

AIDLASS
IL DIRITTO DEL LAVORO NEL SISTEMA GIURIDICO PRIVATISTICO
GIORNATE DI STUDIO
Parma, 4-5 giugno 2010

**L'ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGAZIONE DI LAVORO TRA
CRITERI LAVORISTICI E PRINCIPI CIVILISTICI**

Antonio **VISCOMI**
Dipartimento Dopes
Università *Magna Graecia* di Catanzaro
viscomi@unicz.it

Sommario: 1. Confini - 2. Contrappunto - 3. Intersezioni - 4. Paradigmi - 5. Sfide - 6. Interpreti - 7. Metodi - 8. Trappole - 9. Adempimento - 10. Funzioni - 11. Complessità - 12. Lavorare - 13. Contemperamento - 14. Radicamento - 15. Difformità - 16. Capitoli - 17. Diligenza - 18. Calcolabilità - 19. Modelli - 20. Standard - 21. Integrazione - 22. Qualità - 23. Quantità - 24. Performance - 25. Finale

Nota bibliografica: La bibliografia sui temi trattati è imponente. Non avendo alcuna intenzione di seguire il «rimedio facile» proposto nel prologo del Don Chisciotte – «voi non dovete fare altro che pigliare un libro che li citi tutti dall'A alla Z, come dite voi, e riprodurre questo elenco alfabetico nel vostro libro (...) e quando quel lungo catalogo d'autori non giovasse ad altro, gioverà per lo meno a dar subito di primo colpo autorità al libro» – mi limito in questa sede (e per evidenti motivi) a riconoscere il debito dei confronti dei soli autori le cui parole ho riportato testualmente e quindi tra virgolette. Naturalmente, molti di più sono gli autori in credito e qui non citati. Rinvio alla stesura definitiva per il corretto apparato citazionale e bibliografico.

1. Confini - Mi è stato affidato il compito di condividere una riflessione sull'adempimento dell'obbligazione di (prestare) lavoro (subordinato), nell'ambito di un più ampio scenario volto a saggiare lo stato dei confini tra il sistema del diritto del lavoro e quello del diritto comune dei contratti. Confesso subito di nutrire una particolare (e credo comprensibile) preoccupazione intorno ai rischi che l'argomento indicato, segnato da una inusuale estensione tematica e da una pari intensità problematica, è in grado di catalizzare.

Fra questi, ritengo che almeno due siano da evitare con accurata attenzione. Da un lato, l'ambizione alla completezza espositiva, peraltro qui sollecitata tanto dalle intersezioni tematiche che aggrovigliano la disciplina dell'adempimento, quanto dal necessario dialogo con Maestri che il diritto hanno pensato e insegnato e dei quali nessuna frase e nessuna osservazione si vorrebbe trascurare (anche a costo di violare l'impegno assunto con il Consiglio Direttivo: quello cioè di privilegiare la sintetica e selettiva

individuazione dei punti di più intensa discussione). Dall'altro lato, la tentazione di riproporre, ancora una volta, una sterile contrapposizione tra regole e tecniche di diritto comune e regole e tecniche del diritto del lavoro, enfatizzando antiche e mai sopite dispute sull'autonomia (assiologica, prima ed oltre che strutturale e morfologica) di questo rispetto a quello, con il conseguente rischio di impegnarsi in una discussione meramente teoretica ed aprioristica sul metodo del (e nel) diritto del lavoro e fors'anche di impelagarsi «in irrilevanti prologhi in cielo» (Rodotà).

A tanto potrebbe anche indurre una istintiva contrapposizione dei termini “criteri” e “principi” utilizzati nel titolo della relazione, potendosi reputare, quelli riferiti al lavoro, come caratterizzati da un più corposo carattere pratico-operativo e ritenere invece questi, riferiti al diritto civile, come segnati da un più sussiegoso e incontaminato carattere astratto o da una più significativa funzione ordinante. Funzione che qui anzi, e proprio sulla base di quella stessa formulazione, potrebbe addirittura ritenersi orgogliosamente rivendicata alla sfera del diritto comune, a dispetto della frammentata pluralità dei microsistemi, da alcuni rigorosamente teorizzata e da altri tradotta addirittura nell'affermata «vanità» di ogni pretesa di natura sistematica (Breccia), soprattutto se e quando tale pretesa si presuma ancora radicata nella «immagine unificante di un'antropologia individualistica-possessiva» (Breccia), quand'anche assunta sotto nomi differenti e più consoni alla sensibilità dell'uomo contemporaneo (si pensi, ad esempio, al diffuso tentativo di radicare nella «soggettività del vissuto» individuale la ridefinizione degli assetti di tutela: cfr. Libro Bianco 2001, § I,3,2).

2. Contrappunto - Semmai, la indubbia valenza culturale e scientifica della questione, e il suo essere pregiudizialmente essenziale per il corretto inquadramento teorico del tema oggetto di analisi, suggerisce di abbandonare fin da subito la strada della contrapposizione. Benché abitualmente non poco frequentato, un approccio di tal fatta ridonda nella prospettiva – rassicurante per alcuni, ma anche arbitrariamente semplificante per altri – della sostanziale incomunicabilità tra due ambiti che si presumono autonomi e pertanto chiusi ed autosufficienti. Peraltro, si tratta di un approccio analitico, di un metodo di indagine e insomma di una chiave di lettura del fenomeno giuridico tale da sollecitare o comunque non impedire, tanto in letteratura quanto in accademia, l'affermarsi di ambigue e strumentali venature identitarie (e di

scuola) che ne hanno condizionato, e non poco, lo svolgimento. In effetti, com'è ben noto, la retorica identitaria non tollera le sfumature ed ama definirsi, anche nell'ambito che qui interessa, per via dell'ipostatizzazione *ad usum* di modelli teorici poco coerenti con il dato normativo, quando non sconfinanti, talvolta, nella pura «mitologia» giuridica (Grossi) o addirittura innervati in «giudizi mistificatori» (Nogler).

A mio sommo avviso, invece, quella stessa conclamata valenza euristica e ricostruttiva impone di tentare la strada, più proficua anche se certo tecnicamente più difficile, del contrappunto, caratterizzato, com'è ben noto ai cultori di musica, dal fatto che al *cantus firmus* si sovrappone ed intreccia una diversa linea melodica, in guisa tale che la sinfonia armonica risulta frutto maturo della sintesi musicale delle differenti ed autonome voci.

A ciò mi sospingono almeno due elementi. Da un lato, il non recente invito ad evitare ogni «esasperazione critica» ed a guardarsi «dagli appelli generici alle questioni metodologiche» (Ghera). Dall'altro lato, la definitiva certezza di chi intende quella tra diritto civile e diritto del lavoro (e più in generale tra diritto primo e diritti secondi: non ultimo il diritto commerciale, fra tutti egualmente o ancor più a contatto con le trasformazioni dell'economia e dei mercati) come una «partita doppia di dare ed avere» (Mengoni), certo complessa nella sua genesi – forse più di quanto si abbia comunemente voglia di credere – e non lineare ed anzi veramente intricata nella sua evoluzione. D'altronde, credo possa ragionevolmente convenirsi sul fatto che «il criterio elementare» costituito dal rapporto norma generale *versus* norma speciale, l'una con funzione integrativa l'altra a carattere derogatorio, non sia mai stato (e a maggior ragione non lo è ora) «il canone di governo stabile dei due ordini normativi». Per un verso, infatti, la generalità è stata «deformata» da una sovradeterminazione concettuale e di principio che ancora fa sentire il proprio peso attrattivo ed inerziale in sede di ricostruzione sistematica. Per altro e conseguente verso, la specialità è stata «influenzata dal pregiudizio di una minore nobiltà giuridica» (Breccia), naturalmente più nei cultori del diritto primo che in quelli dei diritti secondi.

Per questo aspetto, il rapporto tra gli artt. 1176 e 2104, principali regole codicistiche di governo dell'adempimento dell'obbligazione in generale e dell'obbligazione di lavoro in particolare, è, come si vedrà, del tutto emblematico. Emblematico, intendo, nel senso che proprio la riflessione sul ruolo e la funzione della regola di diligenza nell'ambito

dell'adempimento delle obbligazioni di fare tecnico-professionali è idonea a dimostrare gli intensi livelli di precomprensione che hanno trovato linfa e si sono poi annidati nella tradizionale configurazione dommatica della medesima regola, originariamente maturata in relazione alle obbligazione di dare, e in particolare di dare una cosa determinata, per le quali si poneva una concreta e pratica esigenza di custodire il bene dovuto al fine di conservare la stessa possibilità di adempiere.

Per questo motivo, non ho certo difficoltà e credo anzi sia ragionevole condividere la prospettiva di chi ha ritenuto che il dialogo tra categorie civilistiche e diritto del lavoro, lungi dall'oscurare «la conclamata specialità» di questo, possa concorrere a negare o almeno a contenere la «frantumazione del sistema» (Benedetti). Obiettivo plausibile, questo, a condizione però che si rinunci, sul piano concettuale ed assiologico, alla pretesa monopolizzante del sistema medesimo (e cioè, in definitiva, alla presunzione di centralità delle norme del codice e delle relative concettualizzazioni) e si riconosca semplicemente che norma generale e norma speciale costituiscono (o possono costituire) gli ineliminabili poli di una feconda dialettica. D'altronde, i limiti di tale pretesa sono ben evidenti, ove solo si consideri, ad esempio, la vicenda del pagamento parziale del debito: disciplinato dal codice del 1865 per governare la richiesta del debitore di rateizzazione del debito; assunto nel codice del 1942 a stregua di adempimento parziale dell'obbligo; probabilmente del tutto estraneo, in questa specifica configurazione, all'obbligazione di lavoro.

3. Intersezioni - Da questo punto di vista, credo anzi che proprio l'analisi della prospettiva dell'adempimento possa consentire al diritto del lavoro di restituire al diritto comune dei contratti elementi significativi per ridisegnare il senso attuale dello stesso rapporto obbligatorio e della sua fonte principale, il contratto, la cui ricostruzione generale inciampa oggi – come è stato efficacemente segnalato – nell'incertezza culturale, prima ancora che giuridica, tra una conformazione archetipica «rugiados(a) ma roccios(a)» (proposta, ad esempio, dai «taoistici» Principi di diritto europeo dei contratti, elaborati dalla commissione Lando) e una diversa natura «più rude» ma anche più «fluida» propria invece della prassi mercantile, comprensibilmente più attenta alla disciplina puntuale e preventiva per singole clausole di tutte le possibili evenienze contrattuali (Monateri).

Con buona pace dei paradossi, non manca addirittura chi, da civilista, lamenta la progressiva scomparsa, nel diritto comune, di letture antagoniste e conflittuali della relazione contrattuale, abitualmente conosciute invece nell'ambito delle relazioni collettive di lavoro. E si auspica pure, per altro verso, una tecnica argomentativa più pudica e meno retorica, «sfronda(ta) da eccessivi riferimenti alla solidarietà o al valore della persona umana» (Barcellona).

Naturale pietra di inciampo, come è facile intuire, è il ruolo delle clausole generali, esaltato dalla correlata enfattizzazione del carattere cooperativo e solidaristico della stessa relazione contrattuale. Ruolo che naturalmente ridonda nella funzione di controllo affidata alla giurisprudenza e che suggerisce, per altro verso, i ben noti tentativi legislativi di ridefinizione o neutralizzazione della medesima funzione, che sempre più frequentemente si vuole limitare, «in conformità ai principi generali dell'ordinamento», all'accertamento del presupposto di legittimità con esclusione di ogni «sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente» (da ultimo art. 30 ddl 1441 quater-D).

Ed è questione certo non indifferente rispetto al problema generale del contratto di lavoro e di quello specifico dell'adempimento. Basti pensare, per un verso, alle tecniche di controllo e di limitazione dei poteri privati, funzionali ad assicurare l'integrazione tra prestazione ed organizzazione. Ed è sufficiente considerare, per altro verso, la pretesa di ancorare a una dimensione genericamente personalistica non solo, e neppure tanto, la limitazione dei poteri del creditore, in ordine sia al c.d. esercizio negativo del credito sia agli atti di disposizione negoziale, quanto piuttosto l'interesse positivo del debitore ad adempiere.

Riprenderò le questioni al momento opportuno. Mi pare però siano immediatamente intuibili le ragioni per le quali il diritto comune possa risultare arricchito da un certo sguardo sulla disciplina dell'adempimento, in quanto rivolto ad un rapporto obbligatorio di durata in cui «l'obbligazione si concretizza quale rapporto molto più complesso di quello che risulta dal semplice obbligo legato alla prestazione principale» (Nogler), essendo destinato ad integrare prestazioni individuali in contesti organizzativi complessi, a loro volta caratterizzati da elevata correlazione con dinamiche esterne di mercato ed infine ad alta intensità di coinvolgimento della persona del lavoratore, non più soltanto in termini di assoggettamento al potere altrui e di impegno orario vincolante

ma anche e semmai di auto-regolazione professionale o di esplicita partecipazione culturale quando non di adesione a valori o ad una etica condivisa.

Intendo riferirmi, ad esempio, non solo alle ben conosciute innovazioni organizzative basate sulle tecniche di qualità, ma anche ai sempre più diffusi, e meno conosciuti, «credo aziendali» (Azzoni) e cioè a quei documenti prescrittivi, unilateralmente definiti, che si propongono, superando la già consolidata prospettiva della missione aziendale, di stabilire la visione del mondo che ne ispira l'attività e che si presume possa dilatare la sfera del *debitum* e conformare l'attività e la volontà del lavoratore sia in sede di esecuzione della prestazione professionale sia nel diverso ambito della vita personale, privata e pubblica. In questa prospettiva, i credo aziendali superano, e di molto, i codici di condotta attraverso i quali il creditore di lavoro, come è stato evidenziato, «s'appropria del consenso» (forse sarebbe meglio dire “espropria il consenso”) e per questa via (indiretta, ma efficace) «immette nel contratto di lavoro quei valori» (e direi anche, per quanto qui interessa, quei modi dell'azione) «che corrispondono alle proprie scelte aziendali» o che sono suggeriti «dalle moderne filosofie gestionali» (Montuschi), partecipando della funzione di identificazione della prestazione dovuta.

Insomma, se si considera che il capo II del titolo I del libro IV del codice è ancora costretto nell'identificazione concettuale tra pagamento e adempimento (tanto che un'opera enciclopedica come il Digesto non presenta la voce 'adempimento' e tratta programmaticamente sotto la voce 'pagamento' (Cian) dell'atto solutorio relativo all'obbligazione di qualsivoglia contenuto, e non soltanto delle obbligazioni aventi come oggetto il trasferimento della titolarità di cose, e in particolare di una somma di denaro, cui l'accezione più ristretta del termine pagamento ordinariamente si riferisce, e sulla quale, storicamente, la teoria e la disciplina generale dell'attività solutoria appaiono costruite), e se si riflette ancora sulla reciproca relazione che mutuamente arricchisce e conforma il diritto primo e i diritti secondi, allora prezioso ancora oggi si manifesta il pensiero di Tullio Ascarelli.

Proprio tale autore, infatti, in anni ormai lontani, segnalando il fatto che, «insieme ed intorno alle norme tradizionali del diritto privato e dei suoi istituti tipici» sanzionati dalla «veneranda autorità» dei codici, vi fosse (già allora) una «moltiplicazione» delle norme che «limitano ed integrano gli istituti tradizionali», evidenziava anche e soprattutto il processo evolutivo di progressiva osmosi tra l'esperienza consolidata nei

codici e le norme «estranee e lontane», e in questa sorta di processo alchemico intravedeva lo strumento permanente di creazione di un sistema giuridico moderno ed efficiente. A tale stregua, appare esercizio di evidentemente inutilità «assegnare a priori patenti di nobiltà e di miseria a questo o a quel corpo di norme», dovendosi piuttosto tentare di «comprendere il senso di un'interazione storica che ogni volta si presenta con volti diversi, pur nella costanza di alcuni nuclei resistenti». E' forse banale dirlo, ma certo vale la pena ricordarlo: ogni prospettiva giuridica è situata nel tempo e nello spazio e presuppone una retrospettiva e un'ambientazione sociale e culturale. Conseguenzialmente, deve ammettersi che «l'ignoranza di un tale duplice presupposto trasforma la prospettiva in miraggio», giacché «il fraintendimento – a causa della trasposizione nel passato dell'attualità (o viceversa) e della perdita delle distinzioni critiche nel tempo presente – falsa la prospettiva o è l'effetto della sua intrinseca falsità» (Breccia).

Alla luce di questa considerazioni preliminari, è dunque ragionevole ritenere fin da subito, e proporre come prima chiave di lettura del tema di riflessione, lo stato di relativa permeabilità dei confini considerati, forse proprio per questo meglio definibili a stregua di frontiera: è questa, infatti, in quanto luogo di transizione, a rappresentare l'apertura e l'integrazione ed a consentire pratiche di ibridazione laddove quelli, invece, hanno a che fare con la chiusura identitaria e con le pratiche di distinzione. Le frontiere, insomma, a differenza dei confini, consentono di «sentirsi anche dall'altra parte» (Claudio Magris).

4. Paradigmi – Tuttavia, le suggestioni di una linea di frontiera – luogo di incrocio di identità e differenze, di continuità e rotture – possono anche accompagnarsi, come è noto, ai segni dolorosi di un incerto spaesamento, soprattutto quando fragile è l'identità di chi quella linea si propone di attraversare. E quasi di tal genere è la sensazione del giurista (e del giurista del lavoro in particolare) quando diventa consapevole di una duplice fragilità metodologica e concettuale. Quando cioè diventa consapevole, da un lato, del fatto che il rigore sistematico è da (troppo) tempo insidiato ed offuscato dalla immediata prevalenza, in sede ermeneutica, di una razionalità orientata esclusivamente agli effetti, accompagnata dalla preponderanza di argomenti desunti da altri saperi «o dal vasto catalogo dei luoghi comuni» (D'Antona) e caratterizzata dalla banalizzante

enfaticizzazione dell'approccio analitico e degli strumenti dell'esegesi formale-testuale. E consapevole ancora, dall'altro lato, dell'impossibilità di ridurre il necessario recupero del rigore sistematico nella mera riscoperta della dimensione logico-deduttiva e neppure di tradurlo in una ingiustificata chiusura cognitiva nei confronti della realtà fenomenica e materiale.

A fronte di ciò, il tentativo di contenere quella fragilità con una nostalgica difesa dell'opzione sistematica tradizionale costituisce, a me pare, una semplificazione ideologica destinata a sostituire all'analisi critica del diritto effettivamente praticato «un'immagine di comodo e del tutto irrealistica» (Breccia): ciò che si definisce, appunto, un'ideologia e che Monateri nominerebbe, icasticamente, come «racconto intorno al fuoco». E mi pare ancora che l'accentuazione (a volte anche consapevolmente praticata) della logica del frammento sia destinata a provocare o comunque a non impedire una sorta di regressione del punto di vista giuridico a pura tecnica, sollecitando, in particolare nel giurista del lavoro, «la tentazione di privilegiare una sorta di cultura dell'effimero» (Persiani) in cui il diritto, alla fin fine, «presta esclusivamente la sua efficacia e racconta sempre meno della sua storia» (Resta).

Alla luce di tali premesse, appare scarsamente plausibile e per nulla produttivo tentare ancora di giustificare razionalmente una immediata identificazione tra metodo giuridico e astratta formalizzazione concettuale e, su tale base, negare valore di scientificità a narrazioni diversamente ispirate o a più suggestivi linguaggi. Nessun può certo revocare in dubbio che l'ordinamento giuridico sia comprensibile solo sistematicamente; ma la tradizione concettualistica della dommatica sistematica ha dimostrato (e da tempo ormai) di non essere «più in grado di svolgere né la funzione cognitiva né quella espansiva/costruttiva che ne hanno fatto un grande pensiero sociale» (Barcellona).

Insomma, Filomusi Guelfi e la sua *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni*, con gli istituti del diritto civile esposti secondo il metodo sistematico e perciò slegati dal testo del codice e della legislazione speciale, non abitano più qui. E neppure vi abita Chironi che introduce le sue notevoli pagine sulla colpa dichiarando l'intenzione di costruire il sistema «indipendentemente da ogni applicazione pratica», non «per i bisogni del foro, ma in se stesso per i suoi principi», in quanto «scienza per la scienza». Di costoro, Elias Canetti direbbe, come del protagonista di *Auto da fè*: «tanto egli amava la sua biblioteca; essa gli sostituiva gli uomini».

Vuoti di senso, perciò «stanchi», prima ed oltre che inutili, devono dunque considerarsi gli appelli per un «ritorno a moduli della dogmatica tradizionale» (Mengoni), laddove auspicabile sarebbe invece portare a compimento la transizione dall'aspirazione all'armonia perduta del sistema logico al diverso paradigma conoscitivo segnato dalla logica plurale della differenziazione e interrelazione sistemica, e dunque della complessità, più consono forse con la dimensione reticolare, postmoderna e postpositivista, in cui siamo immersi. Transizione, questa, dal sistema alla complessità dei sistemi (Falzea) che, se pure consente di meglio governare il «sentirsi dall'altra parte» della frontiera, certo non presuppone né comporta una perdita di rilevanza del punto di vista del diritto in generale (in relazione ad altri saperi) e del diritto del lavoro in particolare (in relazione al diritto comune). Esso invoca semmai – come a suo tempo aveva già precisamente segnalato Massimo D'Antona – uno «statuto forte del giurista come scienziato sociale», capace di coniugare un «elevato controllo sui processi comunicativi interni» ed una «eccezionale sensibilità ermeneutica».

A mio sommesso avviso, l'abbandono di metodi interpretativi segnati da unilaterali parzialità prospettiche – incompatibili con il paradigma della complessità sistemica, diversamente caratterizzato da sequenze causali circolari – è necessario non soltanto e neppure tanto nella prospettiva della costruzione geometrica del sistema, ma semmai e precisamente in funzione dell'incremento di finezza, che è qualità del giudizio, come quella dell'intelletto. Come più volte ha ricordato Luigi Mengoni, una decisione può considerarsi giusta soltanto a condizione che sia contestualmente «argomentata» secondo le regole del discorso pratico (e quindi socialmente legittimata)» ma anche «dimostrata» secondo le regole del discorso dogmatico e quindi «integrabile nel sistema positivo». Per tale motivo, il «giurista scientificamente impegnato», e quindi anche il giurista del lavoro, non può più o forse non ha mai potuto «sottrarsi all'incessante controllo della adeguatezza dei suoi strumenti di conoscenza al divenire della realtà giuridica» (Falzea), tant'è che «la continua rielaborazione delle categorie dogmatiche e il perenne ridisegnarsi del sistema sono portati a nuovi equilibri e nuove acquisizioni sotto la spinta dei problemi» reali (Castronovo).

Anche ad una superficiale osservazione appare evidente che qualunque sistema giuridico, nella varietà degli elementi che lo compongono, e che lo sforzo dell'interprete mira ad ordinare in un sistema coerente, rappresenta sempre, almeno entro certi limiti,

uno schema tramandato che si contrappone a una realtà perennemente mutevole: appunto perciò, vi è sempre «come una tensione» (Ascarelli) tra la struttura e la funzione tipica di un istituto, da un lato, e la sua funzione reale e effettiva, dall'altra. Proprio questa tensione, se non negata e rimossa per via della rassicurante riconduzione dell'ignoto al noto, ed anzi colta con attenzione e sensibilità, è alla base della progressiva e faticosa evoluzione delle categorie e del pensiero giuridico.

Non sorprende, dunque, l'osservazione di Paolo Grossi a giudizio del quale il problema attuale e in verità costante della cultura giuridica si nasconde nella «diffusa credenza di conquiste ultime ed eterne», nella fissazione di una «dommatica inchiodante», nella «indiscutibilità» di certe categorie. Il problema si annida cioè nella de-storicizzazione di tutto un materiale «storicissimo», pertanto discutibile, consegnato al divenire del tempo e alla sua usura, quand'anche rappresentato mediante significanti dal sapore antico, come la figura del buon padre di famiglia, ingessata nei severi drappaggi della toga romana, ovvero mediante concetti dall'apparente autoevidenza quale quello di parzialità dell'adempimento.

Insomma, l'adozione di una prospettiva attenta alla logica plurale delle differenze sistemiche mi pare utile per conseguire un valore cognitivo aggiunto, ma anche ad alto tasso di 'rendimento operativo', consistente nell'assunzione di un paradigma concettuale adeguato a cogliere, rappresentare e integrare assetti di interessi sempre più complessi, anche a costo di rinunciare a geometriche simmetrie ma pur sempre nell'attesa di un incremento di finezza. E ciò vale a maggior ragione per l'ordinamento del lavoro segnato in profondità «*par des forces contradictoires, d'unification d'un côté, et de fragmentation de l'autre*» (Supiot).

5. Sfide - Se si condivide la proposta avanzata, ne segue che di disarmante e lucida semplicità appare ancora oggi l'osservazione di Gino Giugni a giudizio del quale la linea di confine non passa certo tra civilisti e lavoristi, ma tra i diversi livelli di competenza scientifica e di consapevolezza politica nell'esercizio del mestiere di giurista, del mestiere, cioè, di chi è professionalmente destinato ad individuare, in una prospettiva pur sempre sistemica e sistematica, risposte ai problemi pratici, reali e sempre nuovi, posti dai casi della vita ed agli interessi ad essi sottesi o in essi coinvolti.

Pertanto, nella consapevole proposta della logica plurale dei sistemi non si annida nessuna «ribellione filiale», né un'attuale «preoccupazione» per l'autonomia concettuale e l'identità della materia e neppure una perdurante «diffidenza» per l'approccio civilistico, certo non viziato, se non nella parte di esso meno vitale, da chiusura dogmatica e da astratte concettualizzazioni (Persiani).

Semmai, e in senso contrario, vi è forte la consapevolezza che proprio la disciplina delle relazioni di lavoro ha obbligato la scienza giuridica privatistica a ripensare una serie di profili centrali della disciplina generale del contratto e delle obbligazioni, modellata sullo stampo dei diritti reali e quindi poco coerente con la rinnovata «scala dei valori» suggerita od imposta dalla grande trasformazione e dalle narrazioni altrettanto grandi che l'hanno accompagnata (Lotmar, Nogler). E vi è anche, al contempo, il ricordo della preziosa e «grandiosa prospettiva giusprivatistica» (Ramm) dischiusa da Nipperdey allorquando, inscrivendo le prescrizioni in materia di sicurezza del lavoro all'interno dell'obbligazione, ha consentito il radicamento nel diritto dei contratti della protezione degli interessi non patrimoniali legati alla persona del debitore.

Proprio per questo Gino Giugni può giustamente dare voce a un sentire diffuso individuando nel diritto del lavoro un «campo fertile di esperienze e di rinnovamento della cultura giuridica». E forse, è anche grazie alla cultura giuslavoristica o, meglio, a quel «lento ma complessivo mutamento della mentalità dei giuristi» – derivante dal «confronto con il tema delle disuguaglianze sociali e delle ingiustizie generate dall'applicazione delle simmetrie del diritto civile borghese alla realtà industriale» (Cazzetta) – che ancora oggi il diritto privato può essere considerato il luogo privilegiato in cui la «posizione del soggetto come *homo oeconomicus* si salda con la tutela di beni e valori di tipo non appropriativo»: così Nicolò Lipari in una sua recente riflessione che coglie nella conciliazione e nella sintesi di questi due momenti dell'esperienza umana «la nuova scommessa del diritto nel secolo appena iniziato». Prospettiva, questa, ad onor del vero, già intravista da altri ed emblematicamente espressa vent'anni fa da Luigi Mengoni, a giudizio del quale diritto del lavoro e diritto civile, fin da subito, avrebbero potuto e dovuto trovare «una linea di tendenza comune per affrontare insieme e solidalmente i problemi di tutela della persona nella società della terza rivoluzione industriale».

D'altronde, non è priva di significato la tendenza (o meglio: l'aspirazione) ad assegnare un primato (concettuale, al momento, più che normativo) alla questione della giustizia sostanziale nell'ambito contrattuale (tanto da proporre addirittura un Manifesto: RCDP 2005), quale tema giuridico privo dell'astrattezza legata all'istanza della libertà contrattuale. La tendenza, intendo dire, sollecitata da quell'orientamento dottrinale che, nella piena percezione tanto dei limiti degli orientamenti neo-liberali quanto del loro senso più intimo, pone a fondamento congiunto del contratto sia i valori dell'utilità sociale sia i valori della giustizia: coordinando i primi alle direttive di ordine pubblico generale e i secondi alle regole «di protezione, oltre che al criterio generale e unificante riassunto nella formula della buona fede oggettiva» (Barcellona).

Il che però, a prescindere dalle validità delle più avanzate linee di ricerca qui appena tracciate, conferma la bontà anticipatrice della tradizione lavoristica che nella dimensione contrattuale ha riconosciuto un elemento essenziale di garanzia e tutela della libertà e dignità del lavoratore pur nella consapevolezza della originaria funzione di legittimazione asimmetrica del potere datoriale. Garanzia ancora oggi perdurante, anche se diversamente valutata da chi assume prospettive «riduttive e difensivistiche della natura e della funzione del contratto di lavoro subordinato, tendenti a restringere all'osso, in funzione di garanzia del lavoratore, la sfera dei comportamenti e delle prestazioni eseguibili» (Caruso, in riferimento alla relazione Aidlass di Carabelli) e da chi invece riconosce al contratto la funzione potenziale di operare a stregua di «regolamento programmato del rapporto di lavoro secondo aspettative trasparenti e condivise delle parti, reciprocamente tutelabili in sede giudiziaria», in una prospettiva «dinamica e propositiva del contratto, per funzioni non contrapposte ma integrate e parallele a quelle svolte dalla legge e dello stesso contratto collettivo, per completarne e adattarne, ulteriormente, alla persona il ciclo della regolazione» (sempre Caruso).

Se nella proposta della logica plurale della differenziazione sistemica non si annida nessuna «ribellione filiale» è anche vero però che l'adesione ad essa suggerisce di rifiutare la riduzione dell'operazione ermeneutica a mera applicazione di regole di pura tecnica, nonostante che il vocabolo, come già segnalava Orestano, sia dotato di un particolare e suggestivo «fascino esoterico», causa ed effetto al contempo di quella sorta di «indiscutibilità» che il significante stesso «attribuisce a quanto si è operato in suo nome». Rivendicare l'esclusività della dimensione tecnica al fine di negare la rilevanza

di quella politica sembra in verità risolversi in una finzione ed assolvere una funzione ideologica o retorica, operando sulla persuasività delle argomentazioni di carattere, appunto, non tecnico: aree nelle quali vi è, o vi potrebbe essere, conflitto fra i diversi progetti di universalizzazione che si contendono il campo. In questa prospettiva, alla razionalità giuridica, che «nel suo nucleo fondamentale ha una dichiarata natura sapienziale» (Fioravanti), si chiede di ridursi a mera tecnica specialistica «che indichi, per quel momento e per quelle circostanze, la via più breve e comoda per la composizione degli interessi in gioco» sulla base delle mere opzioni politiche temporaneamente in auge. Fors'anche da questa circostanza, deriva quel senso di approssimazione sistematica, concettuale e linguistica, che spesso si prova, o almeno io provo, e da ormai diverso tempo.

6. Interpreti - Insomma, *si parva licet*, e per dirlo in poche parole, si tratta ancora una volta di portare a compimento, attualizzandolo, l'invito espresso da Jhering nel primo numero dei suoi celebri quaderni (*Unsere Aufgabe* 1857), quello cioè di andare attraverso il codice al di là del codice, «invenzione dei moderni, della loro presunzione, della loro spasmodica volontà di controllare la dimensione giuridica» (Grossi). In questo andare oltre, che costituisce la seconda chiave di lettura del tema di riflessione, «la via privatistica al diritto del lavoro (è) ben più ampia ed articolata di quanto non (lascia) intravedere non solo l'angusta prospettiva del diritto comune civilistico di Barassi, ma anche la ben più ariosa visione di Santoro Passarelli» (Cazzetta), e si colora di sfumature e tonalità nuove e cangianti ma anche di improvvise interruzioni e smarrimenti, sì che i percorsi di riflessione ricordano sempre più da vicino i sentieri interrotti di Heidegger (e sempre meno, forse, le solide certezze e le fruttuose speranze del Convegno linceo del 1954 a Taormina).

E forse non potrebbe essere diversamente se si considera che il diritto (peraltro, come ogni sistema complesso) non è mai un dato, ma una «continua creazione» della quale è «continuo collaboratore» l'interprete. E poiché il diritto – e a maggior ragione: il diritto del lavoro – «vive nella storia ed anzi con la storia», il giurista, come ricorda Tullio Ascarelli nelle pagine ispirate dalle figure di Porzia ed Antigone, «prenderà così dalla storia il suo punto di partenza e tornerà a guardare alla storia nel suo punto di arrivo».

Ed è una storia, questa del lavoro e di chi lavora, «corpulenta, prosaica, terrigna» (Romagnoli).

Chiamato dunque a tessere una trama di senso significativo tra norma e storia, tra testo giuridico e contesto vitale, il giurista partecipa a ciò che si è soliti definire “comunità di interpretazione”, formata da coloro i quali condividono strategie interpretative non per leggere (nel senso convenzionale) ma per scrivere testi, per costituire le loro proprietà e assegnare loro degli intenti. Comunità di tal genere trovano linfa vitale nel dialogo tra generazioni, «nel tentare di scoprire che cosa gli altri abbiano pensato e detto a proposito di un problema, perché abbiano dovuto affrontarlo, in qual modo l’abbiano formulato, in qual modo abbiano tentato di risolverlo» (Magnani). Anche per tale motivo, è ragionevole ritenere che «l’aprioristico rifiuto in blocco del passato dogmatico è non meno antistorico della sua aprioristica e globale accettazione» (Falzea).

Questa circostanza testimonia definitivamente l’esatta percezione di chi, nella pratica del diritto, ha sempre visto un’arte e non una scienza (Supiot), titolo, questo, ritenuto un poco ed anzi non poco mitologico (Pugliatti). Perciò appare oltremodo ingenuo ritenere ancora sussistente un’equivalenza tra interpretazione e descrizione, dovendo semmai riconoscersi una più intensa correlazione tra interpretazione e decisione. La prima equazione riposa sul presupposto che il significato sia un oggetto conoscibile, che l’interpretazione sia una funzione della conoscenza e che quindi l’interpretazione sia dichiarazione del contenuto del diritto. La seconda equazione presuppone, invece, che l’interpretazione sia una funzione della volontà e, in quanto tale, debba essere concepita e riguardata «come esercizio di un potere considerevole» (Troper). Da esercitare, dunque, come ogni potere, con attenzione e cautela: l’ordinamento, lo sappiamo bene, non delinea soltanto un sistema di regole, finalizzato a risolvere problemi di ordine individuale, ma piuttosto disegna e progetta il mondo nel quale viviamo o vorremmo vivere.

L’assunzione paradigmatica della logica plurale della differenziazione comporta, dunque, un significativo incremento di responsabilità dell’interprete, chiamato a decidere il significato degli enunciati normativi, nella chiara consapevolezza della loro funzione pratica, e cioè del loro configurarsi a stregua di risposta ai problemi della vita materiale. E allora vale forse la pena di ricordare le lontane parole di Giugni quando innestava le radici profonde della sua proposta pluriordinamentale nell’interpretazione

stessa, considerata «il grande cardine della dinamica del sistema», propulsiva di un processo circolare che «condiziona la dottrina all'esperienza e l'enunciazione dei concetti della prima alla formazione concreta della seconda», in modo tale che proprio «nella relatività e variabilità storica dell'interpretazione si realizza il processo di comunicazione e osmosi tra le realtà giuridiche, che la rigorosa enunciazione teorica, per imprescindibili ragioni di metodo, ci rappresenta come isolate e impenetrabili».

7. Metodi - Assumendo tale orientamento fondamentale, risulta centrale, ma in questa sede anche oltremodo sfumata, la questione del metodo: non già perché irrilevante o perché si condivide l'approccio sartreano del «metodo del non so come» (Satta), che è tratto tipico di chi ha «mestiere» nelle mani e che, «senza poter sempre enunciare i propri canoni, svolge pratica di studioso» (Zatti). In verità, è del tutto evidente che il non sapere attiene alla sfera della consapevolezza teorica e non già a quella, diversa, della utilizzazione pratica e che, d'altro canto, l'inconsapevole applicazione di un metodo (quando non sia mera sciattezza intellettuale) può aversi solo in un «quadro di grande stabilità e di forti certezze» (Rodotà), allo stato, per la verità, scarsamente plausibile.

In effetti, anche il sistema giuridico non può che subire gli effetti del processo di secolarizzazione e cioè della perdita di rilevanza e di significato, e quindi della funzione ordinante, del paradigma essenzialistico o del progetto di universalizzazione ad esso sotteso: ovviamente, la prima conseguenza di ciò si riflette proprio sul piano del metodo e cioè della tecnica di ricostruzione del senso. Perciò può dirsi che il ripensamento metodologico ha lo stesso stigma «di un appuntamento culturale che il giurista ha con se stesso e che non può essere rimandato se non col rischio grave di mummificare la sua identità e di attenuare (o, addirittura, perdere) il proprio ruolo sociale» (Grossi).

Vero è, però, che pochi altri temi hanno poi, come quello del metodo, la prerogativa di far uscire alla luce del sole «le segrete presunzioni e le debolezze più riposte di chi interviene, rendendole trasparenti al lettore», tanto che «non v'è nulla quanto uno spoglio in tale direzione che permetta di scorgere in contropunto le tentazioni principali - le frange più atecniche e liquide - di cui la nostra cultura è cosparsa» (Cendon). Inoltre, ogni riflessione preliminare sul metodo, alla fine, rischia di ripiegarsi su se stessa, anche perché la proposta metodologica acquista maturità solo se si estende faticosamente alla

revisione dell'intera attrezzatura concettuale, cioè «se produce la capacità di ideare e utilizzare costrutti propri, e di applicarli anche alle zone più opache della nostra variegata materia» (Zatti). E questo va al di là ed oltre gli obiettivi del presente intervento. Perciò è forse ragionevole continuare a ritenere che il miglior discorso sul metodo sia, alla fine, un discorso metodologicamente corretto.

Vero è però anche che, da qualche tempo, il pluralismo metodologico tende a trascinare brutalmente in eclettismo e questo in una sorta di qualunquismo destinato esso stesso, come è stato segnalato, a «legittimare l'improvvisazione», quale quella, ad esempio, da alcuni icasticamente stigmatizzata, «dei rigorosi osservanti del formalismo interpretativo che d'un tratto ti scoprono l'acqua calda – che il diritto privato, dopo tutto, risolve problemi di quattrini – e la sostengono con note *ad pompam* in cui fan processione i maestri dell'analisi economica» (Zatti). Ed è sempre lo stesso autore a segnalare, come conseguenza dell'avvento dell'età post-politica e del «superamento di una fase ideologica», il fatto che, mentre il rischio e il limite della stagione «politica» si annidava nella sostituzione dell'ideologia al merito, l'insidia della nuova fase, e maggior limite della stessa, è «la legittimazione della più ferma, talora grossolana indifferenza verso i *praeambula* epistemologici del ragionamento giuridico, e in definitiva dell'appiattimento in una esegesi, resa da arte mestiere».

Se forte è dunque il rischio di una transizione non controllata dalla rigidità cognitiva alla liquidità euristica, quasi cemento impoverito del nuovo sistema, non è incongrua la domanda provocatoria di Paolo Cendon: se, cioè, il vero pericolo non stia oggi diventando, al posto dell'eccesso, quello di un «difetto crescente di familiarità con il mondo dei dogmi: non soltanto come diminuita vocazione a mettere a frutto, sistematicamente, l'eredità di una tradizione prestigiosa (quasi che il progresso fosse avvenuto malgrado la sua presenza, e non anche per suo tramite), ma ancor più come negligenza nel rinfrescare via via quel repertorio teorico, adattandolo al tempo che passa – e permettendogli così di sopravvivere».

In questa prospettiva, potrebbe anzi dirsi che il metodo del “non-so-come” rischia di trasformarsi in quello, pure non molto dissimile negli effetti, del “non-mi-importa-come” e cioè dell'indifferenza metodologica a beneficio della immediata focalizzazione teleologica. Diciamoci la verità: come già segnalava in modo disincantato Tullio Ascarelli «la scelta del metodo (è) il più delle volte effettuata non per ragioni di validità

logica ma per l' idoneità di raggiungere un fine piuttosto che un altro», in guisa tale che l'opzione metodologica si riduce a stregua di «possibilità, offerta all'interprete, di legittimare i risultati desiderati o comunque ritenuti più appropriati» (Viola Zaccaria), che per il giudice – ed è questo un rischio notevole – potrebbero finire per essere identificati in «privati sentimenti di giustizia» (Guastini). Eppure è noto, e comunque merita ancora di essere ricordato, l'avviso di cautela di Uberto Scarpelli nel cui giudizio il metodo giuridico «ha sempre sottintesa una presa di posizione quanto al problema filosofico-politico della legittimità dell'ordinamento giuridico» e quindi dello stesso ruolo dei giuristi e dei giudici in un sistema democratico.

E' dunque ragionevole concordare con chi afferma che al «venir meno del riconoscimento generale di un procedimento conoscitivo» ed alla «sostituzione del metodo giuridico-positivo con la volontà politico-giuridica» consegue che «l'argomentazione dottrinale viene usata o abusata per legittimare la propria volontà politica» (Ramm). E tuttavia, come da alcuni è già stato segnalato, «gli argomenti asciutti e talvolta sterili dell'ideologia non aiutano certo a comprendere le novità che emergono da assetti di interessi sempre più complessi» (Sciarra) e dunque sono poco o punto coerenti con il paradigma conoscitivo fin qui proposto come criterio di lettura e di ricostruzione della disciplina dell'adempimento, tra criteri lavoristici e principi civilistici.

8. Trappole – Questa situazione è resa ancora più insidiosa da ciò che è stata definita 'trappola epistemica': quanto più il diritto tenta di guardare fuori e di sfuggire alla circolarità dei propri processi di riproduzione, tanto minore autorità può rivendicare nei confronti di altri saperi ai quali cognitivamente si apre (Teubner). Per tale motivo non suscitano meraviglia, trattandosi di evidenti trappole nel senso detto, né la caduta di attenzione per i criteri di legittimazione interna dell'ordinamento, provocata dalla tensione mimetica del diritto verso la dinamica effettiva dei rapporti sociali e di mercato (nella prospettiva posneriana, infatti, al diritto non resta che «mimare il mercato»), e neppure la diffusa inflazione delle premesse empiriche nella interpretazione della legislazione strumentale, la cui giustificazione è essenzialmente fondata sugli esiti previsti (o meglio: auspicati) dal legislatore.

Peraltro, l'exasperata invocazione degli effetti attesi come criterio di legittimazione, giustificazione ed interpretazione delle norme giuridiche si affianca alla indifferenza, talvolta anche proclamata con non poca *hybris*, per ogni connessione logica ed assiologica con il sistema nel suo complesso. E' solo in un contesto del genere che può maturare quella che è stata recentemente definita come «ideologia potente», orientata a «dimostrare che tutte le regole sono incerte e defettibili» e che, quindi, in definitiva «ogni possibile conclusione è giuridicamente accettabile» (Speziale).

Da una pertinente considerazione della relazione tra testo normativo e contesto storico nonché dalla adeguata ponderazione della tensione interna ai microsistemi ordinamentali deriva che il problema metodologico reale ridonda nella necessità di trovare corretti metodi di comunicazione e di comprensione tra linguaggi e realtà differenti, ma tutti necessari per risolvere i problemi pratici affidati alla cura del diritto, per non cadere così nella trappola insieme a chi rinuncia all'autorità del punto di vista giuridico, utilizzando a mo' di argomentazioni mere registrazioni della realtà esterna (spesso peraltro esse stesse incerte ed anzi soggette quanto meno alla fallacia del senso comune, agli effetti perversi di una razionalità comunque limitata ed anche all'ambiguità informativa propria delle statistiche).

In assenza di una adeguata riflessione sui meccanismi di selezione delle informazioni compatibili con le possibilità decisionali del sistema, il rischio reale è che nei processi di concretizzazione del diritto si formi un «residuo irrazionale» prodotto da elementi non cognitivi provenienti dalla precomprensione soggettiva – se si vuole, dal pregiudizio – dell'interprete (e del giudice): di ciò, le teoriche sulla diligenza in sede di adempimento dell'obbligazione, e le figure di antropologia professionale ad esse sottese, ne rappresentano la controprova immediata ed evidente.

Appunto perciò, come ha ricordato recentemente Renato Scognamiglio, ripercorrendo alcune tappe evolutive del proprio realismo critico, «conviene prendere le mosse dalla conoscenza del fatto, con il carico di interessi, esigenze e valori» e solo dopo «passare alla fase dell'indagine» e ciò al fine di realizzare una visione coerente e soddisfacente degli eventi di fatto e delle regole normative, «senza debordare da un lato nella logica astratta di concetti e dall'altro nella valutazione empirica dei singoli casi e problemi». Il che vuol dire, a ben vedere, che il problema non è di abbandonare il sistema a beneficio del problema, ma piuttosto di imparare a coniugare la ragione ermeneutica con la ragion

_____ integrando in modo adeguato, ed è questa la terza chiave di lettura del tema di riflessione, l'apertura sul piano cognitivo con la chiusura normativa, anche al fine di impedire che il discorso giuridico sia mero travestimento di un esercizio di potere.

9. Adempimento – Le riflessioni fin qui proposte sono state provocate da una necessità, che è al tempo stesso, una ambizione: quella, cioè, di definire un quadro teorico adeguato al tema di indagine che richiede di analizzare l'adempimento come luogo di intersezione di sistemi differenti e di assumerlo come parametro di valutazione dello stato dei relativi confini. A tal fine, è stato possibile evidenziare tre circostanze significative e tra loro correlate. In primo luogo, la permeabilità della linea di separazione tra diritto comune e diritto del lavoro, che consente l'apertura di un campo di possibile transizione e di reciproca integrazione e che perciò si è preferito configurare a stregua di frontiera piuttosto che di confine. In secondo luogo, l'opzione preferenziale per un paradigma conoscitivo coerente e in grado di dar conto dell'evoluzione dal (tradizionale) sistema logico alla logica plurale della differenziazione, in quanto idonea a cogliere, rappresentare e integrare assetti di interessi sempre più complessi, al di là ed oltre di quanto consentito dalla morfologia degli istituti del diritto comune e dalle tradizionali elaborazioni dogmatiche che su di essa sono state costruite. In terzo ed ultimo luogo, la fragilità delle impostazioni metodologiche caratterizzate da una esasperata valorizzazione degli effetti attesi e dalla contestuale svalutazione per ogni connessione logica ed assiologica con il sistema nel suo complesso, laddove invece appare urgente riscoprire, e per più motivi, la capacità di coniugare in modo innovativo ragion pratica e ragione ermeneutica.

Se condotta nella prospettiva della differenziazione e sulla base delle chiavi di lettura prima offerte, l'analisi della disciplina giuridica relativa all'adempimento dell'obbligazione di lavoro risulta, a mio avviso, di maggiore interesse di quanto potrebbe risultare se configurata sulla base del tradizionale approccio innervato sulla concettualizzazione sistematica a partire dalle scarse norme del codice civile del 1942. Queste, infatti, sulle quali occorre ora soffermare l'attenzione, sono profondamente segnate dalla vistosa mancaza di una nozione legale di adempimento cui si affianca una più ampia disciplina delle condizioni di validità dell'adempimento (in quanto fattispecie) in funzione dell'effetto estintivo dell'obbligo assunto (tendenzialmente di

dare e in particolare di natura pecuniaria) nonché, per altri versi, la discussa regolazione degli effetti connessi all'inadempimento o all'inesatto adempimento quale fonte autonoma di responsabilità contrattuale.

«Fenomeno», quello dell'adempimento, considerato «troppo complesso», «causa od occasione di fatti ed eventi ulteriori, ad esso collegati» (Di Majo), ma ciò nonostante assoggettato ad una disciplina codicistica, sostitutiva di quella ottocentesca che lo annoverava nei modi di estinzione dell'obbligazione, generalmente considerata non «esauriante» e neppure «articolata» (Breccia) ed anzi all'origine di non poche sovrapposizioni e confusioni concettuali che rendono ragione del motivo per cui sia oltremodo arduo trovare una risposta condivisa, nel tempo e nello spazio, alla domanda relativa alla configurazione (strutturale e morfologica) ed ancor prima al senso stesso della fattispecie giuridica definita adempimento. Parola, questa, etimologicamente deputata a rappresentare il fatto di colmare un vuoto, di riempire di contenuto, di dare corpo e anima agli impegni assunti e per ciò stesso e conseguentemente di realizzare la liberazione del debitore dal vincolo contratto alla quale corrisponde, normalmente ma non necessariamente, la soddisfazione del creditore.

In verità, non è mancato chi ha stigmatizzato come «sfuggente» il carattere della «entità» individuata dal significante adempimento e ne ha trovato la ragione in ciò che questa «entità» non è da considerare a stregua di un fatto da qualificare ma piuttosto è esso stesso termine di qualificazione, un predicato cioè da riferire a fatti che rispondono ad una specifica funzione e che quindi soddisfano specifici interessi. Affermazione suggestiva, quest'ultima di Cannata, ma che a ben vedere è concettualmente più impegnativa di quanto appaia, dal momento che o trascura di rispondere alla domanda su cosa consenta di collegare un certo comportamento a una determinata obbligazione in modo da provocarne l'estinzione (la qual cosa è naturalmente poco credibile), ovvero, per altro e più realistico verso, assume, sia pure implicitamente, che sia sufficiente il tratto di una «oggettiva corrispondenza» a trasformare un certo comportamento in adempimento di un determinato rapporto obbligatorio, secondo la prospettiva propria della teoria dell'attuazione reale della prestazione.

In effetti, è proprio qui che si annida – nel diritto primo, ma con scarso interesse per il diritto secondo – il dilemma tradizionale della teoria dell'adempimento: se ciò che permette di rapportare una prestazione al rapporto obbligatorio, al fine di determinarne

l'effetto solutorio-estintivo, sia soltanto la corrispondenza della prima al secondo, percepibile in base ad elementi puramente oggettivi, oppure – in prospettiva del tutto coerente con un pensiero giuridico (ed una visione del mondo) innervato sulla correlazione necessaria tra volontà ed effetto giuridico – se al comportamento (negoziale o materiale) in cui variamente può consistere la prestazione realizzata debba accompagnarsi un atto dichiarativo (sia pure realizzato spesso per comportamento concludente, e magari anche successivo alla prestazione), che «orienti» (Cian) la prestazione verso un certo rapporto obbligatorio; e di che natura, eventualmente, sia tale atto. All'interno degli estremi indicati, l'adempimento è stato variamente letto a stregua di contratto (con la conseguente richiesta della necessità del consenso, non potendosi ammettere un effetto giuridico non derivante da volontà), di negozio unilaterale, reale o potestativo, dal momento che il debitore può adempiere anche invito domino, ovvero ancora di un fatto giuridico, sulla base della oggettiva corrispondenza tra prestazione materialmente eseguita e prestazione dovuta, ovvero ancora come mero atto dovuto

Né a semplificare la questione vale proporre una apparentemente semplice, ordinaria e simmetrica riconduzione dell'adempimento alla figura dell'inadempimento (art. 1218), quasi fossero il positivo ed il negativo di una stessa foto, fino a suggerire che l'adempimento altro non sia che l'esatta esecuzione della prestazione dovuta. Affermazione certo non priva di valore, in sé considerata, ma qui assumibile come adeguata solo avvertendo della necessità di stabilire esattamente e preventivamente cosa sia da intendere a stregua di prestazione dovuta, in relazione, tanto per fare un esempio, all'incidenza delle c.d. prestazioni accessorie e dei doveri sussidiari. Insomma, già da questo minuto punto di osservazione, appare evidente che la questione dell'adempimento non può che essere letta all'interno di un più ampio contesto significativo in grado di riprendere senso e ragione dal concetto stesso di obbligazione e di rapporto obbligatorio.

Da questo punto di vista, e nella prospettiva prima ricordata del dialogo tra generazioni, non priva di interesse può risultare una stringata comparazione tra l'intonazione di due voci enciclopediche. La prima, del 1958, pubblicata da Rosario Nicolò nel volume iniziale dell'Enciclopedia del Diritto, riconosce nell'obbligazione «il naturale punto di riferimento» della disciplina dell'adempimento, nell'alveo di una sostanziale continuità tra la «sistemazione tradizionale» e quella del codice del 1942, emblematicamente

rappresentata dalla sovrapposizione e dall'uso indifferenziato ed equivalente di espressioni quali adempimento e pagamento, quasi a voler rigorosamente continuare ad individuare la caratteristica prima dell'adempimento nell'effetto estintivo dell'obbligo.

In altra e più recente voce enciclopedica, redatta da Bessone e D'Angelo trent'anni dopo (1988), appare ancora più chiara la consapevolezza di fondo intorno al fatto che «lo studio dell'adempimento si rivela spesso astratto perché avulso dalla concreta realtà negoziale che ne costituisce il fondamento» e in definitiva, nella prospettiva degli autori, dall'economia del contratto o dalle diverse tipologie di operazioni economiche. All'origine di tale approccio, gli autori lamentano una generale e diffusa tendenza «spesso artificiosa o semplicistica» orientata ad assicurare una *reductio ad unum* del sistema.

In verità, il dilemma tra la percezione dell'impossibile unità del sistema, ma, al contempo, la ricerca di uniformità del medesimo secondo i canoni propri della dogmatica del tempo, appare oltremodo chiaro in uno studio classico sull'adempimento, quale quello condotto da Andreoli nel 1937. L'autore in questione, infatti, pur individuandone la «prima e generica determinazione» nell'essere esso «fatto estintivo» dell'obbligazione, segnalava però, fin dalle prime pagine, la necessità di un ulteriore approfondimento: da un lato, a motivo dell'impossibilità logica di collocare sullo stesso piano l'estinzione del vinculum derivante dall'attuazione del contenuto del rapporto obbligatorio e l'estinzione invece caratterizzata dalla mancata attuazione di quello stesso vincolo; dall'altro lato, a ragione della necessità di ulteriori precisazioni in funzione ed in relazione alla diversa configurazione attribuita al concetto e al contenuto dell'obbligazione, risultando impossibile (già allora, ed almeno nell'opinione di Andreoli) generalizzare segmenti disciplinari conformati sull'obbligazione di dare e, in particolare, sulle obbligazioni pecuniarie. Affermazione questa, com'è facile intuire, non priva di interesse, se e quando correlata alla comparazione, richiesta in questa sede, di 'criteri' lavoristici e 'principi' civilistici, assunti in ipotesi come omogenei ed unitari. A ben vedere, dunque, anche nella prospettiva dell'adempimento il «lineare rapporto» (De Nova) tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti, ipotizzato dall'art. 1323, non è mai stato rispondente al diritto positivo, e tanto meno lo è oggi, di fronte ad una frammentazione della figura del contratto e ad una tendenza centrifuga verso discipline singole sempre più lontane da quella generale: come è stato

sagacemente affermato, il nuovo diritto dei contratti è veramente il diritto dei nuovi contratti. Anzi, non manca chi segnala come spesso sia stato proprio il «pregiudizio di una relazione di conformità della norma speciale rispetto alla regola generale» (Bessone-D'Angelo) a viziare le indagini sui, e le applicazioni ai, singoli contratti di regole specifiche, in un contesto peraltro oggi segnato da una realtà «magmatica», da «tendenze non limpide», da «sviluppi contraddittori» e «movimenti non assestati», frutto non ancora maturo dei «dieci anni» (gli ultimi del secolo scorso) «che sconvolsero il contratto» (Roppo). Il che conferma, mi pare, la bontà dell'approccio qui proposto, orientato a privilegiare l'integrazione sistemica piuttosto che la mera riconduzione a sistema ed a valorizzare le relazioni funzionali più che le omogeneità strutturali.

10. Funzioni - L'evidenziata correlazione tra adempimento e obbligazione e, ancor più, tra adempimento e contratto (ma la teoria generale del contratto è correlata alla parte generale delle obbligazioni) consente di richiamare l'attenzione non tanto sulla struttura della fattispecie quanto sulla funzione dell'adempimento, inteso a sua volta non più solo come fenomeno estintivo e dunque liberatorio per il debitore (salvo poi verificare se possa affermarsi, in capo al medesimo, un interesse qualificato ad adempiere) ma anche e semmai nella dimensione soddisfattiva degli interessi del creditore (ma, non è da escludere a priori, anche del debitore o di terzi), nei limiti in cui tali interessi entrino formalmente nel gioco contrattuale.

Riguardato in tale prospettiva, l'adempimento non è solo, e neppure tanto, una fattispecie tipizzata con effetti di liberazione dal vincolo dedotto in contratto, ma consiste nella (e consente la) «realizzazione di tutto il sistema di interessi a mezzo del previsto programma di cooperazione tra le parti» (Falzea), in guisa tale da poter essere meglio inteso se e quando correlato non solo, e neppure tanto, all'esecuzione della prestazione dovuta, in sé considerata, e neppure all'esecuzione del contratto (che riguarda e comprende la complessa attività di gestione del rapporto contrattuale *in executivis*), ma semmai e più radicalmente all'attuazione del rapporto obbligatorio o, come altri ama dire, del suo programma, in guisa tale che adempimento sembra esprimere più l'attuazione del programma negoziale che la mera esecuzione della prestazione dovuta.

Prospettiva, questa, che, prestando attenzione all'elemento funzionale più che a quello strutturale, si salda proficuamente e sinergicamente all'altra e più recente volta ad evidenziare la prevalenza, cognitiva ed ordinante, della complessiva operazione economica identificata nella «sequenza unitaria e composita» che comprende in sé il regolamento, i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti nonché «la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano» e che «concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata». Prospettiva, inoltre, che richiama le evoluzioni giurisprudenziali volte a segnalare la centralità del concetto di causa concreta in quanto criterio di qualificazione del tipo contrattuale (determinando l'essenzialità di tutte le attività e di tutti i servizi strumentali alla realizzazione della finalità considerata) e di adeguamento del rapporto negoziale riguardato nel suo aspetto dinamico-effettuale. Entrambe le prospettive indicate suggeriscono di focalizzare l'attenzione dell'interprete sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso l'astratta forma giuridica e consentono di proporre una più ampia considerazione dell'attività negoziale piuttosto che del singolo atto. «L'interesse dei contraenti assurge (così) a elemento oggetto del controllo dell'ordinamento sul piano del profilo causale del contratto e sulla realizzazione degli effetti dalle parti, di volta in volta, in concreto programmati con l'operazione economica da loro voluta» (Gabrielli).

Evidente, dunque, l'intensa aspirazione verso *pattern* interpretativi (ed applicativi) orientati a prestare adeguata considerazione agli uomini e non alle biblioteche, alla storia, prima ed oltre che alla norma e alla forma, e cioè, in concreto, agli interessi perseguiti dall'attività negoziale privata, considerati «in tutta la loro completezza e complessità» e rappresentati nella loro conflittuale «molteplicità» (Gabrielli). E' in questo più ampio contesto che mi pare maturare la consapevolezza recente di chi ha proposto di risolvere il dilemma tradizionale sulla natura giuridica dell'adempimento riconducendo quest'ultimo alla disciplina dell'estinzione dell'obbligo ma in maniera conforme al suo contenuto, tanto da poter affermare che il significante 'adempimento' indichi un fenomeno unitario nella funzione ma a struttura variabile in quanto modellata sullo specifico contenuto dell'obbligo.

In questa logica, così come la identificazione della funzione (estintiva o satisfattiva) dell'adempimento è condizionata alla radice dalla prospettiva assunta in sede di lettura

ricostruttiva del fenomeno obbligatorio, allo stesso modo la qualificazione giuridica dell'adempimento sembra poter trovare ragionevole soluzione soltanto rinunciando alla tendenza monistica propria della tradizionale concettualizzazione dogmatica ed alla conseguente «costruzione artificiosa e barocca, contraria alla realtà delle cose». Se dunque si ammette che ciò che conforma l'adempimento e le sue diverse figure è più l'aspetto funzionale che quello strutturale, allora dovrebbe risultare ragionevole ritenere che la finalità costante dell'adempimento si affianchi ed anzi sia perseguita mediante una struttura coerente con l'attività che dà esecuzione alla prestazione dovuta. In altri termini, ed in estrema sintesi, caratteristica costante della fattispecie adempimento è la qualificazione del comportamento debitorio come dovuto; il dovuto, tuttavia, può consistere in un comportamento materiale o in un atto giuridico, sì che correttamente può ritenersi che «non esiste una nozione pre-definita di adempimento, valida una volta per tutte, alla quale possono essere piegate le singole soluzioni normative» (Di Majo).

11. Complessità - Non è però neppure da credere che la stessa riconduzione alternativa dell'adempimento all'esecuzione esatta della prestazione sia di facile decifrazione. In verità, lo stesso concetto di prestazione presenta una radicale anfibia potendo esso riguardare il comportamento dovuto o il momento finale costituito dal soddisfacimento dell'interesse ultimo del creditore (mi riferisco, com'è intuibile, alla distinzione tra *Leistungshandlung* e *Leistungserfolg* di Wieacker). Certo, mi rendo conto che ragionare di adempimento assumendo la prospettiva dell'attuazione del rapporto, significhi fin da subito rinunciare alla prospettiva dell'adempimento-risultato per avvicinarsi a quella dell'adempimento-comportamento. Qui però bisogna intendersi, al fine di evitare di cadere nell'erronea risoluzione dell'obbligazione nel dovere di diligenza (Barassi) e cioè di intenderla come impegno soggettivo e mera intensità di sforzo del debitore. Intendo dire che il comportamento del debitore non è mai fine a se stesso, ma acquista senso se orientato finalisticamente al risultato e questo è dato, in definitiva, da ciò che potrebbe definirsi soddisfazione dell'interesse creditorio ad ottenere tutto quello e proprio quello che è dedotto in contratto.

Da questo punto di vista, l'opinione pure presente nell'ambito della riflessione sul diritto comune, secondo cui l'interesse del creditore è estraneo alla nozione di adempimento, essendo questo funzionalmente destinato alla mera liberazione del

debitore, risulta costruita evidentemente sugli elementi del rapporto obbligatorio che ne costituiscono il lato passivo. Tale parzialità prospettica può essere ragionevolmente messa in discussione non solo da un punto di vista del rapporto obbligatorio adeguatamente inteso ma anche, e più immediatamente, proprio in virtù dell'art. 2104 e del riferimento all'interesse dell'impresa come parametro di definizione della diligenza richiesta nell'adempimento (che avrebbe potuto trovare una peculiare ed ambigua sollecitazione nell'art. 32, comma 3, del ddl 1441 quater, là dove si intendeva chiedere al giudice di valutare le motivazioni del licenziamento tenendo conto anche di un «oggettivo interesse dell'organizzazione»).

In verità, come pure è stato evidenziato, la tendenziale esclusione (nel diritto primo) dell'interesse creditorio dalla sfera di senso dell'adempimento è da ricollegare ad una ricostruzione della responsabilità debitoria fondata prevalentemente sul rapporto colpa-diligenza, che tende a negare rilevanza all'interesse dell'uno al fine di non estendere la responsabilità dell'altro. Questa circostanza conferma la significativa incidenza della disciplina della responsabilità contrattuale sulla configurazione dell'obbligazione, in aderente relazione con l'egemonia sistematico-ricostruttiva esercitata dalla nozione di "colpa", considerata elemento idoneo ad umanizzare una disciplina dello scambio altrimenti sensibile soltanto all'impossibilità oggettiva ed assoluta ovvero, per altri versi, a specifiche condizioni di inesigibilità (egemonia certo intensa, ma anche di incerto fondamento normativo e dai non meno incerti risvolti effettuali, se anche la dottrina più fedele a quel principio manifesta poi un certo disagio: basti pensare, tanto per fare un esempio, a Messineo il quale, richiamato il presupposto della colpa, si affretta però a precisare che «la giustificazione della risoluzione va cercata non tanto nell'evento dal quale è causato l'inadempimento», cioè appunto la colpa o il dolo, «quanto nel fatto oggettivo dell'inadempimento»). Ma dimostra, al contempo, di non valutare in modo adeguato che il rapporto obbligatorio non può essere ricostruito se non prendendo atto della coesistenza di un duplice e contrapposto interesse delle parti, che nella relazione contrattuale trova un delicato punto di equilibrio, quand'anche espresso – nella prospettiva degli scambi senza accordi (Irti) – per via della combinazione di due atti unilaterali.

Asimmetrica e in definitiva irrealistica è dunque ogni ricostruzione che non tenga conto del carattere necessariamente relazionale del rapporto obbligatorio, fermo restando che

l'interesse del creditore di cui si tratta non è altro o diverso o esterno da quello emergente nel concreto assetto contrattuale, che costituisce – proprio per questo motivo – parametro di orientamento teleologico della cooperazione debitoria in sede di adempimento, prima ed oltre che autonomo criterio di responsabilità. Per tale motivo, credo sia egualmente difficile tanto dubitare del fatto che la condotta dell'obligato è mezzo per il soddisfacimento dell'interesse del creditore quanto ipotizzare che l'obbligazione possa ridursi ad una sorta di prestazione di garanzia in capo al debitore ed a beneficio del creditore (anche se l'incremento delle ipotesi di responsabilità di risultato potrebbe sollecitare ulteriori ripensamenti).

In verità, l'evoluzione storica dell'obbligazione ne svela una specifica caratteristica consistente in ciò che alla permanente identità assiologica, che si risolve nel primato dell'individualismo volontaristico, si affianca una disciplina positiva che riconosce nell'interesse del creditore all'adempimento, e nella effettiva soddisfazione di questo, l'elemento funzionale tipico. In tale prospettiva, il monismo assiologico e funzionale, immanente alla forma giuridica dell'obbligazione, almeno come elaborata dalla pandettistica ed accolta nel dato positivo, trova collocazione all'interno di una struttura necessariamente dualistica, tanto che la contrapposizione tra dualismo strutturale e monismo funzionale è stata percepita e criticamente rivisitata valorizzando la categoria del rapporto giuridico obbligatorio. E' questa, ad esempio, la lezione di Salvatore Pugliatti che, nello studio sul rapporto giuridico unisoggettivo, correttamente insiste sulla distinzione tra obbligazione, intesa quale *vinculum juris*, e rapporto giuridico nel quale quel vincolo si inquadra nonché sull'idea che il rapporto giuridico non è solo strumento di attuazione dell'obbligazione in quanto *vinculum* ma semmai e piuttosto strumento di tutela di interessi del creditore (o soggetto attivo), ma anche del debitore o addirittura di interessi esterni, che si sono costituiti a causa delle particolari contingenze di vita del rapporto stesso.

Se si assume questa prospettiva, ne segue che nel rapporto obbligatorio sono parimenti indispensabili sia il momento finale rappresentato dal risultato idoneo a soddisfare l'interesse primario del creditore, dedotto in contratto, sia il momento strumentale rappresentato dalla condotta del soggetto obbligato, sì che la prestazione dovuta (alla quale deve riferirsi la diligenza e la cui esecuzione assicura l'avvenuto adempimento) non può che riflettere questa radicale ambivalenza. Circostanza, questa, che risulta

esemplarmente evidente anche sulla base di una prima lettura dell'art. 2104 del codice, là dove trova conferma quanto e come il diritto secondo possa offrire elementi essenziali per la comprensione e costruzione della relazione obbligatoria.

Probabilmente, la difficoltà a considerare in modo adeguato l'interesse del creditore nella configurazione strutturale e nella conformazione funzionale dell'obbligazione si innerva nell'interpretazione di quel «masso erratico» (Cannata) della pandettistica, precipitato nell'art. 1174, che identifica la prestazione dovuta con l'oggetto dell'obbligazione, e in definitiva risolve questa con l'appropriazione di quella. E' ben vero, però, che sul punto è maturata una diversa qualificazione della prestazione come contenuto dell'obbligazione e la consequenziale identificazione dell'oggetto della obbligazione in ogni utilità apprezzabile che per l'ordinamento possa costituire materia di sacrificio per un soggetto e, in correlazione con quel sacrificio, possa essere materia di aspettativa tutelata di un altro soggetto. D'altronde, però, neppure è mancato chi ha identificato senza residui contenuto ed oggetto dell'obbligazione pervenendo ad una sostanziale svalutazione di tali distinzioni in quanto ritenute basate sulla pura terminologia. Probabilmente, il senso della distinzione in parola può essere compreso solo a partire dal più significativo dilemma intorno al carattere personale o patrimoniale dell'obbligazione, che ha dato luogo alle più «sottili disquisizioni» (Rescigno) essendosi identificato l'oggetto dell'obbligazione nel bene dovuto ovvero per converso nel comportamento che il debitore è tenuto a porre in essere, sì da relegare all'esterno del rapporto la realizzazione del risultato utile per il creditore.

Come usuale, la maturazione riflessiva ha portato ad un punto di convergenza segnato dalla rinuncia a cercare una astratta e perfetta simmetria tra lato attivo e lato passivo dell'obbligazione ed assegnando, quindi, un diverso oggetto al dovere del debitore e al diritto del creditore. In tale prospettiva di sintesi, la prestazione ha una dimensione oggettiva se e quando riguardata nella prospettiva del risultato utile per il creditore, conseguenza del comportamento adottato e non comportamento esso stesso; soggettiva, invece, se e quando riguardata nell'ottica del comportamento strumentale del debitore ai fini della soddisfazione del diritto di credito, sia perché la causa, sia perché talvolta vi coincide dal momento che l'interesse del creditore non è un evento distinto rispetto all'attività del *solvens*, ma è soddisfatto dalla medesima condotta, «la quale a sua volta non ha risultato utile per il creditore ma è questo risultato utile» (Schlesinger). A tale

stregua, può anche convenirsi che il contegno del debitore indica ad un tempo il contenuto dell'obbligo e l'oggetto dell'obbligazione: ciò che muta è solo la proporzione tra i due elementi.

Insomma, se adempimento significa realizzazione di tutto il sistema di interessi a mezzo del previsto programma di cooperazione tra le parti, ne segue che la valutazione del primo presuppone la precisa individuazione del secondo. Quel programma, infatti, esprime l'impegno richiesto ed al contempo il risultato atteso della cooperazione tra le parti, in quanto punto di equilibrio degli interessi reciproci, purché meritevoli. Ciò impone, nella configurazione del rapporto obbligatorio ed a partire dalla individuazione della prestazione dovuta, di considerare in modo adeguato la relazione tra comportamento debitorio ed aspettativa creditoria. La mancata considerazione di entrambi i termini di questa relazione, che è funzionale e perciò asimmetrica, è tale da provocare un impoverimento cognitivo ed euristico idoneo a velare la complessità degli interessi coinvolti nello scambio contrattuale e induce a non considerare che l'adempimento è destinato ad assicurare al creditore la soddisfazione dell'interesse ad ottenere tutto quello e proprio quello che è dedotto in contratto.

12. Lavorare – Le osservazioni proposte intorno alla struttura del rapporto obbligatorio ed alla natura della prestazione dovuta possono ritenersi sufficienti a rappresentare, in questa sede, i termini essenziali e generali del problema. Tali termini devono ora essere ridefiniti, sia pure sinteticamente e almeno per due profili rilevanti, in relazione all'obbligazione di lavoro, al solo fine di meglio individuare, sia pure per accenni, «tutto il sistema di interessi» coinvolto nel «programma di cooperazione tra le parti».

Dando per conosciute le diverse teoriche che nel tempo sono state proposte, credo di non errare asserendo l'esistenza di un ormai diffuso consenso sulla validità dell'impostazione che riconduce l'obbligazione del lavoratore ad un comportamento attivo e che più esattamente l'identifica nell'assunzione di un contegno o comportamento destinato ad acquisire specifica fisionomia e concreta utilità in seguito all'esercizio del potere datoriale di conformazione. In una recente riflessione sul tema del tempo, si invita anche a recuperare la «plastica nozione» di lavoro subordinato come bene giuridico e cioè in definitiva come «comportamento assoggettato al potere creditorio» (Bavaro) nelle varie articolazioni e funzioni a quest'ultimo riconosciute.

In questa prospettiva, le mansioni costituiscono soltanto un referente dell'oggetto dell'obbligazione di lavorare, e cioè della prestazione di lavoro da eseguire in modo subordinato; in quanto costituiscono l'oggetto dell'obbligazione o se si vuole del contratto, esse concorrono ad identificare la prestazione dovuta e definiscono il limite delle pretese del creditore di lavoro entro i limiti segnati dalla qualifica, e dalla equivalenza (Gargiulo), intesa come indicatore dei compiti potenzialmente esigibili nel quadro della prestazione programmata dei contraenti e di uno schema di garanzia dell'equilibrio dello scambio contrattuale.

Invero, non molta fortuna hanno avuto le ricostruzioni dell'obbligazione lavorativa in termini di obbligo di dare o di tollerare o di semplice messa a disposizione delle energie lavorative (lungo una linea che da Nikisch e dalla sua distinzione tra *Dienst-* e *Arbeitspflicht*, passa per Cattaneo, D'Eufemia, Scognamiglio e può farsi arrivare alla relazione Aidlass di Carabelli), la cui stretta correlazione (genetica e funzionale) con la disciplina (e le riflessioni) sulla mora del creditore è troppo nota da dover essere qui ricordata. In proposito, è stato però correttamente segnalato come l'interesse del creditore è soddisfatto dall'attività che il debitore svolge secondo le direttive impartitegli sì che, tendenzialmente, il mettersi a disposizione non fa parte del contenuto della prestazione lavorativa ma costituisce solo un «presupposto» dell'adempimento (Ghera, Liso), ed è stato pure evidenziato lo stravolgimento dell'equilibrio contrattuale derivante dalla riconduzione, ed anzi dalla riduzione, a mero onere di cooperazione della «posizione attiva di potere» del datore in ordine all'utilizzazione delle energie lavorative (Grandi).

Il che però certo non impone di qualificare la prontezza o disponibilità ad adempiere a stregua di comportamento passivo inutile per il creditore, o almeno così è per chi ritiene che il senso e la ragione funzionale del contratto di lavoro siano da individuare nella continuativa disponibilità del lavoratore ad essere inserito in una organizzazione prestando qui attività eterodiretta. In questa prospettiva lo stare a disposizione non è certo il modo ordinario di adempimento dell'obbligo lavorativo ma solo uno dei possibili modi, e soltanto se e nella misura in cui risulti funzionale alla realizzazione della causa stessa del contratto di lavoro come interpretata dal creditore di lavoro nell'esercizio del suo potere direttivo (Cester). Conferma di ciò può trovarsi, io credo, nell'ordinamento comunitario e nelle sentenze della Corte di Giustizia (Simap, Jaeger,

Della, Vorel) in materia di orario di lavoro nella misura in cui è possibile distinguere tra una attesa in disponibilità ed una diversa attesa in reperibilità.

Insomma, l'attività intellettuale o manuale rappresentata dalle mansioni dovute individua il contenuto dell'obbligo di lavorare o collaborare secondo modalità esecutive caratterizzate dalla dipendenza e direzione: tale obbligo – sarà pure banale ricordarlo, ma non per questo perde di importanza – acquista pregnanza significativa se e quando correlato, sul piano del senso e del modo, alla realizzazione della funzione socialmente tipica e cioè della causa del contratto, sintesi degli effetti essenziali e quindi anche strumento di identificazione (e soddisfazione) degli interessi delle parti negoziali.

E' dunque sulla causa – quale elemento tipico – che occorre focalizzare l'attenzione per intendere lo spazio stesso dell'adempimento, quale concretizzazione di tutto quello e proprio quello che nel contratto è stato tipicamente (in via negoziale o legale) ricondotto. Pertanto, la conformazione strutturale dell'obbligazione di lavoro non può che essere profondamente condizionata dalla preliminare individuazione della funzione causale del contratto e questa, a sua volta, non può essere definita trascurando di considerare l'assetto complessivo degli interessi.

Fra questi, l'interesse del creditore, costituendo l'altro polo del rapporto obbligatorio rispetto al comportamento e cioè alla prestazione del debitore, condiziona non solo la nascita dell'obbligazione ma anche il suo adempimento, nel senso di termine necessario e indeclinabile rispetto al quale si commisura l'esatto adempimento. Da tempo (da non molto tempo) questa circostanza emerge in modo chiaro anche nella giurisprudenza quando considera l'inadempimento come inesecuzione di una prestazione per effetto della mancata attuazione da parte dell'obbligato dell'impegno di cooperazione richiesto, secondo il tipo di rapporto obbligatorio, per la realizzazione dell'interesse del creditore. Non a caso, dovendosi precisare il significato del significante collaborazione, è stata segnalata «l'importanza dell'aspettativa del creditore al risultato produttivo della prestazione dovuta dal debitore nell'adempimento della sua obbligazione» (Ghera). E credo di non errare se affermo che l'aspettativa creditoria, e pertanto la causa del contratto, siano segnate – ad un primo e generico livello – dalla necessaria correlazione o integrazione tra prestazione ed organizzazione.

Pertanto, soltanto al fine di segnalare la prevalenza cognitiva del modo di esecuzione della prestazione rispetto al contenuto della medesima, può dirsi che l'oggetto

dell'obbligazione è la subordinazione in quanto criterio formale di qualificazione degli effetti derivanti dal contratto. Infatti, come è stato precisamente segnalato, la subordinazione non è un modello tipologico della realtà sociale da utilizzare per il suo ordinamento a fini normativi ma è la «sintesi delle modalità effettuali» della prestazione e quindi dell'obbligazione di lavoro (Ghera): la subordinazione, nelle parole di Supiot, è una relazione, non una situazione.

La valutazione dell'interesse del creditore consente così concretamente di introdurre nella dimensione del contratto (e non solo nella sfera del rapporto) la rilevanza della dinamica organizzativa (nella prospettiva a mio giudizio preferibile dell'organizzabilità: L. Zoppoli). Non a caso, tale circostanza trova esplicita considerazione nell'art. 2104: tanto nel secondo comma, là dove il potere è correlato all'esecuzione ed alla disciplina del lavoro (sì che l'assoggettamento ivi richiesto in fase di esecuzione della prestazione rappresenta l'altra faccia dell'esercizio del potere e dunque, in qualche misura, è estraneo alla teoria dell'adempimento), quanto nel primo comma per via del richiamo all'interesse dell'impresa, che è pur sempre interesse del creditore e quindi criterio di orientamento funzionale della prestazione.

La rilevanza dell'organizzazione e la riconduzione dell'obbligazione di lavoro in una dimensione più ampia della mera esecuzione materiale delle mansioni assegnate consente di assumere una prospettiva che rinvia al rapporto obbligatorio complessivamente apprezzato e dunque all'adempimento nella prospettiva dell'attuazione del rapporto, in quanto ritenuta più adeguata a rendere ragione di obblighi, doveri, oneri a carattere bilaterale o che impongono allo stesso creditore di cooperare affinché il debitore possa adempiere e liberarsi così dall'obbligo assunto. E' dunque la rilevazione congiunta dell'interesse del creditore e del vincolo del debitore a dare senso al rapporto obbligatorio e tale interesse è segnato dalla necessaria correlazione tra prestazione ed organizzazione, assicurata dal datore mediante l'esercizio di poteri che trovano fonte, legittimazione e limite nel contratto e nella sua stessa funzione causale.

13. Contemperamento – Se l'interesse creditorio non condiziona soltanto la nascita dell'obbligazione ma anche l'adempimento di essa, in quanto termine necessario ed indeclinabile rispetto al quale si commisura l'esatto adempimento, è facile comprendere

non soltanto le ragioni per cui alla mancanza di una adeguata considerazione del medesimo interesse possano plausibilmente addebitarsi anche tradizionali e significative difficoltà della definizione dei rapporti di «dare ed avere» tra diritto comune e diritto del lavoro, ma anche i motivi per cui l'intensità e l'estensione dell'interesse del creditore di lavoro devono essere precisamente e preventivamente definite, al fine di evitare l'incontrollata espansione del debito contratto, soprattutto sul versante del coinvolgimento della persona del debitore.

Al riguardo vorrei richiamare l'attenzione su due profili specifici, meritevoli in sé di due autonome ed ampie trattazioni ma qui soltanto oggetto, appunto, di sintetici richiami.

Il primo riguarda l'identificazione dell'apprezzabile interesse del creditore che ai sensi dell'art. 1464 legittima il recesso per impossibilità parziale della prestazione, in particolare nell'ipotesi in cui questa sia stata determinata anche, ma non solo, da sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore; norma, questa, da coordinare, com'è noto, con l'art. 1258 ai cui sensi il prestatore si libera dal vincolo eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile. In entrambi i casi, si badi, il codice parla di impossibilità parziale e non di adempimento parziale, riconducendo l'intera materia alla gestione delle sopravvenienze.

Il secondo profilo riguarda, invece, proprio l'adempimento parziale di cui tratta esplicitamente soltanto l'art. 1181 che riconosce al creditore la facoltà («può») di rifiutare un adempimento parziale quand'anche la prestazione sia divisibile, salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente; norma, questa, tradizionalmente correlata all'art. 1197 che disciplina l'ipotesi di prestazione in luogo di adempimento.

In una visione plastica del sistema normativo, gli articoli ora citati assumono quasi – almeno a prima vista – le sembianze delle torri di una fortezza quadrilatera, destinata a presidiare l'interesse del creditore all'esecuzione di una prestazione che sia esatta e conforme a quanto dedotto nel contratto. Viceversa, ad uno sguardo un poco più approfondito, la prima impressione lascia ampio spazio ad una diversa considerazione sia in merito alle incertezze, interne e profonde, della sistematica codicistica, sia in relazione alla traslitterazione lavoristica della medesima, tanto da poter ragionevolmente dubitare – ad esempio – che le norme sull'adempimento parziale, quando riferite all'obbligazione di lavoro, possano o debbano necessariamente ricondursi alla teoria dell'adempimento ed non invece a quella dell'impossibilità.

In ogni caso, pur nella consapevolezza della rocciosità teorica degli argomenti indicati, intendo soffermare l'attenzione sui profili, non coincidenti, dell'impossibilità parziale e dell'adempimento parziale al fine specifico di condividere due spunti di riflessione. Il primo, relativo all'impossibilità, attiene al processo di progressiva e significativa differenziazione dell'interesse creditorio nel diritto primo e nel diritto secondo; il secondo, invece, relativo all'adempimento parziale, riguarda i limiti delle concettualizzazioni sistematiche del diritto primo quanto trasportate nel diritto secondo. L'osservazione, dunque, ha finalità esemplari, ancora una volta senza alcuna ambizione di ricognizione esaustiva degli orientamenti in materia.

Per quanto riguarda l'impossibilità parziale della prestazione di una delle parti, è noto che l'art. 1464 consente il recesso dell'altra qualora questa «non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale» determinato, nel caso dei rapporti di lavoro, dalla riduzione della capacità lavorativa riferita alle normali ed abituali prestazioni assegnate. L'applicazione diretta ed immediata dell'art. 1464 non può che comportare (nelle parole della Cassazione SU 7 agosto 1998 n. 7755) il «diritto del datore di apprezzare personalmente il proprio interesse alla prestazione parziale».

A fronte di tale modello regolativo, se ne contrappone un altro che, pur senza negare formalmente la rilevanza dei principi detti, ha comunque ritenuto prevalente, su quella del codice, la normativa speciale e in particolare la disciplina dell'art. 3 della l. n. 604/66. L'impossibilità sopravvenuta del lavoratore alla prestazione per inidoneità psicofisica è stata così riguardata come un'ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Conseguentemente, l'esercizio del potere di recesso risulta legittimato non più dal mero apprezzamento dell'interesse creditorio ma da una oggettiva incompatibilità fra la residua professionalità del lavoratore, colpito dall'evento invalidante, ed il concreto assetto aziendale. In tal modo, le ragioni ostative ad un reimpiego del lavoratore in mansioni confacenti alla professionalità posseduta sono ricomprese fra gli elementi costitutivi del potere risolutorio. In altri termini, e sempre per usare le parole della Cassazione, si deve affermare «l'insussistenza del giustificato motivo di licenziamento qualora vi sia la possibilità di assegnare il lavoratore infermo ad attività diverse».

Qualificato l'onere di collocazione alternativa a stregua di principio generale e stabilito che questo principio sta ad indicare che il licenziamento rappresenta una soluzione da

adottare con estrema cautela per il grave pregiudizio che ne può risentire il lavoratore, si deduce che il pur necessario coordinamento della norma civilistica dell'art. 1464 con la legge 604 del 1966 «non può porre limiti contraddittori al senso del principio» come prima definito.

Ricondotto l'obbligo di collocazione alternativa nell'alveo dei principi costituzionali, la Cassazione ha insomma ritenuto di non poter accogliere la tesi del diritto potestativo di recesso del datore sulla base di un apprezzamento soggettivo senza alcuna possibilità di controllo da parte del giudice quale «interprete del contratto». «La tesi dell'apprezzamento soggettivo del detto interesse», afferma infatti la Cassazione, «è stata seguita in giurisprudenza con riferimento a contratti di scambio, quale la vendita, ma non è sostenibile per il contratto di lavoro» e ciò per almeno due motivi»: anzitutto, perché «l'oggetto della prestazione coinvolge la stessa persona umana»; in secondo luogo, perché «i valori costituzionali impongono una ricostruzione dei rapporti d'obbligazione nell'ambito dell'organizzazione d'impresa e secondo la clausola generale di buona fede, tale da attribuire con diversi criteri gli obblighi di cooperazione all'imprenditore». Conseguentemente, si è affidato al giudice l'onere di valutare la persistenza o meno dell'interesse del creditore alla prestazione lavorativa, secondo un canone di buona fede oggettiva, avuto riguardo alle residue capacità di lavoro del prestatore ed all'organizzazione dell'azienda.

A proposito di quest'ultima, è però la stessa Cassazione a segnalare, per altro verso, l'essenziale garanzia costituzionale di autodeterminazione imprenditoriale tanto in relazione al dimensionamento ed alla scelta del personale da impiegare nell'azienda quanto con riguardo al conseguente profilo dell'organizzazione interna della medesima azienda, soprattutto affinché ne siano preservati gli equilibri finanziari. A giudizio della Cassazione, il «turbamento» di tali equilibri, determinato dalla tutela di singoli lavoratori, sarebbe tale da pregiudicare il diritto al lavoro degli altri dipendenti e da tradursi, alla fin fine, in una sorta di prestazione assistenziale imposta, vietata ove non prevista dalla legge.

Il punto di equilibrio tra i due contrapposti interessi sta dunque in ciò che l'assegnazione del lavoratore, divenuto fisicamente inidoneo all'attuale attività, ad attività diverse e riconducibili alla stessa mansione, o ad altra mansione equivalente, o anche a mansione inferiore (consensualmente), può essere rifiutata legittimamente

dall'imprenditore se comporti aggravati organizzativi o anche il trasferimento di singoli colleghi dell'invalido. Si è inoltre affermato che l'obbligo dell'imprenditore di cooperare all'accettazione della prestazione lavorativa di soggetti affetti da infermità non va oltre il dovere di garantire la sicurezza imposto dalla legge ordinaria e si è alleggerita la prova del datore di lavoro limitandola ragionevolmente in relazione ai concreti aspetti della vicenda e alle allegazioni del dipendente attore in giudizio.

All'evidenza, la soluzione indicata espropria il creditore della valutazione soggettiva – dell'apprezzamento, si potrebbe dire con le parole del codice – del proprio interesse ad accettare la parte residua di una prestazione altrimenti parzialmente impossibile, ponendo definitivamente ai margini della costruzione dell'obbligazione di lavoro l'originario primato assiologico e funzionale dell'individualismo volontaristico ed esaltando, invece, a fini compositivi, il dualismo strutturale degli interessi. In qualche misura, anche in questo caso sembra operare quel «processo giuridico di adattamento quanto agli interessi e (...) di adeguamento quanto alle regole di realizzazione» che segna la traduzione dall'autoregolamento (come governo individuale dei propri interessi) all'autonomia (come governo individuale delle regole di azione poste a presidio degli interessi autoregolati) e cioè, in definitiva, alla sfera della giuridicità (Falzea). Nel caso qui discusso, il processo giuridico di adattamento e adeguamento descritto da Angelo Falzea, direi quasi il processo di civilizzazione degli interessi, si traduce tanto nella considerazione globale dell'assetto degli interessi in gioco in sede di adempimento (di entrambi i contraenti), quanto nella valutazione oggettiva dell'interesse o meglio nell'oggettivizzazione dell'interesse creditorio, peraltro radicato nella garanzia costituzionale di iniziativa economica. Conseguentemente, l'apprezzabilità soggettiva dell'interesse creditorio, assunto ad espressione di libertà costituzionalmente garantita, incontra il necessario limite del contemperamento, come usuale tra diritti di pari valore costituzionale.

Dunque, dal punto di vista dell'obbligazione di lavoro, i descritti orientamenti giurisprudenziali – confermando l'adeguatezza del paradigma interpretativo qui proposto e, in esso, in modo particolare, della lettura dell'adempimento in chiave soddisfattiva – restituiscono all'interprete la consapevolezza della centralità sistemica dell'interesse del creditore, non più però considerato a stregua di mero apprezzamento soggettivo, in conformità alla ideologia codicistica dell'individualismo proprietario, ma

. Essendo però questa plurale, essa invoca, a fini di governo del conflitto, l'esercizio di pratiche e tecniche di contemperamento (e non già di gerarchia) degli interessi (e ancor prima, direi, l'assunzione di una cultura pertinente).

Naturalmente, resta ferma la questione, qui non discussa ma pure oltremodo significativa, di chi deve provare e cosa deve essere provato in giudizio, atteso che il giudice può essere considerato più interprete del contratto e meno (molto meno) interprete dell'organizzazione, altrimenti enfatizzandosi il rischio di una ingerenza intrusiva nelle scelte organizzative dell'imprenditore. Il che spiega, ad esempio, la proposta (Ichino) di correlare l'interesse dell'imprenditore a dati oggettivi, quali l'entità della perdita attesa, anche sulla scia di esperienze diverse come, ad esempio, quella resa famosa dalla formula sulla negligenza del giudice Hand (secondo cui esigenze di efficienza del sistema impongono che si incorra in responsabilità allorché il costo delle precauzioni sia inferiore al danno moltiplicato per la sua probabilità, e che comunque ha incontrato scarsa applicazione e critiche significative, nonostante i recenti tentativi di recupero e di applicazione messi in atto da Richard Posner come accademico e come giudice federale).

Peraltro, per connessione giova ricordare che, decidendo sempre in materia di impossibilità sopravvenuta ma per *factum principis*, la Cassazione ha enunciato il principio noto secondo cui la sopravvenuta impossibilità temporanea della prestazione lavorativa autorizza il datore di lavoro a recedere dal rapporto, ai sensi dell'art. 1464, in mancanza di un suo interesse apprezzabile alle future prestazioni lavorative. La sussistenza di tale interesse deve però essere verificata, in questo caso, a motivo pur sempre del coordinamento con la legge 604 del 1966, avendo riguardo alle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa. Ne segue, con riferimento ad esempio all'ipotesi di temporaneo ritiro ad un dipendente aeroportuale del tesserino di accesso agli spazi doganali dove si svolge la prestazione lavorativa, che l'accertamento della legittimità del licenziamento presuppone la dimostrazione da parte del datore di lavoro sia delle esigenze aziendali che escludono (in base ad una valutazione ex ante) il suddetto interesse – in relazione alla prevedibile durata della sospensione della prestazione, alla natura delle mansioni ed alla sostituibilità dell'assente – sia della impossibilità di utilizzare il dipendente in altri

luoghi o in mansioni diverse, almeno equivalenti, secondo modalità di servizio che l'imprenditore potrebbe disporre nell'ambito dei propri poteri organizzativi senza modificare l'assetto aziendale. In relazione a tale ultimo punto, la giurisprudenza di legittimità sembra essersi attestata sul principio che la scelta del datore di lavoro di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione per il veto del terzo, comporta l'obbligo del datore di lavoro al cd. *répechage*, con onere probatorio a suo carico.

14. Radicamento – L'assunzione di un paradigma interpretativo ritenuto idoneo a cogliere e rappresentare la complessità (anche costituzionale) degli interessi coinvolti in una relazione obbligatoria e la considerazione delle finalità soddisfattive dell'adempimento, pongono con urgenza la questione relativa all'eventuale esistenza, giuridicamente rilevante, di un interesse del debitore ad adempiere, e non soltanto a liberarsi dell'obbligo, e cioè, in concreto, ad eseguire la prestazione dovuta. La questione può ben essere definita classica ed emblematica ad un tempo delle conseguenze connesse ad una interpretazione fondata sulla concettualizzazione di simmetriche e contrapposte posizioni giuridiche, in guisa tale che alla pretesa di una delle parti non possa corrispondere altro che una posizione di soggezione e di non-pretesa dell'altra. Il presupposto logico di ciò è naturalmente da individuare in una evidente visione formalistica dell'adempimento come fattispecie, e non come attuazione del rapporto. Da qui la scarsa o nulla considerazione, nel diritto primo, per gli interessi del debitore, che d'altronde non sono essenziali al fine di assicurare la nascita e l'esistenza in vita dell'obbligazione: a tal fine, com'è noto, soccorrono soltanto gli interessi anche non patrimoniali del creditore.

In verità, l'ordinaria fisiologia del rapporto obbligatorio in fase di attuazione lascia del tutto sullo sfondo le questioni relative all'eventuale esistenza di un interesse debitorio all'esecuzione effettiva della prestazione o anche di ulteriori interessi di altro genere. E ciò si comprende bene, dal momento che la loro soddisfazione è da considerarsi implicitamente assorbita ed assicurata dalla contestuale realizzazione dell'interesse creditorio all'esatta esecuzione della prestazione dovuta.

Per tale motivo, il piano coinvolto nella discussione non è quello della costruzione dell'obbligazione, ma semmai e soltanto quello della sua esecuzione e in particolare

delle insorgenze e sopravvenienze di varia natura: quando il creditore non voglia più soddisfare il suo interesse alla prestazione o lo voglia soddisfare con un strumento diverso dalla prestazione del debitore; quando la prestazione sia divenuta impossibile per causa imputabile al creditore; quando il creditore non possa cooperare all'adempimento; infine, quando la prestazione costituisca uno strumento di soddisfazione di un bisogno o di un bene del debitore. Come è stato garbatamente rilevato «ricercare la soluzione, necessariamente unitaria, di queste pur diverse problematiche, facendola dipendere dall'ammissibilità oppure no di un diritto del debitore all'adempimento ingenera qualche perplessità» (Romano). E desta qualche perplessità perché diversi e di differente rilevanza possono essere gli interessi coinvolti e non tutti possono vantare una configurazione formale in termini di diritto soggettivo. Più esattamente, il problema non è tanto quello di stabilire la configurabilità di un astratto ed uniforme diritto soggettivo del debitore ad adempiere, quanto piuttosto di individuare interessi debitori giuridicamente rilevanti per la cui soddisfazione o tutela sia possibile rinvenire adeguato fondamento normativo.

In questa prospettiva, ed in termini generali, si comprende la posizione dottrinale tradizionale «portata a riconoscere che numerose categorie di debitori o di soggetti obbligati possono avere interesse alla esecuzione delle proprie prestazioni per i numerosi riflessi che vi sono connessi» (Di Majo). Al riguardo si è soliti richiamare le prestazioni artistiche o professionali, nel qual caso l'interesse all'esecuzione riceve indirettamente tutela ai sensi dell'art. 1217 (fermo restando che il creditore può recedere con le forme tipiche del recesso ovvero con la facoltà di chiedere la risoluzione). Nel rapporto di lavoro subordinato esistono invece specifiche norme che consentono di affermare l'esistenza di un interesse concreto e protetto del debitore all'adempimento, che trova fondamento nelle norme costituzionali e serve quale criterio di interpretazione e di determinazione secondo buona fede degli effetti del contratto, il quale dà luogo non solo ad un rapporto di scambio ma inserisce il prestatore nella comunità d'impresa e destina la sua prestazione all'organizzazione produttiva. Al riguardo, segnalo che pur sempre nelle norme costituzionali, ma nell'interesse in questo caso generale, è stata innervata l'esigenza di applicare a beneficio dei dirigenti pubblici lesi da atti illegittimi di rimozione strumenti di tutela non meramente risarcitoria (Cost. 24 ottobre 2008 n. 351).

Nella rilevanza costituzionale del lavoro e della protezione di cui gode il lavoratore, la giurisprudenza ha radicato il principio secondo cui l'obbligo di cooperazione dell'imprenditore creditore comprende non soltanto la predisposizione degli strumenti materiali necessari all'esecuzione del lavoro ma anche l'impegno ad utilizzare le capacità lavorative del dipendente, pur sempre «nei limiti dell'oggetto del contratto» (Cass. 7 agosto 1998 n. 7755). Tant'è che, si afferma, il lavoratore ha il diritto a non essere lasciato in condizioni di forzata inattività e senza assegnazione di compiti, ancorché senza conseguenze sulla retribuzione: diffusa in giurisprudenza risulta ormai l'affermazione secondo cui il lavoratore debitore ha «non solo il dovere, ma anche il diritto all'esecuzione della propria prestazione lavorativa e il datore di lavoro ha il correlativo obbligo di adibirlo».

Questo diritto all'esecuzione della propria prestazione lavorativa trova fonte precisamente nell'art. 4 Cost., non già nella parte in cui sancisce il diritto al lavoro, ma in quella successiva, e per la verità meno citata. Nella prospettiva costituzionale, infatti, oggi spesso ingiustamente negletta ed anzi apertamente contestata in quanto ritenuta superata, il lavoro non è mai fine a se stesso, non è mai strumento di mera riproduzione sociale, di mera acquisizione di reddito da destinare al consumo o, peggio, funzionale al mero profitto economico dell'impresa. Piuttosto e principalmente, esso è mezzo attraverso il quale ogni persona, secondo le proprie possibilità e le proprie scelte – cioè: secondo la propria vocazione – concorre al progresso materiale o spirituale della società. Il lavoro del singolo si inserisce così in una trama comunitaria ed assume una valenza costruttiva, in virtù della quale ogni attività lavorativa non solo partecipa della medesima dignità sociale ma è anche segnata da una responsabilità sociale e da ben precisi vincoli etici, prima ancora che giuridici.

Questa dimensione del lavoro, che rinvia all'impegno gravante su ciascun uomo di partecipare alla fatica della costruzione della comune città, trova conferma anche in un'altra norma costituzionale. Mi riferisco naturalmente all'art. 36. Anche in questa prospettiva, il lavoro non è ricondotto ad una mera relazione contrattuale individuale – per la quale dovrebbe valere, come criterio di governo, il principio di giustizia commutativa – ma rinvia ad una dimensione più ampia: attraverso la retribuzione, e la relativa «dimensione sociale» (L. Zoppoli), è lo strumento che assicura al singolo ed alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa. Per questo la retribuzione deve essere

«in ogni caso» sufficiente e non può essere solo proporzionale, come pure dovrebbe ritenersi nella logica commutativa propria dello scambio delle merci: il fatto molto semplice è che il lavoro non è una merce.

Mi pare evidente la distanza che intercorre tra il senso del lavoro deducibile dalla Costituzione e la vulgata diffusa che lo intende come strumento di mera realizzazione del proprio sé narcisistico, di acquisizione di risorse da spendere nel sistema del consumo effimero, ovvero ancora fonte e misurazione del proprio potere sociale. Dimensioni, queste ultime, non prive di significato, se coltivate con sano equilibrio. Ma certo non esaustive né sufficienti ad incarnare il senso sociale e antropologico del lavoro. Il lavoro, infatti, nella prospettiva costituzionale, è strumento di liberazione dal bisogno, di realizzazione della propria vocazione, di costruzione della città dell'uomo. Perciò ha ragione Zygmunt Bauman quando afferma che «il consumatore è nemico del cittadino».

Insomma, l'art. 2103, nel sancire l'esistenza di un interesse giuridicamente tutelato del lavoratore all'esecuzione della propria prestazione (sent. 17564/06), viene, così, a coniugarsi con le indicazioni dalla Carta costituzionale, in ragione delle quali il lavoro non è soltanto fonte di sostentamento (sì che il solo interesse rilevante del prestatore sarebbe, in una prospettiva di scambio, quello al pagamento della retribuzione), ma anche un mezzo attraverso il quale la persona realizza le proprie capacità, contribuendo al tempo stesso al progresso e all'evoluzione della società nel suo complesso. La violazione di tale diritto del lavoratore all'esecuzione della propria prestazione è dunque fonte di responsabilità risarcitoria per il datore di lavoro

Tale responsabilità, derivando dall'inadempimento di un'obbligazione, resta pienamente soggetta alle regole generali in materia di responsabilità contrattuale. Conseguentemente, se si prescinde da uno specifico intento di declassare o svilire il lavoratore a mezzo della privazione dei suoi compiti, la responsabilità stessa deve essere nondimeno esclusa tanto nei casi in cui possa ravvisarsi una causa giustificativa del comportamento del datore di lavoro connessa dall'esercizio di poteri imprenditoriali, garantiti dall'art. 41 Cost., ovvero di poteri disciplinari, quanto nel caso in cui l'inadempimento della prestazione derivi comunque da causa non imputabile all'obbligato fermo restando che, in base alla generale previsione dell'art. 1218, l'onere

della prova della sussistenza delle ipotesi ora indicate grava sul datore di lavoro, in quanto avente, per questo verso, la veste di debitore (Cass. 30 luglio 2009 n. 17778)

A ben vedere, dunque, in tali ipotesi l'interesse del debitore ad adempiere, che segna l'altro lato della relazione obbligatoria, trova fonte e radicamento nell'ordito costituzionale. In tale prospettiva, l'interesse debitorio all'esecuzione della prestazione non è tanto innervato nella struttura in sé del rapporto obbligatorio (ad esempio, sulla base della considerazione per cui «il lavoratore non potrebbe obbligarsi ad un *facere* specifico se a sua volta il creditore del *facere* non fosse obbligato a rendere possibile la prestazione»), ma risulta piuttosto legalmente e precisamente fondato, e tutelato in caso di violazione con il risarcimento del danno o con altre tecniche sanzionatorie a carattere restitutorio, in relazione ad interessi costituzionali che rilevano prima ed oltre rispetto alla struttura obbligatoria.

In tale prospettiva, ed in via di sintesi, può ragionevolmente affermarsi che l'analisi di alcuni segmenti disciplinari specifici, dettati dal codice in materia di adempimento, conferma in modo evidente che quella tra diritto primo e diritto secondo può essere opportunamente intesa a stregua di linea di frontiera idonea, in quanto tale, a generare un campo di reciproca interferenza con esiti innovativi. Ancora una volta, infatti, gli interessi coinvolti in sede di adempimento dell'obbligazione di lavoro acquistano significativa rilevanza in virtù delle norme costituzionali, idonee a determinare significative tensioni e talvolta anche torsioni concettuali ed applicative delle ordinarie norme del codice civile in materia di adempimento: impedendo, ad esempio, una valutazione meramente soggettivistica dell'interesse creditorio tutelato dall'art. 1464 (e dunque mettendo in discussione la logica stessa espressa sul punto dal codice civile) ovvero obbligando ad una più ampia valutazione dell'interesse ad adempiere del debitore. In entrambi i casi, dunque, si conferma la considerazione funzionale dell'adempimento come momento realizzativo dell'intero sistema di interessi coinvolto nel e dal programma di cooperazione tra le parti piuttosto che come strumento di liberazione dal vincolo. Peraltro, la rilevazione di entrambi i lati del rapporto obbligatorio e dei relativi interessi, già necessaria per una corretta ricostruzione di quel rapporto, trova qui un momento di significativa radicalizzazione costituzionale, in virtù della nota relazione privilegiata tra assetto fondamentale e relazione individuale di lavoro; tale circostanza impone all'interprete l'adozione di specifiche tecniche di

governo tramite contemperamento e non per via di gerarchia. E' in questa prospettiva che trova conferma e legittimazione l'auspicio, prima ricordato, espresso da Lipari: che il diritto privato diventi cioè luogo privilegiato per la conciliazione e la sintesi di interessi e valori economici e «non appropriativi».

15. Difformità - In relazione invece al secondo profilo considerato, quello relativo all'adempimento parziale, ed in particolare all'art. 1181, la questione risulta molto più complessa non solo per i contesti applicativi in cui la norma è stata invocata come criterio di giudizio, ma anche e forse soprattutto per il testo (di ermetica semplicità) che la caratterizza. Esso afferma che il creditore può rifiutare un adempimento parziale anche se la prestazione dovuta è divisibile (così come, va detto, a stregua dell'art. 1197 il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta tranne che non vi sia il consenso del creditore). Nell'ambito di una teoria dell'adempimento pertinentemente intesa, l'operare sinergico delle due regole dovrebbe servire a precisare che cosa sia la prestazione da considerare esatta, così naturalmente risultando la prestazione che non sia quantitativamente (questo pare essere il senso primario della divisibilità) o qualitativamente inesatta: da qui l'impressione di inutilità ovvero di scontata evidenza della previsione codicistica. E' vero che l'art. 1258, in caso di impossibilità parziale, legittima il debitore ad eseguire la prestazione rimasta possibile ma ciò – secondo una opinione risalente a Michele Giorgianni – soltanto nel caso in cui non vi sia sua colpa. Qui, invece, la situazione è del tutto diversa, potendosi ipotizzare in via astratta e sulla base dell'art. 1181 una ipotetica offerta di adempimento parziale da parte del debitore e, correlata a questa, una facoltà del creditore di accoglierla o non accoglierla.

In verità, anche in tal caso uno sguardo all'evoluzione storica consente di evidenziare il processo di progressiva trasformazione in canone generale di una regola avente una razionalità propria in relazione ad una specifica categoria di obbligazioni: l'originario pagamento parziale di debito previsto e disciplinato dal codice del 1865 è diventato, in quello vigente, l'adempimento parziale di un obbligo. Trapiantata così nell'alveo generale, la regola è stata poi applicata nell'ambito lavoristico e qui ad una obbligazione di durata, al fine di giustificare il rifiuto del creditore di lavoro di fronte a prestazioni irregolari o abnormi (rispetto ovviamente a quelle dovute), per diversi versi – e perché

di fatto legittimante la chiusura dell'azienda a fronte, ad esempio, di uno sciopero – ritenuto preferibile rispetto all'*exceptio inadimpleti contractus* (art. 1460).

Perciò non è mancato chi ha lamentato l'«uso disinvolto» degli articoli 1197 e 1181, almeno nella misura in cui sono stati invocati al fine di negare situazioni di sciopero velandole sotto la parvenza di una prestazione lavorativa irregolarmente eseguita. Come è stato detto in proposito, l'offerta di prestazioni ridotte o diverse trova fondamento nell'esercizio del diritto costituzionale che legittima l'inesatto adempimento medesimo, allo stesso modo «di quanto accade per le prestazioni rese dopo altre ipotesi di sospensione legittima dell'obbligo lavorativo» (Speziale).

Evidente la dimensione conflittuale ad essa sottesa, la questione ha dunque suscitato un dibattito consistente, che ha impegnato giuristi di diverse generazioni, all'esito del quale non è però possibile affermare l'esistenza di una opinione condivisa. Mentre alcuni non hanno esitato a riconoscere l'applicabilità dell'art. 1181, nel caso ad esempio, di orario ridotto a motivo di sciopero, altri invece hanno messo in dubbio la stessa possibilità di applicazione della norma citata, presupponendo essa una prestazione il cui oggetto sia divisibile in più parti coesistenti in un medesimo momento di tempo: tale non è la prestazione di lavoro in quanto divisibile normalmente solo *ratione temporis*. A stare ad una nota formulazione: se l'adempimento nei contratti di durata è il prestare in ragione del tempo, ne dovrebbe seguire che adempimento totale è il prestare per tutta la durata del contratto, e quello parziale, invece, per una «certa durata con la conseguente estinzione dell'obbligazione del debitore per il tempo trascorso», sì che proprio per questo l'adempimento parziale sarebbe, semmai, rifiutabile in base all'art. 1197 relativo all'inesattezza qualitativa equiparata ad una diversa prestazione.

In questa prospettiva, acquista senso e significato pregnante anche la proposta di chi (De Luca Tamajo), ragionando sull'esempio classico del cuoco e degli spaghetti, ha invitato a correlare l'adempimento parziale a criteri di natura funzionale (e dunque di realizzazione causale e di soddisfazione dell'interesse creditorio) e non più meramente quantitativo-temporali. Interesse del creditore, è bene ribadire, soddisfatto dal ricevere una prestazione colta in riferimento non già al profitto, che attiene alla sfera dell'agire economico, bensì a quel «risultato che costituisce elemento della stessa identità della prestazione» (Ghera Liso): perciò lo sciopero messo in atto prima che gli spaghetti vengano a cottura esclude l'utilità della prestazione che sia scesa al di sotto di quel

«livello di normalità tecnica mancando la quale la prestazione perde la sua stessa identità originaria» (Giugni).

Non a caso, è stato sottolineato che di adempimento parziale può parlarsi in relazione al lavoro solamente in maniera generica, per indicare casi in cui il debitore di una qualsiasi prestazione vi assolva «in maniera incompleta» (Sena). Viceversa, da un punto di vista propriamente tecnico, la questione è molto più complessa, in quanto il contratto di lavoro, pur essendo un contratto a prestazioni corrispettive, presenta molteplici peculiarità che determinano l'impossibilità di applicare automaticamente tutte le norme previste dal codice civile in materia di contratti sinallagmatici. E ciò, sia chiaro, non per contrapposizione ideologica tra diritto primo e secondo, ma per oggettiva difformità logica.

16. Capitoli – Acquisito il senso della disciplina dell'adempimento nella funzione di assicurare al creditore tutto quello e proprio quello che nel contratto è stato dedotto e che per ciò stesso vincola il debitore, ed accertato, altresì, che la complessità degli interessi coinvolti nell'adempimento dell'obbligazione di lavoro determina significative tensioni che inficiano la diretta ed immediata applicazione delle regole del diritto comune, nelle indicate incertezze in merito alla configurazione dell'adempimento parziale è ragionevole individuare una ulteriore conferma dell'opportunità di privilegiare, piuttosto che la mera riconduzione a sistema, l'integrazione funzionale nella diversa logica della pluralità sistemica, in quanto maggiormente idonea a consentire l'osmosi cognitiva e regolativa tra l'uno e l'altro ambito considerato. A conferma di ciò è necessario rivolgere ora l'attenzione alle regole che disciplinano il modo di essere dell'adempimento ovvero degli atti o dei fatti, positivi o negativi, la cui esecuzione è tale da realizzare compiutamente la descritta funzione soddisfattiva.

Le regole dettate dal codice possono essere raggruppate in alcuni ampi capitoli relativi alla: dimensione soggettiva, nei due aspetti della corretta individuazione del creditore e della partecipazione del terzo in fase di adempimento; dimensione oggettiva, con particolare riguardo al pagamento eseguito con cose altrui; all'imputazione e documentazione del pagamento; tempo e luogo dell'adempimento. Non tutti questi capitoli trovano applicazione in relazione all'obbligazione di lavoro. In effetti, anche se è esatto dire che con le norme degli artt. 1176 ss. il legislatore ha inteso formulare una

disciplina generale (e talvolta anche pedante) dell'adempimento, che valga cioè per obbligazioni di qualsivoglia contenuto, è facile vedere che non tutte le disposizioni ivi dettate possono avere rilievo, quale che sia la natura della prestazione da compiere: basta considerare, per fare qualche esempio, l'art. 1188, non applicabile se non a prestazioni che implicino un'attività di ricevimento, o l'art. 1194, riguardante le sole prestazioni pecuniarie, o anche l'art. 1180 sull'adempimento del terzo, in ragione della personalità della prestazione.

In altre parole, la valenza delle norme codicistiche è certo generale, ma non in senso assoluto, ond'è che correttamente è stata evidenziata, ad esempio, l'inapplicabilità dell'art. 1183 che riguarda i casi di mancata determinazione contrattuale della disciplina del tempo della prestazione, essendo invero «non pensabile» (Ichino) la sussistenza stessa dell'obbligazione di lavoro senza che sia in qualche modo disciplinata la distribuzione del tempo, anche in considerazione del fatto che l'attribuzione alla discrezionalità del debitore della scelta dei tempi sarebbe tale da incidere sulla stessa identità causale del contratto. Peraltro, questa asimmetria logica e giuridica trova conferma ulteriore nella facoltà attribuita dalla norma al creditore, quella cioè di esigere immediatamente la prestazione, con previsione che poco ha a che fare con i rapporti di durata.

Eguualmente, non sembra sollecitare significative questioni, ma per la sua radicale incompatibilità con la forma giuridica del lavoro subordinato, l'art. 1182 che in via residuale individua nel domicilio del debitore il luogo di esecuzione della prestazione ove non vi sia diversa determinazione convenzionale. Al riguardo si segnala una sentenza del Tribunale di Milano (5 novembre 2004) che al principio ha dato applicazione in un caso peculiare (del tutto marginale ed anche con una evidente eccedenza argomentativa). Sul presupposto che l'acquisizione in sede disciplinare delle giustificazioni del dipendente costituisce un preciso obbligo del datore di lavoro, il giudice ha ritenuto che, in assenza di una diversa disciplina speciale ed in base ai principi generali in materia di adempimento, l'obbligazione diversa da quella concernente la consegna di una cosa determinata o di una somma di denaro debba essere adempiuta al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza. Ne consegue, ha affermato il giudice, «che non è arbitrario e, perciò, illegittimo il comportamento del datore di lavoro che convoca nell'ambito della propria struttura e fuori dell'orario di

lavoro il lavoratore ed il suo rappresentante sindacale, disattendendo la richiesta dello stesso di essere ascoltato presso il proprio ufficio e nell'orario di servizio».

A monte di tutti questi profili, alcuni dei quali evidentemente poco consoni alle specificità dell'obbligazione di lavoro, residua dunque soltanto la regola dettata dall'art. 1176 che impone al debitore, nell'adempiere l'obbligazione, di usare la diligenza del buon padre di famiglia, valutata, nelle obbligazioni inerenti all'esercizio di una attività professionale, con riguardo alla natura dell'attività esercitata, appunto, professionalmente. A tale prescrizione risulta abitualmente affiancata, nel linguaggio comune della giurisprudenza, ma anche in alcune affermazioni dei giuristi, anche quella recata dall'art. 1175 che impone alle parti di comportarsi secondo le regole della correttezza nonché quella dettata dall'art. 1375 ai cui sensi il contratto deve essere eseguito secondo buona fede. Ciò considerando, credo sia necessario focalizzare fin da subito l'attenzione sulla regola della diligenza da usare nell'adempimento dell'obbligazione di lavoro la cui centralità sistemica risulta, a mio avviso, indiscutibile.

17. Diligenza - In proposito, devo necessariamente premettere che proporrò all'attenzione soltanto alcuni aspetti relativi alla diligenza come regola di governo dell'adempimento della prestazione dovuta, con ciò volendo fin da subito negare spazio e dignità alle teorie che affermano l'esistenza di un obbligo o dovere autonomo di diligenza. In effetti, è pur sempre la prestazione dedotta in obbligazione a dover essere eseguita in modo diligente; appunto perciò, è usuale e manualistica affermazione quella che considera la diligenza come un modo di essere della prestazione ovvero un modo di essere della subordinazione (ma è espressione, quest'ultima, che non si apprezza agevolmente, essendo già la subordinazione un vincolo giuridico che conforma il modo di essere, e di essere erogata, della prestazione dedotta in obbligazione).

In ogni caso, la scelta di una focalizzazione a raggio limitato si rende necessaria per due ordini di motivi: uno, immediatamente intuibile perché connesso all'obiettivo generale della riflessione, è relativo al fatto che la diligenza è qui trattata al fine di saggiare lo stato delle relazioni tra diritto comune e diritto del lavoro su un versante significativo, quale appunto quello delle regole in materia di adempimento; l'altro, perché la regola di diligenza, così come ora conosciuta, è «il risultato della storia dei dogmi, dell'incontro di diverse tradizioni teoriche, di esigenze di pratico adattamento» (Di Majo), e forse

proprio in tale vicenda trova ragione la «posizione di stallo» (De Lorenzi) della dottrina, da alcuni considerata incapace di trarre, dal dibattito pure svoltosi tra giuristi di più generazioni, una opinione che possa dirsi sicuramente dominante.

Non meraviglia, dunque, la considerazione dell'art. 1176 a stregua di «semenzaio di problemi» e la valutazione dello stesso quale recante una norma fra le «più problematiche della codificazione civile del 1942» (Cannata). Affermazioni, queste, del tutto condivisibili, soprattutto se si considera che nel dibattito civilistico la regola della diligenza è intrecciata in modo stringente (e il più delle volte ancillare) con le questioni relative al giudizio di responsabilità, trascinando così dal versante del controllo delle modalità di adempimento a quello del fondamento della responsabilità contrattuale del debitore e all'accertamento della imputabilità dell'inadempimento (ma è storia antica: basti soltanto qui ricordare l'esempio proposto da Pothier nel capoverso 142 del suo Trattato delle Obligazioni: chi subisce un'aggressione e perde il cavallo a lui dato in prestito è da ritenere responsabile della mancata conservazione del bene dovuto, cioè del cavallo, per aver scelto un sentiero noto per essere infestato dai ladri anziché la strada ordinaria, cioè così comportandosi diversamente da come avrebbe fatto una «persona prudente», cioè diligente). In questa prospettiva, è evidente che la regola della diligenza ha una elevata capacità di attrazione problematica dalla quale occorre opportunamente guardarsi.

Ciò premesso, confesso che non adeguata né coerente a me pare l'opinione di chi ritiene che sulla diligenza «si è semplicemente tributari della problematica e dell'opinione professata nell'ambito del diritto generale delle obbligazioni», non essendoci niente di «prettamente giuslavoristico» (Pera). A mio sommesso avviso, invece, anche in questo caso «il criterio elementare» costituito dal rapporto norma generale *versus* norma speciale non rappresenta un adeguato criterio di lettura della materia e rende difficile riuscire a focalizzare gli apporti che il diritto secondo può consegnare per la costruzione di un diritto comune delle obbligazioni. A dimostrazione di ciò, credo opportuno entrare immediatamente in argomento.

Riguardata nella prospettiva di una teoria delle obbligazioni pertinente ed adeguata, la diligenza disegna essenzialmente un modello di condotta che il debitore deve adottare al fine di soddisfare il diritto di credito, tradizionalmente invocato e disciplinato in funzione conservativa della possibilità di adempiere (se e quando riferita in particolare

alle obbligazione di dare o meglio, all'origine dell'elaborazione moderna, di custodire e consegnare una cosa determinata: si ricordi il cavallo di Pothier) e però non estraneo alla stessa concretizzazione dell'oggetto della prestazione, soprattutto quando questa sia una prestazione di fare e di fare tecnico in particolare. Com'è noto, infatti, nelle obbligazioni assunte nell'esercizio di una attività professionale la diligenza deve essere valutata con riferimento alla natura dell'attività esercitata appunto professionalmente (art. 1176, comma 2), che naturalmente è cosa diversa dalla natura della prestazione dovuta e dall'interesse dell'impresa ai quali l'art. 2104 rinvia per la individuazione della diligenza richiesta al lavoratore. Così, tradizionalmente, alla funzione tecnica della diligenza, in quanto fonte di obblighi integrativi strumentali destinati ad assicurare la possibilità di adempiere, si affianca una diversa valenza della diligenza come regola tecnica, e cioè come parametro per misurare la conformità dell'attività concretamente prestata ad un modello di condotta (astratto e generale).

La considerazione della diligenza quale modello di condotta comporta come immediata conseguenza l'abbandono di ogni tentativo di individuare in modo conclusivo il contenuto della diligenza (in altri termini: a rispondere alla domanda che cosa è la diligenza come tratto della condotta umana) e l'assunzione di una diversa prospettiva volta a definire la struttura logico-giuridica cui deve conformarsi il giudizio volto ad accertare se nell'adempimento dell'obbligazione (di lavoro) sia stata usata la diligenza richiesta dalla norma. A ben vedere, infatti, la formulazione normativa presenta tutti i caratteri che identificano ciò che abitualmente si definisce concetto elastico e che Vittorio Polacco aveva già definito come «organi respiratori» che «alimentano» il «corpo delle leggi patrie (...) di sempre nuovo ossigeno, sì che si adattino con sufficiente elasticità e rapidità di cambiamento al vagliare dell'atmosfera che lo circonda». Ond'è che, a fronte di un concetto elastico, il parametro legalmente individuato non è fissato una volta per tutte ed a priori; viceversa, risultano stabilite soltanto le modalità in base alle quali, nelle situazioni più diverse, dovrà procedersi alla sua definizione. Da questo punto di vista, la regola della diligenza rappresenta un esempio emblematico della possibilità di una apertura cognitiva dell'ordinamento e dunque un canale di comunicazione sistemico, a condizione, però, di individuarne esattamente il valore sistematico, cioè la funzione all'interno del rapporto obbligatorio.

18. Calcolabilità – In proposito, la storia giuridica della regola di diligenza, o almeno la sua parte finale, quella cioè che da Pothier arriva ai codici, suggerisce la rielaborazione dell'arcaica figura del buon padre di famiglia e la sua trasformazione in una sorta di paradigma generale funzionale al riordino delle macerie della grande trasformazione ed alla fondazione, insieme alla figura giuridica del proprietario, dell'ordine giuseconomico della modernità. In effetti, nella richiesta che i codici moderni rivolgono al debitore, cioè di adempiere l'obbligazione con quella cura ordinaria che le persone prudenti sono solite praticare nei loro affari, non è difficile intravedere il riverbero della progressiva astrazione dello scambio (rispetto alle condizioni soggettive del debitore concreto) e della conseguente formalizzazione giuridica della razionalità economica borghese. Perciò può dirsi che la regola di diligenza rifletta ed esprima ad un tempo il senso stesso del progetto moderno: di controllare i processi reali e di governare la molteplicità del mondo mediante l'astrazione della soggettività concreta.

Ond'è che, diversamente da quanto il più delle volte ritenuto, la richiesta rivolta al debitore non può essere considerata alla stregua della imposizione di un obbligo di intima premura e cura ma sta piuttosto ad indicare che la figura del debitore modello definisce lo standard atteso della performance debitoria (uso volutamente questo termine) e rappresenta un elemento di razionalizzazione e stabilizzazione delle aspettative delle parti contraenti e massimamente del creditore. Diligente non è il debitore che infonde nell'esecuzione della prestazione tutta la sua buona volontà. Diligente è invece il debitore che adotta un comportamento esecutivo tipico rispetto alla natura della prestazione (art. 2104) o alla natura dell'attività esercitata professionalmente (art. 1176, comma 2) in funzione della soddisfazione dell'interesse del creditore. In questa prospettiva, la diligenza definisce la "figura-modello di buon lavoratore"; formulazione questa ormai entrata a far parte del lessico giurisprudenziale (più in sede penale che civile, a dire il vero, e certo non a caso, e più ancora in relazione alla posizione del datore debitore che a quella del lavoratore, dal momento che di «figura modello del buon imprenditore» parla ormai abitualmente la stessa Cassazione con riferimento all'obbligazione di sicurezza; per tutte: sez. IV penale, 16 settembre 2008 n. 38819.).

In fondo, la differenza culturale tra Osti e Barassi sta probabilmente tutta qui: nella valorizzazione dell'etica della responsabilità invocata dall'incipiente capitalismo

ovvero, al contrario, nella rivendicazione di una sfera di azione e decisione personale, considerata baluardo estremo contro il carattere fagocitante della rivoluzione industriale. «Consacrare proprio nel campo dei rapporti di scambio», scriveva Osti, «lo strano principio che un soggetto quando ha agito con diligenza è sicuro che la propria attività economica non potrà mai in nessun caso condurlo al dissesto» è del tutto incoerente con la logica stessa sottesa ai «rapporti di scambio, che sono dominati dalla ferree leggi dell'economia»; sulla sua scia, più recentemente altri affermeranno che «la concorrenza provvederà ad eliminare quei debitori che non sono in grado di impiegare nell'adempimento dell'obbligo lo sforzo rispondente ad un determinato standard economico-sociale» (Di Majo).

D'altro canto, però, anche al fine di avere una chiara visione degli interessi in gioco, è necessario ricordare che la questione del fondamento e dei limiti soggettivi della responsabilità contrattuale e la correlata configurazione dell'obbligazione come impegno e sforzo personale, pure presentata dai suoi artefici come orientata ad assicurare l'irriducibilità della dimensione personale, ha trovato una prima compiuta formalizzazione nell'Addizione di Barassi al trattato sulle locazioni di Baudry-Lacantinerie e Wahl. Tale Addizione ha però ad oggetto la questione, tipica dell'incipiente industrializzazione, relativa al se e quando lo sciopero costituisca forza maggiore per l'imprenditore, qualora costui sia impossibilitato, appunto a motivo dello sciopero, a rispettare il vincolo contrattualmente assunto. Insomma, il debitore che Barassi vuole vincolato ad un impegno di sforzo è, originariamente, l'imprenditore e non il lavoratore, a carico del quale, anzi, affermerà pur sempre l'obbligo di dare il rendimento utile che statisticamente «il buon lavoratore deve poter dare, a giudizio dei più, nella circostanza concreta».

19. Modelli – Considerata nella prospettiva indicata, la regola della diligenza non esprime, a me pare, il momento psicologico dell'agire e non attiene alla dimensione interiore dell'agente ma rinvia piuttosto ad un modello sociale di azione. In quanto rappresenta uno standard (così esplicitamente la definisce Cass. SU 28 luglio 2005 n. 15781), essa determina una «general expectation» (Roscoe Pound): alla figura modello di riferimento del buon debitore è affidata la funzione di orientare l'azione del debitore concreto e di individuare, delimitandole, le aspettative del creditore della prestazione.

Costui, infatti, ha motivo e diritto per contare sull'esatto adempimento dell'obbligazione e cioè di attendersi dal debitore l'uso della normale diligenza nell'eseguire l'operazione convenuta.

Sul piano individuale, quella regola definisce così un modello oggettivo di esecuzione tipica della prestazione che la identifica esattamente con quella voluta o acquistata dal creditore; sul piano generale, istituisce un criterio normativo di valutazione del comportamento solutorio concretamente adottato, in guisa tale che l'accertata non conformità del comportamento concretamente prestato a quello astrattamente dovuto determina il conseguente rifiuto dell'ordinamento, nelle diverse forme del giudizio di responsabilità, di attribuire validità al primo e di riconoscere come esatto l'adempimento del debitore (restando ancora impregiudicata la questione del fondamento della responsabilità e il ruolo della colpa-negligenza).

A tale stregua, avendo come fine proprio quello di elevare il pregiuridicamente normale al giuridicamente dovuto (Strache), il concetto di diligenza non può essere determinato né in via esclusiva né in via principale prescindendo da una specifica relazione con i fatti sociali ai quali si riferisce. Esprimendo la diligenza un tipo reale di comportamento, e non potendo essere considerata a stregua di tipo logico, ne segue che, a differenza della regola di diritto idonea ad essere applicata a casi concreti mediante un procedimento sillogistico la cui validità è verificabile sul piano logico-formale, il criterio di giudizio pertinente allo standard, e dunque anche alla diligenza, è principalmente quello di approssimazione la cui validità presuppone una pertinente individuazione del modello di riferimento (il che spiega perché sia da considerare erronea la graduazione, in termini di maggiore o minore gravità, dei modelli di diligenza, tra loro essenzialmente diversi in quanto riferibili all'una o all'altra «natura della prestazione»).

In questa prospettiva, la distanza – e cioè la difformità tra il tipo reale e il comportamento concreto – delinea l'estensione del fatto in sé dell'inadempimento, attiene cioè alla fattispecie di inadempimento; viceversa, l'intensità del medesimo richiede una diversa e più complessiva valutazione anche, ma non solo, in ordine alla sfera soggettiva del debitore, in quanto attiene al giudizio di gravità dell'inadempimento anche ai fini dell'individuazione della sanzione proporzionata.

Così intesa, la regola della diligenza non costituisce un autonomo criterio di decisione ma codifica semmai una tecnica normativa di reperimento del criterio di decisione. A tal fine risultano esplicitati i criteri di individuazione, selezione ed ordinamento delle forme esemplari dell'esperienza sociale per via della specificazione dei parametri di individuazione e valutazione del comportamento diligente.

Il riferimento specifico alla natura della prestazione ed all'interesse dell'impresa dovrebbe dunque suggerire particolare cautela nel processo di tipizzazione della condotta diligente soprattutto al fine di scongiurare ipotesi interpretative pure diffuse caratterizzate dal vago ed allusivo rinvio a regole di comportamento che si risolvono in una sorta di valutazione equitativa del caso concreto e che comunque appaiono tali da introdurre, in sede di verifica dell'esattezza dell'adempimento e del conseguente accertamento di responsabilità contrattuale, una sorta di generico ed indifferenziato crimen culpae. Questo rischio è evidente, ad esempio, nell'argomentare di Cass. 26 maggio 2008 n. 13530, pure per altri versi del tutto condivisibile: «in ogni rapporto obbligatorio, anche nel rapporto di lavoro subordinato, la diligenza non costituisce un'obbligazione a sé stante ed aggiuntiva nei confronti della prestazione: è solo la modalità con cui l'obbligazione (la prestazione) deve essere svolta; è la dovuta generale "cura" che (con gradazioni normativamente differenziate nei singoli rapporti) circonda e sostiene ed accompagna la prestazione: è l'impegno che la norma giuridica esige dal debitore per il relativo svolgimento; quale modalità (normativamente richiesta) questa cura costituisce e delimita anche il terreno normativo dell'adempimento: lo spazio entro il quale si esige la prestazione; i limiti di questa cura sono anche i limiti entro i quali l'adempimento (della prestazione) è richiesto; oltre questi limiti, l'adempimento non è richiesto: pur nella materiale mancanza od inesattezza della prestazione, l'inadempimento non sussiste» (laddove, forse, dovrebbe meglio dirsi che non sussiste responsabilità per la sopravvenuta impossibilità dell'esatto adempimento).

Se si conviene sull'impostazione qui proposta, ne segue che la distanza tra le due valenze tradizionali della diligenza (sopra rappresentate, seguendo in parte la classificazione di Mengoni, come funzione tecnica della diligenza e diligenza come regola tecnica) perde gran parte del suo significato, dal momento che anche in sede di conservazione della possibilità di adempiere, che pare essere parte integrante del vincolo assunto, il contegno del debitore dovrà consistere e potrà essere commisurato

per via dell'adozione di modelli standard di comportamento, quale che sia il contenuto dell'obbligazione o il tipo di contratto o la natura della prestazione. Non è dunque la diligenza fonte in senso tecnico di obblighi integrativi della prestazione principale ma semmai la diligenza è strumento di concretizzazione di comportamenti dovuti in quanto già dedotti in contratto o perché parte inscindibile della prestazione principale (secondo quanto indicato da Bianca) o perché provocati – così come segnalava Mancini – da una interpretazione in buona fede del regolamento contrattuale.

20. Standard - Siffatta ricostruzione della regola di diligenza come standard di esecuzione non è condivisa, o non è condivisa fino in fondo, da chi ritiene che, nell'ambito dell'assetto dell'obbligazione, la regola della diligenza abbia la funzione di determinare soltanto il “come” della prestazione dovuta non potendo al contempo incidere sul “cosa” della medesima; non possa avere, cioè, una funzione di specificazione, delimitazione, concretizzazione e, al limite, anche di co-determinazione della prestazione dovuta. E ciò sulla base di un triplice presupposto. In primo luogo, perché, se così fosse, in assenza di tale specificazione la prestazione dovuta resterebbe indeterminata. In secondo luogo, in considerazione del fatto che «il modello assume la funzione di indicare i modi – più spesso necessitati, talora anche solo preferibili – di svolgimento e di esecuzione della prestazione, nel senso che solo (o soprattutto) applicando quei modi e quelle tecniche si perviene ad un risultato giudicato apprezzabile – secondo criteri di normalità – per l'interesse del creditore» (Cester). In terzo ed ultimo luogo, a motivo del fatto che uno stesso criterio non può operare al contempo come strumento di individuazione e di valutazione del comportamento dovuto.

In verità, al fondo di tali obiezioni si annida un duplice timore: da un lato, per la intravista sovrapposizione in capo ad una stessa regola di più funzioni (parametro di determinazione del dovuto e criterio di valutazione dell'esattezza del medesimo); dall'altro lato, per il rischio di un indebito allargamento della prestazione dovuta. Timore certo da condividere, almeno per chi ricorda l'osservazione di Franz Neumann a giudizio del quale «la costruzione del contratto di lavoro come contratto obbligatorio significa che le prestazioni del datore e del prestatore di lavoro sono esattamente

determinate e quindi esattamente calcolabili, per cui né le autorità giudiziarie né quelle amministrative possono imporre ulteriori obblighi o sopprimere diritti esistenti».

Timore, però, da ripensare con attenzione. A tal fine è forse opportuno distinguere due diverse questioni: se la regola della diligenza possa concorrere a determinare la prestazione dovuta; se e quali siano i criteri per la determinazione del dovuto, dal momento che solo una risposta tranquillizzante su questo secondo aspetto potrebbe consentire di accettare una risposta positiva sul primo versante. A mio sommo avviso, i timori di un indebito allargamento della prestazione dovuta derivano soprattutto dall'uso non controllato della nozione di diligenza nell'esperienza concreta della giurisprudenza che il più delle volte, anziché riferirsi a criteri oggettivi di individuazione della figura standard, quali possono derivare dall'osservazione delle forme esemplari dell'esperienza sociale, anche mediante l'analisi dei modelli contrattuali, rinvia ad una dimensione etica e talvolta anche moralistica di buona volontà. Così, ad esempio, quando si parla (Cass. 22 giugno 2009 n. 14586) di «scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti».

In secondo luogo, la regola della diligenza in sé considerata non identifica la prestazione dovuta, ma concorre semmai a delinearne alcuni aspetti tecnico-operativi, tradizionalmente fatti rientrare nei concetti di cura e perizia e che probabilmente meglio potrebbero ormai essere unitariamente qualificati o considerati a stregua di professionalità del dipendente, avendo acquistato il datore non una mera prestazione ma una prestazione appunto professionale. D'altronde, per usare le parole della Cassazione (SU 7 agosto 1998 n. 7755), è certo che «l'oggetto deve essere determinato o almeno determinabile, ai sensi dell'art. 1346, ma, date le peculiari caratteristiche, di regola tale requisito viene specificato in ogni momento di attuazione del rapporto»: se indicato nel documento contrattuale, è sufficiente una previsione generica, tant'è che è veramente difficile immaginare la nullità di un contratto di lavoro per indeterminabilità dell'oggetto; nel corso del rapporto, invece, l'individuazione del comportamento dovuto dal lavoratore viene rimessa anzitutto al poter direttivo del datore ossia alle disposizioni per l'esecuzione oltreché per la disciplina del lavoro. A tale stregua, la regola di diligenza partecipa della funzione di determinazione della prestazione attraverso il rinvio a standard tecnici e sociali di esecuzione, la cui implementazione è dovuta dal prestatore anche senza uno specifico ordine del datore, proprio in quanto tipici di chi

esercita professionalmente quella attività o esegue una data mansione. A giudizio della Corte, «ciascuna qualifica contiene in sé anche i compiti, non esplicitati immediatamente, preparatori o inscindibilmente strumentali ad essa, andando a far parte del bagaglio professione del dipendente» (Cass. 7 agosto 2006 n. 17774).

In terzo luogo, e con qualche gusto per l'enfasi retorica, si è detto che la figura modello (il buon lavoratore) è «la personificazione dell'ordinamento giuridico nella situazione concreta» (Forti). In altri termini, la regola di diligenza come criterio di governo dell'adempimento ovvero il modello normativo di debitore diligente rinvia a regole di comportamento che possono essere costituite come forme esemplari della esperienza sociale e professionale. Ed è proprio l'assunzione di un modello normativo tradizionale come quello del buon padre di famiglia a rappresentare il sintomo dell'impossibilità di una definizione aprioristica della diligenza, rinviando all'interprete il compito di concretizzare ciò che il legislatore descrive mediante una nozione aperta che a sua volta rinvia ad un sistema di regole esterno all'ordinamento. E ciò anche in relazione alla distinzione tra prestazioni di routine e prestazioni di difficile esecuzione di cui all'art. 2236 del codice.

Insomma, la norma consente di instaurare un confronto tra due realtà: l'una empirica, il comportamento esperito dal 'debitore-concreto'; l'altra programmatica, il comportamento che nell'identico caso sarebbe proprio del 'debitore-modello': la distanza tra le due realtà delinea – di fatto – una situazione di non esatto adempimento. Che poi questa sia, ed a quali condizioni, non imputabile al debitore e possa determinare una conseguente responsabilità è questione che non riguarda la teoria dell'adempimento, anche se certo coinvolge la regola della diligenza (nel senso che la prova di aver adottato il comportamento richiesto al debitore modello esclude, secondo l'opinione diffusa, l'imputabilità e quindi la responsabilità per impossibilità).

La regola di diligenza predefinisce così le aspettative delle parti contraenti, in guisa tale che il creditore sa di potersi aspettare dal debitore esattamente un certo comportamento. Lapidaria, da questo punto di vista, anche se riferita all'obbligo datoriale di sicurezza, la seguente affermazione della Cassazione: «nel caso di cattivo funzionamento di una macchina, l'imprenditore si comporta diligentemente rivolgendosi a persona competente» (Cass. 1 dicembre 2006 n. 25599). L'osservanza del modello standard di diligenza determina perciò l'irresponsabilità del datore di lavoro che, nel caso concreto,

constatato il cattivo funzionamento della macchina, incarichi della riparazione un tecnico di sua fiducia e di capacità professionale non contestata, il quale compia la riparazione rivelatasi, poi, insufficiente e dannosa per la sicurezza.

In questa prospettiva, la diligenza è un criterio di determinazione reale dell'estensione della prestazione già identificata dalle mansioni e ulteriormente specificata per via dell'esercizio dei poteri datoriali. Anche per questo motivo, la trasformazione del dovuto in obbligo o in un dovere di diligenza o addirittura in una prestazione di sforzo, sarebbe tale da vanificare la funzione socio-economica della regola che è quella di rendere calcolabile l'effettiva portata del reciproco impegno negoziale mediante l'implicita definizione di un programma esecutivo che consenta alle parti di non sottoporre un contratto di durata a continua rinegoziazione (in questo senso è opportuno ricordare la teorica economica dei contratti relazionali).

Insomma, la diligenza più che un obbligo è uno standard; per dirla con le parole della Cassazione una «modalità con cui la prestazione deve essere svolta» (Cass. 26 maggio 2008 n. 13530) e in altro caso, quello relativo al tempo tuta, altro giudice ha detto dell'esistenza di «atti di diligenza» (Trib. Milano 17 gennaio 2007). Sul debitore grava un solo obbligo: quello di lavorare cioè di adempiere la prestazione dovuta secondo un parametro di normalità socio-professionale normativamente espresso mediante il segno linguistico "diligenza". Non esiste, pertanto, una norma che prescrive di adempiere e una norma che prescrive un obbligo di diligenza, né tantomeno esistono obblighi accessori di diligenza. Semmai è la regola di diligenza a prescrivere di compiere determinate azioni o ad impedire l'esecuzione di altre quando l'esecuzione o la non esecuzione di queste è dovuta ad una valutazione di normalità professionale. Ond'è che la violazione della regola non si traduce in un inadempimento dell'obbligazione accessoria bensì dà luogo alla inesatta esecuzione della prestazione principale.

Questione diversa – e veramente centrale – riguarda la ricerca di appropriati meccanismi di selezione delle informazioni provenienti dalla realtà empirica. In proposito, è lo stesso art. 2104 che esplicita i criteri di selezione e di ordinamento delle forme esemplari dell'esperienza sociale, sia specificando i parametri di individuazione e conformazione dell'agire diligente, sia concretizzando la generica indicazione della natura dell'attività professionalmente esercitata, di cui parla l'art. 1176, nella

considerazione della rilevanza deontica della natura della prestazione e della pregnanza teleologica dell'interesse dell'impresa.

Se l'unità di misura privilegiata è dunque data dalle pratiche sociali o dalle pratiche dell'universo di coloro che svolgono professionalmente l'attività dedotta in obbligazione, l'analisi della contrattazione collettiva consente di evidenziare l'evoluzione della figura del buon lavoratore, per tale intendendo non soltanto colui che, perito, conosce ed attua le regole dell'arte, ma piuttosto il prestatore in grado di inserirsi dinamicamente in un contesto produttivo; perciò si è proposto di superare la contrapposizione tradizionale tra zelo e perizia nell'ambito di una nozione di diligenza idonea ad esprimere la professionalità richiesta al debitore di lavoro per l'esecuzione della prestazione dovuta, intesa, a sua volta, come integrazione di *skill* e *care*. Anche in tale prospettiva dovrebbe dunque essere ricostruita la nozione non particolarmente felice, per quanto ad alto effetto mediatico, di «incompetenza professionale» di cui all'art. 55-sexies del d.lg. 165 del 2001, come modificato dal d.lg. 150 del 2009.

In quest'ottica, la diligenza non attiene soltanto alla prestazione materialmente intesa ma all'adempimento del rapporto obbligatorio complessivamente considerato, sì che interesse dell'impresa può essere assunto come indicatore dell'interesse del creditore alla realizzazione della funzione causale del contratto e quindi all'organizzabilità della prestazione dovuta in vista dell'inserimento nella impresa. La trasformazione reale dei sistemi produttivi non comporta, da questo specifico punto di vista, una ridefinizione formale delle regole che governano l'adempimento; tuttavia, l'applicazione alla prestazione di lavoro delle regole generali sull'adempimento segnala, al contempo, i limiti di una sistematica tradizionale che alla diligenza ha impresso una caratterizzazione soggettivistica e volontaristica del tutto ancillare ad una specifica configurazione della responsabilità per inadempimento.

21. Integrazione - La concretizzazione degli standard di comportamento considerati diligenti, cioè tipicamente propri del modello ideale di buon debitore o buon lavoratore, richiede, da un lato, il superamento della possibile sovrapposizione con le regole di correttezza e buona fede, il più delle volte congiuntamente richiamate dalla giurisprudenza in una prospettiva che alla fine risulta tanto sincretistica quanto confusa,

ed impone, dall'altro lato, l'evidente necessità di una ricognizione approfondita delle forme esemplari dell'esperienza sociale che ne definiscono il contenuto medesimo.

Il procedimento di individuazione della funzione della regola di diligenza nell'ambito del rapporto obbligatorio ha condotto più volte gli interpreti ad analizzare le relazioni tra l'area governata dalla diligenza e l'area affidata al controllo delle clausole generali. Il problema si è posto tradizionalmente in relazione ai c.d. doveri preparatori. Ma esso trova una più intensa consistenza se si considera l'analogia che caratterizza strutturalmente le due nozioni (entrambi richiedono una integrazione valutativa) e se si riflette sulle incerte conseguenze che derivano, sul piano funzionale, dal fatto che entrambe sembrano incidere sullo stesso oggetto in funzione determinativa o delimitativa della posizione d'obbligo del prestatore. Tali questioni hanno una dimensione non soltanto teoretica, ma anche immediatamente pratico-operativa: basti riflettere, ad esempio, sul problema se attribuire all'una o all'altra la funzione di integrare il regolamento contrattuale rendendo obbligatoria l'adozione di quelle prestazioni che gli studiosi dell'organizzazione definiscono cooperative di fiducia e che i giuristi sono soliti nominare come compiti complementari e strumentali.

D'altronde, non è possibile dimenticare che proprio la riflessione sulla funzione integrativa della buona fede oggettiva ha rappresentato il punto di coagulo sia delle suggestioni di una politica del diritto antiformalistica, sia quelle di rifondazione metodologica del sistema, sia, infine, quelle di una rilegittimazione del sistema alla luce dei principi costituzionale. In effetti, nella prospettiva originaria, e dunque sulla scorta delle suggestioni della dottrina tedesca, il fondamento dei doveri è stato individuato nella buona fede e nella relativa funzione integrativa del rapporto obbligatorio, in quanto destinata alla tutela dell'interesse di protezione o conservazione dei beni e valori messi a rischio dal contatto sociale. E' la buona fede, si è detto, che impone al debitore di realizzare «tutto quello che è necessario per far pervenire alla controparte il pieno risultato utile della prestazione dovuta» (Betti), sia che ciò comporti un allargamento degli obblighi letteralmente assunti mediante il contratto sia che comporti invece una restrizione di tali obblighi nella misura in cui farli valere nel loro tenore letterale contrasterebbe con quel criterio. E il discorso non muta se la stessa funzione, nei suoi tratti di fondo, risulta attribuita alla fedeltà.

Tale questione è ancora ben lungi dall'essere risolta sul piano teorico generale e verte ormai in modo principale sull'idoneità delle clausole generali ad operare come strumenti di controllo dell'agire privato e in particolare dell'esercizio delle posizioni giuridiche soggettive che conferiscono posizioni di potere o di supremazia nell'ambito della relazione interindividuale. Certo è che la giurisprudenza è solita ritenere ormai acquisita la consapevolezza dell'intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, così in qualche modo funzionalizzando il rapporto obbligatorio alla tutela e protezione anche dell'interesse del partner negoziale. A tale stregua, ad esempio, si è pervenuti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi da assicurare in ogni successiva fase, anche giudiziale, dello stesso e tale da non poter essere alterato, ad iniziativa del creditore, in danno del debitore (Cass. SU 15 novembre 2007 n. 23726).

E tuttavia, comunque la si intenda, la clausola generale appare pietra di inciampo in quanto idonea ad incidere sul contegno dovuto, operando in funzione completiva, disapplicativa o sostitutiva delle determinazioni negoziali al fine di assicurare l'interesse della controparte nella misura in cui questo risulti coerente con le finalità generali dell'ordinamento. Perciò si è detto che la buona fede «va sempre più precisandosi come strumento di definizione del come dell'obbligazione e del quadro all'interno del quale l'obbligazione si inserisce con indubbie conseguenze sulla fase esecutiva» (Rodotà).

Ed è qui che si colloca la questione del rapporto con la regola di diligenza. Tuttavia, a me pare che, a differenza della diligenza, la buona fede si presta meglio a limitare le pretese creditorie che a realizzare l'interesse del creditore alla prestazione, che non è elemento esterno alla sfera dell'esatto adempimento ed anzi si identifica nel risultato utile perseguito. In questa prospettiva, è il criterio della diligenza che specifica i comportamenti esigibili in quanto tipici nell'adempimento della prestazione e sarà invece la buona fede a limitare le rigidità che potrebbero derivare dalla regola di diligenza. Non a caso è proprio in questa prospettiva che si innerva la creazione della

categoria dell'inesigibilità quale strumento di temperamento di una impossibilità altrimenti pensata, ai fini dell'esonero da responsabilità, come oggettiva ed assoluta. Intesa in questo senso, è dunque ragionevole concordare con chi ha individuato nella buona fede l'aspetto morale della diligenza.

Da questo punto di vista, emerge ancora con evidenza che la contrapposizione tra una diligenza intesa come criterio di controllo del comportamento del debitore e diligenza come criterio per la determinazione concreta dell'oggetto dell'obbligazione poggia su di una interpretazione restrittiva del concetto di prestazione e sulla sostanziale identificazione tra diligenza e clausole generali.

Tuttavia, la differenza tra il ricorso a norme generali o a clausole generali non deve passare inosservata. Se l'uso di entrambi può sembrare ricondursi ad una rinuncia del legislatore a descrivere fattispecie di comportamenti vietati o permessi e ciò al fine di enunciare i conseguenti effetti, resta il fatto che l'impiego di una clausola generale è l'espressione di un metodo che si limita ad enunciare criteri o linee guida secondo i quali vanno poi formulati giudizi concreti sull'operato dei soggetti, laddove la norma generale è una norma completa, suscettibile solo di concretizzazione da parte del giudice. La discrezionalità che incontra il giudice con riguardo all'applicazione di una norma generale è discrezionalità di fatto, non discrezionalità produttiva o integrativa di norme, come nelle clausole generali (Mengoni). Prova ne sia che il giudizio ex fide bona può essere sindacato sul terreno della inadeguata motivazione laddove quello sulla norma generale permette la censura per falsa o errata applicazione di norma di legge.

22. Qualità – I tipi reali di comportamento diligente sono legalmente correlati alla natura della prestazione dovuta ed all'interesse dell'impresa. Sul punto credo siano qui sufficienti poche osservazioni. Se la diligenza esprime un modello sociale di azione, naturalmente articolato in singoli comportamenti o atti elementari, ne segue che mediante il rinvio ai parametri di cui all'art. 2104 il codice istituisce una tecnica normativa di reperimento dei criteri di decisione. Il rischio evidente del processo di concretizzazione dello standard di diligenza è di provocare, favorire o comunque non impedire, una applicazione puramente correlata al singolo fatto oggetto di giudizio. Una evenienza del genere è da respingere in quanto incoerente con la costruzione, presupposta ed imposta dalla norma, di un modello astratto di buon debitore. E si tratta

di un rischio enfatizzato dalla circostanza che il modello proposto dal legislatore (il buon padre di famiglia) per origine e storia è privo in sé di una reale forza di impatto e di adeguate capacità di suggestione culturale. Invitare oggi un debitore a comportarsi come un buon padre di famiglia è circostanza tale da suscitare un po' di perplessità e soprattutto di incertezza, laddove invece è proprio questa incertezza che la norma vorrebbe eliminare o almeno contenere.

Ciò considerando, condizione imprescindibile per la corretta operatività della regola di diligenza è l'acquisizione di adeguate tecniche di controllo della decisione e in particolare la garanzia che lo standard o modello sia definito e concretizzato solo a partire dallo stesso ambiente sociale o professionale in cui troverà conseguente applicazione: esso è infatti il prodotto dell'esperienza della razionalità sociale e, in questa, della condivisa deontologia del gruppo professionale di riferimento.

Questa circostanza trova evidente conferma proprio nell'universo del lavoro, subordinato ed autonomo. In questo, per via della valorizzazione di codici di autoregolamentazione deontologici destinati anche a definire lo standard normale di esecuzione della prestazione (si pensi, ad esempio, ai protocolli chirurgici e terapeutici prodotti dalla varie società scientifiche). In quello, invece, e tradizionalmente, per via dell'esistenza di sistemi di inquadramento che correlano la retribuzione al ruolo professionale sì che il creditore acquista sul mercato la professionalità che, in astratto, è esattamente attribuita ad un lavoratore della medesima qualifica (essendo del tutto pacifico che il superamento del periodo di prova non determina un congelamento della diligenza dovuta su quella dimostrata) nonché di sistemi disciplinari che identificano, ovviamente *a contrario*, la figura modello di buon lavoratore, per quanto riguarda le modalità relazionali connesse alla disciplina del lavoro o le modalità tecniche connesse all'esecuzione del lavoro (si consideri anche, al riguardo, la teorica del «disvalore ambientale» e del «modello diseducativo e disincentivante» proposta dalla Cassazione ai fini della valutazione di gravità dell'infrazione: Cass. 18 gennaio 2008 n. 1077).

In tal modo, la stabilizzazione dello scambio contrattuale è perseguita mediante l'astrazione dalle condizioni reali in cui versa il debitore concreto in virtù del riferimento ad una figura modello di debitore delineata per via dell'osservazione, selezione e sistemazione delle pratiche socialmente rilevanti. La condivisione di tale misura garantisce il creditore assicurandogli di aver acquisito sul mercato una

prestazione conforme ad una misura socialmente o tecnicamente tipica e consente alle parti di prevedere *ex ante* e cioè di calcolare la portata complessiva dell'impegno di cooperazione e di ridurre l'incertezza e dunque i costi di transazione.

Così, la lettura delle declaratorie consente di verificare che al progredire della scala gerarchica e dei livelli di inquadramento si richiede al debitore di lavoro di svolgere la propria prestazione non solo con perizia e cioè con sicura applicazione delle regole tecniche, ma anche con una sempre più ampia possibilità di scelta dei mezzi e delle procedure fino ad arrivare addirittura alla stessa individuazione degli obiettivi da realizzare nell'ambito di direttive di carattere generale. Intendo cioè dire di una progressiva accentuazione dei profili di autonomia professionale nell'esercizio dell'attività lavorativa, con una conseguente esaltazione del parametro di commisurazione segnato dall'interesse dell'impresa anziché da quello della natura della prestazione e cioè dall'idoneità della prestazione erogata ad essere inserita nell'organizzazione produttiva, secondo i ritmi ed i modi propri di questa.

Peraltro, tale specifico carattere è significativamente incrementato dai sistemi di inquadramento per larghe fasce (*broad banding*), che dovrebbe favorire l'acquisizione di nuove abilità e competenze trasversali, orientando le aspettative di carriera più allo sviluppo delle competenze personali e meno al riconoscimento di posizioni di status formali, anche al fine di semplificare i sistemi di *benchmarking* retributivi, ancorandoli a pochi ruoli chiave, di ridurre i costi di manutenzione dell'intero sistema (profili professionali, *job description*, etc.), ed infine di allargare i sistemi di riconoscimento per premiare le prestazioni e il valore delle persone più che il valore delle mansioni.

In verità, lo standard di esecuzione della prestazione, tradizionalmente rappresentato in positivo dalle declaratorie contrattuali e, in negativo, dai codici disciplinari, tende ad essere ormai definito all'interno di documenti più complessivi quali codici di condotta, manuali aziendali, raccolte di buone pratiche generalmente ritenuti vincolanti per tutti i dipendenti e recanti – talvolta esplicitamente – specificazione della diligenza richiesta.

Così, ad esempio, il codice di una azienda produttrice (Astra Zeneca) di dispositivi e presidi medici, scelta ai fini qui rilevanti con assoluta casualità, è formalmente considerato come fonte di un «modello a garanzia dell'applicazione di standard coerenti di comportamento responsabile» e pertanto tanto vincolante che «qualunque inosservanza sarà indagata in modo approfondito e darà luogo alle necessarie misure del

caso, che possono comprendere la ripetizione del training, azioni disciplinari o correttive e culminare nel licenziamento, a seconda delle circostanze specifiche». In tale codice, ad esempio, si chiede fra l'altro ai dipendenti di: attenersi alle norme internazionali, come la Dichiarazione di Helsinki, la Buona pratica clinica e la Buona pratica di laboratorio; non offrire benefici in denaro o in natura o altro di valore se vi è il rischio che ciò possa essere interpretato come tentativo di corruzione di un operatore sanitario; di comportarsi con integrità, onestà, cortesia, considerazione, rispetto e dignità nei riguardi delle altre persone; ricercare continuamente miglioramenti e riduzioni dell'impatto ambientale delle proprie attività (evitando, ad esempio, anche i viaggi aziendali superflui).

In alcune aziende, tali codici stanno assumendo sembianze ancora diverse. Si consideri, ad esempio, il proliferare di quelle forme socio-culturali che sono state nominate “religioni aziendali” (Azzoni), così rappresentandosi l'individuazione da parte delle stesse aziende, ed in particolare di quelle che i sociologi chiamano “visionarie”, di valori e pratiche ad alto grado di istituzionalizzazione (spesso formalizzate in un “credo aziendale”, che naturalmente non è religioso in senso proprio non avendo a che fare con i valori ultimi). «*Corporate organizations*» - è stato affermato - «*are now offering programs of corporate renewal that both echo the rites of traditional religion, and reflect and accommodate contemporary laicized religious, and affective, sentiment*» (Casey). Proprio questa circostanza, l'essere cioè innervati in un sistema formalizzato di valori, che si vuole condiviso da tutti gli *stakeholders* (dai lavoratori ai fornitori) e che è proposto dalla stessa azienda come proprio tratto identificativo, differenzia la “religione aziendale” (spesso definita in termini di *vision*) sia da ciò che viene definita “filosofia aziendale” (e che risulta abitualmente espressa come *mission*), sia dai codici di condotta o dai codici etici comunemente intesi, cioè da quell'insieme di regole di fare o non fare dirette ad impedire che comportamenti rientranti nella sfera di azione privata del prestatore possano negativamente riflettersi nell'ambito della sfera professionale e aziendale.

E che si tratti di valori più che di regole trova conferma anche nella peculiare scenografia che caratterizza la pubblicizzazione dei credo aziendali. Basti pensare che *Our Credo* della Johnson & Johnson è stato scolpito su una pietra calcarea di quasi due metri e mezzo nella sede principale a New Brunswick nel New Jersey, oltre ad essere

stato tradotto in 36 lingue e diffuso in tutto il mondo. Tanto per fare un esempio, il terzo paragrafo di *Our Credo* che riguarda la dimensione civica e comunitaria (gli altri riguardano, invece, i clienti, i dipendenti e gli azionisti): qui, ad esempio, si chiede al personale di sostenere le iniziative di carità o più genericamente di liberalità («*support charities*»), di condividere la giusta quota di tassazione («*fair share of taxes*»), di mantenere in buon ordine le proprietà che si ha il privilegio di usare («*We must maintain in good order the property we are privileged to use*»). In questa prospettiva, non sono più le “grandi narrazioni” ma è l’azienda stessa ad assumere la funzione di soggetto produttore di senso e quindi di modelli etici, in senso forte, di comportamento. E’ però del tutto evidente che in tal caso il modello proposto non rappresenta più uno standard valutativo intrinsecamente dotato dei caratteri di generalità ed astrattezza previsti dalla regola di diligenza ma assume una dimensione propriamente ed aziendalmente identitaria. A tale stregua, questi comportamenti non possono essere ritenuto propri del buon debitore ai sensi dell’art. 2104 ma costituiscono oggetto di specifiche richieste creditorie, la cui legittimità dovrà trovare autonoma e specifica considerazione, anche in relazione ad eventuali profili discriminatori.

23. Quantità - Ad un diverso livello problematico si pone la questione se lo standard di esecuzione comprenda anche un livello minimo di rendimento. Sul punto, nonostante tutto, vi è una diffusa incertezza in dottrina e un approccio giurisprudenziale non privo di tratti inerziali. Consapevole di ciò, mi limito qui a segnalare alcuni orientamenti di carattere generale, avendo come unico scopo quello di comprendere la funzione della regola della diligenza in relazione alla definizione dei livelli di rendimento attesi. Al riguardo, credo sia necessario ricordare fin da subito la tesi di chi (Napoli) ha ritenuto che la regola di diligenza è normativamente riferita alla natura della prestazione e non al rapporto tra tempo e prestazione ed inoltre che la distinzione tra rendimento e risultato utile per il creditore (che attiene alla ulteriore utilizzazione della prestazione a vantaggio di quest’ultimo, ma in una cornice estranea al rapporto obbligatorio) non consente di imputare l’elemento quantitativo al diverso parametro di conformazione segnato dall’interesse dell’impresa. Per altro verso, però, e più recentemente, si è ancora affermato che «l’individuazione unilaterale della produttività attesa altro non è che una forma di organizzazione interna della prestazione di lavoro subordinato» (Marazza),

laddove invece tradizionalmente, com'è noto, si è riconosciuta come ragionevole l'attribuzione alla regola di diligenza della funzione di determinare il *quantum* di applicazione e di attività «che nulla vieta di considerare come rendimento, ossia come rapporto tra il tempo dedicato alla prestazione ed il risultato conseguito» (Giugni).

Quest'ultima osservazione consente di mettere in evidenza almeno due necessarie distinzioni: la prima, tra rendimento inteso come oggetto della prestazione e come criterio di misurazione della prestazione ovvero come termine di misura del quantum della prestazione medesima e, per questa via, anche come parametro di determinazione della retribuzione; la seconda, tra rendimento in senso stretto, inteso come risultato ulteriore e mediato della prestazione medesima, e intensità minima della prestazione, dovuta – secondo alcuni – sulla base di una «clausola implicita» del contratto di lavoro («ai fini della qualificazione dell'esatto adempimento, una determinazione quantitativa della prestazione (è) implicita nell'atto in cui ne ha luogo l'individuazione qualitativa»: Giugni), da considerarsi elemento essenziale e «indispensabile per evitare la nullità del contratto conseguente all'indeterminatezza dell'oggetto» (Ichino) in guisa tale che la relativa violazione è idonea a trasformare l'identità stessa della prestazione erogata che risulta, proprio per tale motivo, non più conforme a quella convenuta. Intensità richiesta che però, a ben vedere, potrebbe anche essere ancora più semplicemente innervata nella necessaria integrazione funzionale della prestazione nell'organizzazione sulla base di un parametro di normalità espresso dalla regola di diligenza nell'interesse dell'impresa. Barassi avrebbe forse detto, in tal caso, che la diligenza si traduce in «quell'agile ritmo che l'azienda si aspetta».

Le richiamate distinzioni sono chiare, almeno a me pare, anche se talvolta appaiono diafane negli orientamenti giurisprudenziali peraltro tradizionalmente orientati a riconoscere nella stessa retribuzione a cottimo una funzione di garanzia di rendimento in virtù della quale il prestatore di lavoro risulta vincolato all'osservanza di uno sforzo maggiore nell'esecuzione rispetto a quello che incombe sul lavoratore retribuito a tempo. Peraltro, con qualche ambiguità di troppo, lo schema logico risulta reiterato anche dalla giurisprudenza amministrativa e contabile che si occupa di pubblico impiego, almeno nella misura in cui considera la retribuzione di risultato come «stimolo» ad «intensificare e migliorare il rendimento della prestazione lavorativa» (Corte Conti Abruzzo SG 26 aprile 2006 n. 239). Al riguardo, tuttavia, occorre pure

evidenziare che l'assetto normativo relativo al lavoro pubblico è stato recentemente reso ancora più complesso dalla previsione di cui all'art. 55-quater del d.lg. 165 che prevede una specifica ipotesi di licenziamento disciplinare per scarso rendimento. La peculiarità di tale ipotesi sta nella prevista formulazione di una valutazione di insufficiente rendimento (che non necessariamente però coincide con l'inserimento nella «fascia di merito bassa» sulla base del giudizio espresso dall'organismo indipendente di valutazione) e nella correlazione causale tra scarso rendimento e la reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, nel senso cioè che il primo «è dovuto», così si esprime il legislatore, alla seconda. Prescindendo dal dubbio se la violazione degli obblighi sia sanzionabile in sé ovvero se l'effetto di scarso rendimento assuma la veste di condizione per la sanzionabilità di quelle violazioni, è del tutto evidente che in questo specifico caso nell'endiadi scarso rendimento v'è l'eco non tanto della disciplina nota nel settore privato, ma semmai della più tradizionale giurisprudenza amministrativa che lo scarso rendimento ha sempre considerato a stregua di «continuativa scarsa qualità delle prestazioni e del comportamento del dipendente, incompatibile con la sua permanenza in servizio» (Cons. Stato IV 31 maggio 2009 n. 1916).

Comunque, in questo contesto, la regola della diligenza risulta invocata ad un duplice fine: anzitutto, come criterio di individuazione del livello normale di rendimento dovuto; in secondo luogo, come criterio di distribuzione degli oneri probatori connessi all'inesatto adempimento. Ciò risulta in modo evidente quando si afferma, com'è uso abituale, che il datore di lavoro deve provare non solo il mancato raggiungimento del risultato atteso ed eventualmente la sua oggettiva esigibilità ma anche la sussistenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore «quale fatto complessivo alla cui valutazione concorre l'apprezzamento degli aspetti concreti del fatto addebitato; fra questi rilevano il grado di diligenza richiesto e quello usato dal prestatore, nonché l'incidenza della organizzazione d'impresa e dei fattori socio-ambientali».

Se si considera in modo pertinente l'essenziale diversità tra accertamento dell'inadempimento, inteso come giudizio fattuale della oggettiva non esattezza della prestazione erogata rispetto a quella dovuta, e successivo e sequenziale accertamento della imputabilità dell'inadempimento, e cioè della giuridica riconducibilità del fatto dell'inadempimento alla sfera di responsabilità del debitore, si comprende il richiamo

della giurisprudenza alla regola di diligenza, tanto per definire oggettivamente il parametro di misurazione del rendimento normale quanto per affermare soggettivamente la riferibilità dell'accertata riduzione del rendimento alla sfera di responsabilità del lavoratore. Il primo aspetto riguarda dunque l'identificazione della prestazione dovuta; il secondo, invece, attiene appunto alla teoria della responsabilità.

La prima funzione, quella cioè di individuazione del livello normale di rendimento, è controllata dalla regola di diligenza attraverso il meccanismo già osservato del rinvio alla figura modello in relazione ai noti parametri legali, fra i quali emerge in modo significativo l'interesse dell'impresa, inteso come interesse del datore ad una prestazione continuativa normale e pertanto organizzabile nel contesto dato. Per tale motivo, come insegna la Cassazione, lo scarso rendimento può anche alterare l'organizzazione o rendere impossibile lo svolgimento di una attività. Anche in tal caso, però, a ben vedere, il problema – riguardato esclusivamente in sede di teoria dell'adempimento – è di individuare la figura modello di riferimento: questa circostanza emerge in modo evidente anche nelle parole di chi afferma che il rendimento del lavoratore «è scarso quando si dimostri che sia inferiore al livello di produzione oggettivamente esigibile cioè, in termini empirici, al livello che offre, a parità di struttura organizzativa, il dipendente di media diligenza impegnato in eguali mansioni» (Marazza). Il che però vuol dire che l'eventuale definizione del livello di rendimento atteso deve essere giustificata e legittimata da una comparazione con quella indicata dalla figura modello di riferimento (in ipotesi data anche dalla ambigua figura individualizzante segnata dal rendimento d'uso) non potendo, in assenza, operare a stregua di determinazione unilaterale.

Come giustamente è stato notato, in tal modo «non si fa che riaffermare criteri che ben s'inquadrano nell'art. 2104 ed è nel mancato rispetto di essi che si traduce la colpa-negligenza del prestatore di lavoro» (Cester). Per opinione consolidata (Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632), infatti, lo scarso rendimento costituisce inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore che legittima il licenziamento qualora sia risultato provato, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della «diligente collaborazione» dovuta dal dipendente – ed a lui imputabile – in conseguenza, ad esempio, della significativa sproporzione tra gli obiettivi fissati dai

programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione.

Insomma, anche nella prospettiva di una analisi quantitativa, sia essa intesa a determinare il livello minimo di intensità operativa, sia essa rivolta a stabilire il parametro di rendimento in senso stretto, la regola della diligenza opera come stabilizzatore della scambio contrattuale, consentendo l'individuazione della figura modello in grado di dare senso e pregnanza all'aspettativa creditoria, cioè di soddisfare l'esigenza razionale ed economica di prevedibilità e calcolabilità della medesima.

24. Performance - A ben veder, tuttavia, la questione dello scarso rendimento rischia di risultare, in qualche misura, orientata a modelli organizzativi tradizionali in cui risulta ancora possibile e plausibile la distinzione tra dimensione qualitativa e quantitativa della prestazione, l'una ricondotta alla perizia l'altra al rendimento, l'una riferita al come fare l'altra al quanto fare. Le due dimensioni, in effetti, tendono a confluire nei nuovi sistemi aziendali volti a misurare la performance del lavoratore mediante la definizione e la individuazione dei criteri di valutazione della medesima.

Al riguardo non può essere trascurata la recente enfattizzazione della performance come elemento strategico del processo di «riforma organica» del lavoro pubblico, avviato dalla L. n. 15/2009, ed attuata dal D. Lgs. n. 150/2009, caratterizzato dalla definizione di un complesso «sistema di valutazione delle strutture e dei dipendenti» concettualmente alternativo, piuttosto che integralmente sostitutivo, dei ben noti meccanismi e strumenti di monitoraggio e di valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, dettati dal d.lg. 30 luglio 1999 n. 286.

L'introduzione di un innovativo sistema di valutazione conferma, per un verso, l'ormai consolidata e condivisa opzione legislativa per una amministrazione orientata al risultato (senza però trascurare una recentemente rinnovata attenzione al procedimento ed ai suoi ritmi); perpetua tuttavia, per altro verso, il paradosso dell'introduzione per via di autorità esterna di strumenti propriamente interni ad ogni organizzazione complessa, o almeno di ogni organizzazione che voglia tracciare esattamente sulla mappa la

posizione occupata e dunque la rotta da seguire per entrare in porto. Ciò vale, in particolare, se si considera l'ambizione del legislatore di «assicurare», mediante l'introduzione legislativa di un sistema di valutazione, «elevati standard qualitativi ed economici del servizio» in funzione del «soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi e degli interventi» e dunque dell'inveramento del principio costituzionale di buon andamento.

In ogni caso, nella prospettiva del legislatore, costituisce oggetto precipuo di valutazione la c.d. *performance*, così potendosi intendere (almeno in prima approssimazione) il grado con il quale un sistema (organizzato o semplice) realizza gli obiettivi definiti e ad esso assegnati (in via autonoma o eteronoma). A tale stregua, deve sottolinearsi, fin da subito ed in via generale, la stringente correlazione tra definizione degli obiettivi e misurazione della performance, essendo del tutto evidente l'inermità, in assenza di una chiara e preventiva statuizione di obiettivi, della selezione di coerenti ed adeguati indicatori di valutazione. L'osservazione può apparire (e forse lo è) di assoluta banalità, ma essa manifesta intera la sua pregnanza ove si rifletta (ad esempio) non solo sulla valutazione della prestazione dirigenziale (là dove è ragionevole ritenere che la corretta definizione degli elementi contenutistici del provvedimento di incarico costituisca il presupposto stesso della valutazione di quella prestazione nelle pubbliche amministrazioni), ma anche, e ancor prima, sulla stessa valutazione della *performance* di una struttura organizzata.

In tale prospettiva, la definizione della missione istituzionale (concretamente riletta alla luce delle «priorità politiche» e delle «strategie dell'amministrazione») costituisce presupposto e condizione per l'attivazione dei sistemi di valutazione e questi, a loro volta, occasione per una ridefinizione ragionata di quelle stesse priorità e strategie. Intese in tal modo, le disposizioni contenute nel Titolo II del D. Lgs. n. 150/2009 sembrano rappresentare la chiave di volta per una ridefinizione sistemica della *governance* interna delle pubbliche amministrazioni, consentendo di riportare ad unitarietà (logica, prima ancora che giuridica) tanto i diversi microsistemi normativi (in particolare quelli in materia di retribuzione e di responsabilità, ma anche quelli riguardanti la contrattazione collettiva e la gestione dei relativi flussi finanziari), quanto i differenti ed ambiziosi obiettivi del legislatore riformatore. Tali sono, per esplicita disposizione dell'art. 3, co. 1, il miglioramento della qualità dei servizi offerti, la

valorizzazione del merito, la trasparenza dei risultati e delle (informazioni sulle) risorse impiegate per il loro perseguimento, il «soddisfacimento dell'interesse» (da non confondere con la mera soddisfazione per la qualità organizzativa) del destinatario dei beni prodotti e dei servizi erogati. In tale duplice enfattizzazione – delle differenze meritocratiche da un lato e della rendicontazione sociale del servizio pubblico dall'altro lato – trova ulteriore conferma normativa (pur nell'attesa di una necessaria conferma operativa) l'essenziale ragion di essere di ogni pubblica amministrazione, quella cioè di essere funzione (per) e non potere (su).

In concreto, però, la misurazione e la valutazione della performance individuale dei dirigenti e del personale responsabile di una unità organizzativa in posizione di autonomia e responsabilità è specificamente collegata: agli indicatori relativi all'ambito organizzativo di diretta responsabilità; al raggiungimento di specifici obiettivi individuali; alla qualità del contributo assicurato alla performance generale della struttura, alle competenze professionali e manageriali dimostrate; alla capacità di valutazione dei propri collaboratori, dimostrata tramite una significativa differenziazione dei giudizi. La misurazione e la valutazione svolte dai dirigenti sulla performance individuale del personale sono invece collegate: al raggiungimento di specifici obiettivi di gruppo o individuali; alla qualità del contributo assicurato alla performance dell'unità organizzativa di appartenenza; alle competenze dimostrate ed ai comportamenti professionali e organizzativi.

A tale stregua, l'introduzione di sistemi di misurazione e valutazione della performance sembra incidere direttamente sull'estensione dell'area del debito contrattuale e dunque sulla stessa identificazione della prestazione dovuta, sia pure in relazione agli obiettivi ed agli interessi di carattere generale immediatamente radicati nelle norme costituzionali. Dal punto di vista che qui interessa, però, quei sistemi sembrano idonei ad esaltare la correlazione funzionale tra prestazione erogata, contesto organizzativo e finalità pubblica del servizio, in quale misura attualizzando e implementando, in coerenza con le specificità del settore e sulla base di una misurabile oggettività (allo stato tutta da sperimentare), il parametro generale 'interesse dell'impresa' individuato dall'art. 2104. Osservati in questa prospettiva, non è irragionevole ritenere che i sistemi di misurazione e valutazione della performance possano effettivamente concorrere a definire e specificare modalità di esecuzione della prestazione individuale al fine di

assicurarne oggettivamente l'integrazione organizzativa. Ma proprio tale funzione – esaltata dalle prospettive culturali e dagli approcci organizzativi definiti come neo-weberiani – dovrebbe suggerire di valorizzare, nel pubblico, come già nel privato, la funzione della regola di diligenza e, in essa, della figura modello del buon padre di famiglia, come limite alla stessa pervasività degli indicatori di performance eventualmente stabiliti, in via unilaterale, dall'amministrazione di riferimento.

25. Finale – Il percorso di ricerca fin qui condiviso, è stato condotto con l'obiettivo di saggiare, così come richiesto dal tema generale dell'incontro, lo stato dei confini tra diritto privato e diritto del lavoro in relazione all'adempimento dell'obbligazione.

In exitu, credo sia possibile confermare quanto segnalato *in limine*: è ragionevole considerare la linea che intercorre tra diritto primo e diritto secondo non già a stregua di confine, ma piuttosto di frontiera, ritenendo, con una diffusa vulgata antropologica, che questa possa dar vita ad un campo di reciproca influenza e di possibile ibridazione laddove quella, viceversa, risulta tracciata, il più delle volte, per delimitare spazi, assicurare ordine e garantire (insicure) certezze. Proprio per questo, un sociologo come Zygmunt Bauman individua nelle frontiere il luogo aperto delle possibilità radicali e delle identità alternative: esse possono diventare «workshop creativi» ovvero atroci campi da battaglia.

Da qui l'invito ad abbandonare la strada della contrapposizione tra diritto primo e diritto secondo e la proposta di assumere la prospettiva, maggiormente coerente, del contrappunto, la cui polifonica armonia è il risultato dall'autonomia delle singole tonalità vocali. In concreto, l'adozione di una prospettiva del genere mi è sembrata utile per conseguire un valore cognitivo aggiunto, ma anche ad alto tasso di 'rendimento operativo', consistente nell'assunzione di un paradigma concettuale capace di cogliere, rappresentare ed integrare assetti di interessi sempre più complessi, nella consapevolezza che l'armonia perduta del sistema giuridico, e la stessa caduta esplicativa della dommatica sistematica, deve considerarsi parte della perdita di senso delle grandi narrazioni, ormai inabissate nella prassi e nella logica della differenziazione. Per questo al giurista si richiede oggi un incremento di finezza, di apertura cognitiva, di maggiore attenzione alla dinamica concreta degli interessi, anche al prezzo di una riduzione della simmetria geometrica del pensiero classico. In questo

contesto, risulta naturalmente esaltato il ruolo e la responsabilità dell'interprete, e per questo deve ribadirsi che il pluralismo, se pure tollera una certa dose di eclettismo, non può tradursi in qualunquismo metodologico, trasformandosi in liquidità euristica ciò che prima era si presentava come immota solidità cognitiva.

Osservato da questo punto di vista, il rapporto tra diritto civile e diritto del lavoro non può che essere ricondotto ad una relazione di reciprocità, che consente al diritto secondo di restituire al diritto primo, peraltro esso stesso in cerca di una rinnovata identità, elementi significativi per ridisegnare il senso attuale del rapporto obbligatorio e dello stesso contratto, costretto ormai fra immagini alternative – cooperative od antagoniste, rugiadose o rudi – segnate da diverse visioni del rapporto tra autonomia ed eteronomia e quindi dalla diversa estensione ed intensità del controllo, valutativo o integrativo che sia, del giudice.

Ciò vale, a maggior ragione, con riguardo alla disciplina dell'adempimento, destinata, nel diritto secondo, a governare un rapporto obbligatorio complesso, tanto nella struttura che nella funzione, ed invece conformata, nell'alveo del diritto primo, sul prototipo delle obbligazioni aventi ad oggetto il trasferimento della titolarità delle cose e in particolare di una somma di denaro, come pure conferma la tradizionale equivalenza semantica tra adempimento e pagamento. Emblematica, a questo riguardo, è la transizione disciplinare dal pagamento parziale del debito, e cioè dalla sua rateizzazione, all'adempimento parziale dell'obbligazione e la successiva applicazione della regola così creata anche all'obbligazione di lavoro, generalmente divisibile soltanto in ragione del tempo.

Questa circostanza suggerisce di riconsiderare la questione dell'adempimento all'interno di un più ampio contesto significativo segnato dal concetto stesso di obbligazione e di rapporto obbligatorio, focalizzando l'attenzione non tanto sulla struttura della fattispecie, e sulla relativa qualificazione della natura giuridica, ma semmai, rinunciando così alla tentazione monistica della tradizionale concettualizzazione dommatica, sulla funzione dell'adempimento, in quanto destinato ad assicurare la realizzazione di tutto il sistema di interessi a mezzo del previsto programma di cooperazione tra le parti. Il che vuol dire, a ben vedere, recuperare all'analisi giuridica, e giuslavoristica in particolare, una pertinente considerazione della relazione tra comportamento debitorio ed aspettativa creditoria e una adeguata

conseguente valutazione della complessità dello scambio contrattuale, reso tale nel contratto di lavoro anche a motivo del coinvolgimento della persona del prestatore e della rilevanza, già sul piano causale, della dimensione organizzativa, che conforma lo stesso modo di essere e di essere erogata della prestazione dovuta. Riguardata nella prospettiva del diritto del lavoro, la disciplina dell'adempimento offerta dal diritto primo si arricchisce di contenuti e suggestioni nuove, a motivo sia della predetta complessità dello scambio, sia della rilevanza costituzionale degli interessi coinvolti nel gioco contrattuale.

Entrambi i profili risultano emblematicamente rappresentati dalla ricerca giurisprudenziale del significato da attribuire alla nozione di «apprezzabile interesse» del creditore, progressivamente sganciata dalla matrice individualistica del codice e sempre più intensamente radicata nell'alveo costituzionale della libertà di iniziativa economica e, in quanto tale, soggetta a contemperamento con altri diritti di pari rilievo. Che poi di questo contemperamento possa farsi realisticamente carico il giudice del lavoro è questione sulla quale potrebbero esprimersi ragionevoli dubbi. Dubbi che potrebbero essere agevolmente accantonati ove tale opera trovasse origine e allocazione nell'alveo proprio delle relazioni collettive. Entrambi i profili risultano ancora coinvolti nella ricerca di un fondamento solido all'eventuale interesse del debitore ad eseguire la prestazione dovuta, che consente alla giurisprudenza di prendere abbrivio dall'importanza del lavoro come esperienza umana e sociale alla luce dell'art. 4, comma 2, della Costituzione, certo meno frequentato ma non meno importante del primo comma.

In questi casi, è del tutto evidente che l'incidenza dell'assetto assiologico e disciplinare delle norme costituzionali sulla relazione individuale di lavoro, anche in sede di disciplina dell'adempimento, è tale da determinare significative tensioni e torsioni della dommatica giuridica tradizionale, in questa innestando una logica 'altra'. Per questo motivo, invocare un ritorno al codice significa, per usare le parole di Monateri, raccontare una storia intorno al fuoco, dal momento che quel codice, e la sua logica, già da tempo non esiste più. Nemmeno per il giurista del lavoro.

Al contempo, tuttavia, la consapevolezza di esercitare un «potere considerevole» dovrebbe indurre l'interprete a rinunciare ed a denunciare ogni qualunquismo metodologico destinato a legittimare l'improvvisazione e, in definitiva, quella sorta di

liquidità cognitiva nel cui flusso ogni scelta interpretativa sembra trovare eguale legittimazione. La consapevolezza di far parte di una comunità di interpretazione, di essere nani seduti sulle spalle dei giganti, conferma semmai che l'aprioristico rifiuto del passato dommatico si rivela, alla fine, non meno antistorico della sua aprioristica e globale accettazione. Se è vero che il diritto è un sapere a fini pratici e che la pratica del diritto è un'arte e non una scienza, allora ciò che si richiede al giurista è di tessere, con molta fatica ed umiltà, la trama di senso significativo tra norma e storia, con il respiro e lo sguardo lungo di chi è consapevole che i ponti e non le mura hanno segnato lo sviluppo della città dell'uomo. Ed anche del diritto del lavoro.