



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA



Sede Amministrativa: Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali
Facultad de Derecho

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
CICLO XXIX
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESI

**I POTERI DATORIALI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE IN ITALIA E IN SPAGNA
LOS PODERES EMPRESARIALES DE LA PÚBLICA ADMINISTRACIÓN COMO EMPLEADORA EN
ITALIA Y ESPAÑA**

Coordinatore : Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Director del Programa: Ch.mo Prof. Alfonso Castro Sáenz

Supervisori : Ch.mo Prof. Carlo Cester

Ch.mo Prof. Marco Tremolada

Ch.mo Prof. Jesús Cruz Villalón

Dottoranda : Giovanna Pistore
matr. 1084554

INDICE

INTRODUZIONE – INTRODUCCIÓN	5
CAP. I - Privatizzazione del rapporto e interesse creditorio	11
1. Le fasi della “privatizzazione” in Italia.....	11
2. Le riforme del pubblico impiego in Spagna.....	14
3. Quale ruolo per l'interesse pubblico?.....	20
4. Un nuovo tipo di interesse creditorio o nuovi moduli per l'interesse pubblico?.....	23
5. Pubblico interesse e adempimento della prestazione lavorativa.....	32
CAP. II – Tra diritto amministrativo e diritto privato: i limiti ai poteri datoriali della Pubblica Amministrazione	39
1. I poteri di scelta della Pubblica Amministrazione. Discrezionalità amministrativa ed autonomia negoziale.....	40
<i>1.1 La discrezionalità amministrativa. I suoi limiti: procedimento amministrativo ed eccesso di potere</i>	41
Il procedimento amministrativo	
Le coordinate del potere amministrativo	
Il "cattivo uso" del potere amministrativo: eccesso di potere e <i>desviación de poder</i>	
<i>1.2 La libera volizione nell'ordinamento interprivato. L'autonomia negoziale</i>	51
I limiti ai poteri datoriali	
Procedimento giuridico e poteri privati	
I parametri dell'azione datoriale: la clausola generale di buona fede	
La violazione delle regole di condotta nell'ordinamento interprivato. Abuso del diritto e abuso del derecho	
Brevi considerazioni sull'abuso del diritto	
2. La Pubblica Amministrazione nel gioco di specchi tra diritto civile e amministrativo.....	76
3. L'esercizio dell'azione disciplinare.....	86
4. La gestione delle eccedenze di personale.....	91

5. Interesse pubblico e limiti ai poteri.....	97
CAP. III - L'interesse pubblico nella struttura contrattuale: la causa del rapporto di pubblico impiego.....	99
1. Gli interessi delle parti nella struttura del contratto: causa, motivi e presupposizione.....	100
2. La causa nel contratto di lavoro.....	109
3. La causa nel contratto di lavoro pubblico.....	111
CONCLUSIONI – CONCLUSIONES.....	115
RIASSUNTO – RESUMEN – SUMMARY.....	119
BIBLIOGRAFIA.....	121

INTRODUZIONE

La natura giuridica dei poteri datoriali della Pubblica Amministrazione resta, ancor oggi, tema quanto mai attuale e dibattuto. Non solo nel sistema italiano, ma anche in quello spagnolo, entrambi accomunati da salti in avanti e ripensamenti del legislatore circa una contrattualizzazione del lavoro pubblico.

È innegabile che in Italia, dopo la “privatizzazione” degli anni Novanta, consacrata con l'adozione del Testo Unico del Pubblico Impiego (d. lgs. n. 165/2001), si stia virando verso una progressiva inversione di tendenza segnata da un crescente riaffermarsi delle categorie pubblicistiche. E in modo più marcato nel sistema spagnolo resiste saldamente una visione autoritaria del pubblico impiego. Le prime timide aperture della Ley n. 30/1984, fortemente ridimensionate dalla Ley. n. 23/1988, risultano ormai un lontano ricordo, e benché ora il Real Decreto Legislativo 30 ottobre 2015, n. 5 (già Ley n. 7/2007), del *Estatuto Básico del Empleado Público*, prenda atto della dualità di regimi giuridici tra *personal laboral* e *funcionarial*, resta sempre preponderante la presenza di personale di diritto pubblico rispetto a quello contrattualizzato.

Sono trascorsi molti anni e i problemi passati sono tutt'altro che insoluti. Nonostante i numerosi e pregevoli sforzi dottrinali per inquadrare concettualmente i poteri datoriali della Pubblica Amministrazione nell'ottica del diritto privato, manca tuttora una ricostruzione sistematica che renda conto, conciliandole, delle peculiarità della speciale relazione di pubblico impiego.

A fronte di questo ibrido, infatti, continuiamo a chiederci, allora come oggi, in che modo intendere il datore di lavoro pubblico ed i suoi poteri.

Proprio qui si inserisce il nostro lavoro, che tenta di dare una visione d'insieme della materia rispondendo ai molteplici interrogativi che restano ancora insoluti.

Cosa è cambiato nel passaggio da moduli autoritativi alle categorie

di diritto comune? È davvero cambiato qualcosa? E, soprattutto, l'interesse pubblico generale è stato messo in disparte, o gioca un ruolo importante nel conformare le prerogative datoriali?

Per rispondere a queste domande articoleremo la nostra analisi in tre tappe. Con un'avvertenza, che sarà la chiave di lettura del nostro percorso.

Dobbiamo tenere presente, in via preliminare, un importante assunto. Autonomia privata e interessi sono strettamente intrecciati: i poteri non vengono conferiti dall'ordinamento a caso, ma per il perseguimento di un determinato scopo. Così quindi, e per quanto possa sembrare lapalissiano affermarlo, le prerogative datoriali sono attribuite – salvo limitate eccezioni - in funzione dell'interesse creditorio, dal quale sono indirizzate e modulate. Sarà proprio l'interesse creditorio della Pubblica Amministrazione il faro che guiderà la nostra analisi nel capire il suo (nuovo?) ruolo come datore di lavoro.

Il primo passaggio consisterà, quindi, nell'individuare tale interesse. Ritornello incessante, infatti, è che la riconduzione del pubblico impiego al diritto del lavoro avrebbe comportato un mutamento nei poteri datoriali della Pubblica Amministrazione, i quali soddisferebbero un interesse all'organizzazione della prestazione non dissimile da quello dell'imprenditore privato. Vedremo se tale affermazione è condivisibile o se è necessario adottare una diversa prospettiva.

Effettuata questa operazione, entreremo nel vivo dei poteri nel rapporto, per capire come l'interesse creditorio agisca nel conformare le prerogative datoriali della Pubblica Amministrazione, attraverso l'esame degli strumenti di diritto pubblico e di diritto comune.

Infine, come riflessione necessaria a completamento del nostro percorso, l'interesse creditorio ci guiderà in un terreno incerto, quello della causa del contratto, per vedere se e come lo stesso possa incidere sulla struttura della rapporto di pubblico impiego.

INTRODUCCIÓN

No sólo en el sistema italiano, sino también en el español, la naturaleza jurídica de los poderes de la Administración Pública como empleadora sigue siendo, aún hoy, un tema muy actual y debatido. En efecto, ambos ordenamientos tienen en común la existencia de pasos hacia adelante y replanteamientos del legislador sobre la privatización de la relación laboral del empleado público.

No cabe duda de que en Italia, después de la "privatización" de los años noventa, consagrada con la adopción del Testo Unico del Pubblico Impiego (d. lgs. n. 165/2001), el sistema ha retomado un sesgo de mayor influencia pública en la relación laboral. De manera más destacada el sistema español sigue firmemente mostrando una visión administrativa del empleo público. Las primeras tímidas aperturas de la Ley nº 30/1984, reducidas en gran medida por la Ley nº 23/1988, son ahora un recuerdo lejano, y aunque el Real Decreto Legislativo nº 5/2015 (y anteriormente, la Ley nº 7/2007), del Estatuto Básico del Empleado Público, reconozca una dualidad de regímenes jurídicos, distinguiendo entre personal funcionarial y laboral, la presencia de personal de derecho público sigue siendo preponderante.

Muchos años han transcurrido y los problemas del pasado están lejos de ser resueltos. Pese a los numerosos e importantes esfuerzos doctrinales, tanto en España como en Italia, para enmarcar conceptualmente los poderes de la Administración Pública como empleadora desde la perspectiva del derecho privado, aún no existe una construcción sistemática que tenga en cuenta y concilie las peculiaridades de las relaciones especiales de empleo público.

Frente a este híbrido, de hecho, seguimos preguntándonos, ahora como entonces, de qué manera entender el empleador público y sus poderes.

Es aquí donde se inscribe nuestro trabajo, que intenta dar una visión general del tema, respondiendo a las muchas preguntas que permanecen sin resolverse.

¿Qué ha cambiado en la transición de las formas autoritarias del derecho administrativo a las categorías del derecho común? ¿Ha cambiado algo realmente? Y lo más importante: ¿el interés público ha sido marginado, o sigue jugando un papel importante en la conformación de las prerrogativas de la Administración Pública como empleadora?

Para responder a estas preguntas, articularemos nuestro análisis en tres etapas. Con una advertencia, que será la clave de nuestro camino.

Hay que tener en cuenta, en primer lugar, un principio importante. Autonomía negocial e intereses privados están estrechamente entrelazados: los poderes no son conferidos por casualidad, sino para un fin determinado. Así pues, y aunque pueda parecer evidente, las prerrogativas de los empleadores se atribuyen - con limitadas excepciones - para satisfacer los intereses del acreedor de la prestación laboral, en atención a los cuales se configuran y modulan. Será justamente el interés de la Administración Pública como acreedora el faro que guiará nuestro análisis para comprender su (¿nuevo?) papel como empleadora.

El primer paso consistirá, por tanto, en la determinación de tales intereses. Un estribillo incesante, de hecho, es que el diseño jurídico privado de la relación del empleado público habría dado lugar a un cambio en las facultades de la Administración Pública como empleadora, que satisfarían un interés a la organización de la prestación laboral que no es disímil dal interés del empleador privado. Veremos si esta afirmación es aceptable o si es necesario adoptar una perspectiva diferente.

Después de realizar esta operación, entraremos en el núcleo de los poderes en la relación, para entender cómo el interés de la Administración Pública como empleadora actúa en la conformación de sus prerrogativas como empleadora, a través del examen de los instrumentos de derecho público y del derecho común.

Por último, como una reflexión necesaria para la realización de nuestro viaje, el interés de la Administración como acreedora nos llevará a un terreno incierto, el relativo a la causa del contrato, para ver si, y, en su caso, cómo, el mismo puede afectar a la estructura de la relación laboral del empleado público.

Cap. I

PRIVATIZZAZIONE DEL RAPPORTO E INTERESSE CREDITORIO

1. Le fasi della "privatizzazione" in Italia

A partire dai primi decenni del Novecento fino alle riforme degli anni Novanta, l'organizzazione e il lavoro presso le Pubbliche Amministrazioni in Italia sono sempre stati, tradizionalmente, pubblicistici, trovando la propria disciplina attraverso atti qualificati come provvedimenti amministrativi: si riteneva che i principi costituzionali di cui agli artt. 97 (per cui «*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*») e 98 Cost. («*I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*») implicassero necessariamente una regolamentazione del rapporto di lavoro pubblico secondo il medesimo diritto che reggeva l'azione dell'Amministrazione¹.

È con la legge delega n. 421/1992, seguita dal d. lgs. n. 29/1993 che, dopo decenni, si torna verso una conformazione di diritto comune² del rapporto alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni. La legge, in particolare, segna una distinzione tra organizzazione da un lato, regolazione e gestione dei rapporti di lavoro dall'altro: mentre la prima continua ad

¹Per una disamina di tali norme con riferimento al pubblico impiego, si veda A. M. CECERE, *Sub. Artt. 97 e 98 Cost.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro, vol.I, Costituzione, codice civile e leggi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 459 ss.

² È nota, nella dottrina italiana, la diatriba esistente sull'uso del termine "privatizzazione" o "contrattualizzazione". Se M. D'Antona, padre della seconda fase delle riforme italiane, propugnava l'uso del termine "contrattualizzazione", poichè altrimenti «*rischia di restare in ombra (...) che l'applicabilità del diritto privato è l'effetto e non la causa del cambiamento di regime giuridico*», di diverso avviso sono altri Autori, che invece prediligono il termine "privatizzazione": il termine "contrattualizzazione" sarebbe riduttivo, poichè non renderebbe conto della più vasta portata della riforma, ossia il venir meno del potere unilaterale autoritario dell'Amministrazione. Ad avviso di chi scrive questa diatriba sembra una sorta di "uovo di Colombo", per cui – come peraltro fa la Consulta - nel prosieguo della trattazione utilizzeremo, alternativamente, questi due termini. Si veda F. CARINCI, *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, WP CSDLE D'Antona.IT, n. 80/2008.

essere sottoposta ad atti autoritativi ed unilaterali, i secondi invece sono regolati contrattualmente, prevedendosi che in tale ambito le Amministrazioni avrebbero operato «*con i poteri del privato datore di lavoro*» (art. 4 c. 1 d. lgs. n. 29/1993). Viene così segnata una svolta di non poco momento, per cui si passa da un rapporto di servizio, scandito in tutto il suo svolgimento da espressioni di supremazia speciale del potere pubblico (a partire dall'atto di nomina, sino a quello di cessazione) ad un rapporto formalmente paritetico che vede Amministrazione e lavoratore quali controparti negoziali.

Seguì una seconda stagione di riforme, inaugurata dalla l. n. 59/97 che, all'art. 11 c. 4 della l. n. 59/1997, delegava il Governo a «*completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa*». In questa scia furono quindi adottati i decreti legislativi nn. 397/1997, 80/1998 e 387/1998 (Bassanini), il d.lgs. n. 165/2001 (il c.d. Testo Unico del Pubblico Impiego) e la legge n. 145/2002. Scopo di tali norme è conferire un impianto organico al sistema, correggendo alcune ambiguità che avevano caratterizzato la precedente disciplina.

Prendendo atto dell'inevitabile intreccio tra organizzazione e gestione del rapporto, il legislatore decide di segnare, quale *discrimen* tra regime di diritto pubblico e di diritto comune, la distinzione tra area di organizzazione "alta", o macro – organizzazione, inerente le linee fondamentali di articolazione strutturale degli uffici, e quella di organizzazione "bassa", relativa all'organizzazione e alla gestione dei rapporti di lavoro³. Solo la macro-organizzazione, in quanto direttamente

³ La precedente divisione tra organizzazione e gestione aveva infatti comportato alcuni problemi sul piano della giurisdizione. Il testo dell'art. 68 del d. lgs. n. 29/1993 prevedeva che fossero devolute al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro dei dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche, con esclusione delle materie di cui ai numeri da 1 a 7 dell'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421. Ma poiché le materie escluse riguardavano, appunto, aspetti organizzativi, la dottrina – e la giurisprudenza amministrativa, sempre tendente ad "accaparrarsi" di giurisdizione – ne inferivano l'assoggettabilità al regime pubblicistico dell'intera organizzazione, con il rischio che venisse attratta in tale orbita pure la gestione del rapporto di lavoro, sebbene

finalizzata al perseguimento di interessi pubblici, continua ad essere sottoposta ad un regime di diritto amministrativo.

Viene ribadita, in ogni caso, la natura privatistica del rapporto dei pubblici dipendenti che, ai sensi dell'art. 2 c. 2 d. lgs. n. 165/2001, «*sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa*», fatte salve le diverse disposizioni contenute nel Testo Unico che costituiscono, per espressa disposizione di legge, disposizioni a carattere imperativo. Quindi, i rapporti di lavoro sono regolati *contrattualmente*, consacrando l'autonomia negoziale quale fonte regolatrice degli stessi: in tale ambito l'Amministrazione non esercita più poteri amministrativi ma, ai sensi dell'art. 5 c. 2 del Testo Unico del Pubblico, la capacità e i poteri «*del privato datore di lavoro*». Il regime privatistico viene esteso anche alla dirigenza generale, equiparandola a quella privata.

La c.d. "terza stagione" della privatizzazione si concreta nella l. 4 marzo 2009 n. 15 e il successivo decreto delegato n. 150 del 27 ottobre 2009. La spinta propulsiva della riforma era costituita da problemi endemici ben noti: la volontà di liberarsi dalle strettoie di una burocrazia pesante e farraginoso, a scapito della reale efficacia dell'azione amministrativa, e di intervenire in un substrato occupazionale caratterizzato – almeno nella *communis opinio* – da scarsa motivazione e clientelismo⁴. Scopo della legge, almeno nelle intenzioni, è conformare in senso aziendalistico l'operato della Pubblica Amministrazione, cercando altresì di reagire alla tendenza espansiva della contrattazione collettiva nella disciplina dei rapporti di lavoro. Questo avviene secondo due direttrici. Da un lato, vengono rafforzate le prerogative dirigenziali e si introduce un «*ciclo di valutazione della performance*» di dirigenti, lavoratori e strutture amministrative. Sul piano delle relazioni sindacali, invece, il ruolo

formalmente escluso.

⁴ F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *LPA*, 2008, p. 949; ID. *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 4/2010, p. 452. Si vedano anche P. SORDI, *Il sistema delle fonti della disciplina del lavoro pubblico (dopo il d. lgs. n. 150 del 2009)*, in *LPA*, 2010, p. 805; G. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *LPA*, 2010, p. 579.

dell'autonomia collettiva ne esce fortemente ridimensionato: non solo si esclude in via inderogabile la negoziabilità di tutte le materie oggetto del potere gestionale unilaterale del datore pubblico, ma viene altresì rovesciato il rapporto tra contratti collettivi e legge, prevedendo che quest'ultima non possa più essere derogata salvo che sia essa stessa a prevederne la possibilità⁵.

2. Le riforme del pubblico impiego in Spagna

Anche nell'ordinamento spagnolo il percorso per giungere ad una sistematizzazione del pubblico impiego è stato travagliato e, tuttora, risulta non privo di incertezze. In via generale si può anticipare però che, nonostante l'impulso alla privatizzazione, rimangono ben salde le resistenze ad una generalizzazione dei moduli privatistici in quest'area.

Già anteriormente alla promulgazione della Costituzione, nel 1978, si poteva ravvisare una bipartizione tra regime *funcionarial*, di diritto pubblico, e quello *laboral*, sottoposto invece alle norme comuni.

Con l'adozione della Costituzione, l'art. 103, oltre a stabilire, al c.1, che «*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*»⁶, al c.3 introduce per il legislatore lo speciale mandato di rendere conforme la disciplina del pubblico impiego al nuovo ordinamento democratico, regolando «*el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la*

⁵ Segnaliamo, tuttavia, che il pubblico impiego continua ad essere attraversato da costanti riforme, su cui non abbiamo ritenuto opportuno soffermarci ai fini del nostro lavoro. Da ultimo, la legge n. 124/2015, recante “*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche*” e i successivi decreti delegati.

⁶ Trad. «*La Pubblica Amministrazione serve con obiettività gli interessi generali e agisce in conformità ai principi di efficacia, gerarchia, decentramento e coordinamento, sottoposta pienamente alla legge e al Diritto*».

*imparcialidad en el ejercicio de sus funciones»*⁷.

Il mandato legislativo restò a lungo incompiuto, benché da più parti si propugnasse una riforma della funzione pubblica attraverso l'adozione di misure gestionali simili all'impiego privato⁸. Per altro verso, cominciava a farsi strada una concezione del pubblico dipendente quale soggetto portatore di diritti anche contrapposti a quelli dell'amministrazione: significativa, in tal senso, fu l'adozione della *Ley Orgánica de Libertad Sindical* (ley n. 11/1985), che riconosceva a tutti i lavoratori – compresi i pubblici dipendenti – i diritti sindacali.

In questo quadro si inserisce la legge 2 agosto 1984, n. 30, che segna un primo passo verso la riorganizzazione del pubblico impiego. Una disposizione, in particolare, aveva attirato l'attenzione della dottrina: l'art. 15 il quale, al c. 1, prevedeva che *«Las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado incluirán para cada uno de ellos, en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias que tengan asignadas y los requisitos exigidos para su desempeño. Estos requisitos serán determinados por el Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los Ministerios correspondientes, debiendo especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos»*. Data la formulazione della norma, c'era chi ha osservato che, in questo modo, la legge avrebbe optato per una generale estensione del regime privatistico,

⁷ Trad. *«lo statuto dei funzionari pubblici, l'accesso alla funzione pubblica secondo i principi di merito e capacità, le peculiarità dell'esercizio della loro libertà sindacale, il sistema di incompatibilità e le garanzie per l'imparzialità nell'esercizio della loro libertà sindacale, il sistema di incompatibilità e le garanzie per l'imparzialità nell'esercizio delle loro funzioni»*. Complementario a questa norma è l'art. 1.3 del *Estatuto de los Trabajadores*, che esclude dal proprio ambito di applicazione il rapporto di servizio dei funzionari pubblici e in generale quello del personale alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, ove quest'ultimo sia disciplinato da norme amministrative o statutarie speciali.

⁸ M. R. ALARCÓN CARACUEL, *La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales*, Delegación Interprovincial del Instituto de Estudios de Administración Local, Sevilla, 1985, p. 6; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Notas sobre la función Administrativa en la Constitución Española de 1978*, in E. GARCÍA DE ENTERRÍA – A. PREDIERI (a cura di), *La Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1981.

relegando la *funcionarización* a mera eccezione⁹, anche se risultò prevalente l'opinione, più equilibrata, secondo la quale la norma configurava un modello di coesistenza in cui semplicemente venivano lasciate alle Amministrazioni ampi margini di scelta sul regime pubblicistico o privatistico dei loro dipendenti¹⁰.

Mancando puntuali criteri di legge, le diverse Comunità Autonome adottarono differenti modalità nella distribuzione dei posti di lavoro: un criterio "autoritativo", per cui vengono riservati al *personal funcionarial* quei ruoli che implicassero l'esercizio di funzioni di supremazia; uno "settoriale", per certi versi contiguo al precedente, che vede l'assegnazione del *personal funcionarial* ai Servizi centrali delle corrispondenti Amministrazioni territoriali, posto che questi ultimi, di fatto, esercitano le funzioni autoritative, di controllo, ispezione e consulenza al cittadino; un criterio, per così dire, di "marginalizzazione" del *personal laboral*, che viene relegato ad attività meramente esecutive e materiali ed, infine, la scelta più ampia verso una piena libertà nella classificazione dei posti di lavoro¹¹.

Intervenire, infine, il Tribunal Constitucional, che con la sentenza n. 99 dell' 11 giugno 1987 dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 15 della l. n. 30/1984, per violazione dell'art 103.3 CE. Secondo il Giudice delle leggi, la rimessione al *Ministerio de la Presidencia* (cioè al potere esecutivo) di un potere indeterminato nello stabilire la natura privatistica o pubblicistica dei ruoli nell'Amministrazione implicava, da parte del legislatore, una rinuncia al proprio compito di porre la necessaria normativa in materia, con conseguente violazione della riserva di legge stabilita dalla Costituzione. La riserva di legge risulta infatti giustificata dalla particolare importanza di questa disciplina, ove si consideri il suo carattere cruciale

⁹ J. R. PARADA VÁZQUEZ, *La reforma de la Administración periférica del Estado*, in *La Administración del Estado en las comunidades autónomas*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònomic, 1997, p. 411 ss.; C. CARRASCO CANALS, *La función pública española en la actualidad (la reforma y perspectivas de futuro)*, in *Revista de administración pública*, n. 107/1985, p. 259 ss.

¹⁰ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *La relación laboral especial de empleo público. Estatuto de su régimen jurídico tras el Estatuto básico del empleado público*, Civitas Aranzadi, Madrid, 2009.

¹¹ Si veda, in materia, X. BOLTAINA BOSCH, *Los puestos de trabajo del personal laboral en las administraciones públicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006

nella struttura delle Amministrazioni Pubbliche: tali norme, infatti, non ineriscono ad aspetti meramente lavoristici ma rivestono degli innegabili risvolti amministrativi visto che, in questo modo, vengono dettate anche le condizioni ed i limiti materiali delle determinazioni deliberate dagli organi pubblici. E, pertanto, il modello costituzionale spagnolo contempla come formula prevalente la sottoposizione degli impiegati pubblici ad un regime pubblicistico, considerando la stipula di contratti di diritto privato un'opzione lecita ma di carattere eccezionale.

Seguì, quindi, la riscrittura dell'art. 15 l. n. 30/1984 ad opera della ley n. 23 del 1988. In particolare, la nuova stesura del c. 1 lett. c) dell'art. 15 stabilisce che «*con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos*», mentre l'assunzione di *personal laboral* viene relegata a specifiche ipotesi previste *ex lege*¹², operando quindi un'inversione di tendenza rispetto al regime precedente. Peraltro, pure nelle ipotesi in cui si prevede l'assegnazione al *personal laboral*, tale assegnazione non risulta esclusiva, ben potendo i compiti in questione essere svolti anche da *funcionarios*.

Solo nel 2007 viene finalmente portato a compimento il mandato costituzionale, con l'adozione della l. 12 aprile 2007, n. 7 recante l'*Estatuto Básico del Empleado Público*, che intende disciplinare in modo organico le tipologie di personale al servizio delle Pubbliche Amministrazioni: viene

¹² Si tratta di assunzioni rispondenti ad esigenze temporanee dell'Amministrazione, oppure di compiti meramente esecutivi o che richiedano specifiche competenze tecniche. Sono, in particolare, «– *los puestos de naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; – los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; – los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; – los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, y – los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares*».

infatti adottata una nozione unitaria di *público empleado*, intendendo come tale tutti coloro che «*desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*» (art. 8 EBEP), senza distinzione di sorta¹³. L'*Estatuto*, ora, è stato oggetto di revisione ad opera del Real Decreto Legislativo 30 ottobre 2005, n. 15.

Benché venga riaffermata, quale regola generale, il regime pubblicistico dell'impiego alle dipendenze delle P.A.¹⁴, si prende atto tuttavia, del peso crescente assunto dall'utilizzo di strumenti privatistici¹⁵, ritenuti imprescindibili visto che «*la flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración*»¹⁶.

A tal proposito, l'art. 1.2 EBEP stabilisce che l'*Estatuto* «*tiene por objeto determinar las normativas aplicables al personal laboral al servicio de las Adiminstraciones Públicas*»¹⁷, normativa che, con disposizione – l'art. 7 EBEP – dal tenore analogo all'art. 2.2 TUPI, viene individuata nella «*(..) legislación laboral*», «*las demás normas convencionalmente aplicables*» e

¹³ M. CARDENAL CARRO – F. J. HIERRO HIERRO, *El Estatuto Básico del Empleado Público: reformas en las relaciones de servicios en las Administraciones Públicas*, in A. V. SEMPERE NAVARRO – M. CARDENAL CARRO (diretto da), *El personal laboral al servicio de las Administraciones locales*, La Ley, 2010, p. 11 ss.; J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.* Peraltro, già da tempo si avvertiva una certa convergenza tra il regime giuridico del *personal funcionario* e quello del *personal laboral*: a tal proposito, cfr. M. J. RODRÍGUEZ RAMOS, *El estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1997 e F. CAVAS MARTÍNEZ, *Propuestas para un estatuto básico del empleado público*, in *Aranzadi Social*, n. 5/2005, p. 385.

¹⁴ Infatti l'art. 9.2 EBEP stabilisce che «*el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca*». Si veda M. SÁNCHEZ MORÓN, *Clases de personal*, in M. SÁNCHEZ MORÓN, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2007, p. 89 ss.

¹⁵ Cfr. J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*

¹⁶ Così il Preambolo al testo della legge. Trad: «*La flessibilità che questo regime legale introduce nell'impiego pubblico e la sua maggiore prossimità ai criteri di gestione dell'impresa privata fanno ritenere preferibile la sua applicazione in determinate aree dell'Amministrazione*»

¹⁷ Trad. «*ha per oggetto la determinazione della disciplina applicabile al personal laboral al servizio delle Amministrazioni Pubbliche*».

«los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan¹⁸»¹⁹.

Nonostante la differenziazione tra personale di diritto pubblico e privato, la comune influenza dell'interesse pubblico emerge in più punti dell'*Estatuto*. A partire dalla definizione generale di *empleado público*, di cui abbiamo testè detto, viene infatti dettata una base di principi, diritti e doveri che riguardano trasversalmente tutti i pubblici impiegati, a prescindere dalle modalità con cui si svolge il loro rapporto di lavoro: così, è comune il regime dei diritti individuali e collettivi (artt. 14 e 15), il codice di comportamento (artt. 54 e 55), il regime di accesso ai ruoli dell'Amministrazione e della responsabilità disciplinare²⁰

Alcuni problemi sorgono invece circa la concreta individuazione del tipo di personale che deve ricoprire le distinte mansioni. A tal proposito l'*Estatuto* si astiene dalla delimitazione dei posti che devono essere ricoperti da *personal funcionarial* e quelli, invece, da assegnarsi a *personal laboral*, fornendo solo l'indicazione di massima per cui «*el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos*» (art. 9.2 EBEP) e riservando alle *Leyes de Función Pública* la determinazione dei criteri per l'assegnazione di determinate funzioni al *personal laboral* (art. 11.2 EBEP). Continuano pertanto ad applicarsi i parametri già stabiliti dall'art. 15 l. n. 30/1984, previsione ancora vigente visto che non è incluso tra le disposizioni abrogate ai sensi della disposición derogatoria única del EBEP²¹.

¹⁸ In materia, cfr. J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*

¹⁹ Trad., la disciplina dell'impiego privato, le altre norme convenzionalmente applicabili e, in caso di previsione espressa, la disciplina speciale dell'*Estatuto*.

²⁰ M. CARDENAL CARRO, *op. cit.* Della stessa opinione M. SÁNCHEZ MORÓN, *op. ult. cit.* Assume invece una posizione intermedia J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 49, per cui è possibile giungere ad analoga ed inversa conclusione se si analizzano gli influssi esercitati sul regime del *personal funcionarial* dalla normativa inerente il *personal laboral*, motivo per cui si può parlare di un processo di osmosi tra i due diversi regimi.

²¹ Segnaliamo, peraltro, che la presenza di *personal funcionarial* continua ad essere preponderante. I dati in materia sono consultabili all'indirizzo: http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/web/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Periodicas/parrafo/Boletin_Estadis_Personal/BEPSAP_30052016.pdf

3. Quale ruolo per l'interesse pubblico?

Lo svolgimento del rapporto di pubblico impiego attraverso moduli privatistici ha sollevato in entrambi gli ordinamenti alcuni interrogativi di fondo. Come conciliare i fini pubblici perseguiti dall'Amministrazione con l'utilizzo di strumenti privatistici? Un'azione privatistica della Pubblica Amministrazione, connotata dalla libertà dei fini, comporta un mutamento dell'interesse perseguito, da individuarsi non più nell'interesse pubblico, ma in qualcosa di diverso?

Una prima posizione, espressa principalmente dalla dottrina amministrativistica, ritiene che il rapporto del pubblico dipendente debba necessariamente esplicarsi attraverso moduli pubblicistici, vista l'ontologica funzionalizzazione dell'Amministrazione al perseguimento dell'interesse generale. Questo in particolare è quanto affermato dal Consiglio di Stato nel parere sul progetto poi divenuto la legge n. 421/1992²², ed analoghe posizioni sono rinvenibili pure nella dottrina spagnola, secondo diverse argomentazioni. Secondo il Consiglio di Stato, tra pubblico impiego e lavoro privato sussiste una diversità ontologica consistente nel fatto che, il più delle volte, il pubblico impiegato svolge una prestazione lavorativa consistente nell'esercizio di pubbliche funzioni. Motivo per cui *«pare impossibile ridurre la posizione soggettiva della Pubblica Amministrazione ad un mero interesse economico-privatistico a conseguire l'effettuazione della prestazione lavorativa da parte del dipendente; laddove è preminente l'interesse, pubblicistico e generale, al corretto esercizio delle pubbliche funzioni a vantaggio della collettività»*. Inoltre, quand'anche il dipendente non eserciti delle pubbliche funzioni, l'Amministrazione comunque opera per il raggiungimento di interessi che trascendono le persone fisiche che ne hanno la rappresentanza e che sono indisponibili anche per l'Amministrazione stessa²³. Analogamente, nella dottrina spagnola c'è chi

²² Consiglio di Stato 31 agosto 1992, n. 146 in Foro it., 1993, III, p. 4 ss.

²³ Altre, inoltre, erano le criticità rilevate. Sul fronte della contrattazione collettiva, il Consiglio paventava la possibilità (in effetti poi realizzatasi) che una pubblica amministrazione "privatizzata" fosse incapace di resistere alle spinte della controparte

ritiene – anche se, precisiamo, l'assunto non è pacifico né condiviso - che la Costituzione stabilirebbe una riserva alla regolamentazione amministrativa del pubblico impiego, poichè il diritto privato non disporrebbe di meccanismi che consentano di applicare i principi che informano l'azione dell'Amministrazione pubblica²⁴ o che, nello specifico, l'adozione del *régimen laboral* sarebbe contrario ai principi di *jerarquía* e di *eficacia* previsti dall'art. 103.1 CE²⁵.

Nel dibattito italiano, inoltre, troviamo altre posizioni intermedie. Alcuni Autori, pur non escludendo *tout court* un vincolo di scopo nell'operato della P.A., distinguono tra l'attività di organizzazione degli uffici e quella relativa alla gestione dei rapporti di lavoro. L'art. 97 Cost. ita. informerebbe al principio di buon andamento unicamente la disciplina dell'organizzazione degli uffici mentre, invece, la determinazione delle condizioni di lavoro sarebbe rimessa all'autonomia negoziale privata²⁶. Tale scissione si riverbererebbe anche sul piano degli interessi, potendosi distinguere appunto tra l'interesse all'organizzazione degli uffici, che sarebbe l'interesse pubblico al buon andamento e all'imparzialità, e interesse organizzatorio relativo alla prestazione di lavoro, quest'ultimo non dissimile da quello dell'imprenditore privato²⁷. Variante di questa posizione è quella per cui la regolamentazione privatistica del rapporto di lavoro, attraverso norme di relazione, implicherebbe anche un mutamento sostanziale

negoziale, volte a massimizzare il proprio profitto, con una conseguente incontrollata crescita della spesa pubblica. Inoltre, la natura pubblica del datore di lavoro avrebbe richiesto la necessità di tradurre i contenuti negoziali in una fonte regolamentare, onde assicurare l'efficacia *erga omnes* non presente nel settore privato a causa della mancata attuazione dell'art. 39 Cost. it. A queste osservazioni si aggiungeva anche un certo scetticismo dovuto all'eccessivo carico di lavoro di cui sarebbero stati investiti i Tribunali, nel caso di completa devoluzione alla giurisdizione ordinaria anche delle controversie di pubblico impiego.

²⁴ Cfr. J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*

²⁵ J.R. PARADA VÁZQUEZ, *op. cit.*

²⁶ F. PANARIELLO, *La flessibilità delle mansioni tra potere datoriale e controllo sindacale*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Lo spazio negoziale nella disciplina del lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 157; A. MARESCA, *Le trasformazioni del rapporto di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 205.

²⁷ F. LISO, *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI – M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 177 ss.

dell'interesse dedotto nel contratto di lavoro, che non sarebbe più pubblico ma privato²⁸.

Ancora più radicale un altro orientamento il quale, mutuando alcune categorie dalla dottrina amministrativistica, ritiene che il precetto costituzionale di buon andamento e imparzialità sia rivolto unicamente al legislatore e non concerna, invece, l'attività organizzativa degli apparati pubblici²⁹. Si distingue, in particolare, tra interessi finali dell'Amministrazione, perseguiti tramite l'esercizio di funzioni pubbliche rivolte alla collettività, ed interessi strumentali, che concernerebbero la cura di interessi propri ed interni, attraverso atti che sono «*manifestazione di un potere di organizzazione di interesse preminentemente aziendale*³⁰». Di conseguenza tutta l'attività strumentale dell'Amministrazione, sia essa inerente all'organizzazione degli uffici o alla gestione del personale, non sarebbe soggetta al vincolo di scopo al perseguimento dell'interesse pubblico e, pertanto, potrebbe essere sganciata dai principi di buon andamento e imparzialità predicati dalla norma costituzionale.

Altri Autori³¹, infine, si attestano su una posizione neutra: gli artt. 97 Cost. ita. e 103 CE non sottendono alcuna qualificazione del rapporto di lavoro pubblico, ben potendo gli interessi generali essere perseguiti attraverso una relazione lavorativa pubblicistica o di diritto privato. In questo filone c'è chi tuttavia opera una distinzione a seconda dei compiti esercitati³², ritenendo che debba sottostare al regime amministrativo il rapporto dei dipendenti che partecipano delle funzioni autoritative pubbliche. Ad ogni modo, il ricorso a un regime privatistico, o *laboral*, non implica una fuga dai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità: la finalità di cura dell'interesse generale rimane comunque

²⁸ A. RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica. Interessi, tecniche regolative, tutele*, Vol. 1, Cacucci Editore, 2011.

²⁹ Si veda, in materia, C. RUSSO, *Poteri, responsabilità e partecipazione nel lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996.

³⁰ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, vol. II, p. 351

³¹ C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Vol. V, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (a cura di F. CARINCI e L. ZOPPOLI), Utet, 2004, p. 96 ss.; J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 94 ss..

³² J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 94 ss.

immanente al sistema, conformando in misura particolare il rapporto di lavoro del pubblico impiegato.

4. Un nuovo tipo di interesse creditorio o nuovi moduli per l'interesse pubblico?

L'esposizione, sia pur concisa, delle diverse posizioni dottrinali ha evidenziato come a delle prospettive per alcuni aspetti diverse facciano riscontro dei comuni interrogativi di fondo. Il perseguimento di un interesse pubblico è inconciliabile con l'adozione di moduli privatistici? O detto in altri termini, la regolamentazione giusprivatistica del pubblico impiego postula il perseguimento di un interesse distinto, e se vogliamo minore, rispetto a quello pubblico?

Cerchiamo quindi di analizzare le norme civilistiche per capire se l'utilizzo del diritto comune comporti, necessariamente, un mutamento qualitativo dell'interesse perseguito dalla Pubblica Amministrazione nelle vesti di privato datore di lavoro.

Ora, sappiamo che ogni soggetto dotato di capacità (e quindi di soggettività) giuridica nell'ordinamento costituisce un autonomo potenziale di interessi e, pertanto, integra il *«punto di collegamento di tutte quelle norme del sistema che disciplinano quegli interessi»³³*.

Tale momento si svolge in via dinamica nella capacità di agire (nel diritto spagnolo, *capacidad de obrar*³⁴), intesa come *«il soggetto per la possibilità che il diritto gli riconosce, di rivelare nel mondo giuridico e fare in esso valere interessi: perché dunque è in grado di determinare, con i*

³³ A. FALZEA, *Capacità* (teoria generale), voce in *Enciclopedia del diritto*, VI, 1960, p. 13. Si ritiene, peraltro, che la capacità d'agire, in quanto situazione trasversale, debba estendersi anche ai casi in il soggetto non agisca attraverso una diretta assunzione del comportamento, ma riceva un atto o una dichiarazione altrui, come nell'ipotesi del pagamento al creditore e, più in generale, della cooperazione dello stesso all'attività solutoria del debitore. Sul concetto di capacità giuridica e di agire, cfr anche P. RESCIGNO, *Capacità giuridica (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig .it.*, II, Torino, 1958, p. 873.

³⁴ In particolare, nella dottrina spagnola si distingue tra *capacidad jurídica pasiva* o *capacidad jurídica* e *capacidad jurídica activa* o *capacidad de obrar*, ad indicare le diverse manifestazioni, statiche e o dinamiche, della soggettività giuridica.

*propri comportamenti, l'applicazione delle norme e l'insorgere degli effetti da essere predisposte*³⁵». Questa capacità quindi indica «*l'idoneità a svolgere l'attività giuridica che riguarda la sfera d'interessi propria della persona*³⁶», acquistando ed esercitando diritti o assumendo obblighi. Il soggetto esplicita gli interessi pratici previsti dal diritto o incide su di essi, attivando i meccanismi previsti dalla legge per la loro tutela e così cooperando alla formazione delle fattispecie concrete. La capacità di agire, pertanto, esprime il punto di tangenza tra l'interesse e la sua concretizzazione nell'ordinamento. Nel caso delle persone giuridiche questa capacità viene esercitata attraverso gli organi dell'ente.

Ed è proprio nell'esercizio di tale capacità, intesa come svolgimento dei poteri conferiti dall'ordinamento giuridico per la tutela dei propri interessi, che la persona giuridica esprime la propria soggettività³⁷, la quale trova in tale esercizio il punto di emersione dell'interesse sotteso³⁸. Gli effetti ricondotti dall'ordinamento al soggetto, in forza della sua capacità giuridica, presuppongono l'esistenza di un interesse da cui sono condizionati. In ogni norma possiamo quindi trovare un trinomio: interesse tutelato – soggetto titolare dell'interesse – soggetto tenuto ad un determinato comportamento per l'attuazione di quell'interesse.

Non è necessario, peraltro, che lo scopo cui tende il creditore abbia natura patrimoniale: sia l'art. 1774 c.c. che l'art. 1088 del *Código civil* spagnolo (di seguito c.c.e.). recano infatti una formula aperta al riguardo. Anzi, l'art. 1174 c.c. è chiaro nel prevedere che se la prestazione deve avere necessariamente natura patrimoniale, può soddisfare un interesse anche non patrimoniale del creditore³⁹, e a conclusioni analoghe si può pervenire con

³⁵ A. FALZEA, *op. cit.*

³⁶ P. RESCIGNO, *op. cit.*

³⁷ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, anche se non tutti sono concordi sul punto (A. FALZEA, *op. cit.*, p. 17)

³⁸ Infatti, come rileva A. FALZEA, *op. cit.* p. 19, «*la capacità di agire è legata principalmente agli interessi del soggetto che agisce, anche se possa essere posta a servizio di altri soggetti, e perciò non ha ragione di essere per quelle persone che il diritto rifiuta di riconoscere come potenziali di interessi giuridici*».

³⁹ G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, vol. I, Cedam, Padova, 1957, p. 55, il quale richiama la Relazione al Codice per cui «*la possibilità di valutazione economica non si ha soltanto se la prestazione abbia un intrinseco valore patrimoniale, ma anche*

riferimento all'art. 1088 c.c.e., benché tale norma si limiti ad una definizione dell'obbligazione senza definire l'interesse creditorio sotteso⁴⁰.

Ne discende che scopo della pattuizione è il conseguimento, da parte del creditore, di una determinata *utilitas*, anche di natura non patrimoniale e, a tal fine, è determinante vedere il senso che alla prestazione hanno attribuito le parti nel loro regolamento contrattuale. E' bene notare, peraltro, come l'adempimento dell'obbligazione non sia necessariamente indirizzato al soddisfacimento di un unico bisogno, ma sia idoneo a rispondere a più bisogni, «*siano questi da concepire l'uno accanto all'altro oppure in ordine successivo, nel senso, cioè, che la soddisfazione del primo sia strumento per l'appagamento di un secondo*⁴¹».

L'obbligazione lavorativa, in quanto obbligazione di mezzi⁴², o meglio di contegno, sottende due tipi di interesse: l'interesse strumentale al coordinamento dell'attività del lavoratore, traslato nell'organizzazione di lavoro⁴³, in relazione al quale viene commisurato l'adempimento del

quando la riceve di riflesso dalla natura della controprestazione ovvero da una valutazione fatta dalle parti».

⁴⁰ «*De la combinacion de los art. 1088 y 1911 Cc se obtiene la estructura juridica de toda obligación: un sujeto activo que tiene la facultad de exigir la prestacion de dar, hacer o no hacer alguna cosa; un sujeto pasivo obligado; un objeto consistente en la prestacion o actividad que ha da desplegar el deudor; y un vinculo juridico entre los sujetos por el qual el deudor queda obligado al acreedor a satisfacerle la oportuna prestación que ha de ser posible, licita y determinada, sin que sea preciso su patrimonialidad, bastando que lo sea por medio indirecto*» AP Cuenca, 19 giugno 1986

⁴¹ G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 197 ss.

⁴² Sulla distinzione obbligazioni di mezzi e di risultato, cfr. M. C. CRESPO MORA, *Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR*, in *InDret*, n. 2/2013 e la dottrina ivi citata.

⁴³ G. SUPPIEJ, *op. cit.*, vol. I, p. 58, per cui è la stessa organizzazione aziendale che «*diviene il soggetto determinato portatore dell'interesse che la condotta imposta dall'obbligo di lavoro è destinata a soddisfare*». Sulla struttura dell'obbligazione lavorativa quale obbligazione di contegno, ID., *op. cit.* p. 77 ss. Si veda anche M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, p. 135 e p. 266. Tali Autori, tuttavia, rifiutano la distinzione tra interesse strumentale e finale sostenuta da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 192 ss. ritenendo, attraverso una restrizione del concetto di prestazione dovuta, che nelle obbligazioni sussista un unico interesse creditorio: «*gli interessi avvertiti da un soggetto ben possono trovarsi tra loro in una relazione di mezzo a risultato, ma questa constatazione è valida solo sul piano metagiuridico. Con la costituzione del rapporto obbligatorio soltanto un interesse del creditore assume rilevanza giuridica e protezione formale, restando irrilevanti gli interessi ulteriori rispetto a quello che ha ad oggetto il risultato che deve essere fornito dal comportamento del debitore*» (M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 136).

prestatore, e l'interesse primario al risultato dell'organizzazione del lavoro complessivamente considerata, che consiste nel dover avere del datore. Proprio tale fine economico, benché esorbitante l'area debitoria, costituisce la base che ha determinato *ex latere creditoris* il sorgere del vincolo obbligatorio.

Tenuto presente che in ogni obbligazione è sempre dovuto un risultato⁴⁴, nel caso dell'obbligazione di mezzi esso non coincide con la realizzazione dell'interesse primario presupposto, ma si risolve nel soddisfacimento dell'interesse creditorio strumentale a quest'ultimo. Questo perché il raggiungimento del risultato finale complessivo cui tende l'interesse creditorio primario non dipende unicamente dalla prestazione del lavoratore, bensì dalla sua organizzazione insieme agli altri apporti produttivi. A ben vedere, tuttavia, risulta difficile scindere l'interesse strumentale all'attività e l'interesse finale al risultato produttivo visto che quest'ultimo, per poter essere realizzato, si riverbera necessariamente sia sull'organizzazione di lavoro, che dev'essere idonea al raggiungimento di quel determinato risultato⁴⁵, sia sulla stessa prestazione del singolo lavoratore, conformandone il contenuto. Senza arrivare all'affermazione per

⁴⁴ Tant'è vero che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato viene criticata dalla dottrina e mantenuta unicamente a soli fini descrittivi: si vedano ad esempio M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, 12^a ed., tomo II, Edisofer, Madrid., 2004; J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. I (aggiornato da F. RIVERO HERNÁNDEZ), 4^a ed., Dykinson, Madrid., 2007, p. 53, L. DÍEZ-PICAZO – A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 10^a ed., vol. II, tomo I, Tecnos, Madrid. 2012, pp. 129-130; F. GALGANO, *Istituzioni di Diritto privato*, 5^a ed., Cedam, Padova. 2008, pp. 143-144;. Si veda anche L. BLANCO PÉREZ RUBIO, *Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, ottobre 2014, Vol. 6, n. 2, pp. 50-74. Sulla critica alla distinzione in esame cfr. L. MENGONI, *op. ult. cit.* p. 188; J. FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)*, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, fascículo I, pp. 5-96.

⁴⁵ Infatti, E. MENEGATTI, *L'obbligo di diligenza*, in F. CARINCI – M. PERSIANI (diretto da), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, tomo I (a cura di M. MARTONE), Cedam, Padova, 2012, pp. 907 – 958, rileva che «l'interesse del creditore ad un risultato utile prodotto dalla prestazione è, dunque, sempre presente in ogni rapporto obbligatorio, ed è presente tanto come oggetto della pretesa creditoria, quanto come oggetto dell'obbligazione del debitore. La sua realizzazione costituisce, pertanto, parte del contenuto della prestazione, tanto da potersi ritenere che oggetto dell'obbligazione sia sempre il comportamento (attivo od omissivo) che il debitore deve tenere in funzione della realizzazione dell'interesse del creditore; interesse del creditore che sarà, quindi, specularmente quello di vedere il debitore utilizzare i mezzi necessari per raggiungere il risultato sperato, ovvero, nel caso delle obbligazioni di risultato, il raggiungimento del risultato sperato».

cui, «nel caso in cui tra la condotta del soggetto obbligato e la realizzazione del risultato utile per il creditore intercorra un nesso di causalità non sufficiente, la prestazione dedotta nel rapporto è rappresentata dal conseguimento del bene dovuto⁴⁶», è innegabile tuttavia che l'interesse a questa utilità finale determini comunque il contenuto del risultato parziale cui è tenuto il debitore.

Riassumendo, da quanto detto ricaviamo due punti fermi che ci serviranno per lo sviluppo della nostra analisi: a) anche un interesse non patrimoniale può essere dedotto nel rapporto obbligatorio; b) nell'obbligazione di contegno del lavoratore coesistono un'interesse strumentale, la cui realizzazione è il risultato cui tende la prestazione diligente del lavoratore, ed uno finale strettamente collegato.

Proviamo a tradurre queste considerazioni sul piano del pubblico impiego. La Pubblica Amministrazione, quando assume le vesti del datore di lavoro, non differisce da alcun soggetto dell'ordinamento, manifestandosi quale centro di interessi. E, al fine di perseguire tali interessi, affianca all'azione autoritativa pubblicistica l'utilizzo di strumenti privatistici: in particolare, per quanto concerne il rapporto di lavoro, veicola i propri interessi attraverso l'esercizio della sua capacità di agire ad opera della dirigenza. Inoltre, riprendendo la nostra considerazione *sub a)*, l'analisi dei canoni civilistici indica come sia incongruo dire che, tramite un regolamento negoziale, non si possa perseguire un interesse non patrimoniale come quello pubblico, il quale pertanto può benissimo essere dedotto – vedremo come - in un sinallagma contrattuale.

D'altro canto, l'adozione di moduli privatistici o pubblicistici non sottende una necessaria qualificazione dell'interesse delle parti in gioco. Tale qualificazione, infatti, rileva a monte ed è strettamente connessa alla natura della persona giuridica latrice dell'interesse, per cui se un soggetto è pubblico esprimerà necessariamente un interesse pubblico⁴⁷. A ben vedere,

⁴⁶ P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1290.

⁴⁷ Come rileva M. S. GIANNINI, *op. cit.*, vol. I, p. 84, «l'amministrazione è sempre cura di interessi concreti, trattisi di amministrazioni pubbliche o private, interne o

peraltro, - e senza voler entrare in un dibattito così delicato - per l'Amministrazione si può parlare di capacità di diritto privato, ma non di autonomia privata, visto che la stessa non svolge mai un'attività libera nel fine ma è soggetta ad un necessario vincolo pubblicistico di scopo⁴⁸ (si veda anche *infra*, cap. 2).

Semmai, a questo proposito, si ripropongono le questioni circa l'individuazione concreta del pubblico interesse, che spesso si presenta quale concetto indeterminato e si confonde con altre locuzioni inerenti a realtà non coincidenti, ma più ampie o circoscritte, come l'interesse generale, l'interesse sociale, l'interesse nazionale, l'interesse comune, l'utilità pubblica e l'utilità sociale⁴⁹. Questo vale sia nell'ordinamento italiano che in quello spagnolo, in cui la Costituzione menziona più volte l'*interés general*, lasciando la formula aperta ad una molteplicità di definizioni a seconda dell'orientamento ideologico dell'interprete⁵⁰.

Risulta opportuno precisare che non esiste di per sé *l'interesse pubblico*, ma troviamo invece una molteplicità di pubblici interessi⁵¹, pertanto la formula, usata al singolare, si risolve in un concetto sintetico che non risponde, tuttavia, ad una realtà definibile in modo univoco e inequivoco, sottintendendo a seconda dei casi *«l'insieme degli interessi*

*internazionali, religiose o laiche, e così via; dire che gli interessi sono "pubblici" non è altro che riferire all'attività del soggetto un carattere del soggetto stesso». Infatti la pubblicità dell'interesse non è nient'altro che un riflesso delle peculiari caratteristiche del soggetto imprenditoriale che ne è portatore, pertanto «la pubblica amministrazione continua a distinguersi dall'impresa perché, a differenza di questa, ha una missione che trova nella legge il suo fondamento» (così M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «Leggi Bassanini»*, in LPA, 1998, p. 41). Se, peraltro, l'Amministrazione è sempre latrice di istanze pubblicistiche, non vale invece l'affermazione contraria: a volte, infatti, l'ordinamento può attribuire ad un privato il perseguimento di interessi pubblicistici, sia pure attraverso moduli privatistici (si pensi ai concessionari di servizi pubblici).*

⁴⁸ STC n. 181/1991; Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 125.

⁴⁹ Per un puntuale riferimento a tali concetti si veda A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico ed interessi pubblici*, *Riv. trim. dir. pub.*, 1972, p. 58 ss.

⁵⁰ J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 118; M. SANCHEZ MORÓN, *op. ult. cit.*; J. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Neutralidad política y carrera administrativa de los funcionarios públicos*, in *Revista de documentación administrativa*, n. 210-211/1987, p. 74.

⁵¹ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, vol. I, p. 111, per cui *«il mondo degli interessi di cui sono portatori soggetti pubblici si presenta oggi identico al mondo degli interessi di cui sono portatori soggetti privati (...). Oggi la realtà ci mostra che anche gli interessi della sfera pubblica sono eterogenei»*.

*pubblici oppure quello fra essi che può o deve essere curato nella fattispecie*⁵²». Questi interessi, appare quasi superfluo rilevarlo, sono rapportabili ad una determinata comunità e pertanto nell'ordinamento si ravvisa una pluralità di interessi pubblici concreti⁵³, i quali, in quanto settoriali, in nulla differiscono da quelli privati se non per la qualifica pubblicistica della figura soggettiva che ne è portatrice⁵⁴. L'interesse pubblico astratto, quindi, funge da "strumento giuridico" cui si ricorre per modulare gli interessi pubblici concreti i quali sì, invece, sono veri e propri interessi confrontabili con quelli privati⁵⁵.

Appurato che anche il pubblico interesse può essere dedotto nel contratto, ci resta da sviluppare il nostro assunto sub b), per capire il modo in cui il suo soddisfacimento si collochi nel sinallagma contrattuale. Anche nell'obbligazione lavorativa del pubblico impiegato rilevano due interessi, un interesse strumentale al coordinamento e uno finale al risultato dell'organizzazione.

Osservando l'azione amministrativa intesa in senso lato, quale cura degli interessi generali, vediamo come la stessa si espliciti in due fasi strettamente interrelate: un'attività di "indirizzo e controllo" ed un'area di "attuazione degli indirizzi mediante atti amministrativi". Il primo momento, rimesso agli organi politici di vertice, consiste nell'individuazione del

⁵² A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 68. Cfr. M. SANCHEZ MORÓN, *op. ult. cit.*

⁵³ Infatti, come afferma J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.* p. 118, «*en un Estado social y democrático de Derecho, plural políticamente y socialmente, no resulta posible hablar del "interés público", como categoría absoluta, de ahí que los intentos de configurar un concepto unívoco del haya de entenderse completamente superados, dado he la heterogeneidad de los intereses, en determinados periodos considerados públicos, implica que sean sustancialmente idénticos a los intereses privados de los grupos*».

⁵⁴ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 113. Spetta al singolo ente pubblico, e in particolare agli organi di indirizzo politico, l'individuazione dell'interesse perseguito, attraverso i moduli tipici dell'azione amministrativa, con riflessi inevitabili sul rapporto di lavoro. L'interesse può essere identificato contestualmente alla formazione dell'atto, determinato in precedenza attraverso altri atti o fatti giuridici e, infine, l'atto stesso può individuare specifici interessi pubblici da soddisfare successivamente mediante distinte attività; in via generale, tale definizione può avvenire recependo le indicazioni derivanti dalla individuazione già compiuta attraverso precedenti atti o fatti giuridici e/o dalla valutazione *hic et nunc* del problema concreto. Quindi, da un lato opera interpretativa dell'esperienza giuridica anteriore, dall'altro un'attività che si risolve in una valutazione di opportunità che può estrinsecarsi in valutazioni tecniche e/o in un giudizio di valore. Cfr. A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 71; M. SANCHEZ MORÓN, *op. ult. cit.*, p. 618.

⁵⁵ A. PIZZORUSSO, *op. cit.*

pubblico interesse attraverso la «*definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione*⁵⁶» e nella verifica circa «*la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti*⁵⁷». Il momento attuativo, invece, vede al suo interno una bipartizione tra attività amministrativa, funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico come individuato dagli organi di vertice, ed un'attività di supporto⁵⁸ consistente nell'organizzazione e nella gestione delle risorse destinate all'organizzazione.

Il binomio indirizzo – attuazione ripropone, peraltro, quanto potrebbe avvenire in una società in cui, alla determinazione delle linee produttive effettuata dalla proprietà segue l'attuazione ad opera della dirigenza⁵⁹. E, come abbiamo testè rilevato, nel dipanarsi del momento attuativo l'attività legata alla mera organizzazione dei fattori della produzione risulta di fatto interconnessa a quella volta al perseguimento dell'interesse dalla proprietà.

Così, pure, si deve ritenere anche nel pubblico impiego. L'attività di organizzazione e gestione, infatti, «*risulta intimamente collegata alle forme e alle determinazioni assunte dall'indirizzo, in quanto servente rispetto all'attività amministrativa che deve realizzarlo*⁶⁰». L'organizzazione dei singoli apporti risponde quindi al conseguimento dello speciale risultato produttivo dell'Amministrazione pubblica, ossia la cura degli interessi che le sono affidati.

In questo quadro, pertanto, il pubblico interesse perseguito da ciascuna unità amministrativa assume la natura di interesse primario alla base dell'obbligazione, mentre l'interesse del datore di lavoro pubblico all'organizzabilità dei singoli apporti è quell'interesse strumentale del cui soddisfacimento risponde il dipendente in quanto risultato parziale atteso.

⁵⁶ Così l'art. 4 c. 1 lett. d) del d. lgs. n. 165/2001.

⁵⁷ Così l'art. 4 c. 1 d. lgs. n. 165/2001.

⁵⁸ L'espressione è di E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁵⁹ Per considerazioni connesse, in materia di datore di lavoro nel pubblico impiego, cfr. M. G. MATTAROLO, *op. cit.*, p. 516 ss.

⁶⁰ E. ALES, *op. cit.*, p. 17.

Abbiamo già rilevato, tuttavia, la difficoltà di affermare che interesse primario e strumentale integrino due compartimenti stagni: se l'organizzazione produttiva deve rendere un determinato risultato, cui mira l'imprenditore, è evidente che tale organizzazione deve essere conformata in modo da poter garantire quel risultato e che tale conformazione abbia a sua volta influenza sulle singole prestazioni, specificando se e come le stesse possano ritenersi utilizzabili. Nel pubblico impiego, la cura dell'interesse pubblico, che è lo scopo "produttivo" dell'attività amministrativa, si riverbera sulla stessa organizzazione che deve garantire tale attività e, indirettamente, incide sulla prestazione del dipendente pubblico (queste considerazioni saranno riprese anche *infra*, cap. 3).

Si può così notare che una funzionalizzazione dell'organizzazione di lavoro pubblica può considerarsi immanente al sistema, risultando desumibile da molteplici dati normativi. Volgendo lo sguardo alla disciplina italiana, le Amministrazioni Pubbliche devono definire le linee fondamentali di organizzazione degli uffici «*secondo principi generali fissati da disposizioni di legge*» (art. 2 c. 1 T.U.P.I.), ispirandosi, tra l'altro, al criterio di «*funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità*» (art. 2 c.1 lett. a) T.U.P.I.) e a quello di «*garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa*» (art. 2 c.1 lett. g) T.U.P.I.). E, si ribadisce, esse «*assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa*» (art. 5 c. 1 T.U.P.I.) , benchè in quest'ambito «*le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro*» siano «*assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*» (art. 5 c. 2 T.U.P.I.). La disciplina spagnola, invece, indica tra le linee guida del *Estatuto* il «*servicio a los ciudadanos y a los intereses generales*»⁶¹ (art. 1.3 lett. b) EBEP); definisce *empleados públicos* coloro che «*desempeñan funciones retribuidas en las*

⁶¹ Trad. «*il servizio ai cittadini e agli interessi generali*».

Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales»⁶², ricomprendendo tra questi anche il *personal laboral* (art. 8 EBEP); nella distribuzione delle risorse umane prevede quale obiettivo «*contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles*»⁶³ (art. 69.1 EBEP).

5. Pubblico interesse e adempimento della prestazione lavorativa

Proviamo a sottoporre a prova del nove il nostro assunto cercando di enucleare qual è l'interesse creditorio che conforma la prestazione del pubblico impiegato sotto un profilo particolare dell'adempimento, quello della diligenza.

Individuare in cosa consista concretamente la diligenza è questione non facile. Sia il Codice civile italiano che il *Código civil* spagnolo non ne contengono una nozione espressa, né tanto meno tale concetto è esplicitato nelle specifiche norme lavoristiche di cui agli artt. 2104 c.c., 5 e 20.2 ET (*Estatuto de los Trabajadores*), disposizioni tutte che si limitano unicamente ad indicare il modo d'uso della diligenza. Così, nell'art. 1176 c.c. si demanda al debitore quella del buon padre di famiglia (c.1) e, nell'esercizio di un'attività professionale quella richiesta dalla natura dell'attività esercitata. Nell'art. 1104 c.c.e. troviamo invece una formulazione negativa, per cui si qualifica come colpa o negligenza «*la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*» anche se, in via generale, si prevede che «*Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*» (c.2) . Sul versante lavoristico, al riferimento alla natura della

⁶² Trad. «*svolgono funzioni retribuite nelle Amministrazioni Pubbliche al servizio degli interessi generali*».

⁶³ Trad. «*contribuiscono al conseguimento dell'efficacia nella prestazione dei servizi e dell'efficienza nell'utilizzo delle risorse economiche disponibili*».

prestazione dovuta e all'interesse dell'impresa, quali canoni di diligenza espressi dall'art. 2104 c.c., fa da contraltare, negli artt. 5 lett a) e 20.2 ET un generico "dovere" posto in capo al lavoratore.

Riassumendo un dibattito molto articolato, il canone di diligenza assume diverse sfaccettature, rilevando sia come misura qualitativa della prestazione dovuta (diligenza in senso stretto) sia come criterio di determinazione della stessa⁶⁴ che, infine, quale modo di conservazione della possibilità di adempiere, e indica quello che ragionevolmente il creditore può aspettarsi secondo un modello astratto di debitore⁶⁵. Ad ogni buon conto, con questa formula il legislatore ha voluto riassumere la misura dello sforzo richiesto al debitore per assicurare al creditore l'esecuzione della prestazione in modo esatto ed idoneo a realizzarne l'interesse⁶⁶

Ciò detto, se «*l'azione diligente trasforma il semplice agire in attività poetica suscettibile di soddisfare l'interesse creditorio*⁶⁷», qual è l'interesse che rileva e quindi può ritenersi soddisfatto attraverso il fare diligente del lavoratore pubblico?

A questo riguardo, vediamo che dal Codice di comportamento predisposto in Italia per i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni emerge una nozione di diligenza rafforzata, per rendere la prestazione lavorativa conforme al peculiare risultato produttivo dell'Amministrazione.

⁶⁴ L. MENGONI, *op. cit.*, per cui nel caso dell'obbligazione lavorativa l'agire diligentemente non indica più lo sforzo in funzione dell'adempimento, ma connota l'adempimento stesso, stabilendo se l'attività di prestazione corrisponda all'esatto adempimento dell'obbligazione. Sulla diligenza, C. CESTER, *La diligenza del lavoratore*, in CESTER C. - MATTAROLO M.G., *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007 e segnatamente le p. 209 ss.; A. VISCOMI, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997; E. MENEGATTI, *op. cit.*

⁶⁵ In questo il canone di diligenza si distingue dalle regole di correttezza e buona fede. La buona fede impone al debitore di salvaguardare l'utilità creditoria esterna al contratto, sempreché questo non comporti un apprezzabile sacrificio per il debitore; la diligenza, invece, postula l'attuazione diretta dell'interesse creditorio, questo sì dedotto nel contratto in quanto scopo in vista del quale è sorta l'obbligazione.

⁶⁶ Si veda in materia, con riferimento al potere direttivo, M. G. MATTAROLO, *Il dovere di obbedienza*, in CESTER C. - MATTAROLO M.G., *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 269 ss.

⁶⁷ L. MENGONI, *op. cit.* Si veda anche P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1278, per cui «*solo muovendo dalla concezione che nel rapporto obbligatorio è necessariamente prevista una condotta dell'obbligato come mezzo per il soddisfacimento dell'interesse del creditore, si spiega (...) la determinazione del grado di diligenza che il debitore deve usare nell'adempire*».

Si parla di «*doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta*», (arr. 1 d.P.R. 16 aprile 2013, n. 262) aggiungendo che il pubblico dipendente «*osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa; (...) svolge i propri compiti nel rispetto della legge, perseguendo l'interesse pubblico senza abusare della posizione o dei poteri di cui è titolare*» ed «*esercita i propri compiti orientando l'azione amministrativa alla massima economicità, efficienza ed efficacia*» (art. 3 d.P.R. n. 262/2013).

Non diversamente l'*Estatuto Básico del Empleado Público*, il quale agli artt. 52 ss. stabilisce uno speciale Codice di condotta, tripartito in doveri degli impiegati pubblici, principi etici e principi di condotta, che riguardano trasversalmente il *personal funcionarial* e quello *laboral*⁶⁸: Si parte dall'enumerazione di tre doveri fondamentali, quelli di svolgere con diligenza i compiti assegnati, mirare alla consecuzione degli interessi generali e agire in conformità alla Costituzione e alle leggi, attraverso i principi di «*objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres*⁶⁹». La diligenza, in particolare, rileva non solo quale dovere – anche se, a nostro avviso, l'espressione è impropria visto che, come detto poc'anzi, è una caratteristica della prestazione -, ma anche come principio etico (art. 53.10, per cui i pubblici impiegati «*cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden*» - svolgeranno con diligenza i compiti loro assegnati) e di condotta (art. 54.2, il quale stabilisce che «*el desempeño de las tareas correspondientes a su*

⁶⁸ In tal modo, infatti, si cerca di configurare un quadro di doveri che si adattino allo Stato costituzionale e alla nozione moderna di Amministrazione, in cui il cittadino non è più considerato come mero soggetto subordinato all'autorità. Cfr. Y. MANEIRO VÁSZQUEZ, *El nuevo Código de conducta del empleado público*, in *El Estatuto Básico del empleado público: XIX Congreso nacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Ministerio de asuntos sociales, 2009, vol. II, p. 254. Si veda anche F. A. CASTILLO BLANCO, *Los deberes de los funcionarios públicos*, *ibidem*, p. 358 ss.

⁶⁹ Art. 52 c. 1 EBEP.

puesto de trabajo se realizará de forma diligente» - lo svolgimento dei compiti corrispondenti alla loro qualifica dovrà avvenire diligentemente).

A ben vedere, tuttavia, benché il legislatore contempra una serie di doveri, principi etici e regole di condotta autonome, tutte queste previsioni non sono nient'altro che riconducibili alla nozione di diligenza, risultando la specificazione di quei comportamenti che rendono la prestazione del pubblico impiegato diligente in quanto utile nella complessiva organizzazione dell'impresa – Pubblica Amministrazione. Invero, si può addirittura affermare che queste specificazioni risultano per certi versi superflue: considerando che il parametro cui commisurare la diligenza resta inevitabilmente l'interesse espresso dal contesto tecnico – organizzativo in cui la prestazione si svolge⁷⁰, l'apporto del pubblico impiegato, per poter essere utile e quindi utilizzabile nell'Amministrazione – apparato deve necessariamente conformarsi all'interesse generale perseguito dallo stesso. Vediamo quindi che, in quanto criterio di organizzabilità dei singoli apporti, il pubblico interesse conforma la prestazione stessa incidendo sull'ampiezza della diligenza del lavoratore.

D'altro canto, sul piano speculare della valutazione del pubblico impiegato, notiamo che il referente adottato dal legislatore resti sempre l'interesse pubblico. Così, nel d. lgs. n. 150/2009, nonostante l'adozione ad effetto di termini afferenti la realtà aziendale privata, viene indicato quale criterio il *«miglioramento della qualità dei servizi offerti dalle amministrazioni pubbliche»* (art. 3 c. 1 d. lgs. n. 150/2009), attraverso la fissazione di obiettivi – da parte degli organi di indirizzo politico-amministrativo - *«rilevanti e pertinenti rispetto ai bisogni della collettività, alla missione istituzionale, alle priorità politiche ed alle strategie dell'amministrazione»*. Pure nella disciplina spagnola, i criteri di valutazione sono quelli di *«transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación»* (20.2 EBEP) che connotano l'operato della Pubblica Amministrazione.

⁷⁰ A. VISCOMI, *op. cit.*, p. 204: *«I tipi reali di comportamento diligente sono legalmente correlati alla natura della prestazione dovuta e all'interesse dell'impresa»*.

Non poteva essere altrimenti: la prestazione lavorativa, per poter essere organizzabile, deve perseguire, sia pure in via mediata, l'interesse-presupposto dell'obbligazione di lavoro che, qui, è l'interesse pubblico. E, quindi, possiamo affermare che lo stesso interesse all'organizzabilità della prestazione resta, comunque, pubblico, risultando un *minus* che partecipa dell'interesse amministrativo presupposto dall'obbligazione di lavoro.

Peraltro, l'articolarsi del rapporto di lavoro attraverso formule privatistiche non implica un venir meno, in tale ambito, dei principi costituzionali di buon andamento, imparzialità, *jerarquía*, *eficacia* declinati dagli artt. 97 Cost. e 103 CE. Se nel regime pubblicistico tali principi assumono il duplice ruolo di canoni dell'azione amministrativa – riguardando sia il modo in cui vengono attuate le competenze e i poteri, sia la conformazione dell'organizzazione – e di «*valutazione dell'azione come risultato*⁷¹», ora sul piano del rapporto privatizzato questi parametri colorano l'adempimento del pubblico impiegato diventando criteri di conformazione qualitativa della prestazione dovuta specificati nella diligenza richiesta al lavoratore.

Tirando le fila del nostro ragionamento, la contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego non comporta un mutamento dell'interesse creditorio dedotto nel rapporto. Quello che cambia sono le coordinate di realizzazione dell'interesse e di conseguenza il sostrato della sua collocazione nelle reciproche relazioni tra le parti, che da un rapporto amministrativo entrano in una dinamica negoziale⁷². L'interesse pubblico non è più sovraordinato rispetto a quello del pubblico dipendente, che in un sistema pubblicistico era relegato a mero interesse legittimo suscettibile di tutela mediata. Ma, per questo, non cessa di essere interesse al buon esito dell'azione amministrativa, assumendo diverse e (a nostro dire) artificiose colorazioni. La prestazione, benché inerente ad un rapporto contrattuale, continua a conservare la propria destinazione soggettiva pubblica: il

⁷¹ L'espressione è di A. ANDREANI, *op. cit.*, p. 25.

⁷² Tant'è vero che, in caso di lacuna normativa, si applica la disciplina lavoristica generale e non quella amministrativa. Cfr. E. ALES, *op. cit.*; STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), 28 luglio 2010, Sala de lo Social, Sección I.

pubblico impiegato continua a spiegare, pur sempre, un'attività legata, direttamente o strumentalmente, ai fini istituzionali dell'ente.

Semmai in questo quadro, che vede contrapposti interesse pubblico dell'Amministrazione ed interesse privatistico dei lavoratori, si inserisce il *proprium* del rapporto di lavoro, ossia l'essere strumento di correzione dell'endemica debolezza del lavoratore⁷³. Benchè, infatti, l'Amministrazione non agisca più nell'ambito di uno schema autoritativo caratterizzato dal binomio supremazia speciale/interesse legittimo, ma si ponga su un piano di parità negoziale⁷⁴, questa parità resta di fatto formale perché, come noto, la posizione dell'imprenditore è comunque caratterizzata da una supremazia privatistica. Sappiamo che, proprio per delimitare degli argini di questa supremazia, nel diritto privato del lavoro sono state affinate delle tecniche garantistiche le quali introducessero dei limiti allo sconfinato dispiegarsi dei poteri imprenditoriali, attraverso le disposizioni inderogabili di legge e la contrattazione collettiva⁷⁵.

D'altro canto già in passato si è rilevato che il carattere distintivo rispetto al lavoro privato non fosse la collaborazione nell'impresa, sostanzialmente uguale, ma «*il modo ed il fine della stessa, qualificato dall'inserzione del lavoro nell'organizzazione del lavoro dell'amministrazione (...) secondo lo schema normativo rigido della c.d. supremazia speciale, laddove nel rapporto di lavoro interprivato (...) un simile collegamento si realizza mediante lo schema normativo flessibile della subordinazione*⁷⁶».

Ed entrambe le Carte costituzionali non ricollegano al perseguimento dell'interesse pubblico una necessaria riserva di regime pubblicistico,

⁷³ Cfr. J. M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 119; STC 3/1983, 78/1983, 99/1988.

⁷⁴ M. G. MATTAROLO, *op. cit.*, p. 333; C. D'ORTA, *op. cit.*; A. BELLAVISTA, *Fonti del rapporto. La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI – L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, p. 91; C. ZOLI, *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: privato e pubblico a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 404 ss.; M. D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1999, I p. 629; A. GARILLI, *Il riparto di giurisdizione tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro*, in *LPA*, 2000, p. 726 ss.. Cass. Sez. Un. 11 giugno 2001, n. 7859.

⁷⁵ A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *RGL*, 1983, p.344.

⁷⁶ E. GHERA, *Il pubblico impiego: rapporto di lavoro e attività sindacale*, Cacucci Editore, Bari, 1975, p. 14.

lasciando al legislatore ampi margini sugli strumenti giuridici da applicare sia in materia di organizzazione amministrativa che di rapporto di lavoro⁷⁷.

⁷⁷ A. GARILLI, *La privatizzazione del rapporto nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, WP CSDLE D'Antona.IT, n. 49/2007; F. CARINCI, *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2006, p. 499; Si veda anche Corte cost. n. 313/1996, n. 275/2001; n. 11/2002.

CAPITOLO II

Tra diritto amministrativo e diritto privato: i limiti ai poteri datoriali della Pubblica Amministrazione

Abbiamo rilevato come il mutamento di paradigma nell'azione datoriale dell'Amministrazione non implichi altresì un cambio nell'interesse sotteso che resta, pur sempre, quello pubblico, determinato in astratto dalla legge e perseguito dalla singola unità amministrativa.

È necessario ora un passo ulteriore. Si è dato conto del fatto che poteri giuridici e interessi non sono entità autonome ma vasi comunicanti e che tra gli stessi sussiste un rapporto di strumentalità. Così, visto il nuovo quadro privatistico in cui si svolge l'azione del datore pubblico, è ora di vagliare questo intreccio per capire come, in relazione all'interesse generale cui tende l'Amministrazione, si svolgano i poteri connessi al rapporto di lavoro. Non sono poche, infatti, le domande che restano insolte. Dal punto di vista strutturale, è cambiato qualcosa? E davvero non è possibile, attraverso gli strumenti privatistici, perseguire l'interesse pubblico in modo analogo alle vie autoritative del diritto amministrativo?

La nostra analisi si articolerà attraverso tre momenti.

Dapprima esamineremo lo spazio di libera volizione della Pubblica Amministrazione, per vedere come nel mutato contesto normativo trovino espressione i differenti interessi. Quindi, cercheremo di capire come si atteggiino gli strumenti privatistici in relazione all'interesse pubblico. Infine, proveremo a comprovare il nostro assunto con la disamina di alcuni istituti, per ricostruire quali siano gli interessi sottesi al contemperamento effettuato dalla legge.

Con una precisazione. Sotto il termine "potere datoriale" consideriamo un insieme contermini di prerogative, intendendo così lo spazio di libertà giuridica riconosciuta al datore per adattare il fattore lavoro alle necessità dell'impresa, al fine di ottenere una maggiore o migliore

redditività, produttività o competitività della stessa⁷⁸ . Ricomprendiamo quindi in tale concetto sia le posizioni soggettive attive del datore a tutela del suo credito discendenti dal rapporto contrattuale, cioè quei poteri di organizzazione del lavoro «*destinati ad incidere direttamente sul rapporto di lavoro dando vita a quel coordinamento di persone nel quale l'organizzazione del lavoro prende forma e sostanza*⁷⁹» , sia le generali manifestazioni della libertà di impresa⁸⁰.

1. I poteri di scelta della Pubblica Amministrazione. Discrezionalità amministrativa ed autonomia negoziale

Entriamo finalmente *in medias res* e cerchiamo di capire se, e in quale misura, ci sia stato un mutamento nella natura sostanziale dei poteri datoriali della P.A. Il paradigma privatistico nel rapporto di lavoro con la P.A ha importato anche un diverso modo di atteggiarsi del potere di scelta dell'Amministrazione? Il tanto predicato cambiamento è solo di facciata oppure riveste una qualche sostanza?

La risposta a questi interrogativi comporta un'operazione a monte, ossia la necessità di volgere lo sguardo verso le due situazioni giuridiche che esprimono il libero potere di volizione dell'Amministrazione: nel terreno del

78

Cfr. S. DEL REY GUANTER, *Prólogo*, in M. LUQUE PARRA, *Los limites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 10.

⁷⁹ M. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, p. 1278, in F. CARINCI – MATTIA PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro, vol. IV, Contratto di lavoro e organizzazione*, Tomo II (a cura di M. MARAZZA), Cedam, Padova 2012. Non è questa la sede per ripercorrere il complesso dibattito circa il titolo giuridico del potere direttivo datoriale. Basti dire che, oramai, la dottrina prevalente risulta ormai concorde nel ritenere che tale potere derivi direttamente ed in via esclusiva dal contratto di lavoro subordinato. L'attribuzione di tali poteri, infatti, discende *in re ipsa* dalla titolarità, in capo all'imprenditore, di una pluralità di contratti di lavoro e dalla necessaria organizzazione degli stessi nell'esercizio coordinato dell'impresa. Cfr. M. PERSIANI, *op. cit.*, L. MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Dir. soc.*, 1965, p. 674 ss.

⁸⁰ Cfr. M. LUQUE PARRA, *op.cit.*, che parla di «*poder empresarial organizacional*».

diritto amministrativo, la discrezionalità amministrativa⁸¹, in quello civilistico, l'autonomia privata.

1.1 La discrezionalità amministrativa. I suoi limiti: procedimento amministrativo ed eccesso di potere.

Cominciamo dal modo in cui viene espresso, nel diritto amministrativo, il rapporto tra potere e interesse protetto. Ora, è dato pacifico che, secondo il principio di legalità, il potere pubblico è vincolato al perseguimento di uno scopo stabilito dalla legge. E, in questo vincolo di scopo, si svolge la funzione amministrativa, «*intesa come percorso che porta dalla regola astratta all'effetto concreto attraverso il processo di attuazione di una norma (...), come necessaria traduzione in atto di quanto già voluto dalla legge in potenza*»⁸².

Tradizionalmente la dogmatica ha distinto due tipi di connessione tra l'azione pubblica e la legge. Da un lato, troviamo la c.d. attività vincolata, in cui la volizione del legislatore non si limita a predeterminare il fine

⁸¹ Moltissimi sono gli scritti sulla discrezionalità. Si segnalano, oltre alle voci enciclopediche di A. PUBUSA, (voce) *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, 1994, p. 401 ss; G. BARONE, *Discrezionalità. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. IX, 1989; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, p. 65 ss. e C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss Dig. it.*, vol. V, 1960, p. 1098, alcune opere fondamentali come quella di M. S. GIANNINI (2), *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 463 ss; ; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1992; V. ONIDA, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 1995, p. 669 ss. Nella dottrina spagnola, si veda, tra i molti, J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo*, in *Derecho PUCP*, n. 67/2011, p. 207 ss.; J. DE LA CRUZ FERRER, *Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*, in *Revista de Administración Pública*, n. 116/1988, pp. 65-105. Nella manualistica, il già citato M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 54 ss; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010; GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ T.R., *Curso de derecho administrativo*, Vol. I, Thomson Civitas, Navarra, 201, p. 480, M. SANCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 92; L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 277.

⁸² A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 196.

dell'attività amministrativa, ma si estrinseca anche nella puntuale specificazione del *modus agendi* della pubblica autorità. Però quella che a noi interessa, in quanto espressione di libera (vedremo fino a che punto) volontà, è la discrezionalità, ossia quella situazione che ricorre quando all'autorità è lasciato un margine di libero apprezzamento nell'adottare una decisione, attraverso «*la scelta della soluzione più opportuna per il caso concreto*»⁸³. «*Operare discrezionalmente equivale ad operare liberamente, salvo accomodare la condotta ad un fine pubblico specifico*»⁸⁴: in questo, la legge definisce le linee essenziali della fattispecie, individuando l'interesse pubblico da perseguire, mentre all'autorità amministrativa è lasciato il potere di colorare il quadro così delineato attraverso le valutazioni legate alla situazione considerata (*an, quomodo, quid, quando*)⁸⁵. La discrezionalità, quindi, sostanzia la mediazione tra norma astratta e realtà concreta⁸⁶: è «*l'agire libero della pubblica amministrazione quando si pone come autorità*»⁸⁷, cercando di realizzare l'interesse pubblico ipostatizzato nella legge con il minor sacrificio possibile degli interessi contrapposti.

Dal punto di vista operativo, la discrezionalità si svolge secondo due momenti distinti ma tra loro connessi. A tal proposito possiamo distinguere una prima fase conoscitiva – valutativa –, in cui l'Amministrazione acquisisce e vaglia gli elementi necessari al miglior temperamento tra le situazioni coinvolte, mediante un'istruttoria che individui e analizzi i diversi

⁸³ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, vol. II, p. 47 ss.

⁸⁴ Così, tradotto, J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *op. cit.* L'Autore, richiamando García Oviedo y Martínez Useros, prosegue rilevando che «*la virtualidad del acto discrecional consiste en el cumplimiento de una función acomodadora de la relación causal entre las decisiones del poder y los fines institucionales del mismo, dado que el valor de generalidad de los mandatos de las normas no se establecieron por ella las directrices de concreción de dicha realidad causal*». Infatti, come afferma il Tribunal Supremo nella sentenza 1 giugno 1999, «*La discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, parte de la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones o, si se prefiere, resulta que su ejercicio permite una pluralidad de soluciones justas, o de optar entre alternativas que, en general, sean igualmente justas desde el punto de vista del Derecho o, tal vez mejor, razonables, desde el mismo punto de vista, por lo que el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles, y una razonabilidad en un marco socio-cultural determinado*».

⁸⁵ Cfr. P. TESO GAMELLA, *El control judicial de la discrecionalidad técnica*, in *Cuadernos de derecho judicial*, Función Pública, Consejo general del poder judicial, Madrid, 1993, p. 128.

⁸⁶ A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 185.

⁸⁷ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, vol. II, p. 50.

fatti ed interessi (quello primario e quelli secondari⁸⁸), a cui segue il momento decisionale nel quale, alla luce delle risultanze emerse nella precedente fase, viene adottata ed esteriorizzata la soluzione ritenuta più opportuna e conveniente per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

Riassumendo, l'attività discrezionale non è altro che la facoltà di adottare, tra più comportamenti giuridicamente leciti, quello che sembra maggiormente rispondere al soddisfacimento dell'interesse pubblico. E qui, tuttavia, bisogna fare alcune precisazioni, utili per capire la dinamica di svolgimento dei poteri. Nella discrezionalità, il rapporto tra potere e funzione non implica solo una *deputatio ad finem* dell'operato dell'Amministrazione, ma anche una presa di posizione, da parte dell'ordinamento, circa l'essenza qualitativa di questo operato sotto due profili strettamente interrelati: l'attitudine della condotta a perseguire lo scopo determinato dalla legge e la congruità del risultato di quella condotta rispetto all'interesse pubblico⁸⁹. Il corretto esplicarsi della discrezionalità assume pertanto una duplice valenza, implicando sia un vaglio di coerenza finale, sia un controllo *in itinere* circa la ragionevolezza dell'operato dell'Amministrazione: *«nella funzione, l'esercizio del potere non è libero, ma, per la stessa inscindibilità del suo rapporto con un fine determinato, esso appare inevitabilmente condizionato dall'esistenza dei requisiti che, non solo giustificano l'azione, ma ne guidino il suo concreto e compiuto svolgimento costantemente adeguandolo alle esigenze degli interessi per cui è costituita la funzione»*⁹⁰. Il referente della discrezionalità resta sempre l'interesse pubblico ma, – ed è importante sottolinearlo - nella sua necessaria

⁸⁸ «Un interesse pubblico non esiste mai solitario ma sta insieme ad altri interessi, pubblici collettivi e privati. Chiamiamo primario l'interesse pubblico che un'autorità ha in attribuzione o in competenza, secondari, per quell'autorità, altri interessi. Ovviamente ciò che per un'autorità è interesse primario, per un'altra è secondario» (M. S. GIANNINI, *op. cit.*, vol II, p. 48).

⁸⁹ S. PIRAINO, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 31.

⁹⁰ S. PIRAINO, *op. cit.*, p. 30 ss. Rileva l'A. che «Nella discrezionalità, la doverosità si combina con l'arbitrio (l'agire libero) in un'azione, che deve essere informata, nel suo contenuto, e condizionata, nella sua esplicazione, dalle esigenze relative allo svolgimento della funzione e dalla descrizione normativa dei fatti dell'azione».

attuazione attraverso il contemperamento con gli interessi secondari interessati dal potere⁹¹.

Ed è proprio il rapporto tra interesse primario ed interessi secondari che segna il punto di emergenza dei limiti all'operato discrezionale dell'Amministrazione⁹². Nell'ambito di questo spazio decisionale libero, ma delimitato dalla legge, l'Amministrazione deve infatti assumere le proprie determinazioni ponderando gli interessi coinvolti, pubblici e/o privati, in relazione al pubblico interesse primario perseguito.

Pertanto, a corretto presidio dell'azione amministrativa sono stati predisposti due macro - limiti essenziali. Da un lato, la necessaria procedimentalizzazione del potere, che permetta di fare emergere e valutare gli interessi coinvolti nel procedimento⁹³. Dall'altro, invece, i canoni di imparzialità e buon andamento, nonché di *objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación* predicati dagli artt. 97 Cost. ita. e 103 CE. A quest'ultimo proposito, infatti, è pacifico che il risultato di buon andamento dell'organizzazione-attività considerata nel complesso è possibile solo considerando l'ordinamento generale e i rapporti intersoggettivi di interessi: quindi, le norme costituzionali *ex art. 97 Cost e 103 CE* esprimono infatti l' *«esigenza che la cura degli interessi pubblici emergenti nell'ordinamento amministrativo si realizzi in modo sostanzialmente soddisfacente e non solo in modo formalmente corretto»*⁹⁴.

⁹¹ Cfr. STS (Sentencia del Tribunal Supremo), Sala III, de lo Contencioso-Administrativo, 3 febbraio 1998, Rec. n. 10297/1990: nello svolgimento della propria attività, la Pubblica Amministrazione *«ha de apreciar y considerar, con adecuada ponderación y supuesto por supuesto, los intereses públicos y privados puestos en juego y los demás elementos de juicio requeridos por la norma»*.

⁹² Come rileva J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *op. cit.*, p. 210, *«lo peculiar del concepto jurídico (normativo) indeterminado es la unidad de solución justa frente a lo característico de las potestades discrecionales: la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio»*.

⁹³ Tant'è vero che, si dice, il procedimento amministrativo assume natura di codecisione visto che l'atto finale è comunque il frutto di una pluralità di volontà.

⁹⁴ A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1979, p. 38 ss. A tal proposito, l'A. individua una nozione di buon andamento in senso funzionale e di buon andamento in senso strutturale, concetti tra loro integrati ma distinti, alla cui base sta l'idea di un risultato che assicuri l'equilibrata soddisfazione di tutti gli interessi pubblici. *«La attuazione del buon andamento dell'amministrazione corrisponde ad un sistema di garanzie strutturali che risultino in qualunque modo atte ad assicurare a) che le attività dei vari soggetti esistenti nell'ordinamento pluralistico si conformi ad un canone di compatibilità fra gli*

Osserviamo quindi come operano tali limiti nell'azione autoritativa della Pubblica Amministrazione.

Il procedimento amministrativo

Abbiamo detto che nel porre in essere un determinato assetto giuridico l'Amministrazione si muove entro una complessa rete di interessi pubblici, privati, collettivi e diffusi: poiché la sua volontà è destinata a sfociare in un atto unilaterale e vincolante, il relativo processo decisionale non può svolgersi liberamente, ma deve seguire delle forme preordinate, al fine di raccordare e contemperare una pluralità di istanze⁹⁵. In questo sovviene il procedimento amministrativo, che trova disciplina in Italia nella l. n. 241/1990 e in Spagna nelle *leyes* n. 39 e 40/2015.

Tale espressione denomina quella «*struttura (...) che pertiene (...) agli atti discrezionali*» attraverso la quale «*si concretizza la volontà della Pubblica Amministrazione che culmina nel provvedimento*»⁹⁶. Per questa ragione si è detto che il procedimento è forma della funzione amministrativa, come attività di cura dei pubblici interessi⁹⁷, con ciò

interessi espressi dagli stessi soggetti, e b) il raggiungimento di alcuni obiettivi essenziali di azione desumibili dal complesso di dati normativi esistenti nell'ordinamento».

⁹⁵ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, vol. II, p. 100. Si veda anche J. RODRÍGUEZ-ARANA – M.Á. SENDÍN, *op. cit.*, Tomo II, p. 148: «*Sentado que el procedimiento administrativo es el cauce formal que debe seguir la Administración para desarrollar la actividad que le es propia, la cuestión es, entonces, porque se obliga a ésta a seguir esa vía procedimental. La respuesta encuentra su sentido en la propia esencia de la Administración pública, que no es un sujeto dotado de voluntad y deseos propios, sino un aparato instrumental al servicio del interés público y de los ciudadanos. Lo que en último término supone que la Administración no gestiona un conjunto de intereses propios, como hacen lo sujetos privados, sino intereses ajenos (intereses públicos y de los ciudadanos)*». Segnaliamo che, nell'ordinamento spagnolo, la precedente legge n. 30/1992, sul procedimento amministrativo, è stata da poco abrogata dalla l. n. . Per i principi, tuttavia, continuano a valere le riflessioni già svolte con riferimento alla disciplina previgente. Si veda anche E. MALARET I GARCÍA, *Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento*, in J. TORNOS MAS (a cura di), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo : comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 301 ss.

⁹⁶ F. TEDESCHINI, *Procedimento (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, p. 873.

⁹⁷ F. TEDESCHINI, *op. cit.* Cfr anche J. RODRÍGUEZ-ARANA – M.Á. SENDÍN, *op. cit.*, p. 147, che definiscono il procedimento amministrativo una «*serie ordenada de actos que sirve de cauce formal a la actividad administrativa. Constituyendo el medio a*

volendo marcare il fatto che nello Stato moderno l'attività dell'Amministrazione non si svolge più in modo libero o episodico, ma secondo una sequenza preordinata *ex lege*⁹⁸ che consenta un corretto contemperamento delle situazioni coinvolte. «*Il procedimento amministrativo, sotto l'aspetto funzionale, è uno strumento per disciplinare la "compresenza degli interessi"*»⁹⁹: la sussunzione del potere pubblico in moduli procedimentali è quindi riguardata come necessaria forma di garanzia assicurata al privato nei cui confronti l'Amministrazione esplica il proprio potere in forma imperativa ed unilaterale.

Passando alla disamina degli elementi strutturali, il procedimento amministrativo non è nient'altro che una sequenza di atti, posti in essere da più soggetti (siano essi figure soggettive in senso pieno o uffici), volti all'adozione di un determinato atto finale costitutivo dell'effetto giuridico preordinato dalla legge¹⁰⁰. Astraendo dalle norme, queste ne sono le fasi, da intendersi peraltro in maniera fluida e non come episodi chiusi insuscettibili di iterazioni tra loro: 1) la fase di iniziativa, con cui viene aperto il procedimento e determinato l'oggetto dello stesso; 2) la fase istruttoria, in cui intervengono atti introduttivi di interessi secondari e/o valutati gli interessi coinvolti; 3) la fase decisoria, che costituisce il momento discrezionale per eccellenza, ove l'interesse pubblico primario è ponderato in relazione a quelli secondari e viene adottato il provvedimento in quanto atto modificativo della realtà giuridica; 4) la fase di integrazione dell'efficacia, in cui vengono posti in essere ulteriori atti che completano la fattispecie¹⁰¹.

través del cual las potestades administrativas se materializan en un resultado jurídico concreto (acto administrativo, reglamento, etc.). Constituye, por tanto, una pluralidad de actos dotados de un sentido unitario, en cuanto vienen dirigidos a la resolución de un determinado asunto, pero nótese que cada uno de esos actos conservan su sustantividad propia. El procedimiento se presenta, por ello, como una unidad, si bien compuesta de elementos múltiples, susceptibles de ser individualizados».

⁹⁸ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, vol. II, p. 101.

⁹⁹ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, vol. II, p. 160. Si veda anche E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA. VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 211 ss.

¹⁰⁰ Anche nel diritto amministrativo il procedimento viene distinto da altre figure di teoria generale, come l'atto composto, l'atto complesso e l'atto continuato.

¹⁰¹ E qui possono verificarsi tre diversi assetti di interessi: a) l'interesse primario viene

Quindi, attraverso la previsione di specifiche fasi procedimentali, l'ordinamento intende convogliare il pubblico potere verso la migliore scelta possibile in vista della realizzazione dell'interesse pubblico. Tant'è che il mancato rispetto del procedimento comporta, sia nell'ordinamento italiano che in quello spagnolo, la nullità o l'annullabilità dell'atto (artt. 21-*septies* e 21-*octies* l. n. 241/1990; artt. 47 e 48 *ley* no. 39/2015), a seconda del fatto che non sia stato posto in essere, totalmente, il procedimento o che vi siano stati altri tipi di deviazione rispetto ai requisiti formali richiesti.

Le coordinate del potere amministrativo

Entriamo ora nel vivo delle caratteristiche sostanziali del potere. Riprendendo i fili del discorso, è emerso che l'interesse pubblico, quale fine del potere amministrativo, non è una mera entità immota esterna, ma svolge una funzione dinamica la quale si estrinseca anche nella definizione dei canoni di espressione del potere. Infatti, nel perseguimento dell'interesse pubblico non basta una generica azione vincolata allo scopo, ma serve un'azione che sia qualitativamente idonea a conseguire un risultato congruo alla realizzazione di tale scopo¹⁰². Così, *«la soddisfazione dell'interesse pubblico primario stabilito dalla norma di legge, costituendo il fine istituzionale della Pubblica Amministrazione, rappresenta al tempo stesso lo scopo ed il limite della sua azione»*¹⁰³. E tale limite trova declinazione

ritenuto prevalente rispetto a quelli secondari, che si atteggiavano come neutri oppure rafforzano la scelta verso l'adozione del provvedimento; b) l'interesse primario è recessivo e risultano prevalenti tutti o alcuni gli interessi secondari, determinando l'adozione di un provvedimento negativo; c) sia l'interesse primario che tutti o alcuni gli interessi secondari vengono ritenuti meritevoli di tutela, per cui viene adottato un provvedimento che conterrà clausole speciali limitative dell'interesse primario. Cfr. M. S. GIANNINI, *op. cit.*, vol. II, p. 182.

¹⁰² Infatti, come rileva S. PIRAINO, *op. cit.*, p. 35, i criteri di svolgimento del potere pubblico *«quando anche non siano predeterminati dall'ordinamento, sono contenuti implicitamente nell'interesse specifico che deve guidare l'azione verso il fine da raggiungere»*. Molti sono gli Autori che si sono occupati della materia; segnaliamo, tra i vari, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, M. CRESTI, *Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale*, Giuffrè, Milano, 2006, segnatamente le p. 142 ss., con riferimento all'organizzazione; A. PALOMAR OMEDA, *Los principios de la actividad administrativa y las relaciones entre las Administraciones*, in *Documentación administrativa*, n. 254-255/1999, p. 259 ss.

¹⁰³ S. PIRAINO, *op. cit.*, p. 89.

secondo una serie di corollari che conformano l'azione della P.A.

Nello specifico, secondo due precetti sostanzialmente simili, gli articoli 97 Cost. ita. e 103 CE predicano quali canoni dell'operare delle P.A. i principi di imparzialità e buon andamento, e quelli di *objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación*. Tali principi costituiscono i parametri giuridici fondamentali di logicità, razionalità e giustizia cui dev'essere conformato l'assetto organizzativo e funzionale della Pubblica Amministrazione: in questo, quindi, sono norme che non solo concernono l'organizzazione strutturale della P.A., ma anche e soprattutto l'azione che la stessa pone in essere¹⁰⁴.

Il principio di imparzialità/*objetividad*, e i suoi corollari di pubblicità e trasparenza, manifestano l'obbligo di considerare equamente gli interessi coinvolti e di agire realizzando un temperamento imparziale degli stessi¹⁰⁵. Si tratta, quindi, di precetti colorati non solo da un contenuto meramente negativo, ma di obblighi positivi che impongono una specifica direzione all'operato della P.A., attraverso la considerazione oggettiva dei vari interessi, pubblici e privati, che è chiamata a valutare¹⁰⁶. Si tenga conto che, con l'imparzialità, non si intende una necessaria parità di trattamento, dato che non sempre l'azione amministrativa consente l'eguale soddisfazione di tutti gli interessi coinvolti: tale parametro, invece, «*si identifica nella "congruità" delle valutazioni finali*»¹⁰⁷, affinché l'agire dell'Amministrazione come parte sia razionale ed esente da indebite deviazioni.

Il canone di buon andamento¹⁰⁸, quale manifestazione dell'esigenza

¹⁰⁴ Principi, questi, che trovano riscontro anche a livello comunitario: l'art. 41 della Carta di Nizza sancisce infatti il diritto ad una buona amministrazione.

¹⁰⁵ S. PIRAINO, *op. cit.*, p. 112. E, sottolinea l'A., «*il principio di imparzialità comprende e addirittura trascende quello di eguaglianza, caratterizza un'azione amministrativa che, destinata all'esclusivo perseguimento degli scopi prefissati nella norma giuridica, raggiunga tale obiettivo senza privilegiare pregiudizialmente, nel suo svolgersi, nessuno degli interessi concorrenti in una determinata situazione oggettiva*».

¹⁰⁶ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, vol. I, p. 90 ss.

¹⁰⁷ E. CASETTA, *op. cit.*, p. 50; S. PIRAINO, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁸ Ci scusiamo col lettore per quella che, forse, può apparire una semplificazione. Si è deciso, tuttavia, per maggiore chiarezza e sintesi, di esplicitare i concetti secondo le categorie nominali del diritto amministrativo italiano che, sostanzialmente, sussumono e riassumono quelle del diritto amministrativo spagnolo.

di efficienza pubblica, indica un'azione amministrativa che sia più adeguata e conveniente possibile rispetto all'interesse pubblico perseguito¹⁰⁹, con un'azione che sia logica, ragionevole e non arbitraria. Corollari ne sono i criteri di economicità, efficacia, efficienza, intendendo per efficienza il rapporto tra il risultato dell'azione e i mezzi utilizzati a tal fine mentre, con l'efficacia, il rapporto tra risultato concreto dell'azione e risultato che avrebbe dovuto essere conseguito¹¹⁰.

I principi in esame, quindi, fungendo da presidio alla legalità sostanziale del comportamento dell'Amministrazione, assurgono a limite fondamentale del potere amministrativo¹¹¹ e mirano ad assicurare che l'Amministrazione agisca secondo un canone di razionalità intrinseca assicurando il soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Il "cattivo uso" del potere amministrativo: eccesso di potere e *desviación de poder*.

Premessa l'impossibilità, per il giudice, di sindacare il merito della decisione amministrativa, si è introdotta la possibilità di un vaglio inerente il corretto svolgimento dei poteri secondo i canoni di razionalità espressi dagli artt. 97 Cost. ita. e 103 CE. Così, l'esercizio deviato del potere discrezionale si manifesta nel vizio dell'eccesso di potere/*desviación de poder*, intendendo con tale concetto quella mancanza funzionale che ricorre quando l'azione amministrativa, discostandosi dai canoni di corretto esercizio del potere, devia dal suo fine tipico, perseguendo uno scopo diverso da quello stabilito *ex lege*. Secondo impostazione comune alla dogmatica di entrambi gli ordinamenti, questo vizio quindi ricorre in presenza di un atto apparentemente conforme alla legge, ma segnato da un utilizzo del potere per un fine diverso dall'interesse pubblico rispetto al quale è strumentale¹¹².

¹⁰⁹ E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 50.

¹¹⁰ E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 52.

¹¹¹ S. PIRAINO, *op. cit.*, p. 131.

¹¹² Si veda, per una ricostruzione del concetto e i suoi profili critici, G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, Pubblicazioni dell'I.S.U. Università Cattolica, Milano, 2006, in particolare le pp. 103 ss. Tale nozione non è solo interna, ma trova

Possiamo osservare che pure nel risvolto patologico della discrezionalità emerge la stretta connessione tra regole di condotta e soddisfazione dell'interesse tutelato dal potere. Si è detto, infatti, che il fine istituzionale dell'azione amministrativa non è il perseguimento indifferenziato degli scopi stabiliti dalla legge¹¹³, ma quello di realizzare tali scopi *attraverso la giusta ponderazione degli interessi coinvolti*. Ne discende che, attraverso un meccanismo a cascata, l'esercizio arbitrario del potere in spregio ai precetti comportamentali si traduce in un difetto del processo volitivo il quale, a sua volta, inficia l'idoneità del risultato dell'azione a perseguire l'interesse pubblico. Pertanto, attraverso la sanzione dell'eccesso di potere/ *desviación de poder*, emerge un doppio referente della tutela: l'interesse primario perseguito e gli altri interessi pregiudicati dallo scorretto processo decisionale.

Non è questa la sede per ripercorrere il complesso processo che ha investito e tuttora investe la figura, per cui per completezza espositiva ci limiteremo a dare delle brevi coordinate essenziali.

Nel sistema italiano, la figura classica dell'eccesso del potere è lo sviamento, che ricorre quando l'atto non persegue un interesse pubblico, oppure quando persegue un interesse sì pubblico ma diverso da quello normativamente previsto. A fianco dello sviamento, data la difficoltà di individuare l'eccesso di potere a fronte di un atto formalmente conforme a legge, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato una serie di figure sintomatiche che dimostrino il non corretto esercizio del potere in vista del suo fine: la manifesta ingiustizia, la contraddittorietà tra atti diversi o tra diverse parti dello stesso provvedimento, il travisamento dei fatti, la disparità di trattamento tra situazioni simili, incompletezza e difetto di

riscontro anche a livello comunitario. Infatti, *«un atto è viziato da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulta adottato allo scopo esclusivo, o quanto meno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati o di eludere una procedura appositamente prevista»* (CGUE, Sez. II, 15 maggio 2008, Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione Europea, causa C-442/04, che richiama le sentenze 13 novembre 1990, causa C-331/88, Fedesa e a., punto 24, e 22 novembre 2001, causa C-210/97, Paesi Bassi/Consiglio, punto 137).

¹¹³ S. PIRAINO, *op. cit.*, p. 173.

istruttoria, e l'inosservanza dei limiti prefissati per l'esercizio del potere¹¹⁴.

Nell'elaborazione spagnola, invece, la categoria viene modulata in tre diverse sfumature: a) la *desviación de poder absoluta*, che ricorre quando il fine perseguito non è quello pubblico; b) la *desviación relativa*, per cui l'atto risponde ad un interesse pubblico diverso da quello previsto dalla norma¹¹⁵; c) la *desviación de procedimiento*, quando viene utilizzato un procedimento diverso da quello previsto dalla legge.

Così, tramite il sindacato sul corretto esercizio del potere, il Giudice amministrativo può reprimere tutte quelle situazioni in cui la volizione dell'Amministrazione devia rispetto al perseguimento del pubblico interesse, annullando l'atto illegittimamente adottato (art. 21-*octies* l. n. 241/1990; art. 48 ley n. 39/2015).

1.2 La libera volizione nell'ordinamento interprivato. L'autonomia negoziale.

Nel diritto civile, il libero spazio lasciato dalla legge alla volontà delle parti trova espressione nell'autonomia privata. Nozione, questa, che indica non una mera libertà di agire nell'ambito del lecito giuridico, ma una *«manifestazione di potere, e precisamente del potere di creare, entro limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche»*¹¹⁶. L'autonomia quindi consiste

¹¹⁴ E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 550.

¹¹⁵ Cfr. STS 13 luglio 1987. Si veda anche, per una nozione unitaria, STS 4 marzo 1996: *«la desviación de poder definida en el artículo 83.3 de la Ley de Jurisdicción como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, es apreciable no solo en los supuestos extremos en que el fin realmente perseguido es un fin meramente privado o particular – no público, por tanto – del agente, funcionario o autoridad administrativa actuante, o de terceros, sin también en los supuestos en los que, aun siendo público o estimable el fin perseguido, este es, sin embargo, distinto del previsto y fijado por la norma atributiva de la potestad ejercitada»*.

¹¹⁶ L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 133; cfr. anche J. ALMAGRO-NOSETE, *Art. 1.255*, in I. SIERRA GIL CUESTA (a cura di), *Comentario del Código Civil*, Editorial Bosch., Barcelona, 2006, *«La autonomía de la voluntad impone, así, el reconocimiento por el ordenamiento jurídico a las personas de unos poderes de autoregulación de sus intereses, objetivados en las obligaciones que libremente crean y aceptan. Significa el respeto de unos ámbitos de decisión de la persona que se enraiza en su propia dignidad. La autonomía de la*

nella possibilità, riconosciuta dall'ordinamento ai soggetti, di auto-disciplinare quegli interessi, propri o altrui, in relazione ai quali lo Stato non assume per se stesso o impone ad altri la tutela¹¹⁷. L'assetto così raggiunto trova emersione nel negozio giuridico, che si distingue dall'atto giuridico in senso stretto proprio perché, per suo tramite, viene concretizzata la volontà dei soggetti obiettivata nella norma¹¹⁸: in questo, pertanto, «*il negozio giuridico è tipica espressione della volontà dei singoli, diretta al perseguimento di fini o interessi tipicamente privati*»¹¹⁹

Osserviamo ora il modo in cui, con riferimento all'autonomia privata, si svolge il trinomio volizione – potere- interesse. E già qui emergono, rispetto alla discrezionalità amministrativa, analogie e differenze su cui è necessario riflettere.

Vi è una prima, macroscopica, diversità di fondo. Ossia la scelta del fine verso cui convogliare il potere. Infatti, rispetto alla discrezionalità amministrativa, l'autonomia privata non è né funzione né ufficio, ossia non risulta conferita al singolo per il perseguimento di uno scopo necessario. La scelta del fine dell'agire è rimessa esclusivamente al soggetto che esercita il potere, in virtù della legittimazione a lui attribuita dalla norma.

Ma non possiamo dire che le due categorie siano completamente eterogenee. Analogamente alla discrezionalità amministrativa, l'autonomia privata è un potere derivato riconosciuto dall'ordinamento e, quindi, può sussistere ed esplicarsi nei limiti previsti dalla disposizione attributiva del potere. Quindi, come la discrezionalità amministrativa, l'autonomia privata, a) consiste in uno spazio decisionale libero; b) si esplica in un ambito di libera scelta delimitato *ex lege*.

Pertanto, affermare che questa situazione privatistica si traduca in un ambito di libera volizione non significa che i poteri connessi possano svolgersi in modo arbitrario né, tanto meno, che la scelta degli interessi perseguibili sia completamente scevra da vincoli.

voluntad y su relevancia jurídica es un valor que se asienta por tanto en los derechos constitucionales de la personalidad (artículo 10 de la Constitución Española)».

¹¹⁷ L. FERRI, *op. cit.*, p. 136.

¹¹⁸ L. FERRI, *op. cit.*, p. 166.

¹¹⁹ L. FERRI, *op. cit.*, p. 191.

Non esiste, infatti, un'autonomia allo stato puro, ma è l'ordinamento a conformarla considerando norme codicistiche e norme costituzionali «*due facce della stessa medaglia, parti di un unico progetto e di eguali valori che vanno realizzati prima sul piano politico poi su quello sociale*»¹²⁰. Specificamente, con riferimento a quel particolare segmento dell'autonomia che si concretizza nell'esercizio di un diritto potestativo, la titolarità di siffatta posizione «*non determina mera discrezionalità e arbitrio nell'esercizio di esso e non esclude la sindacabilità e il controllo degli atti - mediante i quali la prerogativa viene esercitata - da parte del giudice, il cui accertamento può condurre alla declaratoria di illegittimità dell'atto e alla responsabilità civile dell'autore, con incidenza anche sul rapporto contrattuale*».¹²¹

Non si può negare, infatti, che sia immanente al sistema l'idea di una corrispondenza oggettiva tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio del potere, tale per cui «*l'esercizio del diritto soggettivo non si ricollega più alla attuazione di un potere assoluto e imprescindibile ma presuppone un'autonomia, libera, comunque collegata alla cura di interessi (...)*»¹²². Pertanto, analogamente alla discrezionalità amministrativa, la volontà dei privati non può muoversi a proprio piacimento, ma secondo delle specifiche coordinate.

Mentre nella discrezionalità ci si rifaceva al principio di legalità e ai parametri di ragionevolezza predicati dagli artt. 97 Cost ita e 103 CE, l'autonomia privata risulta indirizzata dai canoni della buona fede e della correttezza (artt. 1175, 1337, 1338, 1358, 1366, 1375, 1460 cc; artt. 7.1 e 1.258 cce), della liceità (art. 1343 c.c., art. 1.255 cce), e della meritevolezza degli interessi dedotti nel contratto (art. 1322 c.c., art. 1.255 cce)¹²³. Addirittura, con riferimento all'attività privatistica dei pubblici poteri, c'è chi

¹²⁰ G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 172.

¹²¹ Cass. civ. sez. lav. 16 giugno 2008, n. 16207.

¹²² Cass. civ. sez. lav. 16 giugno 2008, n. 16207.

¹²³ G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 13. Si veda anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015, p. 55.

ha parlato di c.d. autonomia funzionale¹²⁴: aggiungiamo noi che, in questo caso, si può richiamare la nozione di "potere-funzione" già delineata dalla dottrina civilistica con rispetto ad alcune figure in cui l'esercizio del potere da parte del soggetto è finalizzato a uno scopo determinato (come, ad esempio, la patria potestà)¹²⁵

Come rilevato dalla Suprema Corte italiana, nel sistema generale il contenuto delle obbligazioni contrattuali va «*al di là della formulazione positiva delle rispettive fonti e alla stregua di un più pregnante apprezzamento degli interessi coinvolti nella vicenda negoziale*», al fine di «*escludere l'ammissibilità di ogni possibile abitrio e, comunque, di ogni ingustificata trascuratezza delle altrui aspettative*»: «*la coscienza giuridica e sociale va invero affinandosi in una visione (...) "funzionale" del diritto soggettivo e delle potestà giuridiche anche di diritto privato, il che – senza necessità di far uso di principi e istituti di altri settori del diritto e in particolare del diritto amministrativo e di quella figura, per l'appunto tipicamente amministrativa, costituita dagli interessi legittimi – può trovare valida corrispondenza in molteplici norme del diritto civile e non ultima, tra esse, in quella dell'art. 1322, comma 2, c.c.¹²⁶*» (cui corrisponde, *mutatis mutandis*, l'art. 1.255 cce).

¹²⁴ Cass. civ. sez. lav. 16 giugno 2008, n. 16207.

¹²⁵ L. FERRI, *op. cit.*, p. 165. Bisogna menzionare, tuttavia, che l'identificazione di tale concetto risulta controversa. Parte della dottrina, infatti, ravvisa nelle "funzioni" i poteri esercitati per un interesse oggettivo e non nell'interesse proprio ed esclusivo del titolare del potere, mentre sono "uffici" quei poteri esercitati nell'interesse proprio del titolare. Altra posizione invece, maggiormente condivisibile, distingue tra potere-funzione e potere non funzionalizzato basandosi sulla natura del fine o dell'interesse perseguito, per cui ci si troverà di fronte ad un potere-funzione ogniqualvolta si tratti di interessi che si impongono come necessari alla volontà del soggetto agente.

¹²⁶ Si veda A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 205, ss. e la giurisprudenza ivi citata. Ma cfr. anche L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial, vol. I*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 59: «*Ante todo, se encuentra la llamada a la moral como uno de los límites de la autonomía de la voluntad, que menciona el art. 1.255 CC. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente y estos pactos son obligatorios y vinculantes siempre que no vaya contra la ley, la moral y el orden público. La segunda vía de moralización se encuentra en la potenciación del requisito de la causa. Es una lucha en favor de la moralización la tendencia a la interdicción o, por lo menos, a la reducción del campo de operatividad de los negocios abstractos con el fin de conocer las situaciones subyacentes y no otorgar la protección jurídica a aquellos que no aparezcan como dignos de ella. Lo mismo ocurre con la idea de la causa torpe, que menciona el art 1.275 al decir que es ilícita la causa que se opone a las leyes o a la moral. Finalmente, propende hacia los mismos resultados el principio general de buena fe*».

Da quanto detto possiamo fissare due punti fermi, utili per il prosieguo del nostro lavoro: a) l'autonomia privata è libera solo nella scelta di quei fini ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento; b) i poteri non possono svolgersi liberamente, ma secondo dei canoni di intrinseca coerenza che li rendano conformi ai valori perseguiti dal sistema.

Per cui, delineati i caratteri generali in cui si esplicano i poteri di diritto privato, dobbiamo passare al vaglio un'ulteriore categoria, cioè quella dei limiti con cui l'esercizio del potere viene convogliato verso una finalità riconosciuta dal legislatore. Attraverso l'autonomia negoziale, il soggetto crea una norma destinata ad entrare nell'ordinamento giuridico in senso lato e, pertanto, deve conformarsi ai principi generali che ispirano l'ordinamento stesso rispettando vincoli di vario ordine, sia afferenti al modo di formazione della volontà che al contenuto stesso dell'atto.

I limiti ai poteri datoriali.

Anche sul piano del rapporto di lavoro, l'espletarsi del potere nella sua dimensione relazionale richiama il problema dei limiti, intesi quali meccanismi che, riequilibrando le posizioni delle parti, modulano l'esercizio dei poteri datoriali. Tali vincoli, infatti, segnano il punto di emersione dei diversi interessi dedotti nell'obbligazione di lavoro che, ricondotti ad unità nell'atto costitutivo del rapporto, si esplicano così nel momento dinamico dello stesso.

In questa prospettiva convergono due aspetti nettamente opposti e confliggenti: da un lato, le esigenze di salvaguardia del contraente debole, dall'altro il nucleo intangibile della libertà economica¹²⁷, refrattario ad ogni forma di intromissione esterna ad opera della legge. Le prerogative "imprenditoriali" sono destinate, anche se in via mediata, ad incidere sui contrapposti interessi dei lavoratori: pertanto, per effetto di disposizioni di legge, di autonomia collettiva o individuale, vengono predisposti vincoli e condizionamenti che risultano espressione dell'interesse sociale a che le

¹²⁷ Art. 41 Cost. ita. e 38 CE.

scelte del datore si svolgano tenendo conto delle specifiche istanze coinvolte¹²⁸. Sappiamo infatti che potere direttivo ed oggetto del contratto sono strettamente interrelati: il potere di conformazione è funzionalizzato al perseguimento dell'interesse creditorio dedotto nel regolamento negoziale. Di conseguenza, ove mancassero siffatti limiti, il lavoro subordinato si tradurrebbe in un generico vincolo personale, che travalicherebbe l'oggetto del contratto ampliando a dismisura la sfera debitoria del lavoratore¹²⁹.

I limiti, introdotti attraverso la legge o la contrattazione collettiva¹³⁰, possono esplicarsi secondo due modalità principali: o attraverso l'imposizione di vincoli procedurali all'esercizio del potere, che eventualmente prevedano la partecipazione sindacale nell'esercizio di determinate prerogative imprenditoriali; o tramite vincoli di carattere sostanziale, che subordinino l'adozione di determinate scelte a determinati presupposti di fatto e/o diritto, oppure non permettano l'esercizio del potere oltre un certo segno¹³¹.

Si è cercato così di dare a questo quadro eterogeneo un ordine classificatorio. Ad oggi, tuttavia, il dibattito in materia è composito e articolato, a testimonianza della difficoltà di inquadrare una tematica così complessa e dai contorni sfuggenti.

¹²⁸ M. MARAZZA, *op. cit.*, p. 1273.

¹²⁹ M. MARAZZA, *op. cit.*, p. 1296.

¹³⁰ E. M. MASTINU, *La proceduralización sindical del ejercicio de los poderes y prerrogativas del empresario*, in R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (a cura di), *El Poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, 2005, p. 272. Così, i limiti possono essere imposti solo dalla legge, oppure legge ed autonomia collettiva possono operare congiuntamente, prevedendo l'una limiti di carattere sostanziale, l'altra limiti di carattere procedurale e, infine, la legge può demandare all'autonomia collettiva lo sviluppo delle proprie disposizioni.

¹³¹ E. M. MASTINU, *op. cit.*, p. 271, che cita come esempi di limiti sostanziali la sottoposizione del trasferimento alla sussistenza di determinate ragioni tecniche, organizzative o produttive, oppure la previsione *ex art. 7 St. lav.* per cui una sanzione disciplinare non può consistere in mutamenti definitivi nel rapporto di lavoro. Si veda anche M. LUQUE PARRA, *op. cit.*, p. 133 ss.: «*deberá entenderse por límites sustanciales aquéllos dispuestos normativamente para garantizar la legalidad material o de fondo de las decisiones empresariales que sean el resultado de ejercitar alguna de las manifestaciones de su poder organizacional y, por contra, deberá entenderse por límites formales aquellos que instrumentalizan el control del cumplimiento empresarial de los límites sustanciales, en otras palabras, aquel conjunto de actos que canalizan la actuación empresarial previa o posterior al ejercicio sus poderes para asegurar su corrección sustancial*».

Riassumendo, si distingue tra limiti esterni¹³², che indicano «*quali effetti giuridici l'imprenditore, esercitando il potere, ha la possibilità di produrre nella sfera giuridica del prestatore di lavoro e questi ha l'impossibilità di evitare che si producano*¹³³» e limiti interni, che derivano dall'oggetto dell'obbligazione principale assunta dal lavoratore, «*inerenti alla intrinseca destinazione del potere e da considerarsi illegittimamente valicati ogniqualvolta l'atto di esercizio del potere, pur senza eccedere l'ambito degli effetti perseguibili, realizzi una distorsione della funzione per la quale il potere è attribuito*¹³⁴».

Secondo la dottrina, nel gioco tra poteri e interessi, limiti interni ed esterni assolvono a diverse funzioni. I limiti interni, segnando il confine della sfera debitoria del lavoratore, tutelano gli interessi presi in considerazione dall'ordinamento nel momento in cui ha conferito il potere - e, specificamente, il potere di conformazione - , misurando la corrispondenza del suo esercizio alla causa ultima per cui è stato attribuito.

Diversamente, i limiti esterni presiedono alla funzione di tutelare specifici interessi del lavoratore fatti propri dalla legge e dall'autonomia contrattuale, o comunque di realizzare il contemperamento di interessi voluto dalle parti del rapporto.

Questo, brevemente, è lo stato dell'arte in materia. Ma siamo sicuri che tale impostazione sia consensibile? O, prima di procedere, non è forse il caso di passare al vaglio la validità di questa categorizzazione?

Le nostre domande non sono peregrine. Valga, a tal proposito, menzionare la diafrasi generatasi in dottrina circa la validità della nozione di limiti interni, ritenuta da alcuni di dubbia coerenza sistematica, per una serie di fattori¹³⁵. In primo luogo, tale concetto si baserebbe sulla congruità rispetto ad un astratto interesse dell'impresa¹³⁶ che, all'atto pratico, non

¹³² Cfr. C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 153 ss., che tuttavia critica l'adozione del concetto di limite interno, in quanto collegato ad una nozione di interesse dell'impresa.

¹³³ G. SUPPIEJ, *op. cit.*, vol II, p. 75.

¹³⁴ G. SUPPIEJ, *op. cit.*, vol II, p. 75.

¹³⁵ C. ZOLI, *op. cit.*, p. 156.

¹³⁶ Sull'esistenza di un interesse dell'impresa, cui sarebbero funzionalizzati i poteri del

esiste, risolvendosi nell'interesse dell'imprenditore della gestisce. Inoltre, e soprattutto, il rinvio ad un supposto "interesse dell'impresa" integrerebbe in realtà un limite esterno all'esercizio del potere: pertanto, «*i poteri dell'imprenditore non appaiono funzionalizzati, cioè vincolati al perseguimento di un certo risultato, ma incontrano solo quel limite rappresentato dalla ricorrenza dei presupposti che ne legittimano l'esercizio*»¹³⁷.

Si ritiene, qui, di assumere una posizione diversa, per due ordini di ragioni. Innanzitutto, le censure circa l'esistenza di un ipostatizzato "interesse dell'impresa" sono senz'altro condivisibili, ma questo non vuol dire che l'esercizio di un potere non sia finalizzato al soddisfacimento di un interesse e che lo stesso possa essere sottratto ad un controllo di razionalità interna. Abbiamo già rilevato (vd. *supra*, cap. 1) che ogni potere è funzionalizzato al perseguimento di un determinato scopo, e per quanto sussista un principio privatistico di libertà dei fini è innegabile che un canone di coerenza causale sia immanente all'intero sistema. E come nel diritto amministrativo l'esercizio del potere per un uso distorto viene sanzionato secondo le categorie dell'eccesso di potere/*desviación de poder*, il diritto civile non è affatto privo di un simile sindacato, che assume i connotati del controllo circa l'abuso del diritto (si veda *infra*).

Ma anche a voler schierarsi per l'inesistenza della categoria dei limiti interni, possiamo osservare come questa teoria non trovi appiglio con riferimento al tema della nostra analisi, ossia i poteri datoriali della Pubblica Amministrazione. Vediamo infatti come, la "libertà economica" della P.A e, quindi, i poteri creditorî connessi, siano per forza canalizzati verso il perseguimento dell'interesse pubblico stabilito *ex lege* ed individuato in concreto dall'Amministrazione. In questo caso, volendo riecheggiare antiche dottrine¹³⁸, non è possibile scindere interesse dell'imprenditore-persona fisica e interesse aziendale, ma è lo stesso interesse dell'azienda-Pubblica Amministrazione che si trasfonde nell'esercizio delle prerogative datoriali.

datore di lavoro, cfr.. G. SUPPIEJ, *op. cit.*

¹³⁷ C. ZOLI, *op. cit.*, p. 156.

¹³⁸ G. SUPPIEJ, *op. cit.*

Semmai, si può dire che limiti interni ed esterni coesistono, affiancando al rispetto degli interessi della controparte un controllo sull'intrinseca razionalità delle scelte datoriali. Ma a ben vedere – e per quanto ardita possa sembrare questa conclusione – molti dei limiti menzionati come esterni in realtà, cambiando prospettiva, risultano garanzie della necessaria conformità del potere allo scopo per cui è stato attribuito. Si pensi ad esempio alle "*comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive*" o alle "*razones económicas, técnicas, organizativas o de producción*" cui è sottoposto il trasferimento ai sensi dell'art. 2103 c.c e 40.1 ET, oppure al divieto di lavoro notturno per la lavoratrice madre *ex art. 11 d. lgs. n. 66/2003* e ai limiti circa le mansioni cui può essere adibita tale lavoratrice ai sensi dell'art. 26 della ley n. 31/1995, o ancora al generale divieto di discriminazione previsto (tra le altre norme) dall'art. 15 St. Lav e 17 ET. I limiti sono allo stesso tempo interni ed esterni, esprimendo la necessità di una razionalità intrinseca dell'atto rispetto ai valori perseguiti dal sistema, razionalità che contempla anche la considerazione dell'interesse di colui che è soggetto al potere. Questa necessità, quindi, può essere riassunta in un grande, pervasivo limite: quello della buona fede, che impone al soggetto un'azione in cui vengano salvaguardati i diritti fondamentali e le libertà della controparte nella misura in cui questo non comporti un sacrificio notevole dei propri interessi¹³⁹.

Per cui, nel prosieguo del nostro lavoro si parlerà, semplicemente, di limiti.

E, pertanto, la nostra analisi sarà incentrata su quei vincoli generali che, secondo la dogmatica civilistica, informano l'esercizio dell'autonomia: la procedimentalizzazione e le clausole generali di correttezza e buona fede. Nel tentativo di capire, attraverso l'analisi di questi limiti e dei rimedi esperibili ove gli stessi siano violati, se vi siano delle differenze sostanziali tra lo svolgersi del potere pubblicistico della Pubblica Amministrazione e quello, invece, di diritto comune.

¹³⁹ J. L. GIL Y GIL, *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, in *Monografías de Temas Laborales*, 2003, p. 231 ss.

Procedimento giuridico e poteri privati

Leggendo le trattazioni sui poteri privatistici della P.A sembra a volte che, nella sottoposizione del pubblico impiego alle categorie del diritto comune, si ravvisi, inconsciamente, una certa insondabilità delle scelte datoriali. Si dice, infatti, che l'autonomia privata è libera e, pertanto, sarebbe insindacabile nel suo libero esplicarsi.

Così non è. «*La stessa autonomia nel suo aspetto dinamico e cioè di svolgimento di poteri, è procedimento giuridico*¹⁴⁰». Analogamente a quanto accade per la discrezionalità amministrativa, l'azione dell'autonomia privata, intesa come manifestazione di volontà dall'astratta immobilità della norma alla produzione di effetti concreti, è connessa al procedere: non c'è quindi agire senza procedimento.

Nel diritto privato la tematica del procedimento è stata scarsamente affrontata anche se, in via generale, l'esplicazione dell'autonomia privata e dei poteri ad essa legati passa sempre tramite una sequenza legale di atti connessi tra loro in un ordine necessario¹⁴¹. Spesso è il legislatore a predeterminare i passaggi di tale sequenza, convogliando in questo modo il potere al fine di evitarne l'esercizio arbitrario. La produzione dell'effetto giuridico si esplica quindi in una fattispecie complessa, o concomitante o a formazione progressiva. Mentre per determinati atti giuridici il procedimento di formazione è irrilevante, spesso invece in ambito giuslavoristico molti atti sono frutto di «*un procedimento che ricongiunge*

¹⁴⁰ S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 5. Prescindiamo in questa sede da una disamina delle diverse posizioni di teoria generale circa la qualificazione del procedimento giuridico. Ad una generale tesi che accosta il concetto di procedimento con quello di progressiva formazione della fattispecie si contrappone, invece, un diverso orientamento che scinde le due ipotesi. Si veda S. GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Ius*, 1955, p. 51, il quale distingue i due concetti: mentre la formazione progressiva della fattispecie sarebbe caratterizzata dall'eventualità nella successione tra diversi atti e fatti nel tempo, il procedimento giuridico si distinguerebbe poiché caratterizzato dalla necessità giuridica della concatenazione tra i diversi eventi, che devono procedere l'uno dall'altro.

¹⁴¹ N. DI PRISCO, *Procedimento (diritto privato) (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, p. 836 ss.

tutti gli elementi rivolti alla produzione di un dato effetto giuridico»¹⁴², perfezionandosi solo ove si siano realizzati i loro elementi costitutivi. Così, come nel procedimento amministrativo distinguiamo una fase iniziale, istruttoria e decisionale, nel procedimento privato individuiamo atti iniziali, intermedi e finali¹⁴³.

Anche il procedimento privatistico è retto da specifiche regole tecniche: sono infatti numerose le disposizioni che ne disciplinano sia l'*iter* procedurale sia gli aspetti generali, anche se l'individuazione di questi ultimi è più sfuggente e richiede un'opera interpretativa che vagli l'intero sistema. Sotto questo aspetto, possiamo distinguere tre piani: *«a) un primo, espresso, per lo più, in forma di regole, dagli ordinamenti privati e in particolare dalla normativa privata di correttezza; b) un secondo, relativo alla portata delle regole statuali che condizionano il riconoscimento dell'attività privata autonoma; c) un terzo, relativo a regole dell'autonomia privata in materia di procedimento¹⁴⁴».*

Così, non diversamente da quanto avviene in ambito pubblicistico, il procedimento è il modo per far confluire, nell'esercizio di un potere, una pluralità di interessi eterogenei, permettendo di tutelare e temperare al meglio le diverse istanze dei soggetti coinvolti.

Nell'espressione delle prerogative dell'imprenditore, il termine "procedimentalizzazione" indica la fattispecie con cui l'esercizio del potere viene vincolato al *«rispetto di procedimenti in cui intervengono, con gli strumenti per influenzarne il corso, i destinatari dell'atto finale, allo scopo di costringere l'autore a tener conto dei loro interessi»¹⁴⁵*. L'adozione di tali

¹⁴² N. DI PRISCO, *op. cit.*

¹⁴³ In teoria generale, si distingue il procedimento dall'atto complesso e dall'atto contrattuale. Mentre per queste due tipologie di atti i diversi comportamenti che concorrono a formarli sono giuridicamente equivalenti, così non è nel caso del procedimento, per cui l'effetto giuridico finale non è mai il prodotto di questi comportamenti concorrenti, ma solo di uno di essi. E, infatti, mentre in una sequenza procedimentale l'invalidità dell'atto finale non importa l'invalidità di tutti gli atti del procedimento, così non è invece negli atti complessi e in quelli contrattuali, in cui l'annullamento di un atto fa sì che si dissolvano anche le precedenti manifestazioni: così rileva N. DI PRISCO, *op. cit.*, p. 856.

¹⁴⁴ S. ROMANO, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁵ U. ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1040 ss. Sulla procedimentalizzazione, M. G. MATTAROLO, *op. cit.*, p. 411 ss.; M.

forme assolve alla funzione di rendere controllabile l'esercizio del potere discrezionale, imponendo la considerazione degli interessi antagonistici destinati ad esserne incisi: si tratta di quello «collettivo ad un controllo dei poteri»¹⁴⁶ e di quello individuale alla delimitazione dell'esercizio del potere.

La pluralità degli interessi coinvolti si riverbera in una differenziazione tra le diverse clausole di procedimentalizzazione. Troviamo quindi, in primo luogo, le clausole che delimitano i poteri originari dell'imprenditore in cui si esprime la sua libertà di iniziativa economica, le quali tuttavia sono insuscettibili di radicare alcun tipo di pretesa giuridicamente rilevante a favore del singolo lavoratore. Dall'altro lato, invece, possiamo individuare quelle disposizioni le quali limitano i poteri del datore con incidenza diretta sullo svolgimento del rapporto di lavoro, la cui violazione, invece, può essere fatta valere in via immediata dal singolo lavoratore interessato¹⁴⁷.

Per quanto concerne gli aspetti sanzionatori, eccettuate le ipotesi in cui è prevista una sanzione espressa *ex lege*, non vi è concordanza in dottrina quando si tratta di individuare le conseguenze circa la trasgressione delle regole procedurali nei casi non specificamente contemplati da una norma¹⁴⁸. Nel dibattito italiano, vi è chi ritiene che il potere giuridico sia inesistente¹⁴⁹, chi ne inferisce la nullità o l'inesistenza dell'atto per carenza dei requisiti formali prescritti, ai sensi dell'art. 1352 c.c.¹⁵⁰ e altri, invece, che inquadrano i vincoli procedurali come condizioni o requisiti di efficacia del negozio nell'ambito di una fattispecie a formazione progressiva¹⁵¹. Sul fronte dottrinale spagnolo, mutuando le categorie amministrativistiche si differenzia tra ipotesi di invalidità o meno, a seconda del vizio procedurale

LUQUE PARRA, *op. cit.*, p. 135 ss.

¹⁴⁶ L'espressione è di M.G. MATTAROLO, *op. cit.*, p. 411.

¹⁴⁷ M. G. MATTAROLO, *op. cit.*, p. 411 ss.

¹⁴⁸ Cfr. M. G. MATTAROLO, *op. cit.*, p. 416.

¹⁴⁹ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 120.

¹⁵⁰ M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 191.

¹⁵¹ C. ZOLI, *op. cit.*, p. 343.

in rilievo¹⁵². Se la *ratio* dei limiti formali è quella di garantire la legalità sostanziale dell'atto, il mancato rispetto renderà l'atto invalido anche quando siano stati rispettati i limiti sostanziali all'esercizio del potere. Importerà pure invalidità la violazione di quei limiti (come ad esempio i limiti procedurali circa l'audizione dei lavoratori nei procedimenti disciplinari) che sottendono diritti fondamentali dell'interessato. Diversamente, in tutte le altre ipotesi, ricorrerà una fattispecie di nullità parziale della misura discrezionale adottata, senza che questo implichi la nullità dell'atto finale.

Ad ogni modo, qualunque sia la soluzione adottata, il mancato rispetto delle norme procedurali comporta l'invalidità dell'atto di esercizio del potere da parte del datore di lavoro: in un modo non dissimile, quindi, a quanto accade nel diritto amministrativo, in cui ogni violazione del procedimento viene sanzionata con l'annullabilità del provvedimento.

I parametri dell'azione datoriale: la clausola generale di buona fede.

Abbiamo visto che nel diritto amministrativo l'intrinseca razionalità dell'azione pubblica è presidiata dai principi di imparzialità e buon andamento. È stato già anticipato che nel diritto civile tale è il ruolo svolto dalla buona fede, la quale trova espreso riconoscimento normativo negli artt. 1175 e 1375 c.c., 7.1 e 1.258 c.c.e., 20 ET. Cerchiamo ora di ricostruire in cosa si sostanzia questo canone di condotta.

La buona fede è una nozione a struttura polivalente: in quanto manifestazione di una realtà metagiuridica, si presta ad essere integrata dalla giurisprudenza attraverso puntuali specificazioni che ne estrinsechino il contenuto con riferimento alla realtà del momento. Essa è considerata la clausola generale¹⁵³ per eccellenza, poiché fa entrare nel sistema – e,

¹⁵² M. LUQUE PARRA, *op. cit.*, p. 170.

¹⁵³ «E' compito delle clausole generali, quello di porre rimedio all'astrattezza della norma nella determinazione dei concreti comportamenti con riguardo a specifiche fattispecie, ora all'interno della teoria delle obbligazioni, o del contratto o del diritto proprietario (...) In questo senso le clausole generali sono una risposta al politeismo dei valori, al contingente, alla frantumazione distarticolata, perché è loro tramite che si costruisce il

segnatamente, nel regolamento negoziale- predicati normativi esistenti nella coscienza sociale¹⁵⁴. Abbiamo detto che in generale, quale regola di comportamento nei rapporti negoziali, la buona fede si concretizza in una condotta ispirata a criteri di lealtà contrattuale¹⁵⁵, imponendo al soggetto agente un'azione che tenga in considerazione anche l'utilità della controparte, nei limiti in cui questo non pregiudichi significativamente il proprio interesse. Pertanto, la buona fede può sia incidere su singoli comportamenti sia sanzionare determinate modalità di azione (come circonvenzione, inganni o minacce) che importino delle inefficienze di alcuni elementi della fattispecie negoziale¹⁵⁶. Così, quindi, si intende salvaguardare la funzionalità del contratto¹⁵⁷, perseguendo la coerenza tra il regolamento contrattuale e l'effettiva attuazione dell'operazione economica sottostante attraverso la garanzia che quest'ultima sia conforme alla finalità generale perseguita dal sistema. Nella dogmatica italiana questo principio, in quanto espressione di solidarietà contrattuale (a tutela dell'interesse

*filtro dei grandi principi attraverso il quale il giudice legge la società. Perché è loro tramite che il giudice governa la società costruendo gli strumenti operativi che sono conseguenti ai principi, i quali (...) fissano quelle gerarchie che sono destinate ad incidere sull'autonomia dei privati e sulle stesse norme» (C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 421 ss.)*

¹⁵⁴ Si veda G. FALCO, *op cit.*, p. 3 ss. Cfr. STC 27 ottobre 2003, n. 192: «*La aplicación judicial del Derecho es, como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquélla se orienta. La buena fe ha sido vista como un concepto abierto al mundo de las valoraciones sociales. La introducción de la referida categoría ha buscado la incorporación al ordenamiento jurídico de un factor de flexibilización, capaz de adaptar la norma a las nuevas circunstancias y valores de la sociedad. Por ello, a la hora de decidir sobre el contenido de mandatos como la buena fe, ha de partirse, en primer término, de la totalidad de las representaciones de valor fijadas en la Constitución que la sociedad ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo cultural. En consecuencia, lo que en cada caso se decida que corresponde a la buena fe no podrá estar en desacuerdo con dichos mandatos constitucionales, toda vez que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico a la que se debe acomodar cualquier otra, así como la interpretación y aplicación de la legalidad por parte de los órganos judiciales».*

¹⁵⁵ STS 8 luglio 1971; STS 21 settembre 1987.

¹⁵⁶ Cfr. G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 52.

¹⁵⁷ G. ORDOQUI CARTILLA, *La buena fe contractual*, Ediciones Legales, Lima, 2015, p. 17. Così, la Relazione ministeriale al Codice civile italiano, indica che «*Il principio di correttezza e buona fede (...) richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore».* Si vedano anche G. UDA, *Buona fede oggettiva ed economia contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, n. 3/1990, p. 365 s.s.

privato), viene riferito ai doveri di solidarietà sociale (interesse pubblico) proclamati dall'art. 2 della Carta¹⁵⁸.

Da tale prospettiva, la buona fede assurge a criterio di orientamento teleologico della condotta: come limite «*di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita*», concorre «*alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (...), che, applicato ai contratti, ne determina intergativamente il contenuto agli effetti (...) e deve, ad un tempo, orientare l'interpretazione (...) e l'esecuzione*¹⁵⁹ (...), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio»¹⁶⁰.

Si distingue tra buona fede soggettiva e buona fede oggettiva. Nella prima accezione, la buona fede indica il «*convincimento di tenere un comportamento conforme a diritto*»¹⁶¹. Per buona fede oggettiva, invece, si intende una regola di condotta (e di valutazione di una condotta) che implica un comportamento corretto e leale¹⁶². Sotto questo profilo, la buona fede esplicita il come della relazione contrattuale, potendo reagire in funzione correttiva sullo schema negoziale. Attraverso tale parametro, infatti, è possibile stabilire il comportamento delle parti durante e dopo l'attuazione del rapporto obbligatorio (o in attesa che venga attuato): è un criterio che «*dice il non detto (a parte i casi in cui chiarisce il significato di una norma*

¹⁵⁸ G. UDA, *op. cit.*, p. 186 ss.

¹⁵⁹ Art. 1375 cc e 1.258 cce.

¹⁶⁰ Cass. civ. sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775.

¹⁶¹ Sulla buona fede, C. MANGARELLI, *Buena fe*, in A.P. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARD, M. E. CASAS BAAMONDE, *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 137 – 143; A. MONTOYA MELGAR, *La buena fe en el derecho del trabajo*, Tecnos, 2001; S. ZUSMAN, *La buena fe contractual*, in Themis: Revista de Derecho, n. 51/2005, pp. 19-30; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968.

¹⁶² Cass. civ. sez. III, 18 settembre 2009, n. 2016; STS 4 marzo 1991. Cfr. anche M. LUQUE PARRA, *op. cit.*, p. 117 ss.

che implicitamente lo richiama), cioè riempie di contenuto quell'attività di relazione, cui certamente, in principio, ogni debitore è tenuto nella fase esecutiva del contratto, con maggiore o minore intensità a seconda della natura del rapporto»¹⁶³. La buona fede, quindi, sia consiste in un canone di condotta, sia svolge una funzione integrativa, attraverso una serie di obblighi accessori che arricchiscono il contenuto del contratto¹⁶⁴

La violazione delle regole di condotta nell'ordinamento interpretato. Abuso del diritto e abuso del derecho.

Contigua alla nozione di buona fede è la categoria dell'abuso del diritto/*abuso del derecho*¹⁶⁵: questa è la situazione nella quale, in violazione

¹⁶³ U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 132 E infatti la buona fede viene definita come uno «*standard de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo a la conciencia social imperante. Eso quiere decir que (...) 1) los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circuloquios, confusiones deliberadas u oscuridades; 2) la buena fe, además de un punto de partida ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales conforme a las normas éticas*» (L. DIEZ PICAZO, *op. cit.*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1983 p. 263) Sul punto, anche E. DANZ, *La interpretación de los negocios jurídicos*, in *Revista de Derecho Privado*, 1955, p. 194 ss. Problematica è, nella dottrina italiana, la distinzione tra correttezza e buona fede. C'è chi ritiene, ad esempio, che la correttezza sia un concetto di carattere ampio, che investe nella totalità la vicenda negoziale, mentre la buona fede sia riferibile unicamente all'adempimento dell'obbligazione (G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957). Altra parte della dottrina, invece, ravvisa nella correttezza un limite interno all'autonomia negoziale, e nella buona fede norma integrativa esterna (A. DE CUPIS, *La crisi dei 'valori' nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 201) Per una disamina delle posizioni in materia, si rinvia a P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli Editore, Rimini, 1990-

¹⁶⁴ J. CRUZ VILLALÓN, *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, 2015; P. TULLINI, *op. cit.*, p. 223; A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *RGL* 1983, p. 341 ss.

¹⁶⁵ Circa l'evoluzione dottrinale in materia di abuso, si veda G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 9 ss. Sull'abuso del diritto, tra i molti contributi in materia M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998, 13 ss.; e le voci enciclopediche di S. ROMANO (2), *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 2 ss..

della regola di buona fede oggettiva, «*un contraente esercita verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello per cui questi diritti sono preordinati*»¹⁶⁶.

Passiamo quindi a dare conto, nei limiti di questo lavoro, delle principali ricostruzioni in materia.

La disciplina italiana.

Se nel diritto spagnolo l'abuso del diritto è fattispecie contemplata in una norma *ad hoc*, così non è nell'ordinamento italiano. Il Codice civile, infatti, non contiene alcuna disposizione che sanzioni in via generale ed espressa questa deviazione funzionale anche se, nel corso del tempo, tale concetto ha ripreso vieppiù vigore ed è ormai di uso comune nella giurisprudenza¹⁶⁷.

Le ragioni di tale assenza affondano le loro radici nel retaggio culturale degli anni Trenta, in cui la dottrina dava alla nozione, più che una valenza giuridica, una natura etica tale per cui le condotte abusive venivano ritenute immorali ma non sanzionabili giuridicamente¹⁶⁸.

Con questo sostrato culturale di fondo si è quindi rinunciato ad inserire, nel Codice civile del 1942, quella norma del Progetto preliminare (art. 7) la quale, in termini generali, prevedeva che «*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*». Si è preferito, invece, sostituire a tale norma

¹⁶⁶ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2015, vol. II, p. 574

¹⁶⁷ Così, in materia societaria è stato sindacato, in una deliberazione assembleare di scioglimento della società, l'esercizio del diritto di voto sotto l'aspetto dell'abuso di potere, ritenendo principio generale del nostro ordinamento, anche al di fuori del campo societario, quello di non abusare dei propri diritti - approfittando di una posizione di supremazia - con l'imposizione, nelle delibere assembleari, alla maggioranza, di un vincolo desunto da una clausola generale quale la correttezza e buona fede (contrattuale). Si veda Cass. civ. sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

¹⁶⁸ Cfr. M. ROTONDI, *op. cit.*, p. 105 ss., per cui l'abuso del diritto «*è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, è ciò per la contraddizione che nol consente*».

generale norme particolari che sanzionassero l'abuso in relazione a particolari categorie di diritti¹⁶⁹.

Attualmente, tuttavia, dottrina e giurisprudenza sembrano concordi sulla concettualizzazione di tale categoria, avendone individuato precisi elementi costitutivi: «1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico- potendo esplicitarsi o in un uso anormale che contrasti con i principi generali del diritto, o in un esercizio non corredato dalla soddisfazione di un vero e reale interesse - ¹⁷⁰; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte»¹⁷¹.

L'abuso del diritto non presuppone una violazione in senso formale, ma «un uso distorto dello schema formale del diritto»¹⁷², al fine di conseguire obiettivi ultronei e diversi rispetto a quelli delineati *ex lege*. Questa violazione, quindi, ricorre quando «nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede»¹⁷³.

In tale modo l'ordinamento reagisce all'uso deviato del potere ritenendo non meritevoli di tutela gli interessi perseguiti attraverso comportamenti contrari alle regole di corretto esercizio del potere, impedendo che «possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti - ed i diritti connessi - attraverso atti di per sè strutturalmente idonei, ma

¹⁶⁹ Come l'art. 330 c.c., che reprime l'abuso della potestà genitoriale; l'art. 1015c.c., sull'abuso dell'usufruttuario; l'art. 2793c.c., riguardante l'abuso della cosa data in pegno da parte del creditore pignoratizio.

¹⁷⁰ Cfr. G. LEVI, *op. cit.*, p. 20.

¹⁷¹ Cass. civ. sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

¹⁷² Cass. civ. sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

¹⁷³ Cass. civ. sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata».

Sul piano dei rimedi, alla violazione della clausola di buona fede la giurisprudenza connette senz'altro una tutela risarcitoria. Più incerte, invece, le soluzioni circa l'efficacia dell'atto, in relazione alla quale manca ancora una costruzione dogmatica di fondo e vengono proposte più opzioni, predicandosi, in generale, l'invalidità dello stesso¹⁷⁴. In effetti, la predisposizione di differenti reazioni si spiega per il fatto che le ipotesi di abuso che si possono verificare in concreto sono eterogenee, e richiedono quindi diverse prese di posizione a seconda dell'evento lesivo considerato.

L'abuso del diritto nell'ordinamento spagnolo.

Nell'ordinamento spagnolo l'abuso del diritto trova un riconoscimento legislativo espresso¹⁷⁵: l'art. 7.2 del *Código Civil* prevede che *«La Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso»*¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Cfr. *ex multis* Cass. civ. sez. I, 20 gennaio 2011, n. 1361; 15 luglio 2007, n. 15950, in tema di invalidità della delibera assembleare adottata secondo modalità abusive.

¹⁷⁵ Pure sul piano comparatistico vediamo come non tutti gli ordinamenti considerino l'abuso in specifiche norme di legge. Nell'ordinamento tedesco, i par. 226 e 826 BGB reprimono espressamente l'abuso: il par. 226 BGB infatti stabilisce che *«l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere soltanto lo scopo di provocare danni ad altri»*. Diversamente, nell'ordinamento francese, come in quello italiano, non vi è alcun riconoscimento legislativo espresso, e la nozione di abuso del diritto è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale.

¹⁷⁶ Sulla struttura dell'art. 7 c.c.e., Á. CARRASCO PERRERA, *Tratado del abuso del derecho y de fraude de ley*, Thomson Reuters, Civitas, 2016, p. 61 ss. La categoria dell'*abuso del derecho* costituisce, anche nell'ordinamento spagnolo, nozione trasversale ai diversi settori del diritto. All'art. 7.2 c.c.e. è seguito l'art. 11.2 della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, 1 luglio 1985, n. 6, il quale stabilisce che *«Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con*

La figura, tuttavia, non è nuova: già anteriormente alla redazione dell'art. 7.2 del *Código Civil* nel 1974 la giurisprudenza del Tribunal Supremo aveva iniziato ad elaborare una sistematizzazione di tale concetto. Fondamentale, a tal proposito, la Sentenza 14 febbraio 1944, che per la prima volta fornisce una visione organica della fattispecie, delineandone gli elementi essenziali. In particolare, statuisce la sentenza che «*Incurrer en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para tercero o para la sociedad*¹⁷⁷». Pertanto, gli elementi essenziali dell'*abuso del derecho* sono: a) l'esercizio di un diritto in una via formalmente conforme alla legge; b) il danno ad un interesse che non è oggetto di una specifica prerogativa giuridica; c) l'antisocialità o l'immoralità del danno arrecato, che può manifestarsi in forma oggettiva, ossia quando il pregiudizio altrui è causato da un eccesso o dall'anormalità nell'esercizio del diritto, o in forma soggettiva, cioè nel momento in cui l'agente esercita il proprio diritto con l'intenzione di infliggere un danno o senza essere mosso da un interesse legittimo e meritevole di tutela.

Nel corso del tempo la giurisprudenza, pur non abbandonando del tutto il criterio oggettivo, ha dato maggior enfasi all'elemento soggettivo dell'*abuso*, aprendo verso un'indagine soggettivistica dei fini che muovono l'azione. Così, si è ritenuto che «*es el móvil y es el fin el que hay que considerar; siendo necesario, para llegar a una conclusión afirmativa, preocuparse de la conducta del agente, así como de su mentalidad; es necesario establecer también por qué ha actuado y cómo lo ha hecho, y si ha obedecido a un motivo legítimo; es decir, hay que proceder a una investigación subjetiva, y desde este punto de vista, la teoría del abuso de derecho adopta en sí un sentido, sino intencional, al menos subjetivo*»¹⁷⁸.

manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal».

¹⁷⁷ Trad. «*Incorre in responsabilità chi, operando sotto l'apparenza di una legalità esteriore nell'esercizio di un suo diritto, in realtà travalica i limiti imposti dall'equità e dalla buona fede, con danno verso i terzi e la società*».

¹⁷⁸ STS 2 dicembre 1994, EDJ 1994/9359, che richiama le sentenze 22 settembre 1959, 31 gennaio 1969, 5 giugno 1972 EDJ 1972/318, 9 febbraio 1973 EDJ 1973/76, 5 maggio

Conclusion, questa, precisata dalla dottrina, che ha optato per una concezione restrittiva escludendo la sussistenza di un abuso nel momento in cui l'eccesso dannoso nell'esercizio di un diritto fosse già sanzionato da una disposizione legale espressa, dato che la categoria dell'abuso integra una figura giuridica eccezionale¹⁷⁹.

Nel generale dettato dell'art. 7.2 del *Código Civil* si è distinto tra un abuso non qualificato, consistente in un generico esercizio abusivo o antisociale del diritto, e quello qualificato che causa un danno ad un terzo: l'elemento discretivo tra le due figure sarebbe il fatto che, nel caso di un generico esercizio antisociale del diritto (abuso non qualificato), non sarebbe necessario il prodursi di un danno o di un pregiudizio. Questa distinzione, tuttavia, resta controversa, tant'è vero che si è cercato di delineare le due fattispecie ricorrendo ad altri criteri. Ad esempio, si è adottato quale parametro distintivo la natura, individuale o collettiva, dell'interesse pregiudicato, per cui *«mientras el "abuso" suele dejar abierto el camino a la idea de la lesión o daño que en términos generales provoca en un interés privado o particular, en el "uso antisocial" el sujeto perjudicado ofrece una mayor amplitud, en cuanto puede comprender tanto la comunidad en general como cualquiera de los grupos integrantes de la misma»*¹⁸⁰. La labilità di tale distinzione ha condotto, alla fine, a una considerazione unitaria dei due concetti, i quali esprimerebbero la repulsione legislativa verso quelle condotte che, apparentemente conformi al diritto, dissimulino o un'azione arbitraria o il superamento dei limiti stabiliti dalle norme¹⁸¹. L'abuso del diritto, quindi, assurge a limite intrinseco

1973, 4 luglio 1973 EDJ 1973/178. Cfr. Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2ª, 23 dicembre de 1995 (Rollo 41/95).

¹⁷⁹

¹⁸⁰ STS 3 maggio 1984.

¹⁸¹ Cfr. STS 14 febbraio 1986 EDJ 1986/1258, Fund. Jur. V, che afferma: «a) *Que lo prescrito en el Código Civil EDL 1889/I en el precepto y número que se dicen infringidos, más que el «abuso del derecho» es el «abuso en el ejercicio del mismo», lógica restricción al durante siglos omnímoto e indiscutible principio «qui iure sue utitur neminen laedit»; b) Que los términos «abuso» o «ejercicio antisocial» empleados en los mismos, aun cuando ofrezcan diferencias sutiles y de matiz que carecen por regla general de trascendencia práctica (...), son clara muestra de la reprobación por parte del legislador hacia aquellas conductas que bajo una aparente acomodación a la norma disimulan o encubren, bien una arbitrariedad, bien una extralimitación; c) Clara*

all'esercizio di un diritto soggettivo, che impedisce il travalicamento dei limiti normali imposti dalla legge e dalla coscienza sociale secondo la regola di buona fede¹⁸².

Dato il carattere trasversale del Titolo preliminare del Codice Civile, le sue norme sono state invocate non solo nell'ambito civilistico, ma pure in quello amministrativo e lavoristico, facendo assurgere il divieto di abuso a principio generale dell'ordinamento.

La categoria dell'abuso del diritto si distingue a sua volta in due sottocategorie, l'*abuso del derecho subjetivo* o *objetivo*, a seconda dell'attitudine psicologica del soggetto agente. Presupposto strutturale comune ad entrambe le nozioni è l'esercizio di un diritto, che può consistere tanto in una condotta attiva quanto in una omissiva¹⁸³. Dal punto di vista psicologico, invece, nel caso di abuso soggettivo il superamento dei limiti di esercizio del diritto è qualificato da una specifica attitudine psicologica di violazione della buona fede soggettiva, che può assumere due diverse connotazioni: o un'intenzione dannosa del soggetto agente consistente in un *animus nocendi/consilium damni* o, semplicemente, l'assenza di un fine serio e legittimo (e, in quest'ultimo caso, pur mancando in via principale la volontà di arrecare un danno). Nell'*abuso del derecho objetivo*, invece,

consecuencia de ello es, que siendo el derecho positivo forma o expresión normativa de la vida social dirigida a la mejor y más pacífica consecución del bien común, a través de la prescripción del «ejercicio antisocial del mismo» se está prohibiendo y en su caso sancionando, todos aquellos actos o conductas que impliquen o conlleven actuación abusiva del mismo, lo que conduce a quien de esta forma origine un daño, venga obligado a resarcirlo».

¹⁸² Cfr. STS 12 settembre 2007, EDJ 2007/152397, Fund. Jur. III, per cui «*el abuso del derecho es un límite intrínseco del derecho subjetivo (...) que tuvo una creación doctrinal, fue recogido por la jurisprudencia (a partir de la sentencia de 14 de febrero de 1944) y proclamado por el Código Civil EDL 1889/1 en su redacción del título preliminar por Decreto de 31 de mayo de 1974, artículo 7.2 y por el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 . La esencia del concepto es el sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, conforme dice el Código civil EDL 1889/1, que es lo mismo que extralimitación.*»; 21 dicembre 2000, EDJ 2000/49609; 6 febbraio 1999, EDJ 1999/832.

¹⁸³ Circa la condotta omissiva, si discute se debba preesistere un dovere d'azione, il cui mancato rispetto cagioni un pregiudizio a un terzo (M. BATTLE, p. 121; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Art. 7 c.c.e.*, in RAMS ALBEJA J. (a cura di), *Comentarios al Código civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 236, o una mera facoltà (C. CUADRADO PÉREZ, *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 76.

rileva la buona fede oggettiva, e quindi un comportamento che violi i canoni di correttezza, lealtà, solidarietà, con riferimento a quello che è l'esercizio normale del diritto secondo la coscienza sociale. Infine, è necessario il prodursi di un danno, presente o futuro (la norma infatti prevede che si adottino, come reazione, «*las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*») che può essere suscettibile o meno di valutazione economica e deve inerire ad un interesse non protetto attraverso una specifica prerogativa giuridica¹⁸⁴(patrimoniale o non patrimoniale). Peraltro, è importante precisare che, riferendosi al danno arrecato un terzo, il legislatore del Codice non ha affatto inteso ricomprendere nell'ambito di protezione della norma solo quei soggetti che non formino parte di una relazione giuridica con colui che esercita abusivamente il diritto¹⁸⁵: la parola *tercero* indica genericamente tutti coloro che sopportano un danno¹⁸⁶.

Anche con riferimento alla disciplina codicistica, la giurisprudenza ha individuato alcune restrizioni all'utilizzo della categoria in esame: innanzitutto, deve porsi attenzione alle circostanze di fatto dedotte in giudizio e devono verificarsi i presupposti codificati nell'art. 7.2 c.c.e.; inoltre sarà possibile ricorrere a tale categoria solo in assenza di una determinata norma applicabile al caso concreto che accordi una specifica tutela al danno lamentato; infine, questo principio può essere applicato solo su domanda di parte, in via di azione o come eccezione¹⁸⁷

Resta aperta, invece, l'individuazione dei rimedi all'esercizio abusivo del diritto. L'art. 7 c.c.e. prevede in proposito due ordini di sanzioni. In primo luogo, stabilisce la generica illegittimità della condotta abusiva secondo lo schema dell'*exceptio doli* e della nullità dell'atto¹⁸⁸ (si dice,

¹⁸⁴ C. CUADRADO PÉREZ, *op. cit.*, p. 130, sulla scia della fondamentale STS 14 febbraio 1944.

¹⁸⁵ C. CUADRADO PÉREZ, *op. cit.*, p. 131.

¹⁸⁶ Danno che, si ritiene, può riguardare sia un soggetto determinato, un bene o un interesse sociale, laddove il pregiudizio concerna una comunità o un settore di essa: cfr. STS 23 maggio 1984.

¹⁸⁷ Così STS 14 marzo 2011 (RJ 2011, p. 2769); critico verso questa sentenza Á. CARRASCO PERRERA, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸⁸ SSTS 4 marzo 1967; 10 giugno 1963; 4 ottobre 1961; 25 novembre 1960; 17 febbraio 1958, 22 settembre 1959, 24 febbraio 1959; cfr. C. CUADRADO PÉREZ, *op. cit.*, p.

infatti, «*la ley no ampara*»), unitamente al risarcimento del danno. A questi rimedi, la norma affianca una clausola di chiusura, prevedendo altresì che trovino applicazione tutte le *misure giudiziali che impediscano la persistenza dell'abuso*: tuttavia questa formula, pur sottintendendo in potenza molteplici rimedi (come, ad esempio, la condanna ad un *facere* in forma specifica), ha trovato scarsa applicazione nella pratica giurisprudenziale¹⁸⁹.

Brevi considerazioni sull'abuso del diritto

Dato conto dello stato dell'arte, bisogna soffermarsi su alcune brevi osservazioni di sistema. È emerso che la ricostruzione invalsa in dottrina e giurisprudenza lega inscindibilmente la figura dell'abuso del diritto alla violazione della buona fede. Di qui, quindi, discende una certa sicurezza nell'affermare una reazione risarcitoria all'abuso mentre, invece, più timide sono le posizioni nel senso di un'invalidità dell'atto.

Un'attenta riflessione impone però di operare un distinguo sul piano dei principi. Infatti, un conto è l'esercizio del diritto, altro invece è la lesione dell'interesse altrui secondo la regola della buona fede.

Cerchiamo di spiegarci meglio.

Attraverso le ipotesi di abuso quello che viene in rilievo, dei diritti, è la loro dimensione causale-funzionale¹⁹⁰, ossia la necessità che tali diritti

138 ss.

¹⁸⁹ Cfr. Á. CARRASCO PERRERA, *op. cit.*, p. 63: rileva l'A. che spesso infatti la giurisprudenza ricorre alla categoria dell'abuso come semplice *topos* linguistico che affianca una nullità espressa. Solo nell'impugnazione di accordi sociali l'abuso del diritto è venuto in rilievo quale autonoma causa di nullità, non tanto però in forza dell'art. 7 c.c.e., ma perché codificato in norme specifiche (l'art. 18.1 Ley n. 49/60, de Propiedad Horizontal e 204.1 del Real Decreto Legislativo n. 1/2010, Ley de Sociedades de Capital).

¹⁹⁰ In tema di razionalità nell'esercizio delle prerogative datoriali, si veda A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, n. 1/2015, p. 83 ss. Si vedano anche le considerazioni dello stesso Autore in *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Diritti lavori mercati*, I, 2011, p. vol. 1, pp. 403 ss.

vengano esercitati effettivamente per perseguire gli interessi di cui sono espressione, e non altri fini, diversi o eccedenti¹⁹¹. Il vaglio sull'abuso si traduce in un controllo di razionalità interna, il quale non sempre, o non necessariamente, implica anche una dimensione relazionale che involga gli interessi di altri soggetti. Tant'è vero che l'art. 7.2 del Código civil, nel definire l'*abuso del derecho*, non indica come referente necessario la buona fede, menzionata al c. 1, ma prevede unicamente che non si superino i limiti normali di uso del diritto. In linea di principio, quindi, con la sanzione dell'abuso si vuole reprimere tutte quelle ipotesi in cui il diritto viene esercitato essenzialmente o unicamente per procurarsi un'utilità diversa da quella che l'ordinamento, valutando l'interesse sotteso, vi ha riconnesso¹⁹².

Altra questione è poi che, nel caso dei diritti potestativi e di quelli di credito, la sussistenza di una dimensione relazionale leghi inscindibilmente l'esercizio "eccedente" o "deviato" del diritto alla lesione ingiustificata dell'interesse altrui. Qui, in effetti, il confine è molto labile e scivoloso: nel momento in cui si usa in modo inappropriato un diritto relativo (anche se, specifichiamo, i diritti potestativi si pongono in una zona intermedia tra diritti assoluti e relativi), la violazione della buona fede non riveste solo un profilo "esterno", ma inerisce anche all'essenza strutturale del diritto esercitato. La buona fede, quindi, assume una valenza, se vogliamo, "circolare": è canone di razionalità interna ed esterna, dal momento che delimita quello che è l'esercizio appropriato del diritto involgendo anche un aspetto relazionale di non pregiudizio dell'interesse altrui. Abuso del diritto e buona fede rispondono pertanto a due referenti parzialmente coincidenti: nel primo caso, viene in rilievo esclusivamente l'interesse del titolare del potere, nel secondo, invece viene sì in rilievo tale interesse, ma considerato

¹⁹¹ M. TREMOLADA, *Il licenziamento libero*, in corso di pubblicazione in M. PERSIANI – FRANCO CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro, V, L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*. Si vedano anche le riflessioni svolte in materia da C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, segnatamente le pp. 80 ss.

¹⁹² M. TREMOLADA, *op. cit.*; U. NATOLI, *op. cit.*; G. D'AMICO, *Commento a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106*, in *Contratti*, 2010, p. 20.

anche tenendo conto di quello di chi è soggetto all'esercizio del diritto¹⁹³. Ciò, non toglie, tuttavia, che per chiarezza concettuale sia necessario distinguere gli aspetti relativi ai vizi funzionali interni da quelli inerenti i rimedi risarcitori esterni.

Per cui, come è stato avanzato da attenta dottrina¹⁹⁴, diverse saranno le conseguenze sul piano delle sanzioni. L'abuso, comportando una condotta causalmente deviata rispetto allo schema del diritto, equivale ad un'assenza di potere e quindi importa l'inefficacia dell'atto¹⁹⁵. È dalla violazione della buona fede che, invece, discendono le ulteriori conseguenze risarcitorie le quali, proprio perché la violazione della buona fede ha pure incidenza sul profilo interno del potere, si accompagneranno all'improduttività di effetti dell'atto.

2. La Pubblica Amministrazione nel gioco di specchi tra diritto civile e amministrativo.

Abbiamo passato in rassegna i parametri che conformano l'esercizio dei poteri autoritativi nel diritto civile e nel diritto amministrativo. Proviamo ora a tirare le somme, applicando queste nozioni generali all'azione concreta della Pubblica Amministrazione. Il riferimento alla capacità del privato datore di lavoro, o comunque alle norme del *Estatuto de los Trabajadores*, comporta un cambio strutturale nel quadro di fondo in cui si esplica il potere della P.A datrice di lavoro, che non si svolge più secondo la discrezionalità amministrativa ma secondo altro tipo di discrezionalità, l'autonomia privata. Nel gioco tra moduli di diritto amministrativo e di diritto comune, quali sono le diversità e quali, invece, le convergenze tra i due regimi?

¹⁹³ M. TREMOLADA, *op. cit.*; anche se l'Autore assume posizione più netta, scindendo il profilo dell'abuso del diritto da quello della buona fede. Tuttavia, come esponiamo nella parte principale del lavoro, nel caso di diritti potestativi e relativi è difficile, nell'esame della razionalità strumentale, dividere questi due profili. Cfr. anche F. GAZZONI, *op.cit.*, p. 57.

¹⁹⁴ M. TREMOLADA, *op. cit.*

¹⁹⁵ M. TREMOLADA, *op. cit.*; si veda anche C. RESTIVO, *op. cit.*, p. 117, che parla di «carezza del diritto».

Cominciamo dai punti fermi. Innanzitutto, è pacifico che sia trasversale, ai paradigmi amministrativo e civilistico del pubblico impiego, la sussistenza di un potere autoritativo, cui si contrappone una situazione di soggezione del lavoratore. In questo poteri privati e pubblici non differiscono, costituendo entrambi i mezzi per soddisfare un determinato interesse incidendo sulla sfera giuridica di un altro soggetto¹⁹⁶. E così, sempre in via comune, all'esercizio del potere segue l'insorgenza (o meglio, per il diritto del lavoro privatistico, la specificazione) di determinate obbligazioni in capo al soggetto passivo del rapporto¹⁹⁷. In entrambi i casi, inoltre, tali situazioni di soggezione sono corredate dalla protezione del legittimo affidamento del lavoratore, il quale conta sull'esercizio corretto e non arbitrario del potere altrui¹⁹⁸.

Potere privatistico e pubblicistico, inoltre, passano attraverso determinati moduli procedimentali che ne convogliano l'esercizio verso il perseguimento di una finalità ritenuta meritevole dall'ordinamento, il cui mancato rispetto comporta l'invalidità dell'atto.

Andiamo, ora alle pretese diversità.

Secondo proposizione unanime in dottrina, *«il potere discrezionale dell'amministrazione è cosa assai diversa dalla libertà dei privati; mentre quest'ultima comprende la facoltà di scelta sia dei fini, sia dei mezzi per raggiungerli, il potere discrezionale è limitato soltanto alla scelta dei mezzi, perché i fini sono determinati in modo obbligatorio dalla legge¹⁹⁹»*. Possono cambiare i moduli, ma la struttura interna del potere resta sempre la stessa,

¹⁹⁶ W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, p. 694, che definisce il diritto potestativo come il *«potere individuale di regolare un certo comportamento altrui secondo un ordine oggettivo»*.

¹⁹⁷ Cfr. E. GARCIA DE ENTERRÍA – TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, vol. II, p. 30 ss. : *«una vez la potestad ejercida surgirán ya otras figuras jurídicas subjetivas, derechos, deberes, obligaciones, distintas de la indicada sujeción»*.

¹⁹⁸ Il principio di legittimo affidamento, corollario necessario della buona fede, *«proporciona el marco de actuación de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos administrativos, se caracteriza por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, cuya normatividad en nuestro Ordenamiento jurídico subyace en las cláusulas del artículo 103 de la Constitución»*. Cfr. V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*. Art. 2086, Giuffrè, Milano, 2012, p. 130; A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 232.

¹⁹⁹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1954, vol. I, p. 31.

caratterizzata da un nucleo comune caratterizzato dalla presenza di un margine decisionale riservato dalla legge ad una volontà diversa dalla propria²⁰⁰. Il segno distintivo tra la discrezionalità amministrativa e i poteri datoriali civilistici risiederebbe nella completa disponibilità dei fini ad opera dell'autonomia privata, che non è caratterizzata da un dover essere originario normativamente stabilito²⁰¹.

Ma siamo sicuri di poter applicare *sic stantibus* tali conclusioni anche alla pretesa autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione?

Come rilevato, dire che l'adozione di moduli privatistici da parte della P.A. comporti una libertà nella scelta dei fini perseguiti appare irrealistico, visto che per l'Amministrazione lo scopo dell'azione, libera o vincolata, è sempre predeterminato a priori, ossia non può che essere la realizzazione dell'interesse generale. Diversamente, opinare in senso contrario implica trascurare un'importante differenza di fondo, palese ove si esaminino le coordinate costituzionali dei poteri.

È pacifico che, nelle Carte costituzionali dei due ordinamenti, i poteri datoriali nell'impresa privata vengano attribuiti per il perseguimento di un interesse che, specificamente, è libero (così gli artt. 41 Cost. ita. e 38 CE) e pertanto non possono essere funzionalizzati ad obiettivi diversi da quelli perseguiti dal titolare. Così non è per le prerogative imprenditoriali della P.A., che sono riparatte non solo dalle norme inerenti l'imprenditore *ex* art. 41 Cost. ita. e 38 CE, ma soprattutto dall'ombrello degli artt. 97 Cost. ita. e 103 CE. Norme, entrambe, le quali postulano nell'interesse pubblico un vincolo di scopo che regge congiuntamente l'azione pubblicistica della P.A. e quella sviluppata tramite i moduli dell'autonomia privata (cfr. *infra*, cap. 1).

²⁰⁰ Così A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 198. Rileva E. ALES, *op. cit.*, p. 31, che rispetto al sistema amministrativo, caratterizzato dalla predeterminazione degli atti adottabili dal potere pubblico, ora «trova legittimazione, in forza dell'attribuzione delle prerogative datoriali, una serie aperta di atti che non devono in tal modo essere preventivamente ed esplicitamente enumerati dal legislatore». Quale corollario di questo assunto «il collegamento della capacità ai poteri, indica, per relationem, i limiti che i soggetti preposti alla gestione incontrano nell'esercizio di dette prerogative e, di conseguenza, nell'adozione dei relativi atti».

²⁰¹ A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 203.

E qui, quindi, torniamo al punto di partenza, ribadendo come l'interesse pubblico, quale interesse generale e non qualcosa di diverso, sia quello che presiede l'azione pubblica nella sua totalità: la Pubblica Amministrazione, riguardata attraverso la lente degli artt. 97 Cost. ita. e 103 CE, non può essere ontologicamente libera nei fini, e quindi l'esercizio delle sue prerogative, anche datoriali, è strettamente legato al conseguimento dell'interesse della collettività. Tant'è che addirittura, in via estrema, si arriva a negare l'autonomia privata dell'autorità pubblica²⁰².

D'altronde, *a contrario*, vediamo come sia distonico mutuare aprioristicamente le categorie relative al potere datoriale privato: se pure, ove adottassimo la distinzione tra limiti interni ed esterni, si potrebbe affermare con ragionevole certezza che il pubblico interesse, considerato quale "utilità sociale", trovi tutela nello svolgimento dell'attività economica privata solo sotto forma di limite esterno (art. 41 Cost. ita. e 33.2 CE), un'uguale conclusione risulta assurda con riferimento al pubblico impiego in cui, come detto (vedi *supra*, cap. 1), l'interesse pubblico è l'interesse creditorio di una delle parti del rapporto.

Sappiamo altresì che pure il potere direttivo si svolge secondo coordinate di autoritatività e cogenza che, in questo, lo rendono non dissimile da quello pubblico. Nè, all'atto pratico, muta quello che è l'interesse del lavoratore al corretto svolgimento delle prerogative datoriali: ciò che differisce è, semmai, il modo in cui viene raccolto e tutelato tale

²⁰² Cfr. M. S. GIANNINI, *op. cit.*, vol II, p. 60. L'A. acutamente distingue due aspetti. Se si identifica l'autonomia privata con la libertà di iniziativa economica, ne discende che gli enti pubblici autoritativi non hanno autonomia privata o hanno un'autonomia molto ridotta, in via di fatto e non come oggetto di specifica tutela da parte dell'ordinamento. Si giunge invece a soluzione opposta ove si distingue l'autonomia privata dalla libertà di iniziativa economica, identificando la prima con la «*posizione giuridica del soggetto dell'ordinamento, derivante da norme fondamentali sulla plurisoggettività e sulla normazione proprie degli ordinamenti generali (statali) moderni, per cui al soggetto è attribuito un potere di autonormazione per la regolazione di propri interessi, condizionato dalle norme imperative dell'ordinamento*» entro i cui limiti può addivenire a negozi di propria inventiva. Adottando questa posizione, anche l'ente pubblico autoritativo ha autonomia privata in quanto persona giuridica. Cfr pure J. RODRÍGUEZ-ARANA – M.Á. SENDÍN, *op. cit.*, p. 148, che così distingue tra azione dei privati ed azione pubblica: «*Los primeros actúan desde la autonomía de su voluntad, lo que implica libertad para gestionar correcta y diligentemente sus asuntos propios o no. Ese margen de libertad no lo tiene, sin embargo, la Administración, que debe realizar una gestión eficaz y adecuada de los intereses que orientan su acción, que son indisponibles para ella*».

interesse. Per cui, mentre nel diritto amministrativo l'interesse del lavoratore assume la valenza di interesse legittimo²⁰³, nell'alveo civilistico l'espressione dell'interesse della controparte è data dai limiti allo svolgimento del potere.

Così, analogamente a quanto accade nei moduli amministrativi, anche in quelli privatistici assistiamo ad una ponderazione tra interessi, sia pure secondo diversi schemi: nel diritto amministrativo l'esplicarsi del potere deve svolgersi secondo un procedimento improntato ad imparzialità e buon andamento, nel diritto del lavoro le prerogative datoriali della P.A. vengono lo stesso sottoposte a limiti di natura formale e procedimentale, secondo i canoni della buona fede²⁰⁴. Similmente, l'uso del potere per finalità distorte dalla sua causa intrinseca viene sanzionato attraverso le categorie, somiglianti, dell'eccesso di potere e dell'abuso del diritto/violazione delle regole di buona fede²⁰⁵.

Ma v'è di più. Benché si predichi il carattere libero ed eventualmente arbitrario dei poteri privati, una conclusione di tal fatta non può essere sostenuta. Abbiamo rilevato che se per la discrezionalità amministrativa il fine è determinato dalla legge, per l'autonomia privata il fine dev'essere conforme alla legge, rispondendo al novero di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela. Per cui, neppure l'autonomia privata è realmente

²⁰³ L'interesse legittimo, che trova espressione costituzionale negli artt. 24 Cost. ita. e 24 CE, è «*la trasformazione della soggezione correlativa alla potestà del pubblico potere*», che «*serve a contenere l'esercizio delle potestà nei limiti della norma*» (M. S. GIANNINI, *op. cit.*, vol. I, p. 78 ss.) Al pari di ogni situazione attiva, ineriscono all'interesse legittimo sia poteri di natura processuale, come quelli di agire in giudizio, sia prerogative di natura sostanziale quali, ad esempio, quelle che si manifestano nella partecipazione al procedimento. Quello che manca, a differenza del diritto soggettivo, è «*il potere decisionale di fondo, circa l'interesse giuridicamente protetto*» che spetta, appunto, alla pubblica autorità. Segnaliamo tuttavia che, nella dottrina attuale, l'interesse legittimo è considerato figura problematica e addirittura si è giunti a mettere in dubbio la sua utilità sistematica: si veda, per una disamina dei problemi in materia, N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, 2015, p. 1 ss.

²⁰⁴ Diversamente sostiene A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 205.

²⁰⁵ *Contra*, A. RICCARDI, *Lavoro pubblico ed eccesso di potere*, in *LPA*, fasc. 1, 2015, p. 43 ss., che muove tuttavia dalle premesse, rigettate in questo lavoro, per cui nel pubblico impiego contrattualizzato l'individuazione delle finalità dell'azione sia rimessa al titolare del potere e che, inoltre, non sia possibile una verifica interna sull'esercizio delle prerogative datoriali visto che, in materia, sarebbero ravvisabili solo dei limiti esterni a tutela di interessi diversi da quelli del titolare.

libera, ma il suo scopo risulta una cromia nella tavolozza di interessi riconosciuti dal sistema²⁰⁶.

Tale affermazione trova conferma con alcune considerazioni di carattere processuale.

In linea generale e salvo eccezioni, per quanto concerne la discrezionalità amministrativa è precluso al giudice un sindacato di merito sulle scelte effettuate, secondo quanto disposto dagli artt. 7 e 134 c.p.a. e dagli artt. 71 e 72 della l. 13 luglio 1998, n. 29 (*Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*)²⁰⁷. Così, relativamente alle scelte del privato datore di lavoro, è pacifico che il merito delle stesse, e quindi gli atti imprenditoriali²⁰⁸ a monte dell'esercizio delle prerogative datoriali, costituisca una zona franca insindacabile in quanto espressione dell'intangibile libertà di iniziativa economica privata sancita dagli artt. 41 Cost. ita. e 38 CE, così come sancito *apertis verbis* dall'art. 30 del Collegato Lavoro (dapprima preceduto da una copiosa giurisprudenza²⁰⁹) e come desumibile nel sistema spagnolo dalle norme che delimitano il sindacato del giudice a determinati presupposti causali²¹⁰. Solo che mentre il giudice amministrativo esercita il proprio sindacato dal punto di vista del potere, verificandone la legittimità unicamente nella disciplina dettata per il suo esercizio, il giudice ordinario invece esercita un sindacato centrato sul rapporto, considerando anche le posizioni giuridiche soggettive che fanno da contraltare all'esercizio del potere²¹¹.

Ma in entrambi i casi, non essendo il voluto dall'Amministrazione suscettibile di vaglio giudiziale, il sindacato si sposta sul modo in cui la stessa ha esercitato il potere e, a tal fine, sovengono, quali criteri minimali di logicità-razionalità i precetti generali dell'imparzialità, del buon andamento e della buona fede, attraverso i quali si esplica l'esigenza di

²⁰⁶ Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p.88 ss.

²⁰⁷ Si veda S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, vol. I, Iustel, 2011, p. 599.

²⁰⁸ In dottrina si parla di distinzione tra prerogative imprenditoriali e prerogative datoriali. In proposito, cfr. E. ALES, *op. cit.*

²⁰⁹ Si veda, in materia, M.T. CARINCI, *op. cit.*

²¹⁰ J. CRUZ VILLALÓN, *op.cit.*.

²¹¹ A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 182.

efficienza e di equità nell'operato pubblico. Per cui tale sindacato, formalmente espunto sia in ambito amministrativo che civilistico rientra in realtà dalla finestra secondo le coordinate dell'eccesso di potere e dell'abuso del diritto²¹². Con una precisazione. Nel caso dell'eccesso di potere la lesione dell'interesse altrui rileva, sotto il profilo funzionale dell'atto, in via indiretta e strumentale, alla luce dell'esercizio del potere secondo i canoni della corretta azione amministrativa che, ricordiamo, sono però concepiti in vista della realizzazione dell'interesse pubblico. Nell'ambito civilistico, invece, l'interesse di colui che è soggetto all'esercizio di un diritto trova tutela diretta attraverso il limite generale della buona fede che incide anche sul vaglio di razionalità causale del diritto.

Quindi, attraverso la categoria dell'abuso del diritto e dei limiti anche il potere privatistico è sindacabile dall'interno e non solo dall'esterno in quanto vuoto decisionale delimitato nei confini, con delle analogie a quanto accade per il pubblico impiego nei moduli amministrativi, in cui gli atti espressione di prerogative imprenditoriali sono comunque sottoposti, sia pur da giurisdizione diversa da quella lavoristica, al vaglio di legittimità alla luce di un determinato interesse, quello pubblico.

...segue

Ulteriori analogie si riscontrano esaminando il ruolo della buona fede quale clausola integrativa (o modo di attuazione) del regolamento negoziale.

Poiché tale canone, principio generale di entrambi gli ordinamenti, esprime un lato dovere di agire in un modo che non sia riprovevole secondo la coscienza sociale, è difficile dire che buona fede e corretto svolgimento dell'azione amministrativa costituiscano dei compartimenti stagni. Così, se nell'ordinamento spagnolo troviamo una norma espressa, l'art. 3.1 della ley n. 40/2015, che nello specificare l'art. 103.1 CE pone tra i principi

²¹² Contra, A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 266.

dell'attività amministrativa quello di *buena fe*²¹³, vediamo come nella giurisprudenza italiana le regole di imparzialità e buon andamento tipiche dell'azione amministrativa trovino traduzione, in ambito privatistico, proprio nell'azione *ex fide bona*. Correttezza e buona fede diventano quindi i limiti attraverso i quali viene incanalata la discrezionalità della Pubblica Amministrazione, non più amministrativa ma di diritto comune.

Ed è curioso notare come in effetti il canone di buona fede, in funzione integrativa, surroghi alcuni obblighi previsti per il potere amministrativo. Si pensi, ad esempio, al dovere di motivazione, pacificamente previsto per gli atti amministrativi (art. 3 l. n. 241/1990; art. 35 ley n. 39/2015). Senza addentrarci nella diatriba circa la sussistenza di un tale obbligo anche nel campo privatistico²¹⁴, all'atto pratico in alcune pronunce della Suprema Corte italiana – seppur secondo un indirizzo non consolidato né costante - tale vincolo viene inferito, con riferimento ai poteri datoriali dell'Amministrazione, proprio dalla buona fede, non intesa quale declinazione del regolamento negoziale, ma in quanto emanazione dei principi applicabili all'attività della P.A. ai sensi dell'art. 97 della Carta²¹⁵.

Ad esempio, in un caso relativo al conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali, la Cassazione ha ravvisato che, benché tali atti fossero

²¹³ Ma, in più, l'art. 9.3 CE vieta l'esercizio arbitrario dei pubblici poteri. Si veda anche in giurisprudenza, tra le molte, STS 25 aprile 1989, 23 gennaio 1976. In dottrina, M. BASSOLS COMA, *Reflexiones sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil: planteamiento jurídico-administrativos*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 11/1976; F. SÁINZ MORENO, *La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados*, in *Revista de Administración Pública*, n. 89/1979, p. 232 ss.

²¹⁴ Cfr. M. G. MATTAROLO, *op. cit.*, p. ; C. ZOLI, *op. cit.*, p. 307 ss. ; P. TULLINI, *op. cit.*, p. 239.

²¹⁵ In senso contrario, A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 218. Peraltro, è opportuno sottolineare come vi sia un'apertura verso l'utilizzo della buona fede anche ad opera della giurisprudenza amministrativa, in cui tale regola risulta conseguenza applicativa dei principi costituzionali sull'amministrazione (A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 224; si veda anche Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2002, n. 4009; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 1997, n. 625; STS, Sala IV, 24 gennaio 1976): motivo per cui tale canone risulta applicabile sia al sindacato sul potere che a quello sul rapporto. Infatti, come rileva J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Derecho Administrativo Español*, vol. I, Netbiblo, 2008, p. 70, «*En el caso del Derecho Público, la exigencia de la buena fe se entiende bien precisamente por la naturaleza de los poderes que ejerce la Administración y por su especial misión de servicio objetivo al interés general. Efectivamente, no es posible comprender un servicio objetivo al interés general si no es de acuerdo con la buena fe*».

espressione di autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione, «*gli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (correttezza e buona fede), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost.*», obbligassero «*la P.A. a valutazioni anche comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte, sicché ove l'amministrazione non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile*²¹⁶». Analogamente, in materia di scorrimento di graduatorie, è stata ritenuta contraria a buona fede e correttezza la mancata motivazione, da parte della P.A., circa le circostanze di fatto o le ragioni di interesse pubblico che avessero indotta ad avvalersi di criteri diversi rispetto all'utilizzazione delle graduatorie secondo il criterio cronologico, cioè a partire da quella di data anteriore, destinata a scadere per prima²¹⁷. Oppure, in una decisione che concerneva la revoca del provvedimento di orario *part-time*, si è ritenuto che, oltre alla sussistenza di obiettive esigenze funzionali e ad una reale ponderazione degli interessi coinvolti, fosse necessaria anche un'adeguata motivazione delle ragioni che avevano determinato l'esercizio del potere; la motivazione, infatti, costituiva un onere imposto dai precetti di correttezza e buona fede, la cui assenza precludeva al lavoratore di verificare la sussistenza dei presupposti di legge nonché di poter predisporre un'adeguata tutela, col pericolo quindi di un esercizio arbitrario o abusivo del potere²¹⁸. Ancora, è stata ritenuta contraria a buona fede e correttezza la revoca di un'autorizzazione a svolgere un incarico

²¹⁶ Cass. civ. sez. lav., 27 settembre 2013, n. 21700 . In tale sentenza, peraltro, si configura la situazione giuridica soggettiva del dipendente che aspiri ad un incarico dirigenziale quale interesse legittimo di diritto privato. In senso analogo, Trib. Aquila, 9 marzo 2011, Est. TRACANNA, in *Lav. Giur.* 2011, p. 638.

²¹⁷ Cass. civ. sez. lav., 12 maggio 2016, n. 280

²¹⁸ Trib. Modica, 17 dicembre 2011, Est. FIORENTINO, in *Lav. Giur.* 2012, p. 315. In senso contrario, Trib. Firenze 7 marzo 2011, Est. RIZZO, in *RIDL*2012, p. 458 con nota di A. VENTURA, *Il ripensamento del datore di lavoro pubblico: prime pronunce giurisprudenziali sul diritto di revoca del part-time già autorizzato*, sentenza la quale però considera che l'atto di revoca, benché carente di motivazione formale, sia legittimo se sorretto da reali ragioni di pubblico interesse.

extraistituzionale sprovvista di un'adeguata indicazione degli elementi alla base della decisione, nonostante tale revoca, dapprima concessa, fosse stata successivamente ritenuta dall'Amministrazione contraria alle finalità di buon andamento e imparzialità cui è funzionalizzato l'apparato pubblico²¹⁹. La buona fede viene quindi utilizzata per mediare, concretizzandoli, i valori che la Costituzione riferisce all'attività amministrativa, incanalando l'azione discrezionale dell'Amministrazione, non più pubblicistica, ma di diritto privato²²⁰

L'interesse pubblico, quindi, permea il potere datoriale della Pubblica Amministrazione, restando indifferente al modo in cui questo viene attuato. D'altra parte, gli articoli 97 Cost. ita. e 103.1 CE, nel collegare l'azione amministrativa al perseguimento dei fini generali, ne predicano la necessaria obiettività, a prescindere dal fatto che tale azione si svolga attraverso provvedimenti autoritativi o contratti di diritto privato²²¹.

Passiamo ora al vaglio alcuni istituti per vedere come, nella disciplina del pubblico impiego, strumenti privatistici ed interessi pubblici risultino strettamente intrecciati. A tal proposito, abbiamo scelto di soffermarci su due fattispecie: l'esercizio del potere disciplinare e la gestione delle eccedenze di personale nella Pubblica Amministrazione.

²¹⁹ Trib. Pisa 15 aprile 2006, Est. TARQUINI.

²²⁰ E. CONDE MARÍN, *La buena fe en el contrato de trabajo*, La Ley, 2007, p. 234.

²²¹ J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *op. cit.*

3. L'esercizio dell'azione disciplinare.

3.1. La disciplina italiana.

L'azione disciplinare per i pubblici dipendenti è regolata, nell'ordinamento italiano, degli artt. 55 ss. T.U.P.I.²²²

Trattasi, innanzitutto, di un procedimento di natura obbligatoria, sorretto da norma imperativa (art. 55 c. 1 T.U.P.I.), il cui mancato esercizio comporta due ordini di sanzioni. *In primis*, l'art. 55-bis, al comma 7, obbliga il dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa Amministrazione pubblica dell'incolpato o ad una diversa, che sia a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, di prestare la collaborazione richiesta e fornire dichiarazioni veritiere, pena altrimenti, per costoro, la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni.

Inoltre l'art. 55-sexies T.U.P.I., al comma 3, stabilisce quale conseguenza del mancato esercizio o della decadenza dell'azione disciplinare, causati da omissione o ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento, o da errate valutazioni sulla sussistenza dell'illecito, che al dirigente responsabile sia irrogata la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita²²³, e che non gli venga attribuita la retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione.

La determinazione delle infrazioni e relative sanzioni è rimessa alla contrattazione collettiva. Con il richiamo all'art. 2106 c.c. (art. 55 c. 2

²²² Si veda S. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Vol. V, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (a cura di F. CARINCI e L. ZOPPOLI), Utet, 2004, p. 836 ss.; S. MAINARDI, *Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto*, in: AA.VV., *L'impiego pubblico negli enti locali*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, Utet, Torino, 2007, p. 33 ss.; S. MAINARDI, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. it.*, n. 12/2010, p. 2717 ss.

²²³ Fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento.

T.U.P.I.) si prevede la graduazione delle stesse secondo un principio di proporzionalità, che deve informare altresì l'intero procedimento.

Anche qui, vediamo, l'esercizio del potere datoriale è soggetto a specifiche scansioni procedurali.

In via preliminare, è necessaria l'affissione del codice disciplinare in luogo accessibile a tutti, considerandosi equipollente la sua pubblicazione sul sito web dell'Amministrazione²²⁴.

Circa invece lo svolgimento dell'azione, sono indicati due modelli differenti. Per le infrazioni minori (cioè quelle per cui è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni) è previsto un procedimento semplificato (art. 55-*bis* c. 2), che si applicherà quando la struttura presso la quale il dipendente presta servizio ha qualifica dirigenziale. In questo caso, competente all'irrogazione della sanzione è il dirigente della struttura a cui è adibito il lavoratore.

Nel caso, invece, di infrazioni più gravi (cioè quelle che comportano sanzioni superiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni) e per tutte le mancanze poste in essere da dipendenti in servizio presso strutture non aventi qualifica dirigenziale, si ricorrerà ad un procedimento aggravato (art. 55-*bis*, c. 3-4): competente in questo caso è l'Ufficio dei procedimenti disciplinari.

L'azione prende avvio con la contestazione dell'addebito (art 55-*bis* T.U.P.I.), da effettuarsi in forma scritta *ad substantiam*, da cui decore il termine per portare a termine il procedimento. Per i procedimenti semplificati tale contestazione dovrà essere comunicata entro venti giorni dalla conoscenza dell'infrazione. Nel caso invece di procedimenti aggravati, la contestazione avviene secondo uno schema bifasico, per cui prima il capo struttura, entro cinque giorni dalla notizia del fatto, dovrà trasmettere gli atti

²²⁴ A tal proposito, il d. lgs. n. 150/2009, nel novellare l'art. 55 T.U.P.I., ha eliminato il riferimento, dapprima contenuto nella norma, ai commi 1, 5 e 8 dell'art.7 St. Lav. Tuttavia, posto che l'art. 55 c. 2 prevede che «*La pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare, recante l'indicazione delle predette infrazioni e relative sanzioni, equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro*», si ritiene che l'obbligo di affissione del codice disciplinare sia comunque perdurante.

all'Ufficio Procedimenti Disciplinari, poi tale Ufficio, entro venti giorni (nei casi meno gravi) o quaranta dalla ricezione degli atti dovrà procedere alla contestazione al dipendente.

Segue quindi una fase istruttoria in cui, ex art. 55-*bis*, comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001, si procede all'audizione obbligatoria del dipendente (a differenza dell'impiego privato, in cui l'audizione è facoltativa), con l'eventuale assistenza di un procuratore o di un rappresentante sindacale; in difetto, il lavoratore può inviare memoria scritta. Nello stesso lasso di tempo (art. 55-*bis* c. 6) il capo della struttura o l'Ufficio per i procedimenti disciplinari possono acquisire da altre Amministrazioni pubbliche informazioni o documenti rilevanti per la definizione della contestazione.

Il procedimento, infine, si conclude con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione (in forma scritta *ad substantiam*, salvo il caso del rimprovero verbale, in cui ovviamente la forma scritta è *ad probationem*²²⁵) entro sessanta giorni per le mancanze meno gravi e centoventi giorni per quelle più gravi.

3.2 *Disciplina spagnola.*

Abbiamo già visto (si confronti *supra*, cap.1) che l'*Estatuto Básico del Empleado Público* prevede un regime disciplinare unificato, che riguarda *personal laboral* e *funcionarial*. Così, l'art. 93 EBEP stabilisce che ad ogni dipendente pubblico si applichi quanto stabilito nel titolo VI dell'*Estatuto*, con la precisazione, al comma 4, che la responsabilità disciplinare del *personal laboral* è regolata anche dalle competenti norme del *Estatuto de los Trabajadores*, per quanto non disposto dalla normativa speciale. In questo caso, il legislatore ha posto in essere un processo di assimilazione al contrario, applicando anche al *personal funcionarial* un modulo più snello ed agile, dato che il precedente procedimento amministrativo aveva dato prova di eccessiva pesantezza e macchinosità, a

²²⁵ Ai fini di lasciare traccia dell'infrazione nell'eventualità di recidiva.

discapito delle esigenze di funzionamento dell'Amministrazione pubblica²²⁶. Circostanza, questa, che costituisce altresì conferma di un dato evidente, di cui abbiamo già dato conto (vd. *supra*, cap. 1), ossia la comunanza di canoni che regolano l'adempimento dell'obbligazione da parte di ogni dipendente della P.A.²²⁷

L'art. 94 EBEP detta una base comune di principi applicabili ad ogni procedimento disciplinare: a) il principio di legalità e tipicità delle infrazioni e delle sanzioni, attraverso una predeterminazione delle stesse *ex lege* o ad opera dell'autonomia collettiva; b) l'irretroattività delle disposizioni sanzionatrici sfavorevoli e di retroattività delle favorevoli²²⁸; c) il principio di proporzionalità, che deve ispirare non solo la classificazione delle infrazioni e delle sanzioni, ma anche la loro applicazione; d) il principio di colpevolezza²²⁹; e) il principio della presunzione d'innocenza²³⁰.

L'art. 95.2 EBEP tipizza le mancanze molto gravi²³¹, anche se rimette alle leggi statali o delle Comunità Autonome e, per il *personal laboral*, alla contrattazione collettiva, la determinazione di ulteriori infrazioni molto gravi, tenendo conto del grado di violazione della legalità, della gravità dei danni arrecati all'interesse pubblico, al patrimonio o ai beni dell'Amministrazione o dei cittadini e, infine, al discredito provocato all'immagine pubblica dell'Amministrazione. In assenza di specifica disposizione, si ritiene che spettino altresì alla legge, per il *personal funcionarial*, e alla contrattazione collettiva, per quello *laboral*, la

²²⁶ J.M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 324, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Régimen disciplinario*, in M. SÁNCHEZ MORÓN (diretto da), *Comentarios a la ley del Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 536 ss.; J. M. TRAYTER JIMÉMEZ, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos en el Estatuto Básico del empleado público*, in S. DEL REY GUANTER, *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, La Ley, 2008, p. 214 ss.

²²⁷ J.M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 324

²²⁸ Principio, questo, che deriva direttamente dall'art. 9.3 CE.

²²⁹ Secondo i gradi di dolo, colpa o negligenza, escludendosi solo la responsabilità oggettiva. Cfr. J.M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 325

²³⁰ Corollario dell'art. 24.2 CE.

²³¹ Si è rilevato che questo articolo esclude dal proprio novero determinate infrazioni molto gravi tipizzate dall'art. 54.2 ET, come le ripetute assenze o ritardi al lavoro, le offese verbali e/o fisiche, etc. Si ritiene, tuttavia, che tali norme operino anche nei confronti dei pubblici impiegati, in forza del richiamo operato dallo stesso articolo alla legge (Cfr. L.GOMEZ, p. 326), nonché, a nostro avviso, del rinvio espressamente effettuato alle norme statutarie per quanto concerne il regime disciplinare del *personal laboral*.

determinazione delle infrazioni lievi²³². Il successivo art. 96, invece, disciplina le sanzioni, prevedendo che la loro applicazione sia stabilita tenendo conto del grado di intenzionalità o negligenza poste in essere nella condotta, del danno all'interesse pubblico, della recidiva nonché del grado di partecipazione nella commissione dell'illecito.

Pure nella normativa spagnola vengono delineati due distinti tipi di procedimento, a seconda della gravità dell'infrazione commessa. Mentre per le infrazioni meno gravi è sufficiente una procedura sommaria senza audizione dell'interessato, per quelle più gravi, invece, è necessario istruire un apposito procedimento disciplinare regolato dalla contrattazione collettiva (art. 98.1 EBEP) secondo i criteri informativi previsti dalla legge. A questo riguardo, l'art. 98.2 EBEP dispone che il procedimento disciplinare stabilito in attuazione dello Statuto debba strutturarsi secondo i principi di efficacia, celerità ed economia processuale, con pieno rispetto dei diritti e delle garanzie di difesa del presunto responsabile, attraverso una necessaria separazione tra fase istruttoria e fase sanzionatrice, affidate ad organi distinti.

Tra le sanzioni, l'art. 96.1 lett. b) prevede che il licenziamento disciplinare del dipendente in regime *laboral*, da irrogarsi solo per la commissione di mancanze molto gravi, determinerà l'interdizione ad essere titolare di un nuovo contratto relativo a funzioni simili a quelle già esercitate²³³.

²³² J.M. LÓPEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 323; M. SÁNCHEZ MORÓN, *op. ult. cit.*, p. 544

²³³ Con una disparità rispetto al regime *funcionarial*, in cui l'interdizione riguarda ogni tipo di funzione pubblica.

4. La gestione delle eccedenze di personale

La disciplina italiana.

La gestione delle eccedenze di personale delle Pubbliche Amministrazioni è disciplinata nell'art. 33 T.U.P.I., che ne articola lo svolgimento secondo serrati passaggi strutturali²³⁴.

Tutto inizia con la ricognizione annuale, da parte delle Pubbliche Amministrazioni, delle dotazioni organiche: ove si riscontrino delle situazioni di sovrannumero o comunque delle eccedenze, gli enti interessati sono tenuti a porre in essere la procedura di mobilità collettiva. Questi adempimenti sono obbligatori e sanzionati secondo due modi. In primo luogo, ai sensi del comma 2 le Amministrazioni che non pongono in essere la ricognizione annuale non possono procedere ad assunzioni o instaurare rapporti di lavoro con qualunque tipologia di contratto pena la nullità di tali atti. Inoltre, la mancata attivazione delle procedure di mobilità collettiva comporta la responsabilità disciplinare del dirigente²³⁵ (c. 3).

Analogamente a quanto accade nel settore privato, il dirigente responsabile dovrà dare un'informativa preventiva alle rappresentanze unitarie del personale e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale del comparto o area. Tuttavia, la cancellazione del riferimento alla l. n. 223/1991 fa sì che, ora, non sia più predeterminato il contenuto della comunicazione d'avvio: pertanto, le ragioni che hanno indotto alla procedura di mobilità restano nella discrezionalità dell'Amministrazione²³⁶. Inoltre, mentre in passato era prevista una fase di

²³⁴ Si veda, in materia, G. NATULLO, *Gestione delle eccedenze di personale, collocamento in disponibilità e mobilità collettiva*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Vol. V, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (a cura di F. CARINCI e L. ZOPPOLI), Utet, 2004, p. 755 ss.; M. FRUGIS, *La nuova disciplina della mobilità collettiva nel pubblico impiego*, in *Lavoro e Previdenza oggi*, n. 1-2/2012, p. 12 ss.; E. M. MASTINU, *La mobilità del dipendente pubblico dopo la legge 114/2014*, in *LPA*, n. 3-4/2014, p. 602 ss.; P. CHIECO, *La nuova disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 1999, p. 329 ss.

²³⁵ L'art. 1-bis, inserito dal d.lgs. n. 150/2009, faceva riferimento, genericamente, alla responsabilità per danno erariale, implicando quindi una necessaria opera chiarificatrice della giurisprudenza.

²³⁶ Cfr. M. FRUGIS, *op. cit.*

consultazione di sessanta giorni, di cui quarantacinque per un esame iniziale e altri quindici, in caso di eventuale disaccordo, per le trattative presso il Dipartimento della Funzione Pubblica, ora, trascorsi dieci giorni dalla comunicazione preventiva, l'Amministrazione può procedere unilateralmente.

Anche in questo caso, non si applicano più i criteri previsti dall'art. 5 l. n. 223/1991, ma quelli specifici contenuti nella norma speciale *ex art. 33 T.U.P.I.* Così, in primo luogo, l'Amministrazione è tenuta a collocare a riposo i dipendenti che abbiano raggiunto i requisiti pensionistici, con un preavviso di sei mesi. In subordine, si verifica se è possibile ricollocare totalmente o parzialmente il personale in situazione di soprannumero o di eccedenza nell'ambito della stessa Amministrazione, anche mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro o a contratti di solidarietà, ovvero se si possa procedere all'assegnazione presso altre Amministrazioni.

Come *extrema ratio*, trascorsi novanta giorni dall'informativa preventiva alle rappresentanze sindacali si procede a collocare in disponibilità i dipendenti che non sia possibile impiegare diversamente nell'ambito della medesima Amministrazione e che non possano essere dislocati presso altre Amministrazioni nell'ambito regionale, ovvero coloro che non abbiano preso servizio presso la diversa Amministrazione cui sono stati assegnati secondo gli accordi di mobilità.

E proprio in tale ottica, si ritiene che tra coloro che sono interessati alla mobilità d'ufficio poiché già in disponibilità e coloro che invece aspirino alla mobilità volontaria collettiva ai sensi dell'art. 33 c. 4 e 5 d. lgs. n. 165/2001, sia assegnata precedenza a chi è già collocato in disponibilità, alla luce del rischio, maggiormente tangibile per i primi, di perdere definitivamente il lavoro. Inoltre, se nella mobilità libera collettiva è necessario il consenso individuale del lavoratore, eventualmente surrogato dal mandato sindacale o dall'adesione al contenuto dell'accordo sindacale, (anche se di regola le clausole collettive richiedono l'acquisizione della disponibilità individuale al transito) così non è, invece, nella mobilità

d'ufficio, in cui la collocazione presso altra Amministrazione è obbligatoria, prevalendo il volere imperativo della legge²³⁷.

Decorsi ventiquattro mesi il rapporto si intende definitivamente risolto, secondo una fattispecie che integra, ad avviso della dottrina, non un licenziamento ma una risoluzione automatica *ex lege*²³⁸

La disciplina spagnola.

La *reforma laboral* del 2012 (Real Decreto Ley n. 3/2012) ha comportato, tra le varie novità, l'introduzione della possibilità di adottare procedure di licenziamento collettivo anche nell'ambito delle Pubbliche Amministrazioni, attraverso l'introduzione, nell'*Estatuto de los Trabajadores*, della *Disposición Adicional* n. 20 (ora 16). Questa norma è stata successivamente attuata con l'adozione del RD n. 29 ottobre 2012, n. 1483, recante il *Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada*.

La nuova disciplina²³⁹ ha destato alcune perplessità, presto fugate: ci si è chiesti, infatti, se la sua adozione fosse in contrasto con la Direttiva 98/59 CE, che espressamente esclude dal proprio ambito di applicazione le Amministrazioni pubbliche. Si è concluso, tuttavia, per la legittimità delle nuove norme: l'esclusione prevista in sede comunitaria farebbe salva la possibilità di adottare di forme di licenziamento collettivo anche nel settore pubblico, da parte dei singoli Stati membri²⁴⁰. D'altronde, la previsione di del licenziamento collettivo anche nella P.A. è strettamente relazionata alla necessità di una gestione efficiente dei servizi pubblici, che si ripercuote

²³⁷ E. M. MASTINU, *op. ult. cit.*

²³⁸ Cfr. S. MAINARDI, *Passaggio diretto, eccedenze di personale e mobilità collettiva nelle pubbliche amministrazioni*, in *ADL.*, 1999, p. 462 ss.

²³⁹ In materia, Á. PURCALLA BONILLA – D. DE LOS RISCOS HIDALGO, *El despido objetivo en la administración pública y en el sector público*, in *Revista jurídica de Castilla y León*, n. 37/2015

²⁴⁰ J. GIL PLANA, *Despido colectivo: aspectos sustantivos*, in MONTROYA MELGAR A. e GARCÍA MURCIA J. (a cura di), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, 2012, p. 253 ss.

direttamente sull'efficacia dell'azione amministrativa.

Anche in questo caso, norma particolare pubblicistica e norme generali privatistiche intrecciano la loro disciplina.

Ai sensi della DA n. 16 ET, nei confronti del *personal laboral* impiegato negli enti, organismi ed entità che formano il settore pubblico, individuati ai sensi dell'art. 3 della *Ley de Contratos del Sector Público* (*Real Decreto Legislativo* n. 3 del 14 novembre 2011), si applicheranno le procedure generali previste dagli art. 51 e 52.c) ET. Ma con alcune peculiarità.

Innanzitutto, l'art. 51 ET prevede che si possa procedere a licenziamento collettivo per «*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*». La DA n. 16 invece ha diverso tenore, e pur riprendendo tali cause generali espunge dal loro novero quelle produttive. La dottrina ha provato a ipotizzare un'eventuale applicazione in via analogica dell'art. 51 ET, concludendo tuttavia per una soluzione negativa: con riferimento al settore pubblico, le cause produttive non possono sussistere, visto che l'Amministrazione ha natura ontologicamente distinta rispetto all'impresa privata, non avendo come fine quello di collocare competitivamente dei prodotti nel mercato²⁴¹.

Ma peculiare è pure la definizione degli altri presupposti del licenziamento collettivo, in cui inevitabilmente si riflette la natura pubblica dell'ente datore di lavoro.

Circa la definizione delle cause economiche, queste ricorrono, ai sensi della DA 16.2 ET – specificato dall'art. 35.3 RD n. 1483/2012 - , «*cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes*» intendendosi come situazione persistente quella che si verifichi per tre trimestri consecutivi.

Questa nozione è colorata di alcune sfumature in cui rileva la

²⁴¹ STSJ Andalucía-Granada 13.3.2013, JUR 2013/228379: «*el Ayuntamiento condenado, no es una entidad privada con ánimo de lucro, que produzca bienes y servicios compitiendo en el mercado*»; cfr anche STSJ Castilla-León 8.5.2013, JUR 2013\200336, STSJ Asturias 19.4.2013, JUR 2013\187950

particolare posizione dell'Amministrazione. Innanzitutto, la non redditività di un servizio non implica necessariamente il ricorrere di una causa di *insuficiencia presupuestaria*. Tale ipotesi ricorre, infatti, quando nell'esercizio di bilancio vi sia una generale situazione deficitaria in tutta l'Amministrazione interessata tale per cui non sia possibile svolgere i servizi già programmati²⁴², proprio per la considerazione del fatto che la Pubblica Amministrazione agisce quale entità che fornisce servizi alla collettività e non come impresa privata a scopo di lucro. Si segnala tuttavia che, in alcune pronunce, è stata introdotta una differenziazione tra *insuficiencia presupuestaria general e específica*, ritenendo legittimo il licenziamento ove sia venuto meno il finanziamento espressamente finalizzato allo svolgimento di un determinato servizio, in presenza dei requisiti previsti dall'art. 35.3 p. 2 del RD n. 1483/2012²⁴³.

Si ritiene, peraltro, che la sussistenza di una causa economica ponga nel nulla le clausole collettive che, con riferimento ad una determinata unità, prevedessero una stabilizzazione, attraverso concorso, del personale poi coinvolto nel licenziamento collettivo²⁴⁴. Analogamente, a fronte di una causa economica cede la clausola di contratto collettivo che disponga, in caso di licenziamento collettivo, il trasferimento dei lavoratori ad altro *centro de trabajo*: questo perché l'art. 32 EBEP prevede che eccezionalmente e per una causa grave di pubblico interesse derivata da un'alterazione sostanziale delle circostanze economiche, gli organi di governo delle P.A. possano sospendere o modificare l'esecuzione dei contratti collettivi o accordi già firmati, al fine di salvaguardare l'interesse pubblico²⁴⁵

Le cause organizzative vengono definite dalla DA n. 16 ET e dall'art. 35.3 del RD n. 1483/2012 «*cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público*». Anche a questo riguardo, sono necessarie alcune

²⁴² STSJ de Castilla y León/Valladolid, 8 gennaio 2015, AS 149.

²⁴³ STSJ de Castilla y León/Valladolid, 28 maggio 2013, AS 2995

²⁴⁴ STS 16 aprile 2014 (RJ 3709)

²⁴⁵ STS 23 settembre 2014 (RJ 6420)

precisazioni. La riduzione della pianta organica, infatti, per poter essere legittima non può prescindere dalla previa approvazione – amministrativa – di questa modifica nella corrispondente *relación de puestos de trabajo* posto che, altrimenti, sarebbe difficile vagliare la ragionevolezza della riorganizzazione. La soppressione di un servizio pubblico, infatti, dev'essere adeguatamente motivata, risultando altrimenti contraria all'efficienza dell'apparato amministrativo.

Solo le cause tecniche ricevono una disciplina praticamente identica a quella del settore privato: ovviamente, *mutatis mutandis*, queste cause vedono come referente la «*prestación de servicio público*» (la prestazione di servizi pubblici) e non la «*producción empresarial*» (la produzione dell'impresa). Pure in questo caso, le modifiche devono essere strettamente legate all'erogazione di un servizio pubblico maggiormente efficiente, che renda necessario ridurre il personale all'interno dell'Amministrazione.

Quindi, ricorrendo i presupposti sostanziali, l'Amministrazione applicherà le regole procedurali previste dagli artt. 51 ET e 17 ss. RD n. 1483/2012, che prevedono un procedimento analogo a quello stabilito in sede comunitaria, scandito nella comunicazione d'avvio ai rappresentanti sindacali e alla pubblica autorità, in una successiva fase di consultazione ed un eventuale accordo e, infine, nella notifica dei provvedimenti ai lavoratori interessati.

Nella scelta dei lavoratori da licenziare, occorre segnalare che la DA n. 16.3 ET assegna preferenza al «*personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior*»²⁴⁶, dando quindi risalto all'interesse pubblico espresso dai principi selettivi che devono connotare l'accesso all'Amministrazione.

²⁴⁶ Cioè al «*personal laboral fijo que abbia adquirido questa condizione, secondo i principi di uguaglianza, merito e capacità, tramite un procedimento selettivo di accesso convocato a tale scopo, quando sia così stabilito dagli enti, organismi ed entità a cui si riferisce il paragrafo anteriore*».

5. Interesse pubblico e limiti ai poteri

Dopo una breve disamina della disciplina di legge, proviamo ora a trarre alcune conclusioni circa il modo in cui, in questi istituti, l'interesse pubblico conformi i poteri datoriali.

a) la volontà dell'Amministrazione non è libera, ma vincolata proprio alla luce dell'interesse generale.

Nella procedura di mobilità, l'art. 33 T.U.P.I sanziona la mancata rilevazione delle eccedenze in organico con la nullità delle successive assunzioni (c.2), e il mancato espletamento della mobilità d'ufficio con la responsabilità disciplinare del dirigente interessato (c.3). La DA n. 16 ET, invece, pur non prevedendo l'obbligatorietà del licenziamento collettivo la rende, tuttavia, una scelta necessitata, rompendo l'intangibilità che da sempre aveva caratterizzato i dipendenti delle Amministrazioni pubbliche. Non v'è chi non veda, di fondo, l'interesse pubblico ad una buona amministrazione che sia imparziale (nella repressione degli illeciti disciplinari) ed efficiente (nel ridurre il personale ove non sia necessario).

b) analogamente all'azione amministrativa, anche quella privatistica della P.A si svolge secondo specifici moduli procedurali, finalizzati al perseguimento dell'interesse pubblico secondo imparzialità e obiettività.

Così, l'azione disciplinare risulta scandita in precise fasi e altrettanto avviene nei casi di messa in disponibilità e di *despido colectivo*.

c) l'interesse pubblico emerge anche nei limiti c.d. interni all'esercizio del potere²⁴⁷, che possono considerarsi quali espressioni, in ambito privatistico, del principio di buona fede e, in ultima istanza, dei parametri che informano l'Amministrazione ai sensi degli artt. 97 Cost. ita. e 103 CE. Nel licenziamento disciplinare, sia il T.U.P.I (art. 55 c. 2) che l'EBEP prevedono un principio di proporzionalità (art. 94 c. 2) il quale, in ambito privatistico, non è nient'altro che traduzione dei parametri di imparzialità dell'azione amministrativa. Nella procedura di messa in

²⁴⁷ Anche se, ripetiamo, per chi scrive tale distinzione è un po' labile, ed è preferibile parlare solamente di "limiti".

disponibilità, la perdita del posto di lavoro è l'*extrema ratio*, e si cerca invece, il più possibile, di salvaguardare l'occupazione, dapprima attraverso il collocamento a riposo dei lavoratori in possesso dei requisiti pensionistici, poi con il ricollocamento dei lavoratori presso la stessa o altre Amministrazioni e, infine, comminando la nullità d'ufficio a quelle assunzioni effettuate senza il previo esperimento della mobilità d'ufficio, benché avvenute attraverso pubblico concorso.

Nel *despido colectivo*, la DA n. 16 ET prevede che siano licenziati, dapprima, i lavoratori *no fijos*, cioè quei lavoratori che hanno avuto accesso al pubblico impiego al di fuori di un concorso, con l'intento quindi di salvaguardare i principi di capacità e merito, espressione dell'imparzialità che caratterizza l'Amministrazione. Come, d'altro canto, l'interesse generale viene in rilievo anche nel modo in cui vengono ricostruite le cause legittimanti il recesso, tutte ricollegabili alle esigenze di garantire i servizi necessari alla comunità: motivo per cui, ad esempio, la mera mancanza di redditività di un servizio non viene ritenuta come causa di *insuficiencia presupuestaria*.

E, analogamente, vediamo che nella disciplina delle eccedenze di personale delineata da entrambi gli ordinamenti l'interesse pubblico prevale sugli interessi privati espressi dalla controparte sindacale: così, mentre nella disciplina spagnola la procedura di licenziamento rende soccombente qualsiasi clausola collettiva, nell'ordinamento italiano è stata espunta la previa fase di consultazione sindacale.

CAPITOLO III

L'interesse pubblico nella struttura contrattuale: la causa del rapporto di pubblico impiego.

Nell'analisi della posizione della Pubblica Amministrazione svolta nei capitoli precedenti abbiamo visto che l'interesse creditorio dedotto nel contratto di impiego non è altro che l'interesse pubblico finale perseguito da ciascuna unità amministrativa. E' emersa altresì la sostanziale analogia tra moduli del diritto amministrativo e del diritto privato, nei quali l'interesse generale, in quanto criterio minimale di logicità e razionalità, funge da limite ai poteri datoriali nel rapporto. Resta da vedere, nella struttura del rapporto, se e come questo interesse entri nella causa del contratto ed, eventualmente, ne alteri la configurazione.

A tal fine, l'analisi si articolerà secondo tre stadi, secondo il consueto impianto del nostro lavoro. Dapprima passeremo in rassegna le nozioni nelle quali, secondo la dogmatica civilistica, viene convogliato l'interesse nella struttura del contratto. Trattasi in particolare della causa, nella sua accezione come funzione economico-sociale ed economico individuale, e dei concetti a volte sfuggenti e sovrapposti dei motivi e della presupposizione. Vedremo poi come tradizionalmente venga definita la causa in relazione al contratto di lavoro. Infine, cercheremo di applicare le categorie civilistiche e lavoristiche così acquisite al pubblico impiego, per capire se siano mutuabili *in toto* o emergano eventuali divergenze e così stabilire l'azione dell'interesse pubblico sulla causa del contratto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione.

1. Gli interessi delle parti nella struttura del contratto: causa, motivi e presupposizione.

Se è dato di comune esperienza che, nell'adozione di un determinato regolamento contrattuale, entrino molteplici interessi delle parti, nella dogmatica civilistica è ancora sfuggente una ricostruzione la quale, in maniera incontrovertibile, convogli tali interessi in specifici elementi negoziali. A tal fine soccorrono vari concetti, spesso non chiari e sovrapposti: quello di causa, nelle due sfaccettature della teoria oggettiva e soggettiva, cui si affiancano le nozioni contermini dei motivi e della presupposizione.

Volendo sintetizzare, e mutuando le parole di un autorevole Autore, la causa è la ragione per cui è stato concluso un contratto, ossia quell'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare²⁴⁸.

Il codice civile italiano e quello spagnolo, entrambi di derivazione francese, accolgono il principio causalistico, per cui la causa viene indicata quale elemento essenziale del negozio, la cui nullità o illiceità comporta la nullità del contratto (art. 1343 c.c.; artt. 1275 e 1255 c.c.e.)²⁴⁹. Mentre il codice civile italiano si astiene da una definizione, quello spagnolo fornisce invece una puntualizzazione, che risulta tuttavia fuorviante. L'art. 1.274 cce prevede infatti che «*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del*

²⁴⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile, vol. III, Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 448.

Tantissime sono le opere sulla causa. Segnaliamo, tra le varie, alla base della nostra elaborazione, M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Cedam, Padova, 2012; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008; V. ROPPO (2), *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, nè compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4/2013, p. 957 ss.; L.H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Studia Albornotiana, Bolonia - Zaragoza, 1998 e (2) *Notas sobre la denominada causa del contrato y de la obligación*, in *Annales de droit privé*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 243 ss.; M.J. MARÍN LÓPEZ, *La causa del contrato*, in *Aranzadi civil: revista quincenal*, n. 3/2007, p. 249 ss.

²⁴⁹ Le norme citate prevedono che la causa sia illecita quando è contraria alle leggi o alla morale, ma i due presupposti non coincidono necessariamente, visto che una causa lecita può convivere con clausole illegali o, viceversa, un regolamento negoziale conforme all'ordine pubblico e al buon costume può sottendere un movente causale illecito

bienhechor», facendo una crasi tra le teorie soggettivistiche ed oggettivistiche in materia. Già da qui emergono le notevoli difficoltà di inquadramento sistematico del concetto, di cui daremo conto in seguito.

Tornando ad un quadro generale, autonomia contrattuale e causa sono strettamente legate. La causa, infatti, è paragonabile ad un prisma attraverso il quale vengono convogliati e sintetizzati gli interessi dedotti nel negozio: essa funge da perno della giustificabilità dei contratti, esprimendo il rapporto tra strumento contrattuale, interessi individuali delle parti e i valori dell'ordinamento²⁵⁰. In questo modo è possibile controllare che i contraenti, attraverso una determinata operazione, stiano perseguendo finalità meritevoli di tutela.

L'elemento causale, quindi, reca in sé un profilo di controllo dell'autonomia privata: l'esatta individuazione della *ratio* del negozio permette il vaglio circa la meritevolezza dello scopo giuridico perseguito e la sua non contrarietà al sistema. In questo senso, tale requisito assurge non solo a fondamento del vincolo, ma anche a limite dell'autonomia negoziale, delineando il confine oltre il quale la stessa non può spingersi²⁵¹. Nel caso, come il contratto di lavoro, in cui le reciproche prestazioni si inseriscano in un contratto con una propria funzione, «*il problema della "causa" (...) si confonde con quello della funzione, nel senso che il giudizio effettuato dall'ordinamento sulla rispondenza della combinazione di prestazione ad "interessi meritevoli di tutela", soddisfa contemporaneamente la esigenza di "giustificazione" della combinazione stessa*»²⁵². In quanto «*fondamento della rilevanza giuridica*» del negozio, «*la causa (...) costituisce, dunque, lo strumento per intendere la relazione tra ordinamento e autonomia dei privati e, in sostanza, per spiegare il riconoscimento del negozio sul piano giuridico e la predisposizione degli effetti ad esso ricondotti*»²⁵³.

Quindi, la funzione giuridica del contratto e i suoi effetti sono

²⁵⁰ M. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 54 ; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988 p. 2.

²⁵¹ Si veda la Relazione al Codice civile italiano, al n. 603. Cfr. anche M. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 54-55.

²⁵² M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato) (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, p. 566.

²⁵³ M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 54.

strettamente legati: l'ordinamento fa discendere dall'atto di autonomia privata proprio quegli effetti che ritiene necessari alla realizzazione degli interessi racchiusi nella causa contrattuale. Questo può avvenire secondo due schemi parzialmente coincidenti: nel caso dei contratti nominati, la produzione degli effetti discende direttamente dalla valutazione effettuata a monte dal legislatore, in quelli atipici invece gli effetti scaturiscono in via mediata dalla volontà delle parti, secondo il potere ad essa accordato dalla legge.

Il ruolo centrale della causa si esprime in molte sfaccettature. Oltre a strumento che consente un vaglio di meritevolezza degli interessi di cui è sintesi, essa viene assunta come criterio di interpretazione, di qualificazione e di adeguamento del contratto. In materia di interpretazione funzionale si dice, infatti, che le espressioni polisense devono essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto (art. 1369 c.c. e, in senso praticamente identico, art. 1286 c.c.e.). Ne deriva che il significato del regolamento negoziale è strettamente legato alla sua ragione pratica, la quale consente di chiarire i comportamenti delle parti. Per cui l'interpretazione si traduce *«in un'operazione circolare nella quale le dichiarazioni e il comportamento delle parti concorrono a indicare la causa del contratto e questa, a sua volta, concorre a chiarirne il significato»*²⁵⁴. Di questo dovremo tenere conto quando valuteremo la rilevanza dell'interesse pubblico nel contratto concluso col dipendente.

Di certo, la nozione di causa spesso è scivolosa e sfuggente. Già su un piano teorico, spesso si rischia di confonderla con altri elementi costitutivi del negozio. Innanzitutto, è necessario distinguerla dall'oggetto: se oggetto del contratto sono le specifiche prestazioni, la causa del contratto invece risiede nel rapporto tra le stesse, quale funzione economico-sociale o individuale che dir si voglia²⁵⁵. Distinti dalla causa sono, inoltre, il consenso o la volontà: l'elemento volitivo, infatti, è altra cosa rispetto allo scopo astratto o concreto su cui ricade.

²⁵⁴ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 434

²⁵⁵ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2005, p. 135.

Infine, una particolare relazione sussiste tra il concetto di causa e quello di tipo negoziale, intendendo per tale i connotati ricorrenti di un determinato istituto giuridico, da cui discende l'applicazione di una specifica disciplina legale. In proposito, la dottrina è divisa tra chi (sostenitori della teoria della causa oggettiva) identifica causa e tipo, e chi invece (coloro che propendono per la concezione della c.d. causa concreta) scinde le due nozioni. Ad ogni buon conto, se il tipo non esaurisce la causa, tuttavia non è affatto indifferente per l'individuazione della stessa, fungendo anzi da elemento di identificazione principale. *«La causa di un contratto tipico ha sempre elementi tipici, ricavabili dall'astratta configurazione del tipo; ma può avere anche elementi atipici (concreti). Il tipo cui il concreto contratto appartiene dice molto sulla causa del negozio, ma non dice tutto: perché può tacere elementi che, irrilevanti rispetto al tipo, rilevano per la definizione della causa. Per converso il tipo non dice tutto, ma dice molto: perché offre comunque una prima - forse non ancora precisa e concreta, ma certo significativa – rappresentazione della ragione giustificativa del contratto»*²⁵⁶.

La nozione di causa è, ancor oggi, un *«cantiere in fecondo movimento»*²⁵⁷, in un sentiero irto di dubbi e costellato da notevoli incertezze: ad oggi dottrina e giurisprudenza di entrambi gli ordinamenti non sono ancora approdate ad una lettura condivisa e addirittura alcune costruzioni, in aperto dissenso col dettato condicistico, giungono a considerare tale nozione mera *«sovrastuttura dogmatica»*²⁵⁸, negandone l'utilità nel sistema. Riguardo alle dottrine anticausali, senza entrare diffusamente nell'esposizione delle stesse, ci limitiamo soltanto ad affermare la nostra contrarietà, sulla base di un semplice sillogismo. Sappiamo infatti che un fondamento giustificativo è immanente a qualsiasi azione umana che abbia una pretesa di giuridicità (premessa maggiore) e che l'ordinamento imponga ad ogni azione giuridica un canone di ragionevolezza e aderenza ai propri valori (premessa minore): pertanto, ogni azione è permeata da un

²⁵⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 409.

²⁵⁷ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 547.

²⁵⁸ L'espressione è di M. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 10.

necessario fondamento causale sul quale deve poter svolgersi un vaglio di conformità da parte dell'ordinamento²⁵⁹.

Volgendo lo sguardo ai molteplici significati del concetto di causa, ci rendiamo conto che non è questa la sede per svolgere una compiuta valutazione delle teorie in materia nè, tanto meno, si ha la presunzione di voler indicare una visione che sia dirimente. Quello che si vuole fare è soltanto un umillimo tentativo di dar conto, nei limiti di questo lavoro, dello stato dell'arte in materia, per applicare le conclusioni della dogmatica civilistica al contratto di pubblico impiego. Così, quindi, potremo vedere se e come il pubblico interesse entri nella causa negoziale, eventualmente alterandola rispetto allo schema generale del contratto di lavoro.

Entrando nel vivo della nozione, per lungo tratto nella dottrina e nella giurisprudenza sia italiana che spagnola ha svolto un ruolo egemonico una visione oggettiva di tale elemento²⁶⁰, come funzione economico-sociale del contratto.

Si dice, quale punto di partenza, che ogni potere di autonomia privata deve esercitarsi in modo conforme con la funzione sociale cui è rivolto. E la relazione tra profilo economico e quello sociale del contratto è espressa proprio dal concetto di causa, per cui l'adozione di un determinato negozio risponde al soddisfacimento di un interesse delle parti determinato in via astratta dall'ordinamento²⁶¹. *«La causa (...) si presenta come un interesse oggettivato, caratteristica costante propria del negozio per la funzione che il negozio è di per sé idoneo a realizzare, più che dalle persone che lo pongono in essere, dalle quali in certo modo è indipendente»*²⁶². Poiché la volontà privata diventa rilevante solo se assolve a interessi meritevoli di tutela (arg. ex art. 1322 c.c. e 1.255 c.c.e.), l'elemento causale, inteso come ragione determinante il negozio, esprime la funzione

²⁵⁹ Più autorevolmente di chi scrive, e tra i vari, S TRABUCCHI, *op. cit.*; CLAVERIA, *op. cit.*

²⁶⁰ In questo capostipite è E. BETTI, nelle sue due opere *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino Rist. 1994, 170 – 207, e nella voce *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It. III*, Torino 1957, 32 ss. Cfr. anche STS 30 dicembre 1985; 11 luglio 1984; 30 dicembre 1978; 8 luglio 1977.

²⁶¹ M. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 55.

²⁶² A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 134.

socialmente rilevante che il regolamento contrattuale è destinato ad adempiere²⁶³. E nello specifico, se per i contratti nominati l'utilità sociale di tali schemi è presupposta, nel caso di quelli atipici dovrebbe essere vagliata in relazione a ciascuna puntuale fattispecie. Ne discende che, così opinando, la causa «viene sottratta ad ogni legame con la "volontà" e sospinta nel dominio esclusivo dell'ordinamento»²⁶⁴.

Infatti, «la funzione che la legge prende in considerazione, nel regolare l'autonomia privata, è quella immediatamente adempiuta dal negozio, quella che il negozio è idoneo da sé e ugualmente in tutti i casi a realizzare»²⁶⁵. Ogni funzione ulteriore e variabile alla quale si indirizza l'autonomia privata, e che dipende dalla quella immediata e costante del tipo, rimane estranea al regolamento contrattuale. In questo senso, l'elemento causale assurge a fondamento determinante che si distingue dai fattori specifici della volizione concreta, attratti invece nell'area dei motivi o riguardati *sub specie* di presupposizione. Così, quindi, eventuali anomalie dello schema causale vengono sanzionate o attraverso quelle norme che dall'illiceità dei motivi fanno discendere la nullità del contratto, o attraverso la categoria della frode alla legge o tramite la declaratoria di illiceità del contratto delle prestazioni in esso dedotte²⁶⁶.

Ma proprio la riconduzione di tutte le peculiarità della fattispecie concreta ad un'area estranea alla struttura negoziale viene additata, dai detrattori di questa teoria, come il suo principale limite.

Il maggiore inconveniente riguarda proprio i contratti nominati. Dando per assodato che i tipi legali rispondano all'esigenza di giustificazione causale richiesta dal sistema²⁶⁷, la teoria della funzione oggettiva rischia di irrigidirsi nell'identificare la causa con il tipo, sottraendo i contratti nominati a qualsiasi vaglio di conformità rispetto all'ordinamento,

²⁶³ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, rist. 2012, p. 127.

²⁶⁴ M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 561.

²⁶⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 127

²⁶⁶ L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, p. 77.

²⁶⁷ M. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 57. Rischio cui la dottrina ha risposto fermamente, specificando come il profilo della causa investe l'essenza del negozio, mentre il tipo esprime i profili legati alla disciplina applicabile. M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 563

o meglio, come si è detto, surrogando il vaglio di conformità causale attraverso il controllo su altri elementi della struttura contrattuale. Seguendo tale via si arriva al paradosso per cui i contratti tipici mai potrebbero essere dichiarati nulli per illiceità della causa, visto che la stessa, in quanto predeterminata dalla legge, è sempre per definizione lecita²⁶⁸. Quando invece *«non esiste davvero un contratto uguale ad un altro e dunque la causa si distacca concettualmente dal tipo, senza che vi siano più dubbi al riguardo»*²⁶⁹: pertanto, anche i contratti nominati assumono sotto il profilo causale *«la dimensione di un unicum, in quanto gli interessi che le parti con esso perseguiranno saranno, per forza di cose, legati alle circostanze del caso concreto che ne è all'origine»*.

La necessità di correggere le imperfezioni di questa costruzione ha fatto sì che, a poco a poco, sia nella dottrina che nella giurisprudenza di entrambi i paesi cominciasse ad aprirsi un varco una diversa concezione della causa, la quale tenesse conto dei fatti e delle circostanze che, espresse o inesprese, avessero svolto un ruolo determinante nella conclusione del negozio²⁷⁰.

Si parla così di causa concreta o di funzione economico-individuale, per indicare la *«ragione che concretamente giustifica il particolare contratto in esame, alla luce delle specificità rilevanti che lo connotano»*²⁷¹. Il requisito causale del negozio consiste nella funzione posta in essere da ciascun singolo contratto concluso dalle parti, quale sintesi di tutti gli interessi addotti a ragione giustificativa del vincolo che siano in maniera espressa o sottintesa oggetto del consenso.

A ben vedere, infatti, lo stesso concetto di funzione implica un'incidenza sullo stato di cose anteriore alla stipula del negozio, e

²⁶⁸ E infatti *«se la causa è la funzione economico-sociale riconosciuta dal diritto, come mai potrà mancare o addirittura essere illecita? A questa obiezione può sfuggirsi solo ove si intenda, altresì, la causa quale elemento concreto, che viene cioè concretamente foggiate dalle parti e può dunque in tal modo divergere dalla causa tipica (...)»* (R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1969, p. 240 ss.). Si veda anche L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*

²⁶⁹ M. GIROLAMI, *op. cit.*, p. 62

²⁷⁰ STS 30 dicembre 1985. Cfr. L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, p. 109.

²⁷¹ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 344; Cfr. L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, con i relativi richiami alle dottrine francesi di DOMAT e POTHIER.

segnatamente la specifica incidenza che le parti vogliono realizzare. Per questo, nella prospettiva in esame, la funzione racchiude in sè anche il fine soggettivo perseguito dalle parti, che può corrispondere o meno ai tipi nominati previsti *ex lege*. È evidente infatti che nelle azioni umane lo scopo finale per cui viene posto in essere un determinato atto corrisponde alla ragione propulsiva dello stesso: si esegue una determinata azione perché è il mezzo per raggiungere un certo risultato. Fine e motivo sono tra loro inscindibilmente legati, come lati della stessa medaglia costituita dalla funzione²⁷².

Pertanto tutti gli intenti individuali obiettivati, espressamente o indirettamente, nel regolamento negoziale, formano parte della causa del contratto.

Anche questa ricostruzione, tuttavia, non è scevra di perplessità, dovute soprattutto alla difficoltà, per la giurisprudenza, di maneggiare agevolmente la figura, che viene spesso confusa e sovrapposta alla categoria della presupposizione²⁷³.

Come detto, infatti, la difficile nozione di causa si trova al confine con altri istituti ai quali spesso, in maniera incerta, vengono ricondotti gli interessi delle parti. Si tratta dei motivi e della presupposizione.

I motivi designano quegli «*interessi che la parte tende a soddisfare mediante il contratto ma che non rientrano nel contenuto di questo*»²⁷⁴. Si tratta di finalità esterne al regolamento negoziale che, in quanto tali, non concorrono a delineare i diritti e gli obblighi delle parti. È diverso, tuttavia, il ruolo riconosciuto a tali elementi, e dipende proprio dalla posizione che si assume in materia di causa. I fautori della teoria della causa quale funzione economico-sociale ritengono che qualsiasi motivo, in quanto estraneo rispetto alla causa del negozio, sia irrilevante. Coloro che invece aderiscono alla teoria della causa concreta del contratto operano una distinzione qualitativa: se i motivi sono obiettivati nella pattuizione tra le parti, diventano rilevanti in quanto interessi al cui soddisfacimento è diretto

²⁷² L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*

²⁷³ Vedi V. ROPPO, *op. cit.* (2), e la giurisprudenza ivi citata.

²⁷⁴ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 461.

l'accordo e pertanto entrano a far parte della causa del negozio. Diversamente, si tratterà di meri motivi, questi sì estranei ed irrilevanti ²⁷⁵. Pertanto, la regola dell'irrilevanza dei motivi dev'essere ridimensionata: se l'interesse inerisce in via esplicita o implicita all'economia dell'affare, concorre a determinare la causa del contratto.

Con la presupposizione invece si intendono quei fatti o circostanze che, pur costituendo una modalità non sviluppata del negozio, assumono un'importanza determinante nella decisione di concludere l'accordo e, quindi, ai fini della conservazione del vincolo contrattuale.²⁷⁶ Non si tratta di una mera rappresentazione mentale, ma di elementi significativi nell'economia negoziale, che attengono alla causa del contratto o al contenuto delle prestazioni concordate²⁷⁷, assumendo una importanza determinante per la sopravvivenza del contratto. Quindi, secondo il concetto di presupposizione, determinati elementi, non dedotti nel contratto e ad esso esterni, acquistano rilievo come presupposti oggettivi quando, attraverso l'interpretazione del regolamento negoziale, si accerta che assumono un'importanza decisiva comune alle parti o che comunque la controparte ne abbia riconosciuto l'importanza per il soggetto che ne è latore²⁷⁸. Ne discende che, con riferimento ad un determinato interesse, sarà necessario verificare attraverso un'operazione non agevole se esso rilevi come presupposizione, come motivo, o quale parte della causa del contratto.

²⁷⁵ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 462.

²⁷⁶ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 466.

²⁷⁷ M. BESSONE e A. ANGELO, *Presupposizione (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, 1986, p. 326 ss.

²⁷⁸ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 466.

2. La causa nel contratto di lavoro

Delineati brevemente i fondamenti civilistici in materia, passiamo ora all'elaborazione dottrinale in materia di causa del contratto di lavoro, per cercare di coniugarla con le categorie civilistiche e trarne delle conclusioni con riferimento al pubblico impiego. Per procedere, sarà necessario fare un piccolo passo indietro, ossia tornare all'individuazione del concreto interesse creditorio inserito nel rapporto di lavoro.

Secondo un assunto consolidato e intangibile, la causa del contratto di lavoro consiste nello scambio tra lavoro e retribuzione²⁷⁹, mirando in questo modo a soddisfare gli interessi divergenti di datore e dipendente. Posto questo fondamento condiviso, la dottrina tuttavia si divide nell'individuazione dell'interesse creditorio. Se tutti sono d'accordo nel ravvisare l'interesse del prestatore in quello a percepire un salario, diverse sono le posizioni circa la natura dell'interesse datoriale che entra nella funzione del negozio. Così, c'è chi ha ritenuto che, parlando semplicemente di scambio tra lavoro e retribuzione, si considerassero oggetto del contratto le energie lavorative o lo stesso lavoratore, e quindi ha cercato di porre rimedio agli inconvenienti di questa ricostruzione affermando la sussistenza di un interesse comune a prestatore e datore di lavoro, secondo l'idea di una causa associativa nel contratto²⁸⁰, o della presenza, nello stesso, di un interesse obiettivo nell'impresa²⁸¹.

Queste formulazioni, tuttavia, venivano ritenute indoddisfacenti poiché, nella pretesa di distinguere gli interessi strumentali da quelli finali dei soggetti del rapporto di lavoro, non avevano il coraggio di affermare che gli effetti del contratto mirino a soddisfare proprio gli interessi ultimi delle parti²⁸². È pacifico, infatti, che nel momento in cui si persegue un interesse

²⁷⁹ M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 57. Si veda anche J. CABRERA BAZÁN, *Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo*, in *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 155 ss.

²⁸⁰ M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 58.

²⁸¹ Cfr. G. SUPPIEJ, *op. cit.*; M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 130.

²⁸² Cfr. M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 63. L'A rileva infatti che la distinzione tra interessi finali e strumentali può essere validamente proposta, invece, con riferimento ai contratti

strumentale si ha di mira anche la soddisfazione dell'interesse finale cui lo stesso è connesso: l'interesse creditorio al risultato è inscindibile rispetto a quello inerente l'azione che deve produrlo e pertanto il diritto di credito del datore di lavoro ha ad oggetto non solo il risultato atteso ma anche il comportamento dovuto in relazione a tale risultato²⁸³.

Così in dottrina sembra ormai consolidata altra autorevole opinione, riassumibile in questi termini. L'interesse tipico del datore di lavoro non può essere quello al profitto²⁸⁴: ove si esaminino tutti i rapporti in cui lo scopo di lucro di una delle parti funge da ragion d'essere del vincolo, l'interesse sotteso non è considerato dall'ordinamento un fine meritevole di tutela, poiché la sua realizzazione non può in alcun modo dipendere dagli effetti ricondotti all'atto di autonomia, ma unicamente dalle condizioni economiche in cui il rapporto si inserisce²⁸⁵. L'interesse socialmente tipico dell'imprenditore è quello al profitto solo se si considera la sua attività di mercato, mentre non assume alcun rilievo nei rapporti con i soggetti dell'organizzazione di lavoro, dove invece il fine perseguito sarebbe quello della produzione o dello scambio di beni e servizi. L'interesse datoriale dedotto nel contratto di lavoro è unicamente quello all'altrui cooperazione, inteso quindi non come il «risultato del procedimento produttivo (il profitto), ma l'interesse all'organizzazione del lavoro altrui in vista di quel risultato». In questo quindi dovrà ravvisarsi non solo il presupposto del rapporto ma anche il contenuto del diritto di credito in capo al datore²⁸⁶.

associativi, in cui l'adempimento delle obbligazioni che scaturiscono dagli stessi costituisce la premessa per lo svolgimento dell'attività comune

²⁸³ M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 127.

²⁸⁴ M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 72.

²⁸⁵ M. PERSIANI, *op. cit.*

²⁸⁶ M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 124.

3. La causa nel contratto di lavoro pubblico

Queste riflessioni ci consentono di tornare sulla natura dell'interesse creditorio della Pubblica Amministrazione e di sottoporre a prova di resistenza l'assunto da cui siamo partiti nello sviluppo del nostro lavoro.

Si è detto: l'interesse datoriale che entra nella funzione del contratto di lavoro è quello all'organizzabilità della prestazione, mentre l'interesse al profitto è qualcosa di esterno al contratto.

Dando questo assioma per intangibile e presupposto²⁸⁷, possiamo dire che trovi indefettibilmente applicazione anche al rapporto di pubblico impiego?

La risposta, ad avviso di chi scrive, è negativa. La realizzazione del pubblico interesse non dipende dalle contingenze economiche "di contorno", ma è immanente a ciascun rapporto, e costituisce tassello del mosaico più ampio del buon andamento dell'Amministrazione. L'interesse della Pubblica Amministrazione – imprenditrice alla produzione e allo scambio dei beni non è indifferenziato, ma è un interesse alla produzione di determinati beni qualitativamente caratterizzati: come abbiamo visto nelle pagine precedenti (*infra*, cap. 1), il c.d. "risultato produttivo" della Pubblica Amministrazione, a fronte del quale l'obbligazione lavorativa può ritenersi adempiuta, è costituito dalla realizzazione del pubblico interesse che, parcellizzata, entra anche in ciascun singolo rapporto. È emerso, infatti, che il pubblico interesse, determinando una qualità dell'oggetto, configura per se stesso la prestazione del dipendente, e implica inadempimento sanzionabile disciplinarmente. Quello che cambiano sono solo le coordinate attraverso le quali questo interesse viene realizzato, in cui entra l'aspetto peculiare del rapporto di lavoro, ossia la correzione dell'endemica debolezza del lavoratore.

Ciò detto, in quale nozione civilistica rientra il pubblico interesse?

In primo luogo, dobbiamo escludere la sua ascrivibilità sia alla

²⁸⁷ Anche se qualche dubbio resta comunque nell'aria visto che, ricordiamo, in entrambi gli ordinamenti l'iniziativa economica è tutelata in sede costituzionale (art. 41 Cost. ita. e art. 38 CE).

categoria dei motivi che a quella della presupposizione. Non si tratta, infatti, di una condizione non esplicitata, ma di un elemento che entra espressamente nell'economia negoziale. E, come abbiamo evidenziato, in più punti nella disciplina speciale del pubblico impiego il pubblico interesse viene menzionato *apertis verbis* come fine dedotto nel contratto (artt. 97 Cost ita e 103 CE, artt. 2 e 5 T.U.P.I., artt. 1 e 8 EBEP).

Quindi, senz'ombra di dubbio, dato che la causa è quella funzione su cui matura il mutuo consenso delle parti (arg. ex 1376 c.c e art. 1262 c.c.e.)²⁸⁸, il pubblico interesse entra nella struttura causale del contratto di lavoro, differenziandolo rispetto ad ogni altro contratto concluso nella generalità del mercato.

Questa conclusione viene confermata attraverso l'analisi di determinati indici. Se, appunto, l'interpretazione e l'adeguamento del negozio devono essere effettuati tramite la considerazione della causa, vediamo come nel caso del rapporto di pubblico impiego la determinazione dei reciproci obblighi e doveri passi proprio attraverso l'interesse generale. Ad esempio, è la lente del pubblico interesse che concretizza le clausole generali di oggettività, imparzialità, *etc.* che informano la condotta del pubblico dipendente²⁸⁹. E, d'altro canto, è sempre l'interesse generale a fungere da parametro di adeguamento del contratto: si pensi a tutti i casi in cui, ad esempio, i vincoli di finanza pubblica precludono nuove assunzioni o comportano la riduzione o il congelamento di determinati emolumenti contrattuali²⁹⁰.

Ciò detto, vediamo come nella pratica si atteggi questa conclusione.

Nella teoria della causa concreta, il tipo generale "contratto di lavoro" viene declinato a seconda degli specifici interessi dedotti in una

²⁸⁸ L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*

²⁸⁹ Cfr. M. T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010, CSDLE, It, n. 114/2011.* E infatti, come rileva L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in RCDP, 1986, p. 5 ss. «*le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonomia fattispecie essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di altre norme.*»

²⁹⁰ Così, ad esempio, il Real Decreto-Ley n. 8/2010, che ha ridotto percentualmente le retribuzioni, o la soppressione della gratifica natalizia nel Real Decreto-Ley n. 20/2012, o ai vincoli di spesa per il personale previsti dal d.l. n. 112/2008.

determinata operazione. Quindi, un unico tipo e molteplici presupposti concreti.

A ben vedere, tuttavia, nel momento in cui la Pubblica Amministrazione conclude un determinato contratto, l'interesse generale non è un *quid* specifico che si esaurisce in un singolo rapporto, ma è qualcosa di ricorrente in tutti i rapporti conclusi dagli enti pubblici.

Semmai, ove proprio volessimo trovare un elemento contingente, questo potrebbe essere l'interesse pubblico connesso all'adozione di uno specifico atto amministrativo: interesse che, eventualmente, potrebbe entrare nella causa concreta della singola obbligazione lavorativa. Ma la costruzione, in questo modo, non regge, portandoci indietro nel tempo a quelle teorie, autorevoli ma non condivisibili, che individuano la causa dell'obbligazione non nel contratto, ma in ciascun singolo atto di esercizio del potere conformativo da parte del datore di lavoro²⁹¹.

Queste osservazioni ci consentono di recuperare anche la teoria oggettiva. Si è visto che, in quanto elemento ricorrente, il pubblico interesse non rileva quale motivo del contratto, entrando invece nella stessa funzione del negozio. L'interesse pubblico, infatti, non è un dato contingente alla singola operazione, ma la trascende presentandosi come elemento sussistente in ciascun contratto, quale esigenza costante e normale connessa al tipo.

Apprendo ad una domanda senz'altro scomoda. Qualunque prospettiva si accolga, la nozione di tipo contrattuale implica la ricorrenza di un determinato schema funzionale. Poi, se nelle teorie oggettive lo schema causale esaurisce il tipo, in quelle soggettive invece al tipo si affiancano gli specifici moventi che hanno determinato la conclusione di un determinato negozio.

Ma ove un determinato scopo ricorra costantemente nello schema di un atto, e da questo scopo, come nel caso del contratto di pubblico impiego, venga fatta discendere l'applicazione di una disciplina speciale, non ci troviamo di fronte ad altro tipo negoziale o comunque ad un sottotipo,

²⁹¹ G. SUPPIEJ, *op. cit.*, vol. I, p. 85 ss.

distinto dal generale contratto di lavoro? E forse, a questo riguardo, si potrebbe azzardare una risposta positiva. Si è detto infatti che, secondo la dottrina, la tipicità implica «*un modello di operazione economica, attuata mediante contratto, nota e diffusa nella vita di relazione*»²⁹², e il suo senso fondamentale risiede «*nel determinare le regole contrattuali applicabili ai rapporti contrattuali applicabili al tipo*»²⁹³. E, nel caso del rapporto di pubblico impiego l'interesse generale, quale elemento della funzione, determina l'applicazione di regole diverse e specifiche che si sommano e prevalgono rispetto a quelle del generale tipo "contratto di lavoro".

Ad ogni modo, si accolga una nozione causale oggettiva o una soggettiva, l'interesse pubblico entra nel contratto di lavoro e ne altera la causa. Per cui, la funzione del contratto del pubblico dipendente non è il mero scambio tra lavoro e retribuzione, ma uno scambio tra lavoro e retribuzione *in vista del perseguimento dell'interesse pubblico*.

²⁹² V. ROPPO, *op. cit.*, p. 398

²⁹³ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 398

CONCLUSIONI

L'analisi dei poteri datoriali della Pubblica Amministrazione nella lente del diritto privato ha evidenziato come, nonostante il diverso quadro di riferimento, l'interesse pubblico non sia affatto scomparso nè, come un invitato di pietra, rimanga sullo sfondo.

Al contrario, l'interesse generale continua a svolgere un ruolo fondamentale, costituendo il perno essenziale della struttura negoziale.

Abbiamo visto infatti che:

- 1) L'interesse creditorio della Pubblica Amministrazione dedotto nel contratto di lavoro altro non è che l'interesse pubblico generale. Le categorie contrattuali civilistiche non implicano alcuna opzione escludente a monte, ma sono invece suscettibili di essere riempite da qualsiasi interesse ritenuto meritevole di tutela, a prescindere dalla natura pubblica o privata dello stesso. E' emerso, altresì, anche alla luce delle norme in materia di adempimento del pubblico impiegato, l'artificialità di un'operazione che scinda interesse strumentale all'organizzazione delle prestazioni e interesse finale al risultato produttivo visto che, nel caso del pubblico impiego, il risultato finale di realizzazione dell'interesse generale è già dedotto, parcellizzato, nel singolo contratto di lavoro.
- 2) Lo svolgimento dei poteri pubblicistici e di quelli privatistici si esplica secondo moduli sostanzialmente analoghi. In questo l'interesse pubblico, inteso come interesse ad un operato della Pubblica Amministrazione che sia trasparente ed imparziale, funge da generale limite conformativo e di razionalità nell'esercizio delle prerogative datoriali.
- 3) L'interesse pubblico, in quanto interesse creditorio, ha innegabili riflessi anche sulla causa del contratto di lavoro, intesa come funzione economico-sociale o economico-individuale perseguita dalle parti, segnando quindi una differenza rispetto alla causa del contratto privato. Anzi, la ricorrenza costante di tale interesse nella

struttura negoziale induce ad ipotizzare che ci si trovi di fronte ad un tipo, o un sottotipo contrattuale, distinto rispetto al comune rapporto di lavoro.

Ci rendiamo conto, siamo pervenuti a conclusioni forse un po' audaci e contro tendenza. Ma una presa di posizione era necessaria.

L'impressione, infatti, è che nell'ansia di segnare una pretesa diversità rispetto al passato, ci si sia affannati in una parossistica ricerca della novità che, a sommosso avviso di chi scrive, si è tradotta in un misconoscimento di quella che è l'intima natura della Pubblica Amministrazione.

D'altro canto, l'incessante dibattito sulla natura del pubblico impiego è chiaro segno del fatto che le soluzioni esclusivamente privatistiche lascino sempre qualche aporia di fondo. Per un motivo molto semplice: l'Amministrazione è specchio della collettività e ogni tentativo volto a riguardarla come un'impresa privata è destinato a fallire, proprio per l'insuperabile differenza ontologica tra le due realtà.

Quindi, ben venga l'adozione di moduli privatistici, nell'ottica di una migliore agilità operativa e di una maggiore tutela del prestatore, ma bisogna rimanere ben consci del sostrato pubblicistico in cui il rapporto di lavoro contrattualizzato si inserisce. E, invece di negare questo sostrato, l'unica soluzione plausibile è quella di prendere coscienza delle sue peculiarità, in un tentativo di conciliazione tra categorie amministrative e di diritto comune.

CONCLUSIONES

El análisis de los poderes de la Administración Pública como empleadora a la luz del derecho privado ha demostrado que, a pesar del diferente marco de referencia, el interés público no ha desaparecido de ningún modo, ni permanece en el fondo como un convidado de piedra.

Por el contrario, el interés público sigue desempeñando un papel importante, representando un eje esencial en la estructura negocial.

Hemos visto que:

- 1) El interés que la Administración Pública como acreedora adquiere a través del contrato de trabajo no es otro que el interés público general. Las categorías contractuales del derecho civil no implican ninguna previa opción excluyente, pues pueden ser colmadas con cualquier interés considerado digno de protección, ya sea de naturaleza pública o privada. Se comprobó, también, a la luz de la normativa en materia de cumplimiento de sus obligaciones por parte del empleado público, la artificialidad de una operación que separe el interés instrumental hacia la organización de las prestaciones laborales y el interés final en el resultado productivo, ya que, en el caso de la Administración Pública, el resultado final de la realización del interés general ya se comprende, fragmentado, en cada contrato individual de trabajo.
- 2) El ejercicio de los poderes públicos y los de derecho privado se realiza según modelos sustancialmente similares. En este sentido, el interés público, considerado como el interés en una actuación de la Administración Pública que sea transparente e imparcial, actúa como un límite general de configuración y racionalidad en el ejercicio de las prerrogativas de la A.P. como empleadora.
- 3) El interés público, como interés del acreedor, tiene sin duda incidencia sobre la causa del contrato de trabajo del público empleo, entendida como la función económica y social o económico-individual perseguida por las partes, diferenciándola de esta manera de la del contrato de trabajo privado. De hecho, la repetición constante de tal interés en la estructura negocial puede llevar a suponer que nos enfrentamos a un tipo, o subtipo, contractual

distinto de la relación de trabajo común.

Somos conscientes de haber llegado a conclusiones quizás un poco audaces y contrarias a la de la doctrina dominante. Pero era necesario adoptar una determinada posición.

De hecho, la impresión es que, en el intento de marcar una supuesta diversidad respecto del pasado, la doctrina y la jurisprudencia han insistido obstinadamente en una paroxística búsqueda de una novedad que, en nuestra humilde opinión, ha dado como resultado el desconocimiento de lo que es la naturaleza íntima de la Administración Pública.

Por otra parte, el debate incesante sobre la naturaleza del empleo público es una clara señal de que las soluciones que consideran exclusivamente privada la relación laboral del empleado público en el fondo siempre terminan conteniendo algunas aporías. Por una razón muy sencilla: la Administración es el espejo de la comunidad y cualquier intento para valorarla como una empresa privada está condenado al fracaso, debido a la insuperable diferencia ontológica entre estas dos realidades.

Por lo tanto, bienvenida sea la adopción de los modelos de la empresa privada, si sirve para lograr una mayor agilidad de la Administración y una mayor protección del empleado, pero es necesario ser bien conscientes del sustrato público en el que se ajusta el contrato de trabajo. Y, en lugar de negar este sustrato, la única solución posible es tomar conciencia de sus peculiaridades, en un intento de conciliación entre las categorías del derecho administrativo y las del derecho común.

RIASSUNTO

La tesi analizza i poteri datoriali privatistici della Pubblica Amministrazione in Italia e in Spagna, come enucleati, in particolare, dal Testo Unico del Pubblico Impiego (d. lgs. n. 165/2001) e dal Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo n. 5/2015, già Ley n. 7/2007).

Si incomincia con l'individuazione dell'interesse creditorio dedotto nel contratto, attraverso l'analisi delle norme civilistiche ed amministrative in materia. Quindi, si è verificato se gli strumenti privatistici siano idonei a perseguire l'interesse pubblico generale e come si atteggi tale interesse nel conformare le prerogative datoriali della Pubblica Amministrazione. Infine, si esamina l'incidenza dell'interesse creditorio della Pubblica Amministrazione sulla causa del contratto di lavoro privatistico del pubblico impiegato.

RESUMEN

La tesis analiza los poderes empresariales de derecho privado de la Administración Pública como empleadora en Italia y España, como configurados, en particular, por el Texto Unico del Publico Impiego (d. Lgs. N. 165/2001) y por el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

Se inicia con la identificación del interés que la Administración como acreedora persigue en el contrato de trabajo, a través del análisis de las normas de derecho civil y administrativo en la materia. Se examina, a continuación, si los instrumentos de derecho privado son adecuados para satisfacer el interés público general y en qué manera este interés actúa en la conformación de las prerrogativas de la Administración Pública como empleadora. Por último, se estudia la incidencia del interés de la Administración Pública como acreedora de la prestación laboral en la causa del contrato de derecho privado del empleado público.

SUMMARY

The powers of Public Administration as an employer in Italy and Spain

Both the Spanish and the Italian legal systems have undergone a series of reforms to modernize and yield greater efficiency to the professional relationship between public servants and the administrations providing services. This process has been more intense in Italy, first with the reforms of the 1990s and later with the adoption of the legislative decree no.165/2001, establishing the Testo Unico del Pubblico Impiego. More recently, nevertheless, with the law no. 15/2009 and the following legislative decree no. 150/2009, the system has resumed a dose of greater public influence on the employment relationship.

On the other hand, in the Spanish legal system, a first opening with the law no. 30/1984 was followed by an inverse trend set in motion by law no. 23/1988. Currently, the Basic Statute of the public employee, first in its 2007 version and subsequently with the text revised in 2015, maintains the

duality between public officials and private employees, although on the premise, stated by the constitutional jurisprudence, that in public employment the general rule should be an administrative relationship, given that the submission to labour legislation can serve only as an exception.

Despite all the efforts to provide a single figure to the private relationship of public employees, there are many different elements which determine an imperfect contractual condition within this relation. In particular, the main question to raise is which role is played by public interest in shaping the obligations of the parties and, above all, the employer's powers. The work aims at answering this question, analyzing the limits to which the powers of the Public Administration are subjected.

First, the dissertation begins with the attempt to identify which is the interest of the Public Administration as a creditor in the labour contract, through the analysis of statutory and administrative rules. Therefore, the work examines whether the private tools are appropriate to pursue the general interest and how the public interest plays in conforming the prerogatives of the public employer. Finally, it analyzes the incidence of the interest of the Public Administration as a creditor in the structure of the labour contract of public servants.

BIBLIOGRAFIA

- ALARCÓN CARACUEL M.R., *La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales*, Delegación Interprovincial del Instituto de Estudios de Administración Local, Sevilla, 1985
- ALBALADEJO M., *Derecho Civil*, 12ª ed., tomo II, Edisofer, Madrid, 2004
- ALES E., *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002
- ALMAGRO-NOSETE J., *Art. 1.255*, in I. SIERRA GIL CUESTA (a cura di), *Comentario del Código Civil*, Editorial Bosch., Barcelona, 2006
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ J., *Neutralidad política y carrera administrativa de los funcionarios públicos*, in *Revista de documentación administrativa*, n. 210-211/1987
- ANDREANI A., *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1979
- BASSOLS COMA M., *Reflexiones sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil: planteamiento jurídico-administrativos*», in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 11/1976
- BELLAVISTA A., *Fonti del rapporto. La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI – L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, p. 91
- BESSONE M. - ANGELO A. *Presupposizione (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, 1986, p. 326-351
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino Rist., 1994
- BETTI E., *Causa del negozio giuridico (voce)*, in *Noviss. Dig. It. III*, Torino 1957
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p.88 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, vol. III, Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2000

BLANCO PÉREZ RUBIO L., *Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, ottobre 2014, Vol. 6, n. 2, pp. 50-74.

BOLTAINA BOSCH X., *Los puestos de trabajo del personal laboral en las administraciones públicas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006

BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968

CABRERA BAZÁN J., *Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo*, in *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 155-184

CARDENAL CARRO M. – HIERRO HIERRO F.J., *El Estatuto Básico del Empleado Público: reformas en las relaciones de servicios en las Administraciones Públicas*, in A. V. SEMPERE NAVARRO – M. CARDENAL CARRO (diretto da), *El personal laboral al servicio de las Administraciones locales*, La Ley, 2010, p. 11-95

CARINCI F., *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, in *WP CSDLE D'Antona.IT*, n. 80/2008.

CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *LPA*, 2008, p. 949

CARINCI F., *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 4/2010, p. 452

CARINCI F., *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2006, p. 499

CARINCI M. T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010, CSDLE, It*, n. 114/2011

CARRASCO CANALS C., *La función pública española en la actualidad (la reforma y perspectivas de futuro)*, in *Revista de administración pública*, n. 107/1985, p. 259 - 328

- CARRASCO PERRERA Á. , *Tratado del abuso del derecho y de fraude de ley*, Thomson Reuters, Civitas, 2016
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010
- CASTILLO BLANCO F.A., *Los deberes de los funcionarios públicos*, in *El Estatuto Básico del empleado público: XIX Congreso nacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Ministerio de asuntos sociales, 2009, vol. II, p. 358 ss.
- CAVAS MARTÍNEZ F., *Propuestas para un estatuto básico del empleado público*, in *Aranzadi Social*, n. 5/2005, p. 385
- CECERE A.M., *Sub. Artt. 97 e 98 Cost.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro, vol.I, Costituzione, codice civile e leggi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2007 , p. 459 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. Amm.*, 1984, p. 463 ss.
- CESARINI SFORZA W., *Diritto soggettivo (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, p. 659-696
- CESTER C., *La diligenza del lavoratore*, in CESTER C. - MATTAROLO M.G., *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007
- CHIECO P., *La nuova disciplina delle eccedenze di personale nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 1999, p. 329 ss.
- CHITI E., *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA. VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 211 ss.
- CIAN G., *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 197 ss.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ L.H., *La causa del contrato*, Studia Albornotiana, Bolonia – Zaragoza, 1998

- CLAVERÍA GOSÁLBEZ L.H., *Notas sobre la denominada causa del contrato y de la obligación*, in *Annales de droit privé*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 243 – 261.
- CONDE MARÍN E., *La buena fe en el contrato de trabajo*, La Ley, 2007, p. 234.
- CRESPO MORA M. C., *Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR*, in *InDret*, n. 2/2013
- CRESTI M., *Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale*, Giuffrè, Milano, 2006
- CRUZ VILLALÓN J., *Compendio de derecho del trabajo*, Tecnos, 2015
- CUADRADO PÉREZ C., *La moderna configuración de la doctrina del abuso del derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014,
- D'AMICO G., *Commento a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106*, in *Contratti*, 2010, p. 20
- D'ANTONA M., *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «Leggi Bassanini»*, in *LPA*, 1998, p. 41.
- D'ANTONA M., *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 629.
- D'ORTA C., *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Vol. V, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (a cura di F. CARINCI e L. ZOPPOLI), Utet, Torino, 2004, p. 96 ss
- DANZ E., *La interpretación de los negocios jurídicos*, in *Revista de Derecho Privado*, 1955, p. 194 ss
- DE CUPIS A., *La crisi dei 'valori' nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 201 ss.
- DE LA CRUZ FERRER J. , *Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*, in *Revista de Administración Pública*, n. 116/1988, pp. 65-105
- DEL REY GUANTER S., *Prólogo*, in M. LUQUE PARRA, *Los limites*

- juridicos de los poderes empresariales en la relacion laboral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998
- DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1992
- DI MAJO A., *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *RGL*, 1983, p. 341 ss.
- DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988
- DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007
- DÍEZ-PICAZO – A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 10ª ed., vol. II, tomo I, Tecnos, Madrid. 2012
- DI PRISCO N., *Procedimento (diritto privato) (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, p. 836 ss.
- FALCO G., *La buona fede e l'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010
- FALZEA A., *Capacità (teoria generale)*, voce in *Enciclopedia del diritto*, VI, 1960, p. 13.
- FERRANTE V., *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato). Art. 2086*, Giuffrè, Milano, 2012
- FERRI L., *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 129 ss.
- FRAGA J., *Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)*, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV, fascículo I, pp. 5-96
- FOIS C., *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 421 ss.
- FRUGIS M., *La nuova disciplina della mobilità collettiva nel pubblico impiego*, in *Lavoro e Previdenza oggi*, n. 1-2/2012, p. 12 ss
- GALGANO F., *Istituzioni di Diritto privato*, 5ª ed., Cedam, Padova. 2008
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Cedam, Padova, 2015
- GALEOTTI S., *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Ius*, 1955, p. 43 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA - FERNÁNDEZ T.R., *Curso de derecho*

- administrativo*, Thomson Civitas, Navarra, 2011
- GARDINI G., *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *LPA*, 2010, p. 579
- GARILLI A., *Il riparto di giurisdizione tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro*, in *LPA*, 2000
- GARILLI A., *La privatizzazione del rapporto nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, *WP CSDLE D'Antona.IT*, n. 49/2007
- GAZZONI F., *Manuale di diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015
- GHERA E., *Il pubblico impiego: rapporto di lavoro e attività sindacale*, Cacucci Editore, Bari, 1975, p. 14.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993
- GIANNINI M.S. (2), *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939
- GIORGIANNI, M., *Causa (diritto privato) (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, p. 566.
- GIROLAMI M., *L'artificio della causa contractus*, Cedam, Padova, 2012
- GIL Y GIL J.L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, in *Monografías de Temas Laborales*, 2003
- GIL PLANA J., *Despido colectivo: aspectos sustantivos*, in MONTROYA MELGAR A. e GARCÍA MURCIA J. (a cura di), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, 2012, p. 253 ss.
- LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho civil*, (aggiornato da F. RIVERO HERNÁNDEZ), 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, p. 53
- LEVI G., *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993
- LISO F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Giuffrè, Milano, 1982
- LISO F., *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI – M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 177 ss.

LÓPEZ GÓMEZ J.M., *La relación laboral especial de empleo público. Estatuto de su régimen jurídico tras el Estatuto básico del empleado público*, Civitas Aranzadi, Madrid, 2009.

LUQUE PARRA M., *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998

MAINARDI S., *Passaggio diretto, eccedenze di personale e mobilità collettiva nelle pubbliche amministrazioni*, in *ADL.*, 1999, p. 462 ss.

MAINARDI S., *La responsabilità e il potere disciplinare*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Vol. V, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (a cura di F. CARINCI e L. ZOPPOLI), Utet, 2004, p. 836 ss.

MAINARDI S., *Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto*, in: AA.VV., *L'impiego pubblico negli enti locali*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, Utet, Torino, 2007, pp. 33 - 67

MAINARDI S., *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. it.*, n. 12/2010, p. 2717 ss.

MALARET I GARCÍA E., *Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento*, in J. TORNOS MAS (a cura di), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo : comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 301 - 336

MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957

MANEIRO VÁSZQUEZ Y., *El nuevo Código de conducta del empleado público*, in *El Estatuto Básico del empleado público: XIX Congreso nacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Ministerio de asuntos sociales, 2009, vol. II, p. 254

MANGARELLI C., *Buena fe*, in A.P. BAYLOS GRAU, C. FLORENCIO THOMÉ, R. GARCÍA SCHWARD, M. E. CASAS BAAMONDE, *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 137 – 143.

MARAZZA M., *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, p. 1278, in F. CARINCI – M. PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro, vol. IV, Contratto di lavoro e organizzazione*, Tomo II (a cura di M. MARAZZA), Cedam, Padova 2012, p. 1271 ss.

MARESCA A., *Le trasformazioni del rapporto di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 205;

MARÍN LÓPEZ M.J., *La causa del contrato*, in *Aranzadi civil: revista quincenal*, n. 3/2007, p. 249 ss.

MASTINU E. M., *La procedimentalización sindical del ejercicio de los poderes y prerrogativas del empresario*, in R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (a cura di), *El Poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, 2005, p. 269

MASTINU E.M., *La mobilità del dipendente pubblico dopo la legge 114/2014*, in *LPA*, n. 3-4/2014

MATTAROLO M.G., *Il dovere di obbedienza*, in CESTER C. - MATTAROLO M.G., *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 269 ss.

MENEGATTI E., *L'obbligo di diligenza*, in F. CARINCI – M. PERSIANI (diretto da), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, tomo I (a cura di M. MARTONE), Cedam, Padova, 2012, pp. 907 - 958

MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 192 ss.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 5 ss.

MONTOYA MELGAR A., *La buena fe en el derecho del trabajo*, Tecnos, 2001

MORTATI C., *Discrezionalità (voce)*, in *Noviss Dig. it.*, vol. V, 1960, p. 1098

MUÑOZ MACHADO S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, vol. I, Iustel, 2011

NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.

- NATULLO G., *Gestione delle eccedenze di personale, collocamento in disponibilità e mobilità collettiva*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Vol. V, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (a cura di F. CARINCI e L. ZOPPOLI), Utet, 2004, p. 755 ss.
- PALOMAR OMEDA A., *Los principios de la actividad administrativa y las relaciones entre las Administraciones*, in *Documentación administrativa*, n. 254-255/1999, p. 259-288
- PANARIELLO F., *La flessibilità delle mansioni tra potere datoriale e controllo sindacale*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Lo spazio negoziale nella disciplina del lavoro pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1995
- PAOLANTONIO N., *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, 2015, p. 1 ss.
- PARADA VÁZQUEZ J.R., *La reforma de la Administración periférica del Estado*, in *La Administración del Estado en las comunidades autónomas*, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autonòmics, 1997, p. 411-422
- PAREJO ALFONSO L., *Lecciones de derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012
- PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1987, 2 ss.
- ONIDA V., *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 1995, p. 669 ss.
- ORDOQUI CARTILLA G., *La buena fe contractual*, Ediciones Legales, Lima, 2015, p. 17.
- PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 191.
- PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966
- PERULLI A., *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, n. 1/2015, p. 83 – 126.
- PERULLI A., *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Diritti lavori mercati*, I, 2011, p. vol. 1, pp. 403 – 417
- PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa (voce)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII,

1964, p. 65 ss.

PIOGGIA A., *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004

PIRAINO S., *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 31.

PIZZORUSSO A., *Interesse pubblico ed interessi pubblici*, *Riv. trim. dir. pub.*, 1972, p. 58 ss.

PUBUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, 1994, p. 401 ss.

PURCALLA BONILLA Á. – DE LOS RISCOS HIDALGO D., *El despido objetivo en la administración pública y en el sector público*, in *Revista jurídica de Castilla y León*, n. 37/2015

RESCIGNO P., *Capacità giuridica (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig .it.*, II, Torino, 1958, p. 873.

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998

RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007

ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947

RICCARDI A., *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica. Interessi, tecniche regolative, tutele*, Vol. 1, Cacucci Editore, 2011

RICCARDI A., *Lavoro pubblico ed eccesso di potere*, in *LPA*, fasc. 1, 2015, p. 43 ss.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ J., *Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo*, in *Derecho PUCP*, n. 67/2011, p. 207 ss.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ J., *Derecho Administrativo Español*, vol. I, Netbiblo, La Coruña, 2008

RODRÍGUEZ-ARANA J. – SENDÍN M.Á., *Derecho Administrativo español*, Tomo II, Netbiblo, La Coruña, 2008

RODRÍGUEZ RAMOS M.J., *El estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1997

ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008

- ROMAGNOLI U., *Per una rilettura dell'art. 2086*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1040 ss.
- ROMANO S., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1961.
- ROMANO S. (2), *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.
- ROPPO V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011
- ROPPO V. (2), *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, nè compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4/2013, p. 957-988
- ROTONDI M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.
- RUSSO C., *Poteri, responsabilità e partecipazione nel lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996
- SÁINZ MORENO F., *La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados*, in *Revista de Administración Pública*, n. 89/1979, p. 232 ss.
- SÁNCHEZ MORÓN, *Notas sobre la función Administrativa en la Constitución Española de 1978*, in E. GARCÍA DE ENTERRÍA – A. PREDIERI (a cura di), *La Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1981
- SÁNCHEZ MORÓN M., *Régimen disciplinario*, in M. SÁNCHEZ MORÓN (diretto da), *Comentarios a la ley del Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2008
- SÁNCHEZ MORÓN M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, rist. 2012
- SCHLESINGER P., *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1290.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1969

SORDI P., *Il sistema delle fonti della disciplina del lavoro pubblico (dopo il d. lgs. n. 150 del 2009)*, in *LPA*, 2010

SIGISMONDI G., *Eccesso di potere e clausole generali*, Pubblicazioni dell'I.S.U. Università Cattolica, Milano, 2006

SUPPIEJ G., *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, (vol. I) 1957 e (vol. II) 1963.

TESO GAMELLA P., *El control judicial de la discrecionalidad tecnica*, in *Cuadernos de derecho judicial*, Función Pública, Consejo general del poder judicial, Madrid, 1993, p. 128.

TEDESCHINI F., *Procedimento (diritto amministrativo) (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXV, p. 872 ss.

TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2005

TRAYTER JIMÉMEZ J., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos en el Estatuto Básico del empleado público*, in S. DEL REY GUANTER, *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, La Ley, 2008

TREMOLADA M., *Il licenziamento libero*, in corso di pubblicazione in M. PERSIANI – FRANCO CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, V, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*.

TULLINI P., *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli Editore, Rimini, 1990

VETTORI G., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2009

VISCOMI A., *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1954, vol. I, p. 31.

ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988

ZOLI C., *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: privato e pubblico a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 404 ss.

ZUSMAN S., *La buena fe contractual*, in *Themis: Revista de Derecho*, n. 51/2005, pp. 19-30.