

Capitolo I

Il fondamento del gradimento: la personalità della prestazione di lavoro

SOMMARIO: 1. Il rispetto reciproco tra colleghi. – 2. Il concetto di gradimento nel Codice civile. – 3. Il lavoro nell'impresa. – 4. I limiti della ricerca. – 4.1. *Segue.* Gradimento e imprese di piccole dimensioni. Irrilevanza del problema.

1. Il rispetto reciproco tra colleghi

Al lettore non sfuggirà che il titolo del libro non menziona né il contratto di lavoro, né il singolo rapporto di lavoro, ma più in generale i rapporti di lavoro. Delle ragioni di questa scelta sembra dunque opportuno dare, sia pure in breve, una spiegazione.

L'indagine muove dalla ricostruzione del contratto di lavoro subordinato come contratto di organizzazione che, oramai molto tempo fa, era stata proposta da un'attenta dottrina. Questa dottrina concludeva in qualche modo la sua ricerca ritenendo si dovesse tenere conto della «coesistenza di più rapporti di lavoro» in capo al datore di lavoro e non indagare il rapporto di lavoro come un «rapporto isolato [...] di un datore di lavoro dal quale dipende un unico lavoratore»¹.

Senonché, si ritenne che il dovere di rispetto reciproco tra colleghi fosse «espressione di regole metagiuridiche» e assumesse «rilevanza solo in quanto [...] consista nella violazione delle specifiche norme di sicurezza del lavoro poste anche a tutela degli altri lavora-

¹ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, a p. 318.

tori» ai sensi dell'art. 2087 c.c.². Da qui la conclusione che le relazioni intercorrenti tra lavoratori assumessero rilevanza nella misura in cui un comportamento del prestatore di lavoro integra un illecito extracontrattuale.

Orbene, questa conclusione non esclude l'opportunità, ma anzi conferma la necessità di una indagine che guardi – anche da un più completo punto di vista sistematico – al piano dei rapporti che formano l'organizzazione dell'impresa.

Quella conclusione, infatti, risentiva anzitutto di una impostazione codicistica «chiaramente sbilanciata verso il danno patrimoniale»³, in quanto il pregiudizio alla persona del lavoratore avrebbe avuto rilievo solamente “*nei casi determinati dalla legge*” (art. 2059 c.c.)⁴, secondo una logica meramente punitiva⁵.

E invece, come è noto, è accaduto che la giurisprudenza – sotto l'influsso della dottrina civilista⁶ – ha consentito la risarcibilità

² M. PERSIANI, *op. cit.*, qui a p. 325.

³ M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, Milano, 2022, qui a p. 18.

⁴ Per lungo tempo si riteneva di dover escludere la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento. Anzitutto perché l'art. 1174 c.c. sul “*carattere patrimoniale della prestazione*” sembrava richiedere che la prestazione oggetto dell'obbligazione dovesse essere suscettibile di “*valutazione economica*” (A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1946, qui a p. 129 ss.; A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, qui a p. 228). La disposizione, peraltro, pur ammettendo l'esistenza di un interesse “*non patrimoniale*” del creditore, non ammetteva la risarcibilità dei danni derivanti dalla mancata realizzazione di quest'interesse (V. ZENO ZENCHOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *RD Comm.*, 1987, I, p. 77). In secondo luogo perché l'art. 2059 c.c. sembrava essere riferibile alla sola responsabilità extracontrattuale (G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, qui p. 231), limitando peraltro la risarcibilità ai soli casi di reato da inadempimento (M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *RCDP*, 1987, qui a p. 131).

⁵ M. BIASI, *Studio sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza*, cit., qui a p. 18.

⁶ Tra i tanti M. FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, 1990; G. ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 1993; C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998.

non solo dei danni patrimoniali, ma anche dei danni non patrimoniali, prescindendo dai limiti dell'art. 2059 c.c.⁷. Nel fare ciò le Sezioni Unite hanno anche giustamente richiamato l'art. 2087 c.c.⁸, proprio perché nell'esecuzione del rapporto di lavoro è coinvolta la persona – anzi la “*personalità morale*” del prestatore – la cui integrità deve essere parimenti tutelata⁹.

Dal riferimento alla “*personalità morale*”¹⁰ deriva dunque l'esistenza anche di un dovere di rispetto reciproco tra colleghi¹¹.

⁷ A partire da Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *FI*, 1986, I, c. 2053.

⁸ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *RCP*, 2009, p. 38.

⁹ L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 1994, I, p. 334, secondo il quale (qui a p. 322) l'art. 2087 c.c. costituirebbe la trasposizione generale del principio del *neminem ledere* di cui all'art. 2043 c.c.

¹⁰ Su un piano più generale di quello affrontato nel testo, v'è da segnalare che l'unico Autore che sembrerebbe essersi interrogato sul concetto di “*personalità morale*” è A. LASSANDARI, *Il ruolo centrale dell'art. 2087 c.c.*, in M. PEDRAZZOLI (diretto da), *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni da mobbing*, Bologna, 2007, dal par. n. 3, p. 39. L'Autore parte dalla constatazione che «indirettamente» si parla di “*personalità morale*” «nell'intero dibattito concernente l'oggetto del contratto di lavoro subordinato». Nel complesso, tuttavia, nota che una «specifica attenzione ai contenuti dell'obbligo di protezione» in questione è però «mancata». Prende così atto che è «possibile distinguere più modalità di approccio alla questione (tutti i virgolettati sono a p. 58): uno maggiormente focalizzato sulla “*morale*” (C. LEGA, *Doveri giuridici di contenuto etico-sociale del datore di lavoro*, in *RDL*, 1957, I, p. 101) ed uno prevalentemente incentrato sulla “*personalità*” (U. NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, 4, p. 3). Secondo LASSANDARI le origini di questa sorta di duplice anima della “*personalità morale*” erano già contenute nella prima opera di BARASSI (L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, p. 843) il quale, seppur maggiormente focalizzato sulla “*morale*” poneva anche «attenzione alla tutela di diritti del prestatore» (qui a p. 48). Questa impostazione di LASSANDARI, tuttavia, non tiene conto di come, in realtà, l'intero costruito dell'obbligo di protezione contenuto nell'art. 2087 c.c. fosse proprio presente nella riedizione del 1915 dell'opera di BARASSI, il quale aveva dedicato un intero paragrafo (n.173) sul “*rispetto alla personalità morale e all'integrità fisica dell'operaio*” (L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano, 1915, qui a p. 440).

¹¹ Infatti, quelle conclusioni sul dovere di rispetto reciproco tra colleghi

Eppure, da un lato, l'art. 2087 c.c. ha «fatto scorrere molto più inchostro per la parte relativa all'integrità fisica che non per quella relativa alla personalità morale»¹². D'altro lato, quel poco di inchostro che è stato versato si colloca sul piano meramente risarcitorio, confermando così – sebbene da altra prospettiva – che le relazioni intercorrenti tra lavoratori assumono rilevanza solamente quando si concretino in un illecito¹³.

Infatti, la particolare enfasi risarcitoria del danno non patrimoniale ha finito implicitamente per confermare una funzione puniti-

vanno dunque rilette, sia pure in parte, alla luce del superamento dell'originaria contrapposizione fra danno patrimoniale e non. Come è noto, in attesa di un intervento risolutivo della giurisprudenza civile di cui si è parlato nel testo, quella lavoristica aveva aggirato il problema della risarcibilità dei danni non patrimoniali tramite il cumulo della responsabilità contrattuale con quella extracontrattuale (tra le tante Cass. 20 gennaio 2000, n. 602, in *FI*, Rep., 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1362; Cass. 10 maggio 1997, n. 4097, in *GCM*, 1997, p. 708). Sul punto è stata concorde anche parte della dottrina (R. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *ADL*, 1997, p. 23; M. PEDRAZZOLI, *Introduzione*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Padova, 2004, p. XLIX). Eppure, secondo la dottrina civilistica, non era necessario il cumulo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, perché l'art. 2087 c.c. ha una «portata normativa, che più ampia non potrebbe essere» abbracciando «ogni voce di danno alla persona, patrimoniale e non patrimoniale, che il lavoratore abbia subito in occasione di lavoro» proprio in ragione del fatto che la disposizione parla di «*personalità morale*» del lavoratore (C. CASTRONOVO, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Eur.DP*, 2006, 4, qui a pp. 1349-1350).

¹² C. SMURAGLIA, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, in *RGL*, 2000, III, qui a p. 453.

¹³ La condotta del debitore integra gli estremi dell'inadempimento e dell'illecito, quando l'inadempimento del debitore lede la sfera soggettiva del creditore coinvolto personalmente nell'obbligazione (C. CASTRONOVO, *La responsabilità e altre forme di tutela civile*, in C. CASTRONOVO (a cura di), *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 555). Non a caso, il diritto del lavoro è stato per lo più estraneo al cambiamento culturale promanato dal diritto civile rispetto ai danni non patrimoniali, limitandosi ad elaborare nuove aree di danni risarcibili (M. PERSIANI, *Ancora sul diritto civile e sul diritto del lavoro*, in *ADL*, 2019, 3, qui a p. 490). Il *mobbing*, ad esempio, è considerato come «violazione di quella che l'art. 2087 c.c. chiama personalità morale del prestatore» (C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, qui a p. 647).

va e sanzionatoria della violazione dei diritti fondamentali della persona¹⁴.

La questione del dovere di rispetto reciproco tra colleghi sottende allora un problema di effettività dei diritti della persona del lavoratore nell'ambito contrattuale. Limitare la tutela della "*personalità morale*" ad una prospettiva meramente risarcitoria dimostra la «sostanziale incapacità di rendere effettivi e coercibili diritti o pretese toccati dall'esecuzione del contratto di lavoro, pur se estranei all'adempimento dell'obbligazione»¹⁵.

L'intento del presente studio è dunque comprendere se ed in che modo rilevi il rispetto reciproco tra colleghi indipendentemente dall'esistenza di un illecito extracontrattuale. In particolare, l'indagine è volta a verificare se le relazioni interpersonali che derivano dall'essere parte di un'organizzazione di lavoro si possano fondare anche su norme giuridiche e non soltanto metagiuridiche.

Si ha dunque riguardo a una «una direttiva di indagine sicuramente feconda di risultati»¹⁶ che è però «rimasta finora insoddisfatta»¹⁷. Ciò perché il problema dell'implicazione della persona del prestatore di lavoro è stata tradizionalmente indagata nella sola prospettiva del rapporto con il datore di lavoro.

Mentre il diritto è essenzialmente regola dei comportamenti per l'attuazione dell'ordine che rende possibile la vita umana¹⁸.

2. Il concetto di gradimento nel Codice civile

A questo punto, occorre anche dar ragione della scelta di utilizzare il concetto di *gradimento*, che è concetto evocato più volte nel Codice civile.

¹⁴ L. MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit., p. 337.

¹⁵ L. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 336.

¹⁶ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., qui a p. 324.

¹⁷ M. PERSIANI, *op. cit.*, qui a p. 318.

¹⁸ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, qui a pp. 170-186.

E infatti, esiste anzitutto un tipo contrattuale che si caratterizza per la rilevanza assegnata alla «qualità dell'oggetto»¹⁹: la vendita con riserva di *gradimento*, disciplinata dall'art. 1520 c.c.

Contratto che si caratterizza perché si perfeziona con la comunicazione di *gradimento* da parte del compratore, «senza che all'uopo quest'ultimo abbia bisogno di indicare le ragioni per le quali non gradisce la cosa»²⁰. La verifica del *gradimento* involge prevalentemente un «giudizio in termini di gusto personale», rimettendo la conclusione del contratto all'«arbitrio» dall'acquirente²¹.

Per tale ragione, la vendita con riserva di gradimento viene ricondotta dalla dottrina civilistica allo schema del patto di opzione: le parti convengono che la proposta del venditore rimane ferma

¹⁹ Così L. GARDANI CONTURSI LISI, *La compravendita*, Torino, 1985, p. 329 la quale ricomprende in questa definizione anche gli artt. 1521 sulla vendita a prova e 1522 c.c. sulla vendita a campione. Utilizza questa stessa terminologia anche R. OMODEI SALÉ, *Le «vendite basate sulle qualità della cosa» nella prospettiva rimediabile*, in *CI*, 2019, 2, p. 537. Queste tre tipologie contrattuali sono solitamente trattate unitamente, sia perché sono regolate all'interno di un medesimo paragrafo (il n.2) della sezione dedicata alla vendita delle cose mobili, sia perché secondo la dottrina si tratterebbe di fattispecie tra loro difficilmente distinguibili (P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita. Artt. 1470-1547*, in *Comm. c.c.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, 2^a ed., Bologna-Roma, 1981, p. 417). Anche se la differenza tra le tre tipologie contrattuali può essere semplicemente riassunta con le parole di F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili. Artt. 1510-1536*, in *Il c.c. Comm.*, fondato da SCHLESINGER, diretto da BUSNELLI, 2^a ed., Milano, 2004, qui p. 607: «la vendita con riserva di gradimento si perfeziona con la comunicazione di gradimento da parte del compratore, senza che all'uopo quest'ultimo abbia bisogno di indicare le ragioni per le quali non gradisce la cosa. La vendita a prova si atteggia quale contratto già concluso e perfetto, ma la cui efficacia è sospensivamente condizionata all'accertamento della rispondenza della cosa alle qualità pattuite ovvero alla verifica di idoneità della stessa all'uso cui è destinata. La vendita su campione (o su tipo di campione) integra un contratto non solo concluso, ma anche efficace sin dal momento della sua perfezione, sicché il campione e il tipo di campione rappresentano solo meri parametri (più specifico il primo, più generico il secondo) di verifica dell'esattezza della prestazione eseguita dal venditore circa la qualità della merce consegnata».

²⁰ F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili. Artt. 1510-1536*, cit., qui p. 607.

²¹ C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da VASSALLI, 2^a ed., Torino, 1993, qui a p. 349.

per un certo tempo, mentre l'acquirente ha, per l'appunto, facoltà di accettarla o no, a seconda che la cosa sia di suo *gradimento* ²².

Altra parte della dottrina civilistica ritiene che il terzo comma dell'art. 1520 c.c. configurerebbe invece una vendita con clausola di «non gradimento» ²³ che attribuisce al compratore il diritto di recedere dal contratto stipulato se l'oggetto non è a lui *gradito*. La riserva di *gradimento* da opzione diviene dunque condizione quando è non *gradimento*, perché il mancato *gradimento* è condizione risolutiva di un contratto già concluso ²⁴.

Anche la vendita a prova – altro tipo contrattuale basato sulla

²² Questa è la tesi maggioritaria, ma in realtà la dottrina civilistica era in passato divisa tra chi riteneva che: 1) il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva che il bene sia di gradimento dell'acquirente (L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1955, p. 516); si tratta di un contratto preliminare unilaterale vincolante per il solo per il venditore (F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1950, p. 25); il venditore è vincolato da una semplice proposta irrevocabile, che il compratore accetterebbe mediante la comunicazione del gradimento (G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, p. 294); le parti convengono che la proposta del venditore rimanga ferma nel tempo ed il compratore abbia il diritto di opzione di accettarla o meno a seconda del suo gradimento (D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, 2^a ed., Milano, 1962, p. 57; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., qui a p. 351).

²³ È la nota teoria di C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., qui a p. 356, ma spec. pp. 357-358: «sebbene sia formalmente accomunata alla vendita con riserva di gradimento, si tratta di un'ipotesi autonoma, che può indicarsi come vendita con riserva di non gradimento. Riguardo a tale ipotesi occorre osservare che qui l'inerzia del compratore non può essere ricondotta ad un significato positivo di gradimento del bene e di accettazione della vendita. L'artificioso discorso impostato sulla *presunta* volontà dell'acquirente inerte, dev'essere disatteso di fronte al sicuro riconoscimento che la vendita diviene irrevocabile qualunque sia la ragione del silenzio: anche quando risulti, quindi, sicuramente escluso ogni significato contrattuale nell'atteggiamento negativo dell'acquirente. La dichiarazione di non gradimento non è quindi il rifiuto di un atto esterno ma il recesso da un contratto già stipulato, e per il quale la parte si era riservata ulteriormente la possibilità di una decisione negativa».

²⁴ Non lo dice espressamente nel testo, probabilmente perché nelle precedenti pagine (qui a pp. 350-351) aveva dovuto contrastare le tesi riportate nella precedente nota, tuttavia, sembrerebbe intenderla così anche C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., qui a pp. 356-357, nt. 1.

qualità della cosa²⁵ – si atteggia quale contratto già perfetto (art. 1521 c.c.), essendo l'efficacia «sospensivamente condizionata all'accertamento della rispondenza della cosa alle qualità pattuite ovvero alla verifica di idoneità della stessa all'uso cui è destinata»²⁶.

Per quanto simili, dal confronto tra la vendita con riserva di non *gradimento* e la vendita a prova è possibile notare una differenza: nel primo caso il non *gradimento* deriva da una valutazione soggettiva del compratore, che esula dall'idoneità dell'oggetto rispetto allo scopo per cui è stato comprato; nel secondo caso la prova è una valutazione oggettiva circa la corrispondenza del bene all'uso per cui è stato acquistato²⁷.

Morfologicamente contigua alla clausola di *gradimento* del diritto civile è poi la clausola di *gradimento* del diritto commerciale.

Ai sensi dell'art. 2469 c.c., è possibile subordinare il trasferimento di azioni o quote al giudizio insindacabile dei soci ovvero degli organi sociali²⁸.

²⁵ L. GARDANI CONTURSI LISI, *La compravendita*, cit., p. 329.

²⁶ F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili. Artt. 1510-1536*, cit., qui a p. 607.

²⁷ Il patto di prova comporta dunque un accertamento della corrispondenza della cosa ai requisiti pattuiti nonché dell'esistenza delle qualità essenziali e dell'assenza dei vizi, mentre il patto di *gradimento* implica un semplice esame della cosa attraverso il quale sia possibile controllare se sussistano o meno le caratteristiche la cui presenza è ritenuta dalla parte necessaria per esprimere il proprio apprezzamento. Così Cass. civ. 19 settembre 1980, n. 5311, in *MGI*, 1980; Trib. Vicenza 18 marzo 2011, n. 319, in *One Legale Wolters Kluwer*. La specifica previsione contrattuale di una prova non esclude però la possibilità che il compratore si riservi di verificare se il bene è o no di suo *gradimento* (Cass. civ. 2 marzo 1967, n. 483 e Cass. civ. 27 febbraio 1986, n. 1270, entrambe in *One Legale Wolters Kluwer*). Dietro alla prova è dunque sempre possibile nascondere un giudizio «sottratto ad un sindacato esterno» circa la qualità dell'oggetto (C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., qui a p. 349). Si tratta, infatti, di una utilizzazione espansiva della condizione anche in situazioni nelle quali il rapporto di subordinazione fra atti e fatti si iscrive fisiologicamente nello svolgimento procedimentale di una vicenda «nel cui ambito si manifesta piuttosto il dato obiettivo di una interdipendenza e di una coordinazione organica in vista di un risultato» (F. ALCARO, *Vendita con riserva di gradimento, a prova e a campione*, in *Tratt. contr.*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, 7, *I contratti di vendita*, II, a cura di VALENTINO, Torino, 2007, qui a p. 667).

²⁸ In generale sul tema vedi P. REVIGLIONE, *sub art. 2468-2470 c.c.*, in *Il*

Si possono distinguere due tipologie di clausole di *gradimento*: le clausole di *gradimento* proprie (c.d. di mero *gradimento*) e le clausole di *gradimento* improprie (c.d. di *gradimento* non mero).

Il primo tipo di clausole ha suscitato il «non del tutto infondato»²⁹ timore che si potesse celare dietro al *gradimento* un abuso a danno dei soci estranei al gruppo di comando³⁰. Mentre la validità delle seconde non è mai stata messa in discussione, perché il trasferimento è subordinato alla sussistenza di presupposti oggettivi predeterminati nella clausola statutaria (cittadinanza, categorie professionali, ecc.).

La funzione delle clausole di *gradimento* nel diritto commerciale è di evitare che terzi non *graditi* entrino a far parte della società. Tale interesse viene temperato con quello individuale dei soci estranei al gruppo di comando. Infatti, le clausole di mero *gradimento* attribuiscono a questi soci il diritto di recedere *ad nutum*³¹

nuovo diritto societario, Commentario, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 1820.

²⁹ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2022, qui a p. 236.

³⁰ Che ha portato il legislatore ad introdurre per le s.p.a. l'art. 2355-bis c.c., secondo il quale la clausola di mero *gradimento* è inefficace, salvo che non disponga un obbligo di acquisto, a carico della società o degli altri soci, oppure il diritto di recesso a favore dell'alienante.

³¹ È dibattuto se il diritto di recedere *ad nutum* consegue automaticamente alla presenza delle clausole di mero *gradimento* (F. TASSINARI, *La partecipazione sociale di società a responsabilità limitata e le sue vicende: prime considerazioni*, in *RN*, 2003, qui a pp. 1417-1421: «in base alla formulazione letterale della norma, inoltre, sembra necessario riconoscere che il diritto di recesso spetta in via astratta, a prescindere cioè dal concretizzarsi di una determinata vicenda traslativa e dall'eventuale concreto diniego del *gradimento*»). In questo senso anche P. RAINELLI, *Il trasferimento della partecipazione*, in *Le nuove s.r.l.*, diretta da Marcella Sarale, Bologna, 2008, qui a p. 302) ovvero spetti unicamente ai soci in caso di diniego di *gradimento* richiesto (V. CALANDRA BUONURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *GC*, 2005, qui a pp. 291-316; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, Padova, 2007, pp. 143-148; L.A. BIANCHI, A. FELLER, *Trasferimento delle partecipazioni*, in *Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, pp. 352-354; P. BUTTURINI, *Le fattispecie legali di recesso introdotte dalla riforma delle società di capitali*, in *CI*, 2008, pp. 387-393; G. OLIVIERI, *Il trasferimento inter vivos delle quote*, in *S.r.l.*

per non rimanere prigionieri della propria partecipazione sociale³².

Una volta chiarito che il concetto di *gradimento* è già contenuto nel Codice civile, si può procedere con una considerazione finale.

Gli artt. 1520 e 2469, comma 2, c.c. hanno una struttura di fondo comune che permette di intendere il *gradimento* come quel giudizio entro cui si compendiano interessi personali – *recte*: non patrimoniali (art. 1174 c.c.) – del soggetto titolare della relativa clausola. Interessi che, come tali, attengono ad una valutazione soggettiva. Infatti, nell'impostazione codicistica, pur afferendo a negozi giuridici differenti, il concetto *gradimento* assume rilevanza come diritto della persona dal quale derivano effetti eterogenei, financo nei confronti di soggetti non direttamente "toccati" dall'esercizio di quel diritto.

3. Il lavoro nell'impresa

Anche nel diritto del lavoro le qualità personali del prestatore di lavoro non sono indifferenti al datore di lavoro.

Infatti, in base a quanto detto finora, il *gradimento* può essere considerato una espressione dell'*intuitus personae*.

Come osservato³³, in passato tale concetto è stato ampiamente

Commentario, in A. DOLMETTA, G. PRESTI (a cura di), Milano, 2011, pp. 327-328, secondo il quale che «mentre la soluzione sopra indicata [*ndr. recesso ad nutum per la mera presenza della clausola statutaria*] appare convincente se riferita alle clausole che sanciscono l'intrasferibilità assoluta della partecipazione, non altrettanto è a dirsi per quelle che subordinano la cessione della quota al mero gradimento della società. In questo caso, infatti, l'interesse del socio a liberarsi dal vincolo sociale diviene attuale solo ove il *placet* al trasferimento della partecipazione non venga concesso. Pertanto, non si vede quale sarebbe l'interesse meritevole di tutela qualora il socio decidesse di esercitare il recesso prima o addirittura a prescindere da una richiesta (poi eventualmente negata) di gradimento. Fondato appare dunque il rischio, avanzato in dottrina, che una interpretazione letterale della norma induca la prassi ad eliminare le clausole di (mero) gradimento dagli statuti delle S.r.l. in quanto sostanzialmente inutili e potenzialmente dannose»).

³² Così recentemente Trib. Milano, Sez. spec. in materia di impresa, 30 dicembre 2019, in *NDS*, 2, 2020, qui a p. 203.

studiato dalla dottrina civilistica³⁴ e lavoristica³⁵, ma sembra aver successivamente perduto gran parte della sua rilevanza, poiché «tutto in vero è discusso o per lo meno incerto: dai tipi negoziali caratterizzati dall'*intuitus* agli effetti giuridici che a siffatta caratterizzazione conseguono alla stessa nozione di *intuitus* nonché ai criteri per individuarne la presenza»³⁶.

Da qui la conclusione³⁷ che l'*intuitus* vada riferito «alla fase prodromica del rapporto» di lavoro³⁸. La «contemplazione della persona e delle sue qualità»³⁹ come elemento essenziale della stipulazione del contratto⁴⁰. Anche perché nella fase funzionale del

³³ P. TOSI, *Intuitus personae e fiducia*, in *ADL*, 2012, 3, qui a p. 539.

³⁴ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. IV, Firenze, 1925, p. 81; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 397; A. GALASSO, *Errore sulla persona, personalità della prestazione e intuitus personae*, in *RTDPC*, 1973, p. 1331.

³⁵ Praticamente tutta la prima parte dell'opera di C. SMURAGLIA, *La persona del lavoratore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, il primo capitolo di M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, Milano, 1972 ed il secondo capitolo di S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980.

³⁶ A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, I, qui a p. 624 nt. 3. La dottrina civilistica ha individuato quali "effetti" riconducibili all'*intuitus* l'infungibilità, l'intrasmissibilità dell'obbligazione *inter vivos* o *mortis causa*, la rilevanza determinante dell'errore sulla persona, l'efficacia estintiva dell'impossibilità sopravvenuta. Tali effetti tuttavia si producono in modo eterogeneo a seconda della tipologia contrattuale di volta in volta presa in considerazione rendendo impossibile la ricostruzione di una categoria unitaria di contratti conclusi *intuitu personae*.

³⁷ G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, pp. 47-48.

³⁸ P. TOSI, *Intuitus personae e fiducia*, cit., qui a p. 540.

³⁹ A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, cit., qui a p. 628.

⁴⁰ Così secondo C. SMURAGLIA, *La persona del lavoratore nel rapporto di lavoro*, cit., spec. p. 15, il quale però riteneva che il rapporto di lavoro non nascesse *intuitu personae* per il semplice fatto che «si ha *intuitus* ogni volta che la considerazione della persona e delle sue qualità sia stato il motivo determinante del consenso ed ogni volta che essa permei, nelle varie fasi di svolgimento, l'intero rapporto» (qui a p. 37). Di qui la nota critica di F. CARINCI, *Recensione a C. Smuraglia. La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1968, qui a p. 298 secondo cui poteva anche essere che il rapporto non nasca *intuitu personae*, ma «resta vero che il rapporto tende ad impernarsi su un giudizio specifico circa la rispondenza del prestatore alla posizione che si andrà concreta-

rapporto è comunque fatto «*divieto al datore di lavoro [...] di effettuare indagini [...] su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore*»⁴¹.

La scelta del contraente dipende dunque da un giudizio prognostico sia riguardo alle qualità soggettive (personali) che quelle oggettive (tecniche) del potenziale prestatore di lavoro⁴².

E persino nei casi in cui tale giudizio non è possibile, l'ordinamento vi pone rimedio: quando il rapporto sorge in virtù del sistema del collocamento obbligatorio dei soggetti appartenenti alle categorie elencate nell'art. 1 della legge 2 aprile 1968, n. 482⁴³, l'imprenditore può rifiutarsi di assumere un disabile se la qualifica non corrisponde al profilo richiesto dall'azienda⁴⁴ ovvero se non supera il periodo di prova⁴⁵.

mente specificando in relazione alla data organizzazione del lavoro». Infatti, successivamente M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., qui a pp. 42-43 aveva sostenuto che «il previo accertamento e controllo, anche se in via informale e diretta, delle attitudini morali [...] del soggetto da assumere, e di altre attitudini, [...] pur esulando dal profilo professionale» è determinante ai fini della stipulazione del contratto, perché «la persona di colui che aspira ad essere immesso nell'organizzazione aziendale non è, di regola, indifferente per il datore di lavoro». La verità è che SMURAGLIA intendeva soprattutto esorcizzare la fiducia negando la nascita del rapporto *intuitu personae*. Infatti, fin dalle prime pagine del suo libro sulla «persona del prestatore di lavoro», opera una serrata critica nei confronti del concetto di fiducia, al fine di smentire nelle conclusioni – della prima parte – il fondamento fiduciario del recesso per giusta causa così come teorizzato da MANCINI e di cui si parlerà prosiegua del testo.

⁴¹ Nessuno ignora che tale divieto si pone anche al momento della stipulazione del contratto. Il datore di lavoro non è però tenuto a motivare il rifiuto di una domanda di lavoro, ponendosi al momento della costituzione del rapporto un concreto problema di effettività della prima parte della disposizione (in questi termini già A. CATAUDELLA, *Commento all'art. 8*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, p. 236).

⁴² P. TOSI, *Intuitus personae e fiducia*, cit., qui a p. 541.

⁴³ Per negare l'*intuitus personae* nel rapporto di lavoro, utilizzava un esempio del genere (quello del collocamento su richiesta numerica) C. SMURAGLIA, *La persona del lavoratore nel rapporto di lavoro*, cit., Cap. III, I parte.

⁴⁴ Tra le tante, vedi Cass. 22 giugno 2010, n. 15058, in *One Legale Wolters Kluwer*.

⁴⁵ Cass. 17 novembre 2010, n. 23224, in *One Legale Wolters Kluwer*. Ciò perché la specifica previsione contrattuale di una prova non esclude la possibilità di esprimere il proprio gradimento. E infatti vedi anche P. TOSI, *Intuitus personae e*

Si può dire, tuttavia, che il *gradimento* del datore di lavoro non sempre si esprime soltanto al momento della costituzione del rapporto di lavoro⁴⁶.

Si sostiene che le qualità della persona del prestatore di lavoro assumano comunque rilevanza, nella fase funzionale del rapporto di lavoro, in quanto incidono su quella fiducia ritenuta presupposto essenziale del rapporto di lavoro subordinato⁴⁷. Infatti, per fiducia si intende proprio «quanto della persona del lavoratore, a prescindere dalle sue capacità tecniche, si riverbera nel rapporto di lavoro, e quindi nella relazione con l'imprenditore e con lo stesso ambiente nel quale viene svolta l'attività»⁴⁸.

fiducia, cit., p. 542: «singolarmente i giuslavoristi non hanno mai opportunamente considerato la circostanza che già quando l'art. 2118 Cod. Civ. prevedeva il recesso *ad nutum* con preavviso da tutti i rapporti di lavoro subordinato, l'art. 2096 Cod. Civ. consentiva il recesso libero nel periodo di prova. Un recesso quindi che non poteva, e tuttora non può spiegarsi, se non in una prospettiva squisitamente fiduciaria: la valutazione della rispondenza del lavoratore alle mansioni attribuite e alla posizione da lui occupata nell'organizzazione di lavoro. Qui, una valutazione affatto soggettiva, insuscettibile di oggettivazione. È vero che in dottrina si è cercato di esplorare l'assoggettabilità a controllo giudiziale del mancato superamento della prova, ma senza successo. La giurisprudenza è rimasta sorda a queste sollecitazioni e dal più è pervenuta ad affermare l'illiceità del recesso in caso di insussistenza o eccessiva esiguità del periodo di prova».

⁴⁶ Il prestatore di lavoro si considera comunque *gradito* al datore di lavoro – e viceversa (ma il lavoratore può comunque sempre dimettersi *ex art. 2118 c.c.*, previo rispetto del preavviso) – se questi non si pronunzia diversamente entro il termine fissato *ex art. 2096 c.c.*

⁴⁷ Fin da L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1915, spec. qui a p. 639. Nei tempi più recenti, proprio nel senso del testo, vedi però anche P. TOSI, *Intuitus personae e fiducia*, cit., qui a pp. 540-541: «I concetti di *intuitus personae* e di fiducia nella persona non sono identificabili perché, sebbene esprimano un medesimo fenomeno (la rilevanza delle qualità della persona nel rapporto contrattuale), lo riguardano da angolazioni e prospettive differenti. L'*intuitus* si presta ad essere riferito alla fase prodromica del rapporto, anche per l'etimologia, "considerazione della persona", implicante la scelta dell'altro contraente sulla base di una valutazione prognostica circa la sua rispondenza alle proprie esigenze. La fiducia si presta ad essere riferita alla fase dinamica di un rapporto di durata, anche per l'etimologia, "affidamento", basata sulla valutazione proiettiva della probabile continuità di detta rispondenza».

⁴⁸ È la definizione di G. GIUGNI, *Verso il tramonto del recesso ad nutum*. *La*

Del resto, il concetto di fiducia, al quale in passato era è stata data notevole rilevanza in passato⁴⁹, non sembra aver perso alcuna rilevanza in ragione della sua stretta correlazione con il licenziamento⁵⁰.

Il *gradimento*, in effetti, assumeva di fatto rilevanza anche nel Codice civile con riferimento alla cessazione del rapporto di lavoro: quando l'art. 2118 c. c. aveva ribadito la piena libertà del recesso per ambedue le parti⁵¹, si era finito per ammettere che il datore di lavoro ed il lavoratore fossero titolari di una riserva di *gradimento*.

In un simile contesto, «la dottrina, sviata della fiduciarità del rapporto di lavoro, non ritenne di dover porre in dubbio la caratteristica arbitrarietà con la quale il recesso dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato era stato fin dall'origine configurato»⁵².

Senonché, il “nuovo” Codice civile aveva affiancato al recesso

disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria, in *RDL*, 1953, I, qui a p. 247.

⁴⁹ Su tutti vedi C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004 e L. ZOPPOLI, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Padova, 2005, p. 846.

⁵⁰ P. TOSI, *Intuitus personae e fiducia*, cit., qui a p. 542.

⁵¹ Proprio come per il contratto con riserva di non *gradimento* (art. 1520, comma 3, c.c.) anche CARNELUTTI giustificava nello schema della condizione il recesso dai contratti di lavoro a tempo indeterminato, ai tempi in cui la regola era che “nessuno può obbligare la sua opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa” (art. 1628 Codice civile del regno d'Italia) e l'eccezione che “se la locazione è stata fatta senza determinazione di tempo, non può alcuna delle parti contraenti dare la licenza all'altra, senza osservare i termini stabiliti dalla consuetudine dei luoghi” (art. 1609 Codice civile del regno d'Italia). Infatti, CARNELUTTI riteneva che il codice ammettesse una risoluzione fondata sulla volontà delle parti previa concessione del preavviso perché il recesso convertiva il rapporto di lavoro da tempo indeterminato a tempo determinato. Secondo tale ricostruzione, pertanto, il rapporto di lavoro era sottoposto ad una condizione potestativa – da esprimere tramite un recesso senza giustificati motivi – di ognuna delle parti (in posizione formalmente paritaria), che una volta espressa riportava l'eccezione del tempo indeterminato alla regola della temporaneità del rapporto di lavoro (F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, in *RCComm.*, 1911, 1, qui a p. 391).

⁵² M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1971, qui a pp. 596-597.

«ordinario»⁵³ fino a quel momento conosciuto (e poi confluito nell'art. 2118 c.c.) un nuovo tipo di recesso «straordinario», quello per giusta causa.

Con la riflessione di MANCINI sul licenziamento *ex art.* 2119 c.c. avveniva così «il mutamento di finalità del richiamo alla fiducia: alle origini viene utilizzata per fondare il recesso *ad nutum*, poi per giustificare l'esonero dal preavviso; infine quale fatto idoneo a fondare la legittimità di un potere di risoluzione autonomo rispetto al recesso *ad nutum*»⁵⁴. Infatti, secondo quest'Autore, la giusta causa non coincideva solamente con l'«inadempimento vero e proprio degli obblighi contrattuali o legali», ma includeva altresì «eventi o contegni estranei alla sfera del contratto e magari oggettivamente leciti» se idonei a «menomare il rapporto di fiducia tra le parti»⁵⁵.

In tale prospettiva, il *gradimento* del datore di lavoro nei confronti della persona del prestatore di lavoro passava dunque surrettiziamente dall'essere consacrato nell'art. 2118 c.c. all'art. 2119 c.c. Un passaggio poco significativo a quei tempi, perché non metteva in dubbio la risoluzione del rapporto, incidendo “semplicemente” sul diritto del lavoratore a “ricevere” il preavviso⁵⁶.

Quel passaggio è stato però molto più che significativo, perché ha finito col tradire anticipatamente il successivo intervento del

⁵³ G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Il recesso ordinario*, Milano, 1962.

⁵⁴ C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, cit., qui a p. 70.

⁵⁵ G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e rapporti di lavoro*, Vol. 2. *Il recesso straordinario, il negozio di recesso*, Milano, 1965, qui a p. 45. Ma di questo avviso era anche F. SANTORO PASSARELLI, voce *Giusta causa*, in *NovissDI*, VII, 1961, p. 1108, nonché ID., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1975, qui a p. 241, secondo cui la «giusta causa [...] è costituita da quei fatti che, senza rendere impossibile la prestazione, alter[a]no, anche indipendentemente dalla colpa dell'altra parte, la fiducia fra le parti». Così come anche L. RIVA SANSEVERINO, *Della impresa*, in *Commentario del codice civile, V art. 2119 c.c.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1969, qui a p. 526, secondo cui le «implicazioni personali e fiduciarie del rapporto» che possono giustificare il recesso senza preavviso e di F. SANTORO PASSARELLI.

⁵⁶ F. OLIVELLI, *L'inadempimento e la fiducia nella giusta causa di licenziamento*, in *ADL*, 2018, 1, qui a p. 157: «in quel periodo l'imprenditore non incontrava ancora ostacoli ad estinguere il rapporto di lavoro potendo fare liberamente ricorso al recesso ordinario piuttosto che alla giusta causa».

legislatore volto a limitare l'esercizio del potere di licenziamento⁵⁷. Infatti, come è noto, qualche anno dopo l'entrata in vigore l'entrata in vigore del Codice civile, all'originaria esigenza di garantire ad ambedue le parti del rapporto di lavoro la libertà di recedere si è sostituita l'altra di realizzare sul piano sostanziale il rispetto dei valori della persona umana implicata nella esecuzione di un lavoro subordinato⁵⁸.

Proprio per queste ragioni è stata introdotta⁵⁹ la legge n. 604/1966⁶⁰.

⁵⁷In questo senso M. PERSIANI, *Confessioni di un giuslavorista nonagenario sui limiti al potere di licenziamento*, in *ADL*, 2021, 5, qui a p. 1146: «la tendenza della giurisprudenza a dare rilevanza alla fiducia del datore di lavoro [...] non solo comporta violazione della disposizione del terzo comma dell'art. 30 della legge n. 183 del 2000 [...], che impone ai giudici il rispetto dei codici disciplinari sindacali in quanto questi mai prendono in considerazione la mancanza di fiducia del datore di lavoro come unica, o almeno prevalente, giustificazione del licenziamento come sanzione disciplinare estintiva. Quella tendenza tradisce anche il senso in cui il legislatore, con una disposizione che tuttora è determinante nel limitare il potere di licenziamento, e cioè l'art. 3 della legge n. 604 del 1966, ha previsto che il motivo soggettivo di licenziamento sia costituito da un "notevole inadempimento" e, di conseguenza, ha imposto che l'art. 2119 Cod. Civ. sia interpretato in modo diverso da quello tradizionale».

⁵⁸M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, cit., qui a p. 601.

⁵⁹Come anticipato da Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45, in *FI*, 1965, I, c. 1118: «se, infatti, è vero che l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti».

⁶⁰Considerata giustamente più importante dello stesso art. 18, legge n. 300/1970 da M. PERSIANI, *Confessioni di un giuslavorista nonagenario sui limiti al potere di licenziamento*, cit., qui al par. 29.

La limitazione al potere di licenziamento avrebbe dovuto chiarire che la mancanza di fiducia non poteva, di per sé, essere considerata come una legittima ragione estintiva del licenziamento per giusta causa⁶¹. Lo stesso MANCINI aveva peraltro cambiato idea sul rapporto tra giusta causa e fiducia, ammettendo che «il risultato più importante (verrebbe da dire più eversivo) cui la legge n. 604 consentiva di giungere» era stato quello della «“spersonalizzazione” del rapporto di lavoro»⁶².

Nondimeno il mutamento di finalità del richiamo alla fiducia si era oramai consumato, trovando nuova elezione nel licenziamento *ex art.* 2119 c.c.⁶³. Specialmente quando si parla di condotte del prestatore di lavoro giudicate come moralmente riprovevoli il licenziamento si intende per giusta causa⁶⁴.

La qualificazione della giusta causa come «norma elastica»⁶⁵

⁶¹ In questi termini perentori, a fronte di una più ampia riflessione, F. OLIVELLI, *L'inadempimento e la fiducia nella giusta causa di licenziamento*, cit., qui a p. 161.

⁶² Così G.F. MANCINI, *Commento all'art. 18*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1981, p. 91 anche se poi lo stesso Autore in nt. 12 afferma che ai fini della giusta causa comunque rilevano «inadempimenti in senso stretto della parola, ossia ad esclusione di ogni evento o contegno estraneo alla sfera del vincolo che vulneri la fiducia dell'imprenditore», essendo «ovvia la differenza tra questo concetto di “fiducia” e quello emergente dall'art. 1564 cod. civ.». A tal proposito, tuttavia, vedi la condivisibile posizione di F. OLIVELLI, *L'inadempimento e la fiducia nella giusta causa di licenziamento*, cit., qui a p. 170, secondo il quale non sarebbe nemmeno possibile invocare l'art. 1564 c.c. al fine di oggettivizzare la fiducia (così come affermato in nota da MANCINI e nei tempi più recenti R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, in *ADL*, 2015, 2, qui a p. 276), perché anzitutto tale disposizione disciplina la risoluzione giudiziale del contratto, mentre il recesso è atto unilaterale. In secondo luogo la somministrazione delle cose è fattispecie ben diversa e distinta dal lavoro subordinato se non altro perché questo, a differenza di quel contratto, implica la persona umana (in questo senso già C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., qui a p. 27).

⁶³ Proprio su questo si fonda l'approfondito studio di C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, cit., qui a p. 70.

⁶⁴ F. PANTANO, *“Fiducia” e libertà della persona nel licenziamento motivato dai così detti comportamenti “extra lavorativi”*, in *VTDL*, 2017, 1, qui a p. 250.

⁶⁵ *Ex multis*, Cass. 12 agosto 2009, n. 18247, in *MGC*, 2009, 9, p. 1258: «la

permette al datore di lavoro di esprimere ancora il proprio *gradimento* nei confronti delle qualità personali del prestatore di lavoro, senza tener conto dell'influenza che invece avrebbe dovuto esercitare l'art. 3 della legge n. 604/1966⁶⁶.

Il datore di lavoro tenta dunque ancora di «fagocitare la dimensione personale del contraente»⁶⁷.

La persona del prestatore non costituisce però chiaramente l'oggetto dell'obbligazione di lavorare⁶⁸.

In effetti, il *gradimento* del datore di lavoro nasce più propriamente dall'elemento personalistico dell'obbligazione di lavoro⁶⁹. Si tratta, infatti, di un giudizio che deriva dall'implicazione della persona nella prestazione di lavoro.

L'implicazione della persona del lavoratore nel rapporto è uno dei dati caratteristici e fondamentali del diritto del lavoro⁷⁰, ma

giusta causa di licenziamento, quale fatto "che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto", configura una norma elastica, in quanto costituisce una disposizione di contenuto precettivo ampio e polivalente destinato ad essere progressivamente precisato, nell'estrinsecarsi della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, fino alla formazione del diritto vivente mediante puntualizzazioni, di carattere generale ed astratto. A tale processo non partecipa invece, la soluzione del caso singolo, se non nella misura in cui da essa sia possibile estrarre una puntualizzazione della norma mediante una massima di giurisprudenza. Ne consegue che, mentre l'integrazione giurisprudenziale della nozione di giusta causa a livello generale ed astratto si colloca sul piano normativo, e consente, pertanto, una verifica di legittimità sotto il profilo della violazione di legge, l'applicazione in concreto del più specifico canone integrativo, così ricostruito, rientra nella valutazione di fatto devoluta al giudice di merito, e non è censurabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione insufficiente o contraddittoria».

⁶⁶ F. OLIVELLI, *L'inadempimento e la fiducia nella giusta causa di licenziamento*, cit., qui a p. 160.

⁶⁷ L. CALCATERRA, *Il licenziamento per fatti e comportamenti estranei al rapporto di lavoro*, in *DML*, 2000, 3, qui a p. 613.

⁶⁸ Proprio di recente V. BAVARO, *Sul concetto giuridico di Lavoro fra merce e persona*, in *LD*, 2021, 1, p. 41. Ma su tutti vedi l'opera di C. SMURAGLIA, *La persona del lavoratore nel rapporto di lavoro*, cit.

⁶⁹ A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli 1974, p. 93.

⁷⁰ Secondo C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., p. 173 per "implicazione della persona del prestatore di lavoro nel rap-

tale l'implicazione determina, semmai, un'esigenza di tutela della libertà e della stessa personalità del lavoratore⁷¹.

Il rilievo della persona del prestatore determina cioè posizioni attive nei confronti del datore di lavoro come la "tutela della personalità morale"⁷².

L'implicazione della persona nel rapporto dovrebbe dunque essere «il canale per l'amplificazione dei crediti del lavoratore»⁷³ di natura anche non patrimoniale (art. 1174 c.c.).

Sul piano orizzontale tale implicazione della persona nell'obbligazione di lavoro esprime allora un'esigenza di «partecipazione dello stesso lavoratore alla vita e al funzionamento dell'organizzazione della quale fa parte»⁷⁴. Infatti, le posizioni attive dei lavoratori determinate dall'esigenza di una "tutela delle condizioni di lavoro", come persona inserite nell'organizzazione, possono essere considerate espressione della c.d. democrazia industriale⁷⁵. Nel senso che l'implicazione della persona del prestatore di lavoro non può

porto" si intendevano erroneamente quattro significati: a) la persona è implicata nel rapporto, in quanto ne è l'oggetto; b) l'implicazione della persona sotto il profilo di un particolare rapporto di intrinsecità o immanenza, tra la prestazione e la persona del debitore; c) l'implicazione come particolare situazione in cui si trova chi presta la propria opera alle dipendenze altrui e come tale resta anche personalmente coinvolto nel rapporto; d) l'implicazione considerata da un punto di vista eminentemente soggettivo che pone l'accento sul lato attivo della posizione del prestatore.

⁷¹ In questo senso depone la storica frase di F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1948, qui a p. 3: «mentre gli altri contratti riguardano l'avere delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'avere per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro bene».

⁷² M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., qui a p. 28.

⁷³ Le parole sono di P. TOSI, *Intuitus personae e fiducia*, cit., p. 539 anche se non vengono utilizzate nel senso attribuitogli nel testo.

⁷⁴ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., qui a p. 28.

⁷⁵ Secondo M. PEDRAZZOLI, *Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Costituzione. Chiose e distinzioni sul declino di un'idea*, in *RIDL*, 2005, I, qui p. 437: «sono partecipazione i procedimenti o congegni di attribuzione di competenze normative in virtù dei quali i lavoratori (e/o loro rappresentanti) concorrono alla formazione di regole (decisioni) destinate a disciplinare le condizioni di lavoro e di vita». Ma similmente anche in M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano, 1985, qui a pp. 176-177.

condizionare, a sua volta, l'occupazione di chi lavora per vivere.

Il concetto di *gradimento* nei rapporti di lavoro evocato nel titolo del libro va dunque inteso in funzione di quest'ultima esigenza. Si tratta di un interesse a collaborare con persone *gradite* che è rilevante sul piano giuridico in quanto diritto che non deriva dall'essere (contro)parte di un rapporto di lavoro, ma dall'essere parte di una organizzazione di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c.

In tale prospettiva, il datore di lavoro è obbligato a intervenire per tutelare l'implicazione della persona dei prestatori di lavoro, quando un altro lavoratore non è più *gradito*. Mentre il rapporto che lega persona, contratto e organizzazione è essenzialmente un effetto che deriva della rilevanza del *gradimento* sul piano orizzontale.

Ciò perché il datore di lavoro interviene per ricomporre un eventuale conflitto tra diritti alla "*personalità morale*" dei vari prestatori di lavoro.

Non si vuole intendere (né si vuole dimostrare) che il datore di lavoro ha il dovere/diritto di recedere dal contratto quando il lavoratore non è più *gradito* agli altri colleghi. Con quanto detto si vuole soltanto affermare che la persona del prestatore di lavoro non può essere astratta dalla sua «collocazione nell'organizzazione aziendale, e quindi anche nella rete di relazioni interpersonali, non solo tra le parti, che in essa si intrecciano»⁷⁶. Infatti, il licen-

⁷⁶ P. TOSI, *Intuitus personae e fiducia*, cit., qui a p. 542. Non a caso viene attribuita sempre più importanza alle capacità relazionali dell'individuo nei processi di selezione del personale. L'intento principale di tali processi è proprio intercettare nei candidati competenze e «atteggiamenti "agiti"» che possano essere predittivi del modo di agire della persona nei contesti lavorativi (L. INNOCENTI, *Scegliere le persone attraverso la selezione*, in G. GABRIELLI, S. PROFILI (a cura di), *Organizzazione e gestione delle risorse umane*, Torino, 2012, qui a p. 171). Infatti, la scienza che studia l'organizzazione e gestione delle risorse umane pone da sempre l'accento sulla personalità dell'individuo. Sono essenzialmente cinque grandi fattori della personalità (M. PILATI, *Il comportamento individuale nelle organizzazioni*, in G. GABRIELLI, S. PROFILI (a cura di), *Organizzazione e gestione delle risorse umane*, Torino, 2012, qui a p. 88): il nevroticismo, estroversione, apertura, amabilità e coscienziosità: «la caratteristica della stabilità emotiva, vista dal lato negativo, è anche chiamata nevroticismo. Considerando i tratti delle persone con bassa stabilità emotiva, altamente nevrotici, emerge che essi tendono ad essere emotivi, tesi, insicuri, con alti livelli di ansietà, facilmente tristi e deprimibili, sospettosi e con scarsa autostima. Alcuni dei tratti specifici di una persona estroversa