti. La fiducia, dunque, mantiene nel lavoro dirigenziale la sua connotazione puramente soggettiva, con evidenti conseguenze sulla stabilità del vincolo giuridico intercorrente tra le parti. Tale vincolo, infatti, è fragile in quanto suscettibile di essere reciso dall'emergere di qualsiasi elemento di crisi nell'assetto di interessi voluto dai contraenti, anche qualora questo incida sulla mera *affectio personalis*. Il

⁵⁶ Afferma sul punto M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, diretto da RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, vol. II, Padova, 1971, che "la rilevanza della fiducia, una volta venuta meno la libertà di recesso, non può condurre a prevedere ipotesi di licenziamento diverse da quelle tassativamente previste dalla legge".

⁵⁷ Di impossibile "obliterazione" della fiducia nel rapporto di lavoro parla P. TOSI, *ibidem*.

⁵⁸ Così F. BASENGHI, *op. cit.*, pag. 71.

⁵⁹ Vedi *supra* nota 35.

recesso datoriale è in tal modo sottratto a ogni ipotesi di sindacabilità, relegando il dirigente nell'area della licenziabilità *ad nutum*.⁶⁰

Lo svilupparsi di una tutela convenzionale del dirigente e la complessiva evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano alla luce delle fonti internazionali e comunitarie consentono, tuttavia, di sottoporre a revisione critica la concezione illimitatamente fiduciaria del rapporto di lavoro dirigenziale e, conseguentemente, l'ammissibilità di una libera licenziabilità dello stesso. Proprio dall'analisi della disciplina che la contrattazione collettiva dedica al licenziamento del dirigente si deve, pertanto, partire.

2. La tutela convenzionale del dirigente e il rapporto tra giustificatezza e giustificato motivo

L'esclusione del dirigente dalla disciplina legale limitativa del licenziamento ha portato all'introduzione di una specifica tutela convenzionale dello stesso. I contratti collettivi, infatti, riconoscono al dirigente il diritto ad una c.d. "indennità supplementare", nel caso in cui il licenziamento irrogato dal datore non sia sorretto da giustificatezza. L'adozione, in funzione di causale giustificativa del recesso datoriale, di siffatta nozione ha suscitato, in ragione della sua innovatività e peculiarità, molteplici problemi di carattere ermeneutico e qualificatorio, oggetto ancor oggi di interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza.

⁶⁰ Del tema si sono occupati, tra gli altri, N. DE MARINIS, *ibidem*; R. MAGNANI, *La motivazione del licenziamento del dirigente nella giurisprudenza di legittimità*, in *ADL*, 1998, 1, pagg. 225-240; C. CARDARELLO, *Il dirigente*, Milano, 2000; P. DUI, *Il rapporto di lavoro dirigenziale*, Milano, 2002; F. COLLIA, *Efficacia reale del preavviso e dirigente*, Tribunale di Milano 17.6.2002, *Il Commento*, in *LG*, 2003, 6, pagg. 568-569.

In primis, una parte della giurisprudenza di merito⁶¹ ha sollevato la questione della indeterminatezza del concetto *de quo*, lamentandone “l’assoluta genericità” che non avrebbe consentito nemmeno di ipotizzare “l’esistenza di un diritto soggettivo azionabile avanti all’autorità giudiziaria”. La critica pretoria, peraltro, è stata sposata da quella dottrina⁶² per la quale il carattere indeterminato della clausola avrebbe reso alquanto difficoltosa l’individuazione di una regola afferente a parametri normativi. Il nodo, infine, è stato sciolto da una nota pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione,⁶³ le quali, nell’inaugurare un indirizzo interpretativo tuttora incontestato,⁶⁴ hanno affermato che “il termine «ingiustificato», riferito dal contratto al licenziamento del dirigente, come presupposto del suo diritto all’indennità, non presenta un grado di determinatezza minore (o di assoluta indeterminabilità), di quelli di cui si è servito il legislatore - giusta causa, giustificato motivo - per limitare il licenziamento degli altri lavoratori” e che la tecnica consistente nel “ricorrere a clausole o concetti che per essere generali non sono per questo generici o indeterminabili ... viene comunemente considerata come il frutto di una più raffinata civiltà giuridica, rispetto a quella che si esprime in più o meno dettagliate casistiche”. Questo arresto della Suprema Corte era poi appoggiato da quella dottrina⁶⁵ che riscontrava la presenza delle medesime

⁶¹ Pret. Milano 6 giugno 1978, in *OGL*, 1978, pag. 1096; Pret. Milano 24 dicembre 1980, in *Il diritto del lavoro*, 1980, II, pag. 321; Pret. Roma 16 luglio 1982, in *Giustizia Civile*, 1983, I, pag. 1893.

⁶² In tal senso L. MONTUSCHI, *op. cit.*, pag. 368.

⁶³ Cass. S.U. 9 dicembre 1986, n. 7295, in *Giustizia Civile*, 1987, I, pag. 857, con nota di V. MARINO; in *OGL*, 1986, pag. 1063; in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 1986, pag. 779.

⁶⁴ Vedi, tra le altre, Cass. 26 settembre 1991, n. 10043, in *FI, Repertorio*, 1991, voce *Lavoro* (rapporto), n. 664; Cass. 13 marzo 1998, n. 2761, in *Guida al lavoro*, 1998, 15, pag. 16; Cass. 24 giugno 1998, n. 6268, in *FI*, 1999, I, pag. 1254; Cass. 3 aprile 2002, n. 4729, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2002, pag. 784.

⁶⁵ F. BASENGHI, *op. cit.*, pag. 186.

difficoltà nella determinazione dei connotati delle clausole legali e di quella convenzionale.

Superato il rischio di vedere sanzionata la nullità della clausola di giustificatazza per mancanza di determinazione dell'oggetto *ex art.* 1346 c.c., la dottrina e la giurisprudenza, al fine di stabilire l'esatto significato della nozione in esame, hanno preliminarmente dovuto affrontare una questione di ermeneutica contrattuale. L'esclusiva origine negoziale della clausola *de qua* ha, infatti, un primo importante corollario: l'applicazione degli ordinari canoni interpretativi di cui agli artt. 1362 e ss. c.c.⁶⁶ Come sostiene attenta dottrina, peraltro, "la giurisprudenza di legittimità si è sovente astenuta dal fornire una diretta interpretazione delle clausole del contratto collettivo, formulando giudizi unicamente sul procedimento logico-giuridico seguito dalle corti di merito, la cui indagine è censurabile in Cassazione solo per vizi di motivazione o per violazione delle regole di ermeneutica contrattuale".⁶⁷

Dopo aver identificato la strumentazione interpretativa appropriata l'attenzione dei giudici e degli studiosi si è concentrata sulla individuazione dell'esatta portata semantica del concetto di giustificatazza. Il problema della definizione in concreto del contenuto della suddetta nozione

⁶⁶ Vedi in giurisprudenza, in particolare, Cass. 7 luglio 2004, n. 12508, in *OGL*, 2004, I, pag. 562. In dottrina, afferma sul punto P. DUI, *op. cit.*, pag. 148, che "la nozione di giustificatazza del licenziamento del dirigente non è questione di interpretazione della legge, ma è questione di interpretazione della volontà delle parti, affidata al giudice del merito e da condursi esclusivamente in base ai criteri di cui agli artt. 1361-1370 c.c. (sull'interpretazione dei contratti), facendo ricorso al criterio sussidiario dell'equo temperamento degli interessi delle parti, fissato dall'art. 1371, solo quando l'adozione dei precedenti criteri non sia sufficiente a chiarire il contenuto del patto contrattuale, e senza arrivare ad "affermare che la stabilità del rapporto è equivalente a quella assicurata da norme di legge che regolano rapporti diversi, facendo così ricorso al criterio (non di interpretazione ma di integrazione del contratto), stabilito dall'art. 1374 dello stesso codice". Il richiamo dell'autore è a Cass. 9 giugno 1995, n. 6520, in *FI*, 1996, I, pag. 1359.

⁶⁷ Così L. RATTI, *op. cit.*, pag. 1290.

contrattualcollettiva, tuttavia, si è rivelato estremamente complesso, conducendo allo svilupparsi di molteplici orientamenti, dottrinali e giurisprudenziali, spesso anche molto distanti tra loro.

La giurisprudenza prevalente di merito e di legittimità, in particolare, si è espressa fino alla metà degli anni Ottanta in termini di sostanziale sovrapposibilità della nozione di giustificatezza del licenziamento intimato al dirigente a quella di giustificato motivo di recesso sulla base, principalmente, della considerazione secondo cui “l’adozione di una terminologia non dissimile”⁶⁸ da quella utilizzata dal legislatore nella legge n. 604 del 1966, avrebbe costituito indice della volontà delle parti di riferirsi a concetti già accolti nell’ordinamento. La nozione convenzionale di giustificatezza, pertanto, avrebbe il suo referente naturale in quella legale di giustificato motivo.

I primi anni Novanta, però, hanno visto l’affermarsi di un deciso *revirement* giurisprudenziale sul punto. I giudici di merito, infatti, hanno inaugurato un nuovo orientamento fondato sulla non coincidenza delle nozioni di giustificatezza e di giustificato motivo, secondo il quale, mentre la prima consiste in “qualsiasi motivo, purché giustificato, ossia oggetto di una decisione coerente e sorretta da motivi apprezzabili sul piano del diritto”, il secondo attiene “a ragioni ben individuate”.⁶⁹ La giustificatezza si risolverebbe, perciò, “in un giudizio che non richiede l’analitica verifica di specifiche condizioni, ma solo una “globale valutazione”, che escludendo “l’arbitrarietà” del licenziamento lo ritenga “ragionevolmente accettabile”, alla luce dell’assetto d’interessi dedotto nel rapporto di lavoro

⁶⁸ Così Cass. S.U. 9 dicembre 1986, n. 7295, *cit.*; conformi Cass. S.U. 11 febbraio 1987, n. 1463, in *FI*, 1987, I, col. 1047, e Cass. 24 aprile 1987, n. 4004, in *OGL*, 1987, pag. 741.

⁶⁹ Pret. Milano 16 luglio 1990, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1990, pagg. 3122 e ss.

dirigenziale sul quale si controverte”.⁷⁰ Accadeva così che la Cassazione, spronata proprio dalla succitata giurisprudenza, rivedesse radicalmente la sua posizione definendo nuovi e più ampi confini per il concetto di giustificatezza del licenziamento del dirigente, nonché sganciandolo definitivamente da qualsiasi riferimento alle nozioni legali. In particolare la Suprema Corte affermava nella sentenza 14 maggio 1993, n. 5531, che “nella controversia relativa al diritto del dirigente ... alla corresponsione dell’indennità supplementare prevista dal contratto collettivo per l’ipotesi di licenziamento ingiustificato, l’accertamento di tale fattispecie non può fondarsi unicamente sui parametri valutativi impiegati per l’identificazione del licenziamento per giustificato motivo ... , dovendo tenersi conto di tutti gli elementi che nel caso concreto possono ritenersi idonei a privare di ogni giustificazione il recesso *ad nutum* del datore di lavoro, in relazione alla violazione del principio fondamentale di buona fede nella esecuzione del contratto, configurabile quando detto recesso rappresenti l’attuazione di un comportamento puramente pretestuoso, ai limiti della discriminazione, ovvero del tutto irrispettoso delle regole procedurali che assicurano la correttezza nell’esercizio del diritto”.⁷¹ La pronuncia dei giudici di legittimità, dunque, mutava in radice il parametro di riferimento in rapporto al quale, da quel momento in avanti, avrebbe dovuto essere valutata la giustificatezza del licenziamento del dirigente: non più la codificata e

⁷⁰ Così - con richiamo a Trib. Milano 24 gennaio 1990, in *Diritto e pratica del lavoro*, 1990, pagg. 1954 e ss. - C. DIOTALLEVI, *Il licenziamento dei dirigenti privati e pubblici*, Roma, 2010, pag. 182.

⁷¹ Cass. 14 maggio 1993, n. 5531, in *OGL*, 1993, pagg. 428 e 726, con nota di M. GIUSTINIANI; in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1993, pag. 223. L’inversione di tendenza della giurisprudenza sul tema in analisi poggia su due argomentazioni principali. In primo luogo, si dice, le parti sociali potevano fare diretto riferimento alle nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo quali causali giustificative del licenziamento del dirigente, anziché ricorrere al diverso concetto di giustificatezza. In secondo luogo, l’impossibilità di identificare la nozione convenzionale con quelle legali discende dalla natura spiccatamente fiduciaria del rapporto di lavoro dirigenziale.

sperimentata nozione di giustificato motivo, bensì il generale principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto (c.d. buona fede oggettiva) ex artt. 1375 e 1175 c.c. In tal modo la Cassazione ammetteva espressamente una significativa dilatazione della nozione in parola, la quale si sarebbe estesa fino a qualificare come giustificato ogni recesso datoriale che non si configurasse come estrinsecazione di una condotta pretestuosa, arbitraria, discriminatoria.⁷² I giudici di merito e di legittimità,⁷³ peraltro, - salvo alcune deviazioni⁷⁴ - hanno confermato fino ai nostri giorni il

⁷² Appare manifesto, peraltro, che l'utilizzo da parte della giurisprudenza di un parametro valutativo di carattere generale, accompagnato dal riferimento a concetti (pretestuosità, arbitrarietà, discriminazione) altrettanto opinabili e indefiniti, accresca notevolmente la misura della discrezionalità insita nella pronuncia dell'Autorità Giudiziaria.

⁷³ Per la giurisprudenza di legittimità si veda Cass. 4 gennaio 2000, n. 22, in *RIDL*, 2001, II, pag. 298, con nota di L. FOGLIA; Cass. 12 febbraio 2000, n. 1591, in *FI*, 2000, I, pag. 752; Cass. 13 gennaio 2003, n. 322, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2004, pag. 29; Cass. 20 giugno 2003, n. 9896, in *Il diritto del lavoro*, 2003, II, pag. 295, con nota di M. D'APONTE; Cass. 22 agosto 2003, n. 12365, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2003, pag. 2853; Cass. 27 agosto 2003, n. 12562, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2004, pag. 349; Cass. 13 gennaio 2005, n. 483, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2005, pag. 545; Cass. 20 dicembre 2006, n. 27187, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2010, I, pag. 43; Cass. 5 ottobre 2007, n. 20895, in *RIDL*, 2008, II, pag. 659; Cass. 25 maggio 2008, n. 13812, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2009, I, *Inserito*, IX; Cass. 11 giugno 2008, n. 15496, in *Notiziario di giurisprudenza del lavoro*, 2008, pag. 500; Cass. 15 luglio 2009, n. 16498, in *Massimario di giurisprudenza italiana*, 2009; Cass. 15 dicembre 2009, n. 26232, in *Guida al lavoro*, 2010, 3, pag. 34; Cass. 8 marzo 2012, n. 3628, in *CED Cassazione*, 2012. Per la giurisprudenza di merito, tra gli altri, si vedano Trib. Milano 18 aprile 2009, Trib. Treviso, Sez. II, 12 maggio 2009, Trib. Milano, Sez. Lav., 23 giugno 2010, tutte rintracciabili tra le massime redazionali *CEDAM* degli anni 2009 e 2010.

⁷⁴ Meritano di essere segnalati alcuni originali arresti giurisprudenziali che, pur ribadendo la non assimilabilità delle nozioni di giustificatezza e di giustificato motivo, individuano per la prima parametri valutativi sussidiari o alternativi alla c.d. buona fede oggettiva. Secondo Pret. Ferrara 11 maggio 1995 (in *OGL*, 1995, pag. 701) la questione della giustificatezza del licenziamento del dirigente andrebbe definita facendo ricorso al principio di equità: «la valutazione della giustificatezza del licenziamento del dirigente richiede una complessa operazione logico-giuridica: in primo luogo deve essere verificato se il recesso può essere fatto rientrare nell'ambito di una causa che, secondo i generali principi del c.c., consente astrattamente la risoluzione del contratto; poi, attraverso un giudizio equitativo, ... si deve procedere a concretizzare le clausole generali ed il loro adattamento alla peculiarità del rapporto di lavoro dirigenziale in

suddetto orientamento “incentrato, più che sul comportamento inadempiente del dirigente, sul comportamento non pretestuoso del datore di lavoro all’atto di recesso, in quanto improntato ai canoni di buona fede e correttezza”.⁷⁵ In questi termini, dunque, l’autonomia della nozione di giustificata da quella di giustificato motivo è divenuta *ius receptum*.

Si deve, infine, dare atto della posizione assunta da un’isolata giurisprudenza⁷⁶ che, a partire dalla considerazione della assodata diversità delle nozioni in parola, ritiene, tuttavia, che la previsione contrattualcollettiva della necessaria giustificata del recesso del datore dal rapporto di lavoro instaurato col dirigente “abbia fatto venir meno la libertà di licenziamento, subordinando la liceità dell’atto al presupposto dell’esistenza di specifici motivi idonei a giustificarlo”. Se alla nozione convenzionale si riconoscesse una portata tale da legittimare ogni licenziamento non arbitrario, non rimarrebbe alcuno spazio per un effettivo sindacato giudiziale circa la sussistenza o meno della stessa nel caso concreto.⁷⁷

esame». Per Cass. 9 giugno 1995, n. 6520 (*cit.*) la nozione convenzionale in esame andrebbe volta per volta ricercata dal giudice di merito, sulla scorta della rigorosa applicazione dei principi di interpretazione dei contratti di cui agli artt. 1362 e ss. c.c. In Cass. 21 marzo 1998 n. 3000 (in *FI*, 1999, I, pag. 1254), invece, si sostiene che il concetto *de quo* debba intendersi quale “divieto di atti lesivi del valore della dignità umana di cui all’art. 41, comma 2, Cost”. Cass. 6 ottobre 1998, n. 9896 (in *GaL*, 1998, 43, pag. 19), afferma, infine, che la giustificata del recesso è qualificata “dalla ragionevolezza e serietà del motivo da accertare secondo un equo contemperamento dei contrapposti interessi”, giusto il disposto dell’art. 1371 c.c.

⁷⁵ C. DIOTALLEVI, *op. cit.*, pag. 184.

⁷⁶ Cass. 24 giugno 1998, n. 6268, *cit.*

⁷⁷ Così M. TREMOLADA, *Il licenziamento libero*, opera ancora inedita consultata per gentile concessione dell’Autore, pagg. 63-66. Lo studioso critica l’orientamento citato muovendo dal confronto tra i concetti di giusta causa e giustificata e ricavandone che “la giustificata non possa essere individuata altrimenti che con qualsiasi circostanza lesiva” del rapporto fiduciario che lega datore e dirigente la quale, tuttavia, “non sia così grave da impedire la prosecuzione della collaborazione per il periodo di preavviso”. Secondo il medesimo Autore, peraltro, la licenziabilità *ad nutum* del dirigente non escluderebbe ogni forma di sindacato giudiziale, infatti “la verifica” se i motivi addotti

Il tema *de quo* è stato oggetto di grande interesse anche da parte della dottrina la quale, pur nella diversità degli orientamenti, ha visto una prevalenza della corrente “omologazionista”.

L’originaria tendenza giurisprudenziale alla individuazione delle nozioni legali quali referenti naturali di quella convenzionale, infatti, è stata supportata dall’affermarsi di una analoga posizione dottrina.⁷⁸ La maggioranza degli studiosi, peraltro, a dispetto del successivo netto mutamento d’indirizzo delle Corti, ha continuato ad argomentare a sostegno di una possibile omologazione (o quantomeno di un possibile avvicinamento) dei concetti di giustificatezza e di giustificato motivo. Ciò a partire dalla considerazione dell’assoluta similarità delle locuzioni letterali (“da cui è del tutto logico desumere che le parti collettive, quando ... hanno coniato il termine giustificatezza”, non potevano che avere quale referente la legge n. 604 del 1966)⁷⁹ e dalla critica alla indeterminatezza dei canoni di buona fede e correttezza,⁸⁰ individuati dai giudici quali limite ultimo al

dal datore “siano ... coerenti con il canone di correttezza e buona fede può essere compiuta ricorrendo a parametri di tipicità sociale e di normalità desumibili dalla rilevazione di modelli di comportamento e di valutazioni vigenti nel contesto socio-economico di riferimento”.

⁷⁸ Si veda, tra gli altri, i contributi di G. MANNACIO, *La disciplina collettiva del licenziamento dei dirigenti industriali*, in *Informatore Pirola*, n. 15/16/17 del 1975, come richiamato da Coll. Arb. Milano 9 luglio 1976, in *OGL*, 1976, pag. 700; F. SCLAFANI, *L’ingiustificato licenziamento del dirigente industriale*, nota a Pret. Roma 16 luglio 1982, in *GC*, 1983, I, pag. 1889; A. VALLEBONA, *Sul collegio arbitrale per il licenziamento dei dirigenti di aziende industriali*, in *GC*, 1982, I, pag. 1810; V. MARINO, *La nozione di giustificato licenziamento del dirigente*, nota a Cass. S.U. 9 dicembre 1986, n. 7295, in *GC*, 1987, I, pag. 857.

⁷⁹ Così F. LIMENA, *op. cit.*, pag. 594.

⁸⁰ Vedi sul punto C. CESTER, *L’estinzione del rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro*, a cura di G. SUPPIEJ-M. DE CRISTOFARO-C. CESTER, Padova, 1998, pag. 414. Nello stesso senso R. MAGNANI, *op. cit.*, pagg. 231-232, per il quale “non convince l’assunto della Cassazione, secondo cui la nozione di “giustificatezza” sarebbe esclusivamente una traduzione del principio di buona fede nell’esecuzione del contratto; la buona fede è un criterio di valutazione di condotte giuridicamente rilevanti, a non ha attitudine definitoria, non è in grado di chiarire quali siano i casi che i contraenti collettivi hanno ritenuto integrassero il «tipo» del licenziamento ingiustificato”.

potere datoriale di recesso, ma incapaci di incarnare la *ratio* garantista della disciplina contrattualcollettiva, tanto “da lasciare oggi il dirigente ... praticamente sprovvisto di tutele”.⁸¹ Così questa parte della dottrina è giunta spesso a riconoscere una speciale elasticità delle regole di cui all’art. 3 della legge n. 604, “così larghe che consentono di valutare qualsiasi fatto della vita”⁸² e capaci di “colmare ogni interstizio”, sottraendo alla giustificata spazio vitale, fino a negarne la stessa prospettabilità.⁸³

Non ha tardato, tuttavia, ad affermarsi - sull’onda della crisi “della *vis expansiva* della subordinazione” e del manifestarsi delle forme c.d. atipiche di lavoro subordinato⁸⁴ - una dottrina marcatamente assestata su posizioni “non omologative”⁸⁵, fondate innanzitutto sulla diversità della fonte (contratto per la prima, legge per il secondo) da cui scaturiscono i due criteri di giustificata e giustificato motivo, nonché sulle differenze di fattispecie e di disciplina.⁸⁶ Vi è stato chi,⁸⁷ con maggiore profondità

⁸¹ Si veda C. TIRABOSCHI-S. BARTALOTTA-M. PAOLETTI-S. TRIFIRO’-A. D’ARCO-L. CURCIO, *Una tutela senza tutele? La maschera del fair play dietro al concetto di “giustificata” nel licenziamento del dirigente*, in *Dirigenti Industria*, febbraio 2012, pagg. 37 e ss.

⁸² G. PERA, *op. cit.*, pag. 814. Conforme anche F. LIMENA, *ibidem*.

⁸³ In tal senso F. BASENGHI, *Il licenziamento del dirigente: alcuni spunti di riflessione*, in *RIDL*, 2008, II, pag. 663.

⁸⁴ Così P. TOSI, *Il licenziamento del dirigente: profili legali*, in *RIDL*, 1996, I, pagg. 391-392.

⁸⁵ G. GIUGNI, *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni ottanta*, in Atti del Convegno Aidlass, Milano, 1983, pagg. 3 e ss.; L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *RIDL*, 1986, I, pagg. 1 e ss.; P. TOSI, *Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario*, in *DLRI*, 1991, pagg. 613 e ss.; S. BARTALOTTA, *La nozione di «giustificata» nel licenziamento dei dirigenti*, in *RIDL*, 1994, II, pag. 241; F. MINUCCI, *Il licenziamento del dirigente industriale nozione di giustificato motivo*, in *DL*, 1994, I, pag. 494; M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, II, pagg. 1057 e ss.; L. MONTUSCHI, *op. cit.*, pag. 369; M. GIUSTINIANI, *Il licenziamento disciplinare del dirigente*, in *GL*, 1999, 46, pag. 10; M. DE CRISTOFARO, *Il licenziamento dei dirigenti e comunicazione dei motivi*, in *DL*, 2000, pag. 5.

⁸⁶ Vedi in tal senso E. MENEGATTI, *ibidem*, il quale, nell’annotare App. Bologna, 13 maggio 2009, considerando, ai fini del configurarsi della giustificata del licenziamento dirigente, le peculiarità della fattispecie concreta oggetto di pronuncia da

d'analisi, ha ricollegato la distinzione fra le due nozioni a quella sottostante tra fiducia, elemento caratterizzante il rapporto di lavoro del dirigente, e inadempimento, avvenimento concreto legittimante il licenziamento del prestatore che non riveste la qualifica dirigenziale, e chi,⁸⁸ ancora, ha ritenuto che la indeterminatezza della nozione convenzionale, non lasci il dirigente privo di tutela, permettendo un giudizio libero delle Corti, le quali sarebbero anzi tenute "a interpretare una clausola generale posta dal contratto collettivo restando sul terreno del contratto stesso, dandole cioè un contenuto ricostruito nella logica contrattuale". "D'altro canto", si dice, "resta largamente discrezionale (ma talora meno trasparente) anche la valutazione che si vale della «copertura» di criteri apparentemente oggettivi in quanto legalmente preordinati, quando essi sono pur sempre caratterizzati dalla ampiezza e generalità delle formule che li esprimono". La tradizionale contrapposizione tra "omologazionisti" e "non omologazionisti" non esaurisce però il novero delle posizioni assunte dalla dottrina sul tema della definizione del multiforme concetto di giustificatazza.

parte dei giudici di secondo grado - afferma: «Quel che preme qui rilevare è che difficilmente le stesse circostanze avrebbero potuto giustificare il licenziamento di un prestatore di lavoro non dirigente. Pur non conoscendo con precisione i fatti e le allegazioni delle parti nell'ambito del processo che ha condotto alla pronuncia in commento, non pare potersi ravvisare nell'ambito della vicenda *de quo* né "una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto" (art. 2119 Cod. Civ.), né un "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro" (art. 3, legge n. 604 del 1966)». L'autore, dunque, smentisce nei fatti la tesi che riconosce alla nozione di giustificato motivo una ampiezza tale da eliminare ogni ambito di operatività della clausola convenzionale in esame. Della stessa opinione M. TREMOLADA, *op. cit.*, pag. 62, secondo il quale "per quanti sforzi si facciano in questa direzione, non sembra possibile ricondurre alla sfera del giustificato motivo di cui all'art. 3 della legge n. 604/1966 situazioni connesse allo speciale rilievo che ... assumono la fiducia e il risultato nell'economia del rapporto dirigenziale".

⁸⁷ Così M. PERSIANI, *Il licenziamento del dirigente tra perdita della fiducia e inadempimento*, in *ADL*, 2007, n. 6, pagg. 1177-1187.

⁸⁸ Ancora P. TOSI, *op. cit.*, pagg. 393-394.

Pare, innanzitutto, meritevole di autonoma menzione la tesi che, se da un lato afferma la differenza concettuale delle nozioni di giustificatezza e di giustificato motivo, non suscettibili di alcuna sovrapposizione in ragione della diversità di fonte e di disciplina ermeneutica applicabile, dall'altro ne propugna l'omologazione in sede applicativa, dato che, sotto il profilo del *quantum* di tutela, la nozione convenzionale non sarebbe in grado di aggiungere nulla a quella legale.⁸⁹

Di indubbio interesse, inoltre, la posizione di chi riconduce il tema *de qua* a una questione di interpretazione dei contratti collettivi *ex art.* 1362 e ss. c.c., affermando, peraltro, l'impossibilità di ricavare dagli stessi una effettiva diversità della nozione di giustificatezza da quella di giustificato motivo, a causa dell'utilizzo da parte dei suddetti negozi di clausole "di incerta lettura". La tesi "non omologazionista", quindi, incorrerebbe in un'aporia laddove ricostruisce la diversità dei concetti in parola (con il conseguente riconoscimento di una maggiore ampiezza della nozione convenzionale rispetto alla legale), a partire dalla necessità di raggiungere un risultato pratico (che garantisca alle imprese "di potersi muovere con un maggior spazio deliberativo dato" dato che "il recesso investe chi ha rilevanti poteri sulla conduzione della complessiva attività o di suoi ambiti significativi"), piuttosto che da una coerente interpretazione delle clausole contrattualcollettive.⁹⁰

Compiuta questa disamina, sembra opportuno anticipare che - tra le varie soluzioni prospettate in merito alla consistenza del concetto di giustificatezza e al suo rapporto col giustificato motivo - pare preferibile quella basata sulla diversità delle suddette nozioni da ricollegarsi, sotto il

⁸⁹ F. BASENGHI, *op. cit.*, 1991, pagg. 186 e ss.; *op. cit.*, 2008, pagg. 662-663.

⁹⁰ In tal senso E. GRAGNOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nei confronti del dirigente privato*, opera inedita consultata per gentile concessione dell'Autore, pagg. 31 e ss.

profilo dogmatico, al loro differente fondamento sostanziale (inadempimento per la prima e fiducia per la seconda⁹¹) e, dal punto di vista pratico, nella maggiore ampiezza della convenzionale rispetto alla legale, testimoniata dall'individuazione del rispetto delle clausole di buona fede e correttezza quale limite ultimo al recesso datoriale dalla collaborazione col dirigente. Tale orientamento, come si evidenzierà meglio nel prosieguo della trattazione, appare capace di assicurare maggiore coerenza sistematica perché in grado di rispondere efficacemente alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e dal diritto dell'Unione Europea.

Giova, invece, da subito evidenziare l'importanza rivestita dal carattere fiduciario del rapporto di lavoro dirigenziale nello svilupparsi delle diverse ricostruzioni del concetto di giustificatezza. Esso è talvolta presupposto da cui partire, talaltra approdo del ragionamento, in certi casi elemento da valorizzare, in altri profilo da limitare, ma sempre presenza immanente sul percorso che conduce alla identificazione dell'esatta portata della nozione convenzionale e, più in generale, alla corretta definizione della disciplina del licenziamento del dirigente privato, garantito o meno che sia dalla contrattazione collettiva.

3. Giustificatezza soggettiva e giustificatezza oggettiva

L'analisi delle innumerevoli pronunce giurisprudenziali in materia di giustificatezza del licenziamento del dirigente consente di distinguere i casi in cui il recesso datoriale è fondato su ragioni di ordine soggettivo, atte a incidere sul legame tra imprenditore e *manager*, da quelli in cui lo stesso è

⁹¹ Vedi *supra* nota 61.

basato su motivazioni di carattere oggettivo, quali le circostanze inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa.

Al di là delle semplici elencazioni casistiche,⁹² ciò che più preme è comprendere (dato per acquisito l'*an*) il *quantum* di differenziazione esistente tra la nozione convenzionale in esame e quella legale di giustificato motivo, nella loro rispettiva declinazione soggettiva e oggettiva.

Sotto il primo profilo, la teoria⁹³ più convincente è quella che muove dalla definizione della nozione di giusta causa di licenziamento del dirigente per ricavarne, in via residuale, l'identificazione dell'area coperta dalla giustificatezza.⁹⁴ Preliminare è il rilievo secondo cui “la giustificatezza è requisito che deve essere riferito al recesso con obbligo di preavviso di cui all'art. 2118 c.c., dato che la giusta causa di licenziamento del dirigente, presupposto dell'esonero del datore da tale obbligo, è nozione sulla quale quella contrattuale di giustificatezza non ha inciso, né avrebbe potuto, posto che la prima ha fondamento nelle norme inderogabili di legge contenute nell'art. 2119 c.c.”.⁹⁵ Ciò posto, la ricostruzione della nozione di giusta causa non può prescindere dalla considerazione della natura peculiare del rapporto di lavoro dirigenziale che porta a legittimare il recesso datoriale, al di fuori dei casi di “notevole inadempimento”,⁹⁶ in presenza di semplici circostanze idonee a compromettere la fiducia del

⁹² Per una esauriente rassegna casistica relativa alla giustificatezza soggettiva e oggettiva del licenziamento del dirigente vedi G. PERDONA', *op. cit.*, pagg. 100 e ss.

⁹³ Si veda, sul punto, l'elaborazione di M. TREMOLADA, *op. cit.*, pagg. 64-65.

⁹⁴ Sul rapporto tra giusta causa e giustificatezza vedi anche C. DIOTALLEVI, *op. cit.*, pag. 189.

⁹⁵ Così M. TREMOLADA, *ibidem*.

⁹⁶ Per una recente trattazione in materia di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento, vedi E. GRAGNOLI, *Il licenziamento, la giusta causa e il giustificato motivo*, opera inedita consultata per gentile concessione dell'Autore.

datore nel *manager*. Sarà allora possibile, alla luce di tali considerazioni e senza dimenticare la disciplina codicistica (art. 2119 c.c.), affermare che ricorre una giusta causa di licenziamento del dirigente ogni qual volta si verifica una circostanza lesiva del legame fiduciario così grave da non consentire la prosecuzione neanche temporanea della collaborazione. A *contrariis*, secondo la tesi *de qua*, la giustificatezza soggettiva non può che “essere individuata ... con qualsiasi circostanza lesiva dell’anzidetto rapporto la quale, tuttavia, non sia così grave da impedire la prosecuzione della collaborazione per il periodo di preavviso”.⁹⁷

Così argomentando si arriva agevolmente, tenendo conto delle specificità proprie del rapporto di lavoro in esame, a delineare i reciproci confini della giusta causa e della giustificatezza soggettiva del licenziamento del dirigente, contestualmente evidenziando la differente ampiezza della stessa nozione convenzionale rispetto a quella legale.

Passando al tema della giustificatezza oggettiva, l’analisi degli arresti giurisprudenziali sembra portare a una riduzione ulteriore dei margini di tutela che la clausola convenzionale assicura al dirigente. Alla natura fiduciaria del rapporto si aggiunge, infatti, quasi a estendere ancora la libertà di recesso dell’imprenditore, l’operatività del principio costituzionale di libera iniziativa economica *ex art. 41 Cost.* Ne deriva, dunque, che alla base del licenziamento del dirigente non deve necessariamente essere posto un accadimento configurante giustificato motivo oggettivo *ex art. 3 della l. n. 604/66*, in quanto per recedere legittimamente dal rapporto di lavoro col *manager* al datore basta rifarsi a una qualsivoglia scelta organizzativa. Ciò risulta chiaramente da una recente pronuncia della Suprema Corte nella quale si giustifica l’espulsione del dirigente anche soltanto per “minore utilità” nell’ambito di decisioni

⁹⁷ Sempre M. TREMOLADA, *ibidem*.

orientate a ottenere un miglior posizionamento dell'impresa sul mercato.⁹⁸ Pertanto la stessa posizione verticistica assunta dalla figura in esame nell'ambito dell'organizzazione aziendale e la sua partecipazione alla elaborazione e attuazione delle scelte strategiche, differenziandola dalle altre categorie di prestatori, finiscono per legittimare il riflettersi sulla stessa delle vicende (negative) concernenti la vita dell'impresa. La stessa giurisprudenza, coerentemente, esclude nel caso in parola l'eventualità del *repechage*⁹⁹ in considerazione dell'infungibilità del contributo prestato nell'azienda da ogni dirigente e del vincolo speciale che lo lega all'imprenditore.¹⁰⁰

Questa sintetica disamina dei caratteri e dei contorni delle nozioni di giustificatezza soggettiva e oggettiva conduce, tuttavia, a una precisazione conclusiva. Seppur è vero che la natura fiduciaria del rapporto (sotto il profilo soggettivo e oggettivo) e, in aggiunta, l'operatività dell'art. 41 Cost. (sotto il solo profilo oggettivo) tratteggiano una nozione convenzionale caratterizzata da notevolissima ampiezza, il potere di recesso del datore, come più volte affermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte,¹⁰¹ non è illimitato: il licenziamento del dirigente, sia esso fondato su ragioni soggettive od oggettive, per rivestire il carattere della giustificatezza non può configurarsi come arbitrario, pretestuoso, persecutorio, ma si deve mostrare rispettoso dei generali canoni di buona fede e correttezza. E' proprio nella verifica della veridicità delle motivazioni poste dal datore alla base del recesso e del rispetto, da parte dello stesso, dei suddetti canoni generali che si sostanzia il sindacato giudiziale, indubbiamente e

⁹⁸ Cass. 11 giugno 2008, n. 15496, *cit.*

⁹⁹ Con tale espressione si indica l'onere, a carico del datore, di provare di non poter adibire il lavoratore licenziato ad attività equivalente a quella esercitata.

¹⁰⁰ Vedi, tra le tante, Cass. 5 ottobre 2002, n. 14310, in *Guida al lavoro*, 2002, 48, pag. 26.

¹⁰¹ Confronta *supra*, nota 71.

significativamente presente anche in questa sottile linea di confine che sta tra le nozioni legali e l'*ad nutum*, tra la piena giustificazione e l'arbitrarietà.

4. Giustificatezza soggettiva e responsabilità disciplinare, giustificatezza oggettiva e responsabilità dirigenziale: differenze sostanziali

L'analisi della tutela convenzionale accordata al *manager* privato in caso di recesso datoriale con la definizione della nozione di giustificatezza nella sua declinazione soggettiva e oggettiva conduce inevitabilmente a un raffronto con la disciplina dedicata al licenziamento del dirigente pubblico, irrogato a seguito dell'accertata responsabilità disciplinare o dirigenziale dello stesso.

L'intento è quello di esaminare il substrato sostanziale che costituisce la base e la *ratio* della disciplina dedicata al licenziamento del dirigente privato e del dirigente pubblico: tale indagine permetterà di illuminarne le divergenze e i punti di contatto.

La volontà legislativa di giungere a una piena separazione tra politica e amministrazione ha condotto a una privatizzazione del rapporto di lavoro del dirigente pubblico. Gli obiettivi e i programmi che quest'ultimo deve attuare sono, oggi, definiti dagli organi di direzione politica, i quali verificano anche la corrispondenza fra i risultati della gestione amministrativa e le direttive impartite. Il dirigente, da parte sua, è dotato delle capacità e dei poteri privatistici necessari per la realizzazione autonoma dei suddetti obiettivi, rispondendo al contempo dell'attività svolta e dei frutti della stessa. Non va tuttavia dimenticato che, nonostante il generale rinvio dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 alla

disciplina civilistica, nella regolamentazione del rapporto di lavoro del dirigente pubblico residuano forti tratti di specialità. Tali peculiarità emergono innanzitutto e per quel che più interessa con riferimento al tema del licenziamento, non lasciato, in realtà, nella piena disponibilità della fonte contrattualcollettiva, ma oggetto di significativo intervento da parte del legislatore.¹⁰² Quest'ultimo, invero, si è occupato di configurare diverse forme di responsabilità giuridica per il dirigente pubblico, delineando il profilo di una figura che fosse espressione evidente del bilanciamento e della separazione fra indirizzo politico e gestione amministrativa. L'art. 21, comma 1, del succitato d.lgs.¹⁰³ prevede in proposito due specifiche tipologie di responsabilità per il soggetto *de quo*, quella disciplinare e quella dirigenziale, al cui accertamento può seguire, nei casi di maggiore gravità, il recesso della P.A.

Secondo un'autorevole dottrina, la responsabilità disciplinare presuppone "un comportamento illecito e colposo del dirigente, venuto meno a regole giuridiche poste per lo svolgimento delle proprie attività".¹⁰⁴ Nell'ipotesi in cui, peraltro, dovessero ricorrere fatti e condotte, "anche estranei alla prestazione lavorativa, di gravità tale da essere ostativi alla prosecuzione,

¹⁰² Vedi C. DIOTALLEVI, *op. cit.*, pagg. 221-230.

¹⁰³ Così dispone l'articolo al suo primo comma: «Il mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al Titolo II del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente comportano, previa contestazione e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può inoltre, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo».

¹⁰⁴ A. BOSCATI, *Verifica dei risultati. Responsabilità dirigenziali*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000, pag. 855.

sia pure provvisoria, del rapporto di lavoro”,¹⁰⁵ l’amministrazione sarebbe, per la contrattazione collettiva, legittimata a recederne, a seconda dei casi, motivatamente e con preavviso o immediatamente per giusta causa. La stessa autonomia collettiva, inoltre, definisce una specifica procedura di intimazione del licenziamento da coordinarsi con quella dettata dall’art. 7 St. Lav. V’è chi deduce da questo quadro il configurarsi di una evidente struttura causale del licenziamento disciplinare del dirigente pubblico, fondato sul ricorrere di circostanze capaci di ledere la fiducia del datore “nel puntuale adempimento futuro degli obblighi contrattuali da parte del dipendente”. Da qui poi la differenza sostanziale con il rapporto di lavoro del dirigente privato, “nel quale l’elemento fiduciario si caratterizza sotto il profilo dell’*intuitus personae*, laddove sul versante pubblico la fiducia non deve essere identificata con il “gradimento” soggettivo dell’organo politico, bensì con l’affidamento che ciascuna parte pone nel corretto adempimento dell’altra”. Ciò porterebbe, quindi, a una connotazione oggettiva della fiducia che l’amministrazione ripone nel dirigente, suscettibile di venir meno allorquando quest’ultimo si mostri inidoneo a svolgere correttamente le sue funzioni.¹⁰⁶

Tale ricostruzione dei fondamenti sostanziali del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e di quello privato offre l’occasione per svolgere alcune considerazioni critiche.

La migliore dottrina,¹⁰⁷ in primo luogo, non ammette un’identificazione, nell’ambito del rapporto di lavoro (dirigenziale), tra *intuitus personae* e fiducia. Il primo attiene alla fase genetica del rapporto in cui avviene la

¹⁰⁵ C.C.N.L. Ministeri, 21 aprile 2006, art. 41, commi 1 e 2; C.C.N.L. Presidenza Consiglio dei Ministri, 13 aprile 2006, art. 41, commi 1 e 2.

¹⁰⁶ Così C. DIOTALLEVI, *op. cit.*, pagg. 231-232.

¹⁰⁷ P. TOSI, *op. cit.*, pagg. 540-541, richiamato anche in nota 49; C. PISANI, *op. cit.*, pagg. 51 e ss.

scelta dell'altro contraente, la seconda allo sviluppo dinamico dello stesso, quale affidamento nel corretto svolgimento della prestazione lavorativa. L'elemento dell'*intuitus personae*, peraltro, ha indubbiamente rilevanza sia nell'ambito del rapporto di lavoro del dirigente privato, scelto con assunzione diretta, che in quello del dirigente pubblico, selezionato per concorso, al quale, tuttavia, l'incarico è conferito in considerazione delle specifiche "attitudini" e "capacità professionali" (art. 19, comma 1, d.lgs. n. 165/01).¹⁰⁸

In secondo luogo, merita di essere approfondito il ruolo che gioca l'elemento fiduciario nello svolgimento e nella cessazione del rapporto di lavoro del dirigente privato tutelato convenzionalmente e in quello del dirigente pubblico, al fine di meglio comprendere le distinzioni tra fiducia soggettiva, fiducia oggettiva e inadempimento. La previsione di una tutela convenzionale del dirigente privato in caso di licenziamento ha portato - come si è avuto modo di evidenziare in occasione della disamina del significato della nozione di giustificatezza e dell'identificazione della sua connotazione soggettiva - al superamento dell'illimitato carattere fiduciario di tale rapporto di lavoro. Le sorti dello stesso non sono più rimesse alla valutazione "solipsistica"¹⁰⁹ del datore cui è consentito di recedere al ricorrere di un qualsiasi elemento di crisi incidente sulla mera *affectio personalis*. Restare ancorati a questa concezione della fiducia significa, infatti, affermare tuttora la licenziabilità *ad nutum* del dirigente privato. La contrattazione collettiva, invece, ha introdotto la nozione di giustificatezza che, nella sua accezione per l'appunto soggettiva, legittima il licenziamento del dirigente privato per qualsiasi causa idonea a incidere sulla natura

¹⁰⁸ Vedi D. MEZZACAPO, *Il conferimento degli incarichi tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, Milano, 2009, pag. 177.

¹⁰⁹ Così ancora P. TOSI, *op. cit.*, pag. 542.

fiduciaria del rapporto, ma nel rispetto dei limiti della buona fede e correttezza e in assenza di arbitrarietà, pretestuosità e discriminazione. Ciò ha consentito una vera e propria “mutazione genetica” della fiducia, non più connotata soggettivamente al fine di garantire la libera recedibilità del datore, ma caratterizzata oggettivamente, così da consentire la “sua controllabilità secondo parametri di ragionevolezza e di normalità sociale”¹¹⁰ e da permettere “un equo temperamento degli interessi delle parti”.¹¹¹

Non si può, quindi, se non al prezzo di un alto tasso di imprecisione, prospettare una coincidenza nel rapporto di lavoro del dirigente privato tra *intuitus* e fiducia, né escludere l’oggettivizzarsi dell’elemento fiduciario nell’ambito dello stesso. Anzi giova precisare che, a parere di chi scrive, il fondamento ontologico della responsabilità disciplinare del dirigente pubblico non andrebbe ricercato nella categoria della fiducia, ma in quella dell’inadempimento.¹¹² La responsabilità disciplinare, infatti, sorge unicamente in occasione di condotte addebitabili al dirigente e lesive delle regole giuridiche fissate per la corretta esecuzione della prestazione: resta irrilevante la mera lesione (soggettiva o oggettiva che sia) del vincolo fiduciario tra lo stesso e l’amministrazione. In questo caso non c’è spazio per le valutazioni e per i sentimenti, ma solo per i fatti e, dunque, a essere trasgredito è un vero e proprio “obbligo di prestazione”.¹¹³

¹¹⁰ P. TOSI, *ibidem*.

¹¹¹ C. PISANI, *op. cit.*, pag. 62.

¹¹² Sulla distinzione in questione vedi M. PERSIANI, *op. cit.*, pagg. 1182 e ss., per il quale “il venir meno della fiducia costituisce situazione radicalmente diversa dall’inadempimento se non altro a ragione di ciò che questo è un fatto, mentre il venir meno della fiducia è una valutazione e, a ben guardare, potrebbe anche essere definito un sentimento”.

¹¹³ Per la classificazione degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro in obblighi di prestazione e obblighi di correttezza, vedi L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della Ceca*, Lussemburgo, 1965, pagg. 473 e ss.

Ancora più arduo è il cammino che deve affrontare chi intenda esplorare le differenze sostanziali esistenti tra l'altra forma di responsabilità, cosiddetta dirigenziale,¹¹⁴ che il legislatore prevede per il dirigente pubblico all'art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001, e la nozione convenzionale di giustificatezza, in particolare nella sua accezione oggettiva. Le difficoltà sono accresciute, in materia, dall'acceso dibattito¹¹⁵ - tuttora in corso - sviluppatosi in merito all'effettiva natura giuridica della responsabilità dirigenziale.

Innanzitutto è opportuno sottolineare che la stessa trova il suo antecedente logico nella distinzione di funzioni tra organi di vertice politico e dirigenti. Ai primi spetta il compito di definire gli obiettivi che al dirigente - munito dell'autonomia e dei poteri necessari, ma anche caricato della correlativa responsabilità e sottoposto a uno specifico meccanismo di verifica dei risultati ottenuti - starà poi raggiungere. E', dunque, in considerazione di tale quadro di riferimento che l'art. 21 succitato al comma 1 dispone,

¹¹⁴ Vedi, tra i tanti, l'interessante contributo di M. ESPOSITO, *La responsabilità dirigenziale: il buon andamento dei pubblici uffici tra politica e amministrazione*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, Milano, 2009, pag. 241.

¹¹⁵ Questi, in estrema sintesi, i principali orientamenti della dottrina: una prima tesi ha ricondotto la responsabilità dirigenziale a un giudizio di inidoneità alla funzione (M. RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità «di risultato» del dirigente pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998, pag. 391); altro orientamento la colloca nell'alveo della responsabilità disciplinare (P. TULLINI, *La responsabilità del dirigente pubblico (una chiave di lettura giuslavorista)*, in *ADL*, 2000, pag. 610; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro pubblico e privato. Art. 2106*, Milano, 2002, pagg. 136 e ss.); parte della dottrina ha invece sdoppiato la responsabilità *de qua* qualificando come oggettiva quella legata alla verifica dei risultati e come disciplinare quella relativa all'inosservanza delle direttive (L. ANGIELLO, *La valutazione dei dirigenti pubblici. Profili giuridici*, Milano, 2001, pag. 145); v'è ancora chi ritiene che, a partire dal disposto dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/01, non sia mai possibile identificare la responsabilità in parola come oggettiva, essendo la stessa sempre caratterizzata dall'elemento soggettivo della colpa (L. RINALDI, *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, Torino, 2002, pag. 129); infine, una recente impostazione propende per la riconduzione della responsabilità dirigenziale e di quella disciplinare a un'unica responsabilità contrattuale (F. BORGOGELLI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 112/2010*, reperibile su www.lex.unict.it).

nell'attuale formulazione, che "il mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione ... ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente" possono portare, nei casi di maggiore gravità, al recesso della P.A. dal rapporto di lavoro secondo le regole stabilite dai contratti collettivi. Proprio dal disposto della norma, peraltro, trae origine il problema della esatta determinazione della natura giuridica della responsabilità in parola, ciò in quanto "appare difficile coniugare unitariamente i due presupposti" della stessa enucleati dall'articolo, "visto che il mancato raggiungimento degli obiettivi pare richiamare una forma di responsabilità oggettiva, mentre l'inosservanza delle direttive, implicando colpevole violazione di un obbligo contrattuale," condurrebbe a una forma di responsabilità disciplinare.¹¹⁶ Le molteplici teorie elaborate sul punto dalla dottrina¹¹⁷ sembra abbiano trovato composizione in occasione di una recente pronuncia della Suprema Corte,¹¹⁸ la quale ha optato per la tesi che riconosce alla responsabilità dirigenziale la possibilità di prescindere da ogni rilevanza dell'elemento soggettivo per quanto riguarda il mancato raggiungimento del risultato, configurandosi così quale responsabilità oggettiva. Nello specifico caso in cui l'insuccesso dipenda da negligenza o inerzia del dirigente, secondo gli ermellini, si avrà invece una vera e propria ipotesi di responsabilità disciplinare. Tale orientamento giurisprudenziale, in realtà, è - secondo una condivisibile opinione¹¹⁹ - smentito dal dettato del medesimo art. 21, il quale richiede che sia il mancato raggiungimento degli obiettivi che l'inosservanza delle direttive siano imputabili al dirigente pubblico, così eliminando ogni residua traccia di oggettività dalla responsabilità

¹¹⁶ C. DIOTALLEVI, *op. cit.*, pag. 244.

¹¹⁷ Vedi *supra* nota 114.

¹¹⁸ Cass. 20 febbraio 2007, n. 3929, in *ADL*, 2007, pag. 698.

¹¹⁹ Sul punto C. DIOTALLEVI, *op. cit.*, pag. 249.

dirigenziale. Seguendo questa impostazione, quindi, si renderebbe necessario un vero e proprio giudizio sulla “colpa” del dirigente, da compiersi avendo riguardo ai generali canoni civilistici di cui agli artt. 1176, comma 2, e 1218 c.c.

L’analisi del dibattito svoltosi in dottrina e giurisprudenza circa la natura della responsabilità dirigenziale - il cui accertamento costituisce base sostanziale, nei casi di maggiore gravità, per il recesso della P.A. dal rapporto di lavoro col dirigente pubblico - e l’esposizione degli approdi raggiunti, consente un confronto con la nozione di giustificatezza oggettiva elaborata dalla contrattazione collettiva quale condizione legittimante il licenziamento del dirigente privato. A prima vista (e non senza una certa superficialità), un punto di contatto tra le due nozioni potrebbe essere rinvenuto in quell’indirizzo giurisprudenziale¹²⁰ secondo cui il mantenimento del rapporto col dirigente privato può essere subordinato dall’imprenditore “al raggiungimento di determinati risultati minimi di produttività ovvero all’esito positivo di determinate operazioni finanziarie” in vista delle quali lo stesso è stato assunto. E’ comprensibile, infatti, che l’elemento pratico del risultato, centrale in questa particolare sfumatura di giustificatezza oggettiva, abbia indotto alcuni studiosi a prospettare una omologazione rispetto alla responsabilità dirigenziale “nel quadro della tendenziale armonizzazione delle discipline del lavoro pubblico e privato”.¹²¹

¹²⁰ In particolare vedi Cass. 3 aprile 2002, n. 4729, in *GCM*, 2002, pag. 573.

¹²¹ Così N. DE MARINIS, *op. cit.*, pagg. 212-213; si veda, inoltre, circa il licenziamento del dirigente privato per mancato raggiungimento degli obiettivi, A. PRETEROTI, *Scarso rendimento: indice sintomatico e segno non equivoco della negligenza?*, in *ADL*, 2004, 1, pag. 375.

Si rende però opportuna, ai fini della determinazione della relazione intercorrente tra giustificatezza oggettiva e responsabilità dirigenziale, una più attenta riflessione che indaghi l'esatta consistenza delle due nozioni.

Lo studioso, infatti, potrebbe propendere - con approccio analogo a quello adottato in occasione del raffronto tra giustificatezza soggettiva e responsabilità disciplinare - per una differenziazione dei due concetti suindicati in ragione del loro differente fondamento ontologico. A sostegno di codesta soluzione deporrebbe, in primo luogo, la considerazione secondo cui la nozione di giustificatezza oggettiva non legittimerebbe il licenziamento del dirigente privato solo nell'ipotesi peculiare di mancato raggiungimento del risultato, bensì in forza di qualsiasi scelta organizzativa del datore che sia basata su ragioni effettive e che non si riveli contraria ai generali principi di buona fede e correttezza, arbitraria, pretestuosa o discriminatoria; ciò a causa della pregnanza dell'elemento fiduciario nel rapporto di lavoro del dirigente privato e dell'operatività del principio di libera iniziativa economica *ex art. 41 Cost.* La giustificatezza oggettiva, dunque, consentirebbe il licenziamento del dirigente privato in un'area molto più ampia¹²² di quella coperta dalla responsabilità dirigenziale e questo avverrebbe proprio in ragione dei loro diversi presupposti sostanziali; fiducia (oggettiva) e libertà di iniziativa economica per la prima, inadempimento¹²³ per la seconda. In secondo luogo, si potrebbe sostenere che l'odierna formulazione dell'art. 21, facendo diretto riferimento all'imputabilità del mancato raggiungimento degli obiettivi e della violazione delle direttive, imporrebbe una ricostruzione della responsabilità dirigenziale in termini soggettivi, così legandola

¹²² Per la casistica vedi G. PERDONA', *op. cit.*, pagg. 100 e ss., già richiamato alla nota 66 e C. DIOTALLEVI, *op. cit.*, pagg. 199 e ss.

¹²³ M. PERSIANI, *ibidem*.

indissolubilmente al concetto di inadempimento e relegando in secondo piano la componente fiduciaria del rapporto. Si tratterebbe, *mutatis mutandis*, delle medesime considerazioni svolte in occasione dell'esame del rapporto tra responsabilità disciplinare e giustificata soggettiva. L'elemento determinante, quindi, ai fini del configurarsi della responsabilità, disciplinare o dirigenziale che sia, del dirigente pubblico sarebbero i fatti. Fatti tali da poter essere imputabili all'agente in ragione di una condotta quantomeno colposa e sì rilevanti da poter determinare un inadempimento delle obbligazioni contrattuali. Tanto è vero che, mentre il dirigente privato tutelato convenzionale potrebbe essere licenziato, nel rispetto della buona fede e correttezza, per qualsiasi motivo che, non arbitrario, pretestuoso o discriminatorio, sia idoneo a far venir meno il sentimento di fiducia (da intendersi non più in accezione soggettiva ma oggettiva) che il datore nutre nei suoi confronti, la P.A. recederebbe dal rapporto di lavoro col dirigente pubblico solo nel caso in cui lo stesso abbia, nella prassi, tenuto una condotta colposamente atta a violare le regole fissate per il corretto adempimento della prestazione, trasgressiva delle direttive impartitegli, inidonea al raggiungimento dei risultati richiesti. Le fondamenta su cui poggia la costruzione dogmatica della disciplina del licenziamento del dirigente privato, in conclusione, si paleserebbero radicalmente difformi da quelle su cui sorge quella del dirigente pubblico: da un lato la fiducia, appartenente ai moti dell'animo, libera di espandersi nel limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento, dall'altro l'inadempimento, avente il suo referente naturale nella *πράξις*. Tutto ciò, da ultimo, giustificerebbe il persistere della "diversificazione delle rispettive discipline".¹²⁴

¹²⁴ Così M. PERSIANI, *Dirigenza privata nella realtà attuale: caratteri peculiari e affinità con il settore pubblico*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1991, n. 3.

Questa ricostruzione, tuttavia, non pare del tutto soddisfacente poiché omette di considerare come, anche nella responsabilità dirigenziale, il profilo oggettivo dell'inadempimento si confonda con quello della valutazione del datore.¹²⁵ La valutazione della responsabilità di cui si discorre, infatti, non va effettuata unicamente in relazione all'osservanza dei doveri di ufficio o al rispetto di meticolose regole d'azione, ma all'idoneità allo svolgimento della funzione espletata e, dunque, al fatto che l'unità organizzativa produca i risultati corrispondenti, sul piano sia qualitativo che quantitativo, alle ragionevoli attese. Viene pertanto in considerazione il profilo dell'affidamento che la P.A. ripone nella esatta esecuzione da parte del dirigente dell'incarico conferito. L'oggettività dei risultati e il profilo soggettivo della fiducia datoriale nelle capacità del dirigente finiscono, così, inevitabilmente per confondersi nel momento valutativo. La tesi che propende per l'individuazione dell'inadempimento quale categoria giuridica costituente l'indubbia base ontologica della responsabilità dirigenziale deve essere confutata. Appare allora ammissibile un accostamento della responsabilità in parola alla giustificatezza oggettiva. Nella prima il profilo soggettivo dell'affidamento datoriale e quello oggettivo dei risultati conseguiti sfumano in un sistema di valutazione ibrido in quanto capace di dare rilievo decisivo sia ai sentimenti che ai fatti, nella seconda l'elemento subiettivo della fiducia si oggettivizza nel necessario rispetto del canone di buona fede esecutiva da verificarsi alla luce di *standards* social-tipici di elaborazione giurisprudenziale.

¹²⁵ Vedi, in materia, P. MONDA, *Valutazione e responsabilità della dirigenza pubblica nel d.lgs. n. 150/2009: l'applicazione a Regioni ed Enti locali*, in http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/rivista_5-6_09/1067%20monda.pdf.

Così, più propriamente, a parere di scrive, il punto di contatto tra la responsabilità dirigenziale del *manager* pubblico e la giustificatezza oggettiva del dirigente privato sussiste ed è da identificarsi nella fiducia oggettivizzata che, pur con sfaccettature differenti, costituisce fondamento sostanziale di entrambe le suddette nozioni. Ciò, d'altra parte, testimonia una progressiva, anche se forse non del tutto consapevole, uniformazione della disciplina del licenziamento della dirigenza pubblica e privata.¹²⁶

5. Fiducia, giustificatezza e buona fede: alla ricerca di un equilibrio nel licenziamento del dirigente privato

L'analisi fin qui svolta manifesta il ruolo di primaria importanza rivestito dalle nozioni di fiducia, giustificatezza e buona fede nello sviluppo della disciplina del recesso dell'imprenditore dal rapporto di lavoro col dirigente privato. Il ricorso, da parte del legislatore, dell'autonomia collettiva e della giurisprudenza, a concetti di così ampia portata e incerta ricostruzione per regolamentare la materia *de qua*, porta adesso a chiedersi quale sia l'esatta relazione corrente tra gli stessi e, inoltre, se il sistema di licenziamento del *manager* su di essi basato sia, da un lato, in grado fornire alle Corti dei parametri decisori sicuri e stabili atti a garantire la certezza del diritto, dall'altro, capace di rispondere coerentemente alle tendenze evolutive caratterizzanti l'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Innanzitutto, la comprensione del nesso esistente tra fiducia, giustificatezza e buona fede nella regolamentazione del licenziamento del dirigente non può prescindere dall'indagine sull'attuale consistenza dell'elemento fiduciario nel rapporto di lavoro in parola. Occorre, dunque, prendere

¹²⁶ Vedi *supra*, nota 121.

nuovamente le mosse dalla storica sentenza n. 171 della Corte Costituzionale che nel lontano 1972 legittimava l'esclusione del dirigente dalla disciplina limitativa del licenziamento, acconsentendo a che la collaborazione tra lo stesso e l'imprenditore venisse meno per determinazione unilaterale di quest'ultimo, solo che "soggettivamente" fossero considerate cessate le condizioni idonee a mantenere il rapporto di fiducia tra i due. La caratteristica principale del rapporto di lavoro dirigenziale, quindi, era rinvenibile nella natura soggettiva della relazione fiduciaria intercorrente tra datore e prestatore. Questa costruzione in termini di illimitata fiduciarità del rapporto consentiva al datore di recedere *ad nutum* dallo stesso, senza dover fornire giustificazioni e senza dover sottoporre la sua determinazione - per quanto arbitraria, pretestuosa o discriminatoria - ad alcun sindacato. Le parti contrattuali godevano, così, di un diritto di recesso strutturato in termini essenzialmente paritari, e ciò in ragione delle molteplici peculiarità insite nella figura del dirigente e, *in primis*, dello speciale legame esistente tra lo stesso e l'imprenditore. Tale fondamento sostanziale del rapporto, tuttavia, esponeva il *manager* all'assoluta discrezionalità del recesso datoriale, dando luogo a una situazione caratterizzata da evidente distonia rispetto a quella degli altri lavoratori subordinati e da aperto contrasto con la complessiva evoluzione della normativa sul licenziamento, indirizzata sempre più verso una strutturazione ineludibilmente causale dello stesso. Ne è conseguita l'introduzione da parte della contrattazione collettiva di una nozione, quella di giustificatezza, che consentisse di limitare l'esercizio del potere di recesso del datore, pur conservando le specificità proprie della collaborazione *de qua*. Si è posto, pertanto, il problema dell'esatta ricostruzione della nozione convenzionale. A ben vedere, però, la questione ha riguardato l'individuazione dell'esatto fondamento sostanziale del

rapporto: omologare la giustificatezza al concetto legale di giustificato motivo, infatti, avrebbe significato ricondurre alla categoria dell'inadempimento anche il licenziamento del *manager*, adottando una soluzione insoddisfacente perché incapace di rispecchiare i tratti caratterizzanti la figura del dirigente e il suo rapporto di lavoro.¹²⁷ La sfida accolta dalle Corti, dunque, è stata quella di definire la portata semantica della giustificatezza in modo tale da escludere la libera licenziabilità del dirigente, pur conservando, nel licenziamento dello stesso, uno spazio di libertà per il datore più ampio di quello riconosciutogli con riferimento agli altri prestatori. I giudici hanno rinvenuto lo strumento utile al raggiungimento del risultato suddetto nel ricorso alla clausola di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1375 e 1175 c.c.¹²⁸ La stessa, infatti, è elemento plastico in grado di regolare le modalità di esercizio del potere (buona fede oggettiva) e, in specie, del potere di recesso del datore, la cui estrinsecazione deve avvenire nella equilibrata considerazione degli interessi di entrambe le parti contrattuali.¹²⁹ Quindi “il problema che si pone è quello di stabilire nel caso concreto quale sia il comportamento

¹²⁷ Ci si rifà qui, ancora una volta, all'insegnamento di autorevolissima dottrina (M. PERSIANI, *op. cit.*, pagg. 1185 e ss.) la quale - nel distinguere nettamente il piano della sentimentale fiducia da quello fattuale dell'inadempimento - ricollega la libera licenziabilità alla natura fiduciaria del rapporto di lavoro dirigenziale non escludendo, tuttavia, “che il dirigente possa, e debba, essere garantito” anche nel caso in cui venga licenziato, non già per inadempimento, ma perché è venuta meno, nei suoi confronti, la fiducia. Lo stesso Autore, infatti, aggiunge che “sia l'arbitro che il giudice sono chiamati a verificare se esistono motivi del licenziamento apprezzabili sul piano del diritto e, cioè, se, secondo una valutazione globale, sia possibile individuare le ragioni che giustificano il venir meno della fiducia del datore di lavoro e, quindi, di escludere che il licenziamento del dirigente sia arbitrario, pretestuoso o discriminatorio, ovvero risulti manifestamente irragionevole”.

¹²⁸ Vedi *supra* nota 71.

¹²⁹ *Contra* F. LIMENA, *op. cit.*, pag. 595, secondo la quale “la buona fede e altri principi e clausole generali non sono in grado di far luce sui casi che, secondo le parti collettive, integrano il «tipo» del licenziamento giustificato”. Gli stessi, infatti, sono per l'autrice un’“ultima spiaggia” cui si ricorre “quando non si sa bene a cosa aggrapparsi”.

corretto a stregua di buona fede che il recedente deve tenere nell'esercizio del potere di recesso, fermo restando che essenziale punto di riferimento nell'applicazione delle clausole generali sono *standards* di comportamento social-tipici cui la collettività attribuisca il valore di norme sociali".¹³⁰ Il giudizio di buona fede, così, si risolve nella verifica del rispetto di tali regole di condotta. Questo *excursus*, pertanto, testimonia il realizzarsi del mutamento della *ratio* sottesa alla disciplina del licenziamento del dirigente tutelato convenzionalmente. Se, appunto, è vero che "oggettivizzazione significa sottrazione della fiducia all'ambito della valutazione solipsistica del datore di lavoro ... e sua controllabilità secondo parametri di ragionevolezza e normalità sociale",¹³¹ allora il ricorso alla buona fede e le indicate modalità operative della stessa permettono di affermare che, a tutt'oggi, il fondamento sostanziale della normativa in esame deve rinvenirsi ancora nella fiducia, ma da intendersi in senso oggettivo.

In questo modo i contributi di legislatore, autonomia collettiva e giurisprudenza si ricompongono in un quadro unitario in cui l'introduzione della nozione convenzionale di giustificatezza apre la strada a una oggettivizzazione della fiducia, realizzata di fatto dalle Corti mediante l'utilizzo della clausola di buona fede e correttezza. Si garantisce così al dirigente privato la presenza di una tutela nel licenziamento che, tuttavia, sia rispettosa delle peculiarità proprie del rapporto intercorrente tra lo stesso e l'imprenditore.¹³²

Resta inevitabilmente da considerare il risvolto applicativo e, in particolare, la capacità della soluzione indicata di fornire, pur nel richiamo a clausole e

¹³⁰ Così M. TREMOLADA, *op. cit.*, pag. 33.

¹³¹ P. TOSI, *op. cit.*, pagg. 541-542.

¹³² Sul punto F. LIMENA, *op. cit.*, pag. 597, conferma che "anche nell'ambito del lavoro dirigenziale si è verificata nel tempo una progressiva «attrazione» verso un sistema più garantistico che, pur mantenendo la sua sostanziale diversità dai regimi di tutela effettiva del posto di lavoro, sembra comunque ad esso «tendere»".

concetti di ordine generale, indicatori e parametri certi cui le Corti possano appigliarsi per formulare giudizi non discrezionali. Il rischio di una degenerazione casistica è stato di recente evidenziato da chi¹³³ ha sostenuto che la ricerca di una compiuta definizione della giustificatezza si risolverebbe, in realtà, in un procedimento di *case law* “dove è la stessa pronuncia che crea ... il diritto”. Secondo questa tesi, difatti, il giudice, privo di riferimenti stabili nella ricostruzione della nozione convenzionale, detterebbe ogni volta una diversa regola in funzione del caso concreto. Invero, la scelta della giurisprudenza di avvalersi della buona fede (oggettiva) quale elemento utile a delineare i confini del concetto di giustificatezza consente alle Corti¹³⁴ di attingere alla ampia elaborazione teorica sviluppatasi attorno alla medesima clausola generale e volta, tra l'altro, a individuare dei criteri di riferimento rispettati i quali il comportamento del contraente può dirsi corretto.¹³⁵ Pertanto si potrà, come detto, misurare il rispetto della buona fede nel confronto con determinati modelli sociali tipici e ricorrenti. Così, ad esempio, “può considerarsi ... il rilievo che assume la regola di buona fede come mezzo di tutela dell'affidamento che il recedente abbia provocato, in precedenza, nel receduto circa la prosecuzione del rapporto, per cui dovrebbe ritenersi che violi la regola di buona fede un recesso repentino e imprevedibile che

¹³³ L. CURCIO, *op. cit.*, pag. 44.

¹³⁴ In senso critico G. PELLACANI, *op. cit.*, pag. 997, il quale parla di “collage” effettuato dalla giurisprudenza “mediante un innesto eterotopico di norme e principi conati in altri contesti”.

¹³⁵ Secondo F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile III. Obbligazioni e responsabilità*, Milano, 2007, pag. 9, “nell'individuazione del contenuto precettivo della buona fede”, peraltro, “rivestono un ruolo importante i precedenti giurisprudenziali. I *leading cases*, orientando il giudice nell'applicazione delle norme, costituiscono il passaggio necessario nella costruzione della *regula iuris* da applicare oltre l'ambito del caso deciso. Il grado di elasticità congenito alle clausole generali va poi controbilanciato dal ruolo di nomofilachia svolto dalla Cassazione e dallo stratificarsi di orientamenti costanti, affinché venga garantita la certezza del diritto ed evitato lo sconfinamento nell'arbitrio”.

deluda l'aspettativa che quel comportamento ha ragionevolmente suscitato".¹³⁶ In tal modo, il riferimento alla buona fede non serve al solo fine di delineare genericamente il limite ultimo all'esercizio del potere di recesso del datore, ma si mostra anche capace di indicare un addentellato certo al quale i giudici si possano aggrappare per evitare derive casistiche. In conclusione, l'analisi svolta dimostra come l'attività del legislatore possa coniugarsi efficacemente con quella delle parti sociali e della giurisprudenza ai fini della configurazione di una disciplina del licenziamento del dirigente privato che, pur escludendo la libera recedibilità del datore, preservi le peculiarità della figura regolata, così garantendo la realizzazione di un sistema equilibrato, rispettoso e coerente con la complessiva tendenza evolutiva dell'intero ordinamento giuridico, sempre più indirizzato verso la completa eliminazione delle residue aree di licenziabilità *ad nutum*.

¹³⁶ M. TREMOLADA, *ibidem*.

Capitolo IV

IL LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE PRIVATO NON TUTELATO CONVENZIONALMENTE

1. Introduzione

La trattazione sin qui svolta resterebbe incompleta se trascurasse il problema del licenziamento del dirigente privato non tutelato convenzionalmente. Questa figura, infatti, oggetto di scarsa attenzione da parte del legislatore e degli studiosi, a un primo superficiale sguardo appare abbandonata nel vuoto dell'*ad nutum*. L'acume del ricercatore, tuttavia, impone di chiedersi se oggi il dirigente privato escluso dalla tutela contrattualcollettiva possa considerarsi licenziabile liberamente dal datore e, ancor prima e con respiro più ampio, quale sia nell'attuale assetto ordinamentale l'esatta consistenza semantica della locuzione latina *ad nutum*. Molteplici sono stati i fattori che dal 1942 ai giorni nostri hanno inciso nell'evoluzione della disciplina della libera recedibilità dal rapporto di lavoro: l'entrata in vigore della Costituzione, l'influenza delle fonti normative comunitarie e internazionali, i percorsi giurisprudenziali, in particolare quelli dedicati alla interpretazione della clausola di buona fede e alla individuazione della sua portata applicativa.

Proprio da quest'ultimo profilo si prenderanno le mosse rifacendosi a quanto sostenuto, in merito al tema oggetto del presente capitolo, da illustre dottrina, per la quale "è appena il caso di ricordare che il giudice potrebbe

sindacare il licenziamento del dirigente anche se non fosse prevista una disciplina sindacale a tutela della stabilità del rapporto di lavoro dirigenziale. E infatti il potere di recesso del datore di lavoro, come ogni potere unilaterale, deve sempre essere esercitato nel rispetto dei doveri di buona fede e correttezza. Il mancato rispetto di quei poteri costituirebbe, dunque, inadempimento del datore di lavoro con conseguente tutela risarcitoria come, del resto, è quella conseguente alla disciplina sindacale”¹³⁷.

Questa sintetica affermazione rivela pertanto un primo significativo limite alla libera recedibilità datoriale, dato dall’operatività nel rapporto di lavoro della buona fede oggettiva, intesa come “dovere di comportarsi lealmente nella esecuzione del contratto”¹³⁸ e, al contempo, racchiude al suo interno il risultato di decenni di evoluzione giurisprudenziale.

In secondo luogo si considereranno gli altri fattori (Costituzione con relative pronunce della Consulta, diritto comunitario e normativa di stampo internazionale, nozione di ordine pubblico) che contribuiscono a fissare dei confini alla libera licenziabilità del dirigente escluso dalle garanzie collettive.

Da ultimo, alla luce della trattazione svolta, ci si dedicherà all’esame delle differenti tutele accordate al dirigente a seconda che il licenziamento dello stesso abbia carattere discriminatorio, sia irrogato in presenza della garanzia convenzionale o, infine, intervenga nei confronti del *manager* privo di tale baluardo protettivo.

¹³⁷ M. PERSIANI, *op. cit.*, pag. 1187.

¹³⁸ F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2011, pag. 508.

2. Il concetto di buona fede: genesi ed evoluzione interpretativa

La nozione di buona fede ha vissuto periodi di maggiore o minore rilevanza nei diversi sistemi giuridici a seconda della temperie storica e culturale, ma nel corso dei secoli ha goduto di un costante interesse da parte di dottrina e giurisprudenza, che ne hanno progressivamente modificato e, in particolare, rafforzato la portata.

La buona fede, nata nel diritto romano,¹³⁹ ha conservato il suo vigore durante tutta l'età medievale¹⁴⁰ ottenendo, peraltro, ampio riconoscimento

¹³⁹ Il diritto romano riconosce alla *bona fides* due principali ambiti applicativi: da un lato quello dei diritti reali in cui essa è definita come buona fede soggettiva, da identificarsi con la convinzione del singolo di non violare alcun diritto; dall'altro quello dei contratti in cui essa si manifesta quale buona fede oggettiva, da intendersi come obbligo di comportamento per i contraenti (ulteriore rispetto all'adempimento) secondo *standards* generali di correttezza e lealtà.

L'evoluzione della società romana e la progressiva conquista da parte del contratto di un ruolo preminente nel sistema giuridico ha determinato l'acquisizione di una maggiore rilevanza applicativa proprio della buona fede oggettiva. Quest'ultima, in particolare, si è affermata nel contesto dei c.d. *iudicia bona fidei*, giudizi costituiti dai pretori romani in sostituzione e in alternativa ai tipici procedimenti di diritto civile. Tali giudizi hanno modificato profondamente il diritto romano dei contratti, introducendo una superiore tutela basata su esigenze socialmente riconosciute, a prescindere dagli elementi sostanziali e formali tipici dello *ius civile*. Di fatto nei c.d. *iudicia bona fidei* era possibile tener conto di valori etici e sociali, attraverso l'introduzione di regole di correttezza che godevano, per la prima volta, di difesa processuale.

Così, a partire dalla sua comparsa e fino al VI secolo d.C., l'ambito dell'*actio bona fidei* si ampliava sempre più divenendo la *bona fides* una vera e propria regola del rapporto contrattuale, fonte autonoma di obbligazione.

Vedi in materia M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (Padova-Venezia-Treviso, 14,15,16 giugno 2001), a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, vol. IV; G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, 2005; I. MUSIO, *Breve analisi comparata della clausola generale della buona fede*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2010, pagg. 2-3.

¹⁴⁰ Durante il periodo del diritto intermedio la buona fede "non solo venne riconosciuta giuridicamente dall'ordinamento, ma cominciò ad assumere anche un ruolo più complesso e importante nell'ambito delle obbligazioni" (I. MUSIO, *op. cit.*, pagg. 2-3). Così con il termine *bona fides* venivano a identificarsi tre distinte tipologie di condotta: l'obbligo delle parti di rispettare la parola data, il divieto delle parti di trarre vantaggio da propri comportamenti sleali e, infine, il dovere dei contraenti di adempiere a quelle obbligazioni che, ancorché non espressamente previste, sarebbero sorte in base alle

nell'età della codificazione. I codici adottati dai vari ordinamenti di *civil law* tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo,¹⁴¹ infatti, contengono immancabilmente l'enunciazione del concetto di buona fede, pur tralasciando di definirne il contenuto, in coerenza con la natura elastica tipica di ogni clausola generale.¹⁴²

Il Codice Civile italiano del 1942, a sua volta, ricorre in più casi¹⁴³ alla suddetta clausola generale nella consapevolezza della presenza in ogni sistema normativo di lacune colmabili solo tramite il riferimento a disposizioni dal contenuto aperto, capaci di ricoprire un ruolo integrativo attribuendo valore giuridico a fatti o comportamenti non codificati ma rappresentativi di interessi rilevanti. L'estrema ampiezza del concetto di buona fede, tuttavia, ha portato gli studiosi a indagarne il contenuto effettuando alcune opportune distinzioni. Innanzitutto si è notato che il legislatore utilizza il termine buona fede senza discernere espressamente la sua accezione soggettiva da quella oggettiva: mentre la buona fede

valutazioni di una persona onesta e fidata. Si deve accennare, inoltre, al significativo ruolo svolto in epoca medievale dal diritto canonico nel consolidamento del concetto di buona fede, attirato sempre più nell'area della morale e spesso identificato con quello di *equitas*.

¹⁴¹ Vedi G. ALPA, *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (Padova-Venezia-Treviso, 14,15,16 giugno 2001), a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, vol. I, pagg. 155 e ss.

¹⁴² E' interessante notare come certa dottrina propenda per una distinzione tra clausole generali e principi generali fondata sulla considerazione che le prime sono norme particolari formulate con una tecnica diversa da quella casistica o prive di una propria fattispecie e, quindi, sono destinate a concretarsi negli ambiti operativi di altre normative, mentre i principi generali "contengono essi stessi modelli di decisione" (L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Atti dei convegni Lincei 96, Convegno sul tema: I principi generali del diritto*, Roma, 27-29 maggio 1991, pag. 323). Altri utilizza invece l'espressione "clausole generali" come sinonimo di principi generali (S. RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, pagg. 249 e ss.).

¹⁴³ Tra cui artt. 534, 535, 936, 937, 938, 1137, 1147, 1153, 1155, 1159, 1162, 1175, 1358, 1375, 1415, 1416, 1445, 1460 c.c.

soggettiva si concretizza nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto, la buona fede oggettiva si sostanzia nel dovere di comportarsi lealmente nell'esecuzione del contratto.¹⁴⁴ In secondo luogo ci si è chiesti se il principio di buona fede si identifichi con quello di correttezza (art. 1175 c.c.) o se questo sia dotato di autonoma rilevanza. La *querelle* interpretativa ha visto il contrapporsi di diversi orientamenti, con la definitiva prevalenza della posizione di chi propende per la sostanziale identità tra le nozioni di correttezza e buona fede.¹⁴⁵

Alle Corti, infine, è toccato l'arduo compito di definire la portata applicativa del principio *de quo*, in particolare nella sua sfumatura oggettiva. Così la clausola generale di buona fede ha vissuto un *iter* travagliato caratterizzato da alterne vicende prima di vedersi riconoscere un ruolo congruo nell'ordinamento.

L'introduzione della buona fede esecutiva nel nostro sistema giuridico (art. 1375 c.c.), difatti, non è stata accolta nel periodo immediatamente seguente alla promulgazione del Codice Civile con particolare favore da parte degli interpreti. La diffidenza derivava principalmente dalla concezione dell'art. 1375 c.c. quale norma in bianco, priva di un preciso sistema di valori cui l'interprete poteva riferirsi per delinearne il contenuto. Il mutamento di prospettiva è conseguito all'adozione della Carta Costituzionale e all'affermazione, al suo art. 2, del principio di solidarietà¹⁴⁶ di cui la nozione di buona fede è tuttora vista quale espressione e specificazione. La stessa, dunque, "si pone come valore nel sistema dei rapporti umani e

¹⁴⁴ Il legislatore tedesco, invece, ha scelto di distinguere i due concetti riferendosi a essi con termini diversi: "*Guter Glaube*" sta per buona fede soggettiva (§ 922, 955, 957 ecc. BGB), "*Treu und Glauben*" per buona fede oggettiva (tra i tanti § 242 BGB).

¹⁴⁵ Vedi, tra gli altri, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo correttezza*, in *BBTC*, 1961, I, pag. 157.

¹⁴⁶ "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

anche in quello dei rapporti patrimoniali, sicché l'intero sistema delle relazioni deve essere governato dalla lealtà dei soggetti interessati".¹⁴⁷ Il principio di buona fede, così, ha avuto legittimo ingresso nel nostro ordinamento giuridico, configurando però in questa prima fase un mero criterio di valutazione delle condotte dei contraenti, la sua violazione dando luogo a responsabilità risarcitoria solo nell'ipotesi di lesione di un diritto soggettivo previsto da specifica norma positiva.¹⁴⁸ Fino alla metà degli anni Settanta, pertanto, si è pensato che le fonti di integrazione del contratto fossero unicamente quelle indicate dall'art. 1374 c.c. (legge, usi ed equità) e che l'art. 1375 c.c. fosse una norma tesa a valutare la correttezza del comportamento delle parti nell'esecuzione del rapporto. L'evoluzione giurisprudenziale, viceversa, ha ridisegnato la portata dello stesso art. 1375 c.c. facendone uno dei principali strumenti di integrazione del regolamento negoziale, in quanto la clausola di buona fede, letta alla luce dell'art. 2 Cost., impone ai contraenti di eseguire non solo ciò che è previsto dal contratto come integrato a norma dell'art. 1374 c.c., ma anche di tenere, ai sensi dell'art. 1375 c.c., "quelle condotte che, in base a correttezza, siano necessarie per preservare in modo solidale l'utilità e l'interesse della controparte".¹⁴⁹ La clausola generale *de qua*, quindi, diviene fonte di integrazione atipica del contratto capace di obbligare le parti ad adottare

¹⁴⁷ F. CARINGELLA, *op. cit.*, pag. 9.

¹⁴⁸ Recita Cass. 16 febbraio 1963, n. 357 (in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1283, con nota di S. RODOTA', *Appunti sul principio di buona fede*): «I doveri generici di lealtà e correttezza sono entrati nel nostro ordinamento giuridico, specialmente in materia contrattuale, ma la violazione di tali doveri, quando la legge non ne faccia seguire una sanzione autonoma, costituisce solo un criterio di valutazione e quantificazione di un comportamento. Essi non valgono a creare, di per se stessi, un diritto soggettivo tutelato *erga omnes* dall'osservanza del precetto del *neminem laedere* quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge; pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà sociale non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme».

¹⁴⁹ Ancora F. CARINGELLA, *op. cit.*, pag. 107.

tutti quei comportamenti, non predeterminabili, che in concreto siano necessari per salvaguardare l'altrui sfera nei limiti di un non apprezzabile sacrificio.¹⁵⁰ Un ulteriore passaggio ha poi consegnato alla buona fede il ruolo di strumento (non solo volto a imporre, in via integrativa, le prestazioni necessarie per salvaguardare l'interesse della controparte contrattuale, ma anche) capace di prescrivere condotte doverose (c.d. obblighi di protezione) nell'ottica, in particolar modo, della tutela della sfera personale dell'altro contraente e di sue utilità estranee al nucleo essenziale della stipulazione.¹⁵¹ Nonostante le critiche,¹⁵² la *vis expansiva* della clausola in parola è stata poi ancora estesa fino alla previsione di obblighi di protezione finalizzati alla cura di interessi di soggetti terzi rispetto alla pattuizione ma in relazione di prossimità (*proximity*) con la controparte contrattuale. La progressiva crescita applicativa del principio *de quo* conosce peraltro un diverso ambito di affermazione, ossia quello della buona fede quale clausola protesa a limitare funzionalmente le pretese creditorie e, più in generale, l'esercizio dei diritti, in espressione del generale divieto di abuso del diritto.¹⁵³ “In base al principio di solidarietà e

¹⁵⁰ Vedi sul punto, tra i tanti, V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Giust. civ.*, 1999, II, pag. 319.

¹⁵¹ Vedi, *ex plurimis*, Cass. 11 maggio 1973, n. 1269, in *Giust. civ.*, 1973, I, pag. 1306; Cass. 13 luglio 1982, n. 4128, in *Foro it.*, 1982, I, pag. 2163; Cass. 9 novembre 1987, n. 8268, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, f. 11; Cass. 6 settembre 1988, n. 5048, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, f. 8-9; Cass. 4 ottobre 1991, n. 10393, in *Giur. it.*, 1992, I, pag. 1326.

¹⁵² G. ALPA, *Pretese creditorie e normative di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, pag. 288.

¹⁵³ Come rileva attenta dottrina, “l'abuso del diritto è categoria elaborata in sede dottrinale e giurisprudenziale in assenza di riconoscimento nel nostro ordinamento da parte di una specifica norma di carattere generale” (M. TREMOLADA, *op. cit.*, pagg. 28-29). Nel nostro Codice Civile non esiste, infatti, una prescrizione che sanzioni in via generale “l'uso improprio del diritto che travalichi i limiti della buona fede e correttezza e che sia in grado di condurre il comportamento del singolo fuori dalla sfera del diritto soggettivo, producendo effetti non voluti dalla legge” (A. STANCHI, *L'abuso del diritto da parte del lavoratore*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 6, 2012, pag. 569). La motivazione di tale scelta deve rinvenirsi principalmente nella cultura giuridica dominante negli anni '30 del secolo scorso per la quale l'abuso del diritto era nozione di

di buona fede oggettiva”, infatti, “un diritto conferisce un potere che conosce sempre un limite funzionale dato dalla ragione” per la quale il

natura non tanto giuridica, quanto etico-morale, non richiedente quindi alcun tipo di sanzione. Proprio tale contesto storico impedì, pertanto, che nel Codice del 1942 venisse trasfuso l’art. 7 del Progetto ministeriale ove si stabiliva che “Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto”.

L’abuso del diritto, diversamente che in Italia, è stato esplicitamente previsto dai Codici svizzero, tedesco, greco, portoghese, spagnolo e olandese. In particolare, il Codice Civile tedesco contiene una norma specifica per vietarlo (§ 226 BGB) che recita: «L’esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri». Nonostante l’esistenza di una disposizione *ad hoc*, in Germania la repressione dell’abuso del diritto (*unzulässige Mißbrauch*) ha trovato il proprio fondamento normativo principalmente nel § 242, cioè nella disposizione dedicata alla buona fede e correttezza (*Treu und Glauben*). In tal modo, dunque, la disciplina del divieto dell’abuso del diritto finisce, nell’ordinamento in parola, per soffermarsi sul comportamento del titolare del diritto piuttosto che sul diritto in sé (per una ricostruzione della natura dell’istituto in rapporto alla buona fede nell’ordinamento giuridico italiano cfr. M. TREMOLADA, *op. cit.*, pagg. 28 e ss.; I. MUSIO, *op. cit.*, pagg. 24 e ss.).

Mancando, pertanto, nell’ordinamento italiano una previsione espressa dell’istituto *de quo*, una parte della dottrina ha ricavato dalle singole norme contemplanti ipotesi di abuso (in particolare dall’art. 833 c.c.) un principio generale (C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, pagg. 1 e ss.). Altri studiosi, invece, hanno radicalmente negato l’esistenza di un tale istituto nel nostro sistema giuridico in base alla considerazione secondo cui se vi è esercizio legittimo del diritto non vi è abuso mentre, se vi è abuso, non vi è esercizio legittimo del diritto (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, nona ed., Napoli, 1966, pagg. 76 e ss.). Quest’ultimo orientamento si è scontrato però, oltre che ovviamente con l’opposta corrente dottrina, anche con la posizione della giurisprudenza maggioritaria secondo la quale l’abuso del diritto configura un esercizio del diritto non conforme alla finalità che l’ordinamento ha assegnato in astratto allo stesso. Questo indirizzo è stato di recente confermato nell’ambito della Relazione Tematica della Cassazione del 10 settembre 2010 dal titolo «Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto» (in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione%20116_2010.pdf), in cui la Suprema Corte ha specificato che per abuso del diritto si deve intendere l’esercizio di un diritto (legittimo e riconosciuto dalla normativa) finalizzato alla realizzazione di un obiettivo in contrasto con quello meritevole di tutela da parte dell’ordinamento.

In conclusione, dunque, “secondo l’opinione maggiormente condivisa, la figura dell’abuso del diritto risulta essere ... un principio immanente nel nostro ordinamento giuridico che deve essere ricavato sia dalle norme ... applicabili nelle singole fattispecie, che dalle clausole generali di correttezza e buona fede ricostruite in funzione di completamento e non di scardinamento del sistema” (così A. STANCHI, *op. cit.*, pag. 570, con richiamo a C. ZOLI, *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore*, Milano, 1988, pag. 191).

sistema giuridico lo prevede. Così “se il titolare tiene ... comportamenti formalmente consentiti dalla legge, ma per il perseguimento di finalità eccentriche rispetto a quelle in funzione delle quali l’ordinamento ha riconosciuto quello stesso diritto, e in particolare ove l’uso delle facoltà che la norma conferisce sia piegato a fini fraudolenti, abietti o capricciosi, l’esercizio del diritto è abusivo e pertanto non meritevole di protezione”.¹⁵⁴ In questo senso, dunque, la buona fede chiarisce che il diritto attribuito dall’ordinamento non ha mai un contenuto e una portata illimitata ma, al contrario, è circoscritto in ragione della *ratio* di riconoscimento dello stesso. Infine, l’ultima evoluzione del principio in esame è legata alla soluzione della questione, postasi in dottrina e in giurisprudenza, circa la possibile rilevanza invalidante del comportamento di una delle parti tenuto in violazione della buona fede.¹⁵⁵ Secondo la dottrina più innovativa¹⁵⁶ la buona fede andrebbe elevata a strumento di controllo diretto dell’autonomia negoziale, assurgendo a regola di validità del contratto la cui violazione comporterebbe la nullità virtuale della pattuizione *ex art.* 1418, comma primo, c.c. per violazione della norma imperativa che impone condotte corrette in sede di stipulazione. Tale tesi è suffragata dal richiamo ad alcuni casi codificati nei quali la legge dà rilevanza espressa alla buona

¹⁵⁴ F. CARINGELLA, *op. cit.*, pag. 109.

¹⁵⁵ Sul punto vedi A. ALBANESE, *Buona fede e invalidità del contratto*, in http://dipartimenti.unicatt.it/scienzeigiuridiche_forense_100917_albanese.pdf, il quale ripercorre con lucida sintesi tutto il dibattito giurisprudenziale svoltosi in materia.

¹⁵⁶ Si veda A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regola di validità e regole di correttezza*, in <http://www.comparazionedirittocivile.it>, il quale richiama, tra le altre, la posizione di A. RICCIO (*La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all’autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999, pag. 24), secondo il quale dalle pronunce nn. 26724 e 26725/2007 della Suprema Corte si desumerebbe inequivocabilmente il principio in virtù del quale “se una clausola di un contratto viola l’imperativo principio di buona fede e correttezza contenuto dagli artt. 1175, 1337, 1375 c.c., essa deve considerarsi invalida e quindi nulla in quanto non realizza interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”.

fede e alla giustizia contrattuale ai fini della validità del contratto.¹⁵⁷ Le Sezioni Unite della Cassazione,¹⁵⁸ tuttavia, nel considerare il suddetto orientamento “hanno affermato che la contrarietà a norme imperative rilevante ai fini dell’applicazione dell’art. 1418, comma primo, c.c. è soltanto quella che riguarda elementi della fattispecie negoziale e non già fatti a essa estranei ..., la cui eventuale illegittimità non può dar luogo alla nullità del contratto, se non nei casi espressamente previsti dalla singola disposizione violata”.¹⁵⁹ Se n’è dedotto, in primo luogo, che le norme contemplanti ipotesi specifiche nelle quali è data rilevanza alla buona fede ai fini della validità della pattuizione contrattuale sono isolate nel nostro ordinamento e con evidenti tratti di specialità, quindi, non consentono di fondare su di esse nessuna affermazione di principio né di estenderne l’applicazione in settori differenti da quello d’origine e, secondariamente, che le disposizioni imperative la cui frustrazione produce nullità sono le norme sull’atto in sé e non quelle sul comportamento.

La prospettata sintesi della vicenda evolutiva del principio di buona fede e della sua rilevanza all’interno dell’ordinamento giuridico consente, a questo punto, di procedere con maggiore consapevolezza all’analisi dei limiti che la stessa buona fede nella sua accezione oggettiva e l’istituto dell’abuso del diritto pongono al potere di recesso *ad nutum* di cui in

¹⁵⁷ *In primis* il riferimento è stato all’art. 36 del Codice del Consumo.

¹⁵⁸ Cass., S.U., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, c. 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario finanziario e le sezioni unite*; in *Giust. civ.*, 2008, pag. 1175, con nota di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; in *Giust. civ.*, 2008, pag. 2775, con nota di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell’intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle Sezioni Unite*; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, pag. 547, con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*; in *Giur. comm.*, 2008, pag. 344, con nota di G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*.

¹⁵⁹ Così A. ALBANESE, *op. cit.*, pag. 14.

eventualità goda il contraente più forte nei rapporti di durata a tempo indeterminato. Anche tale ultimo approfondimento, peraltro, non sarà, nell'ambito della presente ricerca, fine a se stesso, ma destinato a essere calato dal piano delle considerazioni circa i generali confini alla libera recedibilità al caso particolare concernente il recesso dal rapporto di lavoro instaurato con il dirigente privato non fornito di tutela convenzionale, nell'ottica della individuazione di eventuali limiti alla sua libera licenziabilità da parte del datore.¹⁶⁰

¹⁶⁰ La trattazione sarebbe incompleta se trascurasse - ancorché in estrema sintesi - di interrogarsi sul rapporto tra buona fede e autonomia collettiva. L'efficacia del principio *de quo*, difatti, si estrinseca anche nell'ambito del contratto collettivo di lavoro. L'analisi della giurisprudenza in materia consente, peraltro, di individuare tre principali ambiti di operatività della clausola generale in parola: l'interpretazione, il recesso, l'integrazione.

In primo luogo, per l'appunto, la Suprema Corte ha sostenuto che al contratto collettivo si applichi l'art. 1366 c.c., che impone l'interpretazione del contratto secondo buona fede. Nello specifico, Cass. 14 aprile 2008, n. 9813 (in http://www.dielle.it/index.php?url=/consultazione/giurisprudenza_2/diritti_sindacali_203/aspettativa_ex_art_31_statuto_dei_lavoratori_208/view/208/) afferma che “nell'interpretazione delle disposizioni del contratto collettivo ... , assume particolare rilevanza - nell'applicazione dei generali canoni di ermeneutica - il principio di buona fede ex art. 1366 c.c. al fine di individuare, in un ottica costituzionalmente indirizzata, un bilanciamento tra i rispettivi diritti”.

In secundis, la clausola di buona fede e correttezza è vista quale espressione del principio di naturale temporaneità dei rapporti obbligatori. Si afferma, dunque, che “qualora un contratto collettivo venga stipulato senza l'indicazione di una scadenza, la relativa mancanza non implica che gli effetti perdurino nel tempo senza limiti, atteso che - in sintonia col principio di buona fede nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c. e in coerenza con la naturale temporaneità dell'obbligazione - deve essere riconosciuta alle parti la possibilità di farne cessare l'efficacia, previa disdetta, anche in difetto di previsione legale” (così Cass. 20 agosto 2009, n. 18548, in *Red. Giust. Civ. Mass.*, 2009, 9; in senso conforme Cass. 18 settembre 2007, n. 19351, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 9; Cass. 18 dicembre 2006, n. 27031, in *Riv. it. dir. lav.* 2007, 3, II, pag. 616; Cass. 20 settembre 2005, n. 18508, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 9; *contra* Cass. 22 novembre 2010, n. 23614, in *Guida al Lavoro*, n. 49).

Infine, in tema di integrazione delle previsioni contrattualcollettive, la posizione della Cassazione si rivela più complessa. La stessa, infatti, ha affermato che - data la loro “portata generalizzata” - i principi di correttezza e buona fede “non possono non riversare la loro piena efficacia anche all'interno delle contrattazioni di categoria”. Nello specifico, tuttavia, la Corte ha precisato che, proprio in sede collettiva, l'accertamento e il controllo di eventuali distorsioni dei suddetti principi “impongono

3. Buona fede, abuso del diritto e libertà di recesso tra applicazioni giurisprudenziali e specificazioni dottrinali: il caso del licenziamento del dirigente privato non tutelato convenzionalmente

L'*excursus* svolto sul principio di buona fede e sul suo crescente rilievo applicativo nell'ordinamento porta, dunque, inevitabilmente a considerarne le implicazioni in rapporto alla tematica del recesso libero. Ci si deve chiedere, infatti, quali sono i limiti che derivano dall'operatività del suddetto principio alla libertà di recesso di cui eventualmente gode il contraente più forte in un rapporto di durata a tempo indeterminato. L'attenzione dello studioso, inoltre, deve concentrarsi sull'individuazione della corretta e appropriata veste sostanziale tramite la quale tali confini alla libera recedibilità si estrinsecano, delineando l'esatto rapporto e la reciproca estensione dei diversi istituti della buona fede (oggettiva) e dell'abuso del diritto.

Tali questioni sono state affrontate da una recente sentenza “manifesto” della Suprema Corte¹⁶¹ con la prospettazione di soluzioni non del tutto convincenti.

una presa d'atto della particolare forza di resistenza delle ragioni, sottese alla regolamentazione di materie devolute all'autonomia delle parti sociali, al fine di evitare inammissibili supplenze giudiziarie nel mondo delle relazioni industriali” (Cass. 8 luglio 1994, n. 6448, in *Foro it.*, 1995, I, pag. 186). Pertanto, “l'integrazione giudiziale del contratto attraverso i principi di buona fede e correttezza - già rigorosamente limitata nell'ambito del contratto individuale - “risulta affatto esclusa con riferimento alla contrattazione collettiva, venendo qui a scontrarsi con un valore (l'autonomia collettiva) la cui intangibilità è ancora più forte” (così Cass, S.U., 17 maggio 1996, n. 4570, in *GI*, 197, I, 1, pag. 760; sul punto vedi anche Relazione Tematica della Cassazione del 10 settembre 2010 dal titolo «Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto», in http://www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione%20116_2010.pdf, pag. 17).

¹⁶¹ Il riferimento è a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, pagg. 5 e ss., con commento di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, e in *Foro it.*, 2010, I, c. 95, con commento di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Della serie “a volte ritornano”*: l'abuso del diritto alla riscossa; vedi anche F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, pag. 1577; M. BARALDI, *Il recesso ad*

Il caso portato all'attenzione della Sezione III concerneva la presunta abusività del diritto di libero recesso esercitato, in danno dei concessionari, dalla Renault Italia S.p.a. così come consentito dallo stesso contratto di concessione di vendita. Prendendo le mosse dalla fattispecie concreta, dunque, la Cassazione ripercorreva le tappe tramite le quali la buona fede oggettiva era divenuta un "autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale", capace "di imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra", giungendo conseguentemente ad affermare che "disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato". Così il potere di recesso *ad nutum*, secondo la Suprema Corte, non può tramutarsi in un potere di recesso arbitrario o *ad libitum*. In tal modo è riconosciuta pienamente alla buona fede esecutiva la funzione di limite in base al quale valutare la legittimità delle modalità di esercizio del potere discrezionale da parte del contraente che ne è titolare. La pronuncia della Cassazione, tuttavia, suscita notevoli perplessità laddove procede alla ricostruzione della relazione intercorrente tra il summenzionato principio e l'abuso del diritto, qualificando quest'ultimo come "criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva" i cui elementi costitutivi sarebbero dati: dalla titolarità di un diritto soggettivo in capo al singolo; dalla possibilità che lo stesso diritto sia in concreto esercitato secondo una pluralità di modalità; dalla censurabilità delle modalità di esercizio in concreto prescelte e dalla circostanza che dalle stesse derivi un sacrificio

nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto, in Contratto e impr., 2010, pagg. 41 e ss.

sproporzionato in danno della parte non titolare della posizione giuridica. I Giudici di Legittimità, infatti, sembrano confondere il piano delle modalità di esercizio del diritto con quello della funzione propria dello stesso.

In dottrina,¹⁶² invece, si è proceduto con maggiore precisione a specificare il diverso ambito di azione e la differente utilità che i due istituti hanno nell'ordinamento. Pertanto, pur affondando l'abuso del diritto le sue radici nella buona fede,¹⁶³ esso attiene al profilo della funzione del potere (o diritto) attribuito al singolo e ricorre allorché tale potere (o diritto) sia esercitato "essenzialmente (se non unicamente) per conseguire un risultato diverso da quello che costituisce l'utilità garantita dall'ordinamento".¹⁶⁴

Queste considerazioni valgono, secondo la medesima dottrina, anche per lo specifico potere di recesso libero riconosciuto alla parte dalla legge o dal contratto con la conseguenza che, essendo il potere in parola preordinato alla tutela dell'interesse del recedente all'estinzione del rapporto, il suo esercizio consente al titolare di fruire solo dei benefici che gli derivano dalla riacquisita libertà dovuta al venir meno del vincolo contrattuale. In ciò si concretizza, dunque, il limite causale che deriva alla libera recedibilità dall'abuso del diritto. Al contrario, il principio di buona fede *in executivis* circoscrive il potere di recesso *ad nutum* del contraente intervenendo sulle modalità di estrinsecazione dello stesso. Queste ultime devono uniformarsi a un canone di lealtà. Il recesso, quindi, deve essere esercitato in modo tale da assicurare la tutela dell'interesse della controparte, senza però che sia arrecato un sacrificio apprezzabile al titolare del diritto stesso. In conclusione, per tale attenta dottrina, "le clausole di correttezza e buona fede costituiscono un rimedio che viene in

¹⁶² M. TREMOLADA, *op. cit.*, pagg. 27 e ss.

¹⁶³ Vedi *supra*, nota 151.

¹⁶⁴ G. D'AMICO, *op. cit.*, pag. 20, richiamato da M. TREMOLADA, *op. cit.*, pag. 30.

considerazione in via subordinata rispetto a quello dell'abuso, in quanto presupposto per l'applicazione di esse è che l'esercizio del potere non abbia travalicato i limiti della funzione assegnata dall'ordinamento alla posizione giuridica soggettiva".¹⁶⁵ Così l'abuso del diritto non è più "criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva", ma istituto operante su un piano (logicamente antecedente) e con un'utilità diversa dalla buona fede esecutiva.

Questa meticolosa analisi del rapporto esistente tra i due istituti, infine, conduce *de plano* alla considerazione della assoluta estraneità degli stessi al tema della giustificazione del recesso. I due profili, difatti, sono completamente differenti: da un lato vi sono l'abuso del diritto e la buona fede oggettiva quali strumenti di valutazione del rispetto della funzione e del corretto esercizio del potere di recesso, dall'altro la giustificazione quale presupposto di validità, efficacia o liceità del suddetto potere, pur estrinsecatosi in conformità alla sua causa e con modalità opportune.

Giova a questo punto scendere nel particolare e chiedersi quale dei suddetti limiti alla libera recedibilità possa trovare applicazione in caso di licenziamento arbitrario o pretestuoso del dirigente privato non coperto dalla tutela convenzionale. La soluzione della *quaestio iuris* impone da subito una scelta di campo tra la ricostruzione giurisprudenziale e quella dottrinale del rapporto tra buona fede (oggettiva) e abuso del diritto: l'opzione è a favore di quest'ultima in quanto essa si mostra più puntuale nel distinguere i due istituti in ragione della loro differente utilità nell'ordinamento. La radice comune degli stessi, rinvenibile nel generale principio di buona fede, come detto, non porta necessariamente a inferire che l'abuso del diritto sia *species* e "criterio rivelatore" della violazione del *genus* buona fede oggettiva, anzi, nella valutazione del corretto esercizio

¹⁶⁵ M. TREMOLADA, *op. cit.*, pag. 32.

del potere, è logico e sensato che prima sia apprezzato il profilo funzionale e poi quello delle modalità di esercizio. Così, ci si deve innanzitutto domandare se l'arbitrarietà o pretestuosità caratterizzanti il licenziamento del dirigente *de quo* siano indici dai quali si possa dedurre un utilizzo del diritto di recesso per il conseguimento di benefici diversi rispetto a quelli per i quali esso stesso è riconosciuto dall'ordinamento. La risposta negativa scaturisce spontanea dalla considerazione dell'utilità propria che il legislatore ricollega all'esercizio del diritto in parola, ossia l'estinzione del rapporto con conseguente riespansione della libertà contrattuale. Nonostante la sua natura arbitraria o pretestuosa, infatti, il recesso del datore risulta rispettoso della cornice causale del diritto così come strutturato e attribuito dall'ordinamento, determinando lo scioglimento del vincolo tra i contraenti. Nel caso considerato non si concretizza, pertanto, alcun abuso del diritto. In secondo luogo, il vaglio deve spostarsi sulle modalità di irrogazione del licenziamento e sull'osservanza del principio di lealtà. Pur non essendo il *manager* garantito da alcuna tutela contrattualcollettiva, il diritto di recesso deve essere esercitato dall'imprenditore in conformità alla regola della buona fede esecutiva, salvaguardando l'interesse della controparte nei limiti in cui ciò non comporti un sacrificio apprezzabile del proprio.¹⁶⁶ Ciò non avviene allorché il datore eserciti il suddetto diritto in modo arbitrario o pretestuoso, penalizzando ingiustificatamente il dirigente, offendendone la dignità di lavoratore, compromettendone la reputazione. Ne discende,

¹⁶⁶ Afferma M. TREMOLADA, *op. cit.*, pag. 32, che "l'applicabilità del criterio" della buona fede oggettiva "anche all'esercizio del potere di licenziare sembra ormai opinione consolidata, essendo stata superata la tesi negativa, secondo cui il principio di correttezza e buona fede avrebbe rilievo nella fase dell'esecuzione del contratto e non anche in quella estintiva".

pertanto, la violazione del canone di buona fede oggettiva con conseguente responsabilità per danni a carico dell'imprenditore.¹⁶⁷

L'affermazione generale della Suprema Corte secondo cui recedibilità *ad nutum* non significa *ad libitum* è così confermata, con le suindicate precisazioni, anche nell'ipotesi specifica del licenziamento libero del dirigente privato non garantito dalla contrattazione collettiva. Nel caso *de quo*, infatti, la libertà di licenziare trova un preciso limite nella regola della buona fede *in executivis*, sul piano delle modalità di esercizio del diritto di recesso.¹⁶⁸

4. Ulteriori limiti alla libera licenziabilità del dirigente privato non tutelato dalla contrattazione collettiva

Non è solo il principio di buona fede, nel nostro ordinamento, a costituire un limite alla libertà di licenziare il dirigente privato che non si giova dell'applicazione del contratto collettivo.

E' direttamente dalle norme costituzionali, infatti, che, in primo luogo, pare potersi ricavare il diritto del *manager* a non subire un licenziamento arbitrario.¹⁶⁹ L'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia passa attraverso tre tappe fondamentali. Dapprima è stata riconosciuta la compatibilità tra l'art. 2118 c.c. e l'art. 4 Cost., pur

¹⁶⁷ Come si è già avuto modo di precisare, il parametro in relazione al quale è possibile valutare la rispondenza o meno a buona fede delle modalità di esercizio del licenziamento è dato dai c.d. *standards* di comportamento social-tipici, essenziale punto di riferimento nella applicazione delle clausole generali.

¹⁶⁸ Si ribadisce ancora una volta, peraltro, che l'operatività, nel caso del licenziamento del dirigente privato non tutelato convenzionalmente, del limite della buona fede esecutiva - incidendo tale principio esclusivamente sulle modalità di esercizio del diritto - non comporta alcun vincolo di giustificazione a carico del datore recedente.

¹⁶⁹ Sul punto vedi M. TREMOLADA, *op. cit.*, pagg. 15 e ss.

sollecitandosi il legislatore a un intervento di riforma del regime di libero licenziamento finalizzato a determinarne la caducazione per tutti i rapporti,¹⁷⁰ poi, in seguito all'adozione con la legge n. 604/1966 della disciplina limitativa dei licenziamenti, l'attenzione della Consulta si è concentrata sul vaglio di costituzionalità delle residue ipotesi (tra cui quella del dirigente privato¹⁷¹) di licenziabilità *ad nutum*, infine, più di recente, la Corte ha da un lato confermato la legittimità costituzionale delle suddette ipotesi di licenziamento libero, precisando dall'altro che, anche in tali casi, si deve “riconoscere garanzia costituzionale al ... diritto di non subire un licenziamento arbitrario”.¹⁷² In tale ultima statuizione non v'è alcuna contraddizione in quanto, come detto,¹⁷³ non arbitrarietà e necessaria giustificazione del recesso attengono a piani differenti, senza alcuna possibilità di intersezione. Così, secondo la Consulta, il rapporto di lavoro, in ragione della delicatezza degli interessi in esso involti e della disparità di forza contrattuale delle parti, non può essere considerato come un qualunque contratto di durata a tempo indeterminato. In capo al datore di lavoro, pertanto, non può configurarsi quell'illimitato potere di licenziamento che è espressione del generale principio della temporaneità dei rapporti obbligatori. E' necessario un bilanciamento tra i valori in gioco, attinenti al patrimonio del datore da un lato e alla persona del

¹⁷⁰ Così Corte cost. 26 maggio 1965, n. 45, in *Giur. cost.*, 1965, pag. 663, per la quale il diritto al lavoro di cui all'art. 4 della Carta Costituzionale è qualificabile solo come posizione giuridica di libertà e, pertanto, non garantendo “a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione”, non è possibile desumerne un diritto alla conservazione del posto. Per una riflessione critica si veda P. ICHINO, *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (Note sulla sentenza 7 febbraio 2000 n. 36 e su alcuni suoi precedenti)*, in *RIDL*, 2006, I, pag. 353.

¹⁷¹ Si richiama ancora una volta Corte cost. 22 giugno 1972, n. 121; vedi *supra*, nota 35.

¹⁷² Corte cost. 27 novembre 2000, n. 541, in www.giurcost.org/decisioni/2000/0541s-00.html; Corte cost. 6 febbraio 2006, n. 56, in *Giur. cost.*, 2006, pag. 511, con nota di A. VALLEBONA.

¹⁷³ Vedi *supra*, pag. 66.

lavoratore dall'altro. Questo equilibrio, nell'opinione della Corte, si realizza con l'affermazione dell'incostituzionalità del licenziamento arbitrario, anche nei casi residui di libera recedibilità. L'orientamento in parola, pertanto, ha piena applicazione anche con riferimento al rapporto di lavoro del dirigente privato, escluso dal disposto dell'art. 10 della legge n. 604 del 1966 e soggetto alla regola della licenziabilità *ad nutum*. La tutela della persona del lavoratore, nello specifico del dirigente, e del lavoro impone allora di escludere la compatibilità tra tali valori costituzionali e il licenziamento arbitrario, salvaguardando la regola del libero recesso ma espungendo il mero arbitrio dal concetto di *ad nutum*.

Accanto alle fonti interne del diritto si collocano, inoltre, quelle internazionali e comunitarie, le quali non hanno mancato di incidere sul tema della libera licenziabilità. Il taglio dell'intervento, tuttavia, è, quantomeno a prima vista, differente da quello palesato dalle pronunce della Corte Costituzionale: questa volta a essere messa in dubbio è, in radice, la legittimità della persistenza di ipotesi di libero licenziamento in conseguenza dell'affermazione del principio di giustificazione necessaria del recesso datoriale. Il problema diviene, così, quello di verificare l'efficacia nell'ordinamento giuridico italiano e la corretta interpretazione di tali previsioni sovranazionali. Preso atto della scarsa incisività degli atti di diritto internazionale,¹⁷⁴ l'attenzione dello studioso deve incentrarsi sulla

¹⁷⁴ Il riferimento è alla regola di giustificazione necessaria del licenziamento contenuta nella Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) n. 158 del 1982, non ratificata dall'Italia, e alla raccomandazione n. 166 del medesimo anno la quale, però, dopo aver stabilito che il lavoratore "non potrà essere licenziato in assenza di valido motivo di licenziamento legato alla sua attitudine o alla sua condotta o fondato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio", esclude l'operatività di tale regola per i lavoratori in prova e per quelle categorie di lavoratori per le quali sussistano particolari problemi, avuto riguardo alle condizioni dei lavoratori stessi, alle dimensioni o alla natura dell'impresa. Ne discende, dunque, che - a parte la non vincolatività per gli Stati membri di quest'ultima disposizione - la legge n. 604/1966 risulta sostanzialmente conforme ad essa.

normativa comunitaria. La regola di necessaria giustificazione è affermata, in particolare, all'art. 24 della Carta Sociale Europea (CSE) e all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), quest'ultima - diversamente dalla prima - recepita nell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) che le riconosce il medesimo valore giuridico dei trattati, sancendone il carattere vincolante per gli Stati membri. Parte della dottrina,¹⁷⁵ pertanto, ne ha dedotto "che il diritto di ogni lavoratore alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato di cui all'art. 30 sarebbe previsto da norma immediatamente precettiva, direttamente applicabile ai rapporti di lavoro e prevalente rispetto alle disposizioni di diritto interno che stabiliscono in taluni casi la libertà di licenziamento".¹⁷⁶ Secondo altri studiosi, invece, tale ricostruzione non è così scontata. L'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni della CDFUE, infatti, dovrebbe avvenire nell'osservanza delle disposizioni generali della stessa (Capo VII, artt. 51-54) e, nello specifico, dell'art. 51 che ne definisce l'ambito di applicazione, stabilendo che esse "si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione".¹⁷⁷ L'art. 30, quindi, avrebbe solamente efficacia "verticale" nei confronti dell'Unione e degli Stati membri e non "orizzontale" sul piano dei rapporti di lavoro. Inoltre, l'art. 52 della CDFUE ammette delle limitazioni all'esercizio dei diritti riconosciuti dalla Carta, purché queste siano previste dalla legge e rispettino il "contenuto essenziale" di tali diritti. Il fulcro del

¹⁷⁵ Vedi, tra i tanti, A. PICCININI-G. CENTAMORE, *Apprendistato: l'illegittimità del recesso ad nutum per contrasto con l'art. 30 della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, pag. 694.

¹⁷⁶ Così M. TREMOLADA, *op. cit.*, pag. 21, esprime l'essenza di tale orientamento.

¹⁷⁷ In tal senso S. VARVA, *op. cit.*, pag. 784, secondo il quale "la questione dovrà necessariamente essere affrontata approfondendo, tra gli altri, i profili relativi all'applicabilità diretta della Carta ai rapporti tra privati, al significato del riferimento «alle legislazioni e prassi nazionali», alla *ratio* dell'art. 51 sull'ambito di applicazione".

problema, sotto quest'ultimo profilo, risiederebbe allora nella individuazione della corretta ermeneusi della complessa nozione di "contenuto essenziale" del diritto sancito dall'art. 30 della CDFUE. Sul punto merita di essere richiamata la posizione di quella dottrina¹⁷⁸ la quale, cimentandosi nella suddetta attività interpretativa, ha sostenuto che "si può prospettare, con specifico riguardo ai casi che costituiscono eccezione all'applicazione della regola comunitaria di giustificazione del recesso, che il contenuto essenziale del diritto dei lavoratori alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato debba essere identificato con quello che consente di negare l'assoluta libertà di licenziamento, cioè con la regola per cui il datore di lavoro non può esercitare in modo arbitrario il potere di recesso". Così, sposando tale lettura, l'interpretazione del concetto di licenziabilità *ad nutum* fornita dalla Corte Costituzionale italiana finirebbe per coincidere con il contenuto essenziale e intangibile del principio di giustificazione necessaria del licenziamento affermato dall'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Si potrebbe pertanto affermare, tornando al tema oggetto della presente trattazione, che il recesso del datore dal rapporto di lavoro col dirigente privato - pur essendo quest'ultimo escluso dall'applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti - incontrerebbe comunque il limite dell'arbitrarietà e ciò non solo a partire dalle previsioni di diritto interno ma, ancor prima, per diretta statuizione comunitaria.

Ancora, la regola che non consente il recesso arbitrario dell'imprenditore nemmeno nelle rimanenti ipotesi di libera licenziabilità del lavoratore è stata da taluno¹⁷⁹ riconosciuta quale principio di ordine pubblico dell'ordinamento giuridico italiano. A tale approdo si è giunti considerando

¹⁷⁸ M. TREMOLADA, *op. cit.*, pag. 23.

¹⁷⁹ M. TREMOLADA, *op. cit.*, pag. 24.

alcune pronunce della Corte di Cassazione¹⁸⁰ nelle quali si è negata l'applicabilità a un lavoratore che avrebbe goduto della tutela contro il licenziamento ingiustificato della legislazione straniera che prevedeva solo la licenziabilità *ad nutum*. Ciò, a norma dell'art. 16 della legge n. 218/1995, per contrasto fra tale normativa straniera e la regola di stabilità del rapporto di lavoro, da intendersi appunto quale principio di ordine pubblico. La Suprema Corte ha ommesso, tuttavia, nel pervenire alle suddette conclusioni di considerare la persistenza in Italia di casi in cui è consentito il licenziamento libero del dipendente e che, dunque, risulterebbero in immediato contrasto con l'ordine pubblico interno. Proprio per superare tale contraddizione, allora, si è ritenuto corretto riconoscere quale principio di ordine pubblico, non già la regola (derogabile) di giustificazione necessaria del licenziamento, bensì quella (intangibile) che vieta in ogni caso - anche in quello del dirigente privato - il recesso arbitrario del datore. In conclusione, gli approfondimenti sin qui svolti consentono di affermare che l'attuale portata applicativa del principio di buona fede oggettiva, la normativa costituzionale, quella sovranazionale e lo stesso concetto di ordine pubblico interno, così come costruiti e interpretati dalla dottrina e dalle Corti, conducono concordemente al riconoscimento nell'ordinamento giuridico italiano del diritto minimo e intangibile del lavoratore in quanto tale a non subire un licenziamento arbitrario. L'affermazione di questo diritto circoscrive l'area della libera licenziabilità e, come già sottolineato, impone una interpretazione del concetto di licenziamento *ad nutum* che ne escluda la coincidenza con l'*ad libitum*. Pertanto l'irrogazione di un licenziamento arbitrario o pretestuoso nei confronti del *manager*, o di altro dipendente sottratto alla applicazione della legge n. 604/1966, configura sì

¹⁸⁰ Vedi, *ex plurimis*, Cass. 11 novembre 2002, n. 15822, in *Giur. it.*, 2003, pag. 1117; Cass. 9 maggio 2007, n. 10549, in *OGL*, 2008, pag. 539.

violazione del canone di buona fede oggettiva ma da intendersi, in questo caso e a parere di chi scrive, quale criterio rivelatore della lesione del sovraordinato diritto del lavoratore a non subire un recesso *ad libitum* del datore.

5. Il dirigente privato e la tutela avverso il licenziamento: ricostruzione della coerenza del sistema

Lo studio del tema del licenziamento del dirigente privato induce il ricercatore a spaziare tra differenti regimi di tutela dei quali si rende indispensabile una razionalizzazione. Pare, infatti, a prima vista, di procedere su una strada discendente lungo la quale, progressivamente, le garanzie accordate al *manager* vanno affievolendosi. Uno sguardo più acuto, tuttavia, è in grado di apprezzare le molteplici sfaccettature e problematicità della tematica che rendono il percorso più insidioso e complesso.

La semplice metafora può essere tradotta in termini giuridici considerando con manualistica semplicità che il dirigente si giova, innanzitutto, della incisiva tutela reale avverso ogni licenziamento discriminatorio (art. 3 l. n. 108/1990);¹⁸¹ lo stesso, in secondo luogo, fruisce - se rientrante nell'ambito di applicazione del contratto collettivo - della garanzia convenzionale incentrata sulla necessaria giustificatezza del recesso datoriale, pena la corresponsione della c.d. indennità supplementare;¹⁸² infine, il *manager*

¹⁸¹ Sul punto vedi A. FERRUGGIA, *L'indagine giudiziale in materia di licenziamento del dirigente, tra giustificatezza e discriminatorietà del provvedimento espulsivo*, in *ADL*, 2011, 2, pag. 399.

¹⁸² Vedi, tra gli altri, V. IZAR, *Licenziamento del dirigente e indennità supplementare*, nota a Trib. Milano 26.11.94, in *Lav. Giur.*, n. 7, 1995, pag. 641.

sottratto all'efficacia degli accordi collettivi rientra a pieno titolo nell'area della libera licenziabilità. Il dirigente privato, dunque, soggetto o meno che sia all'efficacia dell'accordo collettivo, gode senza dubbio della garanzia reale in caso di licenziamento discriminatorio. Non altrettanto definita, però, alla luce dell'analisi svolta, è la differenza tra la tutela accordata al dirigente cui si applica la disciplina convenzionale e quella riconosciuta al *manager* che sia privo di tale baluardo protettivo. E' giunti a questo punto, difatti, che la china si fa scivolosa. Ci si deve domandare, cioè, - se a fronte dell'evoluzione giurisprudenziale, dottrinale e degli interventi del legislatore comunitario - ha ancora senso ritenere che sussista un discrimine sostanziale tra la protezione avverso il recesso datoriale riconosciuta al dirigente difeso dal contratto collettivo e quella accordata dal diritto vivente, anche in considerazione della normativa sovranazionale, al *manager* licenziabile *ad nutum*, o se, piuttosto, questa difformità debba riscontrarsi esclusivamente sul piano processuale.

Gli approfondimenti sinora sviluppati coadiuvano lo studioso nel tentativo di rispondere ai quesiti prospettati.

Il dirigente privato tutelato convenzionalmente, come visto,¹⁸³ è garantito dalla previsione che impone al datore la giustificatezza del recesso, pena il pagamento di una indennità supplementare. Nel ricostruire il significato della nozione di giustificatezza, peraltro, i giudici di merito e di legittimità hanno progressivamente abbandonato, quale punto di riferimento, le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo per assumere quale parametro fondamentale il canone di buona fede *in executivis*. In tal modo la Cassazione ha ammesso una significativa dilatazione del concetto in parola, il quale si estende fino a qualificare come giustificato ogni recesso datoriale che non si configuri come estrinsecazione di una condotta

¹⁸³ Vedi *supra* pagg. 26-28.

pretestuosa o arbitraria, in base a una valutazione fondata su *standards* di comportamento social-tipici cui la collettività attribuisca il valore di norme sociali.

Per quanto concerne, invece, il *manager* liberamente licenziabile (poiché escluso dall'ambito di efficacia del contratto collettivo),¹⁸⁴ è la stessa evoluzione giurisprudenziale e dottrinale nell'interpretazione del principio di buona fede oggettiva che, da un lato, conduce al riconoscimento dell'incidenza del principio in parola sulle modalità di estrinsecazione del potere datoriale di recesso e, dall'altro, impone l'esercizio di quest'ultimo potere in modo da assicurare la tutela dell'interesse della controparte, senza però che sia arrecato un sacrificio apprezzabile al titolare del diritto.¹⁸⁵ Si giunge, così, anche in questo caso a sanzionare ogni licenziamento arbitrario o pretestuoso perché contrastante col canone di buona fede esecutiva e, conseguentemente, configurante un inadempimento dell'imprenditore, fonte di responsabilità contrattuale risarcitoria (art. 1218 c.c.).¹⁸⁶ Tale conclusione, d'altra parte, è corroborata sia dai citati orientamenti della Corte Costituzionale che dalle analizzate previsioni di provenienza comunitaria, deponendo il tutto, in ultima analisi, a favore dell'affermazione di un vero e proprio diritto del lavoratore (e del dirigente in particolare) a non subire un licenziamento arbitrario o pretestuoso.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Vedi *supra* pagg. 63-68.

¹⁸⁵ Stante la natura consolidata di questi percorsi interpretativi non pare peregrino auspicare, come già fatto da taluno (V. TODARO, *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*, in *Contr. e Imp.*, 2005, pag. 584), un'evoluzione normativa che porti alla codificazione delle regole desumibili dal principio di buona fede.

¹⁸⁶ La natura contrattuale della responsabilità per violazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. è indubbia in giurisprudenza. Vedi, *ex multis*, Cass. 15 gennaio 2000, n. 426, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1160 e ss., in particolare c. 1183, con nota di F. DI CIOMMO, *Clausole generali e responsabilità civile dell'intermediario finanziario*.

¹⁸⁷ Vedi *supra* pagg. 68-74.

Ciò che emerge con chiarezza da queste considerazioni, pertanto, è la uniformazione, sotto il profilo sostanziale, della tutela accordata al dirigente privato nel licenziamento. Non ne è consentito il licenziamento arbitrario o pretestuoso. E ciò, per quanto più importa, in forza del disposto della Costituzione e delle previsioni comunitarie (alla luce della loro ermeneusi dottrinale e giurisprudenziale) e non della applicazione del contratto collettivo. Così si consuma il rilievo della nozione di giustificatezza, bruciato dalla fiamma che scaturisce dai principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario.¹⁸⁸

Dov'è, allora, per il dirigente privato il vantaggio, la convenienza della tutela contrattualcollettiva? L'attenzione si sposta dal piano sostanziale a quello più prosaicamente processuale.

Per introdurre la riflessione, giova ricordare quanto affermato da autorevole dottrina secondo la quale la violazione dei doveri di buona fede e correttezza costituisce "inadempimento del datore di lavoro con conseguente tutela risarcitoria come, del resto, è quella conseguente alla disciplina sindacale".¹⁸⁹ Il punto è di rilevante interesse. Ci si deve interrogare, nello specifico, sulle modalità concrete tramite le quali il dirigente può pervenire alla corresponsione del suddetto risarcimento.

¹⁸⁸ Si potrebbe pertanto affermare, in correlazione con quanto già sostenuto alla nota 178, che l'introduzione della nozione di giustificatezza da parte dei contratti collettivi realizza un primo timido tentativo di positivizzazione delle regole di comportamento scaturenti dal principio di buona fede oggettiva e che, oggi, tale previsione dovrebbe essere superata dalla enunciazione esplicita, da parte del legislatore, della vigenza nell'ordinamento del generale diritto di ciascun lavoratore a non subire un licenziamento arbitrario o pretestuoso.

¹⁸⁹ Così M. PERSIANI, *op. cit.*, pag. 1187. Conforme l'opinione di L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, pag. 9, secondo il quale "In nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni".

In caso di licenziamento arbitrario o pretestuoso del dirigente privo di tutela convenzionale, infatti, si configura, in capo al datore, una responsabilità contrattuale per danni *ex art. 1218 c.c.* Il *manager* (creditore) sarà tenuto “a provare il titolo dell’obbligazione e il danno subito, e ad allegare l’inadempimento”,¹⁹⁰ spettando all’imprenditore (debitore) dimostrare di aver adempiuto o di non aver potuto adempiere per impossibilità sopravvenuta derivante da causa a lui non imputabile. In questo caso, pertanto, il dirigente si trova investito dell’ingrato e arduo compito di provare il danno (patrimoniale e non¹⁹¹) subito in conseguenza della condotta datoriale inadempiente in quanto non conforme al principio di buona fede nell’esecuzione del contratto.

Qualora, invece, sia il dirigente privato tutelato dalle previsioni contrattualcollettive a subire un licenziamento arbitrario o pretestuoso, lo stesso dovrà solo provvedere all’impugnativa del recesso davanti all’autorità giudiziaria di merito (o al collegio arbitrale) la quale, accertatane l’ingiustificatezza, procederà alla quantificazione¹⁹² della indennità supplementare¹⁹³ con valutazione discrezionale e non censurabile se non per vizio di motivazione. La dimostrazione della giustificatezza del recesso, dunque, grava sul datore di lavoro,¹⁹⁴ ma ciò che più interessa è

¹⁹⁰ F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *op. cit.*, pag. 641.

¹⁹¹ Sulla risarcibilità, anche nell’ambito della responsabilità contrattuale, del danno non patrimoniale vedi F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *op. cit.*, pag. 1353.

¹⁹² Il giudice dovrà tener conto dell’importo minimo e massimo indicato dal contratto collettivo di riferimento e, inoltre, delle ragioni che caratterizzano il caso e del concreto pregiudizio arrecato al dirigente licenziato, sulla scorta dell’anzianità di servizio, dell’età anagrafica di quest’ultimo e del comportamento avuto dalle parti. Vedi Cass. 22 giugno 2000, n. 8496, in *Guida al diritto*, 2000, 31, pag. 68.

¹⁹³ Così definita in quanto si cumula alle altre spettanze di fine rapporto.

¹⁹⁴ In questo senso si veda Cass. 10 dicembre 1993, n. 12184, in <http://pluriscadam.utetgiuridica.it/cgi-bin/DocPrint>, secondo la quale “se la contrattazione collettiva ... pone a carico dello stesso datore di lavoro di pagare una indennità supplementare ove non sussistano idonei motivi giustificativi del recesso, è ovvio che in tal caso, ove il dirigente licenziato si faccia a pretendere tale indennità, contestando la

l'esonero del *manager* dall'onere di provare il danno subito a causa del licenziamento per poter fruire dell'indennità *de qua*.¹⁹⁵

Ne segue la chiosa cui conduce l'analisi sistematica della disciplina italiana del licenziamento del dirigente privato.

L'evoluzione dell'ordinamento ha, a parere di chi scrive, condotto a una uniformazione sostanziale della tutela riservata al dirigente privato in caso di recesso dell'imprenditore: lo stesso è garantito - al di là dell'ipotesi codificata di discriminazione - a fronte di ogni licenziamento che abbia il carattere della arbitrarietà o della pretestuosità. Ciò, come affermato, a prescindere dal fatto che il *manager* rientri nell'area della tutela convenzionale. Quest'ultima, pertanto, incide essenzialmente sul piano processuale e, in particolare, sul profilo probatorio, esonerando il lavoratore dalla prova dell'entità del danno subito in conseguenza della violazione da parte del datore degli obblighi derivanti dall'operatività, nello svolgimento del rapporto di lavoro, del principio di buona fede oggettiva, in cui si risolve la nozione di giustificatezza.

Il sistema delle tutele accordate al dirigente privato in caso di licenziamento, così, recupera coerenza. Le previsioni legislative e, soprattutto, gli approdi dottrinali e giurisprudenziali in tema di libera recedibilità, infatti, individuano nella assenza di discriminazione, arbitrarietà e pretestuosità un limite invalicabile oltre il quale il potere di recesso del datore di lavoro non può mai andare, in ossequio ai valori

“giustificatezza” del licenziamento, è il datore di lavoro che, per essere esonerato dal detto obbligo, deve dimostrare la veridicità e la fondatezza dei motivi da lui addotti, ma che, perché contestati dall'altra parte, sono, fino al raggiungimento della prova, *tamquam non essent*”.

¹⁹⁵ Dispone Cass. 5 febbraio 1992, n. 1236, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1992, pag. 558, che “il riconoscimento dell'indennità supplementare (atteso il suo carattere sanzionatorio dell'ingiustificato licenziamento) non è condizionato alla dimostrazione, da parte del dirigente licenziato, di un danno derivante dalla perdita dell'occupazione”. Sul punto vedi anche C. DIOTALLEVI, *op. cit.*, pagg. 207 e ss.

fondamentali (di rispetto della persona e del lavoro) dell'ordinamento nazionale e comunitario. Con tutto ciò la funzione della contrattazione collettiva, pur ridimensionata, è salvaguardata dalla sua incidenza sui profili probatori della vicenda *de qua*. Il declivio delle tutele nel licenziamento prospettato in apertura del presente paragrafo, pertanto, permane, ma la garanzia minima del dirigente privato si è accresciuta in corrispondenza del contestuale ridimensionamento del concetto di recedibilità *ad nutum*.

Capitolo V

IL LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE NEGLI USA: L'EMPLOYMENT AT WILL TRA LEGGE, GIURISPRUDENZA, AUTONOMIA COLLETTIVA E INDIVIDUALE

“We have become a nation of employees. We are dependent upon others for our means of livelihood, and most of our people have become completely dependent upon wages. If they lose their jobs they lose every resource except for the relief supplied by the various forms of social security. Such dependence of the mass of the people upon others for all of their income is something new in the world. For our generation, the substance of life is in another man’s hands”.

1. Introduzione

La Corte Suprema del Nevada in *Kmart Corporation v. Ponsock* del 1987 sintetizzava in questi termini la situazione della “forza-lavoro” statunitense: totale dipendenza dall'*employer* e dal salario da questi corrisposto, salvo che per il limitato soccorso apportato dalle varie forme di sicurezza sociale.¹⁹⁶ Tale affermazione giurisprudenziale, fotografia istantanea di una

¹⁹⁶ 103 Nev. 39, 732 P.2d 1364, 1987, con richiamo a F. TANNENBAUM, *A Philosophy of Labor* 9, 7-8, 1951. E' opportuno ricordare che negli Stati Uniti coesistono

situazione in continua, se pur lenta, evoluzione, non può non sollecitare la curiosità del giuslavorista europeo, avvezzo a confrontarsi con le ampie tutele riconosciute al lavoratore dalla propria cultura giuridica e sociale, portandolo a domandarsi se esistano e quali siano le garanzie di cui gode il lavoratore e in particolare il dirigente del settore privato negli USA, quale sia l'atteggiamento della giurisprudenza e dell'autonomia collettiva davanti al problema, quale sia il potere contrattuale del singolo, quali le attuali tendenze e iniziative federali e statali in materia di *job security*, se sussistano differenze di trattamento tra il comune dipendente (*employee*) e il *manager*. La risposta a tali interrogativi si rivela particolarmente complessa data la struttura federale degli Usa, in cui ogni singolo Stato attua proprie politiche ed esprime uno specifico indirizzo giurisprudenziale, seppur nella cornice della legislazione e della giurisprudenza di Washington.

In questo capitolo, dunque, partendo da alcune considerazioni storiche volte a evidenziare il mutamento della natura del lavoro in America, ci si

parallelamente due sistemi di tribunali: quello Federale e quello proprio di ogni singolo Stato. A livello Federale si hanno tre gradi di giurisdizione, *District Court*, *Circuit Court* e *Supreme Court*. Le *District Courts* sono la base del sistema giurisdizionale; hanno una estesa competenza, sia civile che penale, e una giurisdizione territoriale che copre parte o tutto il territorio dello Stato cui appartengono. Il secondo grado di giudizio è costituito dal Circuito delle Corti d'Appello. L'intero territorio degli Stati Uniti è stato diviso in tredici *Circuits* (undici più uno per *District of Columbia* e un *Federal Circuit*). Ciascuna *Circuit Court* ha competenza territoriale su un determinato numero di Stati e competenza giuridica su tutte le materie decise in primo grado dalle *District Courts*. Al vertice del sistema giuridico americano è posta la *Supreme Court*, ultima istanza di giudizio con competenza sulle decisioni delle *Circuit Courts* o delle *Supreme Courts* statali, quando nelle loro decisioni toccano materie di competenza federale. Ovviamente la *Supreme Court* ha giurisdizione esclusiva sia in materia di interpretazione della Costituzione Federale che in materia di risoluzione di controversie interpretative di leggi ordinarie sorte tra le *Appeal Courts* dei diversi *Circuits*. Accanto al sistema dei Tribunali Federali, esiste il sistema dei Tribunali Statali che sostanzialmente, sebbene esistano differenze tra Stato e Stato, ricalca il sistema federale strutturato su tre gradi successivi di giudizio. Vedi sul punto E.A. FARNSWORTH, *An introduction to legal system of USA*, Ocean, 1975.

occuperà dapprima dell'*employment at will*, regola di *default*¹⁹⁷ nelle relazioni tra datore e lavoratore negli Usa, in base alla quale il primo può licenziare il secondo *ad nutum* senza incorrere in alcuna responsabilità e senza dover rispettare alcuna formalità. In secondo luogo si analizzeranno, con specifica attinenza alla posizione del dirigente, le varie limitazioni che, nel corso degli anni, hanno eroso tale principio. In terzo luogo si considereranno le politiche, profondamente diverse tra loro, adottate da alcuni singoli Stati, dando particolare risalto al caso del Montana, unico Stato a essersi dotato di una legislazione che espressamente richiede la *just cause* per il legittimo licenziamento anche del dirigente. In quarto luogo si presenteranno alcune proposte di regolamentazione del rapporto di lavoro, alternative alla *at will doctrine*, avanzate dalla dottrina statunitense. Infine ci si riserverà lo spazio per alcune considerazioni conclusive di confronto critico tra la disciplina del licenziamento statunitense e quella italiana.

¹⁹⁷ Vedi, tra i tanti, in giurisprudenza *Criscione v. Sears, Roebuck & Co.*, 66 Ill.App. 3d 664, 384 N.E. 2d 91, 95, 23 Ill.Dec. 455, 1978; *Martin v. Federal Life Insurance Co.*, 109 Ill.App. 3d 596, 440 N.E. 2d 998, 65 Ill.Dec. 143, 1982; *Mein v. Masonite Corp.*, 109 Ill.2d 1, 485 N.E. 2d 312, 92 Ill.Dec. 501, 1985; *Malone v. United Parcel Service, Inc.*, No. 86 C 1813, 1987 U.S. Dist. LEXIS 572, 1987; *Daymon v. Hardin County General Hospital*, 210 Ill.App. 3d 927, 569 N.E. 2d 316, 155 Ill.Dec. 316, 1991; *Gomez v. The Finishing Co.*, 369 Ill.App. 3d 711, 861 N.E. 2d 189, 308 Ill.Dec. 124, 2006.

2. Brevi considerazioni storiche: la natura del lavoro in America

2.1 Il mutamento della “forza-lavoro”

La natura del lavoro, la sua gestione e organizzazione, nonché la composizione della “forza-lavoro”, sono cambiate radicalmente in America negli ultimi duecento anni.

Il cambiamento più profondo, genesi di ogni altra evoluzione storica, è stato determinato dal lento passaggio da un’economia prettamente agricola a una industriale, che imponeva l’organizzazione di centinaia e persino migliaia di lavoratori in un medesimo luogo. Per comprendere ciò è sufficiente un dato: all’inizio del diciannovesimo secolo la stragrande maggioranza degli americani, liberi o schiavi, erano impiegati nel lavoro agricolo. Nel 1820, infatti, circa l’ottanta per cento dei lavoratori operava nel predetto settore. Oggi, invece, i lavoratori agricoli negli USA sono meno del due per cento del totale.¹⁹⁸ Tale mutamento ha avuto profonde conseguenze sulla tipologia e il carattere delle relazioni intercorrenti fra il datore di lavoro e i lavoratori. A inizio Ottocento il rapporto tra il padrone (*master*), proprietario terriero, e i lavoratori era diretto e personale (anche se ciò non significa che tale rapporto fosse caratterizzato da umanità e rispetto reciproco). Il luogo di lavoro era spesso un’estensione della casa del padrone e tutto o parte del compenso consisteva in alloggio, vitto e altri

¹⁹⁸ Vedi D. BALLAM, *The traditional view of the origins of the employment-at-will doctrine: myth or reality*, 33 Am. Bus. L.J. 1, 6, 1995; Bureau of Labor Statistics, Current Population Survey: Characteristics of the Employed: Employed Persons in Agriculture and Nonagricultural Industries, 2003, at <http://www.bls.gov/cps/home.htm#charemp>.

beni di prima necessità.¹⁹⁹ In alcune regioni degli Stati Uniti la maggioranza dei lavoratori era costituita da schiavi, e anche negli Stati non schiavisti i lavoratori erano legati al padrone da un rapporto di sostanziale servitù. Peraltro, la natura personale delle relazioni è testimoniata dal fatto che solo in rari casi il padrone necessitava di un'organizzazione gerarchica di stampo burocratico per gestire il lavoro. Dunque, alla luce di tale contesto sociale, gli studiosi del diciannovesimo secolo qualificavano il rapporto padrone-servo come “familiare” piuttosto che “lavorativo”.²⁰⁰ Gli schiavi, ovviamente, rimanevano separati dai padroni da un muro invalicabile costituito dalla razza, dallo status economico e dalla classe sociale ma, nonostante ciò, tutti, schiavi e lavoratori liberi, vivevano nella prospettiva di diventare un giorno padroni a loro volta, alimentando quello che la dottrina ha definito “*servant-to-master cycle*”.²⁰¹

La rivoluzione industriale determinò per molti lavoratori una drammatica interruzione di tale ciclo. Le relazioni tra i nuovi imprenditori, dediti alla gestione di enormi fabbriche, e i lavoratori divennero più impersonali, gli obiettivi e le aspettative reciproche si fecero sempre più divergenti. La diretta supervisione del padrone fu rimpiazzata dalla burocrazia, dalla gerarchia e dalla continua ricerca di nuove forme di organizzazione del lavoro. La gestione di complesse operazioni industriali e commerciali

¹⁹⁹ Vedi U.S. Dept. of Labor, *History of Wages in the United States from Colonial Times to 1928*, 13-16, 1934.

²⁰⁰ Vedi, in tal senso, I. BROWNE, *Elements of the law of domestic relations and of employer and employed*, 1883; J. SCHOUER, *Law of the domestic relations, embracing husband and wife, parent and child, guardian and ward, infancy, and master and servant*, 1905. Per entrambi questi autori la *law of master and servant* è parte della *law of domestic relations*, il nostro “diritto di famiglia”.

²⁰¹ Vedi R. CARLSON, *Employment Law*, NY, 2005, 2 e ss.

richiese lo sviluppo di una terza classe, quella degli impiegati con funzioni amministrative e dirigenziali.²⁰²

Questi mutamenti nella composizione e nella gestione della “forza-lavoro” hanno messo alla prova il Legislatore statunitense sotto diversi profili. Un sistema legale creato per schiavi e lavoratori agricoli, infatti, non si sarebbe adeguato facilmente a un contesto industriale caratterizzato da attori, bisogni e rischi nuovi.

Il secondo grande cambiamento che ha interessato l’intera società e, più in particolare, la “forza-lavoro” americana è rappresentato dall’integrazione. La composizione di tale “forza-lavoro” è sempre stata, per ragioni storiche, particolarmente varia. Tuttavia, fino alla fine del ventesimo secolo, in forza di norme sociali e di legge, i lavoratori erano destinati a occupazioni differenti a seconda del loro genere e della loro razza.²⁰³ E’ solo col *Civil Rights Act* del 1964 che il Legislatore avvia un processo di integrazione (che continua tuttora!) del quale, senza dubbio, sono evidenti i risultati: nel 1930 non più del ventiquattro per cento delle donne faceva parte della “forza-lavoro” statunitense, oggi il tasso ammonta a più del sessanta per cento.²⁰⁴

L’integrazione, peraltro, ha esacerbato vecchi problemi e ne ha creati di nuovi. Le molestie sessuali, ad esempio, hanno sempre costituito un grave problema, ma la spinta legislativa verso l’integrazione nel mondo del lavoro ne ha determinato una maggiore consapevolezza. E’ solo con gli anni settanta, infatti, che tali molestie, viste finalmente dagli operatori del

²⁰² Vedi Bureau of Labor Statistics, Current Population Survey: Employed Persons by Occupation, Sex, and Age, 2003, at <http://www.bls.gov/cps/home.htm#charemp>.

²⁰³ Per lungo tempo, anche dopo l’abolizione della schiavitù, la popolazione afro-americana non solo fu costretta a vivere in comunità segregate, ma venne anche sistematicamente esclusa, alla pari delle donne, dalle forme di occupazione socialmente più ambite. Sul punto vedi R. CARLSON, *ibidem*.

²⁰⁴ Vedi U.S. Census Bureau, How the Nation Has Changed Since the 1930 Census, 2002, at http://www.census.gov/pubinfo/www/1930_factsheet.html.

diritto come un ostacolo all'integrazione e alla parità tra uomo e donna, sono ritenute un valido motivo di ricorso alla giustizia.

2.2 Il mutamento del luogo di lavoro

E' proprio in conseguenza della rivoluzione industriale del diciannovesimo secolo che si afferma negli Stati Uniti il c.d. *factory system* (o sistema di fabbrica), nuovo metodo di organizzazione del lavoro caratterizzato da centralizzazione, sistematicità, inquadramento e impersonalità. La rapida transizione dal lavoro agricolo e artigianale a quello di fabbrica, unita alla richiesta dei datori di lavoro di una sempre maggiore produttività, determina l'insorgere di numerosi conflitti fra gli stessi e i lavoratori dipendenti. Sotto il secondo profilo, in particolare, è presto evidente che la maggiore produttività pretesa dal datore apporta a quest'ultimo grandi benefici in termini di profitti, senza garantire nulla al lavoratore. Più lavoro, infatti, non significa necessariamente salari più alti. La maggiore produttività, anzi, contribuisce a una riduzione della paga per due motivi. Primo, il fatto che ogni dipendente diventi più produttivo porta il datore ad avere bisogno di meno lavoratori, e la contrazione della domanda di lavoro può causare una riduzione generale dei salari. Secondo, una delle conseguenze principali dell'affermazione del *factory system* negli USA è identificabile nella "despecializzazione" della "forza-lavoro", che consente al datore, a fronte di una rigorosa organizzazione interna alla fabbrica, di assumere lavoratori meno qualificati a salari più bassi. Questi due nuovi fattori, maggiore efficienza lavorativa e "despecializzazione", produssero conseguenze complesse e variegate sulla "forza-lavoro" statunitense. Da un lato alcuni dipendenti persero il posto e altri videro eliminate le loro

competenze specifiche, dall'altro le fabbriche crearono nuove categorie di lavoratori specializzati, soprattutto in ambito amministrativo e dirigenziale. A ogni lavoratore, peraltro, col passare degli anni fu richiesto un livello di istruzione sempre più alto.²⁰⁵

Un'altra conseguenza della concentrazione del lavoro all'interno della fabbrica nel diciannovesimo secolo fu il rafforzamento del potere contrattuale del datore di lavoro. Infatti l'imprenditore che era riuscito a radicare la sua attività in un determinato contesto geografico fruiva di una posizione di sostanziale monopolio. La risposta dei lavoratori fu affidata al loro specifico sistema di aggregazione: il sindacato (*labor union*). In verità i successi dei sindacati nel diciannovesimo secolo e nella prima parte del ventesimo furono molto limitati, anche a causa di un atteggiamento marcatamente ostile da parte della giurisprudenza. I giudici, ad esempio, videro spesso gli scioperi, il picchettaggio e altre pratiche sindacali come forme illegali di cospirazione e non si mostrarono favorevoli a un rafforzamento della contrattazione collettiva.²⁰⁶ Inoltre, almeno inizialmente, la legge non offrì alcuna protezione ai lavoratori di fronte alle rappresaglie degli imprenditori. I sindacati, infatti, ottennero alcune importanti vittorie sul piano legislativo solo all'inizio del ventesimo secolo

²⁰⁵ Nel 1880 il 17 % della popolazione USA sopra i dieci anni non era in grado di scrivere e il 13,4 % non sapeva leggere. Nel 1910 solo il 2,7% degli americani aveva frequentato quattro o più anni di *college*. Nel 2002, invece, pochissimi lavoratori non avevano terminato le scuole elementari, più dell'84% della popolazione aveva frequentato almeno quattro anni di scuola superiore (*high school*), e più del 26% aveva completato quattro anni di *college*. Vedi Bureau of Labor Statistics, Occupational Outlook Handbook , 2004, at <http://stats.bls.gov/oco/oco2003.htm>.

²⁰⁶ Vedi, sul punto, *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1, 35 S. Ct. 240, 59 L. Ed. 441, 1915, in cui la Corte Suprema abrogò una legge statale che proibiva al datore di licenziare i lavoratori membri di un sindacato sostenendo che una tale imposizione, incidente sul diritto dell'imprenditore di selezionare e liberarsi dei dipendenti, comportasse una limitazione della sua libertà contrattuale. Vedi anche *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, 28 S. Ct. 277, 52 L. Ed. 436, 1908, concernente l'abrogazione di una legge federale analoga.

con il *Railway Labor Act* del 1926 (volto a disciplinare la contrattazione collettiva fra i sindacati e le ferrovie) e col *Norris-La Guardia Act* del 1930. L'affermazione del movimento sindacale rimaneva tuttavia molto ridotta.²⁰⁷ La posizione dei sindacati mutò radicalmente negli anni trenta durante l'amministrazione di F.D. Roosevelt. E' proprio nel 1935 che il Congresso adotta il *National Labor Relations Act* (conosciuto anche come *Wagner Act*) con lo scopo di promuovere, proteggere e facilitare la selezione delle rappresentanze sindacali e il processo di contrattazione collettiva. L'effetto immediato di tale provvedimento fu la drammatica crescita dell'affiliazione sindacale e della contrattazione collettiva. Entrambe, infatti, raggiunsero il loro apice alla metà degli anni cinquanta per poi declinare progressivamente.²⁰⁸ Ci sono diverse ragioni per tale declino nel settore privato: l'opposizione degli imprenditori, il disinteresse di molti lavoratori, l'inefficacia delle leggi destinate alla tutela della contrattazione collettiva, il fallimento di molte organizzazioni sindacali nel garantire una rappresentanza effettiva degli interessi degli affiliati, il declino di imprese caratterizzate da un tasso tradizionalmente alto di sindacalizzazione e l'affermarsene di nuove in cui i lavoratori hanno difficoltà a aggregarsi. Nonostante ciò, i sindacati negli USA continuano a essere un importante strumento di espressione delle istanze dei lavoratori, a livello federale, statale e locale.

Alcune recenti innovazioni nella organizzazione del lavoro sono invece il risultato di iniziative unilaterali dei datori. Tra queste riveste sicuramente

²⁰⁷ Nel 1933 la sindacalizzazione della "forza-lavoro" americana era appena al 13%. Vedi sul punto P.C. WEILER, *Promises to Keep: Securing Workers' Rights to Self-Organization Under the NLRA*, 96 Harv. L. Rev. 1769, 1771, 1983.

²⁰⁸ Nel 1954 i sindacati rappresentavano il 35% dei lavoratori non agricoli. Oggi solo l'8,2% dei lavoratori del settore privato è membro di un sindacato. La situazione, peraltro, varia sensibilmente tra Stato e Stato dell'Unione: a New York il 24,6% dei lavoratori sono iscritti al sindacato, in North Carolina lo sono solo il 3,1%. Vedi Bureau of Labor Statistics, *Union Members*, at <ftp://ftp.bls.gov/pub/news.release/union2.txt>.

particolare importanza il massiccio ricorso a forme flessibili di occupazione (*contingent work*), quali il *part-time* e il lavoro a tempo determinato. I c.d. *contingent workers*, infatti, sono definiti “*persons who do not have an implicit or explicit contract for ongoing employment.*”²⁰⁹ Si tratta quindi di soggetti privi di un impiego stabile a tempo indeterminato. A questa prima categoria di lavoratori flessibili si affianca quella dei c.d. *independent contractors*, assunti in funzione di uno specifico compito o progetto, normalmente senza alcuna aspettativa di stabilità. Il mercato del lavoro americano è sempre stato caratterizzato da un’ampia presenza del lavoro flessibile, ma questa si è fatta nettamente più imponente sul finire del ventesimo secolo per diversi motivi. In primo luogo ciò è avvenuto a causa della maggiore complessità e burocratizzazione delle relazioni di lavoro. Molti piccoli imprenditori, infatti, incapaci di gestire il rapporto col personale dipendente, hanno preferito ricorrere ad aziende esterne, alimentando fenomeni come lo *staff leasing*. In secondo luogo anche molti grandi imprenditori sono stati attratti dalla flessibilità che alcune forme di *contingent work* sembrano offrire. Un datore di lavoro che licenzia alcuni *regular employees* a fronte di un calo della produzione o di un cambio di strategia affronta per questo determinate conseguenze e responsabilità. Lo stesso imprenditore può credere, a torto o a ragione, di evitare tali problemi assumendo lavoratori flessibili durante i periodi di maggiore attività per poi liberarsene in seguito. In terzo luogo, sono le caratteristiche stesse di alcune categorie di lavoratori, come i giovani o le donne, a farne i primi candidati per un impiego flessibile. Al riguardo, l’affermarsi del lavoro femminile nell’ultima parte del ventesimo secolo ha sicuramente contribuito, in conseguenza delle specifiche e frequenti responsabilità familiari della

²⁰⁹ Vedi Bureau of Labor Statistics, *Contingent and Alternative Employment Arrangements* (2001), at <http://www.bls.gov/news.release/conemp.nr0.htm>.

donna, al diffondersi di tipologie alternative di lavoro. Ancora, sono gli stessi *regular employees*, allorquando si assentano dal lavoro nell'esercizio di un loro diritto scaturente dal contratto o dalla norma di legge, ad alimentare la domanda di lavoro flessibile. Il datore, infatti, non potendo rimpiazzarli in via definitiva è spesso costretto ad assumere *contingent workers* fino al loro ritorno. Infine, la crescita dell'occupazione flessibile negli USA è dovuta al fatto che il lavoro costituisce un'importante base in vista dell'erogazione di alcuni servizi sociali di primaria importanza, quali la pensione e l'assicurazione sanitaria. I datori di lavoro, tuttavia, disegnano frequentemente i loro *benefits plans* in funzione dell'esclusione dagli stessi dei lavoratori flessibili.²¹⁰

2.3 Il mutamento delle aspettative dei lavoratori

Il lavoro, come detto, acquisisce nel sistema americano un valore del tutto particolare. Esso non garantisce soltanto la retribuzione ma può essere fonte di ulteriori prestazioni a favore del lavoratore. Si parla al riguardo di *fringe benefits*, tra i quali rientrano, per l'appunto, la pensione e l'assicurazione sanitaria. E' dunque fondamentale per lo stesso rientrare nei piani pensionistici e assicurativi del datore.²¹¹ Tale situazione, alquanto

²¹⁰ Nel 2001 ben l'83% dei lavoratori regolari era coperto da assicurazione sanitaria, a fronte del 48% di quelli flessibili. Vedi Bureau of Labor Statistics, *Contingent and Alternative Employment Arrangements* (2001), at <http://bls.gov/pub/news.release/contemp.txt>.

²¹¹ Vedi sul punto ST. ANTOINE, *A Seed Germinates: Unjust Discharge Reform Heads Toward Full Flower*, 67 Neb. L. Rev. 56, 1988. L'autore conferma l'importanza che il lavoro riveste nella società americana riportando una serie di studi, i quali documentano le conseguenze psichiche e i problemi di salute (alcolismo, ulcera, suicidio, disfunzioni cardiovascolari) che spesso si accompagnano al licenziamento. In merito vedi anche L. FERMAN, M. AIKEN & H. SHEPPARD, *Economic Failure, Alienation, and Extremism*, 1968; H. BRENNER, *Estimating the Social Costs of National Economic Policy*:

distante - specialmente per quanto concerne il profilo sanitario - da quella europea, è il frutto di una recente evoluzione. Tra la fine del diciannovesimo e l'inizio del ventesimo secolo, infatti, l'allungamento della durata della vita portò i dipendenti a rivolgersi al datore affinché quest'ultimo si facesse carico del loro pensionamento e della tutela della loro salute. In risposta a tali istanze furono costituite società di mutuo soccorso su iniziativa dei sindacati e creati piani pensionistici da parte dei maggiori imprenditori dell'epoca. Successivamente il *Social Security Act* del 1935 istituì un sistema pubblico finalizzato alla corresponsione di una pensione minima a favore della maggior parte dei lavoratori dipendenti. Dopo la crisi del 1929, e ancor più dopo il secondo conflitto mondiale, si fece più pressante la domanda di piani previdenziali e assicurativi finanziati dal datore di lavoro. Il numero di tali piani, quindi, crebbe esponenzialmente portando, ad oggi, l'imprenditore a rivestire il ruolo chiave nel garantire la tutela dei suoi dipendenti.

Il lavoro, tuttavia, non è negli Stati Uniti soltanto uno strumento atto a garantire guadagno e sicurezza sociale, bensì riveste un ruolo fondamentale per quanto concerne l'affermazione personale.²¹² Durante il ventesimo secolo, il modello al quale i lavoratori americani si sono ispirati per ottenere tale risultato è stato quello dell'impiego a lungo termine e dell'avanzamento professionale nell'ambito di un'unica impresa. I dipendenti erano assunti sin da giovani dal datore di lavoro e formati all'interno dell'azienda. Con la formazione e l'aumento delle competenze progrediva anche la carriera. Tale sistema classico è stato supportato

Implications for Mentals and Physical Health and Clinical Aggression, 1976; L. FERMAN & J. GORDUS, *The Economy and Mental Health*, 1979; B. BLUESTONE & B. HARRISON, *The Deindustrialization of America* 63-66, 1982.

²¹² Vedi sul punto P.H. TOBIAS, *Current Trends in Employment Dismissal Law: The Plaintiff's Prospective*, 67 Neb. L. Rev. 178, 1988.

dall'affermarsi (vedi il paragrafo precedente laddove si considera la nascita e l'evoluzione delle *labor unions*) della contrattazione collettiva e del movimento sindacale, che hanno garantito protezione e stabilità al lavoratore dipendente. All'alba del ventunesimo secolo, tuttavia, il modello in parola è stato scosso, da un lato, dal declino della contrattazione collettiva, e dall'altro dal fallimento di alcune grandi società, ma soprattutto dalla transizione verso un'economia e verso una cultura che accordano meno valore alla stabilità e alla sicurezza.²¹³

3. *Employment at will*

3.1 Un mito dalle origini controverse

Dopo un sintetico esame dei cambiamenti che negli ultimi due secoli hanno interessato il mercato del lavoro statunitense, è doveroso considerare le origini e l'evoluzione della disciplina che, nonostante una progressiva erosione, è tuttora regola e pilastro dello stesso, ossia l'*employment at will*. Il principio fondamentale su cui si basa tale dottrina stabilisce che il lavoratore dipendente e nello specifico il dirigente può essere licenziato in

²¹³ Così K.V.W. STONE, *The New Psychological Contract: Implications of the Changing Workplace for Labor and Employment Law*, 48 UCLA L. Rev. 519, 529-538, 2001; S. BEFORT, *Revisiting the Black Hole of Workplace Regulation: A Historical and Comparative Perspective of Contingental Work*, 24 Berkley J. Emp. & Lab. L. 153, 155-156, 2003. Vedi anche Bureau of Labor Statistics, Department of Labor, Employee Tenure Summary, 2002, at <http://www.bls.gov/news.release/tenure.nr0.htm>.

qualunque momento e per qualsiasi ragione anche arbitraria, ingiusta o irrazionale o, addirittura, senza alcuna ragione.²¹⁴

L'origine di tale regola è particolarmente controversa e in merito gli studiosi si sono divisi attestandosi su una molteplicità di posizioni, a volte molto lontane tra loro. Secondo la scuola tradizionale,²¹⁵ facente capo a P.J. Shapiro e J.F. Tune,²¹⁶ fin verso la fine del diciannovesimo secolo gli Stati Uniti avrebbero seguito la *annual hiring rule* di derivazione inglese,²¹⁷ in base alla quale si presumeva che, in assenza di un'usanza o di una prova contraria, il rapporto di lavoro non caratterizzato da alcun limite di tempo avesse durata annuale. Alla base di tale regola si collocava la norma di equità in forza della quale nessuno, né il dipendente né il datore, poteva godere dei benefici del rapporto di lavoro fintanto che questo era

²¹⁴ Vedi, in particolare, J. FEINMAN, *The Development of the Employment At Will Rule*, 20 AM. J. LEGAL HIST. 118, 1976; P. STONE PARTEE, *Reversing the Presumption of Employment At Will*, 44 Vand. L. Rev. 689, 1991; M.A. FAHLESON, *The Public Policy Exception to Employment at Will – When Should Courts Defer to the Legislature?*, 72 Neb. L. Rev. 956, 1993; R. JEWELER, *Employment-at-will: A Legal Overview*, CRS Report for Congress, 94-605 A, 1994; D.A. BALLAM, *The development of the Employment at Will Rule Revisited: A Challenge to Its Origins as Based in the Development of Advanced Capitalism*, 13 Hofstra Lab. L.J. 75, 1995; D.A. BALLAM, *Exploding the Original Myth Regarding Employment-At-Will: The True Origins of the Doctrine*, 17 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 91, 1996; R.B. STANDLER, *History of At-Will Employment Law in the USA*, at <http://www.rbs2.com/atwill.htm>; J.M. MEADOWS, *Dancing Around Employment At-Will: Can Fraud Provide Plaintiffs a Way to Hold Their Employers Liable?*, 65 Mo. L. Rev. 1003, 2000; J.P. LEMONS, *Comment: For Any Reason or No Reason At All: Reconciling Employment-At-Will with the Rights of Texas Workers after Mission Petroleum Carriers, Inc. v. Solomon*, 35 St. Mary's L. J. 741, 2004; T.J. COLEY, *Contracts, Custom, and the Common Law: Towards a Renewed Prominence for Contract Law in American Wrongful Discharge Jurisprudence*, 24 BYU J. Pub. L. 193, 2010.

²¹⁵ Vedi, tra gl'altri, J. FEINMAN, *ibidem*; M.G. FREED & D.D. POLSBY, *The Doubtful Provenance of "Wood's Rule" Revisited*, 22 Ariz. St. L.J. 551, 1990; J. FEINMAN, *The Development of Employment-At-Will Rule Revisited*, 23 Ariz. St. L.J. 733, 1991; A.P. MORRISS, *Exploding Myths: An Empirical and Economic Reassessment of the Rise of Employment At-Will*, 59 Mo. L. Rev. 679, 680, 1994.

²¹⁶ J.P. SHAPIRO & J.F. TUNE, *Implied Contract Rights to Job Security*, 26 Stan. L. Rev. 335, 341 n. 53-54, 1974.

²¹⁷ Vedi W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, 425-26, Bell ed., 1771.

vantaggioso, per poi abbandonarlo impunemente.²¹⁸ Nel 1877, tuttavia, il trattatista Horace Gray Wood annunciava per la prima volta nel suo “*Treatise on the Law of Master and Servant*” l’*at will* quale disciplina inflessibile della cessazione del rapporto di lavoro nella *Common Law* USA.²¹⁹ Tale asserzione era fondata dallo stesso autore su quattro casi giurisprudenziali, antecedenti al 1877, dai quali, a suo dire, sarebbe emersa una chiara applicazione della *at will doctrine*.²²⁰ Nessuno dei suddetti casi tuttavia, secondo i fautori della visione tradizionale, supporterebbe in realtà la tesi di Wood.²²¹ Quest’ultimo, dunque, non avrebbe fatto altro che inventare dal nulla una dottrina inesistente, fornendo ai giudici delle Corti americane²²² l’occasione per adottare una regola che fosse più consona alle esigenze economiche²²³ di una potenza in via di sviluppo, quali erano gli

²¹⁸ Successivamente la *Common Law* inglese sviluppò tale norma ammettendo la cessazione del rapporto di lavoro dietro congruo preavviso. Sul punto vedi W. BLACKSTONE, *ibidem*.

²¹⁹ Vedi H.G. WOOD, *A Treatise on the Law of Master and Servant Covering the Relation, Duties and Liabilities of Employers and Employees*, 1877, il quale afferma chiaramente “*With us the rule is inflexible, that a general or indefinite hiring is prima facie a hiring at will, and if the servant seeks to make it out a yearly hiring, the burden is upon him to establish it by proof. A hiring at so much a day, week, month, or year, no time being specified, is an indefinite hiring, and no presumption attaches that it was for a day even, but only at the rate fixed for whatever time the party may serve*”.

²²⁰ I quattro casi citati sono: *De Briar v. Minturn*, 1 Cal. 450, 1851; *Wilder v. United States*, 5 Ct. Cl. 462, 1869; *Tatterson v. Suffolk Mfg. Co.*, 106 Mass. 56, 1870; *Franklin Mining Co. v. Harris*, 24 Mich. 115, 1871.

²²¹ Vedi, in giurisprudenza, *Touissaint v. Blue Cross & Blue Shield of Michigan*, 292 N.W. 2d 880, 887, n. 14, 1980; *Weiner v. McGraw-Hill, Inc.*, 443 N.E.2d 441, 444, n. 5, 1982; *Magnan v. Anaconda Industries, Inc.*, 479 A.2d 781, 784, n.8, 1984.

²²² Vedi R.B. STANDLER, *ibidem*, il quale afferma che, poco dopo la pubblicazione del trattato di Wood, varie corti iniziarono a citare la regola contenuta nello stesso. Ad esempio: *McCullough Iron Co. v. Carpenter*, 11 A. 176, 178-179 (Md. 1887); *East Line and Red River Railroad v. Scott*, 10 S.W. 99, 102 (Tex. 1888); *In re Philadelphia Packing & Provision Co.*, 1894 WL 3641 at *3 (Pa.Com.Pl 1894); *Martin v. New York Life Ins. Co.*, 42 N.E. 416, 417 (N.Y. 1895); *Greer v. Arlington Mills Mfg. Co.*, 43 A. 609, 610 (Del. Super. 1899); *Harrod v. Wineman*, 125 N.W. 812, 813 (Iowa 1910).

²²³ Sulla interazione fra economia e diritto negli USA vedi V.L. PARRINGTON, *The Romantic Revolution in America*, in *Main Currents in American Thought* 20-27, 1927; C.A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, 1935;

Stati Uniti di allora.²²⁴ Lo sviluppo industriale doveva, secondo questa interpretazione, essere sostenuto da una disciplina del rapporto di lavoro che garantisse all'imprenditore la massima libertà nel determinare la fine dello stesso. Tale giustificazione economica dell'*employment at will* trova piena articolazione nell'opera di J. Feinman e in quella di S. Jacoby. Secondo il primo, di scuola marxista, le ultime tre decadi del diciannovesimo secolo furono caratterizzate dalla prima apparizione nel mercato del lavoro USA della categoria dei dirigenti (*managers*) di medio livello. L'adozione dell'*at will* da parte delle Corti americane era dunque finalizzata *in primis* a evitarne il rafforzamento, eliminando la regola del *annual hiring*, e riaffermando così la supremazia della classe imprenditoriale. Feinman, in definitiva, sostiene che l'*employment at will* fu adottato per supportare il dominio dei detentori del capitale sui loro dipendenti e sulle loro imprese: un elemento basilare del sistema capitalista.²²⁵ Per Jacoby i fattori che portarono le Corti statunitensi ad

J.W. HURST, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States*, 1956; A.M. PAUL, *Conservative Crisis and the Rule of Law: Attitudes of Bar and Bench 1887-1895*, 1960; R. HOFSTADTER ET AL., *The Progressive Historians* 201, 1968; L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, 1973; M.J. HORWITZ, *The Historical Foundation of Modern Contract Law*, 87 Harv. L. Rev. 917, 924-26, 1974; M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1780-1860*, 1977; A.W.B. SIMPSON, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 46 U. Chi. L. Rev. 533, 1979; G.T. SCHWARTZ, *Tort Law and the Economy in Nineteenth-Century America: a Reinterpretation*, 90 Yale L.J. 1717, 1981; M.W. FINKIN, *Revisionism in Labor Law*, 443 MD. L. Rev. 23, 1984; K.M. TEVEEN, *A History of Anglo-American Common Law of Contracts*, 1990; R.J. KACZOROWSKI, *The Common Law Background of Nineteenth Century Tort Law*, 51 Ohio St. L.J. 1127, 1990.

²²⁴ M.G. FREED & D.D. POLSBY, *op. cit.*, pagg. 551-52, hanno evidenziato che la tesi secondo la quale Wood avrebbe semplicemente inventato la *at will doctrine*, senza fondarla concretamente su alcun precedente giurisprudenziale, fu formulata per la prima volta in un A.L.R. Annotation del 1921 (dal titolo *Duration of Contract of Hiring Which Specified No Term, but Fixes Compensation at a Certain Amount Per Day, Week, Month, or Year*, 11 A.L.R. 469, 475-76, 1921) e soltanto ripresa da J.P. SHAPIRO & J.F. TUNE.

²²⁵ Vedi J. FEINMAN, *op. cit.*, pagg. 132-33, il quale afferma "Employment at will is the ultimate guarantor of the capitalist's authority over the worker. The rule transformed

abbandonare la *annual hiring rule* furono essenzialmente due. Primo, i sindacati erano più deboli negli USA che in Inghilterra e non si rivelarono in grado di conservare ai lavoratori quel minimo di stabilità che era data loro dalla regola della durata annuale del rapporto. Secondo, la categoria dei dirigenti di medio livello era ormai affermata in Inghilterra, a differenza che negli Stati Uniti. Le Corti inglesi, dunque, a differenza di quelle americane, decisero di estendere anche alla suddetta categoria la regola del *annual hiring*.²²⁶

La posizione tradizionale fu fortemente criticata nel corso degli anni novanta. Secondo M.G. Freed e D.D. Polsby la regola dell'*at will employment* non fu inventata da Wood: i casi giurisprudenziali richiamati dal trattatista erano idonei a confermarne l'esistenza anche prima del 1877.²²⁷ I due autori si limitarono quindi a sostenere le asserzioni di Wood, senza realizzare alcuna analisi approfondita circa le origini della dottrina. Altre critiche riguardarono, invece, la giustificazione economica della repentina adozione della regola. In particolare, per A.P. Morriss non fu la crescente industrializzazione a determinare l'adozione della *at will rule* da parte delle Corti statunitensi, ma la volontà di queste - in quanto impreparate in materia - di liberarsi di ogni controversia concernente il rapporto di lavoro.²²⁸ R.B. Standler, a sua volta, non ripudia la motivazione

long-term and semipermanent relationship into non-binding agreements terminable at will. If employees could be dismissed on a moment's notice, obviously they could not claim a voice in the determination of the conditions of work or the use of the product of their labor".

²²⁶ S. JACOBY, *The Duration of Indefinite Employment Contracts in the United States and England: An Historical Analysis*, 5 Comp. Lab. L. 85, 1982.

²²⁷ M.G. FREED & D.D. POLSBY, *ibidem*.

²²⁸ A.P. MORRISS, *op. cit.*, pag. 699. L'autore afferma, infatti, che è evidente, dall'analisi delle decisioni giurisprudenziali che per prime proclamarono la vigenza dell'*at will employment*, che le stesse non si basavano su alcun precedente.

economica²²⁹ ma propone, al fianco della stessa, altre due ragioni plausibili per l'introduzione della nuova disciplina. In primo luogo l'autore parla della necessità che il dipendente fosse lasciato libero di terminare il rapporto di lavoro, configurandosi altrimenti il rischio di una servitù involontaria (*involuntary servitude*) dello stesso, proibita dal Tredicesimo Emendamento alla Costituzione americana. Il nesso di reciprocità comportò poi, inequivocabilmente, l'attribuzione di un uguale diritto a favore del datore.²³⁰ In secondo luogo Standler ritiene che alla base dell'adozione della nuova dottrina ci fosse la volontà delle Corti e, tramite esse, di tutti gli Stati Uniti, di distinguersi e di riaffermare la propria sovranità, anche nel campo del diritto del lavoro, rispetto all'Inghilterra. La critica più articolata alla tesi tradizionale, tuttavia, è quella formulata da D.A. Ballam,²³¹ secondo la quale è assolutamente falso il mito che vede Wood creare, senza alcun precedente di riferimento, la dottrina dell'*at will employment*. Tale regola, infatti, aveva già trovato la sua affermazione prima del 1877, nell'ambito, a dire della studiosa, di un'ampia serie di decisioni giurisprudenziali, diverse dalle quattro rese nei casi espressamente citati da Wood. Sarebbero state proprio la crescente industrializzazione del Paese e le necessità dello sviluppo economico a portare le Corti americane a sviluppare la *at will rule*, poi codificata da Wood. La tesi è sostenuta da una meticolosa analisi dello sviluppo

²²⁹ Vedi R.B. STANDLER, *ibidem*, laddove afferma “*It is clear that the doctrine of at-will employment was harmonious with the laissez-faire spirit of the times. In that way, Wood’s mistaken statement was the catalyst for what may have been inevitable*”.

²³⁰ Vedi sul punto, in dottrina, C.W. SUMMERS, *Individual Protection Against Unjust Dismissal*, 62 Virginia L. Rev. 481, 1976, e, in giurisprudenza, *Smith v. Atlas Off-Shore Boat Service, Inc.*, 653 F.2d 1057, 1981.

²³¹ La tesi è sviluppata dalla studiosa nell'ambito di due saggi: D.A. BALLAM, *The Traditional View on the Origins of the Employment-at-Will Doctrine: Myth or Reality?*, 33 Am. Bus. L.J. 1, 1995 e il già citato *Exploding the Original Myth Regarding Employment-At-Will: The True Origins of the Doctrine*, 17 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 91, 1996.

economico, delle relazioni di lavoro e della giurisprudenza in ben nove Stati dell'Unione (Massachusetts, New York, Pennsylvania, Maryland, Georgia, Illinois, Montana, Texas e California). La conclusione della Ballam è che, fatta salva una breve parentesi in Massachusetts, la *annual hiring rule* non fu mai seguita da alcuno degli Stati considerati, i quali adottarono l'*at will employment* sin dai tempi delle colonie. Verrebbero così a cadere entrambi i pilastri fondanti la visione tradizionale circa le origini della *at will doctrine*.

3.2 Evoluzione ed erosione della *at will doctrine*

Quale che ne sia l'esatta origine, la *at will rule* conquistò immediatamente il favore delle Corti americane, le quali ne fecero da subito un'ampia applicazione. In un caso affrontato in Tennessee nel 1884, infatti, si stabiliva che “...*all may dismiss their employees at will, be they many or few, for good cause, for no cause, or even for cause morally wrong, without being thereby guilty of legal wrong*”.²³² La *at will doctrine* divenne così regola di *default* atta a disciplinare il rapporto di lavoro in assenza di altre statuizioni. All'inizio del ventesimo secolo l'*at will* si presentava come assoluto punto di riferimento in giurisprudenza e in dottrina,²³³ e, nel corso dello stesso, ottenne persino una temporanea tutela costituzionale. In *Adair v. United States* del 1908,²³⁴ infatti, la Corte Suprema²³⁵ stabilì che una

²³² Vedi *Payne v. Western & Atlantic Railroad Co.*, 81 Tenn. 507, 519-520, 1884 WL 469.

²³³ La *at will rule* ha trovato riconoscimento nei maggiori trattati. Vedi *Restatement of Contracts*, 246, 1932; A. CORBIN, *Corbin on Contracts*, 684, 1960; S. WILLISTON, *Williston on Contracts*, 1017, 1967.

²³⁴ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, 28 S. Ct. 277, 52 L.Ed. 436, 1908, in cui il giudice Harlan accoglie la *at will doctrine* con le seguenti parole “*in the absence*,

legge federale volta a proibire il licenziamento di determinati lavoratori perché affiliati a un sindacato configurava un'invasione della libertà personale (del datore di lavoro), tutelata dal Quinto Emendamento. Nonostante la stessa Corte abbia in seguito ritrattato tale posizione,²³⁶ il concetto dell'*at will employment* ha continuato a influenzare la giurisprudenza americana, trovando esplicito riconoscimento anche di recente.²³⁷ Ancora nel 1981, infatti, nel caso *Smith v. Atlas Off-Shore Boat*

however, of a valid contract between the parties controlling their conduct towards each other and fixing a period of service, it cannot be, we repeat, that an employer is under any legal obligation, against his will, to retain an employee in his personal service any more than an employee can be compelled, against his will, to remain in the personal service of another... ...the employee was at liberty to quit the service without assigning any reason for his leaving. And the defendant was at liberty, in his discretion, to discharge the employee from the service without giving any reason for so doing”.

²³⁵ Vedi anche *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1, 35 S. Ct. 240, 59 L.Ed. 441, 1915.

²³⁶ Sul punto vedi *NLBR v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1, 57 S. Ct. 615, 81 L. Ed. 893, 1937.

²³⁷ L'applicazione della *at will rule* durante tutto il ventesimo secolo risulta chiaramente da numerose pronunce delle Corti americane. Vedi in tal senso *Union Labor Hosp. Ass'n v. Vance Redwood Lumber Co.*, 158 Cal. 551, 112 P. 886, 1910; *Davis v. Davis*, 197 ind. 386, 151 N.E. 134, 1926; *Combs v. Standard Oil Co. of Louisiana*, 166 Tenn. 88, 59 S.W. 2d 525, 1933; *McClain v. Township of royal Oak*, 276 Mich. 185, 267 N.W. 613, 1936; *Motion Picture Machine Projectionists Protective Union, Local No. 473 v. Rialto Theatre Co.*, 25 Del. Ch. 347, 17 A 2d836, 1941; *Wood v. Buchanan*, 72 N.D. 216, 5 N.W. 2d 680, 1942; *Chesapeake & Potomac Tel. Co. v. Murray*, 198 Md. 526, 84 A. 2d 870, 1951; *Orsini v. Trojan Steel Co.*, 219 S.C. 272, 64 S.E. 2d 878, 1951; *Gambrel v. United Mine Workers of America*, 249 S.W. 2d 158, 1952; *Askinas v. Westinghouse Elec. Corp.*, 330 Mass. 103, 111 N.E. 2d 740, 1953; *Miller v. Missouri Pac. Transp. Co.*, 225 Ark. 475, 283 S.W. 2d 158, 1955; *Sooner v. Broadcasting Co. v. Grotkop*, 280 P. 2d 457, 1955; *Wynne v. Ludman Corp.*, 79 So. 2d 690, 1955; *Fawcett v. Monongahela Ry. Co.*, 391 Pa. 134, 137 A. 2d 768, 1958; *Jorgensen v. Pennsylvania R.R. Co.*, 25 N.J. 541, 138 a. 2d 24, 1958; *Pechon v. National Corp. Service, Inc.*, 234 La. 397, 100 So. 2d 213, 1958; *Atwood v. Curtiss Candy Co.*, 22 Ill. App. 2d 369, 161 N.E. 2d 355, 1959; *Somers v. Cooley Chevrolet Co.*, 146 Conn. 627, 153 A. 2d 426, 1959; *Taylor v. Greenway Restaurant, Inc.*, 173 A. 2d 211, 1961; *Carr v. Montgomery Ward & Co.*, 363 S.W. 2d 571, 1963; *Coey v. Burwell Nurseries*, 2 Ohio App. 2d 102, 206 N.E. 2d 577, 1965; *Hanson v. Central Show Printing Co.*, 256 Iowa 1221, 130 N.W. 2d 654, 1964; *Lundeen v. Cozy Cab mfg. Co.*, 288 Minn. 98, 179 N.W. 2d 73, 1970; *Still v. Lance*, 279 N.C. 254, 182 S.E. 2d 403, 1971; *NHA, Inc., v. Jones*, 500 S.W. 2d 940, 1973; *School Comm. of Providence v. Board of Regents for Educ.*, 112 R.I. 288, 308 A. 2d 788, 1973; *Lorson v. Falcon Coach, Inc.*, 214 Kan. 670, 522 P. 2d 449, 1974; *Densen v. Edmunds*, 272 Or. 345, 537 P. 2d 77, 1975; *Lampe v. Presbyterian*

Service, Inc., la Corte affermava: «*The maritime employer may discharge the seaman for good cause, for no cause, or even, in most circumstances, for a morally reprehensible cause. We conclude, however, that a discharge in retaliation for the seaman's exercise of his legal right to file a personal injury action against the employer constitutes a maritime tort*».²³⁸ La *at will doctrine*, dunque, è giunta fino ai giorni nostri e continua a costituire il principio regolatore della stragrande maggioranza delle relazioni di lavoro negli USA. Nonostante ciò, tale regola ha subito, dagli anni trenta in poi, una progressiva erosione.²³⁹ Il Legislatore, federale e statale, infatti, - spesso su istanza del movimento sindacale - e la giurisprudenza²⁴⁰ hanno introdotto, accettato e sviluppato alcune eccezioni alla disciplina in esame. Ciò ha dato origine a un intenso dibattito dottrinale, che continua tuttora, tra sostenitori e detrattori della *at will rule*. I primi, in particolare, elogiano l'*at will* per la libertà che garantisce a entrambe le parti del rapporto di

Medical Center, 41 Colo. App. 465, 590 P. 2d 513, 1978; *West v. First Nat'l Bank of Atlanta*, 145 Ga. App. 808, 245 S.E. 2d 46, 1978; *Jackson v. Minidoka Irrigation Dist.*, 98 Idaho 333, 563 P. 2d 54, 1979; *Bender Ship Repair, Inc., v. Stevens*, 379 So. 2d 594, 1980.

²³⁸ Vedi *Smith v. Atlas Off-Shore Boat Service, Inc.*, 653 F.2d 1057. 1060-61, 1981. Nello stesso senso vedi anche, in giurisprudenza, *Magnan v. Anaconda Industries, Inc.*, 479 A.2d 781, 784, 1984; *Hillesland v. Federal Land Bank Assn.*, 407 N.W. 2d 206, 211, 1987; *Sheets v. Knight*, 779 P.2d 1000, 1005-06, 1989; *Darnall v. A+ Homecare, Inc.*, 1999 WL 346225, 1999. In dottrina vedi J.D. CALAMARI AND J.M. PERILLO, *The Law of Contracts*, 61, 1987.

²³⁹ Il Presidente Woodrow Wilson, già in un discorso del 1913, dimostra di aver compreso la necessità di garantire maggiore stabilità ai lavoratori affinché gli stessi possano accrescere la loro libertà individuale e limitare la loro dipendenza dal datore. Egli, in particolare, afferma: «*A nation of employees cannot be free any more than a nation of employers can be*». Vedi sul punto F. TANNENBAUM, *ibidem*.

²⁴⁰ Vedi sul punto *Sheets v. Teddy's Frosted Foods, Inc.*, 179 Conn. 471, 427 A.2d 385, 1980; *Pierce v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 84 N.J. 58, 417 A.2d 505, 1982; *Weiner v. McGraw-Hill, Inc.*, 57 N.Y. 2d 458, 443 N.E. 2d 441, 457 N.Y.S. 2d 193, 1982; *Wooley v. Hoffman-La Roche, Inc.*, 99 N.J. 284, 491 A.2d 1257, modified, 101 N.J. 10, 499 A.2d 515, 1985; *Sabetay v. Sterling Drug, Inc.*, 69 N.Y. 2d 329, 506 N.E. 2d 919, 514 N.Y.S. 2d 209, 1987.

lavoro. Il Professor R.A. Epstein,²⁴¹ uno dei maggiori difensori dell'*at will employment*, sostiene che tale dottrina protegge una delle principali espressioni della libertà individuale, ossia la libertà contrattuale.²⁴² Secondo lo stesso autore, i detrattori della dottrina in parola assumono un ingiustificato atteggiamento paternalistico nei confronti delle parti del rapporto di lavoro, presumendo che degli adulti consenzienti non siano sufficientemente informati o istruiti per tutelare loro stessi nell'ambito di una normale relazione di affari.²⁴³ In sostanza, per Epstein, fintanto che il datore è il pieno proprietario del suo capitale e il dipendente del suo lavoro, entrambe le parti sono libere di confrontarsi, alla pari, in merito ai dettagli della loro relazione.²⁴⁴ Gli sbagli e le ingiustizie sono possibili ma

²⁴¹ R.A. EPSTEIN, *In Defense of the Contract at Will*, 51 U. Chi. L. Rev. 947, 1984.

²⁴² Vedi sul punto R.A. EPSTEIN, *Simply Rules for a Complex World*, 1995, 156 e ss., dove lo stesso Epstein scrive: «*Contract at will provides both sides with a secured obligation. The point sounds strange given that one side can quit and the other side can fire, without any explanation. For most people, the idea of security connotes a mortgage or a lien on some form of property – the home mortgage is perhaps the most familiar example. But it is appropriate to expand our horizons on this point. The employer who decides to fire a worker has to pay a price, that is, he will no longer be able to reap the benefits of the worker's labor. Conversely, the worker who decides to quit will no longer be able to command the wage. Each obligation is held hostage to the other. Before quitting or firing, one has to make a hard decision about whether the benefit forgone is worth the labor or the wages that can now be retained. But once a decision to sever the arrangement is made, the security on the other side is instantly realized, without the formalities and delay of foreclosure proceedings. The worker instantly recovers her labor, and the employer his cash. Knowing the efficiency of the security arrangement, people will move with caution, given that it is always costly to exercise the right to quit or to fire*» e ancora «*The legal position is this: I quit, or you fire me; judgment for the defendant. The entire system takes about two words to explicate in the standard case. "Anything goes" within the legal system precisely because anything will not go in the business setting. Simplicity has its dividends, for both sides can share in the administrative savings in the form of higher profit and higher wages. Only the lawyers lose when the contract at will is fully respected*».

²⁴³ Vedi R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pag. 954 laddove l'autore afferma: «*With employment contracts we are not dealing with the widow who has sold her inheritance for a song to a man with a thin mustache. Instead we are dealing with the routine stuff of ordinary life; people who are competent enough to marry, vote, and pray are not unable to protect themselves in their day-to-day business transactions*».

²⁴⁴ Vedi R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pag. 955.

improbabili. Lo studioso cita poi cinque differenti aree nelle quali, a suo dire, l'*employment at will* serve equamente sia il datore che il lavoratore: nell'assicurare un controllo e una risposta giusti e misurati a fronte della condotta scorretta del dipendente;²⁴⁵ nel limitare i comportamenti arbitrari del datore costringendolo a confrontarsi coi danni derivanti da una cattiva reputazione;²⁴⁶ nel consentire a entrambi, datore e lavoratore, di valutare l'opportunità di cambiare tenendo conto dei rischi esistenti;²⁴⁷ nel mantenere bassi i costi amministrativi per le parti;²⁴⁸ nell'esigere che il datore di lavoro si scontri con l'incertezza del mercato del lavoro prima di licenziare il lavoratore.²⁴⁹ I detrattori²⁵⁰ della *at will rule*, invece,

²⁴⁵ Vedi R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pag. 963.

²⁴⁶ Vedi R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pag. 968. Lo studioso sostiene che: «*The law may tolerate arbitrary behaviour, but private pressures effectively limit its scope*».

²⁴⁷ Vedi R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pag. 969. Così si esprime testualmente Epstein: «*The employee ids not locked into an unfortunate contract if he finds better opportunities elsewhere or if he detects some weakness in the internal structure of the firm*». E ancora, l'*at will employment* consentirebbe ad entrambe le parti «*to take a wait-and-see attitude to their relationship so that new and more accurate choices can be made on the strength of improbe information*».

²⁴⁸ Vedi R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pag. 970.

²⁴⁹ Vedi R.A. EPSTEIN, *op. cit.*, pag. 974.

²⁵⁰ Vedi, tra gli altri, L.E. BLADES, *Employment at will vs. Individual Freedom: On Limiting the Abusive Exercise of Employer Power*, 67 Colum. L. Rev. 1404, 1967; C.W. SUMMERS, *Individual Protection Against Unjust Dismissal: Time for a Statute*, 62 Va. L. Rev. 481, 1976; C.J. PECK, *Unjust Discharges from Employment: A Necessary Change in the Law*, 40 Ohio St. L.J. 1, 1979; J.D. BLACKBURN, *Restricted Employer Discharge Rights: A Changing Concept of Employment at Will*, 17 Am. Bus. L.J. 467, 1980; E.R. PEIRCE ET AL., *Employee Termination At-Will: A Principled Approach*, 28 Vill. L. Rev. 1, 1982-83; K.T. LOPATKA, *The Emerging Law of Wrongful Discharge – A Quadrennial Assessment of the Labor Law Issue of the 80's*, 40 Bus. Law. 1, 1984; M.W. FINKIN, *The Bureaucratization of Work: Employer Policies and Contract Law*, 1986 Wisc. L. Rev. 733, 1986; J.P. MALLOR, *Discriminatory Discharge and the Emerging Common Law of Wrongful Discharge*, 28 Ariz. L. Rev. 651, 1986; M.G. FREED & D.D. POLSBY, *Just Cause for Termination Rules and Economic Efficiency*, 38 Emory L.J. 1097, 1989; S.M. IWANAGA, *A Comparative Approach to Japanese & United States Wrongful Termination Law*, 13 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 341, 1990; E.S. CALLAHAN, *The Public Policy Exception to the Employment at Will Rule Comes of Age: A Proposed Framework for Analysis*, 29 Am. Bus. L.J. 481, 1991; L.K. LARSON & P. BOROWSKY, *Unjust Dismissal 2.07*, 1991; T.M. SMITH, *Wrongful Discharge Reexamined: The Crisis Matures, Ohio Responds*, 41 Case W. Res. L. Rev. 1209, 1991;

argomentano le loro tesi partendo dalla c.d. *comparative immobility* con la quale molti lavoratori sono costretti a confrontarsi.²⁵¹ Non è vero infatti, secondo questi autori, che per il dipendente è sufficiente alzare lo sguardo per trovare delle alternative lavorative allettanti. Spesso la situazione è statica. Sono dunque effimere, sotto questo profilo, le virtù della *at will rule*. Per di più, non è realistico ritenere che i datori di lavoro e i loro dipendenti siano in una posizione paritaria, dato che questi ultimi prestano maggiore attenzione alle necessità di tutti i giorni, piuttosto che all'economia o ai principi del diritto.²⁵² Col progredire della specializzazione del lavoro in America, secondo questi studiosi, solo alcuni lavoratori avranno veramente le competenze necessarie per imporsi come operatori indipendenti nel mercato, mentre gli altri rimarranno alla mercé del datore.²⁵³ Ciò produrrebbe conseguenze negative per tutta l'economia americana. Alcune considerazioni, poi, giustificherebbero l'introduzione di restrizioni al potere dell'*employer* di licenziare liberamente l'*employee*, tra cui: l'accrescersi della aspettativa di *job security* da parte del lavoratore e il beneficio psicologico che, secondo gli esperti, deriverebbe allo stesso dalla maggiore stabilità lavorativa. Tutte queste critiche non farebbero altro che evidenziare l'importanza che avrebbe, sotto il profilo sociale ed economico, la riduzione degli effetti dannosi dell'*at will employment*. Sintetizzata così

M.A. ROTHSTEIN & L. LIEBEMAN, *Employment Law*, 910, 1991; M.J. PHILLIPS, *Toward a Middle Way in the Polarized Debate Over Employment at Will*, 30 Am. Bus. L.J. 441, 1992.

²⁵¹ Vedi in tal senso L.E. BLADES, *op. cit.*, pag. 1405, e C.J. PECK, *op. cit.*, pag. 3.

²⁵² Vedi J.D. BLACKBURN, *op. cit.*, pag. 470. Anche l'ordinamento giuridico italiano ha riconosciuto l'importanza dei principi di libera iniziativa individuale e di uguaglianza tra le parti di un contratto (cfr. E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 1994, pag. 233). Peraltro, legislazione, giurisprudenza e dottrina non si sono fermate al riconoscimento di una eguaglianza formale, vuota e mistificatrice dei reali rapporti di forza tra le parti, ma hanno puntato al raggiungimento di una eguaglianza sostanziale tra i contraenti (cfr. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro*, vol. 2, 1990, pag. 302).

²⁵³ In tal senso F. TANNENBAUM, *ibidem*, e L.E. BLADES, *ibidem*.

l'evoluzione generale della regola in esame con riferimento all'intero mondo del lavoro dipendente e dato conto del dibattito dottrinale che ne ha accompagnato la lenta erosione, è doveroso soffermarsi ora sull'analisi, con specifico riferimento alla posizione del dirigente, delle singole eccezioni alla stessa.

3.3 Le eccezioni al *employment at will*

3.3.1 L'autonomia individuale

In primo luogo, può essere la stessa autonomia individuale a derogare alla *at will doctrine*. La regola, infatti, non trova applicazione allorché il datore e il dirigente abbiano stipulato un contratto di lavoro espresso che non consenta la licenziabilità *ad nutum* di quest'ultimo.²⁵⁴ I tratti essenziali di tale contratto saranno gli stessi di un qualsiasi altro: il datore presenterà una proposta di impiego nel rispetto delle disposizioni legislative e, se il lavoratore la accetterà, vi sarà l'accordo (*meeting of minds*). Nascerà quindi un valido rapporto di lavoro. Con la stipulazione di un contratto individuale di lavoro, peraltro, le parti saranno in grado di definire alcuni aspetti chiave della loro relazione, così come i profili legati alla sicurezza, alla non concorrenza, al preavviso e, soprattutto, alla cessazione del rapporto. A questo punto, qualora il datore licenzi il dirigente in spregio ai termini

²⁵⁴ Per tale motivo si definisce l'*at will* quale “*default rule*”. Vedi *supra*, nota 2.

contrattuali, sarà responsabile della violazione commessa.²⁵⁵ I contratti espressi di lavoro, inoltre, contengono spesso una clausola di arbitrato o mediazione che limita significativamente l'ambito e i costi di un'eventuale vertenza.²⁵⁶

Sul piano teorico vi è stato chi ha sostenuto che il ricorso a contratti espressi e individuali garantirebbe una migliore distribuzione delle risorse all'interno del luogo di lavoro, rispetto a quanto ottenuto tramite gli interventi legislativi e giurisprudenziali. Ciò poiché la contrattazione col singolo lavoratore consentirebbe di raggiungere, tramite la massima decentralizzazione, accordi che si confanno maggiormente al caso specifico e permetterebbe alle parti, durante lo svolgimento del rapporto, di confrontarsi più efficacemente sui rispettivi obiettivi. Questo vantaggio comunicativo si tradurrebbe, infine, in una maggiore certezza dei termini della relazione lavorativa, sia per il datore che per il lavoratore.²⁵⁷

Sul piano della realtà concreta, tuttavia, l'operatività dell'eccezione in parola è fortemente limitata dalla carenza di potere contrattuale del normale dirigente.²⁵⁸ Tale condizione dipende da diversi fattori.²⁵⁹ In primo luogo la

²⁵⁵ Vedi, in giurisprudenza, *Henkel v. Educational Research Council of America*, 45 Ohio St. 2d 249, 251, 344 N.E.2d 118, 119, 1976; *Cloverleaf Farms, Inc. v. Surratt*, 169 Ind. App. 554, 349 N.E.2d 731, 1976; *Rogers v. Runfola Associates, Inc.*, 57 Ohio St.3d 5, 1991, caso in cui si è ritenuto valido ed efficace il contratto di lavoro in base al quale il lavoratore poteva essere licenziato solo per giusta causa in cambio della sottoscrizione di una clausola di non concorrenza nei confronti del datore; *Peters v. Mansfield Screw Mach. Prods. Co.*, 73 Ohio App.3d 197, 1991. In dottrina, A. CORBIN, *ibidem*, § 96; T.J. COLEY, *ibidem*. Circa il danno risarcibile in caso di violazione dei termini contrattuali vedi C.P. THORPE & J.C. BAILEY, *Commercial Contracts: A Practical Guide to Deals, Contracts, Agreements, and Promises*, 165, 1999.

²⁵⁶ Tali clausole prevedono un meccanismo privato di risoluzione delle controversie e la loro presenza nei contratti di lavoro può aiutare a tenere le vertenze lontane dalle aule giudiziarie. Vedi in materia C.L. KNAPP, *Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law*, 71 Fordham L. Rev. 761, 2003.

²⁵⁷ In tal senso P.R. MILGROM, *Employment Contracts, Influence Activities, and Efficient Organization Design*, 96 J. Pol. Econ. 42, 1988.

²⁵⁸ Vedi, sul punto, note 22 e 23.

²⁵⁹ R. CARLSON, *ibidem*, 11 e ss.

maggior parte dei lavoratori manca della competenza e della preparazione necessarie a ottenere i termini contrattuali che meglio tutelino i loro interessi limitandone contestualmente i rischi. In secondo luogo alcuni aspetti del rapporto di lavoro non sono aperti alla negoziazione individuale, poiché sono definiti dal Legislatore in modo uniforme. Da ultimo il dirigente può avere obiettivi di lungo termine che è difficile raggiungere tramite un contratto individuale di lavoro. Il dirigente medio, in conclusione, non è mai in condizione di pretendere dal datore l'inserimento nel contratto della clausola di licenziamento c.d. *only for just cause*. Tale possibilità, dunque, rimane limitata ad alcune specifiche categorie di lavoratori quali i *top managers*, gli *short-time laborers* e i lavoratori specializzati.

3.3.2 L'autonomia collettiva

Nella visione di un giuslavorista europeo, la mancanza di potere contrattuale che affligge il lavoratore statunitense in posizione di dirigente potrebbe essere superata tramite l'adesione dello stesso a una sigla sindacale in grado di curarne gli interessi e di tutelarli tramite la stipulazione di un contratto collettivo che preveda per tutti gli affiliati la regola della giusta causa di licenziamento. Il movimento sindacale Usa, tuttavia, si rivela, per diversi motivi, solo parzialmente in grado di raggiungere tale risultato. Da un lato, infatti, il dirigente iscritto al sindacato si gioverà senza dubbio degli effetti della contrattazione collettiva, la quale non mancherà di definire i motivi sui quali potrà essere basato legittimamente il licenziamento e le procedure che dovranno essere

rispettate nell'intimarlo.²⁶⁰ Tale dirigente, nel caso in cui sia licenziato in violazione delle previsioni contrattualcollettive, potrà proporre reclamo tramite il suo sindacato nel rispetto di un *iter* predefinito, e solo una volta esaurita questa fase lo stesso potrà introdurre una vera e propria causa per inadempimento del contratto.²⁶¹ Dall'altro lato è doveroso ricordare che, ad oggi, la maggioranza dei lavoratori statunitensi del settore privato non è iscritta a un sindacato, e dunque non gode di alcuna delle tutele sopraindicate.²⁶² Gli stessi sindacati Usa, peraltro, pur costituendo l'unica aggregazione di lavoratori con l'influenza politica necessaria per promuovere un cambiamento legislativo della situazione esistente, mirano più al loro precipuo interesse e alla conservazione delle loro prerogative che alla tutela dei loro membri.²⁶³ Il superamento definitivo, a opera del legislatore federale, della *at will rule* determinerebbe infatti la scomparsa di

²⁶⁰ Vedi E. DOMINIC AND V. MCINERNEY, *Employment-At-Will and Wrongful Discharge in Ohio*, Employment-At-Will, LSC Members' Brief, Vol. 126, Issue 10, 2006.

²⁶¹ Vedi sul punto, in giurisprudenza, *Republic Steel Corp. v. Maddox*, 379 U.S. 650, 1965 e, in dottrina, G.E. MURG AND C. SCHARMAN, *Employment at Will: Do Exceptions Overwhelm the Rule?*, 23 B.C.L. Rev. 329, 1982, 369.

²⁶² Vedi *supra* pagg. 6 e 7, e, inoltre, E.R. COTTONE, *Employee protection for unjust discharge: a proposal for judicial reversal of the terminable-at-will doctrine*, Santa Clara L. Rev. 2002, 1.

²⁶³ Vedi A.G. FELIU, *Discharge of Professional Employees: Dismissal for Acts Within a Professional Code of Ethics*, Columbia Human Rights L. Rev. 149, 1979, laddove l'autore afferma: «However, legislative action to protect the private, non-union employee-at-will from arbitrary or retaliatory discharge is unlikely to be forthcoming. Statutes are typically the result of the lobbying efforts of organized interest groups. The only organized employee groups with sufficient political influence to effect such a change in established practice are the unions, but their allegiance is somewhere than with private, non-union employees. Moreover, professional societies, the most obvious candidates for such action on behalf of their members, have been notoriously reticent and ineffective in this area. Employers, in contrast, are well organized and at all times stand poised to lobby against any infringement upon their absolute right of discharge. For the foreseeable future, unorganized employees... ..must look primarily to the courts for protection against arbitrary or malicious discharges in those areas where Congress or the state legislatures have not acted».

quella che è la principale ragione per cui il lavoratore statunitense si iscrive al sindacato, ossia ottenere protezione dal licenziamento ingiustificato.²⁶⁴

Il movimento sindacale statunitense, dunque, protegge solo una piccola parte dei lavoratori del settore privato dall'operare della *at will rule* e non sprona affatto il Congresso a un accantonamento totale della suddetta regola. Tale limitato e contraddittorio ruolo dell'autonomia collettiva (e, *ut supra*, di quella individuale) nel mercato del lavoro Usa accresce inevitabilmente l'importanza degli interventi legislativi, e specialmente giurisprudenziali,²⁶⁵ quali motori di un'evoluzione che mira decisamente a limitare, con l'introduzione di eccezioni sempre più ampie, l'operatività della *at will doctrine*.

3.3.3 Le eccezioni statutarie

Durante gli ultimi cento anni il Legislatore federale statunitense ha promulgato un grande numero di leggi che si caratterizzano per essere

²⁶⁴ Vedi, in merito, Note, *Protecting At Will Employees Against Wrongful Discharge: The Duty to Terminate Only in Good Faith*, 93 Harvard L. Rev. 1816, 1980. In tale articolo, redatto da un gruppo di studenti di Harvard, si sostiene quanto segue: «Regardless of its form, the prospect for statutory change is doubtful without a strong lobbying effort that unorganized employees are probably unable to mount. Strong union support is not likely either because this kind of statutory reform would take away one of the unions' principal arguments - that protection from unjust dismissal is available only under a collective bargaining agreement administered by a union-controlled grievance mechanism».

²⁶⁵ Vedi, in tal senso, Note, *Protecting At Will Employees Against Wrongful Discharge: The Duty to Terminate Only in Good Faith*, *ibidem*, laddove si afferma: «Courts possess the legitimate heritage of common law innovation that develops new principles to accommodate changing values, and are therefore an appropriate forum for the creation of job security rights. Because courts have considerable experience with similar employment relations problem, they possess sufficient expertise to resolve wrongful discharge disputes. Thus, courts need not await legislative initiative to effect doctrinal change in the employment at will area. Courts themselves created the at will rule; it is therefore entirely appropriate that they now take the lead in modifying it».

decisamente in contrasto con la *at will rule* di matrice giurisprudenziale e che hanno la finalità di limitare il potere del datore di licenziare liberamente il lavoratore e, in particolare, il dirigente. Una volta riconosciuto, infatti, che le suddette parti del rapporto di lavoro si collocavano in una posizione di palese disuguaglianza al momento della definizione dei termini della loro relazione, il Congresso decise di intervenire seguendo due direttrici distinte: in primo luogo, favorendo l'affermarsi della contrattazione collettiva e, in secondo luogo, stabilendo direttamente alcuni aspetti essenziali del contratto di lavoro nonché proibendo determinati comportamenti.²⁶⁶

Sotto il primo profilo, il *Norris-La Guardia Act* del 1932 configurò il primo tentativo di protezione dei diritti dei lavoratori mediante l'introduzione nel mercato del lavoro Usa dell'azione contrattualcollettiva, quale contrappeso al potere economico dei datori di lavoro.²⁶⁷ La vera rivoluzione, tuttavia, si ebbe con l'adozione del *National Labor Relations Act* (detto anche *Wagner Act*) del 1935 volto a legalizzare e promuovere la contrattazione collettiva nonostante la strenua opposizione della classe imprenditoriale. Il *NLRA* garantì ai lavoratori “*the legal right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection*”. Prima del *NLRA* i lavoratori non erano in alcun modo tutelati di fronte alle rappresaglie dei datori e potevano essere sempre licenziati *ad nutum*. Dopo

²⁶⁶ Vedi sul punto T.J. COLEY, *op. cit.*, § 208; A.S. LEONARD, *A new common law of employment termination*, 66 N.C.L. Rev. 631, 1988, § 640.

²⁶⁷ Il giudizio del Legislatore secondo cui un mercato del lavoro privo di regolamentazione non garantisce un adeguato rispetto dei diritti dei lavoratori privi di rappresentanza (sindacale) è apertamente contenuto nell'affermazione di portata generale che statuisce: «*the individual unorganized worker is commonly helpless to exercise actual liberty of contract and to protect his freedom of labor...* ». Vedi *Norris-La Guardia Act*, 29 U.S.C. § 102, 1932.

l'intervento legislativo in parola, invece, coloro che rientravano nell'ambito di applicazione dello stesso non potevano essere licenziati se non in presenza di una *just cause*²⁶⁸, in mancanza della quale il lavoratore aveva diritto alla reintegrazione e al risarcimento del danno.²⁶⁹

Sotto il secondo profilo (e con stretta attinenza alla diretta determinazione da parte del Legislatore degli elementi essenziali del rapporto di lavoro), nel 1938 il Congresso americano adottò il *Fair Labor Standards Act*²⁷⁰ col quale, oltre a definire il salario minimo nazionale e una specifica maggiorazione retributiva per le ore di lavoro straordinario, si proibiva l'impiego di minori in attività particolarmente gravose. Il *FLSA* impediva, in particolare, il licenziamento del lavoratore che avesse presentato un ricorso o instaurato un procedimento a causa del mancato rispetto, da parte del datore, della normativa sul salario e sull'orario di lavoro, o che avesse semplicemente testimoniato in un procedimento analogo.²⁷¹ Lo stesso *FLSA* fu emendato dal *Equal Pay Act*²⁷² del 1963, configurante il primo

²⁶⁸ A.S. LEONARD, *op. cit.*, nota 73, aggiunge: «*The Wagner Act also prohibits discharge as retaliation against employees who file complaints under the Act or participate in Labor Board proceedings*».

²⁶⁹ Vedi J. HAYMES, B.H. KLEINER, *Federal and State Statutory Exemptions to At-Will Employment*, *Managerial Law* 43, 2001, 92-98.

²⁷⁰ Anche detto *Wages and Hours Bill*.

²⁷¹ Vedi A.D. HILL, «*Wrongful Discharge*» and the Derogation of the At-Will Employment Doctrine, Pennsylvania: Industrial Research Unit, The Wharton School, 1987.

²⁷² L'*Equal Pay Act (EPA)* è una legge federale finalizzata all'abolizione delle disparità retributive basate sul sesso. Fu firmato il 10 Giugno 1963 dal Presidente J.F. Kennedy quale parte integrante del suo *New Frontier Program*. La legge stabilisce che: «*No employer having employees subject to any provisions of this section shall discriminate, within any establishment in which such employees are employed, between employees on the basis of sex by paying wages to employees in such establishment at a rate less than the rate at which he pays wages to employees of the opposite sex in such establishment for equal work on jobs, the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to a seniority system; a merit system; a system which measures earnings by quantity or quality of production; or a different based on*

nucleo di una normativa antidiscriminatoria destinata ad ampliarsi notevolmente nei decenni successivi e a limitare decisamente l'operatività della *at will rule*. Già l'anno successivo, infatti, il Congresso promulgava il *Civil Rights Act*,²⁷³ con il quale vennero dichiarate illegali le disparità di registrazione nelle elezioni e la segregazione razziale nelle scuole, nelle strutture pubbliche e sul posto di lavoro. Sotto quest'ultimo aspetto, il Titolo VII della legge in parola vietava le condotte datoriali consistenti nel «*fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin*».²⁷⁴ Lo stesso Titolo VII, oltre a proibire al datore di lavoro di licenziare il lavoratore per le summenzionate ragioni, prevedeva due distinte possibilità di reclamo.²⁷⁵

any other factor other than sex». Vedi, in tal senso, *section 206 of title 29 of the United States Code*.

²⁷³ Il disegno di legge fu presentato dal Presidente J.F. Kennedy nel suo discorso sui diritti civili dell'11 giugno 1963, in cui chiedeva una legge "che desse a tutti gli americani il diritto di essere serviti in strutture aperte al pubblico, alberghi, ristoranti, teatri, negozi e simili", così come "maggiore tutela per il diritto di voto".

²⁷⁴ Le Corti americane hanno ricondotto al Titolo VII un ampio novero di azioni legali antidiscriminatorie. Vedi, in tal senso, *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792, 804, 1973; *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321, 338, 1977; *Lipsett v. University of Puerto Rico*, 864 F.2d 881, 898, 1988; *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 247, 1989; *Burlington Indus., Inc. v. Ellerth*, 524 U.S. 742, 1998; *Burlington N. & Santa Fe Ry. Co. v. White*, 548 U.S. 53, 2006. Verso la fine degli anni settanta, peraltro, i giudici cominciarono a ritenere che anche le molestie sessuali fossero vietate da questa legge (vedi *Chrapliwy v. Uniroyal, Inc.*, 670 F. 2d 760, 1982). Nel 1986 la Corte Suprema affermò l'equivalenza tra molestia e discriminazione sessuale, con conseguente divieto della prima a norma del Titolo VII (vedi *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57, 1986 e, circa le molestie sessuali tra persone dello stesso sesso, *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 118 S.Ct. 998, 1998).

²⁷⁵ Si stabilisce, questa volta sotto il profilo contenutistico e di merito, che «*There are two distinct types of discrimination claims: disparate treatment claims which involve allegations that an employer has treated a person less favorably because of their race, color, religion, sex, or other protected status, and disparate impact claims which involve claims that a company's facially neutral employment practice affects a protected group more harshly than others and cannot be justified by business necessity*». Vedi *Title VII of Civil Rights Act of 1964*, 42 U.S.C. Sec. 2000e-2000e-17.

Il lavoratore, infatti, poteva presentare, entro 180 giorni dal momento in cui era venuto a conoscenza della discriminazione, denuncia alla *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) abilitata a indagare, mediare ed eventualmente intentare un'azione legale, oppure poteva optare per l'introduzione di un'azione privata.²⁷⁶ Così strutturato, il Titolo VII del *Civil Rights Act* costituì un'eccezione cruciale alla *at will employment rule*. Lo sviluppo della normativa antidiscriminatoria, tuttavia, non era che all'inizio. Nel 1967 fu adottato l'*Age Discrimination in Employment Act* (ADEA), col quale venne sancita l'illegittimità del licenziamento basato su ragioni di età.²⁷⁷ Con l'*Occupational Safety and Health Act* (OSHA) del 1970 si vietò al datore di licenziare il lavoratore che avesse proposto reclamo a causa della violazione degli standard di sicurezza e salute fissati dall'*OSHA*, che avesse testimoniato in merito, o che avesse esercitato un diritto attribuitogli dalla stessa normativa. Gli anni '70, peraltro, furono caratterizzati da svariati interventi normativi che, nel garantire al lavoratore una tutela antidiscriminatoria, limitavano incidentalmente l'operatività della *at will rule*. Tra questi meritano di essere ricordati il *Vocational Rehabilitation Act*²⁷⁸ del 1973, l'*Employee Retirement Income Security*

²⁷⁶ Vedi, sulle azioni proponibili ex Titolo VII, T.J. COLEY, *ibidem*, il quale, con specifico riferimento all'azione legale privata proponibile dal lavoratore discriminato, afferma: «...if a plaintiff is able to state a claim for a violation of Title VII by a preponderance of evidence, and the defendant employer is unable to shelter itself under any relevant affirmative defense, a successful plaintiff is entitled to a wide array of remedies, such as front pay, back pay, hiring, promotion or reinstatement, attorneys' fees and court costs, pain and suffering, mental anguish, injunctive relief, and punitive damages».

²⁷⁷ Si noti, peraltro, che nel caso *General Dynamics Land System Inc. v. Cline* (124 S.Ct. 1236, 2004) la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che l'ADEA non protegge i giovani lavoratori dalle discriminazioni in favore dei più anziani.

²⁷⁸ Questa legge è finalizzata a proibire «discrimination, in general, against otherwise qualified handicapped individuals by employers who receive federal funding or governmental contracts». Vedi 29 U.S.C. secs. 701-794.

*Act*²⁷⁹ (ERISA) e il *Judiciary and Judicial Procedure Act*²⁸⁰ del 1978. Con l'*Immigration Reform and Control Act* del 1986, invece, il Legislatore Usa proibì ogni discriminazione nell'assunzione o nel licenziamento fondata sulla nazionalità o la cittadinanza del singolo.²⁸¹ Negli anni successivi il Congresso ravvisò la necessità di intervenire per garantire un'ampia e generalizzata tutela antidiscriminatoria a favore dei soggetti disabili, per lungo tempo ingiustamente ostracizzati. Tale obiettivo fu raggiunto con l'adozione nel 1990 del *American's With Disabilities Act (ADA)*²⁸² nella sezione seconda (*Finding and Purposes*) del quale si afferma: «...historically, society has tended to isolate and segregate individuals with disabilities, and, despite some improvements, such forms of discrimination against individuals with disabilities continue to be a serious and pervasive social problem». E' proprio per porre rimedio a tale "pervasive social problem" che alla sezione 102 la medesima legge stabilisce: «...no covered entity shall discriminate against a qualified individual with a disability because of the disability of such individual in regard to job application procedures, the hiring, advancement, or discharge of employees, employees compensation, job training, and other terms, conditions, and privileges of employment». L'ADA, dunque, configura un ulteriore esempio di eccezione statutaria alla *employment at will rule*. Infine, l'*Employment & Reemployment Rights of Members of the Uniformed Services (USERRA)* del 1994 ha proibito al datore di lavoro di discriminare, licenziare, o non

²⁷⁹ «*The Employee Retirement Income Security Act of 1974 prohibits discrimination against employees for seeking benefits under the employer's medical or accident insurance plan or discharge of employees in order to prevent them from attaining vested pension rights*». Vedi, sul punto, 29 U.S.C. secs. 1140, 1141, 1001 et seq.

²⁸⁰ «*Prohibits discharge of employees for service on grand or petit juries*». Vedi 28 U.S.C. sec. 1875.

²⁸¹ Vedi 8 U.S.C. sec. 1342b.

²⁸² Legge emendata dall'*ADA Amendments Act (ADAA)* del 2008.

reintegrare un membro degli *uniformed services*²⁸³ a causa del servizio militare. Il lavoratore è protetto fino ad un massimo di cinque anni di servizio militare; il datore, tuttavia, non è tenuto a reintegrare il lavoratore qualora le circostanze di fatto si siano modificate così radicalmente da rendere il reimpiego impossibile o irragionevole. Un soggetto che sia stato riassunto a norma di questa legge, inoltre, non può essere licenziato, se non *for cause*, per un anno dalla riassunzione.

Gli interventi legislativi sinteticamente richiamati,²⁸⁴ in conclusione, manifestano la tendenza del Congresso Usa a regolamentare il mercato del lavoro, limitando (più o meno incidentalmente) l'operatività della *at will rule* e garantendo una maggiore tutela del dirigente e del lavoratore in generale. In un ordinamento fondato sulla *common law*, tuttavia, è naturale che il motore dell'innovazione normativa risieda nella giurisprudenza e nella sua capacità di intercettare le esigenze sociali più impellenti. Così, nell'addentrarsi nell'analisi delle eccezioni giurisprudenziali all'*at will employment* e al licenziamento *ad nutum* del dirigente, è doveroso ricordare che è nelle aule delle Corti statunitensi che si trova il vero laboratorio di un processo evolutivo che è sociale prima ancora che giuridico, giurisprudenziale prima ancora che legislativo.

²⁸³ Gli *Uniformed Services* costituiscono le forze armate USA.

²⁸⁴ E' doveroso ricordare che, oltre alle leggi espressamente richiamate, prevedono limitazioni alla libertà di licenziamento del datore di lavoro anche il *Clean Air Act* del 1963 (42 U.S.C. sec. 7622), l'*Energy Reorganization Act* del 1974 (42 U.S.C. sec. 5851), il *Pregnancy Discrimination Act* del 1978 (42 U.S.C. sec. 2000e(k)), il *Civil Reform Act* del 1978 (5 U.S.C. sec. 7513(a)), il *Migrant & Seasonal Agricultural Worker Protection* del 1983 (29 U.S.C. sec. 1855), l'*Employee Polygraph Protection Act* del 1988 (29 U.S.C. sec 2001 et seq.), il *Family and Medical Leave Act* del 1993 (29 U.S.C. secs. 2109-2601), il *Whistleblower Provisions of the Sarbanes-Oxley Act* del 2002 (18 U.S.C. 1513 et seq.) ed infine il *Genetic Information Nondiscrimination Act* del 2008 (29 U.S.C. sec. 216(e)).

3.3.4 Le eccezioni giurisprudenziali

Commentando l'evolversi della *common law* statunitense Oliver Wendell Holmes Jr. affermava: «*It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past*».²⁸⁵

L'autore manifestava così la crescente insofferenza di una parte della dottrina americana verso la *at will rule*. Ad ogni modo è alla giurisprudenza che bisogna rifarsi per apprezzare pienamente la progressiva erosione dell'*at will employment*. In proposito, tre sono le eccezioni di matrice giurisprudenziale volte a limitare la libera licenziabilità del lavoratore e, in particolare, del dirigente USA: *public policy exception*, *implied contract of employment*, *implied obligation of good faith and fair dealing*.²⁸⁶ Dal punto di vista concettuale queste deroghe si possono poi ordinare in due grandi insiemi, a seconda che il licenziamento illegittimo ingeneri una responsabilità per fatto illecito (*tort liability*) o semplicemente una responsabilità per inadempimento contrattuale (*contractual liability*). Al primo insieme appartengono le eccezioni di *public policy*, mentre al secondo quelle derivanti dalla violazione di *implied contracts*. Si colloca invece in una posizione intermedia l'eccezione di *good faith and fair dealing*.

²⁸⁵ O.W. HOLMES, *The path of the law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 1897.

²⁸⁶ In merito alla diffusione negli Usa delle eccezioni alla *at will rule* vedi <http://www.ncsl.org/issues-research/labor/at-will-employment-exceptions-by-state.aspx>.

La *public policy exception*²⁸⁷ costituisce la barriera più significativa posta a limitazione della regola dell'*employment at will*.²⁸⁸ La sua prima enunciazione si è avuta nel caso *Petermann v. International Brotherhood of Teamsters* del 1959,²⁸⁹ in cui è stato dichiarato illegittimo il licenziamento di un lavoratore che si era rifiutato di testimoniare il falso, violando così la legge, su richiesta del proprio datore di lavoro. Nello specifico i giudici hanno sottolineato che “il diritto di licenziare un lavoratore *at will* può essere limitato dalla legge (...) o da considerazioni di ordine pubblico”: se infatti “la continuazione del rapporto di lavoro di un dipendente potesse essere condizionata dalla commissione di un atto illecito su istigazione del datore di lavoro (...)”, ciò “incoraggerebbe la condotta criminosa di entrambe le parti e danneggerebbe la corretta amministrazione degli affari pubblici, cosa chiaramente contraria all’interesse pubblico”.²⁹⁰

²⁸⁷ Vedi in materia B.F. BERGER, Note, *Defining public policy torts in at will dismissals*, 34 Stan. L. Rev. 153, 1981; M. WEISBURST, Note, *Guidelines for a public policy exception to the employment at will rule: the wrongful discharge tort*, 13 Conn. L. Rev. 617, 1981; B. SELIGMAN, *At will termination: evaluating wrongful discharge actions*, Trial, 1983, 60; F.J. CAVICO, *Employment at will and public policy*, 25 Akron L. Rev. 497, 1992.

²⁸⁸ Circa la possibilità che anche lo Stato di New York, uno dei più conservativi degli USA, ammetta l’eccezione in parola vedi *Villarín v. Rabbi Haskel Lookstein School*, 2012 NY Slip Op. 02786, 1st Dept. April 12, 2012. Per la sintesi del caso e il resoconto della sua evoluzione si faccia riferimento a http://lawprofessors.typepad.com/adjunctprofs/employmentatwill_exceptions/. Quanto al recentissimo ampliamento della portata della medesima eccezione nello Stato del Missouri vedi <http://www.weisslawstl.com/2012/05/25/missouri-court-of-appeals-expands-public-policy-exception-to-at-will-employment-doctrine/>.

²⁸⁹ 174 Cal. App. 2d 184, 1959. Secondo C.J. MUHL, *The employment at will doctrine: three major exceptions*, Monthly Labor Review, 2001, 5 e ss., “courts in other States were slow to follow California’s lead. No other State considered adopting such an exception until after 1967, and only 22 States had considered the exception by the early 1980s”.

²⁹⁰ Cfr. L.P. PENNINGTON, *The public policy exception to the employment at will doctrine: its inconsistencies in application*, Tulane Law Rev., vol. 68, No. 6, 1994, 1583-1627.

Anche nell'ordinamento statunitense si è posto però il problema di determinare con sufficiente precisione la nozione di ordine pubblico²⁹¹, specificatamente in relazione alla disciplina della risoluzione del rapporto di lavoro del dirigente. Una prima definizione di tale concetto è rinvenibile in una risalente pronuncia resa da una Corte inglese la quale, nell'annullare un contratto per la sua contrarietà all'ordine pubblico, affermava: «*Public policy ... is that principle of the law which holds that no subject can lawfully do that which has tendency to be injurious to the public, or against the public good, which may be termed, as it sometimes has been, the policy of the law, or public policy in relation to the administration of the law*».²⁹² Negli anni successivi molte Corti americane hanno fatto riferimento alla ampia nozione di *public policy* delineata nel caso *Egerton*, la quale tuttavia, proprio in conseguenza della sua indeterminatezza, comportava il configurarsi di un eccessivo potere in capo ai giudici.²⁹³ Quindi, progressivamente, la giurisprudenza è giunta a considerare quale ordine pubblico solo quello riconosciuto e definito come tale da un ristretto novero

²⁹¹ Anche negli Stati Uniti la nozione di ordine pubblico si riferisce al complesso di principi e regole fondamentali dell'ordinamento giuridico, di incondizionata applicazione. Come in Italia (cfr. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 1990, pag. 277), anche negli USA l'ordine pubblico non dipende dunque da una specifica norma legislativa che ne delimita il contenuto, ma viene definito attraverso l'attività interpretativa che opera una traduzione in termini legali di esperienze che sono preterlegali. Circa la nebulosità della nozione vedi G.E. MURG AND C. SCHARMAN, *op. cit.*, pag. 347, i quali evidenziano che nel caso *Adler v. American standard Corp.* (432 A.2d 464, Md. App. 1981) la stessa Corte riconosceva la vaghezza del concetto di *public policy* e suggeriva cautela nella sua utilizzazione: «*We have always been aware ... that recognition of an otherwise undeclared public policy as a basis for a judicial decision involves the application of a very nebulous concept to the facts of a given case, and that declaration of public policy is normally the function of the legislative branch ... The truth is that the theory of public policy embodies a doctrine of vague and variable quality, and, unless deducible in the given circumstances from constitutional or statutory provisions, should be accepted as the basis of a judicial determination, if at all, only with the utmost circumspection. The public policy of one generation may not, under changed conditions, be the public policy of another*».

²⁹² Così *Egerton v. Brownlow*, 4 H.L.Cas. 1, 196, 1853.

²⁹³ Vedi sul punto, con ampio richiamo di giurisprudenza, R.B. STANDLER, *ibidem*.

di fonti.²⁹⁴ La Corte Suprema del New Jersey, infatti, nel caso *Pierce v. Ortho Pharmaceutical Corp.*²⁹⁵ ha stabilito che “*a clear mandate of public policy*” è rinvenibile nella legislazione, nei regolamenti amministrativi, nelle decisioni giudiziali. In determinati casi, peraltro, anche un codice etico-professionale può essere espressione di una regola di ordine pubblico. Da ultimo alcuni illustri studiosi hanno tentato di ricavare dalle innumerevoli pronunce giurisprudenziali una regola generale affermando che, in forza della *public policy exception*, in ogni caso il licenziamento non può avere conseguenze nella sfera giuridica di persone che sono terze rispetto al rapporto contrattuale, soprattutto quando questa “terzietà” si incarna nell’interesse pubblico generale. Sono allora illegittimi tutti quei licenziamenti posti in essere per scoraggiare attività dei lavoratori che in qualche modo hanno una relazione, o influiscono positivamente, sull’interesse pubblico.²⁹⁶

Le Corti americane, inoltre, hanno da un lato ricondotto alla *public policy exception* casi in cui si rendeva necessario tutelare determinati diritti riconosciuti dalla legge ai lavoratori²⁹⁷, dall’altro posto la medesima

²⁹⁴ Per un’attenta disamina delle singole fonti della *public policy exception* vedi G.E. MURG AND C. SCHARMAN, *op. cit.*, pagg. 347 e ss. Confronta, inoltre, J.J. FLEISCHMANN, W.J. HELLER, M.A. SCHLEY, *The organizational guidelines and employment at will rule as applied to in house counsel*, *The Business Lawyer*, vol. 48, 1993, 611-632.

²⁹⁵ *Pierce v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 84 N.J. 58, 417 A.2d 505, 1980.

²⁹⁶ Così S. ESTREICHER AND M.C. HARPER, *The law governing the employment relationship*, 1992.

²⁹⁷ Ammessa per la prima volta nel caso *Frampton v. Central Indiana Gas Co.* (297 N.E. 2d 425, 428, 1973), tale forma di *public policy exception* ha avuto la sua più autorevole affermazione nel caso *Novosel v. Nationwide Insurance Co.* (721 F.2d 824, 1983). Novosel, dipendente dalla compagnia di assicurazioni citata poi in giudizio, era stato licenziato per essersi rifiutato di partecipare all’attività di *lobbying* da questa promossa in favore dell’emanazione da parte dello Stato della Pennsylvania di una legge che escludesse la responsabilità per colpa. Il suo rifiuto era motivato dal fatto che una simile legislazione avrebbe favorito le compagnie di assicurazione a danno degli assicurati. La Corte d’Appello per il Terzo Circuito dichiarava l’illegittimità di tale

eccezione a tutela dei *whistle-blowers*, ossia di dipendenti che rivolgendosi a propri superiori gerarchici o a enti e strutture pubbliche denunciano le attività illecite dei propri datori di lavoro o dei propri colleghi.²⁹⁸ Senza dubbio, ormai, il diritto di licenziare *at will* ha subito un'ulteriore erosione anche in quest'ultimo settore, tant'è che molti Stati hanno emanato specifici atti legislativi per tutelare i *whistle-blowers*. Tale legislazione tende, infatti, a garantire un trattamento uniforme della materia.²⁹⁹

licenziamento affermando: «Sebbene la legge non preveda specifici rimedi, in questo caso, in considerazione della libertà garantita dalla Costituzione, sia federale che statale, di svolgere attività politiche, la mancanza di una specifica previsione legislativa di ordine pubblico non costituisce un limite al diritto di agire in giudizio. Di conseguenza, un mandato di ordine pubblico può essere dedotto in questo caso dal Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti o dall'art. 1, Sec. 7 della Costituzione della Pennsylvania Questo caso indica che un'importante eccezione di ordine pubblico sorge quando il potere di assumere e licenziare è utilizzato per dettare le condizioni delle libertà politiche dei lavoratori». In dottrina vedi W.B. GOULD IV, *L'idea di "job property negli Stati Uniti"*, in *DLRI*, n. 46, 1990, 2, pagg. 369-402; C.A. SULLIVAN, D.A. CALLOWAY, M.J. ZIMMER, *Cases and materials on Employment law, Littlg, Borwn And C.*, 1993.

²⁹⁸ L'interesse pubblico insito in tale attività pare evidente; ciò nonostante non sono mancate interpretazioni discordanti in materia di *whistle-blowing*. Nel caso *Geary v. United States Steel Corp.* (319 A.2d 174, 1974) la Corte Suprema della Pennsylvania ha stabilito che non solo bisogna essere in presenza di un interesse pubblico perché l'attività di *whistle-blow* sia considerata legittima, ma è necessaria anche l'esistenza di un particolare interesse del lavoratore alla denuncia di tale attività illecita. Nel caso concreto *Geary*, addetto alla commercializzazione di tubi ad alta pressione prodotti dalla U.S. Steel, aveva rivelato, non rispettando la scala gerarchica, quelli che secondo lui erano i difetti di tali prodotti che avrebbero potuto mettere a repentaglio la vita dei consumatori. Per tale iniziativa fu poi licenziato. La Corte Suprema della Pennsylvania ha dichiarato legittimo tale licenziamento in quanto *Geary* addetto alla vendita e non al controllo di qualità, mancava di un proprio precipuo interesse a svolgere attività di *whistle-blow*. Inoltre non gli era stato chiesto di violare alcuna legge, ma solamente di ignorare una situazione potenzialmente dannosa per il consumatore. In senso opposto si è invece espressa nel 1981 la Corte Suprema dell'Illinois nel caso *Palmeteer v. International Harvester Co.* (421 N.E. 2d 876, 1981), sancendo che "nessuna eccezione di ordine pubblico è più fondamentale ... dell'applicazione del Codice Penale di uno Stato", e dichiarando quindi illegittimo il licenziamento del lavoratore in questione. In dottrina vedi L.P. PENNINGTON, *ibidem*.

²⁹⁹ Così M.W. FINKIN, A.L. GOLDMAN, C.W. SUMMERS, *Legal Protection for the individual employee*, 1989; M.P. MICELI, J.P. NEAR, C.R. SCHWENK, *Who blows the whistle and why?*, in *ILRR*, vol. 45, n. 1, 1991, pagg. 113-130. Peraltro, secondo S. ESTREICHER AND M.C. HARPER, *op. cit.*, pagg. 616-618, anche diverse leggi federali,

Quanto alle conseguenze di un licenziamento intimato in violazione di un “*clear mandate of public policy*”, nel caso *Tameny v. Atlantic Richfield Co.*³⁰⁰ è stato posto il principio che “l’azione del lavoratore è *ex delicto* ed espone il datore di lavoro a una responsabilità civile L’obbligo del datore di lavoro di non licenziare un dipendente che si rifiuta di commettere un atto criminoso non dipende da nessuna promessa, implicita o esplicita, contenuta nel contratto di lavoro ... , ma anzi riflette un dovere imposto dalla legge a tutti i datori di lavoro di rendere effettivi i fondamentali principi di ordine pubblico contenuti nelle leggi penali statali”. Tale posizione è stata poi esplicitamente ribadita nel caso *Boyle v. Vista Eyewear, Inc.*³⁰¹, in cui la Corte d’Appello del Missouri ha affermato che “se un imprenditore ha licenziato un lavoratore *at will* a causa del suo rifiuto di violare la legge o un evidente principio di ordine pubblico ... , il lavoratore ha diritto a un’azione *in tort*³⁰² per il risarcimento dei danni causati dall’illegittimo licenziamento”.

Da ultimo, un’attenta dottrina ha notato che la suddetta disciplina giurisprudenziale della *public policy exception* e delle sue conseguenze ha importanti ripercussioni a livello pratico.³⁰³ Senza dubbio, infatti, “dal punto di vista della tutela offerta ai lavoratori, il ricondurre la violazione del contratto di lavoro alla responsabilità per fatto illecito piuttosto che alla semplice responsabilità contrattuale è estremamente efficace. In questa

come per esempio il *Federal Aviation Act* del 1958 piuttosto che il *Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act* del 1970, possono essere utilizzati per tutelare i *whistle-blowers*.

³⁰⁰ 27 Cal.3d 167, 610 P.2d 1330, 164 Cal. Rptr. 839, 1980.

³⁰¹ 700 S.W. 2d 859, 1985.

³⁰² Vedi *supra* per la differenza tra *tort liability* e *contractual liability*.

³⁰³ In tal senso C.W. SABEY, *Scalpels and meat cleavers: carving a public policy limitation to the at will employment doctrine*, Utah Law Rev., n.2, 1993, 597-634; N. BENEDETTO, *Employment at will e tutela contro i licenziamenti privi di giusta causa: il caso degli Stati Uniti*, in *DRI*, n. 2, 1995, pagg. 226 e ss.

maniera infatti i risarcimenti ottenibili sono estremamente elevati, sia in termini assoluti che in rapporto a quelli garantiti da un'azione per responsabilità contrattuale. D'altro canto tale principio di *Common Law* crea una pesante disparità di trattamento tra lavoratori *non union* e lavoratori iscritti al sindacato, coperti da contratti collettivi e quindi non riconducibili alla tipologia dell'impiego *at will*. Ciò comporta per gli *unionized workers* l'impossibilità di agire in giudizio utilizzando gli strumenti processuali apprestati a tutela dei lavoratori *at will*". Questo significa in concreto che "un lavoratore appartenente al sindacato, licenziato per essersi rifiutato di compiere un atto criminoso, potrà citare il proprio datore di lavoro esclusivamente per violazione del principio di giusta causa nel licenziamento (responsabilità contrattuale), senza alcuna possibilità di far valere la responsabilità civile dell'imprenditore e quindi di ottenere un risarcimento del danno molto superiore, cosa invece possibile per un lavoratore *at will* licenziato per lo stesso motivo.³⁰⁴ Fattispecie identiche vengono dunque trattate in maniera differente, violando così uno dei principi fondamentali di qualunque ordinamento giuridico. Anche queste sono conseguenze", secondo la medesima dottrina³⁰⁵, "dell'inesistenza di una normativa federale che preveda una giusta causa di licenziamento per tutti i lavoratori subordinati", dirigenti inclusi.

L'erosione della *at will rule* è determinata, inoltre, dal riconoscimento in un significativo numero di Stati di una seconda eccezione di matrice giurisprudenziale: la *implied contract exception*. Le Corti americane, facendo applicazione di questa dottrina, considerano esistente tra le parti del rapporto di lavoro un contratto implicito, nonostante non sussista

³⁰⁴ Ciò disincentiva ulteriormente (vedi *supra*) negli Stati che riconoscono la *public policy exception* la già ridotta affiliazione sindacale.

³⁰⁵ N. BENEDETTO, *ibidem*.

nessun documento scritto concernente lo stesso.³⁰⁶ Per lungo tempo il rigido rispetto del principio dell'assoluta parità delle prestazioni all'interno di un rapporto sinallagmatico ha comportato che le promesse imprenditoriali di sicurezza del posto di lavoro o di giusta causa per il licenziamento, verbali o contenute nei regolamenti aziendali e nei manuali a uso dei lavoratori, anche appartenenti alla categoria dirigenziale (*employee handbooks*), non siano state considerate come vincolanti. A partire dagli anni Ottanta questo orientamento si è progressivamente modificato. Le Corti, infatti, secondo autorevole opinione, “non hanno più considerato l'*employment at will* una regola di legge sostanziale, ma semplicemente interpretativa e quindi soggetta a possibili variazioni. In tal modo, le indicazioni contenute negli *employee handbooks* sono state considerate come offerte rivolte dai datori di lavoro ai lavoratori e accettate da questi attraverso un comportamento concludente, vale a dire la prestazione stessa di lavoro”.³⁰⁷ Il *leading case* in materia è *Touissant v. Blue Cross & Blue Shield of Michigan*³⁰⁸ deciso dalla Corte Suprema dello stesso Stato nel 1980. In tale occasione, nello specifico, il manuale per le politiche del personale emanato dal datore di lavoro stabiliva che costituiva “politica” dell'impresa quella di licenziare i lavoratori solamente in presenza di una giusta causa. La Corte Suprema del Michigan riteneva che

³⁰⁶ Così C.J. MUHL, *op. cit.*, pag. 7.

³⁰⁷ Ancora N. BENEDETTO, *op. cit.*, pag. 227. L'autore, a sua volta, non trascura di richiamare T.J. ST. ANTOINE, *A seed germinates: unjust discharge reform heads toward full flower*, *Nebraska Law Rev.*, vol. 67, n. 56, 1988, 5681, e R.J. PRATT, *Unilateral modification of employment handbooks: further encroachments on the employment at will doctrine*, *University of Pennsylvania Law Rev.*, vol. 139, n. 1, 1990, 205-225. In giurisprudenza vedi *Woolley v. Hoffmann-La Roche, Inc.* (99 N.J. 284, 91 A.2d 1257, 1985, in cui la Corte Suprema del New Jersey affermava che i *personal policy manuals* possono essere considerati come “un'offerta diretta alla formazione di un contratto unilaterale. I lavoratori, attraverso una contrattazione di fatto, rendono vincolante l'offerta continuando a lavorare sebbene non obbligati a farlo”.

³⁰⁸ 408 Mich. 579, 292 N.W.2d 880, 1980.

questa affermazione potesse essere fatta valere come promessa contrattuale in grado di limitare il potere del datore di lavoro di mettere fine al contratto.³⁰⁹ Successivamente in molte altre sedi giudiziarie si è riconosciuto che le garanzie scritte di stabilità del posto di lavoro contenute in manuali aziendali o in altri documenti possono rappresentare un limite alla licenziabilità *at will* del lavoratore e, in particolare, del dirigente.³¹⁰ Tale mutamento nell'orientamento giurisprudenziale non ha, peraltro, lasciato indifferenti i datori di lavoro, i quali hanno tempestivamente elaborato alcune contromisure atte a evitare il configurarsi di una specifica responsabilità derivante dalla violazione delle promesse contrattuali implicite contenute negli *employee handbooks* e nei *personal policy manuals*. Gli *employers* dunque, al fine di limitare l'operatività della *implied contract exception*, hanno, da un lato, eliminato ogni accenno a promesse di *job security* e, dall'altro, fatto ricorso ai cosiddetti *disclaimers*: modificazioni unilaterali degli *employee handbooks*³¹¹ attraverso l'inserimento di clausole contrattuali con cui il datore di lavoro specifica che quanto contenuto nel regolamento aziendale non può considerarsi alla stregua di una promessa contrattuale. Come sottolinea un'autorevole dottrina,³¹² infatti, la posizione datoriale si fonda sul principio - opposto a quello secondo cui le promesse unilaterali contenute negli *employee handbooks* diventano vincolanti attraverso il comportamento concludente dei lavoratori - che le modificazioni unilaterali dei manuali aziendali dei

³⁰⁹ Così J.H. VERKERKE, *Employment Contract Law*, The New Palgrave Dictionary of Economics and Law, 1988.

³¹⁰ C.J. MUHL, *op. cit.*, pag. 8, considera invece il rigetto di tale eccezione da parte di Florida, Texas e Pennsylvania.

³¹¹ Vedi in particolare B.T. KOHN, *Contracts of convenience: preventing employers from unilaterally modifying promises made in employee handbooks*, 24 *Cardozo Law Rev.* 799, 1993.

³¹² M.A. CHAGARES, *Utilization of the disclaimers as an effective means to define the employment relationship*, *Hofstra Law Rev.*, vol. 17, n.2, 1989, 365-406.

lavoratori devono considerarsi accettate se questi ultimi continuano a prestare servizio. Le modificazioni unilaterali in parola, tuttavia, non devono essere pretestuose,³¹³ né possono incidere sui diritti già acquisiti dai lavoratori.

Nella considerazione della *implied contract exception* non si deve, da ultimo, tralasciare il necessario riferimento alla *promissory estoppel theory*.³¹⁴ Questa teoria, specificazione e ampliamento della eccezione in esame, opera in quei casi in cui, pur non essendoci alcuna promessa reciproca che possa (anche solo implicitamente) dar luogo a un rapporto obbligatorio vincolante, una parte (*employee*) ripone affidamento nella promessa unilaterale dell'altra (*employer*). In *Hackett v. Foodmaker, Inc.*,³¹⁵ ad esempio, un lavoratore si era spostato unitamente alla sua famiglia dalla California al Michigan confidando nella promessa del datore secondo la quale sarebbe divenuto *manager* di un centro di vendita al dettaglio di prodotti alimentari. Nonostante in seguito ad *Hackett* fosse negata dal datore la posizione lavorativa, la Corte ritenne che la promessa fattagli dovesse essere rispettata in conseguenza dell'affidamento che lo stesso lavoratore aveva fatto su di essa. Quindi affinché possa trovare applicazione la *promissory estoppel theory* è necessario che ricorrano quattro fattori: una promessa chiara e univoca del datore; che lo stesso datore si aspetti che ragionevolmente tale promessa ingeneri l'affidamento

³¹³ Afferma N. BENEDETTO, *op. cit.*, pag. 228 (con significativo richiamo a T.M. SHAUGHNESSY, “*Johnson v. Morton Thiokol*” and *handbook disclaimers: allowing employers to have their cake and eat it too*, Utah Law Rev., 1992, 1065-1103) che “l’inserimento di un *disclaimer* in un *employee handbook* che dispone una minuziosa disciplina per il licenziamento o contiene chiare promesse circa la tutela del posto di lavoro, è un atto assolutamente pretestuoso che ha come unico fine il non mantenere le promesse contrattuali implicite. Le Corti in presenza di tale ipotesi non hanno avuto alcuna remora a sanzionare simili comportamenti”.

³¹⁴ Vedi sul punto G.E. MURG AND C. SCHARMAN, *op. cit.*, pagg. 359-361.

³¹⁵ 69 Mich. App. 591, 245 N.W.2d 140, 1976.

del lavoratore; che la promessa induca una attività che risulta essere pregiudizievole per quest'ultimo; che l'azione del lavoratore sia fondata sul predetto affidamento.³¹⁶ Accanto alla *promissory estoppel theory* alcune Corti hanno riconosciuto, in presenza di alcuni fattori ulteriori, la *equitable estoppel theory*.³¹⁷ In base a tale teoria la giurisprudenza afferma, laddove sia stata fatta una promessa orale di impiego a tempo indeterminato, l'inutilizzabilità da parte del datore delle sue tradizionali difese contrattuali, quali lo *Statute of frauds*³¹⁸ o il *lack of mutuality* dell'obbligazione lavorativa.³¹⁹ Il datore, dunque, è "equamente precluso" dal fondare la sua difesa sulla mera assicurazione orale - che ha indotto l'*employee* ad accettare la posizione lavorativa - dell'impiego a tempo indeterminato.³²⁰ Da ultimo, alcune Corti³²¹ individuano un'eccezione all'*at will employment* nel *implied covenant of good faith and fair dealing* presente in ogni

³¹⁶ Il *RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS*, § 90, 1981, definisce la "promessa precludente" (*promissory estoppel*) nel modo seguente: «*A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise*».

³¹⁷ Vedi ancora G.E. MURG AND C. SCHARMAN, *ibidem*.

³¹⁸ Tale legge proibisce l'esecuzione forzata di contratti della durata superiore a un anno e mezzo a meno che le parti sanciscano per iscritto il loro accordo su tale durata superiore. In alcune sedi giudiziarie, questa regola impedisce qualsiasi tentativo volto a provare che un determinato accordo verbale configuri una clausola contrattuale avente ad oggetto la durata a tempo indeterminato del rapporto con possibilità di recesso soltanto per giusta causa. In tal senso L.J. POSTIC, *Wrongful Termination: A necessary Change in the Law*, Ohio State Law Journal, 1979.

³¹⁹ Si deve sottolineare che non sempre una promessa orale di impiego a tempo indeterminato è suscettibile di fondare una azione fondata sulla *estoppel theory*. Vedi in giurisprudenza *McMath v. Ford Motor Co.*, 77 Mich. App. 721, 259 N.W.2d 140, 1977.

³²⁰ Altre teorie hanno occasionalmente ottenuto successo in giurisprudenza. Ad esempio, in alcuni Stati, una lunga anzianità di servizio del lavoratore può essere considerata come fondamento per la presunzione di una clausola contrattuale implicita contro il recesso ingiustificato.

³²¹ C.J. MUHL, *op. cit.*, pag. 10, ricorda che la maggioranza delle Corti americane hanno rigettato l'eccezione in parola e richiama, a titolo esemplificativo, il ragionamento usato dalla Corte d'Appello della Florida nel caso *Catania v. Eastern Airlines, Inc.* (381 So.2d 265, 1980). Secondo tale Corte "*the burden on courts of having to determine an employer's motive for terminating an employee was too great an undertaking*".

contratto di lavoro. La sussistenza nel contratto di lavoro di un obbligo di buona fede e correttezza trova la sua genesi nella *traditional contract law* americana volta a tutelare, proprio tramite tale clausola implicita, i lavoratori che hanno ottenuto determinati *benefits* nel corso del rapporto. In *Coleman v. Graybar Electric Co.*³²² la Corte riconosceva espressamente l'obbligo del datore di non privare il lavoratore *at will* dei diritti ormai acquisiti licenziandolo senza giusta causa. E' tuttavia solo in *Fortune v. National Cash Register Co.*³²³ che la Corte Suprema del Massachusetts afferma la sussistenza di una clausola implicita di buona fede e correttezza in ogni contratto di lavoro. Nel caso specifico la Corte sanciva l'illegittimità di un licenziamento fatto per non pagare a un venditore una sostanziosa provvigione. Pur non mettendo assolutamente in discussione il diritto dell'azienda di troncare il rapporto di lavoro, i giudici contestavano le finalità del licenziamento; finalità contrarie al principio in base al quale "la buona fede e la correttezza tra le parti sono requisiti che pervadono tutto l'ordinamento statunitense; si può giustamente dire che le parti di un contratto o di una transazione commerciale sono vincolate da questa regola". Qualche anno dopo, in *Cleary v. American Airlines, Inc.* la Corte Suprema della California compiva un passo ancora ulteriore sganciando la

³²² 195 F.2d 374, 378, 1952. In tale occasione la Corte affermava: «A construction of language ... which would permit the employer to terminate the continuity of service without any cause and as a matter of arbitrary choice, or because of a desire to evade the payment of additional compensation would be entirely inconsistent with the purpose of the plan and, in the absence of clear and compelling language, should not be adopted ... We do not think that the language of the employment application which granted the employer the right to terminate the employment in its discretion at any time can be so imported into the language of the compensation plan as to authorize a construction of its provisions to mean also that a discharge, even if otherwise authorized without cause, would bring such a cessation of employment within the terms of the forfeiture provision».

³²³ 373 Mass. 96, 364 N.E.2d 1251, 1977.

presenza della clausola in parola dalla necessità di garantire al lavoratore la piena tutela dei diritti acquisiti.³²⁴

Circa le conseguenze che derivano dalla violazione della clausola in esame alcuni studiosi hanno sottolineato che “da un lato stanno ... le obbligazioni che sorgono dall’accordo delle parti, la cui violazione dà origine a una responsabilità contrattuale; dall’altro sta il patto di buona fede e correttezza, il cui rispetto non deriva da una manifestazione di volontà ma da uno specifico obbligo posto in capo ai contraenti dalla legge, la cui violazione costituisce un illecito civile”.³²⁵ Tale posizione non risulta peraltro univoca in quanto in senso contrario si è espressa in *Foley v. Interactive Data Corp.*³²⁶ la Corte Suprema della California, negando la possibilità di un’azione autonoma per illecito civile basata sulla violazione del *covenant of good faith and fair dealing* e affermando che “essendo (il patto di buona fede) un termine contrattuale, il risarcimento per la sua violazione è stato quasi sempre limitato ai rimedi contrattuali piuttosto che a quelli civili In quanto principio contrattuale, la violazione di tale dovere comporta l’imposizione dei danni contrattuali determinati secondo la natura della violazione e lo standard dei principi contrattuali”.

³²⁴ 111 Cal. App. 3d 443, 168 Cal. Rptr. 722, 1980. Secondo G.E. MURG AND C. SCHARMAN, *op. cit.*, pag. 366, la Corte rifiutava “*to recognize the distinction between bad faith discharges to defeat an earned benefit and other kinds of employee discharges. The court stated, in dicta, that a duty of good faith and fair dealing was to be implied in all employment contracts*”.

³²⁵ Così N. BENEDETTO, *op. cit.*, pag. 229, con richiamo a S.J. SCHWAB, *Life-cycle justice: accomodating just cause and employment at will*, Michigan Law Rev., vol. 92, n. 1, 1993, 8-62.

³²⁶ 47 Cal. 3d 654, 254 Cal. Rptr. 211, 765 P.2d 373, 1988. Tale decisione configura un *revirement* giurisprudenziale della Suprema Corte della California, che fino ad allora si era mostrata favorevole al riconoscimento di un’azione *in tort* per la violazione del patto di *good faith and fair dealing*.

3.4 Il licenziamento del dirigente Usa: caos e possibili soluzioni

L'analisi dell'evoluzione della disciplina del licenziamento del dirigente statunitense porta inevitabilmente il giuslavorista europeo a considerarne la scarsa sistematicità e uniformità: esistono differenze tra lavoratori sindacalizzati e non, tra la legislazione e la giurisprudenza di uno Stato e quella di un altro, mentre la regola dominante (*employment at will*) è colpita da una lenta ma inesorabile erosione.

Questo caotico quadro ha portato gli studiosi a elaborare diverse possibili soluzioni. In primo luogo, alcuni autori³²⁷ hanno ritenuto che una serie di elementi che nel tempo sono venuti a caratterizzare il rapporto di lavoro negli Usa (quali la maggiore cura e attenzione dedicata dal datore al processo di assunzione, la previsione di un'assistenza sanitaria, di prestazioni pensionistiche e di un periodo di ferie retribuite), uniti alla progressiva erosione della *at will rule*, abbiano ingenerato nel lavoratore una aspettativa di continuità e di stabilità dell'impiego. Conseguentemente le Corti dovrebbero ritenere operante tra le parti del contratto di lavoro una presunzione di legittima licenziabilità del lavoratore soltanto per giusta causa. Tale presunzione, peraltro, sarebbe superata dall'esplicito richiamo all'*at will employment* nell'ambito del contratto.³²⁸ Il compito di garantire ordine e di dare una regola al sistema è, secondo questi autori, di esclusiva competenza della giurisprudenza. La titubanza del Legislatore e il

³²⁷ P. STONE PARTEE, *ibidem*, che differenzia la sua analisi a seconda del fatto che i lavoratori siano o meno soggetti ad un "monopoly power"; A.S. LEONARD, *ibidem*, secondo il quale "These circumstances justify the courts in rethinking the common-law presumption and restructuring it to reflect the contemporary employment law setting. A presumption consistent with employee and employer expectations would require employers to advance a plausible reason for termination when an employee could show that the job continued to exist and the employee was qualified to continue performing it, and would award suitable make-whole damages if threatened litigation could not be settled";

³²⁸ In dottrina si parla infatti di una "rebuttable just cause presumption".

contenzioso crescente sono i presupposti di cui le Corti necessitano per affermare e diffondere la suddetta presunzione.

Più di recente non è mancato chi ha ritenuto di individuare la soluzione (o almeno parte di essa) ai problemi che affliggono il mercato del lavoro americano nella espressa contrattualizzazione³²⁹ dei rapporti di lavoro. Ciò consentirebbe di completare l'opera di erosione dell'*at will scheme* già iniziata dalla giurisprudenza e, contemporaneamente, di sottrarre alla *common law* il potere di decidere la sorte del rapporto lavorativo.³³⁰

V'è stato anche chi³³¹ ha suggerito ai datori, alla luce del più recente sviluppo delle eccezioni alla *at will employment rule*, di adottare delle procedure atte ad assicurare che i licenziamenti siano basati su elementi oggettivi e compiuti in buona fede. Per garantire ciò dovrebbe essere previsto un procedimento di confronto e di reclamo interno all'impresa che consenta al dipendente di essere sentito. Questa soluzione consentirebbe anche all'*employer* di provvedere alla diretta reintegrazione dei lavoratori licenziati senza giusta causa.

³²⁹ Infatti, come già sottolineato (vedi *supra*), la stragrande maggioranza dei rapporti di lavoro negli Usa non è basata su un contratto espresso.

³³⁰ Così T.J. COLEY, *ibidem*, per il quale "... *both parties would be wise to insist upon undertaking employment pursuant to an express contract rather than leaving their fates in the hands of the common law. Employment pursuant to express contract has been shown to be superior not merely because it serves as an alternative to the employment-at-will scheme, but also on the grounds that it complements common law wrongful discharge rules...*".

³³¹ Così G.E. MURG AND C. SCHARMAN, *op. cit.*, pagg. 383-384.

La netta maggioranza degli studiosi,³³² tuttavia, ritiene che la soluzione ottimale consista nella “uniformazione legislativa attraverso l’introduzione a livello federale del principio di giusta causa nel licenziamento”³³³ di tutti i lavoratori subordinati, dirigenti compresi. La proposta ancora oggi più interessante è elaborata da una coppia di autori³³⁴ i quali, per l’appunto, sostengono che la strada ottimale per il superamento della *at will rule* sia data dalla elaborazione di una normativa federale strettamente rivolta alla enunciazione e alla disciplina di quella che potremmo definire *just cause rule*. Gli studiosi, nello specifico, suggeriscono che i datori di lavoro con meno di dieci dipendenti siano esentati dall’applicazione della suddetta normativa. Tale esenzione dovrebbe operare anche a favore dei datori aderenti a un contratto collettivo che tuteli i lavoratori dal licenziamento ingiustificato e degli *employers* che volontariamente e autonomamente abbiano adottato un sistema analogo. La normativa limitativa del licenziamento non produrrebbe i suoi effetti nemmeno nei confronti di quei lavoratori che già si giovano di una apposita tutela, come i dipendenti pubblici, gli iscritti al sindacato o, ancora, i lavoratori che vantano un vero e proprio contratto scritto di lavoro. Peraltro l’intervento legislativo prospettato, secondo gli autori, dovrebbe proteggere gli *employees* dai licenziamenti ingiustificati soltanto laddove sia stato superato con successo

³³² Vedi, tra gl’altri, A.C. MCGINLEY, *Rethinking civil rights and employment at will: toward a coherent national discharge policy*, 57 Ohio St. L.J. 1443, 1996; R.B. STANDLER, *ibidem*; E.R. COTTONE, *op. cit.*, pagg. 6 e ss. Particolarmente interessante è la posizione di STANDLER, il quale sostiene che, in realtà, il compito di riformare la *common law* dando luogo al definitivo superamento della *at will rule* spetti propriamente alla giurisprudenza (l’autore parla di “*proper role of common law*”). E’ soltanto la riluttanza delle Corti ad adoperarsi in tal senso che rende necessario l’intervento del Legislatore.

³³³ In tal senso N. BENEDETTO, *op. cit.*, pagg. 229-230, il quale con riferimento alla introduzione di una normativa federale sulla giusta causa di licenziamento parla superficialmente di “soluzione a tutti i problemi”.

³³⁴ J. STIEBER & M. MURRAY, *Protection against unjust discharge: the need for a federal statute*, 16 U. Mich. J.L. Reform 319, 1983.

un periodo di prova iniziale.³³⁵ La legge federale, inoltre, sarebbe strutturata in modo da contemplare una procedura conciliativa informale da esperirsi necessariamente prima di proporre un'azione in giudizio o di introdurre un arbitrato.³³⁶ Gli stessi studiosi individuano nella reintegrazione “*with back-pay*” la tutela da garantirsi al lavoratore di una grande impresa, licenziato senza giusta causa, mentre al dipendente di una piccola *company* non spetterebbe che un risarcimento in denaro. Altra dottrina³³⁷ si è adoperata per dimostrare che l'introduzione di una disciplina limitativa dei licenziamenti non danneggerebbe l'economia americana determinando un aumento della disoccupazione o una riduzione degli investimenti stranieri nel Paese ma, al contrario, porterebbe le imprese a operare le assunzioni con maggiore cura e attenzione e a sviluppare procedure disciplinari e conciliative interne atte a evitare il ricorso all'autorità giudiziaria.

Molti autori, peraltro, trascurano o affrontano solo superficialmente il problema di individuare una definizione soddisfacente ed equilibrata di *just cause*. Per lungo tempo, infatti, le Corti americane hanno genericamente definito la giusta causa di licenziamento quale “*fair and honest cause or reason*”.³³⁸ Tale definizione, tuttavia, risultando eccessivamente ampia, lasciava ai giudici e alla giuria un grande margine di discrezionalità. La

³³⁵ Così ancora J. STIEBER & M. MURRAY, *ibidem*. In senso conforme vedi anche A.C. MCGINLEY, *ibidem*, la quale, a sua volta, propone “*an omnibus federal “just cause” employment statute*” e afferma che “*this proposal would cover all wrongful discharge cases brought by employees who have passed the probationary period of employment*”.

³³⁶ A.C. MCGINLEY, *ibidem*, opta direttamente per l'arbitrato, omettendo il passaggio attraverso la procedura conciliativa o di mediazione informale.

³³⁷ Sempre A.C. MCGINLEY, *ibidem*. Vedi anche con riferimento all'esperienza britannica G.D. NEWMAN, *The model employment termination act in the United States: lessons from the british experience with uniform protections against unfair dismissal*, 27 *Stan. J. Int'l L.* 393, 1991, 417-418.

³³⁸ Così *Trans World Airlines, Inc. v. Beaty*, 402 F.Supp. 652, 1975; *Weaver v. State Personnel Bd.*, 71 Wis. 2d 46, 237 N.W.2d 183, 1976; *Hollingsworth v. Board of Educ.*, 208 Neb. 350, 303 N.W.2d 506, 1981.

giurisprudenza e la dottrina, quindi, hanno intrapreso un cammino finalizzato a individuare una nozione di *just cause* più stringente e significativa. Le Corti dapprima, con approccio estremamente pragmatico, hanno adottato diversi “*tests*” strutturati in sintetiche e precise domande cui lo stesso giudice doveva rispondere al fine di riscontrare l’effettiva sussistenza della giusta causa di licenziamento.³³⁹ Successivamente la decisione resa dalla Corte Suprema di Washington nel caso *Baldwin v. Sisters of Providence, Inc.*³⁴⁰ ha rappresentato la tappa fondamentale di tale percorso evolutivo in quanto nel contesto della stessa, combinando profili di ragionevole convincimento oggettivo e di valutazione soggettiva, il licenziamento per giusta causa è stato qualificato quale “*discharge ... that is not for any arbitrary, capricious, or illegal reason and that is based on facts supported by substantial evidence and reasonably believed by the employer to be true*”. Questa definizione, infatti, ha rappresentato un parametro di riferimento per tutta la giurisprudenza successiva. Più di recente in dottrina vi è stato chi, con proposta innovativa, ha sostenuto che i giudici dovrebbero fornire come protezione una giusta causa variabile in riferimento al ciclo della vita. Secondo l’autore³⁴¹ i lavoratori all’inizio e al termine della loro carriera sono più vulnerabili nei riguardi dei licenziamenti dettati da ragioni meramente opportunistiche. Di conseguenza, i giudici dovrebbero offrire protezione a quei lavoratori, di

³³⁹ Vedi i c.d. “*seven tests of just cause*” elaborati da C.R. DAUGHERTY nel caso *Enterprise Wire Co. v. Enterprise Independent Union*, 46 Lab. Arb. Rep. (BNA) 359, 1966, e i c.d. “*eight tests for the determination of just cause*” adottati dalla Corte Suprema Americana nel caso *United Paperworkers International Union, AFL-CIO, et al. v. Misco, Inc.*, 484 U.S. 29, 1987.

³⁴⁰ 112 Wash. 2d 127, 769 P.2d 298, 1989. In dottrina si occupa ampiamente della decisione in parola W.J. DELMENDO, *Comment: Determining just cause: an equitable solution for the workplace*, 66 Wash. L. Rev. 831, 1991, la quale propone l’adozione da parte delle Corti di un “*balancing test*” che consenta alla giuria di contemperare gli interessi del datore e del lavoratore.

³⁴¹ S.J. SCHWAB, *ibidem*.

recente assunzione, che hanno dovuto sostenere dei costi rilevanti per accettare il nuovo impiego; un rapporto basato sulla libertà di recesso sarebbe appropriato nel periodo di mezzo della carriera lavorativa. I lavoratori al termine della loro carriera, invece, avendo adempiuto la loro parte nello scambio implicito correlato al ciclo della vita, meriterebbero protezione contro i licenziamenti dettati da ragioni meramente opportunistiche. Non è mancato anche chi³⁴² ha acutamente rilevato la particolare difficoltà che si riscontra nello stabilire in cosa consista e quando ricorra la giusta causa di licenziamento del dirigente e, in particolare, del *upper level manager*. Infatti i criteri oggettivi utilizzati di frequente dalla giurisprudenza statunitense per misurare o quantificare la produttività del normale lavoratore dipendente e per giustificare il licenziamento non sono utilizzabili con riferimento al dirigente. Quest'ultimo è valutato a partire da criteri differenti, molti dei quali hanno carattere soggettivo: per esempio la mancanza di fiducia fra superiori, collaboratori e sottoposti è spesso un fattore determinante nel decidere di licenziare un dirigente.³⁴³ E' evidente, dunque, che tale decisione è basata nella maggioranza dei casi su considerazioni di stampo soggettivo.

In conclusione sia la giurisprudenza che la dottrina statunitensi, a fronte della progressiva erosione della *at will rule*, hanno prospettato diverse possibili soluzioni per una equilibrata regolamentazione del mercato del lavoro Usa e hanno tentato di risolvere i principali problemi che tale operazione comporterebbe. La prospettiva più ampiamente condivisa, come già evidenziato, è quella di un intervento del legislatore federale il quale,

³⁴² G.E. MURG AND C. SCHARMAN, *op. cit.*, pag. 377.

³⁴³ In *Pughs v. See's Candies Store, Inc.*, 116 Cal. App. 3d 311, 171 Cal. Rptr. 917, 1981, la Corte stabiliva: «*Where as here, the employee occupies a sensitive managerial or confidential position, the employer must of necessity be allowed substantial scope for the exercise of subjective judgment*».

tuttavia, nonostante le svariate sollecitazioni non è andato oltre l'adozione nel 1991 di un modello di legge riguardante l'introduzione del principio di giusta causa nel licenziamento dei lavoratori subordinati, raccomandandone l'adozione ai vari Stati.³⁴⁴ Non altrettanto titubante si è mostrato il Legislatore statale, che ha disciplinato direttamente la materia. Allo studioso s'impone quindi il rapido esame dei casi e delle modalità con le quali lo stesso Legislatore statale è intervenuto nonché delle conseguenze che tale attività normativa ha determinato.

3.5 L'azzardo del Montana: un esperimento riuscito?

Nel 1987 lo Stato del Montana adottava il primo e, per ora, unico atto legislativo che impone una giusta causa per il legittimo licenziamento dei lavoratori, dirigenti inclusi, del settore privato. Questo intervento normativo, tuttavia, ha le sue origini in un quinquennio di decisioni giudiziali che progressivamente hanno condotto alla sua emanazione.

Il quattro gennaio del 1982, infatti, la Corte Suprema del Montana riconosceva, per la prima volta, la presenza di un *implied covenant of good faith and fair dealing*³⁴⁵ nel contratto di lavoro dell'*at will employee*. La portata di tale prima decisione, conosciuta come "*Gates I*", era però limitata, in quanto nella stessa la Corte sosteneva soltanto che il patto di buona fede e correttezza era implicito nel contratto in conseguenza della

³⁴⁴ Si tratta del *Model Employment Termination Act* ("META"), proposto dalla *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws*. Vedi in merito N.J. PASMAN, *The public interest exception to the employment at will doctrine: from crime victims to whistleblowers, will be the real public policy please stand up?*, *University of Detroit Mercy Law Review*, vol.70, Issue 3, 1993, 559-604; E. DOMINIC & V. MCINERNEY, *Employment at will and wrongful discharge in Ohio*, LSC Members' Brief, Vol. 126, Issue 10, 2006.

³⁴⁵ Vedi *supra*.

prescrizione, contenuta nel manuale aziendale, di un necessario preavviso scritto che avrebbe dovuto precedere il licenziamento del lavoratore.³⁴⁶ In una pronuncia successiva la Corte Suprema espandeva la responsabilità del datore per violazione del *implied covenant* e ampliava il danno risarcibile a favore del lavoratore illegittimamente licenziato.³⁴⁷ La Corte poi andava oltre ritenendo ammissibile una azione per violazione del patto implicito di buona fede e correttezza anche in assenza di un manuale aziendale. Essa affermava che tale patto ricorreva nel contratto di lavoro già a partire da comportamenti dell'*employer* tali da ingenerare nell'*employee* il legittimo affidamento nella stabilità dell'impiego e nella correttezza del trattamento.³⁴⁸ In una quarta decisione la Corte Suprema aggiungeva ancora che il datore di lavoro era tenuto a rispettare il dovere di buona fede e correttezza anche nel suo relazionarsi con i lavoratori in prova.³⁴⁹

D'altra parte non tutte le pronunce giurisprudenziali rese tra il 1982 e il 1987 ampliarono i diritti e i rimedi giuridici riconosciuti al lavoratore, anche in posizione dirigenziale. Alcune decisioni, infatti, espressero un orientamento decisamente più restrittivo con riferimento alla presenza e alla portata nel contratto di lavoro del patto implicito di buona fede e correttezza. Ciò, secondo certa dottrina, a causa dell'ascesa alla Corte Suprema del Montana di alcuni giudici maggiormente conservatori.³⁵⁰

³⁴⁶ *Gates v. Life of Montana Ins. Co.*, 196 Mont. 178, 184-85, 638 P.2d 1063, 1066-67, 1982, (“*Gates I*”).

³⁴⁷ Vedi *Gates v. Life of Montana Ins. Co.*, 205 Mont. 304, 307, 668 P.2d 213, 215, 1983, (“*Gates II*”), nel quale la Corte afferma “*that breach of the covenant of good faith and fair dealing was a tort for which a plaintiff could recover not only economic damages, but also compensatory and punitive damages*”.

³⁴⁸ *Dare v. Montana Petroleum Mktg. Co.*, 212 Mont. 274, 282, 687 P.2d 1015, 1020, 1984.

³⁴⁹ Così nel caso *Crenshaw v. Bozeman Deaconess Hosp.*, 213 Mont. 488, 498, 687 P.2d 487, 492, 1984.

³⁵⁰ In tal senso in dottrina L. SCHRAMM, *Montana employment law and the 1987 wrongful discharge from employment act: a new order begins*, 51 Mont. L. Rev. 94,

Tuttavia la decisione “*Gates I*” e le pronunce dalla stessa discendenti portarono molti imprenditori e compagnie di assicurazione a rivolgersi al Legislatore statale affinché lo stesso adottasse una normativa idonea a regolamentare e circoscrivere la responsabilità per fatto illecito derivante in capo agli stessi dalla violazione del *implied covenant of good faith and fair dealing*. Nel 1987 veniva quindi promulgato lo storico *Montana Wrongful Discharge Act* (“*MWDA*”) il quale, pur garantendo maggiore tutela al dirigente e, in generale al lavoratore, nel licenziamento, rispondeva principalmente alle originarie istanze datoriali che ne avevano determinato l’emanazione.³⁵¹

La normativa in parola, infatti, in vigore dal primo di luglio del 1987, sancisce la illegittimità del licenziamento del lavoratore irrogato quale rappresaglia per il rifiuto dello stesso di violare l’ordine pubblico o per la denuncia di una tale violazione;³⁵² qualifica quale illegittimo anche il licenziamento, non sorretto da giusta causa, dell’*employee* che ha terminato il periodo di prova; ribadisce l’illegittimità del licenziamento irrogato dal datore trasgredendo le direttive scritte sulla politica del personale dallo stesso espressamente dettate.³⁵³ Il *MWDA*, inoltre, si preoccupa di affrontare lo spinoso problema della determinazione della esatta portata dei concetti di *public policy* e di *good cause*. Esso espressamente definisce

107-08 n. 79, 1990. Vedi sul punto in giurisprudenza *Maxwell v. Sisters of Charity of Providence of Montana*, 645 F.Supp. 937, 939, 1986; *Mead v. McKittrick*, 223 Mont. 428, 431, 727 P.2d 517, 519, 1986; *Miller v. Catholic Diocese of Great Falls*, 224 Mont. 113, 116-17, 728 P.2d 794, 796, 1986; *Brinkman v. State*, 224 Mont. 238, 250, 729 P.2d 1301, 1309, 1986; *Belcher v. Dept. of State Lands*, 228 Mont. 352, 358-59, 742 P.2d 475, 479, 1987; *Coombs v. Gamer Shoe Co.*, 239 Mont. 20, 24, 778 P.2d 885, 887, 1989.

³⁵¹ Secondo A.C. MCGINLEY, *ibidem*, “*the Montana Wrongful Discharge From Employment Act (“Montana Act”)* seems designed to protect the interests of business rather than those of employees”.

³⁵² MONT. CODE ANN. § 39-2-903 (2).

³⁵³ MONT. CODE ANN. § 39-2-904.

quale ordine pubblico “*a policy in effect at the time of the discharge concerning the public health, safety, or welfare established by constitutional provision, statute, or administrative rule*”, adottando evidentemente una nozione ampia nella sua portata intrinseca ma precisa nella individuazione delle potenziali fonti estrinseche della stessa; ciò al fine di limitare nel caso concreto l’eccessiva discrezionalità ricostruttiva della giurisprudenza. Il *Montana Wrongful Discharge Act*, ancora, ritiene sussistente la giusta causa di licenziamento del dirigente e, in generale, del lavoratore dipendente, allorché ricorrano “*reasonable job-related grounds for dismissal based on a failure to satisfactorily perform job duties, disruption of the employer’s operation, or other legitimate business reason*”. Questa definizione si mostra, invece, scarsamente pregnante a causa dell’utilizzo di nozioni indeterminate nella loro portata concreta, le quali lasciano in definitiva ampio spazio di interpretazione alle Corti. Solo queste ultime, quindi, si rivelano davvero capaci di individuare l’effettiva sussistenza nella realtà empirica della *good cause*.³⁵⁴

L’impronta padronale che caratterizza il *MWDA* emerge allorché si considera che, nonostante lo stesso garantisca al dirigente e al dipendente in genere tutele sostanziali di gran lunga più rilevanti di quelle previste da qualunque altra legge, il periodo in cui opera la disciplina limitativa del licenziamento e in cui è possibile esperire i rimedi giudiziali connessi è rigorosamente contenuto. Un’azione in giudizio, secondo la normativa in esame, deve essere proposta entro il termine di un anno dalla data del

³⁵⁴ E’ curioso peraltro constatare che, a fronte di una sì vaga definizione di giusta causa, il *MWDA* si è preoccupato di operare una esplicita concessione alla *lobby* del tabacco stabilendo: «*legal use of a lawful product by an individual off the employer’s premises during nonworking hours is not a legitimate business reason*». Ciò a meno che l’imprenditore non operi in forza di una diversa normativa che gli consente di limitare, in presenza di determinate circostanze, l’uso di cibo, bevande o tabacco da parte dei suoi dipendenti. Così MONT. CODE ANN. § 39-2-903 (5) e §§ 39-3-313(3) e (4).

licenziamento e il datore può pretendere che il lavoratore partecipi alla sua procedura interna di garanzia³⁵⁵ per un periodo di durata non superiore a centoventi giorni.³⁵⁶ La legge peraltro predefinisce la portata risarcitoria delle azioni giudiziali nascenti dal licenziamento. Il lavoratore, infatti, può ottenere il risarcimento dei danni, oltre gli interessi, che gli derivano dalla perdita della retribuzione e dei *fringe benefits* per un periodo di quattro anni dalla data del licenziamento, ma dedotto l'ammontare delle somme guadagnate *medio tempore* o di quelle che avrebbe potuto guadagnare usando l'ordinaria diligenza.³⁵⁷ Per quanto concerne invece i c.d. "*punitive damages*",³⁵⁸ il lavoratore che agisce in giudizio può ottenerne il risarcimento solo provando in modo assolutamente chiaro e convincente che il datore ha agito con dolo.

Il *MWDA*, inoltre, prevede con una normativa rigorosa la possibilità di risolvere in via arbitrale le controversie insorte tra datore e lavoratore, in modo da evitare un eccessivo ricorso all'autorità giudiziaria. Entro sessanta giorni dalla presentazione del reclamo, infatti, una delle due parti può proporre all'altra la strada dell'arbitrato. Tale richiesta deve essere necessariamente accettata entro trenta giorni dalla sua formulazione. Se il lavoratore licenziato formula in sede arbitrale una proposta di composizione della lite che è accettata dall'ex-datore o se prevale nel giudizio arbitrale, il costo di quest'ultimo sarà interamente a carico dell'*employer*. Se invece una delle due parti rifiuta una offerta di arbitrato e

³⁵⁵ Vedi *supra*.

³⁵⁶ MONT. CODE ANN. § 39-2-911(1) e (2).

³⁵⁷ MONT. CODE ANN. § 39-2-905(1).

³⁵⁸ Sconosciuti all'ordinamento italiano, sono definiti dalla dottrina quale "categoria concettuale collocabile, anzitutto logicamente, tra la sanzione penale, che ha funzioni prevalenti di repressione e prevenzione generale, e la responsabilità civile con funzione risarcitoria e ripristinatoria". Così L.C. NATALI, *Danno punitivo, eppur si muove... anche in Italia*, in www.ipsoa.it/classaction/pdf/natali.pdf. Vedi anche M. SANTULLI, *I c.d. "PUNITIVE DAMAGES"*, in *Diritto e Processo*, formazione n. 3, 2011.

successivamente soccombe in giudizio, la parte vincitrice ha il diritto al rimborso delle spese legali sostenute dal giorno dell'offerta.³⁵⁹

Infine è doveroso ricordare che negli anni successivi alla sua adozione il *MWDA* fu più volte accusato di violare le disposizioni della Costituzione del Montana la quale, con particolare attinenza alla posizione del lavoratore, stabiliva che le Corti statali avrebbero dovuto garantire a ciascun individuo la più ampia tutela possibile contro ogni forma di lesione.³⁶⁰ Il *MWDA*, dunque, nel superare e soppiantare i diritti e i rimedi introdotti dalla giurisprudenza, avrebbe violato il disposto costituzionale. La maggioranza delle opinioni espresse dalla stessa giurisprudenza statale, tuttavia, negò l'incostituzionalità della legge, ritenendo che le previsioni della stessa sostituissero adeguatamente le tutele offerte dalle Corti.³⁶¹ Il *Montana Wrongful Discharge Act*, infatti, garantisce ancor oggi, nonostante tutte le sue limitazioni, una tutela del lavoratore (e del dirigente in particolare) di gran lunga più pregnante di quanto non avvenisse prima della sua adozione, e soprattutto fa del Montana l'unico degli Stati della federazione ad aver abolito la *employment at will rule*.

Le critiche al *MWDA* non sono mancate e sono state basate su argomentazioni di stampo giuridico ed economico.

Sotto il primo profilo vi è stato chi ha apertamente sostenuto che la normativa in parola è ben lontana dalla perfezione. Secondo E.R. Cottone³⁶² la legge è manchevole in quanto non impone al datore di provare da subito la fondatezza delle accuse rivolte al lavoratore e di dare allo

³⁵⁹ MONT. CODE ANN. § 39-2-914(4) e 915.

³⁶⁰ La Costituzione del Montana stabilisce che le Corti statali “*shall be open to every person, and speedy remedy afforded for every injury of person, property or character*” e che “*no person shall be deprived of this full legal redress*”. Vedi MONT. CONST., Art. II, Sec. 16.

³⁶¹ Vedi, tra le altre, la decisione del caso *Meech v. Hillhaeven West, Inc.*, 238 Mont. 21, 776 P.2d 488, 1989.

³⁶² Così E.R. COTTONE, *op. cit.*, pag. 11.

stesso preavviso del licenziamento con contestuale comunicazione dei motivi. Ciò consentirebbe al lavoratore di adoperarsi per provare la propria innocenza. Il *MWDA*, infine, non prevede il necessario svolgimento, prima di ricorrere in giudizio, di un confronto informale interno all'azienda tra datore e lavoratore, lasciando sul punto libera scelta all'*employer*. In conseguenza di queste lacune, secondo l'autore, la protezione accordata dalla normativa in esame è illusoria per quei lavoratori che non hanno le disponibilità economiche per assumere un legale. Sotto il secondo profilo alcuni studiosi hanno ritenuto che una maggiore tutela del lavoratore avrebbe portato a un aumento della disoccupazione. Infatti maggiori difficoltà nel licenziamento dei lavoratori avrebbero determinato una contrazione delle assunzioni.³⁶³ Tale assunto teorico tuttavia, pur costituendo da sempre un caposaldo per i sostenitori dell'*employment at will*, mancava di riscontro pratico. B.D. Roseman,³⁶⁴ dunque, illustre avvocato e studioso della materia, ha colto l'opportunità insita nell'adozione del *MWDA* e, a più di vent'anni di distanza, ha analizzato l'impatto economico derivante dall'introduzione in Montana della *just cause rule*. L'autore infatti - dopo aver sottolineato che gli imprenditori del Montana soggiacciono alle stesse leggi federali dettate per gli altri, che le tutele contro la disoccupazione adottate dal medesimo Stato sono analoghe a quelle prospettate dal resto degli Usa e che le forze del mercato che influenzano in Montana le decisioni dei datori circa le assunzioni operano con uguale vigore anche negli altri Stati e, in particolare, in quelli confinanti - procede, facendo riferimento a tre distinti periodi temporali,

³⁶³ Vedi E.P. LAZEAR, *Job Security Provisions and Employment*, 105 Q.J. Econ. 699, 1990. *Contra* K.G. ABRAHAM AND S.N. HOUSEMAN, *Does Employment Protection Inhibit Labor Market Flexibility? Lessons from Germany, France and Belgium*, in *Social Protection vs. Economic Flexibility: Is There a Trade-Off?*, 1994.

³⁶⁴ B.D. ROSEMAN, *Just Cause in Montana: Did the Big Sky Fall?*, in https://secure.acslaw.org/files/Roseman%20Issue%20Brief_0.pdf.

alla comparazione dei livelli di disoccupazione del Montana con quelli di Idaho, North Dakota, South Dakota e Wyoming. Tale metodologia gli consente di verificare se effettivamente gli approdi, prima giurisprudenziali e poi normativi, raggiunti nel *Treasure State* abbiano determinato uno sviluppo peculiare (*in primis* rispetto ai suddetti Stati limitrofi) della disoccupazione nello stesso. Il primo periodo considerato da Roseman va dal gennaio 1976 fino al dicembre del 1981 e precede la pronuncia “*Gates P*”³⁶⁵ della Corte Suprema statale. Durante il secondo periodo, dal gennaio 1982 al giugno 1987, i lavoratori del Montana, dirigenti inclusi, hanno potuto, in forza delle innovazioni introdotte dalla succitata giurisprudenza, agire in giudizio facendo valere il patto di buona fede e correttezza implicito nel contratto di lavoro. Nel corso del terzo periodo infine, dal luglio 1987 al dicembre 2007, gli imprenditori del Montana si sono dovuti attenere alle previsioni del *MWDA* e, quindi, all’operatività della *just cause rule*. Le conclusioni raggiunte dallo studioso al termine della sua ricerca sono radicalmente diverse da quelle prospettate dai fautori³⁶⁶ dell’*employment at will*: nessun incremento particolare della disoccupazione in Montana dopo l’adozione del *MWDA*; un andamento dell’economia e una evoluzione del mercato del lavoro perfettamente in linea con quello degli Stati confinanti - che pur conservano tuttora la *at will rule* - e della federazione in generale. A un analogo risultato, peraltro, si giunge allorché ci si soffermi ad analizzare lo sviluppo dell’economia e del mercato del lavoro dopo l’abolizione dell’*employment at will* nelle Isole Vergini³⁶⁷ e a Porto Rico,³⁶⁸ unici altri territori rientranti nella giurisdizione Usa ad aver introdotto la *just cause rule*.

³⁶⁵ Vedi *supra*.

³⁶⁶ Vedi in particolare E.P. LAZEAR, *ibidem*.

³⁶⁷ Nel 1986, infatti, le Isole Vergini hanno adottato il *Virgin Islands Wrongful Discharge Act* concernente l’abolizione del *employment at will*. Questa legge ha fissato

le ragioni tassative in presenza delle quali il datore può procedere al legittimo licenziamento del dirigente e, in generale, del lavoratore dipendente: conflitto di interessi; condotta irrispettosa e offensiva nei confronti di un cliente; uso di sostanze vietate o alcool che interferisca con il corretto svolgimento della prestazione lavorativa; trasgressione volontaria e consapevole delle regole di lavoro; esecuzione negligente dell'attività lavorativa; assenze continue; incompetenza o inefficienza; disonestà; offese arrecate ad altri lavoratori con conseguenti problemi di cooperazione; coinvolgimento in attività non consentite. La legge inoltre consente al datore di licenziare il lavoratore in caso di cessazione dell'attività aziendale o di tagli del personale dovuti a una congiuntura economica particolarmente negativa. Al di fuori dei casi espressamente ammessi dalla norma il licenziamento irrogato dall'*employer* è illegittimo.

E' da subito interessante considerare la differente tecnica normativa adottata dal Legislatore delle Isole Vergini rispetto a quello del Montana. Il *Virgin Islands Wrongful Discharge Act*, infatti, non contiene alcun tentativo di definizione del generale concetto di giusta causa, ma opta per una elencazione tassativa delle ipotesi in cui il licenziamento è legittimo.

In base alla normativa in parola peraltro il lavoratore può presentare un reclamo scritto entro trenta giorni dal licenziamento alla autorità amministrativa e, precisamente, al *Commissioner of the Department of Labor*, che fissa un confronto entro appena dieci giorni dal deposito. Qualora riscontri l'illegittimità del licenziamento il *Commissioner* ordina la reintegrazione e il risarcimento. La rapidità della definizione della procedura è il motivo che spinge il lavoratore a scegliere il percorso amministrativo. La legge però consente all'*employee*, se preferisce, di rivolgersi direttamente all'autorità giudiziaria per ottenere anche i c.d. *compensatory and punitive damages* derivanti dal licenziamento ingiustificato.

L'impianto del *Virgin Islands Wrongful Discharge Act* è, dunque, particolarmente interessante perché permette al lavoratore che propone il ricorso amministrativo di essere reintegrato in tempi brevissimi, e ciò senza veder sacrificato il proprio diritto a ottenere, tramite un'aggiuntiva azione giudiziaria, il pieno ristoro dei danni subiti a causa del licenziamento illegittimo. Proprio in considerazione di tali sue caratteristiche, molti studiosi hanno ritenuto che il *Virgin Islands Wrongful Discharge Act* garantisca al lavoratore una protezione maggiore del *MWDA* (così A.C. MCGINLEY, *ibidem*).

³⁶⁸ La legislazione di Porto Rico (vedi P.R. LAWS ANN., tit. 29, section 185a, 1995) in materia di licenziamento prevede una più limitata protezione del dirigente e del lavoratore in genere.

La legge in parola infatti stabilisce che all'*employee* licenziato in assenza di giusta causa spetta soltanto una somma pari alla retribuzione di un mese più la paga di una settimana di lavoro per ogni anno di servizio.

Anche la normativa di Porto Rico, così come quella delle Isole Vergini, non fornisce una definizione del concetto di giusta causa di licenziamento, ma preferisce elencare tassativamente le ipotesi concrete in cui la stessa ricorre: un modello di condotta disordinato o improprio; inefficienza nello svolgimento della attività lavorativa; reiterate violazioni delle regole; totale o parziale, permanente o temporanea cessazione della attività aziendale; mutamenti organizzativi o tecnologici; cambiamenti nella realizzazione dei prodotti o nella fornitura dei servizi; necessaria riduzione dell'organico (vedi P.R. LAWS ANN., tit. 29, section 185b, 1995).

4. Conclusioni

La trattazione compiuta consente di formulare alcune considerazioni finali volte, da lato, a realizzare un raffronto tra l'attuale consistenza della tutela garantita negli Usa e in Italia al dirigente privato in caso di licenziamento e, dall'altro, a suggerire una possibile chiave di lettura delle generali tendenze evolutive che oggi attraversano i due ordinamenti.

Per quanto concerne gli Stati Uniti, l'analisi diacronica della disciplina del licenziamento del dirigente (e, in generale, del lavoratore) americano induce ad auspicare il superamento da parte del Governo Federale della *at will rule*. Questa regola non appare più giustificata né da considerazioni di ordine sociale, né di stampo economico³⁶⁹. L'economia americana e il sistema delle relazioni industriali, infatti, sono profondamente differenti da quelli dei tempi in cui la dottrina fu prospettata per la prima volta. La giurisprudenza, l'autonomia collettiva e il legislatore, d'altra parte, proprio in considerazione di tali mutamenti, hanno introdotto numerose eccezioni all'*employment at will*. La presenza di fattori favorevoli all'introduzione di una normativa di maggior tutela per il lavoratore nel licenziamento, però, non ha prevalso sulle influenti *lobbies* statunitensi (sindacati e imprenditori in testa) le quali hanno ostacolato il Legislatore federale e statale, inducendolo a soluzioni di compromesso (Montana).³⁷⁰ Numerosi

Non è contemplato alcun diritto alla reintegrazione, al pagamento degli arretrati, ai *compensatory damages* o al rimborso delle spese legali. Ciò con un'unica eccezione legata al caso di licenziamento del lavoratore in conseguenza della disponibilità prestata da quest'ultimo a rendere una testimonianza orale o scritta (vedi P.R. LAWS ANN., tit. 29, section 194a, 1995).

³⁶⁹ Vedi *supra*, nota 364.

³⁷⁰ Tali gruppi di potere, spesso, hanno celato la difesa dei loro interessi dietro l'affermazione secondo la quale la *at will doctrine*, atta a garantire una perfetta (e illusoria) parità di posizioni tra datore e lavoratore, troverebbe le sue radici negli ideali fondanti della democrazia americana: libertà, tolleranza e uguaglianza di opportunità. In verità, il configurarsi di un contesto paritario non è garantito dalla assenza di regolamentazione e dalla legge del mercato, ma dalla adozione di una giusta norma, atta a riequilibrare le posizioni degli attori sociali consentendo ai più svantaggiati per sorte di competere efficacemente con gli altri. Si veda in materia la celeberrima - e quanto mai attuale nel fotografarne i tratti caratteristici - esaltazione della democrazia americana di A. DE TOCQUEVILLE (*La democrazia in America*, 1835).

studiosi,³⁷¹ tuttavia, si sono interrogati sulla effettiva consistenza che - superate le resistenze delle *lobbies* - la normativa federale limitativa del licenziamento del lavoratore statunitense (e, in particolare, del dirigente) dovrebbe avere per garantire un effettivo equilibrio tra la libertà, tipicamente americana, del datore e le tutele che oggi devono essere concesse al dipendente a fronte dei possibili arbitrii dell'*employer*.³⁷² Se mai il legislatore americano optasse in concreto per l'introduzione di una siffatta disciplina, le criticità - secondo la medesima dottrina³⁷³ - si concentrerebbero inevitabilmente nella definizione delle clausole generali legittimanti il licenziamento. La soluzione dovrebbe allora essere ricercata nelle indicazioni fornite dalle norme fondamentali dell'ordinamento, dalle leggi statali intervenute in materia e, soprattutto, dal diritto vivente.

Tali indici, a parere di chi scrive, deporrebbero concordemente a favore della positivizzazione di una nozione che, permeata dal riferimento al generale concetto di *good faith*, sia caratterizzata da maggiore ampiezza rispetto a quelle di giusta causa e di giustificato motivo vigenti nel nostro ordinamento.

Il principio di buona fede, infatti, è individuato dal *Restatement (Second) of Contracts* quale canone fondamentale che le parti devono rispettare nella

³⁷¹ Vedi *supra* pagg. 133-137.

³⁷² Si tratta in fondo, tornando all'insegnamento dei Maestri, di garantire un corretto equilibrio tra i fattori della produzione, capitale e lavoro, al fine di evitare il concretizzarsi della "realistica utopia" di LINGUET: «E' l'impossibilità di vivere con qualsiasi altro mezzo che costringe i nostri braccianti a zappare la terra di cui non mangeranno i frutti, e i nostri muratori a costruire edifici in cui non vivranno. E' il bisogno che li sospinge verso quei mercati dove aspettano che un padrone faccia loro la cortesia di comprarli. E' il bisogno che li costringe a mettersi in ginocchio dinanzi a un ricco per avere da lui il permesso di arricchirlo. (...) Questi uomini, si dice, non hanno padrone - in realtà ne hanno uno, e il più terribile, il più imperioso dei padroni, il bisogno». Così S. LINGUET, *La Cacomonade: Histoire Politique et Morale*, 1767.

³⁷³ Vedi, in particolare, la riflessione di W.J. DELMENDO, *ibidem*.

conclusione e nell'esecuzione di ogni contratto.³⁷⁴ Il legislatore statale, inoltre, - nell'unico caso in cui ha provveduto all'adozione di una normativa limitativa del licenziamento (*Montana Wrongful Discharge Act*) - ha strutturato il concetto di *just cause* in termini poco pregnanti e molto più ampi di quanto non avvenga nell'ordinamento italiano. La promulgazione del *MWDA*, peraltro, è conseguenza del riconoscimento³⁷⁵ da parte della Corte Suprema del Montana della presenza in ogni contratto di lavoro di un *implied covenant of good faith and fair dealing*, alla cui violazione è ricollegata una responsabilità risarcitoria del datore.³⁷⁶ La *common law* americana, infine, ha, da un lato, accolto con sempre maggiore frequenza l'*implied covenant of good faith and fair dealing* come generale eccezione all'*at will*, e, dall'altro, ha (anch'essa) fornito una definizione di *just cause* molto estesa, ritenendo il recesso dell'*employer* ingiustificato (e perciò fonte di responsabilità contrattuale risarcitoria³⁷⁷) solo nell'ipotesi in cui lo stesso sia arbitrario, pretestuoso o illegale.³⁷⁸

Così, la nozione cui ricondurre l'essenza della disciplina limitativa del licenziamento del lavoratore Usa finirebbe per palesarsi, quanto a consistenza semantica e conseguenze sanzionatorie, strettamente connessa al principio di buona fede esecutiva (avente valenza generale anche nell'ordinamento statunitense) e, in ottica comparatistica, più prossima al concetto italiano di giustificata convenzionalità che a quelli legislativi di giusta causa e di giustificato motivo.

Le Corti italiane, infatti, hanno costruito la nozione di giustificata - introdotta, come visto, dalla contrattazione collettiva per garantire una

³⁷⁴ Vedi sul punto E.M.S. HOUH, *The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?*, Utah L. Rev., 2005.

³⁷⁵ In piena coerenza col disposto del *Restatement (Second) of Contracts*.

³⁷⁶ Vedi *supra* pagg. 137-145.

³⁷⁷ Vedi *supra* pag. 130.

³⁷⁸ Vedi *supra* pagg. 134-135.

tutela di carattere obbligatorio al dirigente privato nel licenziamento - proprio a partire dal riferimento al principio generale di buona fede oggettiva, quale clausola caratterizzata da maggiore ampiezza rispetto ai concetti legislativi di giusta causa e giustificato motivo. Il licenziamento del dirigente privato italiano, pertanto, è ingiustificato - e obbliga il datore a corrispondere al dipendente la c.d. indennità supplementare - solo allorquando risulti arbitrario o pretestuoso.³⁷⁹

Come visto, d'altra parte, l'evoluzione della giurisprudenza italiana nell'interpretazione del suddetto canone di buona fede, delle norme costituzionali e nell'applicazione della normativa comunitaria ha condotto a un ridimensionamento del concetto di licenziabilità *ad nutum*. Le corti, infatti, hanno riconosciuto la vigenza nell'ordinamento di un generale divieto per il datore di lavoro - anche in assenza di qualsivoglia tutela di fonte normativa o convenzionale - di irrogare un licenziamento che sia arbitrario o pretestuoso. La trasgressione di tale divieto, configurando violazione del principio di buona fede oggettiva, è fonte di responsabilità contrattuale risarcitoria a carico dell'imprenditore.

L'ordinamento giuridico italiano e quello americano, dunque, si adoperano, seppur con modalità e tempi diversi, nella ricerca di un assetto normativo che garantisca un intangibile nucleo di tutela minima per il lavoratore subordinato in caso di licenziamento. L'analisi comparata sin qui svolta, infatti, conduce lo studioso a una sintetica conclusione: gli ordinamenti, italiano e statunitense, non possono lasciare l'*employee* indifeso davanti al potere di recesso del datore di lavoro.

³⁷⁹ Si tralascia ogni riferimento all'ipotesi del licenziamento discriminatorio perché essa è fatta oggetto di una esplicita disposizione legislativa (art. 3 L. n. 108/1990) che prevede, in tal caso, l'operatività della più efficace tutela reintegratoria.

Ogni lavoratore, anche quello fornito di maggior potere contrattuale e, per questo, meno garantito, necessita di un nucleo minimo di tutela che - in considerazione dei valori capitali coinvolti nel rapporto di lavoro - ne salvaguardi la dignità, in conformità con i principi fondanti di ogni sistema democratico.

Così, in Italia, il tema del licenziamento del dirigente privato - crocevia di interventi delle parti sociali, del legislatore e, in particolare, delle Corti - diviene laboratorio giuridico in cui dottrina e giurisprudenza si adoperano, tra giustificatezza e *ad nutum*, per individuare la consistenza essenziale di quella tutela ineliminabile che è connaturata allo *status* di lavoratore. Queste elaborazioni trovano riscontro in quelle degli studiosi e della *common law* statunitense, maturate nell'intento di superare la tralatizia regola di libera licenziabilità del dipendente, garantendogli una salvaguardia minima davanti al recesso del datore.

Il principio fondamentale di buona fede, cardine dell'esperienza giuridica occidentale, è fulcro e punto d'incontro di ogni ricerca. Il carattere elastico della *bona fides*, infatti, permette alla stessa di rispondere alle più disparate esigenze della prassi, attribuendo rilievo giuridico alle istanze sociali. E' alla sua duttilità, pertanto, che gli operatori del diritto si appellano per identificare quel nucleo minimo di tutele che ogni Stato moderno deve garantire al lavoratore subordinato, italiano o americano, dirigente od operaio.

BIBLIOGRAFIA

- K.G. ABRAHAM-S.N. HOUSEMAN, *Does Employment Protection Inhibit Labor Market Flexibility? Lessons from Germany, France and Belgium*, in *Social Protection vs. Economic Flexibility: Is There a Trade-Off?*, 1994
- G. ALPA, *Pretese creditorie e normative di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971
- G. ALPA, *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003
- G. AMOROSO, *Contratto collettivo dei dirigenti*, Napoli, 1987
- G. AMOROSO, *Il licenziamento del dirigente d'azienda dopo la legge n. 108 del 1990*, in *DL*, 1991
- L. ANGIELLO, *La valutazione dei dirigenti pubblici. Profili giuridici*, Milano, 2001
- D.A. BALLAM, *The traditional view of the origins of the employment-at-will doctrine: myth or reality*, 33 *Am. Bus. L.J.* 1, 1995
- D.A. BALLAM, *The development of the Employment at Will Rule Revisited: A Challenge to Its Origins as Based in the Development of Advanced Capitalism*, 13 *Hofstra Lab. L.J.* 75, 1995
- D.A. BALLAM, *Exploding the Original Myth Regarding Employment-At-Will: The True Origins of the Doctrine*, 17 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 91, 1996
- M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contratto e impr.*, 2010

- L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1915
- L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1936
- E. BARRACO, *Il licenziamento dei dirigenti*, in *Lav. Giur.*, 2005
- S. BARTALOTTA, *La nozione di «giustificatazza» nel licenziamento dei dirigenti*, in *RIDL*, 1994
- F. BASENGHI, *Il licenziamento del dirigente*, Milano, 1991
- F. BASENGHI, *Il licenziamento del dirigente: alcuni spunti di riflessione*, in *RIDL*, 2008
- C.A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, 1935
- S. BEFORT, *Revisiting the Black Hole of Workplace Regulation: A Historical and Comparative Perspective of Contingental Work*, 24 *Berkley J. Emp. & Lab. L.* 153, 2003
- A. BELLAVISTA, *Dirigenti: accordi 1990*, in *Dir. prat. lav.*, 1991
- N. BENEDETTO, *Employment at will e tutela contro i licenziamenti privi di giusta causa: il caso degli Stati Uniti*, in *DRI*, 1995
- B.F. BERGER, Note, *Defining public policy torts in at will dismissals*, 34 *Stan. L. Rev.* 153, 1981
- J.D. BLACKBURN, *Restricted Employer Discharge Rights: A Changing Concept of Employment at Will*, 17 *Am. Bus. L.J.* 467, 1980
- W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England*, 1771
- L.E. BLADES, *Employment at will vs. Individual Freedom: On Limiting the Abusive Exercise of Employer Power*, 67 *Colum. L. Rev.* 1404, 1967
- B. BLUESTONE-B. HARRISON, *The Deindustrialization of America 63-66*, 1982
- F. BORGOGELLI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale. Una proposta di ricomposizione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 112/2010*, reperibile su www.lex.unict.it

- A. BOSCATI, *Verifica dei risultati. Responsabilità dirigenziali*, in F. CARINCI-M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000
- D. BRANDI, *Dirigente di azienda e licenziamento giustificato*, in *Lav. Giur.*, 1994
- H. BRENNER, *Estimating the Social Costs of National Economic Policy: Implications for Mentals and Physical Health and Clinical Aggression*, 1976
- I. BROWNE, *Elements of the law of domestic relations and of employer and employed*, 1883
- M. BUONCRISTIANO, *Il tempo nella prestazione di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 1986
- J.D. CALAMARI-J.M. PERILLO, *The Law of Contracts*, 1987
- E.S. CALLAHAN, *The Public Policy Exception to the Employment at Will Rule Comes of Age: A Proposed Framework for Analysis*, 29 *Am. Bus. L.J.* 481, 1991
- G. CAMILLI, *Giustificatazza del licenziamento e benefits dei dirigenti nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Lav. Giur.*, 2009
- V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Giust. civ.*, 1999
- C. CARDARELLO, *Il dirigente*, Milano, 2000
- F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro*, Milano, 1990
- F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile III. Obbligazioni e responsabilità*, Milano, 2007
- F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2011
- R. CARLSON, *Employment Law*, 2005

- F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1911
- D. CASALE, *Il rapporto di lavoro del dirigente d'impresa nella giurisprudenza*, in *Quad. dir. rel. ind.*, Milano, 2009
- F.J. CAVICO, *Employment at will and public policy*, 25 *Akron L. Rev.* 497, 1992
- C. CESTER, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro*, a cura di G. SUPPIEJ-M. DE CRISTOFARO-C. CESTER, Padova, 1998
- M.A. CHAGARES, *Utilization of the disclaimers as an effective means to define the employment relationship*, *Hofstra Law Rev.*, 1989
- T.J. COLEY, *Contracts, Custom, and the Common Law: Towards a Renewed Prominence for Contract Law in American Wrongful Discharge Jurisprudence*, 24 *BYU J. Pub. L.* 193, 2010
- F. COLLIA, *Efficacia reale del preavviso e dirigente*, *Tribunale di Milano* 17.6.2002, *Il Commento*, in *LG*, 2003
- A. CORBIN, *Corbin on Contracts*, 1960
- L. CORVAGLIA, *La sovranità dell'individuo*, in <http://donjuan-online.org>, 2001
- E.R. COTTONE, *Employee protection for unjust discharge: a proposal for judicial reversal of the terminable-at-will doctrine*, *Santa Clara L. Rev.*, 2002
- M. D'APONTE, *Sul rispetto delle clausole di buona fede quale strumento di controllo della c.d. "giustificatazza" del licenziamento del dirigente*, in *DL*, 2003
- M. DE CRISTOFARO, *Il licenziamento dei dirigenti e comunicazione dei motivi*, in *DL*, 2000
- W.J. DELMENDO, *Comment: Determining just cause: an equitable solution for the workplace*, 66 *Wash. L. Rev.* 831, 1991

R. DE LUCA TAMAJO, *Disciplina dei licenziamenti individuali, sub art. 2*, in *NLCC*, 1991

N. DE MARINIS, *Il licenziamento del dirigente tra la specialità del rapporto ed omologazione delle tutele*, in *ADL*, 1997

M. DELL'OLIO, *I dirigenti e la stabilità*, in *ADL*, 1999

R. DEL PUNTA, *Il valzer delle tutele: ancora su art. 7 st. lav., recesso ad nutum e licenziamento del dirigente*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003

A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, 1835, rist. Bibl. Univ. Rizzoli 1999

C. DIOTALLEVI, *Il licenziamento dei dirigenti privati e pubblici*, Roma, 2010

E. DOMINIC-V. MCINERNEY, *Employment-At-Will and Wrongful Discharge in Ohio*, Employment-At-Will, LSC Members' Brief, 2006

P. DUI, *Il rapporto di lavoro dirigenziale*, Milano, 2002

P. DUI, *Il lavoro dirigenziale*, Milano, 2010

R.A. EPSTEIN, *In Defense of the Contract at Will*, 51 U. Chi. L. Rev. 947, 1984

R.A. EPSTEIN, *Simply Rules for a Complex World*, 1995

M. ESPOSITO, *La responsabilità dirigenziale: il buon andamento dei pubblici uffici tra politica e amministrazione*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, Milano, 2009

S. ESTREICHER-M.C. HARPER, *The law governing the employment relationship*, 1992

M.A. FAHLESON, *The Public Policy Exception to Employment at Will – When Should Courts Defer to the Legislature?*, 72 Neb. L. Rev. 956, 1993

E.A. FARNSWORTH, *An introduction to legal system of USA*, 1975

J. FEINMAN, *The Development of the Employment At Will Rule*, 20 AM. J. LEGAL HIST. 118, 1976

- J. FEINMAN, *The Development of Employment-At-Will Rule Revisited*, 23 Ariz. St. L.J. 733, 1991
- A.G. FELIU, *Discharge of Professional Employees: Dismissal for Acts Within a Professional Code of Ethics*, Columbia Human Rights L. Rev. 149, 1979
- L. FERMAN-M. AIKEN-H. SHEPPARD, *Economic Failure, Alienation, and Extremism*, 1968
- L. FERMAN-J. GORDUS, *The Economy and Mental Health*, 1979
- A. FERRUGGIA, *L'indagine giudiziale in materia di licenziamento del dirigente, tra giustificatezza e discriminatorietà del provvedimento espulsivo*, in ADL, 2011
- M.W. FINKIN, *Revisionism in Labor Law*, 443 MD. L. Rev. 23, 1984
- M.W. FINKIN, *The Bureaucratization of Work: Employer Policies and Contract Law*, 1986 Wisc. L. Rev. 733, 1986
- M.W. FINKIN-A.L. GOLDMAN-C.W. SUMMERS, *Legal Protection for the individual employee*, 1989
- J.J. FLEISCHMANN-W.J. HELLER-M.A. SCHLEY, *The organizational guidelines and employment at will rule as applied to in house counsel*, The Business Lawyer, 1993
- M.G. FREED-D.D. POLSBY, *Just Cause for Termination Rules and Economic Efficiency*, 38 Emory L.J. 1097, 1989
- M.G. FREED-D.D. POLSBY, *The Doubtful Provenance of "Wood's Rule" Revisited*, 22 Ariz St. L.J. 551, 1990
- L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, 1973
- M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975
- E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 1994
- G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963

G. GIUGNI, *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni ottanta*, in Atti del Convegno Aidlass, Milano, 1983

M. GIUSTINIANI, *Il licenziamento disciplinare del dirigente*, in *GL*, 1999

W.B. GOULD IV, *L'idea di "job property negli Stati Uniti"*, in *DLRI*, 1990

E. GRAGNOLI, *La categoria dei dirigenti nel lavoro privato ed i presupposti per la sua attribuzione*, in *Quaderni Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009

E. GRAGNOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nei confronti del dirigente privato*, in corso di pubblicazione

E. GRAGNOLI, *Il licenziamento, la giusta causa e il giustificato motivo*, in corso di pubblicazione

J. HAYMES-B.H. KLEINER, *Federal and State Statutory Exemptions to At-Will Employment*, *Managerial Law* 43, 2001

A.D. HILL, *"Wrongful Discharge" and the Derogation of the At-Will Employment Doctrine*, Pennsylvania: Industrial Research Unit, The Wharton School, 1987

R. HOFSTADTER ET AL., *The Progressive Historians 201*, 1968

O.W. HOLMES, *The path of the law*, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 1897

M.J. HORWITZ, *The Historical Foundation of Modern Contract Law*, 87 *Harv. L. Rev.* 917, 1974

M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1780-1860*, 1977

E.M.S. HOUEH, *The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?*, *Utah L. Rev.*, 2005

J.W. HURST, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States*, 1956

P. ICHINO, *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (Note sulla sentenza 7 febbraio 2000 n. 36 e su alcuni suoi precedenti)*, in *RIDL*, 2006

S.M. IWANAGA, *A Comparative Approach to Japanese & United States Wrongful Termination Law*, 13 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 341, 1990

V. IZAR, *Licenziamento del dirigente e indennità supplementare*, in *Lav. Giur.*, 1995

S. JACOBY, *The Duration of Indefinite Employment Contracts in the United States and England: An Historical Analysis*, 5 *Comp. Lab. L.* 85, 1982

R. JEWELER, *Employment-at-will: A Legal Overview*, CRS Report for Congress, 94-605 A, 1994

R.J. KACZOROWSKI, *The Common Law Background of Nineteenth Century Tort Law*, 51 *Ohio St. L.J.* 1127, 1990

C.L. KNAPP, *Taking Contracts Private: The Quiet Revolution in Contract Law*, 71 *Fordham L. Rev.* 761, 2003

B.T. KOHN, *Contracts of convenience: preventing employers from unilaterally modifying promises made in employee handbooks*, 24 *Cardozo Law Rev.* 799, 1993

L.K. LARSON-P. BOROWSKY, *Unjust Dismissal 2.07*, 1991

E.P. LAZEAR, *Job Security Provisions and Employment*, 105 *Q.J. Econ.* 699, 1990

A. LECIS, *La possibile rilevanza del motivo disciplinare nel licenziamento del dirigente*, in *ADL*, 1996

J.P. LEMONS, *Comment: For Any Reason or No Reason At All: Reconciling Employment-At-Will with the Rights of Texas Workers after Mission Petroleum Carriers, Inc. v. Solomon*, 35 *St. Mary's L. J.* 741, 2004

A.S. LEONARD, *A new common law of employment termination*, 66 *N.C.L. Rev.* 631, 1988

F. LIMENA, *Riflessioni in tema di licenziamento del dirigente d'azienda e sulla nozione di «giustificatazza»*, in *NGCC*, 2002

S. LINGUET, *La Cacomonade: Histoire Politique et Morale*, 1767

- F. LISO, *Dirigenti d'azienda, legge sui licenziamenti individuali e art. 2095 del codice civile: un problema interessante*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1977
- K.T. LOPATKA, *The Emerging Law of Wrongful Discharge – A Quadrennial Assessment of the Labor Law Issue of the 80's*, 40 *Bus. Law.* 1, 1984
- R. MAGNANI, *La motivazione del licenziamento del dirigente nella giurisprudenza di legittimità*, in *ADL*, 1998
- S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro pubblico e privato. Art. 2106*, Milano, 2002
- J.P. MALLOR, *Discriminatory Discharge and the Emerging Common Law of Wrongful Discharge*, 28 *Ariz. L. Rev.* 651, 1986
- G. MANNACIO, *La disciplina collettiva del licenziamento dei dirigenti industriali*, in *Informatore Pirola*, 1975
- V. MARINO, *La nozione di giustificato licenziamento del dirigente*, in *GC*, 1987
- F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982
- O. MAZZOTTA, *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1999
- A.C. MCGINLEY, *Rethinking civil rights and employment at will: toward a coherent national discharge policy*, 57 *Ohio St. L.J.* 1443, 1996
- J.M. MEADOWS, *Dancing Around Employment At-Will: Can Fraud Provide Plaintiffs a Way to Hold Their Employers Liable?*, 65 *Mo. L. Rev.* 1003, 2000
- E. MENEGATTI, *La «giustificatazza» del licenziamento del dirigente*, in *ADL*, 2010
- L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della Ceca*, Lussemburgo, 1965
- L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *RIDL*, 1986

- L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Atti dei convegni Lincei 96, Convegno sul tema: I principi generali del diritto*, Roma, 1991
- L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997
- G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, 2005
- D. MEZZACAPO, *Il conferimento degli incarichi tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, Milano, 2009
- M.P. MICELI-J.P. NEAR-C.R. SCHWENK, *Who blows the whistle and why?*, in *ILRR*, 1991
- P.R. MILGROM, *Employment Contracts, Influence Activities, and Efficient Organization Design*, 96 *J. Pol. Econ.* 42, 1988
- R. MININNI, *Sulla derogabilità della cognizione arbitrale in caso di licenziamento del dirigente*, in *GI*, 1978
- F. MINUCCI, *Il licenziamento del dirigente industriale nozione di giustificato motivo*, in *DL*, 1994
- L. MONTUSCHI, *Un caso di riduzione delle tutele: il rapporto di lavoro del dirigente d'azienda*, in *RIDL*, 1997
- A.P. MORRIS, *Exploding Myths: An Empirical and Economic Reassessment of the Rise of Employment At-Will*, 59 *Mo. L. Rev.* 679, 1994
- C.J. MUHL, *The employment at will doctrine: three major exceptions*, *Monthly Labor Review*, 2001
- G.E. MURG-C. SCHARMAN, *Employment at Will: Do Exceptions Overwhelm the Rule?*, 23 *B.C.L. Rev.* 329, 1982
- I. MUSIO, *Breve analisi comparata della clausola generale della buona fede*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2010
- D. NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966

- M. NAPOLI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di licenziamenti*, in AA. VV., *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Milano, 1988
- M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995
- U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo correttezza*, in *BBTC*, 1961
- G.D. NEWMAN, *The model employment termination act in the United States: lessons from the british experience with uniform protections against unfair dismissal*, 27 *Stan. J. Int'l L.* 393, 1991
- B. NIGRO, *Il licenziamento dei dirigenti nella L. 108/1990*, in *Lav. Prev. Oggi*, 1991
- M. PAOLETTI-S. TRIFIRÒ-A. D'ARCO, *Una tutela senza tutele?*, in *Dirigenti Industria*, febbraio 2012
- V.L. PARRINGTON, *The Romantic Revolution in America*, in *Main Currents in American Thought* 20-27, 1927
- N.J. PASMAN, *The public interest exception to the employment at will doctrine: from crime victims to whistleblowers, will be the real public policy please stand up?*, *University of Detroit Mercy Law Review*, 1993
- A.M. PAUL, *Conservative Crisis and the Rule of Law: Attitudes of Bar and Bench 1887-1895*, 1960
- C.J PECK, *Unjust Discharges from Employment: A Necessary Change in the Law*, 40 *Ohio St. L.J.* 1, 1979
- E.R. PEIRCE ET AL., *Employee Termination At-Will: A Principled Approach*, 28 *Vill. L. Rev.* 1, 1982-83
- G. PELLACANI, *Il licenziamento del dirigente. Riflessioni sulla coerenza ordinamentale di un microsistema eterotopico e prospettive di rimodulazione del paradigma protettivo*, in *ADL*, 2009

- L.P. PENNINGTON, *The public policy exception to the employment at will doctrine: its inconsistencies in application*, Tulane Law Rev., 1994
- G. PERA, *Dirigenti d'azienda, disciplina limitativa dei licenziamenti e statuto dei lavoratori*, in OGL, 1972
- G. PERA, *Arbitrato rituale o irrituale nelle controversie di lavoro*, in *I processi speciali, studi offerti a Virgilio Andrioli*, Napoli, 1979
- G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980
- G. PERA, *Dirigente d'impresa o d'azienda*, in *Nov. Dig. It., App.*, Torino, 1980
- G. PERA, *Sulla giustificazione del licenziamento del dirigente*, in RIDL, 1999
- G. PERDONA', *Il licenziamento del dirigente pubblico e privato*, Padova, 2004
- F. PERGOLESI, voce *Dirigente di azienda*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962
- M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, diretto da L.M. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI, Padova, 1971
- M. PERSIANI, *Dirigenza privata nella realtà attuale: caratteri peculiari e affinità con il settore pubblico*, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1991
- M. PERSIANI, *Il licenziamento del dirigente fra perdita di fiducia e inadempimento*, in ADL, 2007
- M.J. PHILLIPS, *Toward a Middle Way in the Polarized Debate Over Employment at Will*, 30 Am. Bus. L.J. 441, 1992
- A. PICCININI-G. CENTAMORE, *Apprendistato: l'illegittimità del recesso ad nutum per contrasto con l'art. 30 della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2011

- A. PILEGGI, *Sulla pretesa inapplicabilità dell'art. 2106 c.c. al dirigente e sul preteso divieto di omologarlo alle altre categorie di lavoratori subordinati*, in *DL*, 1997
- C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004
- L.J. POSTIC, *Wrongful Termination: A necessary Change in the Law*, *Ohio State Law Journal*, 1979
- R.J. PRATT, *Unilateral modification of employment handbooks: further encroachments on the employment at will doctrine*, *University of Pennsylvania Law Rev.*, 1990
- A. PRETEROTI, *Scarso rendimento: indice sintomatico e segno non equivoco della negligenza?*, in *ADL*, 2004
- L. RATTI, *Il licenziamento del dirigente: variazioni e tendenze giurisprudenziali*, in *ADL*, 2008
- A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1999
- L. RINALDI, *Autonomia, poteri e responsabilità del dirigente pubblico: un confronto con il manager privato*, Torino, 2002
- A. RIPA, *Dirigenti e risoluzione del rapporto*, Milano, 2009
- S. RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987
- B.D. ROSEMAN, *Just Cause in Montana: Did the Big Sky Fall?*, in https://secure.acslaw.org/files/Roseman%20Issue%20Brief_0.pdf.
- M.A. ROTHSTEIN-L. LIEBEMAN, *Employment Law*, 1991
- M. RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità «di risultato» del dirigente pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1998
- C.W. SABEY, *Scalpels and meat cleavers: carving a public policy limitation to the at will employment doctrine*, *Utah Law Rev.*, 1993

- R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 1990
- M. SALA CHIRI, *Le categorie dei lavoratori*, Milano, 1986
- C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988
- P. SANDULLI, *sub art. 18*, in *Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, diretto da Prosperetti, Milano, 1975
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966
- M. SANTULLI, *I c.d. "PUNITIVE DAMAGES"*, in *Diritto e Processo*, 2011
- P. SCALINI, *La figura del dirigente e dell'impiegato di aziende agricole e forestali e del fattore di campagna*, in *Giur. agr.*, 1961
- J. SCHOULER, *Law of the domestic relations, embracing husband and wife, parent and child, guardian and ward, infancy, and master and servant*, 1905
- L. SCHRAMM, *Montana employment law and the 1987 wrongful discharge from employment act: a new order begins*, 51 *Mont. L. Rev.* 94, 1990
- G.T. SCHWARTZ, *Tort Law and the Economy in Nineteenth-Century America: a Reinterpretation*, 90 *Yale L.J.* 1717, 1981
- F. SCLAFANI, *L'ingiustificato licenziamento del dirigente industriale*, in *GC*, 1983
- B. SELIGMAN, *At will termination: evaluating wrongful discharge actions*, 1983
- J.P. SHAPIRO-J.F. TUNE, *Implied Contract Rights to Job Security*, 26 *Stan. L. Rev.* 335, 1974
- A.W.B. SIMPSON, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 46 *U. Chi. L. Rev.* 533, 1979
- T.M. SMITH, *Wrongful Discharge Reexamined: The Crisis Matures, Ohio Responds*, 41 *Case W. Res. L. Rev.* 1209, 1991
- P. SORDI, *Vecchie e nuove questioni sul licenziamento del dirigente*, in *ND*, 1991

- T.J. ST. ANTOINE, *A Seed Germinates: Unjust Discharge Reform Heads Toward Full Flower*, 67 Neb. L. Rev. 56, 1988
- A. STANCHI, *L'abuso del diritto da parte del lavoratore*, in *Il lav. nella giur.*, 2012
- R.B. STANDLER, *History of At-Will Employment Law in the USA*, in <http://www.rbs2.com/atwill.htm>
- J. STIEBER-M. MURRAY, *Protection against unjust discharge: the need for a federal statute*, 16 U. Mich. J.L. Reform 319, 1983
- K.V.W. STONE, *The New Psychological Contract: Implications of the Changing Workplace for Labor and Employment Law*, 48 UCLA L. Rev. 519, 2001
- P. STONE PARTEE, *Reversing the Presumption of Employment At Will*, 44 Vand. L. Rev. 689, 1991
- C.A. SULLIVAN-D.A. CALLOWAY-M.J. ZIMMER, *Cases and materials on Employment law*, Little, Brown And C., 1993
- C.W. SUMMERS, *Individual Protection Against Unjust Dismissal*, 62 Virginia L. Rev. 481, 1976
- M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003
- F. TANNENBAUM, *A Philosophy of Labor* 9, 1951
- K.M. TEVEEN, *A History of Anglo-American Common Law of Contracts*, 1990
- C.P. THORPE-J.C. BAILEY, *Commercial Contracts: A Practical Guide to Deals, Contracts, Agreements, and Promises*, 1999

P.H. TOBIAS, *Current Trends in Employment Dismissal Law: The Plaintiff's Prospective*, 67 Neb. L. Rev. 178, 1988

V. TODARO, *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*, in *Contr. e Imp.*, 2005

P. TOSI, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto*, Milano, 1974

P. TOSI, *Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario*, in *DLRI*, 1991

P. TOSI, *Il licenziamento del dirigente: profili legali*, in *RIDL*, 1996

P. TOSI, *Intuitus personae e fiducia*, in *ADL*, 2012

M. TREMOLADA, *Il licenziamento libero*, in corso di pubblicazione

S. TRIFIRÒ-F. COLLIA, *Il licenziamento del dirigente*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999

P. TULLINI, *La responsabilità del dirigente pubblico (una chiave di lettura giuslavorista)*, in *ADL*, 2000

S. VARVA, *Il licenziamento dirigenziale tra giustificatezza e recesso ad nutum*, in *Lav. Giur.*, 2010

J.H. VERKERKE, *Employment Contract Law*, The New Palgrave Dictionary of Economics and Law, 1988

C. VITALE, *Sul licenziamento dei dirigenti*, in *GC*, 1996

P.C. WEILER, *Promises to Keep: Securing Workers' Rights to Self-Organization Under the NLRA*, 96 Harv. L. Rev. 1769, 1983

M. WEISBURST, Note, *Guidelines for a public policy exception to the employment at will rule: the wrongful discharge tort*, 13 Conn. L. Rev. 617, 1981

S. WILLISTON, *9 Williston on Contracts*, 1967

H.G. WOOD, *A Treatise on the Law of Master and Servant Covering the Relation, Duties and Liabilities of Employers and Employees*, 1877

C. ZOLI, *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore*, Milano, 1988

A. ZOPPOLI, *Effetti della crisi d’impresa sul lavoro dirigenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 1993

A. ZOPPOLI, *I licenziamenti individuali*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, Torino, 2002