



Università degli Studi del Molise  
Campobasso  
Dipartimento Giuridico

---

Corso di Dottorato di Ricerca in

*"Persona, impresa e lavoro: principi e tutele di diritto interno,  
internazionale, comparato e comunitario" - Ciclo XXVI*

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/07

**IL SISTEMA DEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI  
NEGLI STATI UNITI ED IN ITALIA:  
ANALISI E SPUNTI DI COMPARAZIONE**

Coordinatore  
Chiar.mo Prof.  
Francesco Paolo Traisci

Tutor  
Chiar.ma Prof.ssa  
Maria Novella Bettini

Candidato  
Dott. Giuseppe Matarazzo  
Matr. 143299

---

a. a. 2012/2013

In America ogni uomo  
conta sempre solo sulle proprie forze.  
E c'è il rischio che rimanga rinchiuso  
nella solitudine del suo cuore.

[A. DE TOCQUEVILLE, DEMOCRACY IN AMERICA, ANCHOR BOOKS, 1969, 507]

Un buon lavoro per bravi lavoratori.  
Stai cercando lavoro? Ti basta trovare Mc Donald's.  
Se stai ancora studiando, ti offriamo la possibilità di acquisire competenze con un valore per il tuo futuro, guadagnando anche un po' di soldi in più da spendere.  
Se hai bambini piccoli e vuoi lavorare part-time, ti offriamo un orario di lavoro flessibile.  
e potrai avere delle entrate extra per rispondere alle crescenti esigenze familiari.  
Se sei in pensione e desideri un'occupazione che ti permetta di incontrare persone e di divertirti, guadagnando qualcosa in più, Mc Donald's te lo permette.  
Se pensi che lavorare da Mc Donald's sia una buona idea, non aspettare.  
Completa il modulo allegato e parla a uno dei nostri responsabili del personale oggi stesso.  
Domani potresti già avere un lavoro.

[*Dépliant* di reclutamento MC DONALD'S - 2009]

*A mia madre.*

*Ai fili d'erba  
che tremano al vento della mia terra.*

## INDICE

<b>CAPITOLO I Il sistema statunitense dei licenziamenti individuali.....</b>	<b>6</b>
1.1 La regola dell'«Employment at-Will».....	6
1.2 Premessa: le posizioni della dottrina statunitense .....	13
1.3 Lawrence E. Blades “prima facie tort” Theory .....	16
1.4 Clide W. Summers Theory (1976): raccomandazioni pratiche per esplorare un “sentiero non tracciato” .....	20
1.5 L’erosione giurisprudenziale dell’EaW Rule in tre categorie di eccezioni.....	25
1.5.1. Public Policy Tort Theory Exception.....	27
1.5.2. Implied in Fact Contract Theory Exception.....	35
1.5.2.a Pugh v. See’s Candies Inc. ....	36
1.5.2.b Employee handbooks.....	38
1.5.3. Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing Exception.....	43
1.6 The Wrongful Discharge from Employment Act (“WDEA”): la scelta obbligata del Montana .....	46
1.7 Henry H. Perrit Jr. (1987): i tempi per una Wrongful-Dismissal Legislation son maturi, ma chi la supporterebbe?.....	52
1.8 Alan B. Krueger (1991): può una “unjust-dismissal legislation” essere una opportunità per il datore di lavoro?.....	56
1.9 Ancora sul ruolo dell’uso giuridico dell’analisi economica del diritto.....	60
1.10 Le (resistibili) posizioni dottrinali a sostegno dell’Eaw Rule: Richard A. Epstein (1984) e J. Hoult Verkerke (1995).....	65
1.11 La situazione attuale ed i possibili sviluppi. ....	70
 <b>CAPITOLO II Il sistema italiano dei licenziamenti individuali.....</b>	 <b>78</b>
2.1 Il recesso ad nutum nell’ordinamento italiano.....	78

2.2	Il nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. ....	80
2.2.a.	Breve digressione: il «fatto contestato» al lavoratore e la sua «insussistenza». ....	88
2.3	Primo argomento comparativo con il sistema statunitense: il licenziamento discriminatorio ed il licenziamento determinato da motivo illecito determinante. ....	92
2.4	Secondo argomento comparativo con il sistema statunitense: correttezza e buona fede delle parti contrattuali (la malattia del lavoratore).....	99
2.4.1	Buona fede e correttezza nel rapporto di lavoro. ....	99
2.4.2	Buona fede e correttezza durante il comports: l'obbligo datoriale di avvertire dell'imminente scadenza del periodo di astensione e gli obblighi (latu sensu) preparatori del lavoratore. ....	104
2.4.3	La tempestività del recesso per superamento del comports e l'affidamento del prestatore di lavoro.....	109
2.5	Terzo argomento comparativo: whistleblowing e rapporto di lavoro. ....	113
CAPITOLO III.....		121
3.1.	Brevi annotazioni sul sistema statunitense dei licenziamenti individuali.....	121
3.2.	Brevi annotazioni sul sistema italiano dei licenziamenti individuali. ....	123
Bibliografia .....		128
Riferimenti giurisprudenziali statunitensi .....		147

## CAPITOLO I

### Il sistema statunitense dei licenziamenti individuali

#### 1.1 La regola dell'«Employment at-Will»<sup>1</sup>.

La regola aurea dell'ordinamento statunitense - cui è soggetta «la grande maggioranza dei lavoratori dell'economia statunitense»<sup>2</sup> - è che, in assenza di diverse indicazioni contrattuali<sup>3</sup>, «da ogni contratto di lavoro [a tempo indeterminato<sup>4</sup>] si può recedere at-will e sia il datore di lavoro sia il lavoratore sono liberi di farlo, in ogni momento e senza alcun preavviso»<sup>5</sup>.

La peculiare contrattazione collettiva statunitense<sup>6</sup> (cd. «*collective bargaining agreement*») fornisce quindi una tutela contro i licenziamenti individuali illegittimi ai soli

---

<sup>1</sup> N.d.R. Solo per il primo capitolo, le citazioni delle pronunce delle *Common law Courts*, al pari degli articoli della dottrina, seguono il metodo convenzionale di annotazione utilizzato negli Stati Uniti (i.e. "The Bluebook's method"). Per quanto concerne le sentenze, l'ordine dei dati sarà il seguente: attore v. convenuto, volume o fonte in cui è contenuta la sentenza, tipo di raccolta, pagina d'inizio o di citazione, Corte, anno. Quanto ai *papers*, invece, al nome dell'autore seguirà il titolo, l'anno dalla fondazione della rivista, il nome della stessa, la pagina d'inizio e/o di citazione, l'anno di pubblicazione.

<sup>2</sup> Oltre a quanto si dirà *infra*, sono certamente esclusi dal campo applicativo della regola «[the] *government workers protected by civil service systems, members of labour unions with collective bargaining agreements, employees at companies that have granted their workers procedural protections against unfair dismissal, and small subsets of workers such as tenured professors who enjoy substantial job security*» [così M.A. ROTHSTEIN - L. LIEBMAN, *Employment Law. Cases and Materials*, 839 (2011)].

<sup>3</sup> Come ricordato da autorevole dottrina statunitense, «*The at-will presumption is a default rule that applies in the absence of an agreement by the parties or other enforceable promise to restrict termination*» [così S. ESTREICHER, G. LESTER, *Employment Law*, Foundation Press, 33 (2008)].

Tra le altre, la *Supreme Court of Texas* ha più volte affermato che «*Employment is presumed to be at-will in Texas, absent an unequivocal agreement to be bound for a term*» [Ed Rachal Found. v. D'Unger, 207 S.W.3d 330 (Tex. 2006)].

<sup>4</sup> Diversamente, «*an employment contract for a definite term may not be terminated without cause before the expiration of the term, unless the contract provides otherwise*» [così M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 839 (2010)].

<sup>5</sup> Così C.W. SUMMERS, *Individual Protection against Unjust Dismissal: Time for a Statute*, 62 VA. L. REV., 481 (1976).

<sup>6</sup> Gli accordi hanno generalmente durata triennale e sono validi solo per l'«*appropriate bargaining unit*» - di volta in volta - determinata dal NLRB: si potrà avere, quindi, una «*employer unit*» (con tutti i lavoratori dipendenti dal singolo *employer*), oppure una «*plant unit*» (con tutti gli occupati in uno stabilimento) od ancora una «*craft unit*» (con i soli lavoratori dell'impresa che possiedono una determinata qualifica professionale), se non un ulteriore sottoinsieme di una delle categorie precedenti [cfr. S. LIEBMAN, *Rappresentatività del sindacato ed efficacia del contratto collettivo (Appunti per una ricerca)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, I, 448].

lavoratori iscritti al sindacato (circa l'11,8%<sup>7</sup> della forza lavoro)<sup>8</sup>, prevedendo generalmente all'interno degli accordi collettivi:

1. specifiche limitazioni all'«*Employment-at-Will Rule*» («*EaW*»);
2. una procedura speciale - nella quasi totalità dei casi, di tipo arbitrale - dedicata alla soluzione delle controversie in tema di licenziamento<sup>9</sup>.

Di conseguenza, gran parte<sup>10</sup> dei lavoratori con contratto di lavoro a tempo indeterminato e non iscritti al sindacato (percentuale pari al restante 82,2% della

---

Parte della dottrina ha recentemente rilevato che gli Stati Uniti «sono entrati nella crisi economica globale con un modello di contrattazione collettiva tradizionale conflittuale, decentrato, con parti negoziali reciprocamente indipendenti, capace di dare origine anche a partnership innovative, ma altresì ad un numero di crescenti vertenze profondamente conflittuali su previsioni contrattuali basilari e sulla stessa sopravvivenza istituzionale» (così J. CUTCHER-GERSHENFELD, *Prospettive nella contrattazione collettiva statunitense nell'economia della conoscenza globale e post-crisi*, in *Lav. dir.*, 2010, 297).

Per altra dottrina, invece, il diritto sindacale statunitense sarebbe naturalmente "isonomico", giacché «possiede una visione rimediale, maturata dal pragmatismo che caratterizza il diritto in quel contesto culturale» (così - in un interessante saggio che ripercorre il rapporto tra sindacato e fondi di previdenza/assistenza privata - M. FAIOLI, *Detroit non è Pomigliano: il diritto sindacale Nordamericano e il caso Chrysler-Fiat*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, III, 394).

Per una completa ricostruzione della procedura di approvazione del contratto collettivo statunitense si rimanda a C. PELLEGRINI, *La definizione di unità contrattuale negli Stati Uniti: la scelta della decentralizzazione e le sue conseguenze*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2007, 809 e ss..

Sul tema, cfr. anche M. BIAGI, *Rappresentanza e democrazia in azienda: profili di diritto sindacale comparato*, Rimini, 1990, 246 e ss.; M. FINKIN, *Riforma della legge e modello americano: riflessioni su una rielaborazione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 578 e ss.; M. TIRABOSCHI, *Il sindacato maggioritario e la contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 271 e ss..

<sup>7</sup> La fonte è il rapporto annuale pubblicato in data 27 gennaio 2012 dal *Bureau of Labor Statistics - U.S. Department of Labor*, nel quale si rielaborano i dati relativi al 2011.

Più precisamente, i lavoratori sindacalizzati sarebbero 14.8 milioni, di cui 7.6 milioni nel pubblico impiego (pari al 37% del totale) e 7.2 milioni nel settore privato (pari al 6.9% del totale): come giustamente enfatizzato all'interno del *report*, «*public-sector workers had a union membership rate more than five times higher than that of private-sector workers*». Da rilevare, inoltre, che la percentuale di «*full-time workers*» iscritti (pari al 13.1%) è quasi doppia di quella dei «*part-time workers*» (6.4%).

Rispetto al 20.1% del 1983 (anno del primo resoconto del *Bureau*, N.d.R.), il tasso di sindacalizzazione è continuato a decrescere, perdendo in valore assoluto oltre 8 punti percentuale e riducendosi di più del 40%; tra gli Stati, invece, quello di New York continua ad avere il tasso più alto (24.1%), mentre il fanalino di coda rimane il North Carolina (2.9%).

<sup>8</sup> Sul punto, uno studio del 1999 ha sostenuto che circa un terzo degli *employees* vorrebbe avere una rappresentanza collettiva dei propri interessi, ma non può realizzare tale aspirazione a causa della legislazione sindacale vigente [cfr. R.B. FREEMAN, J. ROGERS, *What Workers Want*, Ithaca Cornell Univ. Press (1999)].

<sup>9</sup> E' pressochè pacifica l'asserzione della dottrina statunitense, secondo cui «*Union-represented workers were typically covered by agreements that required just cause for discipline, subject to determination by an arbitrator*» [J.R. GRODIN, *The Story of Pugh v. See's Candies, Inc.: "Implied in Fact" Promises in Employment Contracts*, in (a cura di) S. ESTREICHER, G. LESTER, *Employment Law Stories*, 9 (2007)].

In generale, cfr. M. TROTTA, *Arbitration of Labor-Management Disputes*, 230-238 (1974).

<sup>10</sup> Ricapitolando, dalla percentuale dell'82,1% vanno quindi scomputati i lavoratori con contratto a termine, i cd. «*contingent workers*» (compresi i lavoratori autonomi: cfr. par. 9), i *public employees* e i veterani di guerra.

forza lavoro statunitense) saranno potenzialmente soggetti all'applicazione della regola in esame<sup>11</sup>.

Non per caso, dunque, la dottrina statunitense ha affermato che «[i]l nodo centrale nella regolamentazione dei moderni contratti di lavoro è se i lavoratori non sindacalizzati devono essere legalmente tutelati contro un licenziamento ingiusto»<sup>12</sup>.

Storicamente, la regola dell'*Eaw* rappresenta la naturale declinazione del principio della «*mutuality of obligation*»<sup>13</sup>: più precisamente, come il datore di lavoro può recedere in ogni momento dal rapporto di lavoro, così il lavoratore è libero di dimettersi quando vuole<sup>14</sup>. Come affermato - per la prima volta - dalla Corte Suprema del Tennessee, l'*employer* può licenziare, a prescindere dalla situazione di fatto in cui si trovi, «*per giusta causa, senza alcuna causa, o persino per una causa moralmente sbagliata, senza che ciò configuri alcuna forma di responsabilità*»<sup>15</sup> datoriale.

---

<sup>11</sup> Non per caso, le relazioni industriali negli Stati Uniti sono - ancora oggi - influenzate prevalentemente da un settore non sindacalizzato in progressiva emersione [cfr. sul punto T.A. KOCHAN, E.A. EATON, R.B. McKERSIE, P.S. ADLER, *Healing together: The labor-management partnership at Kaiser Permanente*, (2009)]. Ci si riferisce non soltanto alla materia dei licenziamenti individuali: tra gli altri, «*si pensi alla crescente prevalenza di modelli di reclutamento dei lavoratori di tipo non sindacalizzato e fondati sul lavoro di squadra, allo sviluppo e diffusione di forme di remunerazione non negoziate con il sindacato, di politiche di protezione sociale fondate su ricerche di mercato e principi psicologici, nonché al numero sempre più grande di leggi e politiche incentrate sui diritti individuali piuttosto che collettivi*» [così J. CUTCHER-GERSHENFELD, *Prospettive nella contrattazione collettiva statunitense ...*, 299 (2010)].

<sup>12</sup> Così J.H. VERKERKE, *An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts: Resolving the Just Cause Debate*, 119 WIS. L. REV. 837, 838 (1995).

<sup>13</sup> Come riportato in un'importante pronuncia avente ad oggetto la *implied contract exception*, quello della *mutuality of obligation* può ormai dirsi «*an outmoded legal concept*» [dalle conclusioni di Richard M. Woolley in *Woolley v. Hoffmann-La Roche, Inc.*, 99 N.J. 284, 491 A.2d 1257 modified, 101 N.J. 10, 499 A.2d 515 (1985)].

Non per caso, quindi, altra dottrina ha evidenziato come «*the notion of 'mutuality' as a condition to enforcement of contracts had long since become archaic in contract law generally, and there seemed to be no persuasive reason to resurrect it for employment contracts*» [J.R. GRODIN, *The Story of Pugh v. See's Candies, Inc.: "Implied in Fact" Promises in Employment Contracts*, in (a cura di) S. ESTREICHER, G. LESTER, *Employment Law Stories*, 15 (2007)].

<sup>14</sup> A riguardo, parte della dottrina ha criticamente rilevato che «*the contract of employment became [by the end of nineteenth century] a very special sort of contract - in large part a device for guaranteeing to management the unilateral power to make rules and exercise discretion*» [cfr. P. SELZNICK - P. NONET, *Law, Society & Industrial Justice*, 130 (1980)], mentre altri studiosi hanno sostenuto che «*The rule benefited employers because it permitted their employment practices to respond to changes in the business cycle*» [così G.E. MURG - C. SCHARMAN, *Employment at Will: Do Exceptions Overwhelm the Rule?*, 23 B. C. L. REV. 329 (1982), sintetizzando G. BLOOM & H. NORTHRUP, *ECONOMICS OF LABOR RELATIONS*, 227-316 (1973)].

Infatti, è stato rilevato che «*in practice, it is usually easier for a company to replace employees than it is for an employee to find a new job*» [così M.A. ROTHSTEIN - L. LIEBMAN, *Employment Law ...*, 839 (2011)].

<sup>15</sup> Così *Payne v. Western & Atlantic Railroad Co.*, 81 Tenn. 507, 520 (1884).

Nella stessa pronuncia la Corte ha rilevato che gli *employers* «*have the right to discharge their employes. The law cannot compel them to employ workmen, nor to keep them employed. If they break contracts with workmen they are answerable only to them; if in the act of discharging them, they break no contract, then no one can sue for loss suffered thereby. Trade is free; so is*

Di conseguenza, una qualsivoglia regolamentazione legislativa del rapporto di lavoro violerebbe la tradizionale libertà contrattuale delle parti: «*deve esserci la stessa regola per il datore e per il lavoratore, e la stessa libertà di azione. [...] a legge dovrebbe proibire tentativi forzati, come nel caso di specie, di privare ognuna delle parti del diritto di esercitare prerogative che sono loro assegnate dalla stessa legge. Per quanto a mia conoscenza, nessuna legge si è mai proposta di limitare i diritti del datore di lavoro nell'esercizio di facoltà (così come non l'hanno fatto le organizzazioni che promuovono gli interessi comuni alla categoria) o di negare loro il libero diritto di scelta in tali ambiti*»<sup>16</sup>.

Sul punto, illustre dottrina ha correttamente chiosato che «*l'Employment at will è un corollario della libertà contrattuale, e la libertà contrattuale è una policy sociale che si basa su una serie di giustificazioni politiche e sociali ... [Tale teoria] sembra essere il capolinea logico in una strada che inizia con la servitù ed effettua fermate intermedie con servitù della gleba, servitù canoniche, servitù forzate e restrizioni corporativistiche. Questo deve essere considerato un punto a suo favore*»<sup>17</sup>.

La regola dell'*Eaw* è invero di ispirazione - ma non di derivazione - anglosassone<sup>18</sup> ed è stata quindi sviluppata dagli *scholars*<sup>19</sup> e dalle Corti statunitensi<sup>20</sup>, diventando così una norma di costituzione materiale.

---

*employment. The law leaves employer and employe to make their own contracts; and these, when made, it will enforce; beyond this it does not go. Either the employer or employe may terminate the relation a will, and the law will not interfere, except for contract broken. This secures to all civil and industrial liberty.*

<sup>16</sup> Dalla «*dissenting opinion*» del giudice Day in *Coppage v. State of Kansas*, 236 U.S. 1, 39-40, 35 S. Ct. 240, 253, 59 L. Ed. 441 (1915) - per mero scrupolo di chi scrive, opinione "*concurring*" quanto alla considerazione riportata.

Come si avrà modo di approfondire, la centralità della libertà contrattuale delle parti costituisce il fondamento della teorizzazione di R.A. EPSTEIN, *In Defense of Contract at Will*, 51 CHICAGO L. REV. 947, 949 (1984).

<sup>17</sup> R.A. POSNER, *Hegel and Employment At Will: A Comment*, 10 CARDOZO L. REV. 1627 (1988-1989).

Altra dottrina ha rilevato che «*Although the issues of expected and promised job security are questions of fact whose answers may lie outside any formal contract term, the rule discourages any attempt to consider parties' expressions of intent, their conduct, or the circumstances surrounding the transaction*» [Note, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge ...*, 1818 (1980)].

<sup>18</sup> Autorevole dottrina ha infatti definitivamente chiarito che «*English common law was not the source of the employment-at-will doctrine*» [così C.J. PECK, *Penetrating Doctrinal Camouflage: Understanding the Development of the Law of Wrongful Discharge*, 66 WASH. L. REV. 719, 721 (1991); cfr. anche L.P. PENNINGTON, *The public policy exception to the employment at will doctrine: its inconsistencies in application*, 68 TUL. L. REV., 1583 (1994)].

<sup>19</sup> Più nello specifico, l'*English Statute of Laborers* del 1351, pur richiedendo l'appartenenza a determinate classi sociali per alcune tipologie di lavori, prevedeva che «*no master can put away his cause*» e che l'apprendista poteva essere licenziato solo «*on reasonable cause*». A seguito dell'abrogazione dello Statuto, le Corti inglesi sono partite dalla presunzione che ogni rapporto abbia una durata annuale, per poi definire nel diciannovesimo secolo la seguente regola giurisprudenziale: senza una diversa esplicita previsione contrattuale, il contratto di lavoro può concludersi solo dopo un periodo di preavviso determinato dalla consuetudine commerciale, o, in

Sin dalla nota pronuncia *Adair v. United States*, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha espresso un chiaro approccio formalistico, dichiarando:

- l'incostituzionalità di una legge che non consentiva il licenziamento di un *employee*, se sindacalizzato: dunque, ogni legge in contrasto con la parità dei diritti delle parti contrattuali sarebbe così stata una «*interferenza arbitraria nella libertà contrattuale*»<sup>21</sup> (come per il diritto di proprietà di cui al Quinto Emendamento della Costituzione<sup>22</sup>);
- il diritto dell'*employee* di dimettersi, al pari del diritto dell'*employer* di licenziarlo, in entrambi i casi per qualsivoglia ragione<sup>23</sup>.

---

assenza di usi, solo dopo un preavviso ragionevole, salvo vi sia una causa per l'interruzione immediata [cfr. sul punto Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 425-426 (1765-1769); per una completa ricostruzione del rapporto tra *EaW Rule* negli Stati Uniti ed i (diversi) precedenti delle Corti inglesi, cfr. invece M. FEINMAN, *The Development of the Employment at Will Rule*, 20 AM. J. LEGAL. HIST. 118 (1976)].

Anche negli Stati Uniti la prima affermazione della regola dell'*Employment at-Will* si riconduce al rapporto di lavoro tra master e servant: «*With us the rule is inflexible, that a general or indefinite hiring is prima facie a hiring at will, and if the servant seeks to make it out a yearly hiring, the burden is upon him to establish it by proof. A hiring at so much a day, week, month or year, no time being specified, is an indefinite hiring, and no presumption attaches that it was for a day even, but only at the rate fixed for whatever time the party may serve*» [H. G. WOOD, *A Treatise on the Law of Master and Servant* § 134 (1877)]. Tuttavia, la ricostruzione di WOOD è stata criticata da dottrina autorevole, secondo cui si tratterebbe di una «*unsupported assertion*» [C. W. SUMMERS, *The Contract of Employment and the Rights of Individual Employees: Fair Representation and Employment at Will*, 52 FORDHAM L. REV. 1083 (1984)] ovvero - non senza ironia - una «*scholarly disingenuity*» [M. FEINMAN, *The Development...*, 126 (1976); sul punto, cfr. anche l'analisi di A.W. BLUMROSEN, *Employer Discipline: U. S. Report*, 18 RUTGERS L. REV. 428 (1964)].

<sup>20</sup> Infatti, le Corti statunitensi «*rejected the customary presumption that indefinite hirings were for one year, concluding that hirings for an indefinite period should be presumptively terminable at will*» [così Note, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge: The Duty to Terminate Only in Good Faith*, 93 HARV. L. REV. 1816, 1818 (1980)].

<sup>21</sup> *Adair v. United States*, 208 U.S. 175, 28 S. Ct. 277, 279, 52 L. Ed. 436 (1908).

<sup>22</sup> Più precisamente, «*The first inquiry is whether the part of the 10th section of the act of 1898 upon which the first count of the indictment was based is repugnant to the 5th Amendment of the Constitution, declaring that no person shall be deprived of liberty or property without due process of law. In our opinion that section, in the particular mentioned, is an invasion of the personal liberty, as well as of the right of property, guaranteed by that Amendment. Such liberty and right embrace the right to make contracts for the purchase of the labor of others, and equally the right to make contracts for the sale of one's own labor; each right, however, being subject to the fundamental condition that no contract, whatever its subject-matter, can be sustained which the law, upon reasonable grounds, forbids as inconsistent with the public interests, or as hurtful to the public order, or as detrimental to the common good*» [così *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, 172, 28 S. Ct. 277, 279, 52 L. Ed. 436 (1908)].

Tale capo della pronuncia è stato quindi superato ("overruled") da *Phelps Dodge Corp. v. N.L.R.B.*, secondo cui «*We have already recognized the power of Congress to deny an employer the freedom to discriminate in discharging National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp. So [...] there is 'no greater limitation in denying him (the employer) the power to discriminate in hiring, than in discharging'. The course of decisions in this Court since Adair v. United States and Coppage v. Kansas, have completely sapped those cases of their authority*» [*Phelps Dodge Corp. v. N.L.R.B.*, 313 U.S. 177, 187, 61 S. Ct. 845, 849, 85 L. Ed. 1271 (1941)].

<sup>23</sup> Riportando con esattezza la citata pronuncia, «*the right of the employee to quit the service of the employer, for whatever reason, is the same as the right of the employer, for whatever reason, to dispense with the services of such employee*» [*Adair v. United States*, 208 U.S. 161, 174-75, 28 S. Ct. 277, 280, 52 L. Ed. 436 (1908)].

Successivamente, con l'approvazione del *National Labor Relations Act* del 1935 ("NLRA" o "*Wagner Act*"), che - tra le altre disposizioni contenute<sup>24</sup> - proibisce la discriminazione effettuata a danno dell'*employee* al fine di favorirne o scoraggiarne l'affiliazione sindacale<sup>25</sup>, si segna il primo passo verso l'erosione della regola generale, aprendo la strada per i successivi interventi giurisprudenziali.

E' infatti con la pronuncia *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* - in cui si riconosce la legittimità costituzionale del *Wagner Act*, distinguendo il diritto di licenziare dall'uso intimidatorio dello stesso diritto<sup>26</sup> - che si pone «un [primo] freno all'illimitato potere dell'imprenditore di risolvere il contratto di lavoro»<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Il NLRA ha inoltre affermato la titolarità individuale del diritto di agire in giudizio a tutela dei propri interessi, dunque anche a prescindere dell'intervento del sindacato: «*any individual employee [...] shall have the right at any time to present grievances to their employer and to have such grievances adjusted, without the intervention of the bargaining representative*» [29 U.S.C.A. § 159 (West)].

<sup>25</sup> *National Relations Act* of 1935, 60 section 8: «*It shall be an unfair labor practice for an employer:*

(1) *to interfere with, restrain, or coerce employees in the exercise of the rights guaranteed in section 157 of this title;*

(2) *to dominate or interfere with the formation or administration of any labor organization or contribute financial or other support to it: Provided, That subject to rules and regulations made and published by the Board pursuant to section 156 of this title, an employer shall not be prohibited from permitting employees to confer with him during working hours without loss of time or pay;*

(3) *by discrimination in regard to hire or tenure of employment or any term or condition of employment to encourage or discourage membership in any labor organization: Provided, That nothing in this subchapter, or in any other statute of the United States, shall preclude an employer from making an agreement with a labor organization (not established, maintained, or assisted by any action defined in this subsection as an unfair labor practice) to require as a condition of employment membership therein on or after the thirtieth day following the beginning of such employment or the effective date of such agreement, whichever is the later, (i) if such labor organization is the representative of the employees as provided in section 159(a) of this title, in the appropriate collective-bargaining unit covered by such agreement when made, and (ii) unless following an election held as provided in section 159(e) of this title within one year preceding the effective date of such agreement, the Board shall have certified that at least a majority of the employees eligible to vote in such election have voted to rescind the authority of such labor organization to make such an agreement: Provided further, That no employer shall justify any discrimination against an employee for nonmembership in a labor organization (A) if he has reasonable grounds for believing that such membership was not available to the employee on the same terms and conditions generally applicable to other members, or (B) if he has reasonable grounds for believing that membership was denied or terminated for reasons other than the failure of the employee to tender the periodic dues and the initiation fees uniformly required as a condition of acquiring or retaining membership;*

(4) *to discharge or otherwise discriminate against an employee because he has filed charges or given testimony under this subchapter;*

(5) *to refuse to bargain collectively with the representatives of his employees, subject to the provisions of section 159(a) of this title»* [29 U.S.C.A. § 158 (West)].

<sup>26</sup> Secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti, «*That is a fundamental right. Employees have as clear a right to organize and select their representatives for lawful purposes as the respondent has to organize its business and select its own officers and agents. Discrimination and coercion to prevent the free exercise of the right of employees to self-organization and representation is a proper subject for condemnation by competent legislative authority. Long ago we stated the reason for labor organizations. We said that they were organized out of the necessities of the situation; that a single employee was helpless in dealing with an employer; that he was dependent ordinarily on his daily wage for the maintenance of himself and family; that, if the employer refused to pay him the wages that he thought fair, he was nevertheless unable to leave the employ and resist arbitrary and unfair treatment; that union was essential to give laborers opportunity to deal on an equality with their employer* (American Steel

Ecco perché, riprendendo le parole di altra dottrina, potrà sostenersi che «la legislazione e i cambiamenti nella common law, hanno eroso in maniera considerevole la teoria dell'employment-at-will»<sup>28</sup>.

Tuttavia, l'incidenza della legislazione appare veniale, posto che:

- 1) la legislazione federale si occupa del licenziamento individuale solo se motivato da ragioni discriminatorie (età, sesso, razza, religione, provenienza geografica<sup>29</sup>) o se riconducibile al fenomeno del cd. "whistleblowing"<sup>30</sup>;

---

*Foundries v. Tri-City Central Trades Council*, 257 U.S. 184, 209, 42 S.Ct. 72, 78, 66 L.Ed. 189, 27 A.L.R. 360). [...] Congress could seek to make appropriate collective action of employees an instrument of peace rather than of strife. We said that such collective action would be a mockery if representation were made futile by interference with freedom of choice. Hence the prohibition by Congress of interference with the selection of representatives for the purpose of negotiation and conference between employers and employees, 'instead of being an invasion of the constitutional right of either, was based on the recognition of the rights of both» [così *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1, 33-34, 57 S. Ct. 615, 622-23, 81 L. Ed. 893 (1937)].

<sup>27</sup> Così N. BENEDETTO, *Employment at will e tutela contro i licenziamenti privi di giusta causa: il caso degli Stati Uniti*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, 223.

<sup>28</sup> Così B.D. BERNIS, *Employers Beware: The Implied Contract Exception to the Employment-At-Will Doctrine*, 28 B. C. L. REV. 327, 328 (1987).

<sup>29</sup> Cfr. *Age Discrimination in Employment Act of 1967*, 29 U.S.C. §§ 621-634 (1994), a tutela dei lavoratori dai 40 ai 70 anni; *Title VII of the Civil Rights Act of 1964*, 42 U.S.C. §§2000e to 2000e-17 (1994); *American with Disabilities Act of 1990*, 42 U.S.C. §§ 12101-12213 (1994); ADA Amendments Act of 2008 (ADAA) 42 U.S.C.A. § 12112 (West).

Si aggiunga che la pratica di mantenere due regolamenti aziendali paralleli - nello specifico, uno per bianchi e l'altro per neri - è stata vietata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti a partire dal 1976. La Corte, infatti, ha chiarito che «*the Civil Rights Act of 1870 and the Title VII of the Civil Rights Act of 1964 prohibit racial discrimination in private employment against white persons as well as against nonwhites*» [*McDonald v. Santa Fe Trail Transp. Co.*, 427 U.S. 273, 96 S. Ct. 2574, 49 L. Ed. 2d 493 (1976)].

<sup>30</sup> Il *whistle-blower* (letteralmente, «colui che soffia nel fischietto») è quel lavoratore che denuncia o rende note alla pubblica autorità od a soggetti competenti le attività datoriali che egli presume siano illegali o disoneste (violazione di legge o di regolamento, minaccia all'interesse pubblico: si pensi a frodi ed episodi di corruzione, salute e sicurezza dei luoghi di lavoro).

Al fine di tutelarla da probabili episodi ritorsivi, tale figura è (parzialmente) protetta dalla legislazione federale, ovverosia dal *Civil Service Reform Act of 1978*, Pub. L. No. 95-454, sec. 101 (a), §§ 2301(b)(9), 2302 (b)(8), 92 Stat. 1112, 1114, 1116 [codificato al 5 U.S.C. §§ 2301(b)(9), 2302 (b)(8) (1994)].

Quanto alla protezione nei singoli Stati, cfr. su tutti *Conscientious Employee Protection Act*, N.J. STAT. ANN. §§ 34: 19-1 to -8 (West 1988 & Supp. 1997) e *Whistleblower Law*, PA STAT. ANN. 43, §§ 1421-1428 (West 1991).

Parte della dottrina ha osservato che «*the broad range of prohibitions against various types of discrimination found in recently enacted federal and state statutes reflects repeated legislative judgement that our economy can afford the cost of limiting arbitrary use of power by employers. The absence of a universal prohibition against the arbitrary use of power by employers is explainable by the manner in which legislatures respond to pressures created by interest groups*» [così C.J. PECK, *Unjust Discharges From Employment: A Necessary Change in the Law*, 40 OHIO ST. L. J. 1, 35-36 (1979)].

- 2) i singoli *Statutes*<sup>31</sup>, pur limitando la portata dell'*Eaw Rule*, non sembrano mai tutelare il lavoratore, perchè:
- i. vietano il licenziamento solo in situazioni ben precise<sup>32</sup> (e, ovviamente, solo nello Stato in cui si applica la disciplina);
  - ii. molto spesso, colui che segue la procedura di legge rischia di non poterne trarre un vantaggio personale<sup>33</sup> (in altre parole, rischia di non ricevere una tutela effettiva).

## 1.2 Breve premessa sulle posizioni della dottrina statunitense.

---

<sup>31</sup> Quanto ai rapporti tra legge federale e *Statute* dei singoli Stati, con articolare attenzione al meccanismo della "federal preemption", si rimanda all'ampia ricostruzione fornita da M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 869-878 (2010).

<sup>32</sup> Alcuni Stati hanno vietato all'*employer* di prendere provvedimenti sanzionatori per controllare od influenzare il voto dei lavoratori. Il *Massachusetts Statute*, ad esempio, prevede che «*No person shall, by threatening to discharge a person from his employment, or threatening to reduce his wages, or otherwise threatening to adversely affect the terms and conditions of his employment, or promising to give him employment at higher wages, or otherwise promising to favorably affect the terms and conditions of his employment, attempt to influence a voter to give or to withhold his vote or political contribution. No person shall, because of the giving or withholding of a vote or a political contribution, discharge a person from his employment, reduce his wages or otherwise adversely affect the terms and conditions of his employment or give him employment at higher wages or otherwise favorably affect the terms and conditions of his employment*» [Mass. Gen. Laws Ann. ch. 56, § 33 (West)]. Altri *Statutes*, invece, tutelano le opinioni e le attività politiche degli *employees*: tra gli altri, secondo il *California Statute* "No employer shall coerce or influence or attempt to coerce or influence his employees through or by means of threat of discharge or loss of employment to adopt or follow or refrain from adopting or following any particular course or line of political action or political activity" [Cal. Lab. Code § 1102 (West)].

Una tutela generale per le ipotesi di «*unjust dismissals*» è prevista solo per due categorie di lavoratori: i veterani di guerra, cui è riconosciuto il diritto a tornare nella posizione lavorativa occupata prima dell'arruolamento e che per un periodo di un anno dal rientro non possono essere licenziati, salvo per una causa [cfr. 38 U.S.C. § 2012 (West)]; i *public employees*, il cui licenziamento è sempre vietato salvo «*for such cause as will promote the efficiency of the service*» [5 U.S.C.A. § 7513 (West)].

<sup>33</sup> In tema di cd. «*state action cases*», parte della dottrina ha parlato di «*a conceptual disaster area*» [C.L. BLACK Jr., *The Supreme Court, 1966 Term-Foreword: 'State Action', Equal Protection and California's Proposition 14*, 81 HARV. L. REV. 69, 95 (1967)].

Autorevole dottrina ha criticamente sottolineato come gran parte degli *Statutes* prevedano solo «*criminal penalties*» per l'*employer*, e non «*civil remedies*» per l'*employee*: ne consegue che il datore di lavoro «*seldom go to jail or pay fines, while employees seldom get their jobs back or recover damages*» [così C.W. SUMMERS, *Individual Protection...*, 494-495 (1976)].

Sul punto, la Corte d'Appello del Missouri ha precisato che «*the above section does not place any duty upon the corporation or its officer or agent. It is a statute purely prohibitive in its character, and the results of its violation cannot be satisfied with money*» [Bell v. Faulkner, 75 S.W.2d 612, 614 (Mo. Ct. App. 1934)]. Non per caso, anche quando la legislazione prevedeva un possibile risarcimento civilistico per l'*employee* licenziato (si pensi al *California Labor Code*: v. nota precedente), le Corti hanno spesso trovato nelle peculiarità del caso concreto il fondamento per escluderlo.

E' opinione diffusa che negli Stati Uniti, la mancanza di una disciplina legislativa dei licenziamenti individuali «consente all'imprenditore od ai suoi rappresentanti di regolare il rapporto contrattuale e licenziare un lavoratore in un modo che non è coerente con gli standards di un Paese civilizzato»<sup>34</sup>: di conseguenza, «nei casi in cui i licenziamenti non siano legati a ragioni economiche, ovvero per promuovere l'interesse finanziario dell'impresa<sup>35</sup>, la 'forza' della legge deve essere utilizzata al fine di ridurre lo squilibrio percepito»<sup>36</sup>.

Pur proponendo soluzioni tra loro differenti, da tempo la dottrina statunitense chiede - come detto, quasi coralmemente<sup>37</sup>, ed a tutela degli *ununion employees* - una disciplina legislativa (federale o statale) dei licenziamenti individuali. Una compattezza - inconsueta, specie agli occhi di un osservatore europeo - che ha avuto

---

<sup>34</sup> C.J. PECK, *Unjust Discharges From Employment* ..., 49 (1979).

<sup>35</sup> Sul punto, una nota pronuncia giurisprudenziale ha affermato che «*just cause can be broader than breach and here there may be just cause to dismiss without a breach. To illustrate, under the terms of the contract it would be possible that despite plaintiff's best efforts the results achieved might prove poor because of adverse market conditions. From defendant's standpoint that too would force Avis to make a change in its business strategy, perhaps reducing or closing an operation. That is, there would be just cause for plaintiff's dismissal. But if this is what occurred, it would not constitute a breach of the agreement*» [*Ohanian v. Avis Rent A Car Sys., Inc.*, 779 F.2d 101, 108 (2d Cir. 1985)].

Com'è noto, infatti, il licenziamento per ragioni economiche (la cd. «*reduction in force*») costituisce di per sé una giusta causa difficilmente contestabile. Sul punto, la stessa giurisprudenza ha rilevato che «*The just cause doctrine has nothing to do with 'no fault' reduction in force*» [*Sanders v. Parker Drilling Co.*, 911 F.2d 191 (9th Cir. 1990)]. Ad ogni modo, la giuria processuale potrebbe sempre ritenere che le motivazioni addotte dall'*employer* siano pretestuose [cfr. sul punto *Zoerb v. Chugach Elec. Ass'n, Inc.*, 798 P.2d 1258 (Alaska 1990)].

Sempre in tema di recesso per ragioni economiche, v. *Kern v. Levolor Lorentzen, Inc.*, 899 F.2d 772 (9th Cir. 1990) disapproved of by *Guz v. Bechtel Nat. Inc.*, 24 Cal. 4th 317, 8 P.3d 1089 (2000), in cui per la prima volta una Corte si è occupata dei criteri di scelta dell'*employee*, anche se solo perché in presenza di un regolamento aziendale che prevedeva la priorità del licenziamento di lavoratori con valutazione di rendimento più basso.

<sup>36</sup> Così R.A. EPSTEIN, *In Defense of Contract at Will*..., 949 (1984).

<sup>37</sup> Tra le altre, autorevole dottrina ha utilizzato una metafora didascalica per sottolineare l'esigenza di un bilanciamento: «*The scales of justice in a dismissal case start out with a 'weight' on the employer's side of the scales: the employment at will rule, opposing a 'weight' always on the employee's side of the scales: representing the employee's interest in job security. If no further weights are placed on the scales, our society has decided that the employment-at-will rule is 'heavier' than the employee's economic interest, the employer wins. But other weights may go on the employee's side in a particular case: non-discrimination rights granted by statute, 'public policy', or implied employer promises of job security. Similarly, specific justification for dismissal is another weight that goes on the employer's side*» [così H.H. PERRITT Jr., *Wrongful Dismissal Legislation*, 35 UCLA LAW. REV., 79, 80 (1987)].

Oltre alle teorie riportate nel presente saggio, si segnalano - per ragioni di completezza - anche quelle di J. D. BLACKBURN, *Restricted Employer Discharge Rights: A Changing Concept of Employment at Will*, 17 AM. BUS. L. J. 467, 491-492 (1980); A.P. MORRIS, *Bad Data, Bad Economics and Bad Policy: Time to Fire Wrongful Discharge Law*, 74 TEX. L. REV. 1901 (1996); P. WEYNARD, *Present Status of Individual Employee Rights*, PROC. N.Y.U. 22D ANN. CONF. ON LAB. 171, 214-216 (1970); Note, *Guidelines for a Public Policy Exception to the Employment at Will Rule*, 13 CONN. L. REV. 617, 641-642 (1980); Note, *Protecting Employees at Will Against Wrongful Discharge: the Public Policy Exception*, 96 HARV. L. REV. 1931, 1931-1935 (1983); Note, *Implied Contract Rights to Job Security*, 26 STAN. L. REV. 335, 337-340 (1974); Note, *California's Controls on Employer Abuse of Employee Political Rights*, 22 STAN. L. REV. 1015, 1015-1020 (1970).

innegabile influenza anche sui successivi sviluppi della giurisprudenza di *common law*<sup>38</sup>.

Partendo dalle indiscusse «*leading theories*» - L.E. Blades<sup>39</sup> (1967) e C.W. Summers<sup>40</sup> (1976)<sup>41</sup> -, ci si soffermerà quindi sugli scritti dottrinali successivi all'approvazione del cd. *WDEA* nello Stato del Montana: su tutti H.H. Perrit Jr.<sup>42</sup> (1987) ed A.B. Krueger<sup>43</sup> (1991), con particolare attenzione al mutato approccio metodologico.

Infine, subito dopo l'analisi socio-economica di J.L. Harrison<sup>44</sup> (1984) e M. Berger<sup>45</sup> (1997), si analizzeranno le (rare) posizioni a sostegno dell'*EaW Rule*<sup>46</sup>, con i rilievi di R.A. Epstein<sup>47</sup> (1984) e le conclusioni di J. H. Verkerke<sup>48</sup> (1995).

---

<sup>38</sup> Spesso la dottrina si è espressa con un vero e proprio "invito" alle *common law Courts*, affermando - ad esempio - che «*That the law will be changed is almost certain. The author hopes what has been written here will help to persuade courts that they should abandon a rule governing employment that does not accord human dignity the value it deserves and usually receives in American law*» [così C.J. PECK, *Unjust Discharges From Employment ...*, 49 (1979)].

<sup>39</sup> Ci si riferisce a L.E. BLADES, *Employment at Will vs. Individual Freedom: On Limiting the Abusive Exercise of Employer Power*, 67 COL. L. REV. 1404 (1967).

<sup>40</sup> C.W. SUMMERS, *Individual Protection ...*, 481 (1976).

<sup>41</sup> La dottrina ha spesso riconosciuto apertamente l'importanza di tali teorie, rilevando che si tratta di «*leading articles frequently... embraced by the courts*» [così J.L. HARRISON, *The "New" Terminable-at-Will Employment Contract: An Interest and Cost Incidence Analysis*, 69 IOWA L. REV. 327 (1984)].

Il primo esempio in tal senso è forse *Geary v. U.S. Steel Co.*, in cui la «*dissenting opinion*» del giudice Roberts è un richiamo esplicito alla «*prima facie tort theory*» di Blades: «*As Professor Lawrence E. Blades has noted, '(t)he industrial revolution made an anachronism of the absolute right of discharge by destroying the classical ideal of complete freedom of contract upon which it is based*» [*Geary v. United States Steel Corp.*, 456 Pa. 171, 319 A.2d 174 (1974)]; la circostanza riportata è dallo stesso C.W. SUMMERS, *Individual protection...*, 489-490 (1976)].

<sup>42</sup> H.H. PERRITT Jr., *Wrongful Dismissal Legislation*, 35 UCLA LAW. REV., 65 (1987), riconducibile all'intervento dell'A. alla *Third Annual Labor and Employment Law Institute*, Univ. of Louisville, April 25, 1986).

<sup>43</sup> A. B. KRUEGER, *The Evolution of Unjust-Dismissal Legislation in the United States*, 44 INDUS. & LAB. REL. REV. 644 (1991).

<sup>44</sup> J.L. HARRISON, *The "New" Terminable-at-Will ...*, (1984).

<sup>45</sup> M. BERGER, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker: Restructuring Doctrine for the Restructured Employee*, 16 YALE L. & POL'Y REV. 26, 27 (1997).

<sup>46</sup> Tra le posizioni *pro EaW Rule*, cfr. anche S. CATLER, *The Case Against Proposals To Eliminate the Employment At Will Rule*, 5 INDUS. REL. L. J. 471 (1983); L.S. LARSON, *Why We Should Not Abandon the Presumption that Employment is Terminable At-Will*, 23 IDAHO L. REV. 219 (1986); R.W. POWER, *A Defense of the Employment At Will Rule*, 33 DEF. L. J. 199 (1984).

<sup>47</sup> R.A. EPSTEIN, *In Defense of Contract at Will...* (1984), secondo cui «*the doctrine of wrongful discharge is the problem and not the solution. This is one of the many situations in which courts and legislatures should leave well enough alone*» (*id.*, 982).

<sup>48</sup> Così J.H. VERKERKE, *An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts...* (1995).

### 1.3 Lawrence E. Blades “prima facie tort” Theory<sup>49</sup> (1967): il ruolo delle Administrative Commissions e la centralità dell’onere della prova.

La prima critica sistematica alla regola dell’*Eaw* è del Prof. Blades e risale al 1976.

A suo giudizio, è chiaro come gli *ununionized employees*<sup>50</sup> si trovino in una condizione di disagio<sup>51</sup>: la loro libertà<sup>52</sup> è infatti messa a repentaglio dalla costante minaccia<sup>53</sup> psicologica<sup>54</sup> di un «*abusive discharge*»<sup>55</sup>, tale perchè rimesso alla mera discrezionalità dell’*employer*.

---

<sup>49</sup> Cfr. L.E. BLADES, *Employment ...* (1967).

<sup>50</sup> Diversamente, per i lavoratori sindacalizzati le *labor unions* hanno «*partially filled the need to lessen employer-employee inequality*» attraverso l’affermazione del *right of discharge* nei singoli accordi collettivi [cfr. sul punto M. GOLLUB, *Discharge for Cause* (1948)], seppure solo nel loro «*limited and shrinking realm*» [citazioni da L.E. BLADES, *Employment ...*, 1405 (1967): si tenga conto che negli Stati Uniti del 1964 era sindacalizzato solo il 21.9% degli *employees*; per dati più recenti si rimanda al par. n.1].

<sup>51</sup> La situazione di “pericolo” per gli *employees* di fronte al potere delle grandi *corporations* [cfr. sul punto anche W. FRIEDMANN, *Corporate Power, Government by Private Groups, and the Law*, 57 COLUM. L. REV. 155 (1957)] è paragonata alla minaccia per la libertà dei governati nel caso in cui «*governmental power were unchecked*» [L.E. BLADES, *Employment ...*, 1404 (1967), con un chiaro riferimento al principio del «*check and balance*» di origine Montesquieuana].

L’importanza del problema è quindi sottolineata riportando uno scritto socio-giuridico di F. TANNENBAUM, in cui si rilevava - quasi con amarezza - che «*We have become a nation of employees. We are dependent upon other for our means of livelihood, and most of our people have completely dependent upon wages. If they lose their jobs the lose every resource, except for the relief supplied by the various form of social security. [...] For our generation, the substance of life is in another man’s hand*» [F. TANNENBAUM, *A Philosophy of Labor* 9 (1951)].

<sup>52</sup> «*Individual freedom*», da intendersi come libera determinazione nelle scelte concernenti il rapporto di lavoro.

<sup>53</sup> Anche nel mercato del lavoro statunitense l’avanzamento tecnologico e la progressiva specializzazione delle mansioni hanno comportato una drastica riduzione delle possibilità per l’*employee* di trovare una occupazione alternativa. Dunque, è divenuta sempre più pregnante la cd. “*job security*” (stabilità dell’occupazione) e, come diretta conseguenza, si è ravvisata una sempre maggiore predisposizione a - testualmente - «*sopportare docilmente ogni capriccio imprenditoriale*»: secondo l’A., infatti, «*It is the fear of being discharged which above all else renders the great majority of employees vulnerable to employer coercion*» [L.E. BLADES, *Employment ...*, 1406 (1967)].

In senso conforme, altra dottrina ha severamente definito il licenziamento «*a kind of organizational equivalent of capital punishment*» [così W.E. MOORE, *The Conduct of the Corporation* 28 (1962)], espressione ripresa poi da M.A. ROTHSTEIN - L. LIEBMAN, *Employment Law...*, 838 (2011), secondo i quali «*loss of employment means not only loss of income but in our culture is often equated with loss of character and identity as well*».

<sup>54</sup> La ricostruzione di Blades è chiaramente *pro* lavoratore: la necessità di una tutela, infatti, si giustificerebbe persino in ragione di uno stato di oppressione e di «*mental anguish*» che, con la vigenza dell’*EaW Rule*, lo accompagnerebbe sia durante il rapporto di lavoro sia - ed a maggior ragione - dopo il licenziamento. A supporto di quest’ultima asserzione, si riporta il caso in cui l’attore era riuscito a dimostrare in giudizio la sofferenza psicologica causata dalla perdita del reddito da lavoro e dal bisogno “ansiogeno” di trovare una nuova occupazione [il riferimento è Comerford v. International Harvester Co., 235 Ala. 376, 377, 178 So. 894, 895 (1938)].

In senso analogo, altra dottrina ha rilevato che anche una qualsivoglia sanzione giudiziale non potrebbe comunque risolvere il vero problema, vale a dire la sopravvenuta incapacità del lavoratore di scindere i suoi obiettivi personali da quelli del suo *employer* [cfr. W. H. WHITE, *The Organization Man* (1956)].

Facendo leva su una vera e propria “minaccia”, vi è dunque il rischio concreto che il datore di lavoro possa, tra gli altri, imporre al lavoratore:

- i. di auto-incriminarsi per una data vicenda<sup>56</sup>;
- ii. di astenersi o di votare secondo le sue indicazioni, limitando l'esercizio dei diritti politici<sup>57</sup>;
- iii. di realizzare attività immorali<sup>58</sup> o illecite<sup>59</sup>;
- iv. di testimoniare a favore dell'*employer*<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Con la locuzione «*abusive discharge*», Blades focalizza la sua analisi su una parte dei licenziamenti “non giustificati”, cioè quelli in cui il provvedimento espulsivo è di fatto motivato dal rifiuto dell'*employee* di porre in essere comportamenti positivi od omissivi ultronei rispetto a quelli esigibili in un rapporto di lavoro.

Altra dottrina ha poi chiarito come «*Today, just as certain reasons for discharge are actionable, so too are discharges effected in abusive manner – regardless of the merits of the discharge decision itself. These are often referred to as abusive discharges, although some courts use 'abusive' discharge as synonymous with 'wrongful' discharge. For clarity [...], abusive discharge is a description of the circumstances surrounding a discharge rather than a distinct cause of action. Abusive discharge cases can involve claims for an intentional tort (assault, battery, false imprisonment), intentional infliction of emotional distress, defamation, invasion of privacy, the tort of outrage, and other theories*» [così M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 857 (2010)].

<sup>56</sup> Cfr., su tutti, *Garrity v. New Jersey*, caso in cui alcuni agenti di polizia, sebbene innocenti, scelsero di confessare di aver partecipato alla contraffazione di multe di fronte alla paventata alternativa del licenziamento. In tale ipotesi, i giudici della Corte Suprema affermarono che «*We are not entitled to assume that discharges will be used either to vindicate impermissible inferences of guilt or to penalize privileged silence, but must instead presume that this procedure is only intended and will only be used to establish and enforce standards of conduct for public employees. As such, it does not minimize or endanger the petitioners' constitutional privilege against self-incrimination*» [*Garrity v. State of N.J.*, 385 U.S. 493, 509, 87 S. Ct. 616, 625, 17 L. Ed. 2d 562 (1967)].

<sup>57</sup> Nel settore pubblico, un *employee* era stato licenziato perché divenuto Presidente di un Comitato elettorale, in applicazione di una legge statale poi dichiarata incostituzionale per violazione dei «*diritti fondamentali*» [*Fort v. Civil Service Comm'n*, 38 Cal. Rptr. 625, 392 P.2d 385(1964)].

Quanto all'impiego privato, invece, anche se alcune leggi statali vietano limitazioni nello svolgimento di attività “politiche” (si pensi - tra le altre - alla legislazione dell'Arizona del 1955, della California del 1955, del Massachusetts del 1964), l'A. non manca di sottolineare come si tratti di una tutela solo di facciata, in quanto «*an Employee [...] would have to be extraordinarily courageous to risk loss of his employment, for which the law provides him no means of recompense, in order to secure the slight satisfaction of seeing his Employer suffer the statutory penalties*» (L.E. BLADES, *Employment...*, 1412 (1967)).

<sup>58</sup> Tra gli esempi proposti, quello dell'ingegnere a cui si era chiesto di falsificare dei dati, o di dichiarare la conformità di un prodotto che non rispettava gli *standards* normativi, in un contesto lavorativo in cui «*the practice of engineering is increasingly a corporate endeavor carried out by Employees; the engineers in private practice are a dwindling portion of the profession*» [così LABINE, *Where is the Engineering Pointing?*, CHEMICAL ENGINEERING, Oct. 26, 1964, at 138].

Ravvisabile un «*immoral behaviour*» anche nel caso del lavoratore licenziato a causa del rifiuto di sua moglie delle *avances* sessuali avanzate dal datore di lavoro del marito [*Comerford v. International Harvester Co.*, 235 Ala. 376, 178 So. 894 (1938)].

<sup>59</sup> Ci si riferisce ai casi “scolastici” dell'*employee* licenziato per essersi rifiutato di effettuare un trasporto illegale di alcoolici [*Hardy v. United States*, 256 F. 284, 288 (1919)] o di introdurre stranieri nel territorio dello Stato, in violazione dell'*Immigration Act* [*Susjar v. United States*, 27 F.2d 223 (1928)]

<sup>60</sup> Cfr. *Christy v. Petrus*, 365 Mo. 1187, 295 S.W.2d 837 (1950), in cui l'*employee* licenziato aveva testimoniato contro l'*employer* ed a favore di alcuni colleghi, i quali erano stati poi risarciti in sede processuale. Per quanto riguarda l'ipotesi simile in cui il datore di lavoro richieda una falsa testimonianza in suo favore [sul punto,

Insomma, tutti abusi che «diffusi o meno, non dovrebbero essere sprovvisi di rimedi legislativi»<sup>61</sup>.

Ed allora, superata l'originaria concezione proprietaria della Corte Suprema<sup>62</sup>, il mantenimento dell'*EaW Rule* non può nemmeno basarsi sul (solo teorico) principio della «*mutuality of obligation*», in un sistema in cui l'assenza di una effettiva negoziazione - con la mera adesione<sup>63</sup> dell'*employee* al contratto propostogli - rappresenta «una soluzione imperfetta con cui si continua ad aggirare il vero ostacolo del potenziamento di una qualsiasi limitazione contrattuale al diritto di licenziare»<sup>64</sup>.

La soluzione, dunque, è rinvenibile nell'elasticità dei principi di «*tort law*» [con i cd. «*prima facie tort(s)*»], che di volta in volta possono costituire il fondamento dell'azione di risarcimento del lavoratore in caso di «*abusive discharge*»<sup>65</sup>, limitando peraltro il fenomeno dell'«*abuse of right*»<sup>66</sup>.

---

cfr. *Odell v. Humble Oil & Refining Co.*, 201 F.2d 123 (1953)], comportamento oggi sanzionato dal *Fair Labor Standards Act*, 29 U.S.C. (1964).

<sup>61</sup> L.E. BLADES, *Employment...*, 1410 (1967).

<sup>62</sup> Cfr. *Adair v. United States*, note n. 11, 12 e 13 del presente scritto.

<sup>63</sup> Al riguardo, si è parlato di offerta «*on a take-it-or-leave-it basis, wit little or no opportunity for negotiation*» (Note, *A Common Law Action for the Abusively Discharged Employee*, 26 HASTINGS L. J. 1435, 1442-1443 (1975)).

La dottrina a sostegno dell'*EaW Rule* ha di contro evidenziato come il singolo *employee* abbia sempre la facoltà di negoziare le singole condizioni contrattuali, e dunque anche quelle relative al licenziamento (su tutti, EPSTEIN, 1984; VERKERKE, 1995). Tale posizione, tuttavia, oltre ad equiparare il peso contrattuale del singolo individuo a quello di una *labor union*, sembra non considerare che, nella grande maggioranza dei casi, il lavoratore si limita perlopiù ad aderire o meno ad un contratto già predisposto dalla «*large commercial establishments*» [i «*contracts of adhesion*», come efficacemente definiti da C.W. SUMMERS, *The Contract of Employment...*, 1106; d'altronde, sin dalla - pur risalente - *opinion* del giudice Holmes «*the servant cannot complain, as he takes the employment on terms which are offered to him*»: così in *McAuliffe v. New Bedford*, 155 Mass. 216, 29 N.E. 571 (1892)].

Le *common law Courts*, invece, sembrano avere una visione difforme, non del tutto identificabile con le posizioni dottrinali sul punto. Secondo J.L. HARRISON, infatti, «*The view that the traditional terminable-at-will doctrine should be modified because of the relative lack of bargaining power of individual workers in an industrialized society is one expressed more readily by academicians than by courts. The academic literature in the area has been decidedly pro-individual employee and the usual premise is that the individual has little or no bargaining power with regard to the duration of the employment contract. Because the courts have shied away from this frontal attack on the problems inherent in the traditional rule, it is difficult to ascertain the extent to which they are influenced by the same concerns*» [così J.L. HARRISON, *The "New" Terminable-at-Will...*, 352 (1984)].

<sup>64</sup> L.E. BLADES, *Employment...*, 1419-1420 (1967).

<sup>65</sup> Il riferimento è all'auspicato («*fitting and desirable*», per l'esattezza) riconoscimento dei *punitive damages* non solo nei casi in cui è coinvolto anche un soggetto terzo rispetto al rapporto di lavoro, ma anche quando si accerti che l'*employer* ha tenuto un comportamento non consono {«*a malicious, oppressive, wullful, wanton, or reckless [behaviour]*»: cfr. *Sebastian v. Wood*, 246 Iowa 94, 101, 66 N.W.2d 841, 845 (1954)}.

<sup>66</sup> Il ricorso alla «*tort law*» permetterebbe di evitare - od almeno di scongiurare - le ipotesi in cui il licenziamento non è altro che la manifestazione del «*power of discharge for an ulterior purpose and as means of duress ...ulterior to that for which the right was designed*» [L.E. BLADES, *Employment...*, 1423-1424 (1967)]; il richiamo è alla

Ecco spiegata, quindi, la centralità dell'onere della prova, anche per di evitare possibili azioni pretestuose ed infondate che interferiscano con l'esercizio datoriale del diritto di licenziare *at-will*. Al riguardo, partendo dal caso *Mims v. Metropolitan Life Ins. Co.*<sup>67</sup>, Blades sembra avallare la presunzione *iuris tantum* della legittimità del licenziamento, che lascia al lavoratore l'onere di dimostrare - «tramite l'allegazione di prove positive e [giudizialmente] solide»<sup>68</sup> - la propria ricostruzione dei fatti.

In sintesi, l'A. sostiene una definizione legislativa di giusta causa solo in termini generali<sup>69</sup>, tale da fornire un valido parametro per le Corti come per le parti contrattuali, ma che - al tempo stesso - non costituisca un limite per una probabile ed auspicata evoluzione interpretativa del principio<sup>70</sup>.

Sempre nella prospettiva di una riforma, le controversie relative ad un *abusive discharge* sarebbero poi da attribuirsi alle Commissioni Amministrative<sup>71</sup>, già competenti sui licenziamenti per motivi discriminatori<sup>72</sup>.

---

nozione fornita da F.P. WALTON, *Motive as an Element in Torts in the Common and in the Civil Law*, 22, HARV. L. REV. 501 (1909), secondo cui i diritti non sarebbero limitati solo nella loro estensione, ma anche nelle concrete modalità di esercizio, specie se implicitamente finalizzate a danneggiare un terzo].

Tra i precedenti sul punto, la Corte Suprema dell'Alabama aveva già riconosciuto la fondatezza dell'azione dell'*employee* licenziato a seguito di un infortunio, il quale aveva efficacemente dimostrato in giudizio che «*his discharge was procured maliciously and wrongfully by a threat of cancellation, for the purpose of forcing a settlement of his claim favorable to the company and disadvantageous to himself. Plaintiff complains therefore, not of the consequence of the exercise of a lawful right, but of the unlawful use of that lawful right by the defendant*» [*United States Fid. & Guar. Co. v. Millonas*, 206 Ala. 147, 151, 89 So. 732, 735 (1921)].

<sup>67</sup> Il caso riguarda il licenziamento di un *employee* di una compagnia di assicurazioni, con un'anzianità di servizio di 32 anni, gli ultimi 17 dei quali come «*branch managers*» [cfr. *Mims v. Metropolitan Life Ins. Co.*, 200 F.2d 800 (5th Circ. 1952)]. Secondo la tesi attorea, il recesso datoriale si sarebbe basato sulla mancata adesione di *Mr. Mims* ad una raccolta fondi aziendale, per una quota partecipativa di solo \$ 1,00. Pur in presenza di una ricostruzione processuale - a dir poco - inverosimile, si era verificata una situazione di stallo decisionale, poiché la giuria si era trovata di fronte ad una scelta tra il resoconto di una parte contrattuale piuttosto che dell'altra (le cd. «*equally based proofs*»).

<sup>68</sup> Conformemente, ad esempio, il *National Labor Relations Board* richiedeva «*to prove affirmatively and by substantial evidence*» che l'*employee* sia stato licenziato per una qualche attività sindacale [cfr., su tutti, *NLRB v. Standard Coil Prods. Co.*, 224 F.2d 465, 470 (1st Circ. 1955)].

<sup>69</sup> Anche altra dottrina ha rilevato che «*A detailed statutory scheme that attempted to set different standards for all the different types of at will employees would, however, face serious difficulties*» [Note, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge...*, 1837 (1980)].

<sup>70</sup> Lo stesso A. riflette quindi sulle concrete possibilità di attuazione di tale normativa, in un contesto in cui il peso politico delle *lobbies* [«*groups each of which has struggled for and finally attained a power to stop things conceivably inimical to its interests*» secondo D. RIESMAN, *The Lonely Crowd*, 244 (1950)] degli *employers* e delle *unions*, presumibilmente contrarie ad una simile proposta, prevarrebbe sulla tenue volontà di *employees* «*simply not equipped to form a cohesive group with enough power to influence legislators*» [L.E. BLADES, *Employment...*, 1434 (1967)].

<sup>71</sup> Il riferimento è ai Tribunali Amministrativi (al 1967, presenti in 31 Stati), che si occupavano esclusivamente di *employment discrimination* [cfr. A.E. BONFIELD, *The Origin and Development of American Fair Employment Legislation*, 52 IOWA L. REV. 1043, 1088 n.208 (1967)]: secondo l'Autore, tale scelta, oltre ad essere quella di

#### 1.4 Clide W. Summers' theory (1976): indicazioni operative per l'esplosione di un «sentiero non tracciato».

La tesi di Summers si può riassumere con le stesse parole dell'Autore: «*la regola anacronistica*<sup>73</sup> secondo cui i lavoratori posso essere licenziati con qualsiasi motivazione o addirittura senza motivazione deve essere superata, e i meccanismi protettivi forniti dalle procedure

---

più facile attuazione, comporterebbe anche una più ampia tutela di merito rispetto ai tradizionali *disposals* delle *common law Courts*.

<sup>72</sup> Ancora secondo l'A., «*it seems anomalous that these tribunals provide relief to an employee who is discharged because of his race or religion yet do not grant similar relief to an employee who is discharged because he exercised his right of free speech or because he refused to commit some fraud or crime at his employer's behest*» [L.E. BLADES, *Employment...*, 1433 (1967)].

<sup>73</sup> L'A. cita due casi - a suo avviso - esemplari per evidenziare la situazione paradossale in cui si trova un *employee* il cui rapporto di lavoro non è regolato da un contratto collettivo. In *Geary vs. U. S. Steel Co.*, il rappresentante di un produttore di acciaio era stato licenziato per aver espresso ai suoi superiori alcuni dubbi in relazione all'affidabilità di un nuovo tubo appena immesso sul mercato, a suo parere non adeguatamente testato e dunque pericoloso. Peraltro, la compagnia - proprio in seguito a tale segnalazione - aveva effettivamente ritirato il prodotto, aderendo nei fatti alla posizione di Mr. Geary. La Corte Suprema della Pennsylvania tuttavia rigettava l'Appello del lavoratore, ritenendo che «*Appellant candidly admits that he is beckoning us into uncharted territory. No court in this Commonwealth has ever recognized a non-statutory cause of action for an employer's termination of an at-will employment relationship*» [*Geary v. United States Steel Corp.*, 456 Pa. 171, 174, 319 A.2d 174, 175 (1974)].

Ancora, in *Shaw v. S.S. Kresge Co.*, l'*employee handbook* prevedeva il deferimento del lavoratore ad un «*Advisory Committee*», dopo almeno tre avvertimenti, per le infrazioni addebitategli. Mr. Shaw invece era stato licenziato per le sue frequenti assenze, ma senza seguire la procedura prevista. Nonostante ciò, la Corte d'Appello dell'Indiana aveva ritenuto fondato il recesso, in quanto «*Where there was no promise on part of employer that employment should continue for definite period of time that is either definite or capable of determination and there was no binding promise on part of employee that he would continue in the employment, the employment relationship was terminable at the will of either the employer or the employee so that contract of employment would be unenforceable in respect to that which remained executory because of want of mutuality of obligation or consideration even if handbook issued to employee, which called for three warnings before discharge, constituted a part of the contract*» [*Shaw v. S.S. Kresge Co.*, 167 Ind. App. 1, 328 N.E.2d 775 (1975)].

Summers sottolinea allora una ingiustificata disparità di trattamento, rilevando che, nella stessa situazione e con le stesse allegazioni processuali, un lavoratore sindacalizzato sarebbe stato certamente tutelato in sede arbitrare: «*these contrasting bodies of law coexist, living broad protection to those uncovered by collective agreements and denying any protection to those not so covered, even within the same company*» [così C.W. SUMMERS, *Individual Protection ...*, 483 (1976)].

Per altra dottrina, invece, «*Whether the government's refusal to accord protection against arbitrary discharge to employees working under a contract with an indefinite term, as it done for significant numbers of employees, constitutes a denial of equal protection of the law will depend on the importance that the courts, acting as arbiters of social values, attach to the interest in employment and on the strictness with which the courts scrutinize asserted justifications for differential treatment*» [così C.J. PECK, *Unjust Discharges From Employment ...*, 35-36 (1979)].

*arbitrali previste dai contratti collettivi*<sup>74</sup> devono essere estesi [anche] ai lavoratori cui non si applicano gli accordi collettivi”<sup>75</sup>.

Nel criticare l'atteggiamento conservatore delle *Courts*, restie ad addentrarsi in un “sentiero non tracciato”<sup>76</sup>, l'Autore rileva che - ed a maggior ragione dopo il *Wagner Act* del 1935 - non ha più senso rifugiarsi nel concetto di mutualità, posto che si tratta di «un concetto spurio, non necessario come principio giuridico né accettabile come principio sociale, su cui difficilmente le Corti possono fondare le loro pronunce»<sup>77</sup>.

L'analisi comparativa di alcuni ordinamenti europei (Francia, Germania, Regno Unito, Svezia) permette quindi di affermare che - si badi bene, nel 1976 - in nessuno di essi vi è la possibilità di licenziare *at-will*: anzi, la legislazione di Stati esteri spesso fornisce una nozione ampia di «causa ingiusta», tale da rendere «il contenuto dei termini [...] compilabile in sede di giudizio del caso specifico», preferibilmente in una sede arbitrale «informale, poco costosa e tempestiva»<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Nel 1976, più dei due terzi degli *employees* statunitensi, in caso di licenziamento, non avrebbe avuto accesso alla tutela risarcitoria riconosciuta con l'arbitrato, perché prevista solo nell'ambito della contrattazione collettiva e solo per gli *union employees*.

Più precisamente, «*Labor cases under collective bargaining agreements tend to divide into two models of adjudication: rights-based arbitration parties are looking for an interpretation or application of the laws, agreements, and practices that exist within the “four-corners” of the collective bargaining agreement. A party may dispute the meaning or application of one or more of the provisions that are already in existence*» [così J. FOLBERG, D. GOLANN, T. STIPANOWICH, L. KLOPPENBERG, *Resolving Disputes. Theory, Practice, and Law*, 550 (2010)].

<sup>75</sup> Così C.W. SUMMERS, *Individual Protection ...*, 484 (1976). L'unica eccezione giurisprudenziale alle regola in esame era - al 1976, anno di stesura del saggio - il caso *Monge v. Beebe Rubber Co.*, in cui la lavoratrice era stata licenziata per avere rifiutato le *avances* sessuali del suo caposquadra. Più precisamente, l'*employer*, dopo aver riconosciuto che un suo dipendente usava «*his position to force his attentions on female employees*», aveva licenziato Mrs. Monge con il pretesto delle troppe assenze per malattia. In tale situazione, la Corte Suprema del New Hampshire aveva riconosciuto che «*The law governing the relations between employer and employee has similarly evolved over the years to reflect changing legal, social and economic conditions. ... Although many of these changes have resulted from the activity and influence of labor unions, the courts cannot ignore the new climate prevailing generally in the relationship of employer and employee*» [*Monge v. Beebe Rubber Co.*, 114 N.H. 130, 132-33, 316 A.2d 549, 551 (1974)].

<sup>76</sup> Definizione efficace con cui la stessa Corte Suprema della Pennsylvania nel caso *Geary v. United States Steel Co.* spiega le difficoltà di un intervento delle *common law Courts* idealmente sollecitato.

Le uniche erosioni all'*EaW Rule* al tempo esistenti riguardavano pochi casi, tutti riconducibili alla «*public policy tort theory*» (cfr. in proposito *par.* 1.5.1): tra gli altri, il licenziamento del lavoratore che si rifiuta di prestare falsa testimonianza [v. *Patterson v. Philco Corp.*, 252 Cal. App. 2d 63, 60, Cal. Rptr. 110 (Ct. App. 1967)], o di votare un certo candidato [v. *Bell v. Faulkner*, 75 S.W.2d 612 (Mo. Ct. App. 1934)], o di falsificare dei dati medici [*Hinrichs v. Tranquillaire Hosp.*, 352 So. 2d 1130 (Ala. 1977)]; che accetti di far parte di una giuria [v. *Mallard v. Boring*, 182 Cal. App. 2d 390, 6 Cal. Rptr. 171 (1960)].

<sup>77</sup> C.W. SUMMERS, *Individual Protection ...*, 490 (1976).

<sup>78</sup> I riferimenti sono entrambi di C.W. SUMMERS, *Individual Protection ...*, 518 (1976).

L'approccio comparatistico è comune alle teorizzazioni *ante* 1980: Peck, ad esempio, riporta - anche se *de plano* - i dati relativi alla legislazione di Regno Unito, Grecia, Svizzera, Francia, Germania, Svezia, Algeria, Egitto, Italia, Lussemburgo [cfr. C.J. PECK, *Unjust Discharges From Employment ...*, 12 (1979)], altra dottrina ha

I Collegi arbitrali, infatti, si erano da tempo addentrati in quel «sentiero non tracciato», definendo con chiarezza «cosa si intende per giusta causa da un punto di vista disciplinare, [sviluppando] procedure eque ed efficaci per determinare la colpevolezza o l'innocenza dei lavoratori accusati, ... e [...] fornendo rimedi efficaci nella reintegrazione e nelle retribuzioni arretrate»<sup>79</sup>: ecco perchè i Collegi stessi furono definiti «Corte Suprema della giurisprudenza industriale», in quanto «garanti del giusto processo per milioni di lavoratori»<sup>80</sup>. Più precisamente, i Collegi avevano sviluppato un «corpo legislativo» basato 5 caratteristiche salienti:

1. **Management's right to manage**: premesso il diritto del *Management* di decidere e di far applicare le decisioni stesse, ogni *employee* deve sempre prima rispettare gli ordini ricevuti (salvo questi mettano in immediato pericolo la sua salute o la sicurezza), potendo solo in un secondo momento attivare eventuali procedure in sua tutela;
2. **Right of employees to know what is prohibited**: ogni *employee* deve essere informato dei comportamenti che possono costituire giusta causa di licenziamento e deve poter desumere facilmente, da esempi concreti, le corrette modalità applicative di ciascuna regola<sup>81</sup>;

---

proposto l'esempio della Germania e del Giappone [Note, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge...*, 1836 (1980)], altra ancora quello del Regno Unito e del Canada [cfr. S. ESTREICHER, G. LESTER, *Employment Law...* (2008)].

Per altra dottrina, invece, «*The analogy to foreign law may still be forceful, however, if it shows that labor markets in other countries perform as well as or better than ours despite having some form of mandatory just cause protection*», tenendo conto che «*The presence of just cause requirements certainly is not the sole, or perhaps even the principal cause, of [... a] poor economic performance*» [così J.H. VERKERKE, *An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts...*, 895 (1995)].

<sup>79</sup> C.W. SUMMERS, *Individual Protection...*, 499 (1976).

Come rilevato proprio da un Collegio arbitrale, «*It is part of the 'common law' of industrial relations - one of the tacit assumptions underlying the collective agreements - that an employer shall not exercise arbitrarily his power to discipline workers*» [così *Pilot Freight Carriers Inc.*, 22 LAB. ARB. 761, 763 (*Maggs, Arbitrator*, 1963)].

<sup>80</sup> Così O. PHELPS, *Discipline and Discharge in the Unionized Firm* 9-10 (1959).

Parte della dottrina aveva però criticato le decisioni arbitrali in materia, adducendo una certa "vicinanza" agli interessi degli *employers*, definendole «*modern concepts on enlightened personnel administration*» [così A.M. ROSS, *The Arbitration of Discharge Cases: What Happenst After Reinstatement*, in National Academy of Arbitrators, *Critical Issues in Labor Arbitration* 1, 2 (*Proceedings on the Tenth Annual Meeting*, 1957)].

SUMMERS si preoccupa di ribattere che «*It would be specious to claim that arbitrators in developing this body of law have followed industry practice, particularly as it existed prior to unionization . . . It is probably more accurate to say that the principles represent an accommodation of the needs of management and the legitimate claims of employee developed case by case by arbitrators confronting the competing interests*» [così C.W. SUMMERS, *Individual Protection...*, 506 (1976)].

<sup>81</sup> L'esempio proposto dall'A. è quello del divieto di fumo all'interno dei locali dell'impresa. La presenza di un'apposita segnaletica, infatti, non può ritenersi sufficiente se comunque si permette al personale di fumare

3. **The right of employees to equal treatment:** ogni *employee* deve essere valutato in base agli stessi *standards* dei suoi colleghi, le regole devono essere uniformemente rispettate e le sanzioni equamente comminate. In altre parole, «*i lavoratori che hanno tenuto condotte similari devono essere assoggettati a trattamenti disciplinari similari*»<sup>82</sup>;
4. **Principles of procedural fairness:** al fine di raggiungere una prova piena («*la prova deve rappresentare più di una spoglia preponderanza*»<sup>83</sup>), nel giudizio arbitrale si ipotizza una nuova audizione del lavoratore<sup>84</sup>, nonché un confronto effettivo su tutti gli argomenti proposti dalle parti. L'onere della prova grava quindi sull'*employer*, tenuto a dimostrare la sussistenza della giusta causa (sempre a condizione che l'*employee* abbia già dimostrato l'arbitrarietà della condotta espulsiva);
5. **Principles of corrective discipline:** salvo per le violazioni più gravi, le sanzioni da predisporre devono rispettare il criterio della progressività, con il licenziamento che rappresenta l'*extrema ratio*, da applicare solo se gli altri provvedimenti sono - nei fatti - inappropriati<sup>85</sup>.

In sintesi, l'Autore auspica una disciplina legislativa basata sul modello arbitrale<sup>86</sup> che, mettendo fine ad una grave disparità di trattamento<sup>87</sup>, estenda la protezione anche ai «*lavoratori non coperti da contratti collettivi*»<sup>88</sup>.

---

in tali luoghi. In altre parole, non basta informare dell'esistenza della regola, ma occorre anche farla rispettare (letteralmente, il «buon esempio»).

<sup>82</sup> C.W. SUMMERS, *Individual Protection* ..., 503 (1976).

<sup>83</sup> *ID.*, 504 (1976).

<sup>84</sup> La nuova audizione è legata al fatto che, nel 1976, buona parte dei contratti collettivi prevedevano l'obbligo per l'*employer* di convocare il lavoratore già prima del provvedimento sanzionatorio, a pena di nullità dello stesso.

<sup>85</sup> Si tratta di un modello ampiamente ripreso da altra autorevole dottrina, secondo cui «*Corrective or progressive discipline requires that employees be informed of the existence of a rule, violation of which will lead to disciplinary measures and the possibility of discharge. The first violation may merit no more than a warning, whereas the second violation may result in suspension for a substantial period of time. Only after the employer has thus impressed upon the employee that serious consequences follow violation of the rule may impose the ultimate penalty of discharge. Exceptions are of course recognized for employee conduct that is outrageous and indefensible, such as violent assault on a supervisor or theft of valuable property*» [C.J. PECK, *Unjust Discharges From Employment* ..., 48 (1979)].

<sup>86</sup> Criticamente, una dottrina più recente ha rilevato che «*[the] labor arbitrators, unlike jurors, are chosen by the parties on the basis of their familiarity with industrial practices, and it might be unrealistic to assume that the employer implicitly agreed to that degree of intrusiveness on the part of a jury through an implied promise of continued employment. [...] For courts to apply the same standards may prove overly intrusive in some cases*» [così J.R. GRODIN, *The Story of Pugh v. See's Candies, Inc.* ..., 18 (2007)].

Per quanto concerne i principali profili attuativi, la procedura ipotizzata da Summers:

- a) ripartisce i costi tra finanziamento statale ed un giusto contributo<sup>89</sup> richiesto all'*employee*, da parametrare alle retribuzioni da questi percepite;
- b) è applicabile a tutti i lavoratori, di ogni categoria (dopo un «*probationary period*»<sup>90</sup> di sei mesi e con l'eccezione di quelli occupati presso «*small employers*»<sup>91</sup>);
- c) è supplementare per i lavoratori sindacalizzati, cioè è attivabile solo se non prevista una forma di tutela nel *collective agreement*<sup>92</sup> applicato;

---

<sup>87</sup> L'A. riconduce ancora una volta la mancanza di tutela per gli *union employees* alla mancanza di coraggio delle *common law Courts* («*a few bolder judges have pointed the way, but the great majority have lacked the courage or desire to follow*», pag. 521): come si vedrà con le eccezioni all'*EaW rule*, si tratta di una considerazione parzialmente sconfessata dalla successiva giurisprudenza delle stesse Corti proprio in tema di licenziamento ingiustificato.

Ad ogni modo, tale proposta dottrinale ha ben presto incontrato il consenso di molti studiosi della materia: tra gli altri, Peck ha asserito che «*A desirable result might be the enactment of the statute proposed by Professor Summers, making arbitration of discharge and discipline cases available to employees generally*» [così C.J. PECK, *Unjust Discharges From Employment ...*, 48 (1979); cfr. anche la posizione di H.H. PERRITT Jr., *sub par.* 1.7].

<sup>88</sup> In uno scritto successivo, l'Autore avrà modo di soffermarsi sul ruolo centrale del contratto collettivo, sottolineando come «*collective agreements have provided a measure of job security and protection against unjust dismissal, creating seniority rights and requiring minimal notice of lay-off*» (pag. 1089): laddove applicati, infatti, «*the terms of the individual contract were determined by the terms of the collective contract. The combined contractual structure created parallel individual and collective rights; both rights could coexist, and both the individual and the union could sue*» [così C. W. SUMMERS, *The Contract of Employment ...*, 1086 (1984)].

Dunque, si può affermare che il fulcro indiscusso del sistema rimane - comunque - il contratto individuale, tenuto conto che anche l'accordo collettivo conferisce «*legal rights*» al singolo lavoratore. A partire dalla pronuncia *Vaca v. Sipes* della U.S. Supreme Court, infatti, «*let us assume a collective bargaining agreement that limits discharges to those for good cause and that contains no grievance, arbitration or other provisions purporting to restrict access to the courts. If an employee is discharged without cause, either the union or the employee may sue the employer under L.M.R.A. s 301*» [*Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171, 183, 87 S. Ct. 903, 913, 17 L. Ed. 2d 842 (1967)].

<sup>89</sup> La quantificazione del contributo del lavoratore dovrebbe scoraggiare iniziative pretestuose, ma al tempo stesso non può costituire un ostacolo alla tutela di situazioni meritorie.

<sup>90</sup> «*Prescribing different probational periods for different kinds of jobs would be appropriate and desirable*», ma «*A more practical solution would be to establish a uniform probationary period of six months for all employment*» [così C.W. SUMMERS, *Individual Protection ...*, 524 (1976)].

Conformemente, altra dottrina ha affermato che «*the protection of the good faith standard [il modello lì proposto, ndr.] should attach only after some reasonable period of satisfactory job performance*» [Note, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge ...*, 1841 (1980)].

<sup>91</sup> Per «*small employers*» si intendono quelli che occupano meno di 10 dipendenti, anche se lo stesso progetto di legge prevedere un successivo abbassamento del limite, con l'obiettivo dichiarato di estendere poi l'applicabilità della disciplina a tutti i datori di lavoro, senza alcuna differenziazione dimensionale.

<sup>92</sup> Tuttavia, salvo il raro caso in cui non sia proprio prevista una procedura arbitrale, l'Autore sembra non chiarire quale organo e secondo quali parametri dovrebbe poi valutare se la disciplina contrattuale fornisca nei fatti una tutela equivalente - in termini di effettività - a quella prevista dalla Legge.

- d) prevede tre rimedi arbitrari (*reintegrazione, retribuzioni arretrate, danni*), correlati all'anzianità di servizio del lavoratore<sup>93</sup>.

In conclusione, le misure proposte costituirebbero una «*misura minima di stabilità*» tale da garantire «*un elemento essenziale di giustizia industriale*»: insomma, «*un rimedio abbastanza semplice è a portata di mano*»<sup>94</sup>.

### 1.5 L'erosione giurisprudenziale dell'EaW rule in tre categorie di eccezioni.

La giurisprudenza delle *common law Courts* ha nel tempo eroso l'ambito applicativo della regola generale dell'*Eaw*, tanto che illustri commentatori hanno - puntualmente - precisato che si trattava più che altro di un «*employment-sometimes-at-will*»<sup>95</sup>.

Infatti, le Corti hanno cercato di aggirare la rigidità della regola della libera recedibilità «*adottando un approccio flessibile nell'interpretazione delle clausole contrattuali, inclusi i doveri di buona fede, o imponendo obblighi di responsabilità civile*»<sup>96</sup>.

La Supreme Court of Texas ha così delineato tale erosione: «*la regola dell'employment at will, nella sua accezione purista, è un relitto dei primi sviluppi della società industriale, che evoca l'immagine del sudore nelle fabbriche descritte da Charles Dickens e dai suoi contemporanei. E' una teoria che starebbe bene in un museo, non tra le nostre leggi*»<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> L'anzianità di servizio del lavoratore andrebbe ad incidere non solo sulla quantificazione economica dell'eventuale risarcimento del danno o sulla decisione di reintegrare o meno il lavoratore, ma anche sulla stessa individuazione della giusta causa di licenziamento. Secondo Summers, infatti, «*what is 'just cause' for discharge of an employee of long seniority and usefulness differs greatly from what is 'just cause' for discharge of an employee of little seniority or poor work record*» (pag. 531), tanto che per i primi, anche se «*plainly guilty of the most serious offenses may be ordered reinstated to avoid deprivation of their accumulated property right*» (pag. 507).

<sup>94</sup> C.W. SUMMERS, *Individual Protection . . .*, 532 (1976).

<sup>95</sup> Efficace definizione di A.B. KRUEGER, *The Evolution of Unjust-Dismissal Legislation . . .*, 658 (1991).

<sup>96</sup> Note, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge . . .*, 1824 (1980).

<sup>97</sup> *Sabine Pilot Serv., Inc. v. Hauck*, 687 S.W.2d 733 (Tex. 1985).

La prima pronuncia ad aver messo esso in discussione l'*Eaw Rule* - peraltro, fornendo il primo esempio di *Public Policy Exception* - è invece di una Corte d'Appello della California, la quale ha affermato che «*Generally, where term of employment is not fixed, relationship is terminable at will of either party for any reason whatsoever; but right to discharge employee under such contract may be limited by statute or by considerations of public policy*» [*Petermann v. Int'l Broth. of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen & Helpers of Am., Local 396*, 174 Cal. App. 2d 184, 344 P.2d 25 (1959)].

Più precisamente, la casistica delle deroghe al principio è riconducibile - principalmente<sup>98</sup> - a tre eccezioni: «*Public Policy Tort Theory*», «*Implied in Fact Contract Theory*» ed «*Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing*».

Parte della dottrina ha quindi rilevato che «*anche se riconducendo la tutela [di volta in volta] ai torts o al contratto individuale, le Corti hanno rinforzato la ragionevole aspettativa delle parti che esse hanno quando inizia un contratto di lavoro*»<sup>99</sup>.

Occorre però sottolineare come tali deroghe<sup>100</sup> all'*EaW rule* non trovano un'applicazione omogenea all'interno dei singoli Stati: infatti, se è vero che «*quasi ogni Stato riconosce almeno una di queste tre eccezioni*»<sup>101</sup>, è noto allo stesso tempo che un'ipotesi di licenziamento può - ancora oggi - ricevere una tutela differente a seconda della competenza statale cui è sottoposta<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Ad onor di cronaca, in aggiunta alle tre eccezioni correntemente utilizzate dalla dottrina maggioritaria, vi sarebbe una potenziale quarta categoria, nel cui ambito si ascriverebbero i (pochi) casi in cui il datore di lavoro abbia intenzionalmente e fraudolentemente inflitto un «*emotional distress*» al lavoratore licenziato [cfr. in proposito la tesi di I. SHEPARD, P. HEYLMAN, R. DUSTON, *Without Just Cause: An Employer's Practical Guide on Wrongful Discharge*, Washington D.C. Bureau of National Affairs (1989)]. Tuttavia, più che una categoria compiuta, ci sembra di poter sostenere che si tratti più che altro delle possibili conseguenze di ogni licenziamento (illegittimo), riconducibili però, quanto alle ragioni del recesso, ad almeno una delle tre categorie giurisprudenziali pacificamente riconosciute.

<sup>99</sup> J.L. HARRISON, *The "New" Terminable-at-Will Employment Contract ...*, 330 (1984).

<sup>100</sup> Un'autorevole dottrina non ha mancato di sottolineare come «*As a result, judicial decisions have produced an unsystematic, piecemeal erosion of the at will default. [...] The central feature of existing law is dramatic jurisdictional variation in the strength of the at will presumption. States vary substantially in the extent to which they recognize the various theories under which employees may attempt to challenge a discharge. As a result, cases that would reach the jury in one jurisdiction are dismissed on summary judgement in other*» [così J.H. VERKERKE, *An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts...*, 840 e 844 (1995)].

<sup>101</sup> M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 815 (2010).

<sup>102</sup> Ad esempio, dai dati in possesso si evince che in Florida non ha ancora trovato applicazione la «*good faith and fair dealing exception*». Non stupisce, allora, come sin dal 1978 [con il caso di una lavoratrice licenziata per aver rifiutato un risarcimento per il grave danno fisico subito dalla figlia nel luogo di lavoro della madre], la *District Court of Appeal* della Florida abbia stabilito che «*The established law is that where the term of employment is discretionary with either party or indefinite, then either party for any reason may terminate it at any time and no action may be maintained for breach of the employment contract. [...] The employment agreement in the case at bar having been for an indefinite time, Publix could terminate DeMarco for any reason without incurring liability. Thus, Publix was not liable for firing him for the reason that he was exercising his constitutionally protected rights*» [*DeMarco v. Publix Super Markets, Inc.*, 360 So. 2d 134, 136 (Fla. Dist. Ct. App. 1978)].

La dottrina ha infatti sottolineato come «*Negli Stati progressisti, i giudici riconoscono una vasta gamma di eccezioni alla regola dell'employment-at-will ... Gli Stati conservatori mostrano tendenze opposte, limitando rigidamente le erosioni ... e non considerando giuridicamente vincolante qualunque dichiarazione del datore di lavoro*» [così J.H. VERKERKE, *Un approccio di Law and Economics alla questione della libertà di licenziamento negli Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, 299 (traduzione italiana di M.I. Benvenuti)].

### 1.5.1. Public Policy Tort Theory Exception.

La «*public policy exception*» è concettualmente riconducibile alla «*tort liability*»<sup>103</sup>, in quanto il licenziamento contrario - per l'appunto - alla *public policy* genererebbe una responsabilità per fatto illecito in capo al datore di lavoro<sup>104</sup>.

Sotto tale eccezione - la più diffusa geograficamente<sup>105</sup> - si ricomprendono allora tutte le ipotesi in cui il comportamento datoriale oppure l'attività richiesta all'*employee* violino (anche solo potenzialmente) i precetti costituzionali<sup>106</sup>, la legge federale o statale<sup>107</sup>, in ambito penale<sup>108</sup> come civile<sup>109</sup>.

---

<sup>103</sup> Autorevole dottrina ha rilevato, tuttavia, come si tratti di una eccezione «*less explicitly contractual. Indeed, it is sometimes said to sound in tort, although contractual analysis would ofet lead to the same result*» [C.W. SUMMERS, *The Contract of Employment...*, 1102].

In proposito, una dottrina italiana ha correttamente evidenziato la disparità di trattamento tra *employee* sindacalizzato e non. Infatti, posto che «*il ricondurre la violazione del contratto di lavoro alla responsabilità per fatto illecito piuttosto che alla semplice responsabilità contrattuale è estremamente efficace*» (così N. BENEDETTO, *Employment at will e tutela contro i licenziamenti privi di giusta causa...*, 226) per il più cospicuo ammontare del risarcimento del danno, tale prerogativa è riconosciuta dall'ordinamento statunitense al solo lavoratore sindacalizzato. Diversamente, ad un *union employee* licenziato per aver rifiutato di porre in essere un comportamento criminoso è riconosciuta la sola tutela contrattuale, «*senza alcuna possibilità di far valere la responsabilità civile dell'imprenditore e quindi di ottenere un risarcimento del danno molto superiore, cosa invece possibile per un lavoratore at will licenziato per lo stesso motivo*» (ID., 227).

<sup>104</sup> Sul punto, v. T. TREU, *Intervista al Prof. Aaron sul diritto del lavoro negli Stati Uniti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1983, 883 e ss.

<sup>105</sup> Cfr. K.T. LOPATKA, *The Emerging Law of Wrongful Discharge - A Quadriennial Assesment of the Labor Law Issue of the 80's*, 40 BUS. LAW. 1, 14 (1984).

Sul progressivo ampliamento della nozione di *public policy* nella giurisprudenza delle *common law Courts*, cfr. invece T.J. ST. ANTOINE, *A Seed Germinates: Unjust Discharge Reform Heads Toward Full Flower*, 67 NEB. L. REV. 5681 (1988).

<sup>106</sup> Tra gli altri, cfr. *Prysak v. R.L. Polk Co.*, 193 Mich. App. 1, 483 N.W.2d 629 (1992) in materia di 1° Emendamento e diritto di opinione, nonché *Barr v. Kelso-Burnett Co.*, 106 Ill. 2d 520, 478 N.E.2d 1354 (1985) sul 14° Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti.

<sup>107</sup> Tra le leggi statali, alcuni precedenti giurisprudenziali hanno ricompreso anche fonti gerarchicamente inferiori, e finanche un'ordinanza municipale: cfr. *Novosel v. Nationwide Ins. Co.*, 721 F.2d 894 (3d Cir. 1983).

<sup>108</sup> Una nota pronuncia della Corte Suprema dell'Illinois ha ricordato in proposito che «*There is no public policy more basic, nothing more implicit in the concept of ordered liberty [...], than the enforcement of a State's criminal code*» [*Palmateer v. Int'l Harvester Co.*, 85 Ill. 2d 124, 132, 421 N.E.2d 876, 879 (1981)]. Diversamente da *Geary v. United States Steel Corp.*, per il riconoscimento della *public policy exception* sarà quindi sufficiente la violazione del Codice Penale, anche in assenza di un interesse personale del lavoratore alla denuncia dell'attività illecita.

<sup>109</sup> Secondo BERGER, «*the need to protect state public policies has led to the development of the tort of wrongful discharge as a way of preventing employers from using their economic power over employees to coerce illegal activities*» [M. BERGER, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker...*, 27 (1997)].

In tema di applicabilità della legislazione statunitense - nello specifico, quella dello Stato di New York - all'interno dell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico (ex art. 14 L. n. 218/1995), cfr. N. VASCHELLO, *Employment at will nello Stato di New York e contrarietà all'ordine pubblico*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 139 e ss..

Come chiarito dalla Connecticut Supreme Court, infatti, «vi è una miriade di lavoratori senza la rappresentatività contrattuale necessaria per incidere su [le condizioni dei] contratti di lavoro a tempo determinato hanno diritto ad un minimo di tutela giurisdizionale quando il loro comportamento come buoni cittadini è invece sanzionato dai datori di lavoro»<sup>110</sup>.

Beninteso, non ogni violazione di *public policy* comporta *ex se* una possibile illegittimità del licenziamento, ma la giurisprudenza ha chiarito che la stessa violazione deve essere «decisiva», «sostanziale» e «ben consolidata» al momento del recesso<sup>111</sup>.

Parte della dottrina<sup>112</sup> ha poi diviso la casistica in quattro categorie<sup>113</sup>:

1. **licenziamento dovuto al rifiuto dell'employee di compiere un atto contrario alla legge.**

In *Petermann v. International Brotherhood of Teamsters* (il cd. «*pioneer case*»), il lavoratore era stato licenziato per il rifiuto<sup>114</sup> di testimoniare il falso a

---

<sup>110</sup> Così *Sheets v. Teddy's Frosted Foods, Inc.*, 179 Conn. at 471, 427 A.2d 388 (1980).

Tra le altre, l'esclusione degli *union employees* dall'applicazione dell'*EaW Rule* è stata affermata dalla Corte Distrettuale del Missouri, che ha chiarito che «*Plaintiff contends now, as he did in opposition to the original motion to dismiss, that the public policy doctrine enunciated in Boyle v. Vista Eyewear, Inc., 700 S.W.2d 859 (Mo.App.1985), is not limited to at-will employment relationships. This contention is simply not supported by relevant cases. All Missouri cases specifically refer to the public policy argument as an exception to the at-will employment doctrine, e.g. Boyle, 700 S.W.2d at 871; Beasley v. Affiliated Hospital Products, 713 S.W.2d 557, 561 (Mo.App.1986), and plaintiff has failed to direct the court's attention to any case from any jurisdiction which holds that the public policy exception affords a tort remedy to definite term employees*» [Komm v. McFliker, 662 F. Supp. 924, 924-25 (W.D. Mo. 1987)].

<sup>111</sup> Indicazioni fornite da *Foley v. Interactive Data Corp.*, 47 Cal. 3d 654, 685, 765 P.2d 373, 390 (1988).

Tuttavia, parte della dottrina ha rilevato come «*a view that public policy precludes discharges not just in violation of criminal statutes, but also for less expressly stated public policy reasons, is more likely to result in the impression that management prerogatives are being undermined and that labor is therefore a less desirable input*» [J.L. HARRISON, *The "New" Terminable-at-Will ...*, 350 (1984)].

<sup>112</sup> Cfr. S.J. SCHWAB, *The Story of Johnston v. Del Mar: Wrongful Discharge in Violation of Public Policy*, in S. ESTREICHER, G. LESTER (a cura di), *Employment Law Stories*, 67-83 (2007).

<sup>113</sup> Altra dottrina [ci si riferisce a B.D. BERNIS, *Employers Beware: The Implied Contract Exception ...*, 337-338 (1987)] ha invece proposto una tripartizione della casistica relativa alla *public policy exception*, ovvero:

- a. licenziamento per il rifiuto di violare la legge (*Petermann v. International Brotherhood of Teamsters*, cfr. nota successiva);
- b. licenziamento in rappresaglia nei confronti dell'*employee* che ha adempiuto ad una "*public obligation*" [tra le altre, cfr. *Wiskotoni v. Michigan Nat. Bank-W.*, 716 F.2d 378 (6th Cir. 1983)];
- c. licenziamento legato all'esercizio di un diritto da parte del lavoratore [cfr. *Perks v. Firestone Tire & Rubber Co.*, 611 F.2d 1363 (3d Cir. 1979)].

<sup>114</sup> Non sembra rientrare nella categoria, dunque, il caso dell'*employee* licenziato dopo aver preso parte all'attività illecita su richiesta del datore di lavoro: cfr. sul punto una pronuncia della *Supreme Court of Oklahoma*, in cui il lavoratore «*was discharged for being a party to falsifying environmental regulatory reports required by state statute. Public policy commitment to environmental safety and protection is not advanced by an employee who participates in violating a state statute and keeps silent concerning the violation, even when his motivation is fear of being discharged*» [*Wheless v. Willard Grain & Feed, Inc.*, 1998 OK 84, 964 P.2d 204, 206].

vantaggio del suo datore di lavoro. Pronunciandosi proprio su tale controversia, la Corte d'Appello californiana introduceva un principio generale, affermando che «*il diritto di licenziare un lavoratore può essere limitato dagli Statutes [...] o da considerazioni legate alla public policy*»<sup>115</sup>.

Nella stessa casistica si inquadra poi il precedente *Johnston v. Del Mar*, in cui il responsabile aveva chiesto a Mrs. Johnston di incartare, etichettare con la dicitura «*abbigliamento da pesca*» (la società si occupava proprio di distribuzione di materiali per la pesca sportiva) e quindi spedire - peraltro a nome della stessa lavoratrice - una pistola semi-automatica. La lavoratrice aveva quindi contattato l'*U.S. Department of Treasury's Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms* per sincerarsi che tale etichettatura fosse appropriata anche per un'arma: in risposta a tale comportamento, il datore di lavoro l'aveva prontamente

---

<sup>115</sup> *Petermann v. Int'l Broth. of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen & Helpers of Am., Local 396*, 174 Cal. App. 2d 184, 188-89, 344 P.2d 25, 27 (1959).

Nella stessa pronuncia, quindi, i giudici d'Appello hanno fornito in primo luogo la nozione generale di *public policy*: «*The term 'public policy' is inherently not subject to precise definition. In Maryland Casualty Co. v. Fidelity & Casualty Co., 71 Cal.App. 492, at page 497, 236 P. 210 [at page] 212, the court stated: 'The question, what is public policy in a given case, is as broad as the question of what is fraud.' Also in Noble v. City of Palo Alto, 89 Cal.App. 47, at pages 50-51, 264 P. 529, at page 530, the court said: 'public policy' is a vague expression, and few cases can arise in which its application may not be disputed. Mr. Story, in his work on Contracts (section 546), says: 'It has never been defined by the courts, but has been left loose and free of definition in the same manner as fraud.' By 'public policy' is intended that principle of law which holds that no citizen can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public or against the public good"* *Safeway Stores v. Retail Clerks International Ass'n*, 41 Cal.2d 567, 575, 261 P.2d 721, 726.

*In 72 C.J.S. policy, at page 212, it is stated that public policy 'is the principles under which freedom of contract or private dealing is restricted by law for the good of the community. Another statement, sometimes referred to as a definition, is that whatever contravenes good morals or any established interests of society is against public policy'.*

A seguire, dunque, lo stesso Collegio ha poi qualificato la falsa testimonianza come atto contrario alla legge: «*The commission of perjury is unlawful (Pen.Code, § 118). It is also a crime to solicit the commission of perjury. Pen.Code, § 653f. The presence of false testimony in any proceeding tends to interfere with the proper administration of public affairs and the administration of justice. It would be obnoxious to the interests of the state and contrary to public policy and sound morality to allow an employer to discharge any employee, whether the employment be for a designated or unspecified duration, on the ground that the employee declined to commit perjury, an act specifically enjoined by statute. The threat of criminal prosecution would, in many cases, be a sufficient deterrent upon both the employer and employee, the former from soliciting and the latter from committing perjury. However, in order to more fully effectuate the state's declared policy against perjury, the civil law, too, must deny the employer his generally unlimited right to discharge an employee whose employment is for an unspecified duration, when the reason for the dismissal is the employee's refusal to commit perjury. To hold otherwise would be without reason and contrary to the spirit of the law. The public policy of this state as reflected in the penal code sections referred to above would be seriously impaired if it were to be held that one could be discharged by reason of his refusal to commit perjury. To hold that one's continued employment could be made contingent upon his commission of a felonious act at the instance of his employer would be to encourage criminal conduct upon the part of both the employee and employer and would serve to contaminate the honest administration of public affairs. This is patently contrary to the public welfare. The law must encourage and not discourage truthful testimony. The public policy of this state requires that every impediment, however remote to the above objective, must be struck down when encountered*» (ID.).

licenziata. La Corte d'Appello del Texas, ampliando il campo di azione della categoria di *public policy exception*, rilevava che «da quando la legge [i.e. la giurisprudenza] riconosce che è contrario alla public policy consentire che il datore di lavoro costringa il suo lavoratore a commettere un atto criminoso per perseguire i suoi propri interessi, allora è divenuto necessario garantire che la stessa public policy proibisca il licenziamento di un lavoratore che in buona fede provi a capire se quell'atto [richiestogli] è legale o meno»<sup>116</sup>, affermando l'illegittimità del licenziamento;

2. **licenziamento per avere esercitato un diritto o per aver adempiuto un dovere da cittadino («public obligation»).**

Tra i precedenti di maggior interesse:

- i. in *Nees v. Hocks*, una segretaria di uno studio legale era stata licenziata per non aver respinto la convocazione a far parte di una giuria popolare<sup>117</sup>;

---

<sup>116</sup> *Johnston v. Del Mar Distrib. Co., Inc.*, 776 S.W.2d 768, 771 (Tex. App. 1989).

Nella stessa pronuncia i giudici d'Appello chiarirono poi che «*It is important to note that we are not creating a new exception to the employment-at-will doctrine. Cf. Jennings v. Minco Technology Labs, Inc.*, 765 S.W.2d 497, 500-501 (Tex.App. Austin 1989, no writ). Rather, we are merely enforcing the narrow public policy exception which was created in *Sabine Pilot*» (ID).

In *Sabine Pilot Service, Inc. v. Hauck*, il lavoratore aveva avuto conferma dall'organismo competente - nel caso di specie, la *U.S. Coast Guard* - che lo scarico in mare delle pompe di sentina era vietato dalla legge del Texas. Rifiutatosi di eseguire l'ordine ricevuto dal suo superiore, lo stesso era stato perciò licenziato [cfr. *Sabine Pilot Serv., Inc. v. Hauck*, 687 S.W.2d 733 (Tex. 1985)].

Nancy Johnston aveva richiamato il precedente appena citato sin dal (suo) giudizio di primo grado, ma la Corte territoriale del Texas aveva respinto la sua pretesa, in quanto «*Johnston could not show that shipping a weapon as fishing gear was indeed illegal. It was one thing for an employee to be fired for refusing to do an illegal act. Being fired for an act that might or might not be illegal was altogether different*» [ricostruzione di S.J. SCHWAB, *The Story of Johnston v. Del Mar...*, 72-3 (2007)].

In Appello, invece, la lavoratrice aveva rilevato con successo che «*if an employee could be fired for simply inquiring if she were committing an illegal act, it would create an 'obvious chilling effect' on the Sabine Pilot cause of action that protects employees fired for refusing to perform an illegal act*» [ancora S.J. SCHWAB, *The Story of Johnston v. Del Mar...*, 73 (2007)].

La Del Mar Distrib. Co., Inc. presentò ricorso alla Corte Suprema del Texas, rilevando che in passato l'organo di pari rango del Tennessee aveva negato la limitazione all'*Eaw Rule* al fine di evitare ripercussioni sulla crescita economica ed occupazionale nello Stato. Più precisamente, secondo la pronuncia citata dall'*employer*, «*Tennessee has made enormous strides in recent years in its attraction on new industry of high quality designed to increase the average per capita income of its citizens, better the quality of their lives. The impact on the continuation of such influx of new business should be carefully considered before any substantial modification is made in the employee-at-will rule*» [*Whittaker v. Care-More, Inc.*, 621 S.W. 2d 395, 396-397 (Tenn. Ct. App. 1981)]. Ad ogni modo, la Corte Suprema del Texas non ritenne fondata la questione sottoposta e rimandò il caso alla Corte d'Appello competente.

<sup>117</sup> Più precisamente, appresa la notizia della convocazione, l'*employer*, temendo che tale impegno potesse sottrarre troppo tempo all'attività lavorativa, aveva scritto una lettera al cancelliere del Tribunale, affinché esentasse la sua segretaria da tale onere. La stessa *Vicky Nees*, peraltro, aveva consegnato di persona tale missiva all'ufficiale, manifestando però - al contempo - la sua intenzione di «*serve la giustizia*».

ii. in *D'Angelo v. Gardner*, il lavoratore licenziato si era rifiutato di lavorare a contatto con il cianuro perchè aveva una ferita non del tutto rimarginata<sup>118</sup>;

3. **licenziamento per aver avanzato in giudizio la richiesta di un'indennità o di un risarcimento attinente al rapporto di lavoro.**

Su tutti, in *Frampton v. Central Indiana Gas Co.* la lavoratrice era stata licenziata dopo che, offesa pesantemente sul luogo di lavoro, aveva avanzato richiesta di risarcimento dei danni morali patiti. La Corte Suprema dell'Indiana aveva dato ragione alla lavoratrice, affermando con chiarezza che «*un licenziamento di tipo ritorsivo legato alla presentazione da parte degli operai di una richiesta di risarcimento è un illecito, un atto inconcepibile che può essere impugnato in tribunale*»<sup>119</sup>;

---

La Corte Suprema dell'Oregon, quindi, ha ritenuto che «*There is evidence from which the jury could have found that the defendants discharged the plaintiff because, after being subpoenaed, and contrary to the defendants' wishes, plaintiff told the clerk she would like to serve and she did serve on jury duty. Therefore, the immediate question can be stated specifically, is the community's interest in having its citizens serve on jury duty so important that an employer, who interferes with that interest by discharging an employee who served on a jury, should be required to compensate his employee for any damages she suffered? [...] These actions by the people, the legislature and the courts clearly indicate that the jury system and jury duty are regarded as high on the scale of American institutions and citizen obligations. If an employer were permitted with impunity to discharge an employee for fulfilling her obligation of jury duty, the jury system would be adversely affected. The will of the community would be thwarted. For these reasons we hold that the defendants are liable for discharging plaintiff because she served on the jury*» [*Nees v. Hocks*, 272 Or. 210, 218, 536 P.2d 512, 516 (1975)].

Proprio in relazione a tale pronuncia - ed ad ulteriore conferma dell'influenza delle teorie di BLADES (1967) e SUMMERS (1976) - la dottrina statunitense ha ricordato che i giudici «*had difficulty knowing what label to put on the tort. The employee's lawyer suggested calling it a prima facie tort. This obscure tort had a long pedigree, particularly in New York, and Professor Blades had argued that his 'abusive discharge' tort could be likened to prima facie tort. The essence of prima facie tort is that an injurer should compensate the victims of intentional, culpable, non-justifiable wrongs*» [così S.J. SCHWAB, *The Story of Johnston v. Del Mar...*, 70 (2007)].

<sup>118</sup> Più precisamente, «*If an action for tortious discharge is to lie in the case now before us, it must first be established that Western States has, in its discharge of Jones, violated the public policy of this state. We conclude that it is violative of public policy for an employer to dismiss an employee for refusing to work under conditions unreasonably dangerous to the employee*» [così *D'Angelo v. Gardner*, 107 Nev. 704, 718, 819 P.2d 206, 216 (1991)].

Similmente, Mr. K. Wilcox - sofferente di gravi problemi cardiaci, reduce da circa 61 ore di lavoro nei quattro giorni precedenti - era stato licenziato per non essersi presentato al lavoro il giorno successivo. In tale ipotesi, la Corte d'Appello aveva stabilito che «*no person may be employed or be permitted to work in any place of employment or at any employment for such period of time during any day, night or week, as is dangerous or prejudicial to the person's life, health, safety or welfare reflects legislative concern with health and welfare employees on an individual rather than collective basis*» [*Wilcox v. Niagara of Wisconsin Paper Corp.*, 965 F.2d 355 (7th Cir. 1992)].

<sup>119</sup> *Frampton v. Cent. Indiana Gas Co.*, 260 Ind. 249, 297 N.E.2d 425 (1973).

Tale sottocategoria della *public policy exception* ha quindi avuto la sua consacrazione in *Novosel v. Nationwide Ins. Co.*, caso in cui l'*employee* licenziato si era rifiutato di partecipare ad un'attività lobbistica promossa per l'emanazione di una nuova disciplina legislativa in materia di assicurazioni, favorevole alla compagnia di appartenenza ma al contempo particolarmente dannosa per i cittadini [*cf.* *Novosel v. Nationwide Ins. Co.*, 721 F.2d 894 (3d Cir. 1983)].

4. licenziamento per aver riportato ai superiori gerarchici o all'autorità competente attività illegali compiute dall'impresa (cd. "whistle-blowing").

A differenza della sottocategoria *sub 1)* della *public policy exception*, l'*employee* non è qui chiamato a compiere direttamente atti contrari alla legge, ma riporta<sup>120</sup> quelli - di rilievo esterno<sup>121</sup> - effettuati da suoi colleghi o comunque dall'impresa per cui lavora<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Secondo la disciplina legislativa vigente nello Stato dell'Ohio, il lavoratore deve in primo luogo avvisare oralmente il datore di lavoro delle presunte violazioni riscontrate, quindi sottoporgli un *report* dettagliato in forma scritta. La tutela giudiziale è allora attivabile solo se, trascorse 24 ore dalla consegna del documento, l'*employer* non vi abbia in alcun modo posto rimedio. Tra gli esempi applicativi più discutibili di tale (perfettibile) procedura, quello di una lavoratrice che non aveva ottenuto la tutela statutaria poiché, dopo aver avvisato oralmente il suo datore di lavoro, era stata licenziata immediatamente, senza che avesse modo di consegnargli la documentazione già predisposta [cfr. Bear v. Geetronics, Inc., 83 Ohio App. 3d 163, 614 N.E.2d 803 (1992)]; una pronuncia successiva ha però stabilito che «*The Ohio Supreme Court held that R.C. 4113.52 does not preempt a whistleblower from bringing a common-law tort action alleging wrongful discharge or discipline in violation of public policy pursuant to Greeley*» Lawson v. AK Steel Corp., 121 Ohio App. 3d 251, 255, 699 N.E.2d 951, 953 (1997)].

Nonostante i dubbi che - a ragione - possono sorgere sulla opportunità di far presente una violazione al soggetto che - con buona probabilità - è parte attiva o almeno a conoscenza della stessa, altri dodici Stati hanno adottato meccanismi di tutela dell'*employee* simili a quelli dell'Ohio (ci si riferisce a California, Colorado, Florida, Maine, Massachusetts, Michigan, Montana, New Hampshire, New Jersey, Nevada, New York e Wisconsin), mentre Kansas, Kentucky, Missouri ed Oregon non prevedono una tutela per il *whistleblower*. Ancora, quattro Stati (Indiana, Louisiana, North Carolina e Ohio) negano la tutela statutaria all'*employee* che abbia partecipato - anche in una fase embionale - alla violazione di leggi federali o statali.

<sup>121</sup> Sulla distinzione tra **fatti di mero rilievo interno** e fatti che invece possono costituire condizione per un caso di *whistleblowing*, la *Superior Court of New Jersey* ha rilevato che «*However, no New Jersey case has recognized a claim for wrongful discharge based solely upon an employee's internal complaints about a corporate decision, where the employee has failed to bring the alleged violation of public policy to any governmental or other outside authority or to take other effective action in opposition to the policy*», precisando che «*a mere difference of professional opinion between an employee and those with decision making power in a corporation is not a sufficient basis to establish a wrongful discharge*» [così House v. Carter-Wallace, Inc., 232 N.J. Super. 42, 48-49, 556 A.2d 353, 356 (App. Div. 1989)]. Sempre sul tema, un'altra pronuncia ha poi affermato che «*internal matters [...] could not be the basis of a public policy exception to the at-will rule*» [Wright v. Shriners Hosp. for Crippled Children, 412 Mass. 469, 474, 589 N.E.2d 1241, 1245 (1992), citando Mello v. Stop & Shop Companies, Inc., 402 Mass. 555, 524 N.E.2d 105 (1988)].

<sup>122</sup> Si ripropone anche in tale ipotesi il problema della diversa tutela riconosciuta al *whistleblower* all'interno dei singoli Stati, specie nel caso in cui la denuncia si riveli poi infondata. Premesso che - tra gli altri - in Michigan ed in California vi sono *statutes* che tutelano il lavoratore anche in tale ipotesi, la giurisprudenza statale non è uniforme. Infatti, se buona parte delle *common law Courts* hanno richiesto al lavoratore un ragionevole convincimento, secondo buona fede, che una certa azione (richiesta, oppure effettuata da colleghi) sia illegale [cfr. Green v. Ralee Eng'g Co., 19 Cal. 4th 66, 960 P.2d 1046 (1998); Schriner v. Meginnis Ford Co., 228 Neb. 85, 421 N.W.2d 755 (1988)], altre invece hanno preteso che la segnalazione si riveli poi fondata [cfr. Bordell v. Gen. Elec. Co., 88 N.Y.2d 869, 667 N.E.2d 922 (1996); DeSoto v. Yellow Freight Sys., Inc., 957 F.2d 655 (9th Cir. 1992); Callantine v. Staff Builders, Inc., 271 F.3d 1124 (8th Cir. 2001)].

Una nota pronuncia della Corte Suprema della Pennsylvania, oltre a ritenere imprescindibile la lesione di un interesse pubblico nell'attività denunciata del *whistleblower*, ha valutato come necessaria anche la sussistenza di un particolare interesse del lavoratore nella denuncia. In tale occasione, infatti, l'organo giudicante ha rilevato

Ci si è chiesti poi se a tale quadripartizione fosse possibile aggiungere una quinta categoria, residuale, che ricomprendesse i casi di **licenziamento per il rifiuto dell'employee di compiere atti non contrattualmente dovuti, o - comunque - contrari alla morale comune**<sup>123</sup>.

Posto che la *public policy* può essere violata da «*qualsiasi cosa che contravvenga l'etica, la morale od ogni altro interesse comune alla collettività*»<sup>124</sup>, il precedente di riferimento è *Monge v. Beebe Rubber Co.* (caso in cui una lavoratrice era stata - illegittimamente, secondo la *New Hampshire Supreme Court*<sup>125</sup> - licenziata per aver rifiutato un incontro galante con il suo caporeparto<sup>126</sup>). Tuttavia, e con il supporto di autorevole dottrina<sup>127</sup>, più che in una ulteriore sottocategoria

---

che «*It may be granted that there are areas of an employee's life in which his employer has no legitimate interest. An intrusion into one of these areas by virtue of the employer's power of discharge might plausibly give rise to a cause of action, particularly where some recognized facet of public policy is threatened. The notion that substantive due process elevates an employer's privilege of hiring and discharging his employees to an absolute constitutional right has long since been discredited. But this case does not require us to define in comprehensive fashion the perimeters of this privilege, and we decline to do so. We hold only that where the complaint itself discloses a plausible and legitimate reason for terminating an at-will employment relationship and no clear mandate of public policy is violated thereby, an employee at will has no right of action against his employer for wrongful discharge*» [*Geary v. U. S. Steel Corp.*, 456 Pa. 171, 184-85, 319 A.2d 174, 180 (1974)].

<sup>123</sup> Si tratta di comportamenti che, a ben vedere, non violano una precisa disposizione costituzionale, di legge o regolamento, ma costituiscono un'ipotesi di utilizzo improprio dei poteri datoriali per finalità private, perlopiù contrari alla morale comune. Si pensi alle *avances* sessuali del caporeparto: difficilmente vi si possono ravvisare gli estremi di un reato in tale condotta descritta, ma la violazione della *public policy* potrebbe essere - teoricamente - ravvisabile nel carattere ritorsivo del licenziamento, intimato proprio per il rifiuto delle stesse *avances*.

<sup>124</sup> Come riportato da *Petermann v. Int'l Broth. of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen & Helpers of Am., Local 396*, 174 Cal. App. 2d 184, 188, 344 P.2d 25, 27 (1959).

<sup>125</sup> L'interpretazione giurisprudenziale fornita dai giudici del caso *Monge v. Beebe Rubber Co.* fu invece rigettata nella pronuncia *Wagenseller v. Scottsdale Mem'l Hosp.*, in cui la Court of Appeals of Arizona affermò che «*Division 2 of this court [Supreme Court of Arizona], in Daniel v. Magma Copper Co., 127 Ariz. 320, 620 P.2d 699 (App.1980) specifically rejected the rule of Monge and carefully articulated good and sufficient reasons for doing so. We agree with Division 2*» [*Wagenseller v. Scottsdale Mem'l Hosp.*, 148 Ariz. 242, 246, 714 P.2d 412, 416 (Ct. App. 1984) vacated, 147 Ariz. 370, 710 P.2d 1025 (1985)].

Sul punto, *cf.* anche *Roberts v. Atl. Richfield Co.*, 88 Wash. 2d 887, 568 P.2d 764 (1977).

<sup>126</sup> Come riportato nella pronuncia, «*her foreman told her that if she wanted the job she would have to be 'nice'. She got the job at \$2.79 per hour and claims that her foreman then asked her to go out with him, which she refused to do because she was married and had three children. After working on the press machine for about three weeks, the machine was shut down and she was put on a degreaser machine at \$1.99 per hour. Her overtime was taken away, although no one else's was. She testified that when she told her foreman she needed overtime money he told her she could sweep floors. She agreed to do this and claims the foreman also made her clean the washrooms and ridiculed her*» [*Monge v. Beebe Rubber Co.*, 114 N.H. 130, 131, 316 A.2d 549, 550 (1974)].

<sup>127</sup> La dottrina maggioritaria ha infatti incluso tale casistica casi nella *implied covenant of good faith and fair dealing exception*, rilevando che «*There are few cases not involving the deprivation of benefits earned through employment in which courts have applied the covenant to bar extreme overreaching by employers where no other cause of action exist. A few of these are early cases that today would be handled through other doctrines. For instance, Monge v. Beebe Rubber Co.*» [M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 818 (2010)].

della *public policy exception* appare più corretto ricomprendere la casistica citata nella *implied covenant of good faith and fair dealing exception* (cfr. par. 1.5.3.).

Tornando più in generale alla *public policy exception*, la stessa non conosce una diffusione omogenea tra i singoli Stati<sup>128</sup> e «vi è una grande diversificazione su come i singoli Stati interpretano l'utilizzo della *public policy* in relazione alla fine del rapporto di lavoro, con divergenze giurisprudenziali sia su cosa costituisce un esempio chiaro e sufficiente di *public policy* tale da garantire protezione contro il licenziamento, così come sull'identificazione delle fonti su cui si dovrebbe basare la [stessa] violazione della *public policy*»<sup>129</sup>.

Solo per fare un esempio, in Texas l'eccezione non è riconosciuta nel caso del *whistleblower* che riporta un crimine altrui, poichè «l'eccezione alla regola dell'*employment at-will* rende illecito il licenziamento del lavoratore basato sul mero rifiuto di compiere un atto illegale e protegge i lavoratori cui è stato chiesto di commettere un crimine, non quelli ai quali è stato chiesto di non denunciarlo»<sup>130</sup>.

Parte della dottrina<sup>131</sup> si è poi domandata se il riconoscimento giurisprudenziale della *public policy exception* abbia avuto una incidenza sul mercato del lavoro, in particolare sulla domanda da parte degli imprenditori. Ebbene, gli studi economici dimostrerebbero che la riduzione delle assunzioni sarebbe in media tra lo 0,1% e lo 0,2%, con effetti - dunque - «non statisticamente rilevanti»<sup>132</sup>. In commento, gli analisti hanno sostenuto che «i datori di lavoro che licenziano violando la *public policy* sono molto pochi, a maggior ragione se le Corti continuano a riconoscere tali violazioni solo in presenza di una chiara

---

<sup>128</sup> Al 2010, la *public policy exception* continuava a non essere riconosciuta - peraltro, in nessuna delle quattro sottocategorie elencate - negli Stati di Alabama, Florida, Georgia, Louisiana, Maine, New York e Rhode Island [cfr. M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 818 (2010)]. In proposito, le *Courts* dello Stato di New York hanno spesso giustificato il mancato riconoscimento rilevando che «that recognition of the tort action should come from the legislature, not from the judiciary» [Murphy v. Am. Home Products Corp., 58 N.Y.2d 293, 448 N.E.2d 86 (1983)].

<sup>129</sup> M. BERGER, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker...*, 24 (1997).

<sup>130</sup> *Ed Rachal Found. v. D'Unger*, 207 S.W.3d 330 (Tex. 2006).

<sup>131</sup> Ci si riferisce allo studio di D.H. AUTOR, J.J. DONOHUE III, S.J. SCHWAB, *The Cost of Wrongful Discharge Laws*, 88 REV. ECON. & STAT. 211 (2006).

<sup>132</sup> Così S.J. SCHWAB, *The Story of Johnston v. Del Mar...*, 77 (2007).

*contravvenzione di un comando legislativo, e non per violazioni di carattere più ampio, quali possono essere le norme di public policy se articolate giudizialmente»<sup>133</sup>.*

### 1.5.2. Implied in Fact Contract Theory Exception.

L'intero diritto del lavoro statunitense «è stato costruito sull'assunto che i lavoratori abbiano con il datore di lavoro una relazione stabile, che duri per tutta la loro carriera»<sup>134</sup>.

Proprio su tale presupposto si sviluppa la seconda eccezione all'*Eaw Rule*: la "rassicurazione" dell'*employer* - implicita come espressa, per fatti concludenti, in via orale<sup>135</sup> o per iscritto - sulla stabilità del rapporto di lavoro fa venir meno la possibilità di licenziare *at-will*: il recesso, dunque, è da intendersi «*non motivato*» e può essere fonte di responsabilità per inadempimento contrattuale («*contractual liability*»).

Tale promessa datoriale andrebbe individuata «*nei comportamenti e nella condotta della parti, interpretata alla luce della materia e delle relative*»<sup>136</sup> o più precisamente «*da rappresentazioni orali, dalle clausole degli "employment handbooks", dalla tipologia di impiego, dagli usi aziendali [...] e da altre circostanze che evidenzino la sussistenza di clausole contrattuali*»<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> D.H. AUTOR, J.J. DONOHUE III, S.J. SCHWAB, *The Cost ...*, 220 (2006).

<sup>134</sup> K.V.W. STONE, *Ripensare il diritto del lavoro: i regimi di protezione per i lavoratori nel nuovo mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 395 (Traduzione italiana di S. MORELLI).

Sul punto, può essere utile riprendere le parole di J. WELCK, primo AD *General Electric*, intervistato nel 1989 dall'*Harvard Business Review*: «*la GE aveva sottoscritto un contratto implicito e psicologico [con i dipendenti] fondato sulla percezione di un impiego per tutta la carriera. I licenziamenti erano rari, salvo che nel caso di allontanamenti giustificati o di gravi crisi industriali. ...Ma considerato il contesto attuale, le energie emozionali degli individui devono essere rivolte verso l'esterno, su di un ambiente competitivo, in cui nessuna attività imprenditoriale è un paradiso sicuro dal punto di vista occupazionale, a meno che non si vincano le sfide del mercato. Il contratto psicologico deve cambiare*».

<sup>135</sup> Tra gli altri, cfr. Eales v. Tanana Valley Med.-Surgical Group, Inc., 663 P.2d 958 (Alaska 1983); Bondi v. Jewels by Edwar, Ltd., 267 Cal. App. 2d 672, 73 Cal. Rptr. 494 (1968); Kestenbaum v. Pennzoil Co., 108 N.M. 20, 766 P.2d 280 (1988).

<sup>136</sup> Drzewiecki v. H & R Block, Inc., 24 Cal. App. 3d 695, 101 Cal. Rptr. 169 (Ct. App. 1972).

Ad esempio, in una delle prime pronunce in materia, la Corte Suprema del Tennessee ha rilevato che «*If, under all circumstances, considering the fact that an employment has continued without interruption for a period of years, (in the instant case 5 years) and at a fixed annual salary, we think the employment is for a definite period and is not terminable at will*» [Delzell v. Pope, 200 Tenn. 641, 651, 294 S.W.2d 690, 694 (1956)].

<sup>137</sup> Così M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 831 (2010),

### 1.5.2.a Pugh v. See's Candies Inc.

Pugh v. See's Candies, Inc.<sup>138</sup> è certamente il «*leading case*»: assunto con mansioni di pulitore, dopo 32 anni di anzianità aziendale e dopo aver raggiunto il prestigioso ruolo di «*Vice-Presidente responsabile della produzione*» della See's Candies, Mr. Pugh era licenziato<sup>139</sup>.

Basandosi principalmente su dichiarazioni orali, il lavoratore aveva quindi dimostrato in giudizio:

1. che la See's Candies, Inc. aveva una «*express policy di non licenziare personale amministrativo salvo per una "buona" causa*» (asserzione basata sulla sola deposizione del Presidente della Società);
2. che la stessa società aveva una «*implied policy di non licenziare personale impiegatizio salvo per una "buona" causa*», desunta dalle dichiarazioni del Presidente al momento della sua assunzione («*Se sarai fedele a [See's] e farai un buon lavoro, il tuo futuro è assicurato*»);

---

<sup>138</sup> Pugh v. See's Candies, Inc., 116 Cal. App. 3d 311, 171 Cal. Rptr. 917 (Ct. App. 1981) disapproved of by Guz v. Bechtel Nat. Inc., 24 Cal. 4th 317, 8 P.3d 1089 (2000).

La pronuncia cita altri casi in cui si è individuata una promessa implicita di stabilità del rapporto, desumendola da: *policies* societarie relative al personale [v. Cleary v. Am. Airlines, Inc., 111 Cal. App. 3d 443, 168 Cal. Rptr. 722 (Ct. App. 1980) disapproved of by Foley v. Interactive Data Corp., 47 Cal. 3d 654, 765 P.2d 373 (1988) and disapproved of by Guz v. Bechtel Nat. Inc., 24 Cal. 4th 317, 8 P.3d 1089 (2000)], anzianità si servizio [cfr. Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593, 92 S. Ct. 2694, 33 L. Ed. 2d 570 (1972)], azioni o comunicazioni imprenditoriali che lasciano presumere una futura continuità d'impiego [ad esempio, rassicurare l'employee che è "indispensabile": cfr. Greene v. Howard Univ., 412 F.2d 1128 (D.C. Cir. 1969)], usi aziendali [cfr. Maloney v. E. I. Du Pont de Nemours & Co., 352 F.2d 936 (D.C. Cir. 1965)].

Alcune pronunce, infine, desumono la promessa di stabilità dal fatto che l'*employee* abbia lasciato il precedente posto di lavoro e si sia trasferito in un luogo diverso da quello di dimora [su tutte, cfr. Ohanian v. Avis Rent A Car Sys., Inc., 779 F.2d 101 (2d Cir. 1985)]; al contrario, delle altre hanno ritenuto che né il trasferimento né la rassicurazione orale del datore di lavoro siano elementi da cui desumere la stabilità del rapporto di lavoro [in tal senso, Kurtzman v. Applied Analytical Indus., Inc., 347 N.C. 329, 493 S.E.2d 420 (1997)].

Un'altra sentenza, invece, ha più in generale stabilito che «*Pursuant to traditional contract principles, however, the default rule of employment at will can be modified by the agreement of the parties. Id. "Accordingly, to prevail on the ... count of his complaint [that] alleged the existence of an implied agreement between the parties, the plaintiff had the burden of proving by a fair preponderance of the evidence that [the employer] had agreed, either by words or action or conduct, to undertake [some] form of actual contract commitment to him under which he could not be terminated without just cause*» [Torosyan v. Boehringer Ingelheim Pharmaceuticals, Inc., 234 Conn. 1, 662 A.2d 89, 97 (1995)].

<sup>139</sup> Come successivamente riferito da uno dei giudici della Corte d'Appello della California, Wayne Pugh non era esente da "colpe". Dalla deposizione di Charles Huggins (ultimo Presidente della società), si evinceva infatti che «*Pugh was hardly an exemplary employee - that he failed to cooperate with other members of the administrative staff, that he accepted gifts from employees despite directives that he not do so, and that on that on the business trip to Europe which Pugh took with Huggins and others Pugh was rude, argumentative, belligerent and uncooperative*» [così J.R. GRODIN, *The Story of Pugh v. See's Candies, Inc. ...*, 19 (2007)].

3. che l'anzianità di servizio costituiva una «*independent consideration*», di per sé sufficiente a supportare - se non a stabilire - una promessa implicita di stabilità del rapporto di lavoro<sup>140</sup>.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello californiana ha riconosciuto la sussistenza di elementi di prova da cui desumere «*una promessa implicita: l'anzianità di servizio del lavoratore, gli encomi e le promozioni ricevute dallo stesso, l'apparente mancanza di critiche dirette al suo operato, la rassicurazione [di stabilità] che gli era stata data, e la nota politica [gestionale] del datore di lavoro*»<sup>141</sup>.

Ad ogni modo, si tratta di un livello di tutela inferiore a quello ottenibile sotto la vigenza di un *collective bargaining agreement*: più precisamente, «*il risarcimento del danno ottenibile nel caso Pugh è limitato alla tutela del contratto [individuale] - mensilità retributive arretrate e forse mensilità successive al licenziamento - dal momento che le Corti di common law sono sprovviste del potere arbitrale di ordinare la reintegrazione del lavoratore*»<sup>142</sup>.

Caso analogo quello di Mr. Page, autista di autobus che, secondo il contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro, avrebbe potuto essere licenziato solo «*per giusta causa*». Tuttavia, la *California Coach Co.* lo convinse dapprima ad accettare le

---

<sup>140</sup> L'anzianità di servizio, specie se sostenuta dalla coesistenza di altri fattori, costituisce spesso un elemento da cui è desunta la implicita stabilità del rapporto di lavoro [cfr. i già citati *Cleary v. Am. Airlines, Inc.*, 111 Cal. App. 3d 443, 455, 168 Cal. Rptr. 722, 729 (Ct. App. 1980) e *Foley v. Interactive Data Corp.*, 47 Cal. 3d 654, 765 P.2d 373 (1988)].

Più recentemente, tuttavia, la Supreme Court of California sembra aver effettuato un parziale *revirement* sul punto (quello che la dottrina statunitense chiama «*step back*», traducibile come "passo indietro"), asserendo che «*an employee's mere passage of time in the employer's service, even where marked with tangible indicia that the employer approves the employee's work, cannot alone form an implied-in-fact contract that the employee is no longer at will. [...] A rule granting such contract rights on the basis of successful longevity alone would discourage the retention and promotion of employees*» [*Guz v. Bechtel Nat. Inc.*, 24 Cal. 4th 317, 341-42, 8 P.3d 1089, 1104-05 (2000)].

<sup>141</sup> Ancora *Pugh v. See's Candies, Inc.*, 116 Cal. App. 3d 311, 329, 171 Cal. Rptr. 917, 927 (Ct. App. 1981). Tale decisione è stata quindi espressamente disapprovata nel 2000, laddove la *Supreme Court of California* ha rilevato che «*Because the implied covenant of good faith and fair dealing protects only the parties' right to receive the benefit of their agreement, and, in an at-will employment relationship there is no agreement to terminate only for good cause, the implied covenant standing alone cannot be read to impose such a duty*» [*Guz v. Bechtel Nat. Inc.*, 24 Cal. 4th 317, 8 P.3d 1089 (2000)].

<sup>142</sup> Così J.R. GRODIN, *The Story of Pugh v. See's Candies, Inc. ...*, 20 (2007).

Da ciò deriverebbe una conseguenza non di poco conto: il fatto che l'azione giudiziale sia - di fatto - possibile solo per i cd. «*highly paid employees*», laddove invece cd. «*lower-paid workers*» difficilmente potrebbero affrontare le spese di giudizio, ancor più se non vi sono possibilità di reintegrazione.

mansioni di spedizioniere (non coperte invece dalla stessa tutela) con la promessa di mantenere inalterate le sue condizioni contrattuali, per poi licenziarlo poco dopo<sup>143</sup>. Parte della dottrina italiana ha poi incluso nella *implied in fact exception* anche l'ipotesi del licenziamento del lavoratore malato che, «*pur in assenza di una legge o di una clausola contrattuale esplicita sulla conservazione del posto in caso di malattia, [...] può essere ritenuto scorretto se intimato prima del decorso di un congruo termine*»<sup>144</sup>.

### 1.5.2.b Employee handbooks.

La giurisprudenza statunitense ha poi desunto una promessa di stabilità anche nelle previsioni dell'*employee handbook*<sup>145</sup>: in sostanza, un regolamento aziendale<sup>146</sup> che

---

<sup>143</sup> La Corte d'Appello rigettava le pretese del lavoratore, asserendo che «*the evidence clearly shows that Page did nothing more than relinquish his job and benefits as a driver to assume the new position as dispatcher. This relinquishment is insufficient as a matter of law to provide consideration for a lifetime contract. Further, we agree with the district court that Heres' statements could not reasonably be interpreted as a promise of lifetime employment, but rather only as words of encouragement. Accordingly, Page has not established a factual basis for either a lifetime employment contract or contract by estoppels*» [Page v. Carolina Coach Co., 667 F.2d 1156, 1158 (4th Cir. 1982)].

In un caso dello Stato di New York, la promessa di un impiego stabile che aveva spinto il lavoratore a dimettersi dal precedente rapporto di lavoro era stata ritenuta sufficiente a sancire un «*implied-in-fact contract containing a promise of job security*» [così Weiner v. McGraw-Hill, Inc., 57 N.Y.2d 458, 443 N.E.2d 441 (1982)].

<sup>144</sup> Così P. ICHINO, *Quando sono gli imprenditori a rivendicare la disciplina legislativa del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, III, 236.

Se non correttamente contestualizzata, l'ipotesi citata da Ichino parrebbe collocarsi a metà strada tra la «*implied in fact exception*» e «*good faith and fair dealing exception*». Tuttavia, tale dottrina si riferisce al caso in cui la congruità del termine per la guarigione è valutabile in base al comportamento tenuto dal datore di lavoro in casi analoghi, e quindi sia tale da rappresentare un «uso aziendale» che implicitamente concorre a formare la disciplina contrattuale.

Per una ricostruzione del concetto di uso aziendale nell'ordinamento italiano, prodromica per un parallelismo con l'ordinamento statunitense, si rimanda a P. PIZZUTI, *Uso aziendale: fonte esterna al contratto individuale e collegamento con l'organizzazione del datore di lavoro* (nota a Cass. 17 marzo 2010, n. 6453, Cass. 7 aprile 2010, n. 8240 e Cass. 21 agosto 2009, n. 18593), in *Mass. giur. lav.*, 2010, 809 e ss., nonché, volendo, a M. MANISCALCO, G. MATARAZZO, *Revocabilità dell'uso aziendale da parte del datore di lavoro: evoluzione giurisprudenziale*, in *Ventiquattrore Avvocati*, V, 2013, 60-66.

<sup>145</sup> In un primo tempo, non mancavano decisioni di senso contrario: la Corte Suprema del Kansas, ad esempio, fece presente di non aver rilevato nulla nell'*employee handbook* che «*expressly providing for a fixed term of employment, nor is there language from which a contract to that effect could be inferred. [...] the manual was not published until long after plaintiff's employment. It was only a unilateral expression of company policy and procedures. Its terms were not bargained for by the parties and any benefits conferred by it were mere gratuities. Certainly, no meeting of the minds was evidenced by the defendant's unilateral act of publishing company policy. [...] An agreement to give permanent employment simply means to give a steady job of some permanence, as distinguished from a temporary job or temporary employment*» [Johnson v. Nat'l Beef Packing Co., 220 Kan. 52, 55, 551 P.2d 779, 782 (1976)].

Tuttavia, «*the legal principle is so widely accepted that we note today only few isolates jurisdictions that still refuse to enforce employee handbook promises*» [così J.H. VERKERKE, *The Story of Wolley v. Hoffmann-La Roche: Finding a Way to Enforce Employee Handbook Promises*, in S. ESTREICHER, G. LESTER (a cura di), *Employment Law Stories*, 62 (2007)]. Tra quelle pronunce che negano la vincolatività delle previsioni manualistiche, secondo la Corte d'Appello «*In Florida, policy statements are not employment contracts unless there is an express reference in the statement to a*

disciplina alcuni aspetti del rapporto di lavoro (premi annuali, politiche societarie e procedure disciplinari) e che, pur non obbligatorio *ex lege*, è adottato<sup>147</sup> per ragioni organizzative, specie in imprese di grandi dimensioni o con più sedi.

Infatti, come rilevato dalla Corte Suprema del Michigan in *Toussant v. Blue Cross & Blue Shield of Michigan*<sup>148</sup>, «la previsione del contratto individuale di lavoro secondo cui il lavoratore non potrà essere licenziato se non per una causa è legalmente azionabile anche se il contratto non è a tempo determinato [...] e tale previsione può divenire parte del regolamento

---

*period of employment and the benefits to accrue therefrom*» [*Linafelt v. Bev, Inc.*, 662 So. 2d 986, 989 (Fla. Dist. Ct. App. 1995)].

Sull'efficacia delle promesse contenute nei predetti manuali, *cf.* in generale G.S. ROSENTHAL, *Crafting a New Means of Analysis for Wrongful Discharge Claims Based on Promises in Employee Handbooks*, 71 WASH. L. REV. (1996) e Note, *Employee Handbooks and Employment-at-Will Contracts*, 1985 DUKE L. J. 196, 205 (1985).

<sup>146</sup> E' dibattuta la natura giuridica dell'*Employee Handbook*. Secondo l'opinione più diffusa, si tratterebbe di una sorta di contratto unilaterale: in altre parole, «*In unilateral contracts terms, the offeror-employer makes a promise limiting its prerogatives, such as the right to fire at will, by communicating the promise to employees in a handbook, manual, or other document, and the offeree-employee accepts the offer by commencing or continuing the work*» [M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 818 (2010), citando come esempio il caso *Duldulao v. Saint Mary of Nazareth Hosp. Ctr.*, 115 Ill. 2d 482, 505 N.E.2d 314 (1987)].

Diversamente, altri ritengono si tratti di una obbligazione indipendente dall'analisi contrattuale: infatti, «*The employer secures an orderly, cooperative and loyal work force, and the employee the peace of mind associated with job security and the conviction that he will be treated fairly. [...] It is enough that the employer chooses, presumably in its own interest, to create an environment in which the employee believes that, whatever the personnel policies and practices, they are established and official at any given time, purport to be fair, and are applied consistently and uniformly to each employee. The employer has then created a situation "instinct with an obligation"*» [così *Toussaint v. Blue Cross & Blue Shield of Michigan*, 408 Mich. 579, 613, 292 N.W.2d 880, 892 (1980) *disapproved of by* *Cotran v. Rollins Hudig Hall Int'l. Inc.*, 17 Cal. 4th 93, 948 P.2d 412 (1998)].

Ad ogni modo, «*Under either theory, litigation over the enforceability of handbook language raises a number of issues: the specificity of the language relied on by the employee, the relationship between the language and other employer representations, the adequacy of notice to employees of the existence of the handbook, and the effect of the handbook modification on incumbent employees*» [ancora M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 819 (2010)].

<sup>147</sup> Altro punto dibattuto è quello della conoscibilità del contenuto del manuale come condizione di applicabilità dello stesso manuale se non divulgato tra i lavoratori. Nel caso *Feges v. Perkins Restaurants, Inc.*, ad esempio, l'*employee handbook* era stato distribuito solo al *Management*: la *Minnesota Supreme Court* limita allora l'invocabilità delle previsioni nei riguardi di quegli *employees* che, anche se in via indiretta, avevano ricevuto comprovabili comunicazioni a riguardo [*cf.* *Feges v. Perkins Restaurants, Inc.*, 483 N.W.2d 701, 711 (Minn. 1992)].

<sup>148</sup> Parte della dottrina ha commentato che «*The Toussaint court stated that the employment-at-will rule is one of construction rather than substantive law and agreed with the defendant's position that an employment agreement for an indefinite period is presumptively at-will. The court went on, however, to ask whether the employment must remain terminable at will of either party, thereby precluding the employer from entering into a legally enforceable agreement to discharge only for just cause. [...] The court concluded that it could see no reason why an employment relationship, technically at-will, could not by an employer's promise provide job security*» [così B.D. BERNS, *Employers Beware: The Implied Contract Exception ...*, 343 (1987)].

contrattuale sia per accordo espresso, scritto come orale, ovvero come risultato delle legittime aspettative del lavoratore fondate su previsioni poste in essere dal datore di lavoro»<sup>149</sup>.

Tuttavia, è stata la stessa giurisprudenza a suggerire all'*employer* una soluzione al problema, con una «*legal-information-forcing rule*»<sup>150</sup>.

A partire da *Woolley v. Hoffmann-La Roche*, la Corte Suprema del New Jersey precisava che «*indipendentemente da ciò che il manuale dice o prevede*<sup>151</sup>, il datore di lavoro non promette nulla e rimane libero di cambiare le retribuzioni ed ogni altra condizione di lavoro senza dover consultare nessuno e senza il consenso di nessuno; e che il datore di lavoro continua ad avere il potere assoluto di licenziare chiunque con o senza una "buona" causa»<sup>152</sup>. In altre parole, il

---

<sup>149</sup> *Toussaint v. Blue Cross & Blue Shield of Michigan*, 408 Mich. 579, 598, 292 N.W.2d 880, 885 (1980).

Nella stessa pronuncia si è quindi rilevato che «*While an employer need not establish personnel policies or practices, where an employer chooses to establish such policies and practices and makes them known to its employees, the employment relationship is presumably enhanced. The employer secures an orderly, cooperative and loyal work force, and the employee the peace of mind associated with job security and the conviction that he will be treated fairly. No pre-employment negotiations need take place and the parties' minds need not meet on the subject; nor does it matter that the employee knows nothing of the particulars of the employer's policies and practices or that the employer may change them unilaterally. It is enough that the employer chooses, presumably in its own interest, to create an environment in which the employee believes that, whatever the personnel policies and practices, they are established and official at any given time, purport to be fair, and are applied consistently and uniformly to each employee. The employer has then created a situation "instinct with an obligation" » (ID., 892).*

Si tratta di una impostazione successivamente rifiutata da *Cotran v. Rollins Hudig Hall Int'l, Inc.*, secondo cui «*Unlike the majority in Toussaint, we do not believe permitting juries to decide the factual basis for allegations of employee misconduct is the only way to give meaning and substance to an employer's promise to terminate for "good cause," or that barring such factfinding leaves for-cause provisions toothless. Judicial review of decisions to terminate employees subject to such provisions for misconduct is vital; however, de novo jury review of the factual basis supporting the employer's decision is neither the only alternative to a "no review" standard, nor the one best adapted to adjust the competing interests of employer and employee [...]. As we explain, these courts have arrived at a standard under which the jury's role is to assess the objective reasonableness of the employer's factual determination of misconduct» [*Cotran v. Rollins Hudig Hall Int'l, Inc.*, 17 Cal. 4th 93, 102, 948 P.2d 412, 418 (1998)].*

Sull'eccezione in generale, parte della dottrina ha criticamente rilevato che «*If I could travel back to the early 1970s, it would seem very odd, perhaps even preposterous, for an employment lawyer to believe that statements in a company's employee handbook or personnel policy manual concerning job security would be legally enforceable. [...]. The virtually irrebuttable presumption that an employment relationship was terminable at will made it surprising difficult to enforce even individually negotiated agreements for job security. No one serious thought that handbook promises would fare any better» [così J.H. VERKERKE, *The Story of Woolley v. Hoffmann-La Roche* ..., 23 (2007)].*

<sup>150</sup> La paternità dell'espressione è di uno degli studiosi più autorevoli dell'*EaW rule*, in particolare delle promesse implicite contenute negli *employee handbooks*: J.H. VERKERKE, *Legal Ignorance and Information-Forcing Rules*, Univ. of Virginia Law & Econ. Research Paper No. 03-4, disponibile esclusivamente su [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=405560](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=405560).

<sup>151</sup> Più precisamente, il manuale («*Hoffmann-La Roche Personnel Policy Manual*») prevedeva - al tempo della pronuncia in esame - che «*It is the policy of Hoffmann-La Roche to retain the extent consistent with company requirements, the service of all employees who perform their duties efficiently and effectively*» e che i lavoratori «*would like to ensure that every reasonable step has been taken to help the employee continue in a productive capacity*».

<sup>152</sup> *Woolley v. Hoffmann-La Roche, Inc.*, 99 N.J. 284, 491 A.2d 1257, 1271 *modified*, 101 N.J. 10, 499 A.2d 515 (1985).

manuale «sarebbe interpretabile come un'offerta di un contratto unilaterale che [...] i lavoratori accettano implicitamente, rispettandolo nei mesi successivi [e l'impresa ha] il diritto di modificarla; - generalmente - tali cambiamenti, anche se relativi ai termini ed alle condizioni del contratto di lavoro, sono ammessi»<sup>153</sup>.

Il datore di lavoro può quindi risolvere - quantomeno *pro futuro*<sup>154</sup> - il problema inserendo negli *employee handbooks* una clausola (o meglio, un «*disclaimers*»<sup>155</sup>) che

---

<sup>153</sup> Le citazioni sono di J.H. VERKERKE, *The Story of Wolley v. Hoffmann-La Roche...*, 55 e 58 (2007).

Ad onor del vero, parte della dottrina ha rilevato però che «*Courts do state that the employer may not unilaterally modify or revoke employee rights that are already vested, accrued, or earned, such as vacation pay, but generally they do not place job security in this category*» [M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 826 (2010)].

Al pari della versione originaria dell'*Employee Handbook*, anche le modifiche successive sarebbero accettate dagli *employees* per *facta concludentia*, cioè semplicemente continuando a prestare l'attività lavorativa per lo stesso datore di lavoro [sul punto, *cf.* M.A. CHAGARES, *Utilization of Disclaimers as an Effective Means to Define the Employment Relationship*, 17 HOFSTRA L. REV. 365, 396 (1989); in giurisprudenza, *cf.* Vinyard v. King, 728 F.2d 428 (10th Cir. 1984), Chambers v. Valley Nat. Bank of Arizona, 721 F. Supp. 1128 (D. Ariz. 1988), Thompson v. Kings Entm't Co., 674 F. Supp. 1194 (E.D. Va. 1987), Pine River State Bank v. Mettille, 333 N.W.2d 622 (Minn. 1983) e Langdon v. Saga Corp., 1976 OK CIV APP 65, 569 P.2d 524].

Alcune pronunce hanno però aggiunto che il datore di lavoro deve essere in buona fede [*cf.* In re Certified Question, 432 Mich. 438, 443 N.W.2d 112 (1989)], così come deve avvisare i lavoratori con un preavviso definito «*reasonable*» [così Gagliardi v. Denny's Restaurants, Inc., 117 Wash. 2d 426, 815 P.2d 1362 (1991)].

Ma «*The issue of whether an employer may unilaterally modify a just cause employment relationship and transform it into an at-will one has been hotly contested*» [W.J. HOLLOWAY, M.J. LEECH, *Employment Termination. Rights and Remedies*, Bureau of National Affairs, Inc., 60 (1993)]. Altra dottrina, infatti, ha rilevato che «*Mere continuation of employment by the employees following a statement by the employer revoking earlier obligations would amount to no more than performing duties under the pre-existing contract, and thus would fail to satisfy the requirement of new consideration*» [così S. ESTREICHER, G. LESTER, *Employment Law...*, 52-53 (2008)]. In senso conforme, la *Supreme Court of South Carolina* ha rilevato che «*Permitting unilateral modification of an employment contract through handbook revision would also run contrary to established principles of contract formation. The essential elements of any contract are mutual assent to be bound, usually demonstrated by offer and acceptance, and exchange of valuable consideration*» [Toth v. Square D Co., 712 F. Supp. 1231, 1235 (D.S.C. 1989)]; sulle rassicurazioni di stabilità solo orali, *cf.* Bullock v. Auto. Club of Michigan, 432 Mich. 472, 444 N.W.2d 114 (1989)].

<sup>154</sup> Per quanto riguarda le situazioni pregresse, invece, sembra applicarsi la teoria del «*promissory estoppel*» (letteralmente, una «promessa precludente») che, a tutela dell'affidamento del lavoratore, impedirebbe al datore di lavoro di rinnegare il contenuto previgente [*cf.* Hammond v. N. Dakota State Pers. Bd., 345 N.W.2d 359 (N.D. 1984), nonché Grouse v. Group Health Plan, Inc., 306 N.W.2d 114 (Minn. 1981), mentre in dottrina v. R.J. PRATT, *Unilateral Modification of Employment Handbooks: Further Encroachments on the Employment-at-Will Doctrine*, 139 U. PA. L. REV. 205 (1990)].

Per quanto concerne gli aspetti probatori, «*the plaintiff must show a clear and unambiguous promise; as with oral contracts generally, vague statements of future employment will not support a cause of action for promissory estoppel. Moreover, reasonable reliance by the employee is required; employees who can not show some acts of a substantial nature will not prevail on a claim of promissory estoppel*» [M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 831 (2010)].

Parte della dottrina ha precisato la derivazione federale della teoria della «*administrative agency estoppel*» secondo cui «*As a matter of administrative law, rules promulgated by an agency are held binding on the agency until properly modified or revoked even though no statute or regulation may have required their promulgation in the first place. By similar reasoning, unilateral employer statements that when reasonably read in context are intended to govern operational personnel decisions, should*

escluda espressamente ogni possibile interpretazione derogatoria dell'*Eaw rule*<sup>156</sup> (se non, ancor più semplicemente, prevedendo che «*i lavoratori possono essere licenziati in qualunque momento sia in presenza, sia in assenza di motivo*»<sup>157</sup>).

Per completezza, tale eccezione ha inizialmente ridotto la domanda in percentuale tra lo 0,8% e l'1,7%: tuttavia, trascorsi 6-7 anni dalle prime pronunce, l'incidenza si reduce drasticamente ed i dati divengono poco rilevanti. Seguendo la valutazione

---

*be binding on the employer until properly modified or revoked*» [così S. ESTREICHER, G. LESTER, *Employment Law...*, 49 (2008)].

<sup>155</sup> La mera previsione di un *disclaimer* non costituisce di per sé garanzia di esclusione di interpretazioni sfavorevoli per l'*employer*. In alcune ipotesi, infatti, le Corti hanno sostenuto che la formulazione della clausola - specie nel contesto di inserimento, cioè dell'intero *Handbook* - risulta decisiva ai fini della sua efficacia. Per esempio, la *Supreme Court of Alaska* ha rilevato che «*The one-sentence disclaimer, followed by 85 pages of detailed text covering policies, rules, regulations, and definitions, does not unambiguously and conspicuously inform the employee that the manual is not part of the employee's contract of employment*» [Jones v. Cent. Peninsula Gen. Hosp., 779 P.2d 783, 788 (Alaska 1989)]

<sup>156</sup> Poco tempo dopo la sentenza *Woolley v. Hoffmann-La Roche, Inc.*, proprio nell'*incipit* dell'*employee handbook* di Roche compariva il seguente *disclaimer*:

«**IMPORTANT NOTICE:**

THIS MANUAL IS NOT A CONTRACT. NO PROMISE OF ANY KIND IS MADE BY THE INFORMATION CONTAINED IN THIS MANUAL. HOFFMANN-LA ROCHE INC. AND ITS RESPECTIVE DIVISIONS AND SUBSIDIARIES ("ROCHE"), AT THEIR DISCRETION, MAY CHANGE OR WITHDRAW ANY POLICY, PRACTICE AND PROCEDURE, AS WELL AS ANY OTHER CONDITION OF EMPLOYMENT (INCLUDING WAGES AND BENEFITS) WITHOUT ANYONE'S AGREEMENT. NOTHING IN THIS MANUAL SHOULD BE CONSTRUED AS CHANGING THE AT WILL EMPLOYMENT RELATIONSHIP BETWEEN ROCHE AND ITS EMPLOYEES. THIS MEANS THAT THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP MAY BE TERMINATED BY ROCHE AT ANY TIME, WITH OR WITHOUT CAUSE AND WITH OR WITHOUT ADVANCE NOTICE" [stralcio riportato da J.H. VERKERKE, *The Story of Wolley v. Hoffmann-La Roche...*, 60 (2007)].

Tra gli altri esempi, la multinazionale ADECCO sul suo sito internet fornisce l'*employee handbook* per i suoi «*temporary employees*» statunitensi, specificando - subito, e prima di ogni singola previsione - che «*The contents of this handbook are presented as a matter of information only and are not intended to cover all policies, plans and procedures of Adecco. The plans, policies and procedures described are not conditions of employment. Adecco reserves the right to modify, add, revoke, suspend, terminate, or change any or all plans, policies, or procedures of the company, in whole or in part, at any time with or without notice. The language in this booklet is not intended to create, nor is it to be construed, a contract between Adecco and any one or all of its employees. Your employment with Adecco is employment-at-will. That is, your employment can be terminated at any time by you or Adecco*» [consultabile in [http://www.adeccousa.com/Employees/Documents/adecco\\_handbook\\_for\\_web.pdf](http://www.adeccousa.com/Employees/Documents/adecco_handbook_for_web.pdf) (ultima visita 17 maggio 2012)].

<sup>157</sup> Rilievo espresso da J.H. VERKERKE, *Un approccio di Law and Economics...*, 297 (1998).

Naturalmente, una tale indicazione nell'*employee handbook* può servire anche ad evitare il rilievo di qualsivoglia "promessa orale" (contrastante): in proposito, la dottrina ha rilevato che «*many employers [...] have opted for protecting themselves against Pugh claims through express contract provisions or written disclaimers declaring the at-will status of the particular employment*» [J.R. GRODIN, *The Story of Pugh v. See's Candies, Inc. ....*, 21 (2007)].

In precedenza, le Corti avevano ritenuto non vincolanti le previsioni del Manuale sia nel caso di una diffusione limitata al solo *Management* [e non ai singoli *employee*: cfr. *Morosetti v. Louisiana Land & Exploration Co.*, 522 Pa. 492, 564 A.2d 151 (1989)], sia se l'uso aziendale assegnava prevalenza all'accordo bilaterale derogatorio.

degli studiosi, «una spiegazione della progressiva diminuzione nel tempo dell'impatto [dell'eccezione in esame] è che i datori di lavoro in un primo momento hanno particolarmente subito [l'applicazione del]la nuova teoria, ma dopo hanno imparato ad adattarvisi»<sup>158</sup>.

### 1.5.3 Implied covenant of Good Faith and Fair Dealing exception.

L'ultima categoria di eccezioni all'*Eaw rule* è certamente la più controversa, sia per quanto concerne la sua natura, sia - e forse ancor prima - per lo stesso significato da attribuire alla ampia nozione di «buona fede e correttezza»<sup>159</sup>.

Con buona probabilità, il suo sviluppo nell'ordinamento statunitense è legato ad un'espressa richiesta alle *Courts* da parte della dottrina statunitense di «includere una clausola contrattuale che permetta solo licenziamenti secondo buona fede, ovvero di creare un dovere secondo la "tort law" secondo cui i datori di lavoro possono licenziare solo se in buona fede»<sup>160</sup>.

In ideale risposta, le Corti hanno allora affermato che «in ogni contratto vi è una clausola implicita secondo cui nessuna parte può porre in essere comportamenti i cui effetti distruggano o inficino il diritto dell'altra parte di ricevere i frutti del contratto, il che significa che in ogni contratto vi è una implicita clausola di buona fede e correttezza»<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> Così S.J. SCHWAB, *The Story of Johnston v. Del Mar...*, 77 (2007), riferendosi però agli studi di D.H. AUTOR, J.J. DONOHUE III, S.J. SCHWAB, *The Cost ...*, 211 (2006).

<sup>159</sup> Per un'utile ricostruzione della clausola generale in esame nelle differenti sfumature fornite da dottrina e giurisprudenza, *cf.* S.J. BURTON, *Breach of Contract and the Duty to Perform in Good Faith*, 94 HARV. L. REV. 369 (1980). *Cfr.* anche S.J. BURTON, *Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code*, 67 IOWA L. REV. 1 (1981), all'interno della *querelle* con C.W. SUMMERS, *The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization*, 67 CORNELL L. REV. 810 (1982).

Ad esempio, una dottrina ha ritenuto che «*in the employment relationship, the duty of good faith and fair dealing requires that neither party do anything which would injure the rights of the other to receive benefits of the employment agreement. Therefore, a termination not made in good faith constitutes a breach of the implied-in-law contract*» [B.D. BERNS, *Employers Beware: The Implied Contract Exception ...*, 337-338 (1987)].

Per una ricostruzione della clausola generale di buona fede e correttezza nel rapporto di lavoro all'interno dell'ordinamento italiano, con particolare attenzione alla malattia del lavoratore ed al licenziamento *ex art.* 2110 c.c., *cf.*, volendo, G. MATARAZZO, *Correttezza e buona fede delle parti contrattuali in occasione della malattia del lavoratore*, in *Lav. prev. oggi*, IX-X, 2011, 930 e ss.

<sup>160</sup> Così Note, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge...*, 1844 (1980).

La stessa dottrina ha sostenuto che, rispetto alle altre due eccezioni, «*the implied contract duty to terminate only in good faith involves a higher standard that might conceivably be extended to a tort duty or implied contract obligation to discharge only for 'just cause' as in a collective bargaining agreement [...]. The good faith standard offers the flexibility necessary to deal with basic considerations such as length of service, past job performance, type or level of employment, and the economic condition or needs of the firm*» [ID., 1839-1840].

<sup>161</sup> Così *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79, 87, 188 N.E. 163, 167 (1933).

Ne consegue che «quando le ragioni [del licenziamento] vanno al di là delle ragionevoli aspettative delle parti, allora il datore di lavoro starà tentando di recuperare un'occasione persa e il recess è in mala fede»<sup>162</sup>.

Ecco perchè, come sostenuto da autorevole dottrina, «la clausola implicita di buona fede e correttezza deve giocare un ruolo centrale nei contratti di lavoro», in veste di «misura sostanziale di reciproca fiducia e confidenza»<sup>163</sup>.

Il «leading case» in materia è Fortune v. National Cash Register: Mr. Fortune era stato licenziato senza - o meglio, proprio per non - riconoscergli il pagamento delle provvigioni di vendita a lui spettanti. Per la Corte Suprema del Massachusetts, pur essendo il rapporto di lavoro terminabile *at-will*, il licenziamento era illegittimo, in quanto «le parti di un contratto o di transazioni commerciali devono agire in buona fede l'una verso l'altra. Buona fede e correttezza tra le parti sono requisiti diffusi nella nostra legge; si può dire piuttosto che le parti di un contratto o di transazioni commerciali sono vincolate da tali canoni»<sup>164</sup>.

In senso conforme, in Cleary v. American Airlines, Inc. la Corte di Appello californiana ha affermato che un licenziamento intimato dopo 18 anni di servizio per un furto solo presunto «offende l'implicita (secondo la legge) clausola di buona fede e correttezza contenuta in tutti i contratti, compresi quelli di lavoro»<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> J.L. HARRISON, *The "New" Terminable-at-Will...*, 346 (1984).

<sup>163</sup> C. W. SUMMERS, *The Contract of Employment...*, 1106. L'Autore riprende poi le osservazioni di Cleary v. American Airlines, Inc. per indicare i parametri in base ai quali valutare il comportamento dell'*employer*: «the longevity of service, the espresse policy of the employer, the adoption of procedures for adjudicating disputes, and the lack of good cause for termination» (ID.).

L'informazione del lavoratore costituisce una misura preventiva di particolare importanza, che - astrattamente - può essere ricompresa nel comportamento secondo buona fede dell'*employer*. Il rilievo della tematica è confermato anche dal *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* ("WARN" Act) del 1988, secondo cui «An employer shall not order a plant closing or mass layoff until the end of a 60-day period after the employer serves written notice of such an order:

(1) to each representative of the affected employees as of the time of the notice or, if there is no such representative at that time, to each affected employee; and

(2) to the State or entity designated by the State to carry out rapid response activities under section 2864(a)(2)(A) of this title, and the chief elected official of the unit of local government within which such closing or layoff is to occur» [29 U.S.C.A. § 2102 (West)].

<sup>164</sup> Fortune v. Nat'l Cash Register Co., 373 Mass. 96, 102, 364 N.E.2d 1251, 1256 (1977).

<sup>165</sup> Cleary v. Am. Airlines, Inc., 111 Cal. App. 3d 443, 455, 168 Cal. Rptr. 722, 729 (Ct. App. 1980), sconfessata in seguito da Foley v. Interactive Data Corp., 47 Cal. 3d 654, 765 P.2d 373 (1988) e da Guz v. Bechtel Nat. Inc., secondo cui «Because the implied covenant of good faith and fair dealing protects only the parties' right to receive the benefit of their agreement, and, in an at-will employment relationship there is no agreement to terminate only for good cause, the implied covenant standing alone cannot be read to impose such a duty» [Guz v. Bechtel Nat. Inc., 24 Cal. 4th 317, 8 P.3d 1089 (2000)].

Anche l'eccezione in esame non è uniformemente riconosciuta in tutti gli Stati: anzi, «alcune Corti hanno ripudiato in pieno tale eccezione in quanto potrebbe permettere una [residuale] tutela nei casi in cui non si riscontrino i requisiti di Public Policy Tort o di clausole contrattuali di fatto implicite»<sup>166</sup>.

La tutela da azionare in caso di violazione della *good faith and fair dealing exception* non è ancora pacifica. Infatti, pur essendo chiaro che si tratti di una clausola contrattuale implicita<sup>167</sup> («in ogni contratto esiste una clausola implicita di buona fede e correttezza»<sup>168</sup>), la sua violazione ha per lungo tempo costituito un illecito civile, con un'autonoma azione in *tort*.

La dottrina italiana ha rilevato in proposito che «da una parte stanno dunque le obbligazioni che sorgono dall'accordo delle parti, la cui violazione dà origine a una responsabilità contrattuale, dall'altra sta il patto di buona fede e correttezza il cui rispetto non deriva da una manifestazione di volontà ma da uno specifico obbligo posto in capo ai contraenti dalla legge, la cui violazione costituisce un illecito civile»<sup>169</sup>.

Diversamente, la Corte Suprema californiana ha di recente ritenuto che «non vi è un'azione in *tort* per la violazione della clausola implicita di buona fede e correttezza in un contratto di lavoro per il lavoratore che sia licenziato in violazione della clausola»<sup>170</sup>. In sostanza, trattandosi di un termine contrattuale, il risarcimento per la violazione del dovere di buona fede e correttezza si limiterebbe dunque ai soli rimedi contrattuali, e non a

---

Anche la dottrina ha severamente criticato tale indirizzo giurisprudenziale: «*The Cleary opinion assumed that similar tort remedies would be available if the plaintiff were found to have been dismissed without cause and therefore, on the court's analysis, in violation of the covenant. But why an employee should receive tort damages on the basis of an implied covenant under circumstances in which the same conduct, if in violation of an express contractual provision, would give rise to only contract damages seemed to me difficult to explain*» [così J.R. GRODIN, *The Story of Pugh v. See's Candies, Inc. . . .*, 17 (2007)].

<sup>166</sup> H.H. PERRITT Jr., *Wrongful Dismissal . . .*, 68 (1987).

Altra - e più recente - dottrina ha riportato che «*A little more than one-fifth of the states permit the use of the implied-in-law covenant of good faith and fair dealing to challenge discharges or other employer actions in certain limited situations*», per poi affermare che «[a] careful look at the cases in which courts have applied the implied covenant, however, reveals that for the most part they do not involve the artificial creation of job security. Rather, the covenant is used to prevent employers from depriving employees of benefits the employees have already earned» [M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 832 e 833 (2010)].

<sup>167</sup> In particolare, è del tutto pacifica l'inclusione della clausola di correttezza e buona fede in ogni contratto di lavoro sia in Alaska (intesa anche come regola secondo cui valutare il comportamento delle parti) che in Wyoming [cfr. su tutte *Wilder v. Cody Country Chamber of Commerce*, 868 P.2d 211 (Wyo. 1994); nel New Mexico, invece, sembra riconosciuta solo nei contratti non *at-will*].

<sup>168</sup> *Uproar Co. v. Nat'l Broad. Co.*, 81 F.2d 373, 377 (1st Cir. 1936), riportato anche da *Fortune v. Nat'l Cash Register Co.*, 373 Mass. 96, 104, 364 N.E.2d 1251, 1257 (1977).

<sup>169</sup> N. BENEDETTO, *Employment at will e tutela contro i licenziamenti privi di giusta causa. . .*, 229.

<sup>170</sup> Così *Foley v. Interactive Data Corp.*, 47 Cal. 3d 654, 765 P.2d 373 (1988).

quelli civili<sup>171</sup>. Un *revirement* così netto sembra - con buone probabilità - legato più che altro alla mera esigenza di contenere l'ammontare dei risarcimenti, posto che la media di quelli ottenuti già prima del 1988 (quindi, come illecito civile) era arrivata a superare la somma di \$ 400.000 per lavoratore<sup>172</sup>.

### 1.6 The Wrongful Discharge from Employment Act (“WDEA”): la scelta obbligata del Montana.

Nel 1987, il Montana ha approvato il *Wrongful Discharge from Employment Act*<sup>173</sup>, diventando così il primo - e, a tutt'oggi, l'unico<sup>174</sup> - Stato ad avere una disciplina legislativa organica - dunque, anche degli *ununionized employees*<sup>175</sup> - dei licenziamenti individuali.

La regola dell'*Eaw*, vigente con il *Civil Code* napoleonico sin dal 1895<sup>176</sup>, in realtà non era mai stata valorizzata dalle *common law Courts* dello Stato<sup>177</sup>, tanto che per la dottrina era «un sottoprodotto accidentale dello sforzo di codificazione generale»<sup>178</sup>.

---

<sup>171</sup> Sempre secondo la Corte Suprema della California, «As we have reiterated, the employment relationship is fundamentally contractual, and several factors combine to persuade us that in the absence of legislative direction to the contrary contractual remedies should remain the sole available relief for breaches of the implied covenant of good faith and fair dealing in the employment context» [Foley v. Interactive Data Corp., 47 Cal. 3d 654, 696, 765 P.2d 373, 398 (1988)].

<sup>172</sup> Sul punto, cfr. la ricostruzione di G.E. JACKSON, S.L. SHIELDS, *How to Defend and Win Labor and Employment Law Cases*, Englewood Cliffs, 190 (1992).

<sup>173</sup> Mont. Code Ann. § 39-2-901 *et seq.*

<sup>174</sup> L'*Employment Termination Act*, approvato nello Stato dell'Arizona nel 1996 [Ariz. Rev. Stat. Ann. § 23-1501 (1996)], non può comunque essere paragonato al WDEA, trattandosi di una mera ricognizione delle ipotesi in cui è possibile agire in giudizio in caso di licenziamento. Più precisamente, «The Arizona statutes sets forth four exclusive grounds for a claim for termination of employment: (1) discharge in breach of an employment contract; (2) discharge in violation of an Arizona Statute; (3) discharge for nine enumerated public policy reasons, including refusal to commit an act or omission that would violate the state constitution or statutes, and internal and external whistleblowing; and (4) in the case of a public employee, if the employee as a right to continued employment under the constitution» [così M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN, *Employment Law*, 869 (2010)].

<sup>175</sup> Il WDEA non è applicabile né ai lavoratori il cui rapporto è disciplinato da accordi collettivi, né agli *employee* con un contratto di lavoro a tempo determinato.

<sup>176</sup> L'importanza basilare del *Code Civil* nel Montana si evince da un *pamphlet* di fine '800, in cui un influente giurista rilevava come il cittadino del Montana «who has but little money to spend on books, needs to have lying on his table but three: an English Dictionary to teach the knowledge of his mother tongue; this Book of the Lawsuit [the Codes], to show him his rights as a member of a civilized society; and the good old Family Bible to teach him his duties to God and to man» [letter to Henry Field, Jan. 24, 1886, in H. FIELD, *The Life of David Dudley Field* 92 (1898)].

<sup>177</sup> Per ragioni di completezza, occorre rilevare come l'economia del Montana è da sempre legata all'estrazione ed allo sfruttamento di rame e legno, industria storicamente ad alto tasso di sindacalizzazione. Al contempo, quasi un terzo della popolazione è dipendente di Enti pubblici. Dunque, si tratta di tipologie di lavoratori che

Con la pronuncia *Keneally v. Orgain* (1980), la Corte Suprema del Montana, pur etichettando il contratto di lavoro come terminabile *at-will* («*il rapporto di lavoro di Keneally come account manager era terminabile at-will per entrambe le parti*»), per la prima volta manifesta un'apertura alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, mostrandosi «*non ... in disaccordo sull'ipotesi che in un caso del genere un'azione per licenziamento illegittimo possa essere avanzata dal lavoratore*»<sup>179</sup>.

Ma il dado era irrimediabilmente tratto solo pochi anni dopo: nel 1983, la stessa Corte Suprema riconosceva la responsabilità dell'*employer* per violazione della clausola implicita di buona fede e correttezza in occasione del licenziamento del lavoratore, affermando che «*una clausola di buona fede e correttezza [è ...] implicita nel contratto di lavoro del ricorrente. Resta però un problema di realtà fattuale che preclude un giudizio sommario, cioè se il testimone sia riuscito a giustificare la domanda del ricorrente e, in caso affermativo, se il convenuto abbia quindi violato la clausola di buona fede e correttezza*»<sup>180</sup>. In

---

- anche se per motivi diversi - sono comunque esclusi dall'applicazione dell'*EaW rule*, al pari delle attività di natura prettamente stagionale (allevamento e turismo).

Per un'ampia analisi sull'applicazione dell'*EaW Rule* nelle singole giurisdizioni statali, *cf.* A. P. MORRISS, *Exploding Myths: An Empirical and Economic Reassessment of the Rise of Employment At-Will*, 59 Missouri L. Rev. 679 (1994).

<sup>178</sup> A. P. MORRISS, *The Story of the Montana Wrongful Discharge from Employment Act: A Drama in 5 Acts*, in S. ESTREICHER, G. LESTER (a cura di), *Employment Law Stories*, 245 (2007).

Lo stesso Autore descrive l'incertezza degli stessi sostenitori dell'*EaW Rule* con una metafora colorita quanto efficace, immaginandoli in «*a position akin to a swimmer confronting a partially submerged log in a pond: there was something there but it was far from clear what it was*» (*Id.*, 248).

<sup>179</sup> *Keneally v. Orgain*, 186 Mont. 1, 6, 606 P.2d 127, 130 (1980). Da segnalare, a tal proposito, l'ampia citazione nel corpo della sentenza della nota pronuncia *Geary v. United States Steel Corporation* della Corte Suprema della Pennsylvania (1974) : «*[T]he praiseworthiness of Geary's motives does not detract from the company's legitimate interest in preserving its normal operational procedures from disruption. In sum, while we agree that employees should be encouraged to express their educated views on the quality of their employer's products, we are not persuaded that creating a new non-statutory cause of action of the sort proposed by appellant is the best way to achieve this result. On balance, whatever public policy imperatives can be discerning here seem to militate against such a course*» [*Geary v. United States Steel Corporation*, 456 Pa. 171, 319 A.2d 174, 178-79 (1974); *cf.* paragrafo che precede].

Sintomatico, ad ogni modo, che la Corte Suprema del Montana, anche nelle altre ipotesi in cui citava l'*EaW Rule*, non si soffermava mai sull'applicabilità della vigente disciplina codicistica: un indizio che già ne faceva presagire il superamento [*cf.*, su tutte, *Reiter v. Yellowstone County*, 192 Mont. 194, 627 P.2d 845 (1981)].

<sup>180</sup> *Gates v. Life of Montana Ins. Co.*, 196 Mont. 178, 184-85, 638 P.2d 1063, 1067 (1982), la cd. "*Gates I*". Tale pronuncia richiama espressamente *Fortune v. National Cashier Register Co.*, nella parte in cui quest'ultima aveva affermato che «*an employer is entitled to be motivated by and to serve its own legitimate business interests; that an employer must have wide latitude in deciding whom it will employ in the face of the uncertainties of the business world; and that an employer needs flexibility in the face of changing circumstances*» [così *Fortune v. Nat'l Cash Register Co.*, 373 Mass. 96, 364 N.E.2d 1251 (1977)].

sintesi, «qualificando il diritto di recedere senza causa ed aggiungendo il requisito della buona fede, la Corte di fatto eliminò l'employment at-will»<sup>181</sup>.

Ma è la pronuncia cd. "Gates II"<sup>182</sup> - con il riconoscimento in termini generali della possibilità di un risarcimento del danno sulla base di clausole contrattuali implicite - a fornire al soggetto licenziato «qualcosa di assimilabile ad un biglietto della lotteria»: infatti, «ogni causa per un licenziamento illegittimo divenne così una sconfitta certa [per l'imprenditore], con la sola questione di quanto questi avrebbe dovuto pagare»<sup>183</sup>.

Nel 1987, su proposta della *Montana Association of Defense Counsel* ("MADC"), la *Montana House* e quindi il *Senate* approvavano allora il *WDEA*, con il dichiarato intento di porre un freno agli ultimi sviluppi della giurisprudenza di *common law* ed, in particolare, ai sostanziosi risarcimenti che i lavoratori riuscivano molto spesso ad ottenere in giudizio.

Più precisamente, si tratta di un testo - tuttora vigente - che «superava ed implicitamente abrogava la regola dell'employment at-will»<sup>184</sup>, prevedendo:

- «good cause»<sup>185</sup> per licenziare un *employee* non in prova<sup>186</sup>;

---

<sup>181</sup> Così L. H. SCHRAMM, *Montana Employment Law and the 1987 Wrongful Discharge from Employment Act: A New Order Begins*, 51 Mont. L. Rev., 105 (1990).

<sup>182</sup> Secondo la Corte Suprema del Montana, infatti, «Breach of the duty owed to deal fairly and in good faith in the employment relationship is a tort for which punitive damages can be recovered if defendant's conduct is sufficiently culpable» [*Gates v. Life of Montana Ins. Co.*, 205 Mont. 304, 307, 668 P.2d 213, 215 (1983)].

<sup>183</sup> A. P. MORRISS, *The Story of the Montana ...*, 249, 250 (2007).

<sup>184</sup> Così *Whidden v. John S. Nerison, Inc.*, 1999 MT 110, 294 Mont. 346, 352, 981 P.2d 271, 275.

A conferma della fondatezza dell'orientamento citato, nel 2001 lo Stato del Montana ha espressamente abrogato le previsioni codicistiche in materia di licenziamento.

<sup>185</sup> «(1) A discharge is wrongful only if:

(a) it was in retaliation for the employee's refusal to violate public policy or for reporting a violation of public policy;

(b) the discharge was not for good cause and the employee had completed the employer's probationary period of employment; or

(c) the employer violated the express provisions of its own written personnel policy.

(2)(a) During a probationary period of employment, the employment may be terminated at the will of either the employer or the employee on notice to the other for any reason or for no reason.

(b) If an employer does not establish a specific probationary period or provide that there is no probationary period prior to or at the time of hire, there is a probationary period of 6 months from the date of hire" (Mont. Code Ann. § 39-2-904).

<sup>186</sup> Parte della dottrina ha criticato tale impostazione, asserendo che all'interno di una "peculiar combination of just cause and enumerated reasons legislations, it's not entirely clear why the specific provisions relating to public policy dismissals or dismissals contravening employer personnel policies are included, given the broad prohibition against dismissals without just cause, unless the narrower prohibitions are intended to protect only probationary employees» [così H. H. PERRITT Jr., *Wrongful Dismissal ...*, 75-76 (1987)].

- risarcimento del danno per un massimo di 4 annualità di retribuzione (più *benefits* corrispondenti, ma al netto di eventuali altri redditi percepiti dal lavoratore in tale periodo) e «*punitive damages*» solo nei casi di comportamento doloso o fraudolento dell'*employer* («*actual fraud or actual malice*»<sup>187</sup>), sempre se provato in giudizio dal lavoratore;
- improcedibilità di eventuali pretese risarcitorie avanzate secondo la «*law of torts*»<sup>188</sup>;
- previsione di un meccanismo per devolvere la controversia ad Arbitri, con incentivi all'adesione e spese a carico della parte che rifiuta un'offerta ragionevole eventualmente formulata da controparte<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> «(1) If an employer has committed a wrongful discharge, the employee may be awarded lost wages and fringe benefits for a period not to exceed 4 years from the date of discharge, together with interest on the lost wages and fringe benefits. Interim earnings, including amounts the employee could have earned with reasonable diligence, must be deducted from the amount awarded for lost wages. Before interim earnings are deducted from lost wages, there must be deducted from the interim earnings any reasonable amounts expended by the employee in searching for, obtaining, or relocating to new employment.

(2) The employee may recover punitive damages otherwise allowed by law if it is established by clear and convincing evidence that the employer engaged in actual fraud or actual malice in the discharge of the employee in violation of 39-2-904(1)(a).

(3) There is no right under any legal theory to damages for wrongful discharge under this part for pain and suffering, emotional distress, compensatory damages, punitive damages, or any other form of damages, except as provided for in subsections (1) and (2)» (Mont. Code Ann. § 39-2-905).

Le conseguenze pratiche di tale previsione - ed il conseguente vantaggio per gli *employers*, sotto forma di minore risarcibilità del danno - sono riscontrabili *ictu oculi*. Nel caso *Flanigan v. Prudential Federal Savings* del 1986, ad esempio, il risarcimento complessivo di \$ 1,493 milioni di dollari - di cui \$ 1,3 milioni come «*punitive damages*», \$100,000 di «*emotional distress*» e \$ 93,000 per le «*economic losses*» - riconosciuto alla lavoratrice licenziata in violazione della clausola implicita di buona fede *in executivis*, sotto la vigenza del *WDEA* sarebbe stato pari a \$ 93,000 (ovverosia all'ammontare delle perdite economiche effettivamente subite dalla ricorrente). Si tratta di uno di quei casi cui si riferisce Krueger, quando afferma che «*in some well-publicized cases, however, awards granted to unjust-dismissal claimants have exceeded the prize for winning the state lottery!*» [A. B. KRUEGER, *The Evolution of Unjust-Dismissal Legislation ...*, 644 (1991)].

Tuttavia, come si avrà modo di approfondire, una siffatta previsione sembrava stridere con l'orientamento della Corte Suprema del Montana, la quale in precedenza aveva dichiarato l'incostituzionalità di una legge che limitava i risarcimenti a carico dello Stato. Più precisamente, secondo la Corte «*The government has a valid interest in protecting its treasury. However, payment of tort judgments is simply a cost of doing business. There is no evidence in the record that the payment of such claims would impair the State's ability to function as a governmental entity or create a financial crisis. In fact, the State of Montana does have an interest in affording fair and reasonable compensation to citizens victimized by the negligence of the State. Therefore, the strict scrutiny test mandated by the implication of a fundamental right has not been satisfied and the statute prohibiting recovery for noneconomic damage is unconstitutional under the Montana State Constitution. We recognize that some limit on the State's liability may comport with the constitutional guarantees of equal protection. However, such a limitation cannot discriminate between those who suffer pain and loss of life quality and those who primarily suffer economically*» [*White v. State*, 203 Mont. 363, 369, 661 P.2d 1272, 1275 (1983), conforme a *Pfost v. State*, 219 Mont. 206, 713 P.2d 495 (1985), entrambe «*overruled*» da *Meech v. Hillhaven W., Inc.* (1989)].

<sup>188</sup> «*Except as provided in this part, no claim for discharge may arise from tort or express or implied contract*» (Mont. Code Ann. § 39-2-913).

La previsione di un tetto massimo ai risarcimenti ottenibili, nonché il contestuale obbligo di rinunciare ad eventuali pretese secondo la *tort law* provocarono dure reazioni, in special modo dei *plaintiff's bar* (categoria professionale che rischiava così di perdere una parte consistente degli onorari). Ecco perché, sotto la "prima" vigenza dello *WDEA*, le richieste processuali non si limitarono alle indicazioni legislative, ma - quasi sempre - includevano comunque «*un'ampia casistica di azioni in tort, [tra cui] la violazione della clausola implicita di buona fede e correttezza del rapporto di lavoro, licenziamento illegittimo, causazione volontaria o negligente di stress emotive, e comportamento oppressivo, in mala fede e non giustificato*»<sup>190</sup>.

Dunque, il divieto per gli *ununionized employees* di richiedere la tutela in *tort*, con la ipotizzata disparità di trattamento rispetto agli altri lavoratori non sindacalizzati<sup>191</sup> impose un giudizio di costituzionalità da parte della Montana Supreme Court. Nel confermare la legittimità del *WDEA*, la pronuncia *Meech v. Hillhaven W., Inc.*<sup>192</sup> superava l'orientamento fino ad allora prevalente<sup>193</sup>, sostenendo che «*In summary, the history of our remedy guarantee, the rule that the legislature may alter the common law [...]: the role the judiciary must maintain in interpreting constitutional limitations affecting the plenary power*

---

<sup>189</sup> «(4) *A discharged employee who makes a valid offer to arbitrate that is accepted by the employer and who prevails in such arbitration is entitled to have the arbitrator's fee and all costs of arbitration paid by the employer.*

(5) *If a valid offer to arbitrate is made and accepted, arbitration is the exclusive remedy for the wrongful discharge dispute and there is no right to bring or continue a lawsuit under this part. The arbitrator's award is final and binding, subject to review of the arbitrator's decision under the provisions of the Uniform Arbitration Act* (Mont. Code Ann. § 39-2-914).

<sup>190</sup> Pretese avanzate dalla parte attrice Russell E. Meech in *Meech v. Hillhaven W., Inc.*, come riportate da A.P. MORRISS, *The Story of the Montana . . .*, 260 (2007).

<sup>191</sup> Come ricostruito nel corpo della sentenza, «*Meech in essence argues that the Act denies his fundamental right to full legal redress under Article II, § 16 of the Montana Constitution. Meech also contends that the Act violates equal protection by denying the fundamental right to full legal redress to a class of claimants without demonstrating that the classification furthers a compelling state interest*». Di contro, la parte convenuta in giudizio riteneva che «*the Act does not violate equal protection of the laws or infringe on a fundamental right to full legal redress because Article II, § 16 of the Montana Constitution guarantees only a right of access to courts to seek a remedy for wrongs recognized by common-law or statutory authority, and the legislature may alter common-law causes of action to promote a legitimate state interest*» [citazioni da *Meech v. Hillhaven W., Inc.*, 238 Mont. 21, 26, 776 P.2d 488, 491 (1989)].

<sup>192</sup> La Corte Suprema del Montana si pronunciò quindi sulla costituzionalità del *WDEA* anche in altre ipotesi - su tutte, *Johnson v. State*, 238 Mont. 215, 776 P.2d 1221 (1989) e *Allmaras v. Yellowstone Basin Properties*, 248 Mont. 477, 812 P.2d 770 (1991) -, ma senza aggiungere ulteriori valutazioni di rilievo rispetto al «*leading case*» *Meech*.

<sup>193</sup> Come chiaramente enunciato dalla Corte, «*We agree with Hillhaven and overrule Corrigan, White, and Pfof insofar as they hold that Article II, § 16 of the Montana Constitution guarantees a fundamental right to full legal redress*» [*Meech v. Hillhaven W., Inc.*, 238 Mont. 21, 26, 776 P.2d 488, 491 (1989)].

*possessed by the people through their legislature, and through their initiative and referendum powers, also supports Hillhaven's assertions»*<sup>194</sup>.

Dunque, il WDEA poteva ricominciare il suo percorso applicativo, con - su tutte - almeno tre conseguenze di rilievo:

1. una maggiore semplicità e quindi celerità nel procedimento giudiziale<sup>195</sup>;
2. un efficace filtro per le controversie ai limiti della temerarietà, soprattutto per la severa riduzione degli onorari (pur correlati all'ammontare del risarcimento ottenuto)<sup>196</sup>;
3. la proposizione alle Corti solo dei casi più complessi, in quanto nelle altre ipotesi la soluzione arbitrale<sup>197</sup> poteva apparire più idonea.

In sintesi, l'introduzione del WDEA ha prodotto negli anni subito successivi il risultato della riduzione delle controversie in materia di licenziamento<sup>198</sup>,

---

<sup>194</sup> Ancora *Meech v. Hillhaven W., Inc.*, 238 Mont. 21, 41, 776 P.2d 488, 500 (1989). Tale asserzione ha suscitato aspre critiche anche all'interno della Corte: ad esempio, la *dissenting opinion* del Giudice Sheehy evidenzia - con toni talvolta apocalittici - che «*this is the blackest judicial day in the eleven years that I have sat on this Court. Indeed it may be the blackest judicial day in the history of the state. [...] The decision today cleans the scalpel for the legislature to cut away unrestrainedly at the whole field of tort redress. Perhaps worse by this decision today, the Court throws in the sponge as a co-equal in our tripartite state government*» [ID. 507].

<sup>195</sup> Parte della dottrina ha sostenuto che la minore durata di un processo in Montana dipendesse anche da altri fattori: la natura della parte convenuta (parti processuali come *Montana corporation, individual o partnership* comporterebbero tempi più celeri rispetto a *out-of-state corporation e government*); la mancanza di contrapposizioni processuali ed il numero limitato delle deposizioni; l'esperienza degli avvocati - ancor più se della stessa Contea - in controversie similari; infine, il minor numero di casi sottoposti a Corti, meno oberate e dunque più celeri [cfr. A. P. MORRISS, *The Story of the Montana . . .*, 272, 273 (2007)].

<sup>196</sup> Come dimostrato dai risultati di un'inchiesta nell'ambito del *Montana Bar*, infatti, «*a large percentage had personally declined a case involving a WDFEA because of inadequate compensation, are distressing and raise the question of the adequacy of the Act*» [così L. BIERMAN, K. VINTON & S.A. YOUNGBLOOD, *Montana's Wrongful Discharge from Employment Act: The Views of the Montana Bar Survey*, 54 MONT. L. REV., 367 (1993)].

<sup>197</sup> Tuttavia, parte della dottrina ha rilevato un evidente ostracismo degli avvocati del Montana verso i Collegi arbitrali, proprio poiché tale ricorso costituiva una pratica fino a quel momento tutt'altro che comune nella prassi legale dello Stato [cfr. l'analisi di B.T. EWING, *The Employment Effects of a "Good Cause" Discharge Standard in Montana*, 59 IND. LAB. REV. 17 (2005)].

Tale *background* culturale avrebbe così limitato l'impatto positivo del WDEA sulla riduzione delle controversie sottoposte alle Corti, avvalorando così la tesi di coloro che, sulla base di una prospettazione dei risultati, propugnano l'introduzione di discipline similari in altri Stati o nell'intera Federazione [su tutti, cfr. C.W. SUMMERS, *The Contract of Employment and the Rights of Individual Employees: Fair Representation and Employment at Will*, 52 FORDHAM L. REV. 1082 (1984)].

<sup>198</sup> L'analisi di MORRISS riguarda i dati relativi alle cinque principali Contee del Montana (Gallatin, Granite, Lake, Missoula e Silver Bow), per un campione rappresentativo di circa il 25% degli occupati nell'intero Stato. Comparando il periodo "*pre-WDEA*" a quelli "*post-WDEA*" (più precisamente, "*pre-Meech*" e "*post-Meech*", in rapporto alla basilare pronuncia della *Montana Supreme Court*), l'A. ha rilevato una diminuzione delle controversie nel lungo periodo, ovvero nel "*post-Meech*". Più precisamente, lo studio macroeconomico - secondo il metodo statistico dello «*Standard Deviation*» - permetteva di rilevare uno "scarto tipo" pari a 2.99

accompagnato da un - di certo, non positivo - aumento del tasso di occupazione nello stato del Montana.

### 1.7 Henry H. Perrit Jr. (1987): i tempi per una Wrongful-Dismisal Legislation son maturi, ma chi la supporterebbe?

Rinvigorita dall'approvazione del WDEA, la dottrina statunitense rilanciava l'adozione di una legislazione in materia di licenziamenti individuali, anche perchè il rapido sviluppo «di una teoria giurisprudenziale in materia di licenziamenti illegittimi riduceva l'ambito applicativo dell'employment at-will fino quasi a vanificarla»<sup>199</sup>.

Serviva, allora, un provvedimento che sistematizzasse le erosioni giurisprudenziali<sup>200</sup> alla regola dell'EaW, bilanciando, da una parte, libertà individuali e interessi

---

dopo la citata pronuncia del 1989, quindi inferiore rispetto al passato (in quanto del 3.91 nel "pre-WDEA" e del 3.95 nel "pre-Meech").

La spiegazione dei risultati è la seguente: «in the post-WDEA, pre-Meech period, the number of claims in wrongful discharge complaints should rise slightly, as a careful attorney would plead a WDEA claim as an alternative claim to the common law torts claim. The careful attorney would continue to include the tort claims, despite the WDEA preemption provisions, because of the substantial possibility that the WDEA would be ruled unconstitutional by the Montana Supreme Court. After Meech, however, the total number of claims per compliant should decrease as attorneys stopped including preempted claims. ... thus confirming the predicted impact of the statute» [così A. P. MORRISS, *The Story of the Montana ...*, 267, 268 (2007)].

Ma non solo. Anche la durata media di un processo nel periodo *post-Meech* è inferiore, perché «once upheld, the WDEA reduced the uncertainty over the outcome of a case, making disagreements over the value of a claim less likely and so trials less necessary» (ID, 270). Nel caso di specie, l'analisi si basa sul «proportional hazard model» teorizzato da COX [cfr. D.R. COX, D. OAKES, ANALYSIS OF SURVIVAL DATA (1984); cfr. anche M. KIEFER, *Economic Duration Data and Hazard Functions*, 26 J. ECON. LIT. 646 (1988)], in particolare su due aspetti dei coefficienti di valutazione, ovverosia «their significant level and wheter they indicate that a particular variable speeds or slows the event» [A. P. MORRISS, *The Story of the Montana ...*, 271 (2007)].

<sup>199</sup> Così H.H. PERRITT Jr., *Wrongful Dismissal ...*, 65 (1987), articolo con il quale l'A. ha ripreso espressamente la precedente teorizzazione di SUMMERS: «In 1976 University of Pennsylvania law professor Clyde W. Summers wrote a law review article saying that it was time for a statute to protect employees from wrongful dismissal. Ten years later many employers think a statute is a good idea to protect employers from wrongful dismissal suits» (ID.).

Altra valida proposta dottrinale è quella di Bellace, secondo cui si dovrebbe predisporre un sistema rimediabile con risarcimenti prefissati dalla legge, eventualmente implementati da «compensatory awards» (solo nei casi appropriati). Modello basato sulla - già esistente - «unemployment compensation procedure» (con la sola introduzione dell'obbligo di audizione per l'employee), la competenza sulle controversie spetterebbe "naturalmente" agli omonimi «unemployment compensation tribunals», sia per ragioni di economicità che di attinenza con le materie da questi trattate [cfr. J. BELLACE, *A Right of Fair Dismissal: Enforcing a Statutory Guarantee*, 16 U. MICH. J.L. REF. 207 (1983)].

<sup>200</sup> Il riferimento è alle tre conclamate categorie di eccezioni alla regola dell'EaW, ovverosia *Public Policy Tort theory*, *Implied in Fact Contract theory* e *Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing* (cfr. par. 1.5).

economici, dall'altra, il bisogno diffuso («*social need*») di efficienza industriale: insomma, «*la fattibilità di una riforma legislativa è sempre determinata dalla realtà politica*»<sup>201</sup>.

La proposta di Perrit trae spunto dalle posizioni delle principali *lobbies* interessate dall'argomento, per poi affermare che «*l'unica tipologia di legislazione in materia di licenziamenti illegittimi passibile di ottenere un apprezzabile supporto politico nel breve termine è una legislazione che enumeri le ipotesi in cui il recesso non è permesso*»<sup>202</sup>.

Più precisamente, si tratta di 6 diversi gruppi di interessi:

- 1) **Employers**: storicamente contrari all'eliminazione dell'*EaW Rule*, sono bene organizzati politicamente ed influenti nelle assemblee legislative. Essi potrebbero comunque supportare una legislazione limitativa per evitare un giudizio dagli esiti sempre più incerti e - soprattutto - potenzialmente sfavorevoli<sup>203</sup>;
- 2) **Defense Bar**: categoria che potrebbe essere favorevole al cambiamento, nell'ottica di una semplificazione - e quindi di una riduzione dei tempi - del giudizio;
- 3) **Trade Unions**: le organizzazioni sindacali sarebbero in una posizione «*ambivalent*»<sup>204</sup>: anche se storicamente favorevoli ad interventi legislativi

---

<sup>201</sup> H.H. PERRITT Jr., *Employee Dismissals: An Opportunity for Legal Simplification*, 35 LAB. L. JOURNAL 407 (1984).

<sup>202</sup> H.H. PERRITT Jr., *Wrongful Dismissal ...*, 68 (1987).

L'analisi sembra partire idealmente dalla posizione espresso da PECK, secondo cui «*Usually, statutes are not enacted because they incorporate good ideas or principles; rather, they are enacted because organized interest groups lobby for their enactment*» [così C.J. PECK, *The Role of the Courts and Legislatures in the Reform of Tort Law*, 48 MINN. L. REV. 281 (1963)].

<sup>203</sup> Come si avrà modo di approfondire nel par. 1.7, si tratta della stessa motivazione su cui si focalizza l'analisi di A.B. KRUEGER, *The Evolution of Unjust-Dismissal ...*, 644 (1991).

Tuttavia, si può subito rilevare che nella metà degli anni '80 gli imprenditori hanno iniziato ad avere una sempre maggiore contezza circa le conseguenze - negative, dal loro punto di vista - dei nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di licenziamento individuale. Ad esempio, la rivista economica *Business Week* del 1985 rilevava che «*The time is coming when nonunion employees will no longer serve entirely at the employer's will - the so-called employment-at-will doctrine that has prevailed in the U.S. since the late 1800s. Slowly but inexorably, judicial and legislative law is recognizing that even nonunion employees have an implicit employment contract that is enforceable in the courts*» [J. HOERR, G.G. WILLAIM, D. B. MOSKOWITZ, V. CAHAN, M. A. POLLACK, J. TASINI, *Beyond Unions: A Revolution in Employment Rights is in the Making*, in *Business Week*, July 8, 72, 73 (1985)].

<sup>204</sup> Di contro, parte della dottrina - statunitense come italiana - ha rilevato un atteggiamento di indifferenza da parte delle organizzazioni sindacali, supportato dall'analisi degli avvenimenti relativi all'approvazione del WDEA nel Montana. Più precisamente, si è sostenuto che «*although some economists have argued that limits on employment-at-will have been detrimental to union organizing efforts [...], labor unions in Montana did not testify in opposition to legislation that extended unjust-dismissal protection to nonunion workers*» [A.B. KRUEGER, *The Evolution of Unjust-Dismissal ...*, 648 (1991)], mentre la dottrina italiana ha asserito che lo stesso WDEA sia stato «*richiesto e*

migliorativi *pro* lavoratori, rischierebbero al tempo stesso di perdere buona parte degli iscritti se, con l'iscrizione, un lavoratore avesse comunque la stessa tutela di un non iscritto (com'è noto, la tutela prevista dai contratti collettivi è il principale fattore che convince un *employee* a sindacalizzarsi<sup>205</sup>);

- 4) **Plaintiff's Bar**: è una lobby che «*potrebbe opporsi o favorire la legificazione, a seconda dei suoi contenuti*»<sup>206</sup>: nonostante l'ipotizzabile riduzione dei compensi, infatti, una legislazione che semplifichi l'*iter* giudiziale e renda più probabile l'accoglimento di (fondate) pretese attoree potrebbe infatti ricevere il sostegno anche dei *plaintiff Bar*,
- 5) **Not-unioned Employees**: certamente la categoria che più beneficerebbe di una *Wrongful Discharge Legislation*, ottenendo così il risultato di una «*job security*» senza alcuna contropartita, nemmeno in termini economici<sup>207</sup>. Tuttavia, è un gruppo d'interesse non organizzato, e dunque politicamente poco influente;
- 6) **Academic Lawyers**: i primi a proporre una legislazione restrittiva in materia, la loro influenza è strettamente correlata all'assistenza tecnica che forniscono al legislatore così come alla completezza delle proposte dottrinali di volta in volta formulate.

Nonostante un quadro fattuale apparentemente favorevole, e salvo il caso del Montana<sup>208</sup>, una «*just-cause legislation*» non aveva però mai trovato l'approvazione dei

---

*fortemente sostenuto dalle associazioni imprenditoriali, mentre il sostegno da parte dei sindacati dei lavoratori è stato tiepido, quando non addirittura inesistente»* [così P. ICHINO, *Quando sono gli imprenditori a rivendicare ...*, 236 (1995)].

Più in generale, altra autorevole dottrina aveva evidenziato come il sindacato statunitense «*non è mai il protagonista o il partecipante di un procedimento para-legislativo o para-regolamentare volto all'elaborazione di una "legge professionale" uniforme e generale per tutti i lavoratori appartenenti ad un certo settore o ad una determinata categoria*», in quanto «*il sindacalismo organizzato si pone come uno tra i tanti fenomeni di aggregazione di interessi che agiscono al suo interno senza una precisa collocazione nella struttura dello Stato*» [così S. LIEBMAN, *Rappresentatività del sindacato ...*, 453 (1983)].

<sup>205</sup> Per parte della dottrina, «*The argument that a union will prevent unfairness by establishing a grievance procedure is one of the most persuasive arguments used to acquire members and organize a work force*» [così J. GETMAN, S. GOLDBERG, J. HERMAN, *Union Representation Elections: Law and Reality*, 99 (1976)].

<sup>206</sup> H.H. PERRITT Jr., *Wrongful Dismissal ...*, 70 (1987).

<sup>207</sup> Di diverso avviso, altra dottrina [J.L. HARRISON, *The "New" Terminable-at-Will ...*, 352 (1984)] ha ritenuto che i «*costi applicativi*» di una *Wrongful Discharge Legislation*, a determinate condizioni di mercato, si riversino anche sugli *employees* (*cf. par. 1.9*).

<sup>208</sup> Sul punto, *cf. par. 1.6*.

singoli Stati, fermandosi - peraltro, solo in alcuni casi<sup>209</sup> - allo stadio di una mera proposta di legge.

L'Autore propone dunque un modello di legge federale - definito «*standard di correttezza sostanziale*» - che ricomprenda le limitazioni legislative già esistenti e, tra le eccezioni formulate dalla giurisprudenza di *common law*, la sola *implied in Fact Contract theory*<sup>210</sup>:

«*A discharge of an employee shall be wrongful if one or more of the following was a determining factor in the discharge:*

(i) *The employee's age, sex, race, religion, national origin, handicap, or sexual orientation;*

(ii) *The employee's exercise of rights of political expression, religious activities, association, or privacy guaranteed under the United States Constitution against governmental interference;*

(iii) *The employee's performance of an act or refusal to perform an act, the performance or refusal being in furtherance of public policy, as expressed in statute, administrative regulation, or formal statements of professional ethics applicable to the employee;*

(iiii) *Off-duty conduct of the employee bearing no reasonable relationship to the employee's job performance.*

*Or, discharge of an employee shall be wrongful if the discharge occurred in violation of an employer's express or implied promise that the employer would dismiss the employee only for certain reasons or only after following certain procedures».*

Una siffatta elencazione consente però al datore di lavoro di licenziare anche in presenza di una delle condizioni ostative elencate, a condizione che vi sia una «*business reasons*» (come intuibile, previsione inserita per incrementare le possibilità di consenso delle lobbies degli *employers* e del *defense bar*).

Come per Summers<sup>211</sup>, anche secondo tale teoria le valutazioni di merito sarebbero poi rimesse ai soli<sup>212</sup> (costituendi) Collegi arbitrali.

---

<sup>209</sup> Ci si riferisce alle proposte avanzate presso le assemblee legislative statali di Colorado (1981), Michigan (1982), Wisconsin (1981) e Pennsylvania (1981) - elencate da P. FENN, C. J. WHELAN, *Job Security and the Role of Law: An Economic Analysis of Employment-at-Will*, 20 STAN. J. INT'L. L. 353, 354 n. 5 (1984) -, nonché a quelle di California (1986, 1988), Montana (1987, poi attuata con il WDEA), Vermont (1988), Washington (1987), fornite invece da A. HILL, "Wrongful Discharge" and the Derogation of the At-Will Employment Doctrine, 1988.

<sup>210</sup> Più precisamente, «*incorporation of two others, overlapping, categories of existing common law protection presents more difficult questions of balance. These categories relate to off-duty conduct and to rights protected by the Constitution against governmental interference as "liberty" interests*» [così H.H. PERRITT Jr., *Wrongful Dismissal ...*, 83 (1987)].

<sup>211</sup> Tuttavia, a differenza di Summers (per la cui posizione si rimanda al par. 1.4), Perritt motiva la sua scelta su elementi meramente quantitativi, rilevando come le *common law Courts* - al pari dell'*Administrative agency* -

Chiaramente, l'onere di provare la contrarietà del licenziamento ad una delle condizioni indicate graverebbe sul lavoratore<sup>213</sup>, al quale, in caso di «*reinstatement*», spetterebbero solo le mensilità arretrate («*back pay*»), e non quelle successive al licenziamento («*front pay*»)<sup>214</sup>.

### 1.8 Alan B. Krueger (1991): può una “unjust-dismissal legislation” essere una opportunità per il datore di lavoro?

L'autorevole A.B. Krueger è il primo a sostenere che una disciplina limitativa del potere di interrompere *at-will* un rapporto di lavoro può costituire un vantaggio anche per i datori di lavoro. Fino a quel momento, infatti, pur evidenziando l'esigenza di una riforma, la dottrina statunitense aveva - quasi ontologicamente - rilevato nell'ostracismo della *lobby* imprenditoriale il principale freno ad un progetto riformista<sup>215</sup>.

Krueger riesce ad invertire il punto d'osservazione: un dichiarato approccio positivistico - e non normativo<sup>216</sup> - gli consente di affermare che «*i gruppi*

---

abbiano già un gran numero di controversie di loro competenza (l'elemento ulteriore dei costi - decisamente ridotti rispetto ad un giudizio ordinario - appare non dirimente nella logica dell'A.).

<sup>212</sup> La competenza arbitrale sul licenziamento degli *ununion employees* viene indicata come piena ed inderogabile: l'obiettivo, infatti, è evitare che una stessa controversia sia non solo potenzialmente proponibile, ma anche effettivamente proposta innanzi a distinti organi giudicanti (*common law Courts*, NLRB, EEOC, altre agenzie amministrative, ecc...). Sul punto, significativo è Olguin v. Inspiration Consol. Copper Co., 740 F.2d 1468 (9th Cir. 1984), caso in cui l'attore si era rivolto alla *common law Court* con una *public policy tort action*, ma allo stesso tempo aveva richiesto la procedura arbitrale prevista dal contratto collettivo, e - per giunta - solo dopo il rigetto della sua pretesa da parte del NLRB per presunta violazione del *Mine Safety and Health Act* e del *National Labor Relations Act*. Ecco perché la prospettata semplificazione avrebbe risultati concreti solo se attuata a mezzo di legge federale, uniformando così le singole legislazioni statali.

<sup>213</sup> In caso di «*just case statute, the burden of proof (at least the burden of producing evidence) rests with the employer to show that the reason for dismissing an employee was justified*» [H.H. PERRITT Jr., *Wrongful Dismissal* ..., 95 (1987)].

<sup>214</sup> Con “*back pay*” si intendono le retribuzioni o comunque gli emolumenti che il lavoratore avrebbe ricevuto dall'*employer* nel lasso di tempo intercorso tra il licenziamento e la reintegrazione; il «*front pay*» rappresenta invece un risarcimento per quanto lo stesso *employee* avrebbe percepito in ragione delle sue prestazioni future. Ciò spiega, quindi, la non cumulabilità tra provvedimento di «*reinstatement*» e «*front pay*».

<sup>215</sup> Su tutte, *cf.* le teorizzazioni di BLADES (1967) e di J. STIEBER, «*The Case for Protection of Unorganized Employees Against Unjust Discharge*», in *Proceedings of the Industrial Relations Research Association* (December) 155 (1979).

<sup>216</sup> Quasi tutte le proposte dottrinali *ante* 1991 si concludevano con una domanda non retorica, ovveorsia se mai vi sarebbero state concrete possibilità di attuazione delle stesse, ed a quali condizioni. KRUEGER, invece, partendo dall'evoluzione della regola dell'*EaW* nella giurisprudenza statunitense, ritiene che una

*imprenditoriali, in risposta alla minaccia di ingenti e variabili risarcimenti del danno imposti dal sistema giudiziale, alla fine supporterebbero una legislazione sui licenziamenti illegittimi al fine di chiarire una volta per tutti i diritti di proprietà, ridurre l'incertezza, e limitare la responsabilità datoriale»<sup>217</sup>.*

Oltre ad un ipotizzabile risarcimento milionario, gli *employers* eviterebbero così anche quei costi indirettamente legati al giudizio, tra cui «*l'impegno del Management in termini di tempo per la preparazione del caso, il deterioramento delle relazioni tra i lavoratori, il danno all'immagine pubblica dell'impresa, e la diffusione di informazioni confidenziali e cruciali che può essere sfruttata dai competitors*»<sup>218</sup>.

La chiave di lettura fornita dall'Autore è l'autorevole teoria di Coase: più precisamente, il noto assunto secondo cui se i costi di negoziazione e transazione sono nulli, la contrattazione tra agenti economici porterà a soluzioni efficienti da un punto di vista sociale (la cd. «*efficienza Paretiana*»<sup>219</sup>), anche in presenza di esternalità ed a prescindere da chi detenga inizialmente i diritti legali («*property rights*»)<sup>220</sup>.

---

siffatta disciplina legislativa non costituisca un obiettivo, ma il logico risultato cui la società - imprenditori su tutti - nei fatti già ambirebbe.

Infatti, come rilevato anche da autorevole dottrina italiana (non senza critiche alla disciplina allora vigente in Italia), «*l'esperienza statunitense sembra confermare che, indipendentemente dal contesto legislativo e dallo sviluppo della contrattazione collettiva, [...] gli ordinamenti evoluti tendono in un modo o nell'altro a sanzionare l'abuso della facoltà di recesso dell'imprenditore: cacciato dalla porta in omaggio alla dottrina dell'employment at will, il sindacato giudiziale rientra dalla finestra attraverso le clausole generali del diritto comune. E [...] con l'applicazione delle clausole generali si sa dove si incomincia ma non è sempre chiaro dove si va a finire*» [così P. ICHINO, *Quando sono gli imprenditori...*, 236 (1995)].

<sup>217</sup> A.B. KRUEGER, *The Evolution of Unjust-Dissmissal Legislation...*, 644 (1991).

In senso conforme, altra dottrina ha rilevato che «*The advantage of legislative modification of the employment-at-will rule are many. First, the employee and the employer will benefit from the availability of a statutory remedy that clearly identifies the burden of proof required and thus reduces the inherent variability in jury determinations of what constitutes good cause. Second, the employer will benefit from greater certainty in making employment decisions and issuing policy statements and thus will be able to produce personnel manuals and handbooks but with greater ability to limit liability from wrongful discharge litigation*» [B.D. BERNIS, *Employers Beware: The Implied Contract Exception...*, 355 (1987)].

<sup>218</sup> *ID.*, 647.

Sempre sul punto, altra dottrina ha - forse, eccessivamente - ampliato il campo d'indagine, asserendo che nei costi indiretti «*can include such responses as not firing workers even when justified, limiting employment expansion entirely, focusing firm hiring on candidate groups presenting the lowest risk of exposure to litigation, and even altering the focus of the company to avoid risky ventures which might require the hiring of excess employees who could later file suit if terminated*» [così M. BERGER, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker...*, 26-27 (1997)].

<sup>219</sup> Il riferimento è agli studi di V. PARETO, *Cours d'Economie Politique*, Losanna, 1896.

Sul tema, occorre però ricordare che «*the "economic theory of law" and the 'efficiency theory of the common law' should not be confused*»; tra i possibili esempi, «*[the] federal labor law administered by the National Labor Relations Board, although explicable in economic terms, is not a system for maximizing efficiency: its goal, which is an economic although not an efficient one, is to increase the incomes of union members by cartelizing the supply of labor in particular markets*» [così R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 25 (1992)].

<sup>220</sup> Secondo R.H. COASE, «*In these conditions the initial delimitation of legal rights does have an effect on the efficiency with*

Per quanto riguarda le controversie in materia di licenziamento, allora, «*se i diritti al posto di lavoro (ad esempio, le restrizioni e le procedure che regolano i licenziamenti) fossero definiti con chiarezza e commerciabili, e se i costi di transazione fossero insignificanti, allora una diretta applicazione della teoria di Coase implicherebbe che l'efficienza economica non dipende dal soggetto a cui il diritto di terminare un rapporto di lavoro at will è assegnato, sia esso il datore di lavoro od il lavoratore*»<sup>221</sup>.

Due gli esempi proposti:

- a) **situazione in cui gli employers hanno il diritto di licenziare liberamente.**

Si suppone che gli *employees* valutino la tutela contro il licenziamento ingiustificato fornita da organismi arbitrali o conciliativi \$100 all'anno e gli *employers* ritengano che l'ipotetica assenza di controversie sul tema possa avere un valore almeno pari a \$50. Il singolo lavoratore sarebbe quindi disposto ad "acquisire" un meccanismo di tutela per un prezzo massimo di \$100 annui (da scomputare sulla sua retribuzione), mentre il datore di lavoro potrebbe accettare tali procedure per \$50 o più. Le parti allora potrebbero accordarsi per introdurre delle "*grievance procedures*" (una

---

*which the economic system operates. One arrangement of rights may bring about a greater value of production than any other. But unless this is the arrangement of rights established by the legal system, the costs of reaching the same result by altering and combining rights through the market may be so great that this optimal arrangement of rights, and the greater value of production which it would bring, may never be achieved*» [R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, 3 J. LAW. & ECON., 1 (1960)].

Lo Stato dunque deve intervenire solo nell'ipotesi d'inefficienza allocativa, ma tale intervento ha senso solo se riesce ad avere l'effetto di - se non eliminare, almeno - ridurre i costi di transazione preesistenti tra le parti. Proprio al riguardo, la dottrina italiana ha precisato che «*quando di questo si tratti, logica vorrebbe che alla norma legislativa [...] regolante un determinato evento si attribuisca il carattere della disponibilità e non dell'inderogabilità: non vi sarebbe, infatti, motivo di impedire alle parti individuali di negoziare esplicitamente, in riferimento a quella materia, un assetto dei reciproci interessi divergente rispetto al regolamento standard*» [P. ICHINO, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, 193, con un interessante richiamo economico alla «*teoria dei giochi*» per quanto concerne l'intervento statale che sia volto a garantire *standards* di trattamento inderogabile (cfr. sul punto J. Von NEUMANN, O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behaviour*, PRINCETON UNIV. PRESS, 1944)].

Quasi in sintesi, ancora POSNER ha posto l'attenzione sul fatto che «*What we may call the efficiency theory of the common law is not that every common law doctrine and decision is efficient. That would be highly unlikely, given the difficulty of the questions that the law wrestles with and the nature of judges incentives. The theory is that the common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society*» [R.A. POSNER, *Economic Analysis ...*, 25 (1992)].

<sup>221</sup> A.B. KRUEGER, *The Evolution of Unjust-Dismissal Legislation ...*, 645 (1991).

In proposito, secondo altra dottrina «*Courts should recognize that high information barriers and transaction costs prevent informed and effective negotiation between employers and employees in order to reallocate these risks [of malicious or capricious firings] efficiently*» [Note, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge ...*, 1824 (1980)].

sorta di procedura di conciliazione), ad un prezzo che va dai 50 ai 100 dollari l'anno: lo scambio condurrebbe così ad un risultato di efficienza;

- b) **situazione in cui l'employee ha già diritto ad un «grievance hearing» per contestare il suo licenziamento.**

In tal caso, l'*employer* pagherebbe fino a \$50 perché il lavoratore vi rinunci, ma quest'ultimo rifiuterebbe l'offerta, poiché valuta tale prerogativa non meno di \$100. Anche in questo caso, tuttavia, un'efficiente allocazione delle risorse sarà possibile, con la differenza però che il lavoratore non rinuncerà a parte della retribuzione, poiché "possiede" il diritto in partenza («*entitlements*»<sup>222</sup>).

Ne consegue, quindi, che una eventuale *Wrongful-Discharge Regulation* non potrebbe incidere sull'efficienza allocativa, ma solo sulla distribuzione delle risorse.

Come avvenuto in Montana, l'approvazione di una legislazione in materia di licenziamento sarebbe poi più probabile in quegli Stati in cui le Corti territoriali hanno già riconosciuto le famigerate tre eccezioni all'*EaW rule*<sup>223</sup>: in tal caso, infatti, il «*liability risk*» sarebbe più elevato e dunque la possibilità di eliminarlo - o comunque ridurlo - sarebbe più conveniente per gli *employers*.

Krueger spiega tale asserzione attraverso la comparazione dei costi (Y) che un *employer* deve sostenere, secondo l'equazione

$$Y = C_n - C_l + \epsilon$$

in cui per  $C_n$  si intendono i costi in assenza di una legislazione limitativa, per  $C_l$  quelli in presenza della stessa legislazione ed  $\epsilon$  una turbativa casuale («*random disturbance*»).

---

<sup>222</sup> Riprendendo la nota teorizzazione di Calabresi, «*An entitlement is protected by a property rule to the extent that someone who wishes to remove the entitlement from its holder must buy it from him in a voluntary transaction in which the value of the entitlement is agreed upon by the seller. It is the form of entitlement which gives rise to the least amount of state intervention: once the original entitlement is decided upon, the state does not try to decide its value. It lets each of the parties say how much the entitlement is worth to him, and gives the seller a veto if the buyer does not offer enough. Property rules involve a collective decision as to who is to be given an initial entitlement but not as to the value of the entitlement*» [G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, 85 HARV. L. REV., 1089 (1972)].

<sup>223</sup> Seguendo un ragionamento pressoché antitetico, altra dottrina ha auspicato una *Wrongful Discharge Legislation* nello Stato di New York, proprio perché le Corti territoriali dello stesso avevano eroso l'*EaW Rule* solo in un numero ridotto di pronunce, in una - forse, non troppo limpida - logica di parificazione con gli *employees* degli Stati in cui le eccezioni erano invece riconosciute [ci si riferisce alla teorizzazione di G. MINDA, K.R. RAAB, *Time for an Unjust Dismissal Statute in New York*, 54 BROOK. LAW. REV., 1137 (1989)].

Ne consegue che «*valori più alti di Y indicano un crescente supporto del datore di lavoro per una legislazione limitativa in tema di licenziamenti che contenga la responsabilità e chiarisca l'appartenza dei diritti di proprietà*»<sup>224</sup>.

Per quello che è utile ai fini della presente trattazione<sup>225</sup>, le risultanze finali<sup>226</sup> dimostrano quindi il forte incremento («*more than quadrupled*»<sup>227</sup>, secondo l'A.) delle probabilità che gli *employers* supportino una *wrongful-discharge regulation* in diretta correlazione con la diffusione delle singole *exceptions* nelle Corti territoriali del singolo Stato.

L'appoggio della *lobby* imprenditoriale, dunque, passerebbe soprattutto dagli sviluppi della giurisprudenza delle *common law Courts*.

### **1.9 Ancora sul ruolo dell'uso giuridico dell'analisi economica del diritto<sup>228</sup> in materia di giustificazione del licenziamento individuale: Jeffrey L. Harrison (1984), Mark Berger (1997).**

Harrison analizza l'impatto di una legislazione limitativa del recesso *at-will*, partendo dall'incidenza in termini macroeconomici della *job security* in un «*input market*», in cui

---

<sup>224</sup> A.B. KRUEGER, *The Evolution of Unjust-Dismissal Legislation...*, 654 (1991), il quale presume il favore degli *employees* per la riforma legislativa, anche al fine di focalizzare la sua analisi sulle variabili che incidono sulla posizione dei soli *employers*.

<sup>225</sup> L'Autore fornisce infatti i dati ed altre indicazioni di natura macroeconomica per il calcolo di ognuno dei fattori che incide sul valore finale di Y, specie in relazione al tempo (*t*) in relazione a variabili di comodo (cd. "*dummy variable*").

<sup>226</sup> I dati analizzati sono frutto dell'incrocio macroeconomico tra le proposte di legge e le pronunce giurisprudenziali nei singoli Stati, nell'intervallo di tempo che va dal 1981 al 1988.

<sup>227</sup> Più precisamente, l'incremento sarebbe del 6,7% nel caso della *good faith exception*, del 8.5% per la *public policy exception* e del 2% per la *implied contract exception*.

<sup>228</sup> Con tale terminologia, si richiama la distinzione compiuta da autorevole dottrina italiana, secondo cui: «*Diverso dal dover essere che è "posto" mediante la norma è anche l'essere degli effetti prodotti dalla norma, che come tale in larga parte si presta a costituire oggetto dei modelli teorici e delle misurazioni empiriche degli economisti. Si parla in proposito di "analisi economica del diritto" [...] L'altro versante del law and economics, quello giuridico, che possiamo indicare con il termine "uso giuridico dell'analisi economica", consiste nell'utilizzazione da parte del giurista per lo svolgimento del suo compito peculiare, cioè per l'interpretazione e l'applicazione della norma, tenendo conto che "quando dall'essere dei comportamenti umani, in particolare dallo "scegliere" compiuto dal legislatore, si passa al dover essere che ne consegue (o lo precede), la parola passa al giurista e a lui soltanto*» [così P. ICHINO, *Il dialogo tra economia e diritto ...*, 167 e 168 (2001), che richiama apertamente la teoria di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien (1960), traduzione italiana (a cura di G. LOSANO): *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966].

il costo della stabilità occupazionale grava in parte sugli stessi lavoratori<sup>229</sup>, ed in un «*output markets*», in cui l'aumento dei costi di produzione si riversa - in parte, ma inevitabilmente - sul consumatore<sup>230</sup>.

Posto che una efficienza allocativa dei costi è prospettabile (se non direttamente dall'*employer*, l'efficienza può infatti essere realizzata grazie all'intervento della *common law* o della legislazione), a maggior ragione ogni valutazione giuridica sulla regola dell'*Eaw*<sup>231</sup> non potrà prescindere da una analisi economica delle possibili conseguenze<sup>232</sup>.

\* \* \* \* \*

Berger si chiede se, anche in ragione di una ampia diffusione nel mercato del lavoro<sup>233</sup>, la «*unjust dismissal theory*» sviluppata dalla dottrina maggioritaria sia applicabile anche ai «*contingent workers*» (locuzione che ricomprenderebbe tutti i rapporti di lavoro a tempo non indeterminato<sup>234</sup>).

---

<sup>229</sup> Più precisamente, «*the increase in cost is partially transmitted to workers who choose to continue selling labor. Some workers, however, have responded by selling less labor and unless they are replaced in the market, the cost of job security will not be absorbed entirely by labor*» [J.L. HARRISON, *The "New" Terminable-at-Will ...*, 336 (1984)].

<sup>230</sup> La divisione dei costi della *job security* non riguarda mai l'*employer*, ma solo lavoratori e consumatori. Infatti, anche altra autorevole dottrina ha rilevato che «*Increased liability for wrongful discharge will help spread the employees' risk to varying degrees by having employers and consumers share the cost of job security. Furthermore, because under the existing rule the risks of wrongful discharge are borne almost exclusively by employees, employers have no incentive to avoid unjustified dismissals*» [Note, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge...*, 1834 (1980)].

<sup>231</sup> In commento all'ipotesi di un intervento legislativo, parte della dottrina ha altresì rilevato che «*If just cause is imposed from outside, wages would be lowered to compensate for the higher job security, and the wage decrease would be worth less to the marginal worker than the employment security. Thus, imposition of just cause policies will not help workers, but will merely lower the surplus from the worker-firm relationship*» [così D.I. LEVINE, *Just-Cause Employment Policies in the Presence of Worker Adverse Selection*, 9 J. LAB. ECON. 294, 295 (1991), il quale spiega la sua teorizzazione sulla selezione avversa ricorrendo all'esempio di due isole, ciascuna con un datore di lavoro e più lavoratori].

<sup>232</sup> Secondo l'Autore, «*the costs of a general increase in job security may be felt more by employees in markets characterized by a relatively inelastic supply and an elastic demand. If so, an increase in job security, for any reason, is likely to be paid for disproportionately by workers with low skills and few alternative employment opportunities. The general proposition that workers pay for increased job security may not result in a great deal of concern... This analysis suggests that the public interest justification is one to be used with a high degree of caution and that it may be fairer to apply the approach more liberally when the public interest to be protected is one that is more likely to benefit the less affluent*» [J.L. HARRISON, *The "New" Terminable-at-Will ...*, 360 (1984)].

<sup>233</sup> Cfr. K.G. DAU-SMITH, *The Labor Market Transformed: Adapting Labor and Employment Law to Rise of the Contingent Work Force*, 52 WASH. & LEE L. REV. 879 (1995); J.P. HIATT - L.W. JACKSON, *Union Survival Strategies for the Twenty-First Century*, 12 LAB. LAW. 165 (1996).

Lo stesso BERGER ha evidenziato come «*an increasing number of businesses have chosen to address the need for more personnel by making use of alternative work arrangements in lieu of hiring new employees. One option employers may utilize is to obtain the services of workers through temporary or leasing agencies*» [M. BERGER, *Unjust dismissal and the Contingent Worker ...*, 5 (1997)].

<sup>234</sup> «*Contingent work*» è un neologismo sviluppato dai sociologi del lavoro dal significato ancora non del tutto pacifico.

Premessa la convenienza di un lavoratore "precario"<sup>235</sup>, si rileva quindi che «*gli argomenti di pubblica rilevanza sono gli stessi*»: o meglio, «*uno Stato ha altrettanto interesse ad assicurare che un contingent worker non sia minacciato con il licenziamento o con il mancato rinnovo di un contratto di agenzia o di un generico rapporto contrattuale per ragioni che violano la public policy, come nel prevenire tali comportamenti nei confronti dei lavoratori tradizionali*»<sup>236</sup>.

Tale conclusione si baserebbe principalmente su tre constatazioni:

1. il diritto di espressione e di associazione a fini politici da tempo riconosciuto anche ai *public employees*, pur nell'ipotesi di un «*contingent arrangements*»<sup>237</sup>;
2. la prima - e ad oggi superata - interpretazione della nozione di *employee* alla luce del *NLRA*. Più precisamente, il testo della legge non avrebbe

---

Sembra più diffusa l'idea che sia *contingent* solo un lavoro non stabile oppure di tipo autonomo (cd. «*independent contractors*»), certo non a tempo pieno e non con retribuzione fissa (solo *part-time* o «*piece rate payments*», simile al cottimo). L'articolo di BERGER, invece, sembra "consigliare" un'accezione leggermente più ampia, tale da ricomprendere - tra gli altri - anche il lavoro a tempo pieno e determinato, anche se con riguardo alle sole ipotesi di mancato rinnovo contrattuale [per il resto, infatti, «*A contractual employee cannot be discharged before the duration of the employment contract except for cause*»: cfr. *Luethans v. Washington Univ.*, 894 S.W.2d 169, 172 (Mo. 1995)].

Non per caso, infatti, lo stesso A. ha affermato che «*there is, of course, a sense in which all employment is contingent. No one can ever guarantee that a private company will remain profitable and thereby continue to need its workforce. [...] However, the new breed of contingent employees is distinguished by the fact that the core assumption behind their status in the workplace is that their assignment will be temporary*» [M. BERGER, *Unjust dismissal and the Contingent Worker* ..., 6 (1997)].

Per quanto riguarda la correlazione tra «*contingent employment*» e «*lower-level positions*», cfr. M. O'CONNELL, *On the Fringe: Rethinking the Link Between Wages and Benefits*, 67 TUL. L. REV. 1421 (1993).

<sup>235</sup> La "convenienza" per l'*employer* è legata non solo alla corresponsione di una retribuzione proporzionalmente più bassa di un *employee* tradizionale (oltre all'assenza di fringe benefits come i piani pensionistici e l'assicurazione sanitaria), ma anche al fatto che tali lavoratori costituiscono «*a more docile and controllable workforce*», con un ridotto rischio di sindacalizzazione [cfr. in proposito H.L. DENNARD Jr., *Governmental Impediments to the Employment of Contingent Workers*, 17 J. LAB. RES. 595 (1996)].

Ad ogni modo, se un lavoro "precario" può costituire un'opportunità per uno studente che vuole guadagnare qualcosa, per un genitore con figli piccoli, per un anziano che non vuole smettere completamente di lavorare, è anche vero che «*to the contrary, many individuals have found themselves involuntary forced into contingent employment arrangements [...] and they] would prefer traditional full-time jobs. For individuals in this category, the insecurity and generally lower level of overall contingent employment compensation represent serious personal problems*» [M. BERGER, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker* ..., 17 (1997)].

<sup>236</sup> M. BERGER, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker* ..., 36 (1997).

<sup>237</sup> Il riferimento è a due importanti pronunce della *U.S. Supreme Court*, entrambe del 1996.

Nel caso *Board of County Commissioners v. Umbehr*, la Corte «*held that First Amendment protects independent contractors from termination or prevention of automatic renewal of at-will government contracts in retaliation for their exercise of freedom of speech*» [*Bd. of County Com'rs, Wabaunsee County, Kan. v. Umbehr*, 518 U.S. 668, 116 S. Ct. 2342, 135 L. Ed. 2d 843 (1996)].

In *O'Hare Truck Service Co. V. City of Northlake*, quindi, lo stesso organo ha specificato che «*protections generally afforded to public employees against being discharged for refusing to support political party or its candidates also extend to independent contractors*» [*O'Hare Truck Serv., Inc. v. City of Northlake*, 518 U.S. 712, 116 S. Ct. 2353, 135 L. Ed. 2d 874 (1996)].

espressamente escluso i lavoratori autonomi ed una delle prime pronunce interpretative (*NLRB v. Hearst Publications, Inc.*) sembrava avallare tale interpretazione inclusiva<sup>238</sup>;

3. la possibilità (anche) per gli *unionized employees* licenziati in violazione dei principi di ordine pubblico<sup>239</sup> di ottenere «*un risarcimento esemplare con un'azione in tort*», nonostante le pur ampie tutele generalmente fornite dal contratto collettivo.

Per Berger, infatti, «*la teoria sviluppata al fine di proteggere i lavoratori contro i licenziamenti illegittimi ha il suono della public policy, e le pronunce giurisprudenziali che negano ai contingent employees il diritto di contestare un licenziamento illegittimo costituiscono un uso sbagliato della legge, al pari delle fuorvianti politiche imprenditoriali nelle relazioni con i lavoratori*»<sup>240</sup>.

Di contro, le *common law Courts* sembravano storicamente coese nell'escludere tali lavoratori dall'applicazione dell'*unjust dismissal theory*<sup>241</sup>: la Corte Suprema del

---

<sup>238</sup> Nella pronuncia in oggetto la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato che «*the broad language of the Act's definitions, which in terms reject conventional limitations on such conceptions as "employee", "employer", and "labor dispute", leaves no doubt that its applicability is to be determined broadly, in doubtful situations, by underlying economic facts rather than technically and exclusively by previously established legal classifications*» [*N.L.R.B. v. Hearst Publications*, 322 U.S. 111, 129, 64 S. Ct. 851, 859, 88 L. Ed. 1170 (1944)]. Nello specifico, si trattava di inquadrare la figura dei «*newsboys*» (venditori di giornali) per l'editore Hearst al fine di attribuire loro un'eventuale rappresentanza sindacale.

Nonostante il superamento di tale sentenza [cfr. in proposito *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Darden*, 503 U.S. 318, 112 S. Ct. 1344, 117 L. Ed. 2d 581 (U.S.N.C. 1992)], l'A. ritiene che «*the "economics facts" analysis used by the Supreme Court demonstrated an alternative to applying strict common law standards in cases where the nature of the relevant legal principle calls for a broader view*» [M. BERGER, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker...*, 36 (1997)]. La distinzione tra *traditional employee* e *contingent worker* dovrebbe quindi basarsi sul fattore dirimente della dipendenza economica dall'*employer*, più che sul potere di controllo sulla prestazione ricevuta [sul punto, cfr. anche L.L. MALTBY - D.C. YAMADA, *Beyond "Economic Realities": The Case for Amending Federal Employment Discrimination Laws To Include Independent Contractors*, 38 B. C. L. REV. 239 (1997), in particolare pag. 248-250].

<sup>239</sup> Sul punto, la Corte Suprema dell'Illinois ha infatti stabilito che «*employees could bring tort action for retaliatory discharge, although they had not pursued contractual remedies pursuant to collective bargaining agreement*» [*Midgett v. Sackett-Chicago, Inc.*, 105 Ill. 2d 143, 473 N.E.2d 1280 (1984)], mentre l'organo di pari grado del Kansas ha rilevato che «*[unionized] employee could maintain action for retaliatory discharge based on violation of state public policy underlying workers' compensation laws*» [*Coleman v. Safeway Stores, Inc.*, 242 Kan. 804, 752 P.2d 645 (1988) *disapproved of by Gonzalez-Centeno v. N. Cent. Kansas Reg'l Juvenile Det. Facility*, 278 Kan. 427, 101 P.3d 1170 (2004)].

<sup>240</sup> M. BERGER, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker...*, 9 (1997).

<sup>241</sup> Tra le altre citate, la Corte d'Appello dell'Illinois aveva rilevato che «*our review of other jurisdictions indicates that the only State to address the question has determined that an independent contractor cannot assert a claim of retaliatory discharge. [...] Here, plaintiff is not an employee but an independent contractor. We hold, therefore, that plaintiff cannot assert a claim of retaliatory discharge against Clarion, and we affirm the trial court's dismissal of count I of the amended complaint*» [*New Horizons Electronics Mktg., Inc. v. Clarion Corp. of Am.*, 203 Ill. App. 3d 332, 336-37, 561 N.E.2d 283, 285 (1990)].

Cfr. anche: *Driveaway & Truckaway Serv., Inc. v. Aaron Driveaway & Truckaway Co., Inc.*, 781 F. Supp. 548 (N.D. Ill. 1991); *Ostrander v. Farm Bureau Mut. Ins. Co. of Idaho, Inc.*, 123 Idaho 650, 851 P.2d 946 (1993);

Missouri, ad esempio, ha statuito che «*un ex lavoratore non può procedere giudizialmente in caso di licenziamento illegittimo se ha ammesso di essere un lavoratore non a tempo indeterminato*»<sup>242</sup>.

Non per caso, dunque, un'attenta dottrina statunitense ha suggerito un rapporto di "causa-effetto" tra la possibilità di evitare l'applicazione dell'*unjust dismissal theory* in sede di giudizio e la - conseguente - diffusione di una specifica tipologia di lavoro (nello specifico, la somministrazione di lavoro)<sup>243</sup>.

In conclusione, tornando alla *theory* in analisi, in una situazione di sostanziale dipendenza economica dall'*employer*<sup>244</sup>, anche ai *contingent workers* si dovrebbe applicare la tutela prevista per i «*traditional employees*» sotto forma di *public policy*

---

Werner v. New Balance Athletic Shoe, Inc., 824 F. Supp. 890 (D. Minn. 1993); Ziehlsdorf v. Am. Family Ins. Group, 157 Wis. 2d 814, 461 N.W.2d 448 (Ct. App. 1990).

L'A. ritiene che tale orientamento giurisprudenziale sia motivato - in realtà - dall'esigenza di evitare un logico incremento delle controversie: più precisamente, le Corti «*are faced with a large number of such suits, and may be frustrated by the way in which they are clogging court calendars. If so, their actions represent mistaken public policy*» [M. BERGER, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker...*, 57 (1997)].

<sup>242</sup> Luethans v. Washington Univ., 894 S.W.2d 169 (Mo. 1995).

La vicenda riguarda un veterinario - Mr. Luethans - a cui non era stato rinnovato il contratto di collaborazioni annuale con la Washington University. La Corte Suprema del Missouri, nella motivazione, ha quindi chiarito che «*An employer and an employee at will have an indefinite agreement that the employee will work only so long as both parties wish the relationship to continue. Either can end the relationship at any time without cause or liability, so long as the act of discharge is not otherwise "wrongful". A contractual employee, however, has a relationship with the employer that is controlled either by express or implied terms. Neither the employee nor the employer can vary those terms without cause or liability may result*» [Luethans v. Washington Univ., 894 S.W.2d 169, 172 (Mo. 1995)].

Tale decisione è stata recentemente abrogata da Keveney v. Missouri Military Acad., 304 S.W.3d 98 (Mo. 2010).

<sup>243</sup> Cfr. D.H. AUTOR, *Outsourcing at Will: The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment Outsourcing*, 21 J. LAB. ECON., 1 (2003).

Tale saggio ha quindi confrontato i dati relativi alla diffusione della somministrazione di lavoro con il tasso di sindacalizzazione delle singole zone, rilevando che il ricorso al lavoro temporaneo è cresciuto in maniera relativamente più rapida negli Stati in cui i sindacati hanno perso la loro influenza più lentamente [per le analisi empiriche è lo stesso A. a rimandare a J.N. DERTOUZOS - L.A. KAROLY, *Labor-Market Responses to Employer Liability*, Rand Corporation document R-3989-ICJ (1992) ed a A.P. MORRISS, *Developing a Framework for Empirical Research on the Common Law: General Principles and Case Studies of the Decline of Employment-at-Will*, CASE WES. L. REV., 45 *Case Western Reserve Law Review*, 999-1148 (1995)].

In sintesi, dunque, «*the current research suggests that courts' efforts to protect workers against unjust dismissal have fostered the growth of temporary help employment nonpreferred jobs that offer less job security and lower pay than standard positions. Moreover, there is some evidence that labor unions, which have historically provided employment protection to their members, also induce employment outsourcing to temporary help*» [così D.H. AUTOR, *Outsourcing at Will: The Contribution...*, 32 (2003)].

<sup>244</sup> L'Autore si riferisce ai casi in cui «*there is more than enough room to distinguish between discrete contracts for services and contingent work arrangements that are functionally indistinguishable from traditional employer-employee relationships*», ammettendo al contempo che «*This may not be as simple a test to administer as a bright line rule, but bright line rules create the risk of producing arbitrary results*» [così M. BERGER, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker...*, 57 (1997)].

*exception*: diversamente, «l'esclusione [... servirebbe] solo ad implementare la diffusione di tipologie di lavoro contingente»<sup>245</sup>.

### 1.10 Le (resistibili) posizioni dottrinali a sostegno dell'Eaw rule:

**Richard A. Epstein (1984) e J. Hoult Verkerke (1995).**

Secondo Epstein, «i critici della teoria dell'employment [at-will ne] sottolineano le imperfezioni nell'attuale quadro di riferimento, ma essi non prendono in considerazione il rilievo ultragiuridico insito nel preservare i contratti di lavoro a tempo indeterminato, e ignorano le più gravi imperfezioni che hanno creato con regole giuridiche alternative. I contratti at-will sono coerenti con la public policy e devono essere i benvenuti, non perché perfetti, ma perché in molti contesti lavorativi rispondono a molteplici insidie [negoziali] meglio di ogni eventuale alternativa che le Corti od il legislatore possa escogitare»<sup>246</sup>.

La critica alla dottrina maggioritaria si sviluppa proprio su 3 argomentazioni già utilizzate dalla stessa:

#### (a) **Intrinsic Fairness.**

La libertà contrattuale dei privati deve essere (quasi) assoluta, poiché di importanza comparabile alla libertà del cittadino di contrarre matrimonio o di partecipare ad attività di culto («le persone che hanno facoltà di sposarsi, votare, e pregare non sono inabili a proteggere sé stesse negli accordi di ogni giorno»).

Posto che la semplicità del principio alla base dell'Eaw Rule non permette fraintendimenti<sup>247</sup>, le Corti non possono dunque interpretare in maniera difforme una volontà contrattuale così chiara, salvo nel caso - casisticamente raro - di frode contrattuale<sup>248</sup>;

---

<sup>245</sup> M. BERGER, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker...*, 57 (1997).

<sup>246</sup> R.A. EPSTEIN, *In Defense of Contract at Will...*, 952 (1984).

<sup>247</sup> Di diverso avviso, altra dottrina ha rilevato che una riforma legislativa in materia avrebbe - tra le altre - una funzione semplificatoria anche del regolamento contrattuale: più precisamente, «the employment relationship will benefit from a better understanding of the obligations of the parties» [B.D. BERNIS, *Employers Beware: The Implied Contract Exception...*, 337-338 (1987), sintetizzando la posizione di E.R. PIERCE, *Employment Termination At Will: a Principled Approach*, 28 VILL. L. REV. 1 (1982)].

<sup>248</sup> Ad esempio, ci si riferisce all'ipotesi in cui l'employer abbia rappresentato al lavoratore una situazione economica dell'impresa che non corrisponde alla realtà («misrepresentation»), al fine di invogliarlo ad accettare una proposta lavorativa: tra le altre, in *Lazar v. Superior Court* l'employee era riuscito a dimostrare che «employer falsely and intentionally represented to him he would be employed as long as he performed his job, that he would receive

(b) **Effects upon Utility or Wealth.**

Come si evince dall'esempio della *partnership*<sup>249</sup>, i soggetti di un rapporto di lavoro scelgono liberamente un contratto *at-will*, perché fornisce loro un «*mutual benefit*» con diritti «*fully bilateral*», basato sulla possibilità di:

- i. controllare reciprocamente i comportamenti dell'altra parte (in un rapporto "bastone-carota", in cui il bastone è - senza troppa fantasia - il licenziamento del lavoratore);
- ii. diversificare i rischi attraverso una cd. «*wait-and-see attitude*» che permette di recedere in caso di insoddisfazione;
- iii. limitare al minimo i costi di amministrazione, in assenza di contenzioso sui licenziamenti<sup>250</sup>;
- iv. aumentare le retribuzioni, perché effettivamente oggetto di una contrattazione tra l'*employer* e l'*employee*. Con la «*disuguaglianza nel peso delle rappresentanze*», l'*employer* riuscirebbe infatti ad ottenere condizioni contrattuali molto più vantaggiose («*i salari potrebbe essere condotti fino allo zero*»). L'unico vero monopolio è in realtà di tipo bilaterale e riguarda fisiologicamente<sup>251</sup> l'ampiezza del *surplus* e la sua attribuzione: dunque, la legislazione non avrebbe alcun interesse ad intervenire;

(c) **Distributional consequences.**

L'*employee* può cambiare occupazione senza incorrere in alcuna forma di responsabilità, in qualsiasi momento del rapporto di lavoro: ciò

---

*significant increases in salary, and that employer was strong financially*» [Lazar v. Superior Court, 12 Cal. 4th 631, 909 P.2d 981 (1996)].

<sup>249</sup> L'A. ha utilizzato l'esempio di una *partnership* di soli 2 soci per spiegare l'utilità del contratto *at-will*, precisando che «*labor markets differs from capital markets in both of these particulars. Labor cannot be diversified in the normal service partnership because a person cannot be in more than one or two separate ventures at any given time and hope to maintain productive activities. A mutual fund job is quite unthinkable. In addition, entrance and exit in labor market is highly complex, as is often stressed in the literature critical of the contract at will. [...] The consequences of low diversification and impaired practical alienability are clear. Labor ventures are inherently more risky*» [R.A. EPSTEIN, *In Defense of Contract at Will...*, 961 (1984)].

<sup>250</sup> Ancora, l'A. sembra riferirsi ad un'ipotetica applicazione integrale dell'*Eaw Rule*, ma tale asserzione, abbandonata da tempo nelle numerose eccezioni delle *common law Courts*, rischia di peccare di anacronismo in un ordinamento in cui le conseguenze di un licenziamento illegittimo sono tutt'altro che economicamente irrilevanti per l'*employer*.

<sup>251</sup> Come evidenziato in più passaggi, «*The existence of some surplus should be pervasive in all labor markets, given that labor is not perfectly fungible*» [R.A. EPSTEIN, *In Defense of Contract at Will...*, 975 (1984)].

costituisce un equo contraltare del potere del datore di lavoro di licenziarlo senza motivazione.

Insomma, «*la forza del contratto at-will non dovrebbe essere valutata alla luce di situazioni occasionali in cui si è sostenuto esso comporti risultati sfavorevoli, ma invece va analizzata seguendo la grande maggioranza di casi in cui fornisce risposte ragionevoli ai vari problemi della contrattazione di lavoro*»<sup>252</sup>.

La posizione di Epstein può allora riassumersi in una strenua difesa del principio (teorico) della libertà contrattuale tra privati, in una accezione ampia e purista, tralasciando - troppo facilmente - le evidenti quanto fisiologiche distorsioni dello stesso principio nella sua fase applicativa.

Anche Verkerke si mostra favorevole al mantenimento - se non al rafforzamento - dell'*EaW Rule*. Secondo l'Autore, infatti, «*la comprovabile preferenza del mercato per un rapporto di lavoro at will dimostra che [...] tale regola costituisce un'impostazione di default che si dovrebbe applicare con uniformità a tutti i rapporti di lavoro a tempo indeterminato*»<sup>253</sup>.

L'analisi dottrinale è quindi focalizzata su tre temi riguardanti l'*Eaw rule*:

1. **Incidenza del prodotto marginale del singolo lavoratore sulle decisioni imprenditoriali di recesso.**

Secondo la teoria della «*giusta causa variabile in riferimento al ciclo di vita*»<sup>254</sup>, i lavoratori ad inizio ed a fine carriera sono più esposti ad un licenziamento, per ragioni di mero opportunismo. Nel mercato interno, infatti, le imprese corrispondono al lavoratore in carriera una «*retribuzione di efficienza*» (**W**) mai corrispondente ai livelli di mercato, poiché sempre maggiore o minore del relativo prodotto marginale (**PM**). Più precisamente, **W > PM** sia nei primi anni (considerando i tempi di apprendimento delle mansioni), sia negli ultimi anni di carriera (per la

---

<sup>252</sup> R.A. EPSTEIN, *In Defense of Contract at Will...*, 982 (1984).

<sup>253</sup> Così J.H. VERKERKE, *An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts...*, 913 (1995), nello scritto che costituisce il principale riferimento di questa ricostruzione, unitamente - ma solo in parte - al successivo J.H. VERKERKE, *Un approccio di Law and Economics ...*, 293-314 (1998), in cui l'A. afferma chiaramente che il suo lavoro «*difende la regola della libertà di recesso*» (pag. 311).

<sup>254</sup> S.J. SCHWAB, *Life-Cycle Justice: Accommodating Just Cause and Employment At Will*, 92 MICH. L. REV. 8 (1993).

fisiologica diminuzione della produttività); al contrario, **W<PM** nel periodo di mezzo. Orbene, su tali presupposti, e secondo la «*teoria del ciclo di vita*» il recesso libero sarebbe “giusto” solo nel mezzo della carriera lavorativa, laddove negli altri periodi è preferibile che sia applicabile una tutela giudiziaria per il licenziamento ingiustificato.

Verkerke ritiene invece che la «*teoria del ciclo di vita*» non sia praticabile, posto che:

- i giudici non potrebbero in alcun modo disporre di dati relativi al **PM** dei singoli lavoratori licenziati e, dunque, non potrebbero sapere quando e se intervenire;
- la regola si presterebbe poi a (probabili) elusioni: si pensi all'*employee* che rapporta - *pro domo sua* - il livello delle prestazioni proprio a seconda del periodo di carriera in cui le stesse sono collocate: ad esempio, lavorando meno nel periodo più vicino al pensionamento;
- la longevità di servizio, pur considerata nelle varie pronunce giurisprudenziali in materia di licenziamento<sup>255</sup>, non ha mai avuto un peso decisivo.

In sintesi, allora, «*la teoria della “life-cycle just cause” è molto meno in linea con lo schema logico delle decisioni in materia contrattuale rispetto ad una teorizzazione sistematica delle eccezioni giurisprudenziali. Anche se la forza della presunzione varia notevolmente, l'occupazione at-will rimane la regola di default per i contratti di lavoro a tempo indeterminato*»<sup>256</sup>.

## 2. Inefficienza di una qualsiasi altra regola di default.

Alla luce delle risultanze di una indagine condotta da Verkerke stesso<sup>257</sup>, l'eventuale scelta di un'altra regola - in sostituzione dell'*Eaw rule* - non

---

<sup>255</sup> Il riferimento è alle due sentenze citate da SCHWAB a mò di esempio, ovvero Rood v. Gen. Dynamics Corp., 444 Mich. 107, 507 N.W.2d 591 (1993) e Rowe v. Montgomery Ward & Co., Inc., 437 Mich. 627, 473 N.W.2d 268 (1991).

<sup>256</sup> J.H. VERKERKE, *An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts...*, 863 (1995).

<sup>257</sup> Indagine posta in essere tra il 1994 ed 1995 tra 221 employers degli Stati di California, Texas, Michigan e New York (percentuale di risposta attorno al 25%), in imprese da 10 a 10.000 occupati, per una media di 261 unità [indicazioni più dettagliate sulle concrete modalità di svolgimento delle operazioni di rilevamento sono

permette di scongiurare il rischio di una perdita economica nell'ipotesi in cui la nuova regola si riveli inefficiente<sup>258</sup>;

3. **La «information-forcing default rule» e l'asimmetria informativa.** L'analisi dei dati (raccolti sia direttamente, sia da altri studiosi<sup>259</sup>) porta Verkerke a sostenere che i lavoratori sovrastimano l'importanza della tutela contro il licenziamento e, più in generale, sono poco informati circa la disciplina del loro rapporto di lavoro<sup>260</sup>. Secondo la «teoria della dissonanza cognitiva», ad esempio, un lavoratore statunitense appena assunto ignora del tutto la possibilità pratica di essere - un giorno o l'altro - licenziato ingiustamente<sup>261</sup>.

Dunque, diventa auspicabile e necessario che " *le parti [contrattuali] eliminino la asimmetria informativa, attraverso uno scambio di informazioni più efficiente*"<sup>262</sup>.

---

indicate in appendice da J.H. VERKERKE, *An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts...*, 915-918 (1995)].

Tra i risultati, è quindi interessante rilevare che più di metà dei datori di lavoro (52%) propone - peraltro, in maniera chiara - solo un rapporto di lavoro *at-Will*, un terzo di essi (33%) non utilizza documentazione che specifichi in qualche modo le modalità di licenziamento, più di uno su sette (15%) offre invece una *just cause protection*.

<sup>258</sup> Parte della dottrina ha rilevato che «*whenever parties' losses exceed the costs to contract out of the desirable default rule rational parties will incur those costs and escape the cost of undesirable default. Conversely, whenever contracting costs exceed the costs of bad default, parties will live with the bad rule and avoid contracting costs*» [così B.A. ADLER, *Finance's Theoretical Divide and the Proper Role of Insolvency Rules*, 67 S. CAL. L. REV. 1107, 1148 (1994)].

<sup>259</sup> Su tutti, i dati raccolti da P.T. KIM, *Bargaining With Imperfect Information: A Study of Worker Perceptions in and At-Will Work*, 83 CORNELL. L. REV., 105, 111 (1997).

<sup>260</sup> Si tratta, come evidente, di una considerazione di partenza che sconfesserebbe alla fonte il ragionamento di A.B. KRUEGER, secondo cui i lavoratori sarebbero in grado di valutare il prezzo da pagare - attraverso una riduzione delle retribuzioni - per ottenere una forma di tutela contro il licenziamento illegittimo (per un approfondimento sul punto si rimanda al paragrafo n. 8 del presente scritto). Sul punto, VERKERKE si spinge a sostenere che «*una indicazione politica di questo tipo richiede un senso estremamente forte di paternalistica certezza riguardo alle "vere" certezze del lavoratore*» [J.H. VERKERKE, *Un approccio di Law and Economics...*, 307 (1998)].

Autorevole dottrina statunitense ha rilevato in proposito che «*The standard expectation in the real world is that the employee will keep his job unless he does something wrong - in the sense of some specific misconduct or a general pattern of poor performance - and as a consequence forfeits the position. Indeed, a further feature of the social mores at work is that even if an employee does something wrong - for example, if he takes a day off without a legitimate reason - it will not cost him his job immediately; he will be dismissed only if the bad act is part of a broader pattern of unsuitable behavior which has not been corrected by the employer with less severe disciplinary measures*» [così C. WEILER, *Governing the Workplace: the Future of Labor and Employment Law*, 52 (1990)].

In chiara risposta, altra dottrina ha ritenuto che «*such an approach to job security is clearly inconsistent with the legal reality of the employment at-will rule*» [così M. BERGER, *Unjust dismissal and the Contingent Worker...*, 21 (1997)].

<sup>261</sup> S. ISSACHAROFF, *Contracting for Employment: The Limited Return of the Common Law*, 74 TEXAS L. REV. 1783 (1996).

<sup>262</sup> J.H. VERKERKE, *An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts...*, 885 (1995).

In estrema sintesi, può allora sostenersi che Verkerke sostenga l'*Eaw rule* principalmente per mancanza di alternative (a suo giudizio) valide, che possano scongiurare *ex ante* le stesse critiche che la dottrina e la giurisprudenza muovono proprio all'*Eaw rule*.

### 1.11 La situazione attuale ed i possibili sviluppi.

Partendo da un dato di fatto («*gli Stati Uniti sono l'unico Paese industrializzato che non prevede una qualche forma di auspicabile protezione contro i licenziamenti illegittimi*»<sup>263</sup>), proveremo ad individuare le ragioni per cui ognuna delle - pur valide - proposte dottrinali esaminate non ha avuto gli sviluppi (tanto) attesi.

Dunque, sulla base di tali considerazioni, si proverà a fornire una risposta alla domanda delle domande, ovvero: gli Stati Uniti adotteranno mai una *Wrongful-Discharge Legislation* di tipo federale? E a livello statale?

Orbene, senza richiamare ognuna delle teorie dottrinali già analizzate (e tralasciando così anche la - altrimenti necessaria - distinzione tra soluzioni contrattuali ed ipotesi basate sulla «*law of torts*»<sup>264</sup>), si sceglie di approfondire solo l'*an* della riforma, ritenendo - per esigenze di semplificazione - che il *quomodo* sia una variabile indipendente.

E' pacifico che una legislazione limitativa dell'*Eaw rule* dovrebbe rappresentare un difficile compromesso<sup>265</sup> nonchè punto di d'incontro degli interessi delle *lobbies* più influenti: «*il bilanciamento dei pesi politici sposterebbe la bilancia a favore di una disciplina*

---

Sull'incidenza che l'asimmetria informativa del lavoratore ha sull'efficienza del libero mercato, *cf.*, tra gli altri, P. ICHINO, *Il dialogo tra economia e diritto ...*, 171 (2001).

<sup>263</sup> Note, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge ...*, 1844 (1980).

<sup>264</sup> Parte della dottrina ha spiegato che la differenza sostanziale consisterebbe nella misura del risarcimento del danno ottenibile da lavoratore. Infatti, «*for wrongful discharge, damages might include lost wages while unemployed, the cost and inconvenience of searching for a new job, lost future income because of having to settle for less remunerative employment, moving expenses and cost of relocating a family, mental and emotional distress from embarrassment and loss of status, and possible punitive damages. In tort actions, courts have approved the recovery of lost wages, damages for emotional harm, and, in theory, the award of punitive damages as an added deterrent*» [Note, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge ...*, 1824 (1980)].

<sup>265</sup> Più nello specifico, una legislazione otterrebbe il favore delle *lobbies* prevedendo tra le altre:

- un risarcimento massimo ottenibile in giudizio, certamente gradito agli *employers*;
- forme di incentivazione alla sindacalizzazione, a favore delle *trade unions*;
- la possibilità di un congruo compenso per il *plaintiff bar*.

*limitativa dei licenziamenti solo se gli imprenditori ed i loro avvocati reagissero contro l'espansione della responsabilità operata dalle Corti, e se gli avvocati dei ricorrenti percepissero che la legislazione proposta aumenterebbe - o almeno non diminuirebbe - la fattibilità economica del difendere un lavoratore licenziato»<sup>266</sup>.*

Nonostante evidenti difficoltà, gran parte della dottrina statunitense ha guardato - pur su motivazioni a volte contrapposibili - all'intervento legislativo con grande sicurezza e convinzione: in altre parole, una legislazione «*certus an, incertus quando*», mutuando le nozioni universitarie sul *dies incertus* di una disposizione testamentaria<sup>267</sup>.

Non per caso, un autore tra i più influenti terminava la sua teorizzazione sostenendo che - in tempi più o meno ridotti - «*molti Stati seguiranno il Montana proponendo ed attuando una legislazione che limiti la responsabilità imprenditoriale*»<sup>268</sup> (anche se - al contempo - ricordava che una «*trasformazione drammatica della regola dell'employment at-will potrebbe essere stroncata in alcune giurisdizioni*»<sup>269</sup>). Ad ogni modo, anche la dottrina meno "ottimista" rilevava quantomeno «*una piccola possibilità di attuazione di una disciplina rimediale concernente tali aspetti del rapporto di lavoro*»<sup>270</sup>.

Ma, come si è detto, così non è stato.

Ad oggi, infatti, nessuno Stato della Federazione ha seguito l'esempio del Montana, né è stata mai avanzata una proposta seria ed articolata di disciplina federale.

I motivi possono essere i seguenti:

### **1. Il non esempio del Montana.**

---

<sup>266</sup> Così H. H. PERRITT Jr., *Wrongful Dismissal* ..., 71 (1987).

<sup>267</sup> Cfr. sul punto G. BRUNETTI, *Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie. Contributo alla dottrina del dies e della conditio*, Firenze, 1983, 15 e ss.

<sup>268</sup> A.B. KRUEGER, *The Evolution of Unjust-Dismissal Legislation* ..., 658 (1991), riprendendo probabilmente l'ottimistica espressione di altro A., secondo cui «*doctrinal erosion in particular is not easily stopped*» [così D. HOROWITZ, *The Courts and the Social Policy*, 12 (1977)].

<sup>269</sup> In particolare, il riferimento è a *Foley v. Interactive Data Corp.*, 47 Cal. 3d 654, 765 P.2d 373 (1988) della California Supreme Court ed a *Bankey v. Storer Broadcasting Co.*, 432 Mich. 438, 443 N.W.2d 112 (1989), caso in cui la Michigan Supreme Court «*held that employer may unilaterally change written discharge-for-cause policy to employment-at-will policy, even though right to make such change was not expressly reserved from onset, but, to be effective, reasonable notice of change must be uniformly given to affected employees*». Secondo A.B. KRUEGER; infatti, tali pronunce costituiscono un campanello d'allarme, un primo esempio di trasformazione - e di limitazione - delle *exceptions* di common law, tali da rallentare (e, forse, anche terminare) la spinta verso una *Wrongful-Discharge Regulation*.

<sup>270</sup> C.J. PECK, *Unjust Discharges From Employment* ..., 3 (1979).

La disciplina legislativa dello Stato del Montana<sup>271</sup> ha recepito le varie erosioni giurisprudenziali e limitato il raggio d'azione della regola della recedibilità *at-will*. Tra le previsioni introdotte, su tutte, il requisito necessario della «*giusta causa*» per il licenziamento di un lavoratore non in prova ed il limite massimo delle 4 annualità di retribuzione come risarcimento del danno conseguente ad una mancata od insufficiente giustificazione<sup>272</sup>.

Ma - com'è ovvio che sia - si tratta di una disciplina statale, applicabile solo nel limitato ambito di giurisdizione del Montana, e che, pertanto, non risolve in alcun modo il problema dell'incertezza regolativa e della disparità di trattamento per i lavoratori di tutti gli altri Stati.

A ciò si aggiunga che l'esempio del Montana ha sempre esercitato un'influenza troppo debole e non aveva mai rappresentato una seria fonte d'ispirazione per il Legislatore, sia esso statale o federale. Si tratta infatti di uno Stato che, per una serie di singolarità storico-giuridiche<sup>273</sup>, non ha mai applicato la regola dell'*Eaw*. Ecco perché la codificazione del 1987 ha costituito finora l'unico esempio in tal senso nell'intero territorio statunitense, ed ecco perché non è mai stato seguito fuori dai confini di questo (poco influente) Stato del Nord-Ovest;

## 2. **Sostanziale riequilibrio tra lavoratori iscritti e non iscritti.**

L'apporto giurisprudenziale delle Corti territoriali, con lo sviluppo delle tre grandi eccezioni alla regola dell'*Eaw*, è riuscito a colmare - almeno in parte - l'evidente disparità di tutela tra *employees* iscritti e non. Anzi, parte della dottrina si è spinta fino a sostenere che «*l'eccezione dell'implied-in-fact*

---

<sup>271</sup> Si tratta del *Wrongful Discharge from Employment Act* (cd. *WDEA*), approvato nel 1987: cfr. Mont. Code Ann. § 39-2-901 *et seq.*

<sup>272</sup> Sul punto, cfr. il saggio di A. P. MORRISS, *The Story of the Montana...*, 245 (2007), con particolare riferimento ai dati numerici forniti dall'A., da cui è possibile desumere che con l'applicazione del *WDEA* si è avuta una riduzione sia del numero complessivo delle controversie sia della loro durata media (ovviamente, sempre e solo nello Stato del Montana).

<sup>273</sup> Per ragioni già evidenziate, si ricorda che l'economia del Montana è da sempre legata all'estrazione ed allo sfruttamento di rame e legno, industria storicamente ad alto tasso di sindacalizzazione. Al contempo, quasi un terzo della popolazione è dipendente di Enti pubblici. Dunque, si tratta di tipologie di lavoratori che - anche se per motivi diversi - sarebbero comunque esclusi dall'applicazione dell'*EaW Rule*, al pari delle attività di natura prettamente stagionale (allevamento e turismo).

*contract è esondata dal solco delle limitazioni giurisprudenziali di public policy e di buona fede fornendo un livello di stabilità che i lavoratori non sindacalizzati non avevano mai raggiunto sin dall'introduzione della regola dell'employment at-will»<sup>274</sup>. L'esigenza di tutela degli *ununion employees* sembra quindi essersi attenuata. Al contempo, quella stessa categoria di eccezioni (secondo cui la stabilità del rapporto è desumibile da promesse fatte al lavoratore), più "pericolosa" ed incerta sul piano applicativo, ha subito nel tempo un corposo ridimensionamento. Ad esempio, il solo inserimento da parte dei datori di lavoro di clausole di *disclaimer* - che confermano l'applicabilità della regola dell'*Eaw*<sup>275</sup> - negli *employee handbooks* ha di fatto drasticamente ridotto la forza erosiva di tale eccezione;*

**3. Gli imprenditori non rivendicano (più) una disciplina limitativa in materia di licenziamenti individuali.**

Anche alla luce delle considerazioni di cui al punto che precede, si può dire che, facendo tesoro dei precedenti giurisprudenziali, i datori di lavoro hanno preso quegli accorgimenti - talvolta, minimi o solo formali - che limitano sia il numero di licenziamenti illegittimi sia l'ammontare dei relativi risarcimenti. Come ha sintetizzato un'attenta commentatrice del fenomeno, «con la stessa velocità con cui i diritti sono intessuti il giorno, essi sono sciolti di notte dai datori di lavoro, i quali come la Penelope di Omero stanno cercando di evitare gli attacchi per preservare le loro libertà»<sup>276</sup>. A ciò si aggiunga che l'interessante teoria di Krueger non considera un'altra ipotesi, di senso opposto a quella caldeggiata, ovvero sia che le lobbies sostengano una riaffermazione dell'*EaW Rule* «in un modo tale da scongiurare in toto l'impatto della teoria dei licenziamenti illegittimi, ripristinando così quel regime di

---

<sup>274</sup>B.D. BERNS, *Employers Beware: The Implied Contract Exception ...*, 337-338 (1987).

Pur condividendo la tesi di fondo dell'A., secondo cui l'eccezione desunta dalle promesse datoriali è certamente quella che più si presta ad un utilizzo improprio da parte delle Corti, occorre però sottolineare come tale dottrina si riferisca perlopiù all'interpretazione degli *employee handbooks*, problema che - ad oggi, e ad avviso di chi scrive - appare superato.

<sup>275</sup> Cfr. J.R. GRODIN, *The Story of Pugh...* (2007).

<sup>276</sup> K.W. STONE, *Revisiting the At-Will Employment Doctrine...*, 99 (2007).

*licenziamento non giudizialmente contestabile associato alla declinazione originaria dell'at-will employment rule»<sup>277</sup>.*

E dunque, come osservato da recente dottrina, «*le Corti stanno [oggi] sviluppando un contratto di lavoro ibrido, [...] ne' rigidamente at-will nè secondo una disciplina generale di protezione contro i licenziamenti*»<sup>278</sup>, alla luce di quattro dati fattuali:

1. l'erosione dell'*Eaw rule* mediante le ormai note **eccezioni** giurisprudenziali;
2. la presenza all'interno degli Stati di **leggi** che limitano, almeno indirettamente, la stessa regola (si pensi al fenomeno del *whistleblowing* o al divieto di utilizzo dei *lie detector*);
3. l'ampio utilizzo di:
  - i. **clausole di arbitrato**, incluse nel regolamento contrattuale su iniziativa dell'*employer* e molto diffuse dopo la pronuncia *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp*<sup>279</sup>;
  - ii. **clausole di non concorrenza o di riservatezza**<sup>280</sup>;

---

<sup>277</sup> M. BERGER, *Unjust dismissal and the Contingent Worker ...*, 28, (1997).

<sup>278</sup> Così K.W. STONE, *Revisiting the At-Will Employment Doctrine: Imposed Terms, Implied Terms, and the Normative World of the Workplace*, 36 IND. L. J. 84, 85 (2007).

<sup>279</sup> Con tale pronuncia, la *Supreme Court of the United States* ha avallato per la prima volta la competenza arbitrale elettiva in luogo di quella delle Corti, peraltro in un ambito complesso quanto quello delle discriminazioni legate all'età del lavoratore. Più precisamente, «*That discovery allowed in arbitration was more limited than in federal courts did not preclude arbitration of registered securities representative's age discrimination claim, inasmuch as it was unlikely that age discrimination claims required more extensive discovery than other claims that were found to be arbitrable, and there had been no showing that applicable discovery provisions would prove insufficient to allow representative fair opportunity to present his claim*» [*Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 111 S. Ct. 1647, 114 L. Ed. 2d 26 (U.S.N.C. 1991)].

La dottrina ha sottolineato come «*Following Gilmer, employers frequently require employees to agree a pre-dispute arbitration procedure as a condition of employment*», sebbene «*In recent years, [...] many experts argue that employment arbitration system fall far short of the due process protections that one would expect from a court*» [così K.W. STONE, *Revisiting the At-Will Employment Doctrine...*, 92 (2007), peraltro parafrasando un suo scritto precedente: K.W. STONE, *Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights: The Yellow Dog Contract of the 1990s*, 73 DENVER L. REV. 1017, 1034 (1996)].

<sup>280</sup> L'applicazione di tali clausole può risultare particolarmente severa per il lavoratore interessato. Si pensi, su tutte, all'ipotesi in cui un *employee* sia licenziato ingiustamente e, privato della sua occupazione, sia di fatto impossibilitato nel trovarne una nuova. Certo, alcune Corti hanno concesso la non applicabilità delle clausole in oggetto in caso di «*unfair dismissal*» [cfr. *Cent. Adjustment Bureau, Inc. v. Ingram*, 678 S.W.2d 28 (Tenn. 1984) e *Insulation Corp. of Am. v. Brobston*, 446 Pa. Super. 520, 667 A.2d 729 (1995)], ma allo stesso tempo molte altre hanno continuato ad applicarle pedissequamente, prescindendo dalle circostanze relative al recesso [cfr. *Aero Kool Corp. v. Oosthuizen*, 736 So. 2d 25 (Fla. Dist. Ct. App. 1999) e *Prof'l Bus. Services Co. v. Rosno*, 268 Neb. 99, 680 N.W.2d 176 (2004)].

4. la diffusione di **tipologie contrattuali diverse** dal contratto a tempo indeterminato (su tutti, *temporary employees* ed *independent contractors*)<sup>281</sup>, unitamente ad una nuova concezione del rapporto di lavoro<sup>282</sup>, basata sul «*organizational citizen behavior*» ("OCB")<sup>283</sup>.

In altre parole, la *job security* avrebbe ormai ceduto il passo alla «*employability security*»<sup>284</sup>.

Solo un elemento potrebbe ancora mutare equilibri che appaiono oramai consolidati: un recentissimo orientamento giurisprudenziale ha infatti riconosciuto anche ai "*contingent workers*" la tutela contro il licenziamento illegittimo (come già auspicato da autorevole dottrina<sup>285</sup>). Più precisamente, la *Missouri Supreme Court* ha chiaramente riconosciuto nel 2010 che «*un lavoratore a contratto [ad es., anche a tempo determinato] può agire giudizialmente nell'ipotesi di licenziamento illegittimo poiché in violazione della public policy*»<sup>286</sup>. Orbene, tale asserzione, specie se seguita dalle Corti degli altri

---

<sup>281</sup> L'A. ha spiegato che «*In its place, employers are creating new types of employment relationships which do not depend upon, or encourage, longevity. Employers make these changes in order to gain the flexibility to cross-utilise employees and make quick adjustments in production methods as they confront increasingly competitive product markets*» [K.W. STONE, *Revisiting the At-Will Employment Doctrine...*, 95 (2007)].

<sup>282</sup> La dottrina ha parlato in proposito di «*a new psychological contract*» [così S.L. ROBINSON, D.M. ROUSSEAU, *Violating the Psychological Contract: Not the Exception But the Norm*, 15 J. ORG. BEHAV. 245, 246 (1994)] o di «*new deal at work*» [espressione di P. CAPPELLI, *New Deal at Work: Managing the Market-Driven Work Force*, Harvard Business School, 217 (1999)].

<sup>283</sup> Le promesse implicite od esplicite di continuazione nel tempo del rapporto di lavoro sarebbero state sostituite da intese («*understandings*») basate su obbligazioni reciproche tra le parti. Più precisamente, gli *employers* richiederebbero oggi ai lavoratori non solo una prestazione di lavoro di qualità, ma anche la loro immaginazione, la loro energia creativa, la loro intelligenza al servizio dell'impresa. Appunto, quello che i sociologi hanno definito un «*comportamento da cittadino organizzato*», vale a dire un OCB.

<sup>284</sup> Tale nozione ricomprenderebbe l'insieme delle «*opportunities to develop their human capital so they can prosper in the external labor markets*» [R.M. KANTER, *E-Volve*, Harvard Business School, 192 (2001)].

Altra dottrina ha quindi chiarito che ormai «*employees expect benefits others than job security from their jobs. They expect to have an opportunity to learn portable skills, to network with clients and competitors, and to gain knowledge and experience that will help them manage their own careers and thrive in the new boundary-less workplace*» [così ancora K.W. STONE, *Revisiting the At-Will Employment Doctrine...*, 98 (2007)].

<sup>285</sup> Cfr. M. BERGER, *Unjust dismissal and the Contingent Worker...*, 1 (1997) ed il par. 1.9 del presente scritto.

<sup>286</sup> *Keveney v. Missouri Military Acad.*, 304 S.W.3d 98 (Mo. 2010).

La pronuncia in esame, nel punto B della parte relativa al *Wrongful Discharge*, ha spiegato magistralmente le – condivisibili – ragioni di una tale apertura:

«*Generally, an employer can discharge an at-will employee for any reason. Johnson v. McDonnell Douglas Corp.*, 745 S.W.2d 661, 663 (Mo. banc 1988). *There are limits to the at-will employment doctrine. An employer cannot terminate an at-will employee for being a member of a protected class, such as "race, color, religion, national origin, sex, ancestry, age or disability."* Section 213.055, RSMo Supp.2005. *Missouri courts also recognize a public policy exception to the employment at-will doctrine. Fleshner v. Pepose Vision Institute, Inc.*, 304 S.W.3d 81, 92, (Mo. banc 2010).

Stati, può - in futuro, beninteso - rompere quella che ora appare come una situazione di equilibrio stabile, rimettendo in discussione le possibilità di un intervento legislativo.

Si tratterebbe, d'altronde, dell'ennesima riprova del fatto che «*le Corti stanno occasionalmente svolgendo la funzione di catalizzatore dell'attenzione del legislatore verso tali aspetti*»<sup>287</sup>. E magari, qualche commentatore ottimista potrebbe allora ricordarci che «*il giudice (e quindi gli avvocati) non può ignorare il futuro. Dal momento che una pronuncia*

---

[...] To date, Missouri courts have declined to extend the wrongful discharge cause of action to contract employees. Therefore, the dispositive issue in this point is whether a contract employee, like an at-will employee, can pursue a claim for wrongful discharge in violation of public policy.

Previous cases support Employer's assertion that the tort of wrongful discharge applies only to at-will employees. In *Luethans v. Washington University*, 894 S.W.2d 169, 173 (Mo. banc 1995), this Court stated that "a wrongful discharge action is only available to an employee at will."

[...] Although no Missouri case has permitted a contract employee to bring a wrongful discharge action, it is also true that none of these cases has offered a detailed justification for allowing an at-will employee to recover for wrongful discharge while denying the same remedy to a contract employee.

There are at least three compelling reasons for allowing contract employees to pursue an action for wrongful discharge in violation of public policy. First, limiting the wrongful discharge cause of action to at-will employees fails to recognize the distinct underlying purpose of the wrongful discharge cause of action. A breach of contract action enforces privately negotiated terms and conditions of employment. In contrast, the wrongful discharge action is premised on a conflict between the conditions of employment and constitutional, statutory, or regulatory provisions that are applicable irrespective of the terms of contractual employment. A discharge is not "wrongful" because it violates the contractual terms of employment. A discharge is "wrongful" because it is based on the employer's attempt to condition employment on the violation of public policy expressed in applicable constitutional, statutory or regulatory provisions. See *Smith v. Bates Technical College*, 139 Wash.2d 793, 991 P.2d 1135, 1141 (2000) (citing *Tameny v. Atlantic Richfield Co.*, 27 Cal.3d 167, 164 Cal.Rptr. 839, 610 P.2d 1330, 1335 (1980)). Limiting wrongful discharge actions to at-will employees rests implicitly on the incorrect assumption that the constitutional, statutory or regulatory interests at issue can be limited through private contracts. An employer's obligation to refrain from discharging an employee who refuses to participate in or conceal actions inconsistent with public policy does not depend on the terms and conditions of the employment contract. *Id.*

Second, given the distinct interests at issue in a wrongful discharge action, it follows that the remedies are distinct. An employee discharged in violation of an employment contract can recover the amount of income he or she would have earned absent the breach, less any income earned in the interim. [*Puller v. Royal Casualty, Co.*, 271 Mo. 369, 196 S.W. 755, 762 (1917)]. If an employee is discharged for refusing to violate a public policy requirement, a breach of contract action satisfies private contractual interests but fails to vindicate the violated public interest or to provide a deterrent against future violations. When an employer's actions violate not only the employment contract but also clear and substantial public policy, the "employer is liable for two breaches, one in contract and one in tort." *Retherford v. AT & T Communications of Mt. States, Inc.*, 844 P.2d 949, 960 (Utah 1992). It follows that the employer must bear the consequences of its actions.

Finally, it is inconsistent to allow an at-will employee to pursue an action for wrongful discharge while denying a contract employee the same right. Allowing an at-will employee to pursue an action for wrongful discharge "illogically grants at will employees greater protection from these tortious terminations due to an erroneous presumption that the contractual employee does not need such protection." *Smith*, 991 P.2d at 1141.

[...]The foregoing reasons provide a compelling rationale for affording both at-will and contract employees the same limited right to bring a claim for wrongful discharge in violation of public policy as expressed in the constitution as well as statutes and regulations. Having established that contract employees can pursue a claim for wrongful discharge, the next issue is whether Employee's petition alleges a valid claim of wrongful discharge» [*Keveney v. Missouri Military Acad.*, 304 S.W.3d 98, 101-03 (Mo. 2010)].

<sup>287</sup> C.J. PECK, *Unjust Discharges From Employment* ..., 3 (1979).

*giudiziale influenza la decisione dei casi che verranno, il giudice deve considerare l'impatto probabile di una pronuncia alternativa nei comportamenti futuri dei soggetti interessati nelle attività che danno luogo ad una situazione simile a quella in esame»<sup>288</sup>.*

---

<sup>288</sup> Così R.A. POSNER, *Economic Analysis ...*, 26 (1992).

## CAPITOLO II

### Il sistema italiano dei licenziamenti individuali

#### 2.1 Il recesso ad nutum nell'ordinamento italiano.

Se nell'ordinamento statunitense la terminabilità «*at-will*» del rapporto di lavoro costituisce una regola "aurea", pur con le erosioni giurisprudenziali appena esaminate, nell'ordinamento italiano la possibilità di licenziare *ad nutum ex art. 2118 c.c.* costituisce di certo una eccezione all'obbligo, previsto anche dalle fonti comunitarie, di giustificare il licenziamento con «*un valido motivo legato alle ... attitudini [dei lavoratori] o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio*» (art. 24 Carta Sociale Europea<sup>289</sup>).

Nelle sole - e limitate - ipotesi espressamente riconosciute, il datore di lavoro è allora «*titolare di un diritto potestativo il cui legittimo esercizio non richiede giustificazione e, quindi, ha la possibilità di sciogliere il rapporto con una manifestazione di volontà libera<sup>290</sup> e priva di spiegazione giustificativa*»<sup>291</sup> (con obbligo di preavviso, salvo il datore allegghi anche una «*giusta causa*» secondo le regole procedurali di cui all'art. 7 St. lav). Ne consegue che il lavoratore, fisiologicamente, si trova in una situazione di mera soggezione ed è destinato a subire gli effetti risolutivi senza poter contrapporre un proprio interesse<sup>292</sup>.

Come accennato, la casistica è però limitata a talune ipotesi applicative:

---

<sup>289</sup> Per un approfondimento relativo alla previsione dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di una necessaria giustificazione al licenziamento dei lavoratori, si rimanda a B. CARUSO, C. MASSIMIANI, *Prove di democrazia in Europa: la Flessicurezza nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione europea*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 59/2008, 12.

<sup>290</sup> Come si vedrà *infra*, eccetto per il licenziamento del dirigente.

<sup>291</sup> M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Padova, 2012, 135.

<sup>292</sup> La recedibilità *ad nutum* esclude, per espressa scelta del Legislatore, un controllo giudiziale relativo al profilo causale.

Le S.U. della Corte di Cassazione, con la pronuncia del 2 agosto 2002, n. 11633, hanno quindi chiarito che «*il recesso dell'imprenditore è sottratto alla disciplina limitativa del licenziamento individuale contenuta nella legge 15 luglio 1966 n. 604, onde non richiede una formale comunicazione del motivo del recesso, spettando al lavoratore, che allegghi l'illegittimità del licenziamento, provare eventuali motivi illeciti o discriminatori*» [Cass. 27 gennaio 2004 n. 1458, in [www.lavoroprevidenza.com](http://www.lavoroprevidenza.com) (ultimo accesso il 4 gennaio 2014)].

- a) **Lavoratore domestico** (art. 4 co. 1 legge n. 108 del 1990), inteso come addetto ai servizi personali domestici od all'assistenza a familiari handicappati (art. 33 legge 30 luglio 2002, n. 189);
- b) **Lavoratore ultrasessantenne** che abbia raggiunto i requisiti di maturazione della pensione di vecchiaia<sup>293</sup> (art. 4 co. 2 legge n. 108 del 1990) e che non abbia optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro (art. 6 legge 6 febbraio 1982, n. 54);
- c) **Apprendista** al termine del periodo di apprendistato [art. 2 co. 1 lett. m) D.lgs. 14 settembre 2011 n. 167] o **lavoratore assunto con contratto di inserimento** alla scadenza del termine di durata;
- d) **Lavoratore in prova** con meno di sei mesi di attività (art. 2096 c.c. e art. 10 legge n. 604/1966);
- e) **Sportivo professionista** (ove il contratto sia stipulato secondo le modalità di cui all'art. 4 co. 8 legge 23 marzo 1981, n. 91: diversamente, vi sarà un comune di rapporto di lavoro subordinato)<sup>294</sup>;
- f) **Lavoratore subordinato a domicilio**, quando la prestazione (per continuità ed orario di lavoro) non ne escluda la precarietà;
- g) **Dirigente**, salvo l'obbligo di forma scritta (art. 2 co. 4 legge n. 604/1966) e l'applicazione della disciplina collettiva che normalmente subordina la legittimità del recesso alla sua cd. "*giustificatezza*" (cui è legato il riconoscimento della indennità supplementare, nella quantificazione - in misura minima e massima - di cui al Ccnl applicato al rapporto di lavoro).

Al di fuori di tali ipotesi, dunque, il licenziamento del lavoratore dovrà dunque essere sempre giustificato per non rischiare di incorrere in ipotesi di invalidità ovvero nelle sanzioni di legge.

---

<sup>293</sup> La formulazione della norma configura una ipotesi in cui i due requisiti, vale a dire l'età del lavoratore e la sussistenza dei requisiti contributivi, devono essere provati dalla parte interessata a chiedere la inapplicabilità del regime ordinario di tutela contro il licenziamento (sul punto, *cf.* A. VALLEBONA, *Il licenziamento del lavoratore pensionabile*, in *Dir. Lav.*, 1991, 242).

<sup>294</sup> Per ragioni di completezza, si rileva che nelle ipotesi *sub iv)* e *v)* non vi è un obbligo di preavviso da parte del datore di lavoro.

## 2.2 Il nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

Nel sostituire la precedente rubrica dell'art. 18 St. Lav.<sup>295</sup> («reintegrazione nel posto di lavoro») con la attuale «tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo»<sup>296</sup>, la legge 28

---

<sup>295</sup> Il nuovo art. 18 St. lav. - nella versione introdotta dalla Riforma Fornero - recita come segue: «Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al terzo comma del presente articolo. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.

2 - Il giudice, con la sentenza di cui al primo comma, condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

3 - Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al secondo comma, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione.

4 - Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. In quest'ultimo caso, qualora i contributi afferiscano ad altra gestione previdenziale, essi sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi del terzo comma.

5 - Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di

---

ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.

6 - Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, si applica il regime di cui al quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo.

7 - Il giudice applica la medesima disciplina di cui al quarto comma del presente articolo nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile. Può altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma. In tale ultimo caso il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni. Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo.

8 - Le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti.

9 - Ai fini del computo del numero dei dipendenti di cui all'ottavo comma si tiene conto dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale per la quota di orario effettivamente svolto, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore. Non si computano il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale. Il computo dei limiti occupazionali di cui all'ottavo comma non incide su norme o istituti che prevedono agevolazioni finanziarie o creditizie.

10 - Nell'ipotesi di revoca del licenziamento, purché effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente articolo.

11 - Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 22, su istanza congiunta del lavoratore e del sindacato cui questi aderisce o conferisca mandato, il giudice, in ogni stato e grado del giudizio di merito, può disporre con ordinanza, quando ritenga irrilevanti o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

12 - L'ordinanza di cui al comma precedente può essere impugnata con reclamo immediato al giudice medesimo che l'ha pronunciata. Si applicano le disposizioni dell'articolo 178, terzo, quarto, quinto e sesto comma del codice di procedura civile.

13 - L'ordinanza può essere revocata con la sentenza che decide la causa.

14 - Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 22, il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al primo comma ovvero all'ordinanza di cui all'undicesimo comma, non impugnata o confermata dal giudice che l'ha pronunciata, è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore».

<sup>296</sup> Sul punto, cfr. P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in ID., *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Milano, 2013, 252 e ss.

Sulla pressoché pacifica (a quanto consta, in senso contrario solo Trib. Milano, ord. 27 marzo 2013, est. Cipolla, in *Boll. Spec. ADAPT*, 2013, 21) applicazione *ratione temporis* del nuovo art. 18 St. lav. ai licenziamenti

giugno 2012 n. 92 (d'ora in avanti, la "Riforma Fornero") ha sin da subito svelato un nuovo approccio sistematico - con una modulazione in quattro regimi sanzionatori - con nuovi obiettivi programmatici.

Un disegno che si muove, dunque, verso una frammentazione «*del meccanismo unitario delle reintegra in diversi segmenti in linea decrescente ... , [oltre che] della categoria unitaria della illegittimità del licenziamento, modificando in conseguenza il procedimento giudiziale di controllo*»<sup>297</sup>.

Ne deriva quindi un «*approccio tipico dell'analisi economica del diritto*», con una «*disciplina del licenziamento individuale ... valutata nell'ottica della sua efficienza in relazione a specifici obiettivi economici ed in base all'analisi costi benefici*»<sup>298</sup>.

Dunque, un tendenziale superamento del «*precedente regime reintegratorio*»<sup>299</sup>, il cui ambito applicativo, con le efficaci parole di autorevole dottrina, è oggi limitato ai «*tre casi di ingiustificatezza macroscopica equivalente al "torto marcio" del datore di lavoro*»<sup>300</sup>.

Non per caso, dunque, parte della dottrina ha criticato la prospettiva economica piuttosto che giuridica adottata dal legislatore della Riforma, parlando finanche di «*nuova tirannia dei valori economici*»<sup>301</sup>.

L'approccio di *law and economics* richiama poi un pilastro del sistema statunitense, ovvero la distinzione tra *property rule*, normalmente «*riservata ai casi in cui sia in gioco un diritto della persona*», e *liability rule* (nel cui novero si riconduce l'indennizzo

---

intimati a partire dal 18 luglio 2012 e non ai licenziamenti oggetto di procedimento in corso [cfr. Cass. 7 maggio 2013, n. 10550, in *Foro It.*, 2013, I, 1867; per una disamina del cd. "nuovo Rito" in materia di licenziamenti, sia consentito il rimando a G. MATARAZZO, L. MIAN, *I termini di impugnazione (stragiudiziale e giudiziale) e il nuovo rito per le controversie ex art. 18*, in AA.VV. *Guida pratica alla Riforma Fornero. Disciplina, casi pratici, giurisprudenza, schemi e faq*, Milano, 2013, 303-325].

<sup>297</sup> P. TULLINI, *Flessibilità in uscita: la nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuove regole dopo la l. n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione versus garanzie?*, Atti del Convegno dell'associazione Avvocati Giuslavoristi Italiani (Ancona 26-27 ottobre 2012), Torino, 2013, 14.

<sup>298</sup> V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 190/2013, 3.

<sup>299</sup> M. PAPALEONI, *Gli aspetti positivi della riforma del licenziamento individuale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 25.

<sup>300</sup> A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 14-15. In senso conforme, T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, 39-40.

<sup>301</sup> A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *RGL*, 2012, III, 584.

economico), applicata invece quando è «*in gioco soltanto un interesse economico e professionale del lavoratore*»<sup>302</sup>.

Nella Riforma Fornero, la *property rule* è dunque volutamente circoscritta a casi eccezionali, vale a dire quelli in cui è coinvolta l'onorabilità della persona oppure in cui il licenziamento è palesemente pretestuoso (perché discriminatorio o per motivo illecito o ritorsivo; v. *infra* par. 2.3): in tutti gli altri casi, un recesso datoriale ingiustificato rientrerebbe per l'appunto nella *liability rule*, comportando quindi solo la liquidazione del danno<sup>303</sup>.

Tale impostazione, tuttavia, pur rispondendo appieno all'esigenza di predisporre quell'*effective remedy* richiesto dalle fonti sovranazionali<sup>304</sup>, non tiene conto che nel nostro ordinamento la reintegrazione in forma specifica, in coerenza con l'art. 24 Cost. e con l'esigenza di bilanciare valori costituzionalmente protetti (su tutti, gli interessi organizzativi dell'impresa, nella sua dimensione soggettiva ed oggettiva, nonché l'interesse del lavoratore alla stabilità in una «*formazione sociale*» in cui realizza la sua personalità e ottiene mezzi di sostentamento), costituisce la regola - e non l'eccezione alla stessa -, in quanto volta a garantire «*l'esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario*»<sup>305</sup>.

La nuova formulazione dell'art. 18 St. lav., dunque, «*al posto della "storica" e unitaria tutela reale [... prevede] per ogni patologia dell'atto del licenziamento ... ben quattro, graduate e*

---

<sup>302</sup> P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi "Domenico Napoletano" dal titolo "Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro" (Pescara, 11-12 maggio 2012), disponibile su [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it) (ultimo accesso il 3 gennaio 2014), 11-12.

Lo stesso A. ha quindi precisato che la perdita dell'occupazione «*lede sempre il diritto fondamentale al lavoro ... [e] corrisponde a una concezione del rapporto di lavoro ispirata alla job property, che mal si concilia con il principio della insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con la stessa regola del giustificato motivo oggettivo*» (P. ICHINO, *La riforma ...*, 2012, 11-12).

<sup>303</sup> Autorevole dottrina ha correttamente rilevato come «*la contrapposizione, cara ad Ichino ed altri cultori dell'analisi economica del diritto, tra property rule e liability rules rappresenta l'ipostatizzazione dei sistemi di common law nei quali l'obbligazione inadempita si trasforma automaticamente in obbligo risarcitorio e non si adatta, quindi, ai sistemi (storicamente esistenti) di civil law che assegnano, invece, priorità all'adempimento in forma specifica*» (così L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, 669).

<sup>304</sup> Sul punto, cfr. G. CANNATI, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 129 e ss.

<sup>305</sup> Cass., S.U., 10 gennaio 2006 n. 141, in [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it), 7 (ultimo accesso il 3 gennaio 2014).

*decrescenti, forme di tutela*»<sup>306</sup>, in cui - specie per l'interpretazione di passaggi poco chiari - hanno particolare rilievo i primi sviluppi giurisprudenziali<sup>307</sup>:

- 1) **tutela reale "piena"**: nelle ipotesi di licenziamento nullo o determinato da motivo illecito determinante<sup>308</sup>, si garantisce al lavoratore la reintegrazione ed il risarcimento del danno nella misura delle mensilità perse (per un minimo di cinque mensilità, calcolate con riferimento all'«ultima retribuzione globale di fatto») dal momento del licenziamento a quello della reintegrazione nel posto di lavoro (dedotto l'*aliunde perceptum* e con piena corresponsione dei contributi previdenziali). In luogo della reintegrazione, al lavoratore è tuttora concessa - anche nelle ipotesi della tutela reale "attenuata" - la possibilità di optare per «un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale» (art. 18 co. 3 St. Lav.);
- 2) **tutela reale "attenuata"**: il giudice «annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro ... e al pagamento di un'indennità risarcitoria [con piena corresponsione dei contributi previdenziali, indennità] ..., in ogni caso ... non ... superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto» (art. 18 co. 4 St. Lav.), nelle ipotesi in cui:

A. gli estremi della **giusta causa** o del **giustificato motivo soggettivo** addotti con il licenziamento non sussistono, perché:

---

<sup>306</sup> M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o "per motivo illecito determinante" alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 642.

Tra i primi commenti alla Riforma Fornero, parte della dottrina ha correttamente sottolineato la necessità di una analisi valutativa *ex post*, basata su risultati e così sull'applicazione giurisprudenziale delle novità introdotte dalla Riforma Fornero, con particolare riferimento all'art. 18 St. lav. [in tal senso, cfr. G. ZILIO GRANDI, *La riforma dei licenziamenti: opportunità perse e risultati ottenibili... la parola al Giudice*, in *Boll. spec. ADAPT*, 2012, 12, 1 e ss.; F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, 1103 e ss.; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La Riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Napoli, 2012, 86 e ss.]

<sup>307</sup> Per una disamina delle prime pronunce giurisprudenziali sul nuovo testo dell'art. 18 St. Lav., cfr. M. BARBIERI, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2013, III, 333 e ss.

<sup>308</sup> Per un approfondimento delle ipotesi applicative della "tutela reintegratoria piena" si rimanda al par. 2.3 che segue.

- i. il fatto contestato è insussistente<sup>309</sup>;
  - ii. il fatto è punibile con una sanzione conservativa, come da casistica o previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili al rapporto di lavoro;
- B. il giudice accerti (*ex art. 18 co. 7 St. Lav.*):
- i. *«il difetto di giustificazione del licenziamento intimato ... per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore»;*
  - ii. *«la violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile»;*
  - iii. *«la manifesta insussistenza del fatto<sup>310</sup> posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo»* e, di conseguenza, decida di applicare (*«può altresì applicare»* ci dice la legge<sup>311</sup>) al singolo caso la tutela reale e non quella obbligatoria.

Rispetto alla tutela reale "piena", l'indennità risarcitoria:

- (a) non ha una misura minima, ma ha una quantificazione massima - le dodici mensilità - che, nel più ampio quadro della Riforma Fornero, è strettamente correlata alla introduzione di una corsia preferenziale per l'impugnazione giudiziale dei licenziamenti che riduca drasticamente - almeno in via teorica<sup>312</sup> - i tempi processuali del Rito ordinario;

<sup>309</sup> Sul punto, si rimanda all'analisi di cui al paragrafo 2.2.a che segue.

<sup>310</sup> Ancora, *cf.* paragrafo 2.2.a che segue.

<sup>311</sup> Buona parte della dottrina ha però rilevato come una interpretazione letterale di quel «può» rischia di alimentare dubbi di costituzionalità per violazione del principio di uguaglianza formale e, pertanto, consiglia *«una lettura costituzionalmente orientata della norma che interpreti il può come un deve»* (così R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 4-5, 2013, 760; in senso conforme, anche A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 537; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 st. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. lav.*, 2012, 785; F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE.it "Massimo D'antona", 2013, CLXXII, 36).

<sup>312</sup> La dottrina ha correttamente rilevato che la scelta del Legislatore di limitare il risarcimento entro un tetto massimo è intervenuta in contemporanea con l'introduzione delle norme processuali e, dunque, si basa su mere ipotesi di funzionamento delle stesse procedure, portando con sé il rischio che *«se quegli antidoti non*

(b) una volta quantificata dal giudice, dalla stessa deve poi essere dedotto non solo l'«*aliunde perceptum*», ma anche l'«*aliunde percipiendum*», vale a dire «quanto [il lavoratore] avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione». Una scelta legislativa che sembra doversi leggere nell'ottica di garantire al lavoratore un risarcimento pieno nelle sole ipotesi di licenziamento - efficacemente definito come - "odioso" (discriminatorio, per motivo illecito), uniche ipotesi in cui non si chiedono al lavoratore quei comportamenti attivi volti a limitare il danno subito dal datore di lavoro;

3) **tutela indennitaria "forte"**: al di fuori delle ipotesi che rientrano nella tutela reale per così dire attenuata, il giudice «*dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto*<sup>313</sup>, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle

---

*funzioneranno o funzioneranno in modo inadeguato, graveranno sul lavoratore sia la lunghezza del processo (e una certa lunghezza, stanti i tre gradi di giudizio, è del tutto fisiologica nonostante la tutela urgente ora introdotta), sia la situazione del mercato locale ad alto tasso di disoccupazione, che priverà il lavoratore, oltre la misura dei dodici mesi, di ogni sostentamento, posto che l'eventuale prestazione di disoccupazione fruita in seguito al licenziamento diventerà indebita una volta che il licenziamento medesimo sia stato annullato e dovrà essere restituita all'ente previdenziale erogatore» [così C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 68-69].*

<sup>313</sup> Recente dottrina ha spiegato che «*La quantificazione dell'indennità tiene conto: dell'anzianità del lavoratore (criterio prevalente, presumibilmente riferito alla anzianità di servizio), del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo. L'indennità assorbirebbe ogni risarcimento di eventuali danni, anche non patrimoniali, cagionati dal licenziamento ..., ma non coprirebbe i danni causati da fatti diversi dal licenziamento in sé considerato (ad esempio, non sarebbe assorbito nell'indennità il risarcimento del danno da licenziamento ingiurioso, rinvenendosi il fatto lesivo non tanto nel licenziamento quanto, piuttosto, nella condotta tenuta dal datore di lavoro nel manifestare la propria volontà). L'indennità – per la cui corresponsione non è necessaria la prova di alcun danno – è, per espressa previsione normativa, onnicomprensiva» [così A. VELTRI, *Il nuovo articolo 18 nella giurisprudenza italiana*, in R. ZUCARO (a cura di), *I licenziamenti in Italia e in Germania. Prime riflessioni post-riforma Fornero*, Adapt University Press, 2013, XVII, 22].*

Autorevole dottrina ha invece mostrato perplessità verso la scelta di introdurre una misura minima dell'indennità, posto che le dodici mensilità spetterebbero così al lavoratore anche in assenza di danno, o in caso di danno comunque inferiore (*cf.* MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, 432).

*condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo» (art. 18 co. 5 St. lav.), nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi:*

A. *«del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro»;*

B. *«del ... giustificato motivo»: in tal caso, la determinazione dell'indennità risarcitoria dovrà tener conto anche «delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura<sup>314</sup> di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604»;*

- 4) **tutela indennitaria "debole"**: si tratta dei casi di licenziamento inefficace per vizi di tipo formale (salva l'ipotesi del licenziamento orale, riconducibile nella tutela reale "forte") o procedurale, vizi che come tali non consumano il potere datoriale di licenziare e consentono la reiterabilità del licenziamento.

La sanzione è ancora una volta una *«indennità risarcitoria onnicomprensiva»* tra sei e dodici mensilità, determinata - ragionevolmente<sup>315</sup>, ad avviso di chi scrive - *«in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro»*: insomma, un criterio di non difficile interpretazione ed applicazione, posto che vi è una chiara differenza tra l'omissione *in toto* della procedura disciplinare di cui all'art. 7 St. lav. e la concessione, nell'ambito della stessa procedura, di un termine per la difesa inferiore ai cinque giorni di legge.

---

<sup>314</sup> In estrema sintesi, *«la procedura preventiva impone al datore di lavoro di comunicare alla DTL ed al lavoratore l'intenzione di procedere al recesso per motivi oggettivi; alla comunicazione segue la convocazione delle parti ad opera della commissione di conciliazione di cui all'art. 410 cod. proc. civ.; alla commissione è attribuito il compito di facilitare l'esplorazione di soluzioni alternative al licenziamento ... ovvero di formulare una proposta transattiva in ordine alla risoluzione del rapporto, il cui oggetto, oltre al "tradizionale" corrispettivo economico, può consistere nell'attivazione di percorsi di outplacement»* (così R. PESSI, *I licenziamenti per motivi ...*, 2013, 760).

<sup>315</sup> In senso conforme, autorevole dottrina ha affermato che *«l'opzione del riformatore non può dirsi irrazionale, ponendosi in linea di continuità con quell'orientamento (consolidato) secondo cui i vizi formali e procedurali non consumano il potere di licenziamento, consentendone sempre la reiterazione»* (ancora R. PESSI, *I licenziamenti per motivi ...*, 2013, 768).

## 2.2.a. Breve digressione: il «fatto contestato» al lavoratore e la sua «insussistenza».

Nella nuova formulazione dell'art. 18 St. Lav. la reintegrazione sopravvive solo in casi specifici, tassativamente individuati.

Oltre che nel "caso-limite" di licenziamento discriminatorio, ritorsivo o intimato per motivo illecito, si tratta dell'ipotesi di *«insussistenza del fatto contestato»* e del caso in cui *«il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili»*, per quanto attiene al licenziamento per ragioni soggettive; mentre, per quanto riguarda invece il licenziamenti per motivo oggettivo, della *«manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento»*.

Decisivo è dunque stabilire quando di possa parlare di *«insussistenza del fatto»* e, forse prima ancora, in che cosa esattamente consista il "fatto" la cui insussistenza rivesta tale carattere decisivo. In particolare, si discute se questo vada inteso come mero "fatto materiale", cioè quale mero evento storico su cui il datore di lavoro fonda il licenziamento, oppure "fatto giuridico", e cioè giuridicamente qualificato e rilevante. Il primo orientamento propende per il "fatto materiale" in sé considerato<sup>316</sup>, da intendersi come fenomeno della realtà materiale privo di qualsiasi connotato soggettivo.

Oltre alla pluricommentata ordinanza del Tribunale di Bologna<sup>317</sup>, tale interpretazione normativa è stata fatta propria anche da alcune ordinanze del Tribunale di Milano (28 novembre 2012, est. Casella; 20 gennaio 2013, est. Lualdi) in cui i giudici, mantenendo separate le due fasi valutative [ovverosia, *i*) accertamento dell'esistenza materiale del fatto addotto dal datore di lavoro e *ii*) valutazione della relativa gravità e configurabilità come giusta causa o giustificato motivo], accertata la sussistenza dei fatti *«nella loro materialità»* e valutato il licenziamento come sanzione

---

<sup>316</sup> Tra gli studiosi che hanno accolto tale interpretazione, M.L. GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012, 231 e ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio ...*, 2012, 415 e ss.; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in CSDLE.It, 2012, n. 155, 1 e ss.

<sup>317</sup> Trib. Bologna, ord. 19 novembre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 271 ss., con note di P. ICHINO, *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*, e di F. SCARPELLI, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*.

non proporzionata per gli stessi fatti, hanno quindi condannato il datore di lavoro alla corresponsione della sola indennità risarcitoria, e non alla reintegrazione.

Tuttavia, tale interpretazione per cui il fatto è un mero accadimento materiale privo di connotazione giuridica rischia di portare a ritenere "fatto sussistente" qualsiasi fatto, anche assolutamente e pacificamente lecito, compiuto dal lavoratore e addotto a motivo di licenziamento dal datore.

Insomma, il giudice parrebbe quindi essere chiamato solo alla elementare distinzione tra l'essere ed il non essere, con la conseguente limitata applicabilità della reintegrazione nelle (davvero poco probabili) ipotesi di errore madornale del datore di lavoro che attribuisca al lavoratore un fatto materiale insussistente, perchè mai verificatosi ovvero a lui non addebitabile.

Diversamente, un'altra pronuncia del Tribunale di Bologna (ordinanza del 15 ottobre 2012) ha inaugurato il secondo orientamento, intendendo il *fatto* come un *unicum* globalmente accertato in tutti i suoi profili oggettivi e soggettivi, e, ciò che più rileva, valutato anche nella sua gravità (tanto da far dipendere, nella fattispecie, la valutazione in ordine alla *insussistenza del fatto*, sanzionabile appunto con la reintegrazione, dalla «*modestia dell'episodio, nella sua scarsa rilevanza offensiva e nel suo modestissimo peso disciplinare*<sup>318</sup>»). Di conseguenza, pur riconoscendo l'esistenza del fatto storico (nella specie, l'invio di una mail offensiva da parte del lavoratore), il Tribunale lo ha ritenuto - alla luce dell'elemento psicologico, del grado di colpa e della gravità del fatto - inidoneo a integrare giusta causa, dichiarando dunque illegittimo il licenziamento e disponendo la reintegra del lavoratore<sup>319</sup> (analogamente, lo stesso Tribunale di Bologna - con ordinanza del 25 settembre 2012 -, pur di fronte a un fatto incontestabilmente vero e accaduto, ha sempre ritenuto insussistente la giusta causa e disposto la reintegrazione).

---

<sup>318</sup> Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012 (est. Marchesini), in [www.lavoroediritto.it](http://www.lavoroediritto.it), secondo cui riferendo la formula «*insussistenza del fatto*» al solo fatto materiale vi sarebbe una «*violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo ma privi dell'elemento psicologico o, addirittura, privi della coscienza o volontà dell'azione*».

<sup>319</sup> Diversamente, prosegue lo stesso giudice di merito, l'«*insussistenza*» non può essere letta come se «*facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza e alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione*» (ID.).

In senso conforme, un'altra pronuncia di merito ha rilevato che il fatto deve intendersi come *«fatto giuridico ... , cioè non come mera condotta materiale (azione/omissione, nesso di causalità, evento), ma come condotta imputabile colposa, dovendosi altresì considerare il disposto normativo di cui all'art. 2106 cod. civ. ... , dovendosi quindi trattare comunque di un inadempimento disciplinarmente rilevante o astrattamente punibile con il licenziamento»*, sottolineando peraltro che una diversa interpretazione condurrebbe all'assurdo logico per cui *«anche una condotta del tutto lecita, nient'affatto inadempiente, o addirittura doverosa del lavoratore, se sussistente, perché effettivamente posta in essere dal lavoratore, dovrebbe ex sé giustificare il licenziamento disciplinare, posto che l'illegittimità di quest'ultimo predicherebbe (solo) la materiale insussistenza della condotta»*<sup>320</sup>.

Con riferimento al **giustificato motivo soggettivo**, autorevole dottrina ha quindi rilevato che *«"giustificato motivo per insussistenza"<sup>321</sup> del fatto contestato" significa che*

---

<sup>320</sup> Trib. Taranto, ord. 3 giugno 2013 (est. Magazzino), estratto riportato da V. SPEZIALE, *La riforma ...*, 2013, 22.

Conforme anche un'altra pronuncia di merito, secondo cui *«il testo della norma discorre non semplicemente di "fatto", ma di "fatto contestato". E ciò che viene contestato non è mai semplicemente un dato meramente materiale, senza contesto, bensì un comportamento valutato nella sua valenza disciplinare e collocato in un preciso contesto. E tale valenza disciplinare non infrequentemente è indissolubilmente connessa alle circostanze estrinseche di contesto oltre che a quelle intrinseche della condotta»* [Trib. Palmi, ord. 24 aprile 2013 (est. Sapone)].

<sup>321</sup> Nella sola ipotesi del giustificato motivo oggettivo, il Legislatore specifica che la *«insussistenza del fatto»* deve essere *«manifesta»*, secondo una linea di confine che autorevole dottrina, sottolineando l'ampliamento della discrezionalità dell'interpretazione giudiziale, ha correttamente ritenuto individuabile *«soltanto scrutando le profondità della mente del giudice»* [così S. MAGRINI, *Quel pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, 537], con buona pace dell'obiettivo legislativo della predeterminabilità dei rischi e dei costi per il datore di lavoro. In proposito, altro Autore ha commentato che *«il futuro designato dal nostro riformatore è nel segno di tutto potere al giudice, con un mix micidiale costituito da un diritto sostanziale che gli concede esplicitamente un amplissimo ambito discrezionale ed un diritto processuale che gli riconosce apertamente un illimitato spazio manipolativo del rito speciale»* (così F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein ...*, 2012, 529).

Senza voler qui riproporre un copioso dibattito dottrinale, chi scrive fa propria l'interpretazione secondo cui la *«manifesta insussistenza»*, anche al fine di mantenere e significare la - altrimenti incomprensibile - precisazione del Legislatore, è riferita ad una *«evidente e facilmente verificabile assenza di presupposti giustificativi»* (così O. MAZZOTTA, *I nodi irrisolti del nuovo articolo 18 dello statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE.it "Massimo D'antona", 2012, CLIX, 21), o, con altre parole, una insussistenza *«palesa»* [P. ALLEVA, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili*, in [www.dirittisociallecittadinanza.it](http://www.dirittisociallecittadinanza.it), 5 (ultimo accesso il 14 gennaio 2014)].

Solo completezza espositiva, la principale critica a tali argomentazioni sostiene che non sia corretto sostituire il concetto di *«insussistenza»* con quello di *«percezione»*, vale a dire: *«si rischierebbe, così, di subordinare il grado della tutela applicabile ad elementi del tutto estranei alla fattispecie, quali la maggiore o minore complessità dell'organizzazione aziendale e, quindi, l'evidenza di una mancata giustificazione, piuttosto che la maggiore o minore abilità tecnica dell'estensore della lettera di motivazione del licenziamento ... o della memoria difensiva»* [così S. LIEBMAN, E. GRAMANO, *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni oggettive*, in M. PERSIANI, S. LIEBMAN (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (cd. "riforma Fornero") dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, Torino, 2013, 370].

*l'inadempimento del lavoratore non sussiste e cioè che il lavoratore non ha commesso alcun inadempimento o ha commesso un inadempimento punito dai contratti collettivi con sanzione conservativa e pertanto, essendo stato illegittimamente licenziato ha diritto di essere reintegrato<sup>322</sup>».*

Parte della dottrina<sup>323</sup> condivide tale posizione sostenendo l'imprescindibilità dell'elemento soggettivo e dell'intenzionalità della condotta, nonché la necessaria proporzionalità della sanzione *ex art. 2106 c.c.*, che imporrebbe la reintegra nel caso di sanzione sproporzionata.

Per altra dottrina, tuttavia, *«tale impostazione fa sorgere alcune perplessità: infatti, se si considerasse il “fatto” come una fattispecie complessa, costituita non solo da elementi storici ma anche valutativi, e cioè da una condotta proporzionata al licenziamento ed anzi tale da integrare una giusta causa, si giungerebbe a un’interpretazione sostanzialmente abrogativa della Riforma Fornero, riaccorpando i due diversi momenti valutativi - accertamento del fatto e valutazione della relativa gravità - che la stessa aveva ritenuto di scindere, a ciascuno riconnettendo conseguenze sanzionatorie diverse<sup>324</sup>».*

Con riguardo invece al **giustificato motivo oggettivo**, si è sostenuto che *«la tesi che identifica l'elemento posto a base del licenziamento in un fatto materiale deve fare i conti con la considerazione che “fatto” e “valutazione giuridica del fatto” sono - necessariamente - intimamente connessi nella determinazione del giustificato motivo oggettivo, così come accade in ogni sistema giuridico in cui “fatto” e “valore” sono elementi inscindibili dell'ipotesi normativa dai quali non si può prescindere».*

---

In una delle prime pronunce di merito sul punto, si è poi sostenuto che il *«concetto di insussistenza “manifesta” impone all'interprete di cogliere con criteri soggettivi e temporali il senso della disposizione, che evidentemente intende sanzionare con maggior rigore un comportamento datoriale non solo illegittimo, ma particolarmente grave, che per questo lo obbliga al ripristino del rapporto e non solo al pagamento dell'indennità risarcitoria. Se questo è il senso della disposizione, la “evidenza” della illegittimità del recesso non può che rapportarsi alla posizione ed al punto di vista nonché alle conoscenze datoriali, quali erano all'atto del licenziamento (in tal senso si vuole qui proporre il criterio “soggettivo e temporale”)»* (Trib. Reggio Calabria 3 giugno 2013, est. Morabito, R.G. n. 767/2013).

<sup>322</sup> G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. Dir. lav.*, 2013, II, 231.

<sup>323</sup> Su tutti, *cfr.* V. SPEZIALE, *La riforma ...*, 2013, 23, che parla di *«argomentazioni difficilmente superabili»* e di necessaria considerazione *«nella sua dimensione complessiva di “fatto disciplinarmente rilevante”, inclusivo quindi della imputabilità e dell'elemento soggettivo considerato in tutti i suoi aspetti».*

<sup>324</sup> Così M. GIUSTINIANI, *Riforma Fornero ed insussistenza del fatto a base del licenziamento*, in [www.aidp.it/riviste/articolo.php?id=1&ida=2420&idn=248&idx=248-33](http://www.aidp.it/riviste/articolo.php?id=1&ida=2420&idn=248&idx=248-33) (ultimo accesso 5 gennaio 2014).

### 2.3 Primo argomento comparativo con il sistema statunitense: il licenziamento discriminatorio ed il licenziamento determinato da motivo illecito determinante.

A prescindere dai limiti dimensionali del datore di lavoro, il nuovo primo comma dell'art. 18 dello St. lav. sanziona con la tutela reintegratoria "piena" - vale a dire, reintegrazione nel posto di lavoro e risarcimento del danno - una serie di ipotesi di licenziamento nullo, confermando la cd. «*tendenza espansiva della tutela reale statutaria*»<sup>325</sup>.

In primo luogo, si tratta del licenziamento discriminatorio (art. 3 L. 108/1990) e di quello intimato in concomitanza col matrimonio<sup>326</sup> (art. 35 D.Lgs. 198/2006) ovvero in violazione dei divieti posti a tutela della maternità e paternità (art. 54 commi 1, 6, 7 e 9 D.Lgs. 151/2001), da intendersi come «*categorie per così dire "chiuse"*»<sup>327</sup>. In particolare, è discriminatorio il licenziamento legato ad una delle ragioni oggettive (con l'«*effetto di differenziazione*»<sup>328</sup> che ne sia conseguenza) e tassativamente<sup>329</sup> indicate dal legislatore: credo politico o fede religiosa,

---

<sup>325</sup> La definizione riguarda un principio interpretativo affermato già da tempo dalla Corte Costituzionale, secondo cui «*l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro, non è speciale né eccezionale ma dotato di forza espansiva che lo rende riferibile ed applicabile anche casi diversi da quelli in esso contemplati e tuttavia ad essi però assimilabili sotto il profilo della identità di ratio. E tra questi casi indubbiamente è da comprendersi quello del licenziamento intimato solo per ragioni di diversità di sesso*» (Corte Cost., 22 gennaio 1987, n. 17, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, 431).

<sup>326</sup> Per una analisi puntuale del licenziamento intimato in concomitanza di matrimonio e del licenziamento legato a maternità o paternità del lavoratore, con particolare riferimento alla ormai chiara irriducibilità di tali ipotesi nel *genus* del licenziamento discriminatorio (anche in ragione della attuale formulazione dell'art. 18 co. 1 St. lav.), si rimanda a E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti ...*, 2013, 100 e ss.

<sup>327</sup> M. GIUSTINIANI, *Licenziamento discriminatorio, ritorsivo o nullo per motivo illecito*, in Newsletter AIDP 2013 ([www.aidp.it/aidp/ALLEGATI/OTHER/4070.pdf](http://www.aidp.it/aidp/ALLEGATI/OTHER/4070.pdf) (ultimo accesso 5 gennaio 2014), 5.

*Ante* Riforma Fornero, il licenziamento legato causalmente al matrimonio e quello connesso alla maternità non ricadevano nell'ambito applicativo dell'art. 18 St. Lav., ma operava la cd. "*tutela reale di diritto comune*", certamente meno appetibile rispetto alla tutela statutaria (in tal senso, *cfr.* O. MAZZOTTA, *Il recesso. La giustificazione del licenziamento. La tutela reale*, I, Milano, 2005, 289 e ss.)

<sup>328</sup> La «*oggettivizzazione della discriminazione*» è teorizzata da L. ZOPPOLI, *Categorie giuridiche e sistematizzazione del diritto antidiscriminatorio*, in A. VISCOMI (scritti raccolti da), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, 2001, 68.

<sup>329</sup> La lista dei fattori di discriminazione vietati si è, nel tempo, progressivamente ampliata, arricchendo così l'elenco di cui all'art. 3 della L. n. 108/1990. Avallate da due sentenze della Corte di Giustizia - *Chacon Navas* dell'11 luglio 2006, C-13 del 2005, e *Ministerul Justiției* del 7 luglio 2011, C-310 del 2010 -, molte sono le voci in dottrina che propendono per una elencazione di nature tassativa [su tutte, *cfr.* A. VALLEBONA, *La riforma ...*, 2012, 51, secondo cui «*ogni altra differenza di trattamento per ragioni atipiche, anche se arbitrarie e non funzionali all'organizzazione, non può essere definita discriminazione in senso tecnico e resta estranea alla relativa disciplina*»; O.

appartenenza (o meno) ad un sindacato, partecipazione ad attività sindacali o ad uno sciopero, razziali, lingua o sesso, handicap, età<sup>330</sup>, orientamento sessuale o convinzioni personali (art. 3 L. 108/1990).

In tutte queste ipotesi si è «*di fronte non a tipizzazioni di licenziamento (o causali in senso proprio), ma a divieti, ond'è che solo la dimostrazione positiva [da parte del lavoratore] della violazione del divieto porterà all'applicazione della tutela reale*»<sup>331</sup>. Nel caso del licenziamento discriminatorio<sup>332</sup> continuano quindi ad operare i meccanismi probatori di tipo presuntivo ex art. 28 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150<sup>333</sup>, poichè intesi in un rapporto

---

MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011, 520; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi costituzionali"*, in AIDLASS, *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Venezia 25-26 maggio 2007)*, Milano, 2008, 25 e ss.].

Un altro fronte dottrinale, in continua crescita, sostiene invece che l'elenco abbia solo carattere esemplificativo e dunque possa ricomprendere «*qualunque finalità, oggettivamente perseguita, diversa da quelle positivamente ammesse dall'ordinamento*» [M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso Nazionale AIDLASS "Il Diritto del lavoro al tempo della crisi" (Pisa, 7-9 giugno 2012), 2012, 23; in senso conforme, tra gli ultimi, A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LVI, Padova, 2010, 97 e ss.], tanto da parlare - come si è detto - di «*categorie per così dire "chiuse"*» (cfr. nota che precede) e da ricomprendere in una ideale elencazione anche le discriminazioni legate a ragioni calcistiche, sullo stato di *ex* detenzione o sul sovrappeso del lavoratore [cfr. P. BELLOCCHI, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009, 546].

Ad ogni modo, con il possibile ricorso agli artt. 1343 e 1345 c.c. - ora espressamente consentito dal legislatore della Riforma Fornero - la *querelle* interpretativa sembra perdere d'interesse, posto che sono comunque sindacabili in giudizio anche quei fattori non tipizzati che incidano su un atto o patto dal punto di vista del motivo illecito unico e determinante (in tal senso, ancora P. BELLOCCHI, *Divieti di discriminazione ...*, 2009, 546; in senso critico, può dirsi però che rispetto al licenziamento discriminatorio, in cui la discriminazione rileva anche se non è la motivazione esclusiva del licenziamento, nel caso del motivo illecito determinante invece il fattore deve rivestire carattere esclusivo, oltre a costituire una violazione di una specifica norma imperativa).

<sup>330</sup> La discriminazione per ragioni di età assume così maggiore importanza, posto che «*La riconduzione del divieto di discriminazione per età nel novero dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea risale alla fondamentale sentenza Mangold e trova consacrazione nella sentenza Küçükdeveci del 2010, che confermando il "messaggio costituzionale", contenuto nella Mangold, ha confermato la natura di principio generale del divieto di discriminazioni per ragioni di età facendo riferimento, per la prima volta, alla Carta di Nizza dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che le ha conferito carattere vincolante*» [così R. COSIO, *Il licenziamento individuale ...*, 2013, XVII, 22].

<sup>331</sup> C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3 I, 565.

<sup>332</sup> Come correttamente rilevato dalla dottrina, è «*opportuno, quando si parla di discriminazione, abbandonare definitivamente gli schemi contrattuali del motivo illecito, perché tali schemi non corrispondono alle finalità del sindacato di non discriminazione e perché, presupponendo un controllo degli atti in chiave di sviamento della loro funzione tipica, non sono in grado di fornire una forma di tutela effettiva della posizione del lavoratore laddove il sacrificio di tale posizione sia giustificato alla luce delle ragioni dell'impresa*» (così M. BARBIERI, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2013, I, 153).

<sup>333</sup> «*Le controversie in materia di discriminazione ... sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo.*

*E' competente il tribunale del luogo in cui il ricorrente ha il domicilio.*

di specialità con le previsioni di cui al cd. “nuovo Rito” in materia di licenziamenti<sup>334</sup>.

A tali ipotesi, tuttavia, si aggiungono gli «*altri casi di nullità previsti dalla legge*» (inciso di chiusura<sup>335</sup>, che ricomprende nella casistica della disposizione il licenziamento in frode alla legge *ex art.* 1344 c.c., in violazione di norma imperativa *ex art.* 1418 c.c., nonché le ipotesi di recesso nullo nei rapporti di lavoro recedibili *ad nutum*, di cui al *par.* 2.1) e la categoria - invece - “aperta” del licenziamento «*determinato da un motivo illecito determinante*»<sup>336</sup>.

Per quanto concerne il licenziamento per motivo illecito, «*la giurisprudenza afferma che il recesso deve essere basato su una “finalità vietata dall’ordinamento, poiché contraria a norma*

---

*Nel giudizio di primo grado le parti possono stare in giudizio personalmente.*

*Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata.*

*Con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando ... ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti [...]» (estratti dell'art. 28 D.Lgs. n. 150/2011).*

In estrema sintesi, tale disposizione prevede che quando il lavoratore - che, molto frequentemente, sarà la parte ricorrente in giudizio - fornisca elementi di fatto, desunti anche da dati statistici, da cui si può desumere l'esistenza di un atto, patto o comportamento discriminatorio del datore di lavoro, spetta a quest'ultimo l'onere di provare che la discriminazione non sussiste (art. 2729 c.c.).

Sul punto, la dottrina ha specificato che «*l'uso di dati statistici nei casi di discriminazione non consente solo di agevolare l'onere probatorio della parte ricorrente: esso denota anche l'adesione ad una certa visione della discriminazione, centrata sulla sua dimensione di gruppo, e porta a un'obiettivizzazione del giudizio. La prova della natura discriminatoria di un criterio o di una prassi avviene sulla base di una valutazione induttiva, di un'idea empirico-probabilistica della discriminazione che assume che, tanto più alto è l'effetto di esclusione prodotto dalle pratiche datoriali a danno di un gruppo, tanto è più probabile che esso non sia casuale ma dipenda dall'identità collettiva del gruppo stesso*» (ancora M. BARBERA, *Il licenziamento ...*, 2013, I, 159).

<sup>334</sup> Le controversie in cui si affermi la natura discriminatoria del licenziamento rientrano nel campo applicativo dell'art. 18 St. lav. e, di conseguenza, sono assoggettate al “nuovo Rito”, nel quale non sembra però poter trovare applicazione la disposizione (art. 28 co. 5 D.Lgs. 150/2011; *cf.* nota che precede) che consente al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale, danno che invece dovrebbe essere oggetto di una domanda *ad hoc* all'interno del Rito del lavoro “ordinario” [*cf.*, volendo, G. MATARAZZO, L. MIAN, *I termini di impugnazione ...*, Milano, 2013, 303-325, secondo cui «*le disposizioni della Riforma presuppongono “l'identità del rapporto di lavoro dedotto in giudizio con quello per cui si chiede la tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 18 Stat. Lav. con conseguente esclusione, a titolo esemplificativo, di tutte le domande anche preliminari o incidentali, relative all'accertamento della costituzione di diversi e ulteriori rapporti di lavoro*» (306)].

<sup>335</sup> Autorevole dottrina ha prospettato la riconducibilità a tale inciso anche di altri «*casi previsti dalla Costituzione, sempre più richiamata ed utilizzata dalla giurisprudenza ordinaria, con la benedizione della Corte, così sollevata da una eccessiva carica di eccezioni*» (così F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 546).

<sup>336</sup> La disposizione richiama espressamente l'art. 1345 c.c., secondo cui «*Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe*».

*imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero poiché diretta ad eludere una norma imperativa" (Cass. 25 ottobre 1993 n. 10603<sup>337</sup>) e ricomprende nella categoria anche il licenziamento cd. "ritorsivo", consistente in una "ingiusta ed arbitraria reazione del datore di lavoro al legittimo esercizio di un diritto, di una prerogativa o di un dovere da parte del lavoratore" (Cass. 8 agosto 2011 n. 17087)<sup>338</sup>».*

Negli Stati Uniti il licenziamento ritorsivo potrebbe ragionevolmente rappresentare una *public policy exception* alla regola dell'*Eaw* [sotto forma di reazione imprenditoriale al comportamento del lavoratore che *i*) rifiuti di compiere un atto contrario alla legge; *ii*) eserciti un diritto od adempia un dovere; *iii*) avanzi in giudizio la richiesta di un'indennità o di un risarcimento attinente al rapporto di lavoro; sul punto, *cf. par. 1.5.1*], cui ricondurre il licenziamento "per rappresaglia", «*causalmente legato cioè alla resistenza del lavoratore a illegittime richieste del datore di lavoro*»<sup>339</sup> (ipotesi in cui, già ante Riforma Fornero, i giudici hanno peraltro spesso applicato la tutela reale statutaria). Solo a titolo esemplificativo, si pensi - con riferimento all'esercizio di un diritto da parte del lavoratore - al licenziamento "per rappresaglia" che sia provocato dalla domanda o dalla fruizione di congedi parentali, familiari o formative.

Il motivo illecito comporta dunque la illegittimità del licenziamento soltanto ove esso costituisca l'**unica ragione** che ha determinato il licenziamento e non sia ravvisabile una diversa legittima ragione (una giusta causa, un giustificato motivo)<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> Non è sufficiente che il motivo sia semplicemente arbitrario od irrazionale (*cf. Cass. 13 dicembre 1995, n. 12759, in Mass. giur. lav., 1996, 390 con nota di M. ORIONE*).

<sup>338</sup> M. GIUSTINIANI, G. MATARAZZO, *Licenziamento per motivo illecito e discriminazione*, nota critica a ord. Trib. Bologna 19 novembre 2012, consultabile in [www.diritto24.ilsole24ore.com/lavoro/primiPiani/2013/03/licenziamento-per-motivo-illecito.html](http://www.diritto24.ilsole24ore.com/lavoro/primiPiani/2013/03/licenziamento-per-motivo-illecito.html) (ultimo accesso il 10 gennaio 2014).

Per altra dottrina, invece, il licenziamento per rappresaglia o ritorsione può essere ricondotto, anche in assenza di un termine di comparazione ed in ragione del possibile collegamento con l'art. 2087 c.c., ad un «*tipo generale di discriminazione*» (in tal senso, R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, 219).

<sup>339</sup> E. PASQUALETTO, *I licenziamenti ...*, 2013, 88 (*cf. anche Trib. Roma, 12 maggio 2011, n. 8866*).

<sup>340</sup> *Cfr. Trib. Varese, 12 giugno 2012, inedita a quanto consta: «Qualora sia stata la condizione di lavoratrice madre ad avere efficacia determinativa esclusiva della volontà espulsiva, non sussistendo fatti che giustificano motivi oggettivi, posto che l'addotto interesse superiore degli alunni sembri contrastare con l'assenza per maternità della lavoratrice, è evidente che risulta provata la natura discriminatoria del licenziamento».*

*Cass. 14 luglio 2005, n. 14816, in Orient. giur. lav. 2005, 3, 541: «Nel caso di controversia concernente la legittimità del licenziamento di un lavoratore sindacalmente attivo, per affermare il carattere ritorsivo e quindi la nullità del provvedimento espulsivo, in quanto fondato su un motivo illecito, occorre specificamente dimostrare, con onere a carico del lavoratore, che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di*

A tale riguardo, proprio per l'espresso riferimento all'articolo 1345 cod. civ. formulato nell'art. 18 St. lav., il Legislatore della Riforma Fornero sembra seguire l'orientamento giurisprudenziale<sup>341</sup> che ha da sempre richiesto l'efficacia determinativa esclusiva<sup>342</sup> del motivo illecito in capo al datore di lavoro (non per caso, l'art. 1345 cod. civ. utilizza, infatti, l'avverbio «*esclusivamente*»).

Resta da dire che, anche in questi casi, grava sempre sul lavoratore l'onere di provare l'esistenza del motivo illecito, che presenti una efficacia determinante ed esclusiva sul licenziamento.

Più in generale, pacificamente la prova del fatto che ci si trovi di fronte ad un licenziamento dovuto esclusivamente a fattori di discriminazione, ovvero ad un motivo illecito che costituisca il vero intento soggettivo del datore di lavoro<sup>343</sup>, grava - ex art. 2697 c.c. - su chi afferma e invoca la configurabilità di tale "ipotesi limite", e

---

*lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso; in particolare, ai fini dell'accertamento dell'intento ritorsivo del licenziamento, non è sufficiente la deduzione dell'appartenenza del lavoratore ad un sindacato, o la sua partecipazione attiva ad attività sindacali, ma è necessaria la prova della sussistenza di un rapporto di causalità tra tali circostanze e l'asserito intento di rappresaglia, dovendo, in mancanza, escludersi la finalità ritorsiva del licenziamento».*

Ed ancora, Trib. Alba, 2 novembre 2005, in *Lavoro giur.*, 2006, 5, 508: «*Per poter affermare il carattere discriminatorio di un licenziamento a motivo dell'attività sindacale del lavoratore, o più semplicemente ritorsivo a seguito di iniziative legittimamente adottate nei riguardi del datore, e dunque la nullità del recesso siccome fondato su motivo illecito (art. 1345 c.c. e 4, L. n. 604/1966), occorre che l'intento discriminatorio o di rappresaglia venga dimostrato con sufficiente certezza, sia pure solo per via di indizi, tali, però, da far giungere a conclusione sicura sul punto; e che l'intento illecito abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà dell'imprenditore, anche rispetto ad altri fatti rilevanti come giusta causa o come giustificato motivo oggettivo».*

Così anche Corte Appello Potenza, 15 giugno 2005, in *Riv. critica dir. e lav.*, 2005, I, 594 e ss.; Cass. 6 maggio 1999, n. 4543; Cass. 25 maggio 2004, n. 10047; Cass. 22 agosto 2003, n. 12349; Cass. 26 maggio 2001, n. 7188; Trib. Milano, 24 novembre 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2007, I, 156 e ss.; Trib. Roma, 20 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2001, 497 e ss.; Trib. Roma, 19 ottobre 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 876.

<sup>341</sup> Cfr., per esempio, Cass. 16 dicembre 1997, n. 12710; Cass. 13 dicembre 1995, n. 12579; Cass. 21 gennaio 1987, n. 551.

<sup>342</sup> Tra i primi commenti alla nuova formulazione dell'art. 18 St. lav., una attenta dottrina (il riferimento è a M. MARAZZA, *L'art. 18 ...*, 2012, 615) ha correttamente evidenziato «*il mancato richiamo del requisito dell'esclusività, essenziale perché il motivo illecito possa produrre la nullità del recesso. L'alternativa [inizialmente prospettata] è tra il ritenere l'omissione irrilevante in ragione del richiamo che la norma comunque opera all'art. 1345 c.c. che quel requisito contempla o, invece, sintomatica della volontà del legislatore di creare una peculiare ipotesi di motivo illecito*» (così M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale ...*, 2012, 447). Tuttavia, le successive pronunce giudiziali hanno fugato i dubbi iniziali, aderendo *coram populo* alla prima ipotesi interpretativa, anche alla luce del richiamo espresso all'art. 1345 c.c.

<sup>343</sup> Autorevole dottrina, nel rilevare le difficoltà probatorie in capo al lavoratore, ha rilevato come l'intento soggettivo perseguito con il licenziamento dal datore di lavoro diviene spesso, specie negli atti unilaterali, «*pressoché inafferrabile*» (L. NOGLER, *La disciplina ...*, 2008, 26).

dunque in capo al lavoratore che la deduce in giudizio<sup>344</sup> e che sarà tenuto alla rigorosa dimostrazione della sussistenza di un rapporto di causalità esclusiva fra le invocate circostanze e la discriminazione<sup>345</sup> o intento illecito<sup>346</sup>.

Con la conseguenza, peraltro, che, quando con il motivo illecito «*concorra, nella determinazione del licenziamento, anche un motivo lecito, come una giusta causa prevista dall'art. 2119 c.c., l'atto espulsivo non può ritenersi viziato ai sensi del citato art. 1345 c.c., ed è idoneo a spiegare l'efficacia, sua propria, risolutiva del rapporto di lavoro*»<sup>347</sup>.

Può dunque sostenersi che la sanzione della nullità, con conseguente obbligo di reintegrazione, è oggi riservata, oltre che ai casi tassativi previsti per legge, anche ad ogni licenziamento che, a dispetto della causale addotta (Cass., 9 marzo 2011 n. 5555; o «*indipendentemente dal motivo formalmente ... dal datore di lavoro*» ex art. 18 co. 1 St. Lav.<sup>348</sup>), sia in realtà determinato in via esclusiva da un motivo diverso ed illecito, consistente appunto nella intenzionale violazione o elusione di norme imperative ovvero di principi di ordine pubblico o buon costume: norme e principi, evidentemente diversi ed ulteriori rispetto a quelli in tema di licenziamento, fisiologicamente violati in ogni ipotesi di licenziamento privo di giusta causa e giustificato motivo.

Contrariamente ad una prima (e autorevole) ricostruzione dottrinale<sup>349</sup>,

---

<sup>344</sup> Cfr. Trib. Roma, ordinanze n. 31887 e 31889 del 2013 (est. Casella), in cui si specifica che il lavoratore deve «*comunque allegare e dimostrare elementi per fondare una presunzione di discriminazione*».

Tra le tante: Cass. 14 luglio 2005 n. 14816; Cass. 11 giugno 2004 n. 11124; Cass. 15 novembre 2000 n. 14753; Cass. 23 agosto 1996, n. 7768; Cass. 16 gennaio 1996 n. 310; Cass. 19 novembre 1994 n. 9825.

<sup>345</sup> Cass. 23 agosto 1996, n. 7768.

<sup>346</sup> In più occasioni, la giurisprudenza è stata «*pacifica nel ritenere che spetta alla parte che invoca la natura ritorsiva del licenziamento l'onere della prova del carattere ritorsivo del provvedimento adottato dal datore di lavoro; tale onere grava sul lavoratore, attraverso l'allegazione prima e la dimostrazione poi, di elementi specifici tali da far ritenere con sufficiente certezza l'intento di rappresaglia*» (Così Trib. Milano, n. 3856/2011, est. Cipolla, inedita a quanto consta).

<sup>347</sup> Cass. 6 maggio 1999, n. 4543.

<sup>348</sup> Sul punto, cfr. C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, 730.

<sup>349</sup> Ci si riferisce alla teorizzazione secondo cui «*qualunque causa giustificativa [del licenziamento] diversa da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento - come tale, inevitabilmente collegato a caratteristiche, opinioni, scelte della personalità del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa - è per ciò stesso discriminatoria e illecita e può perfino prevalere su un'eventuale causa tecnico-organizzativa concorrente*» (così M.T. CARINCI, *Il rapporto ...*, 2012, 21; cfr. anche M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio ...*, 2012, 642).

Sulla stessa teorizzazione, altra autorevole dottrina ha criticamente rilevato che, nel quadro attuale, «*perdono di mordente ... le prime operazioni ricostruttive in cui, in estrema semplificazione, si era tentato di qualificare ogni licenziamento ingiustificato come licenziamento discriminatorio, finendo con ricomprendere tutti i recessi illegittimi nell'area di applicazione della tutela reale*» (così R. PESSI, *I licenziamenti per motivi ...*, 2013, 753-754). Ancora criticamente, altra dottrina ha

l'insussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, pur configurando di per sé la violazione di una norma di legge, non integra, sempre e comunque, un fattore di discriminazione od un motivo illecito che determini la nullità del licenziamento e dunque la reintegra del lavoratore.

Conclusione confermata dalla recente giurisprudenza di merito, che in più occasioni, pur avendo ritenuto il licenziamento sfornito del giustificato motivo addotto dal datore di lavoro, non per questo ha accolto la tesi della ritorsività<sup>350</sup>.

Al contrario, è necessario che il lavoratore provi la violazione della normativa sui licenziamenti (per l'insussistenza di giusta causa o giustificato motivo), oltre ad un ché di ulteriore, vale a dire i fattori di discriminazione e differenziazione (anche con i descritti meccanismi presuntivi) nel caso del licenziamento discriminatorio o la violazione di una ulteriore e specifica norma imperativa o di un principio di ordine pubblico o del buon costume, vero ed unico motivo alla base di un licenziamento per «*motivo illecito*».

---

sostenuto che «*la tesi ... sia in ogni caso completamente in contrasto con la ratio della legge e con la stessa formulazione letterale dell'art. 18, che distingue nettamente la disciplina degli effetti prevista per il licenziamento discriminatorio e per quello privo di giusta causa o giustificato motivo*» (V. SPEZIALE, *La riforma ...*, 2013, 19) o che «*non si comprende ... come un assunto dogmatico-ricostruttivo, per quanto serio, possa prevalere sulla realtà positive di un regime che ha previsto (per i recessi ingiustificati) sanzioni a sè, ben distinte da quelle del licenziamento discriminatorio*» [R. DEL PUNTA, *I problemi del nuovo art. 18*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconizioni e confronti*, Milano, 2013].

<sup>350</sup> In tal senso, Trib. Milano ord. n. 4780 del 2012 (est. Porcelli) e Trib. Milano n. 5395 del 2010 (est. Scarzella).

## 2.4 Secondo argomento comparativo con il sistema statunitense: correttezza e buona fede delle parti contrattuali (la malattia del lavoratore).

### 2.4.1 Buona fede e correttezza nel rapporto di lavoro<sup>351</sup>.

La clausola generale individuata dal combinato disposto degli artt. 1175 e 1375 c.c.<sup>352</sup> impone al debitore ed al creditore (nel rapporto obbligatorio) ed alle parti del

---

<sup>351</sup> Sul tema, *cf.*, *ex pluribus*, C. ASSANTI, *Clausole generali e divieti di discriminazione: l'equilibrio precario della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. giur. lav.*, 1988, II, 364 e ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952; M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209 e ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991; L. CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 237 e ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Un rigurgito "egualitario" della Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1995, I, 87 e ss.; A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, 354 e ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il Codice civile (art.1374-1381). Commentario*, (diretto da) P. SCHLESINGER, Milano, 1999, vol. II; M. GIORGIANNI, *La parte generale delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 535 e ss.; A. GIUNTA, *La compatibilità dello stato di malattia del lavoratore con lo svolgimento di altre attività: rilevanza del principio di buona fede*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2008, I, 981 e ss.; P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957; L. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav. dir.*, 1996, 139 e ss.; L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 723 e ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 5 e ss.; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995(a), 1 e ss.; M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995(b), II, 135 e ss.; A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2002, 3 e ss.; M. T. SAFFIOTI, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino, 1999; C. SALA, *Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle sentenze più significative dell'ultimo decennio*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 249 e ss.; P. RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alle prassi giurisprudenziali*, in (a cura di) L. CABELLA PISU - L. NANNI, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, 1998, 29 e ss.; P. TULLINI, *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro (spunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 870 e ss.; P. TULLINI, *Clausole generali e rapporti di lavoro*, Rimini, 1990; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988.

<sup>352</sup> La maggior parte degli studiosi che si sono accostati al tema della buona fede e della correttezza ha proposto per l'identità concettuale tra i due criteri. Autorevole dottrina, però, pur considerando unitariamente tali concetti, ha puntualmente differenziato l'effetto incisivo sul contenuto dell'obbligazione - attribuito alla buona fede - da quello orientativo del comportamento delle parti, proprio della correttezza (distinzione dovuta a M. GIORGIANNI, *La parte generale ...*, 1995, 489-490).

Le posizioni non identitarie si sono basate sugli scritti bettiani, dai quali si può rilevare che «*la differenza fra l'un criterio e l'altro consiste soprattutto in ciò: la correttezza impone normalmente solo obblighi di carattere negativo; la buona fede impone degli obblighi di carattere positivo*»; ed ancora, «*il criterio della correttezza - analogo - ma non identico al criterio della buona fede [...], si concreta in un atteggiamento di riguardo all'interesse altrui e consiste propriamente nell'astensione da atti che possano recare danno o turbativa, atteggiamento che [...] si differenzia dalla buona fede dovuta nel positivo adempimento delle altrui aspettative*» (E. BETTI, *Teoria generale ...*, 1952, rispettivamente 68 e 540; per una completa ricostruzione dottrinale sul punto, *cf.* M.T. SAFFIOTI, *Le clausole generali ...*, 1999, 31 e ss.).

contratto (compreso quello di lavoro) di comportarsi reciprocamente secondo le regole della correttezza, nonché di eseguire il contratto secondo buona fede<sup>353</sup>.

Tuttavia, la delega al giudice - implicita nella nozione stessa di clausola generale, perché questi «*attinga valori fuori del territorio del diritto positivo*»<sup>354</sup> - comporta il rischio di un possibile utilizzo improprio da parte del “delegato”, come giustificazione *a posteriori* di argomentazioni frutto del proprio convincimento personale: la cd. «*fuga nelle clausole generali*»<sup>355</sup>.

Fin dalla loro prima esperienza applicativa<sup>356</sup>, i criteri interpretativi in esame hanno una funzione perlopiù integrativa, poiché finalizzati al completamento ed all’arricchimento delle previsioni legali e contrattuali (*ex art. 1374 c.c.*)<sup>357</sup>.

Ma nonostante una (teorica) bilateralità della clausola - volta ad estendere o definire gli effetti contrattuali in capo ad entrambe le parti -, nell’ambito del diritto del lavoro la predetta integrazione si sviluppa principalmente *pro datore*, ovverosia ampliando quasi esclusivamente l’obbligo di prestazione del lavoratore<sup>358</sup>.

Sul punto, autorevole dottrina<sup>359</sup> individua - accanto all’obbligazione fondamentale del rapporto di lavoro - due categorie di obblighi del lavoratore: obblighi *ex fide bona*, «*strumentali*» (o secondari), volti ad assicurare l’utilità obiettiva attesa dal datore di

---

<sup>353</sup> La buona fede «oggettiva», regola di comportamento cui le parti devono attenersi nell’esecuzione del contratto, va intesa come «*limite interno di ogni situazione soggettiva attiva o passiva*», finalizzato al «*rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l’interesse dell’altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell’interesse proprio*» (così Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, citata da C. SALA, *Il principio ...*, 2001, 258).

<sup>354</sup> Così P. RESCIGNO, *Le clausole generali ...*, 1998, 29.

<sup>355</sup> Espressione coniata da M. PERSIANI, *Diritto del lavoro ...*, 1995(a), il quale, di fronte al rischio attuale di un utilizzo improprio del giudice, propone una drastica «*fuga dalle clausole generali*» od - al massimo - l’applicazione rigorosa e non flessibile della norma (legale o contrattuale).

<sup>356</sup> Senza pretese di esaustività, la presente ricostruzione prende spunto dai risvolti applicativi dei criteri di correttezza e buona fede subito prima del 1960, in un contesto storico-giuridico in cui il licenziamento era intimabile *ad nutum* e gli unici vincoli ai poteri imprenditoriali erano quelli desumibili dal codice civile. In tale quadro, «*stentava ad affermarsi nella cultura giuridica e nella prassi giurisprudenziale l’idea che ai diritti di libertà del cittadino, costituzionalmente protetti, dovesse concedersi un qualche margine nelle relazioni interpretate*» (così L. MONTUSCHI, *L’applicazione giurisprudenziale ...*, 1996, 140).

<sup>357</sup> Proprio sul ruolo variabile che la clausola generale ha assunto nell’evoluzione del nostro ordinamento, autorevole dottrina ha efficacemente parlato di «*fenomeno carsico, dal flusso talvolta sotterraneo*», caratterizzato da «*momenti di alterna fortuna, sia nell’alveo elettivo - il diritto delle obbligazioni e dei contratti - sia nella specifica dimensione regolativa del rapporto di lavoro subordinato*» (A. PERULLI, *La buona fede ...*, 2002, 3).

<sup>358</sup> Cfr. G.F. MANCINI, *La responsabilità ...*, 1957, 89 e ss.

<sup>359</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 285 e ss.

lavoro<sup>360</sup>; obblighi accessori, di correttezza, distinguibili in «*preparatori dell'adempimento*» (o di conservazione della possibilità di adempiere) e «*di protezione*» (o di sicurezza).

Dunque, i numerosi doveri del lavoratore - basti citarne alcuni «*preparatori*»: informazione, cautela e cura durante la sospensione del rapporto per malattia, comunicazione circa lo svolgimento ordinario della prestazione, etc. -, laddove raffrontati ai meno gravosi del datore di lavoro (principalmente in materia di sicurezza *ex art. 2087 c.c.* e di informazione), appalesano l'originaria sperequazione applicativa dei criteri in esame<sup>361</sup>.

La prima applicazione giuslavoristica dei canoni di correttezza e buona fede *in executivis* genera quindi «*un'accentuazione del disequilibrio originario tipico del rapporto di lavoro, in palese contraddizione con i valori di giustizia contrattuale [...] e con la sua vocazione di strumento di riequilibrio del rapporto contrattuale*»<sup>362</sup>.

Proprio al fine di contenere una (probabile) espansione a macchia d'olio dell'obbligazione di lavoro, la dottrina civilistica<sup>363</sup> propone l'applicazione del limite dell'«*apprezzabile sacrificio*»: in tal modo, i doveri *aggiuntivi* derivanti dagli artt. 1175 e 1375 c.c. non avrebbero potuto incidere sul patrimonio personale del lavoratore, non comprimibile perché costituzionalmente tutelato e - soprattutto - preminente rispetto alle esigenze aziendali<sup>364</sup>.

---

<sup>360</sup> Si pensi - tra gli altri - all'obbligo di sopperire individualmente a micro-deficienze dell'organizzazione imprenditoriale.

<sup>361</sup> Una siffatta integrazione, mancando del requisito della reciprocità, comportava la deliberata svalutazione «*della dignità del prestatore di lavoro in quanto tale, rispetto a qualsiasi altro operatore economico*» (così P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza ...*, 1979, 176).

<sup>362</sup> Così A. PERULLI, *La buona fede ...*, 2002, 8. Di contro, altra autorevole dottrina [M. PERSIANI, *Diritto del lavoro ...*, 1995(a)] ha teorizzato la derivazione dal contratto di lavoro di un'obbligazione strutturalmente aperta, cioè tale da ricomprendervi - almeno potenzialmente - tutti i comportamenti collaborativi che fossero necessari alla soddisfazione dell'interesse tipico del datore di lavoro (a sua volta, individuato nell'interesse alla organizzazione del lavoro ed al risultato per il quale la stessa organizzazione è improntata).

<sup>363</sup> M. BIANCA, *La nozione ...*, 1983, 209 e ss. Impostazione criticata - per l'indeterminatezza del criterio dell'apprezzabilità - da M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo ...*, 1995(b).

Diversamente, secondo altra dottrina «*se si ritiene che alla buona fede debba competere un ruolo di intervento nella misura e nella valutazione degli interessi delle parti e delle obbligazioni assunte, se ne deve negare l'applicazione al rapporto di lavoro [...], in quanto non suscettibile di rimodulazioni che rendano più onerosa la posizione del lavoratore*» (così M.T. SAFFIOTI, *Le clausole generali ...*, 1999, 212).

<sup>364</sup> Si è rilevato in dottrina che «*la posizione del lavoratore è fondamentalmente debitoria, nell'ambito di un rapporto, nel quale si articolano obblighi ex lege ed ex contractu, ma, comunque che in quanto riferiti ad un preciso ed individuato creditore, presentano la caratteristica della relatività*» (così M.T. SAFFIOTI, *Le clausole generali ...*, 1999, 218). Di conseguenza,

Con il mutare del quadro normativo di riferimento (L. 15 luglio 1966, n. 604 e L. 20 maggio 1970, n. 300), cambiano anche i profili applicativi della clausola generale, richiamata con sempre maggiore frequenza come titolo (per parte della dottrina, un pretestuoso «*grimaldello*»<sup>365</sup>) per controllare le scelte imprenditoriali<sup>366</sup>.

In tal modo, i criteri della buona fede e della correttezza<sup>367</sup> sembrano perdere l'originaria funzione (eminentemente) integrativa per divenire «*parametri di valutazione comparativa degli interessi sostanziali delle parti contrattuali*» e - soprattutto - direttive etico-sociali, che limitano *ab externo* l'esercizio dei poteri datoriali, in «*funzione esplicativa del principio di solidarietà sociale*»<sup>368</sup> (trovando dunque applicazione in quegli ambiti maggiormente caratterizzati dalla discrezionalità del datore di lavoro<sup>369</sup>, come nell'ipotesi della malattia del lavoratore).

Per parte della dottrina giuslavoristica, infatti, l'odierno ricorso alle clausole generali «*manifesta la sua utilità soprattutto in relazione a certe "zone franche" di esercizio del potere direttivo, tali perché carenti di una disciplina legale (o contrattuale) espressa. Buona fede e correttezza, allora, possono essere invocate come un limite interno all'esercizio dei poteri del datore*

---

la violazione dell'obbligo di buona fede e di correttezza ad opera di una delle parti realizzerebbe un inadempimento *tout court*, configurando, dunque, una forma di responsabilità contrattuale (in tal senso, *cf.* G. F. MANCINI, *La responsabilità ...*, 1957, 2 e ss.).

<sup>365</sup> Così R. DE LUCA TAMAJO, *Un rigurgito ...*, 1995, 89. L'A. ha precisato che spesso il ricorso alle clausole generali «*appare funzionale alla creazione di specifici limiti ai poteri unilaterali del datore e di correlativi diritti non previsti dalla legge o dal contratto collettivo*» e rischia di minare «*la residua area della discrezionalità e riservatezza imprenditoriale, [...] riconoscimento di quel tanto di iniziativa privata ritenuto, in un dato momento storico, compatibile con i controvalori di sicurezza, dignità e libertà.*

<sup>366</sup> Per parte della dottrina, il ricorso alle clausole generali - come operato dalla giurisprudenza più recente - è teso principalmente a soddisfare «*l'esigenza di controllare la legittimità del comportamento datoriale allorché presenti un certo margine di discrezionalità che non può essere ricondotto a dettami precisi di legge o di contratto, sia esso individuale o collettivo*» (così C. SALA, *Il principio ...*, 2001, 250). Tuttavia, è lo stesso A. a rimarcare che - a suo avviso - i criteri di correttezza e buona fede avrebbero oggi una «*scarsa influenza nella realtà processuale*»; conformemente, altra dottrina aveva già rilevato che «*non esiste, praticamente, decisione il cui risultato precettivo sia stato determinato dai criteri di buona fede, correttezza, diligenza, i quali vengono solo incidentalmente richiamati, talora quasi a finale conforto di una soluzione formalisticamente argomentata, e senza consapevolezza che quei principi non hanno senso alcuno se non vengono riempiti di un loro peculiare contenuto, commisurato alla realtà del particolare momento storico*» (così N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Roma, 1972, 28 e ss.).

<sup>367</sup> Con riguardo al dovere di correttezza, parte della dottrina ha recentemente ipotizzato un utilizzo a «*salvaguardia della posizione giuridica complessiva del lavoratore subordinato, in tutti i casi in cui l'ordinamento o il contratto attribuiscono al datore di lavoro prerogative discrezionali suscettibili di mettere a rischio di ineffettività le garanzie riconosciute al lavoratore*» (L. CASTELVETRI, *Correttezza ...*, 2001, 241).

<sup>368</sup> Così A. PERULLI, *La buona fede ...*, 2002, 19.

<sup>369</sup> Autorevole dottrina ha aspramente criticato la suddetta impostazione giurisprudenziale, sostenendo che «*gli apparenti "vuoti" normativi in materia di poteri dell'imprenditore corrispondono ad una precisa e consapevole scelta politica del legislatore e dell'autonomia collettiva, scelta che non può essere alterata dalla surrettizia introduzione di ulteriori condizionamenti operata attraverso meccanismi sedicenti di "integrazione"*» (così R. DE LUCA TAMAJO, *Un rigurgito ...*, 1995, 91).

di lavoro, ovvero come criteri atti a verificare che quei poteri non siano stati esercitati in maniera arbitraria o irrazionale, bensì in coerenza con la funzione per la quale essi sono riconosciuti dall'ordinamento»<sup>370</sup>.

Diversamente, altra dottrina ha *ab origine* criticato l'introduzione di «limiti interni» ai poteri imprenditoriali: più nello specifico, le clausole generali non legittimerebbero *ex se* un controllo di merito («consentendo solo di accertare l'adempimento di un obbligo contrattualmente assunto o legislativamente imposto»<sup>371</sup>), ma sarebbe di volta in volta indispensabile il riferimento a «tipi normali di comportamento», al fine di legittimare la sanzionabilità dei soli comportamenti che risultino "anormali" o che suscitino la «riprovazione della coscienza sociale»<sup>372</sup>.

---

<sup>370</sup> Così M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2010, 299-300.

<sup>371</sup> M. PERSIANI, *Diritto del lavoro ...*, 1995(a), 5. La distinzione dell'A. - tra «limiti interni» (illegittimi) ed «esterni» (legittimi in quanto parametrati a *standards* comportamentali) - non trova il favore di una diversa dottrina, la quale rileva che se «sul piano teorico la distinzione appare netta, su quello pratico si potrà convenire che la verifica, quanto al rispetto dei cd. imiti esterni, finisce per coinvolgere, in una certa misura [...], anche il merito della scelta complessiva, sulla quale il sindacato giudiziario scivola, senza minimamente incidere» (così L. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale ...*, 1996, 150).

Alla definizione di *standards* comportamentali, altra dottrina sembra preferire l'enunciazione di «parametri di giudizio, controllabili e prevedibili nel loro impiego», che - basati sui concetti cardinali di proporzionalità e giustificazione nell'uso del potere - tengano debitamente «conto del valore della persona umana e della sua implicazione nella sfera di dominio della controparte» (in tal senso, A. PERULLI, *La buona fede ...*, 2002, 18).

Proprio su tale aspetto, la stessa Suprema Corte ha provato a suggerire parametri valutativi esterni di natura oggettiva, volti a stabilire la «tollerabilità dei comportamenti lesivi posti in essere dal lavoratore» e la ragionevole esigibilità di altri comportamenti (anche atipici) in un determinato contesto storico-sociale (Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 795 e ss.; cfr. anche Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, pubblicata con note di G. GIACALONE, *Dalla certezza del diritto alla "civiltà del lavoro": un licenziamento in tronco da parte della Cassazione?*, in *Giust. civ.*, 1999, 667 e ss., e di M. BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione in relazione all'applicazione del concetto di giusta causa di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 441 e ss.).

Tuttavia, tale intervento giurisprudenziale è apparso non completo («la lezione della miglior dottrina è stata appresa e messa a profitto solo a metà»: così, proprio sulla pronuncia di cui sopra, L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza ...*, 1999, 735), in quanto non vengono individuati - in concreto - proprio gli *standards* social-tipici cui il giudice di merito dovrebbe riferirsi, limitandosi ad un rinvio a regole (quali «la civiltà del lavoro») già codificate dalla Suprema Corte nell'esercizio della funzione nomofilattica (e che, laddove esistenti, renderebbero - peraltro - superfluo lo stesso ricorso alle clausole generali).

<sup>372</sup> M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo ...*, 1995(b), 138.

#### 2.4.2 Buona fede e correttezza durante il comporta: l'obbligo datoriale di avvertire dell'imminente scadenza del periodo di astensione e gli obblighi (latu sensu) preparatori del lavoratore.

Per tutta la durata dello stato di malattia<sup>373</sup>, il datore di lavoro non può esigere l'adempimento della prestazione<sup>374</sup> da parte del lavoratore, ma, una volta decorso

---

<sup>373</sup> Sulle problematiche relative alla malattia ed alle sue conseguenze sul rapporto di lavoro, si vedano, *ex plurimis*, G. AMORTH, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Padova, 1974; G. ARDAU, *Ancora sulla "cosiddetta" eccessiva morbilità: datore di lavoro o datore di assistenza sociale*, in *Giur. it.*, 1980, 1439 e ss.; F. BALESTRIERI, "Eccessiva morbilità", *interpretazione equitativa e clausole contrattuali di comporta: l'ultima parola all'interprete*, in *Riv. giur. lav.*, 1980, 938; M. N. BETTINI, *La sospensione per malattia nel lavoro ripartito*, in *Dir. lav.*, 2004, I, 225 e ss.; L. BONARETTI - E. CHERICONI, *Malattia e lavoro subordinato*, Milano, 1979; M. CINELLI, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Torino, 1989; M. D'ANTONA, *Rilievi sul periodo di comporta*, in R. CECCHETTI - D. CUPIDO (a cura di), *Eccessiva morbilità ed accertamenti sanitari*, Milano, 1983; M. DELL'OLIO, *Sospensione del rapporto di lavoro*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, 1998, XV, 2 e ss.; R. DEL PUNTA, *Malattia e incapacità al lavoro del dipendente: una piccola svolta giurisprudenziale?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, 302 e ss.; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare*, in *Il Codice civile (art. 2110-2111). Commentario*, (diretto da) P. SCHLESINGER, Milano, 1992; G. DONDI, *Sulla determinazione equitativa del comporta*, in *Giust. civ.*, 1983, 2758 e ss.; A. GUARNIERI, *Determinazione equitativa del comporta per sommatoria ad opera del giudice di merito ed il controllo della Cassazione*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, 467 e ss.; P. ICHINO, *Malattia, assenteismo e giustificato motivo di licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, I, 271; P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984; P. ICHINO, *Malattia del lavoratore subordinato*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, vol. III, 2003, 48-112; A. LEBRA - M. SINISCALCO, *Malattia e rapporto di lavoro*, Roma, 1987; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale ...*, Milano, 1956; O. MAZZOTTA, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1983, 1 e ss.; M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980; A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Padova, 2005, 303 e ss.; G. PERA, *Eccessiva morbilità e accertamenti sanitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, 306 e ss.; M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore*, in L. RIVA SANSEVERINO - C. M. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, II, 643 e ss.; S. PICCININNO, *Le assenze per malattia*, Roma, 1986; T. RENZI, *Le ipotesi tradizionali di sospensione*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, Torino, 1998, 1141 e ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967; L. RIVA SANSEVERINO, "Eccessiva morbilità" e ordinamento applicabile, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 419; M. RUSCIANO, *Sospensione del rapporto di lavoro (cause di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1993; R. SANTUCCI, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, in (diretto da) G. GIUGNI, *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, Torino, 1993, 66-70; C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967; L. SPAGNUOLO VIGORITA, *La malattia del lavoratore subordinato e le cure idrotermali*, Roma, 1988; M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Padova, 2002; F. TOFFOLETTO, *Eccessiva morbilità e valutazione equitativa del giudice*, in *Orient. giur. lav.*, 1989, 720 e ss.; T. TREU, *Onerosità e correttezza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968; M. J. VACCARO, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, 1983; M. L. VALLAURI, *Sub art. 2110 c.c.*, in (a cura di) M. GRANDI - G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005, 501 e ss.; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Padova, 2008, 344-349.

<sup>374</sup> Sembra condivisibile la teoria dottrinale secondo cui, durante lo stato di malattia, la prestazione del lavoratore «non è affatto impossibile, né materialmente, né giuridicamente [...], bensì semplicemente collide con l'interesse del lavoratore stesso alla propria salute; non di impossibilità occorre dunque parlare, ma di inesigibilità della prestazione, in funzione della tutela di un interesse di rango superiore rispetto all'interesse del datore di lavoro» (P. ICHINO, *Malattia, assenteismo...*, 1976, 279).

l'intero periodo di comporto<sup>375</sup>, può recedere dal rapporto di lavoro *ex art.* 2110 c.c.<sup>376</sup>.

In tale ipotesi sospensiva del sinallagma lavorativo sono quindi individuabili numerosi esempi applicativi dei criteri di correttezza e buona fede.

*In primis*, il prestatore di lavoro è tenuto a curarsi e ad evitare ogni comportamento che possa pregiudicare le proprie condizioni di salute, incluso lo svolgimento di attività lavorative e non, per conto proprio come a favore di terzi. Nello specifico,

---

<sup>375</sup> Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha - anche di recente - precisato che «*in ipotesi di superamento del periodo di comporto, le assenze del lavoratore per malattia non giustificano, tuttavia, il recesso del datore di lavoro, ove l'infermità sia comunque imputabile a responsabilità dello stesso datore di lavoro - in dipendenza della nocività delle mansioni o dell'ambiente di lavoro - , che abbia omesso di prevenire o eliminare, in violazione dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c.) o di specifiche norme, incombando al lavoratore l'onere di provare il collegamento causale tra la malattia che ha determinato l'assenza e il superamento del periodo di comporto, e le mansioni espletate*» (Cass., 7 aprile 2011, n. 7946, inedita a quanto consta; conforme, tra le più recenti, a Cass., 25 novembre 2004, n. 22248, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 163 e ss.; Cass. 23 aprile 2004, n. 7730, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 617; Cass. 7 aprile 2003, n. 5413, in *Mass. giur. lav.*, 564 e ss.).

Per un'analisi più completa del rapporto tra malattia "per colpa" del datore di lavoro e periodo di comporto, cfr. P. ALBI, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto, obbligo di sicurezza, inidoneità sopravvenuta della prestazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 855 e ss.; M. CATTANI, *Sulla distribuzione dell'onere probatorio nel licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 688 e ss.; A. CIVITELLI, *In tema di superamento del periodo di comporto e violazione dell'art. 2087 c.c.*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, 643 e ss.; M. COLUCCI, *Incidenza della responsabilità ex art. 2087 cod. civ. sul superamento del periodo di comporto. Quali conseguenze?*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 127 e ss.; E. CUMANI, *Responsabilità del datore di lavoro per esposizione a fumo passivo e infermità per causa di servizio*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 554 e ss.; A. LEPORE, *Licenziamento per inidoneità psicofisica sopravvenuta e adempimento degli obblighi di sicurezza ex art. 2087 c.c.*, in *Giur. it.*, 2001, 1104 e ss.; M. MEUCCI, *Inosservanza dell'obbligo di sottrazione del lavoratore da mansioni pregiudizievoli per la salute, illegittimità del licenziamento per superamento del comporto e reato di lesioni colpose*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 519 e ss.; C. PUCCI, *Superamento del periodo di comporto e malattia causata da inadempimento del datore di lavoro*, in *Foro toscano*, 2006, 90 e ss.

<sup>376</sup> In relazione ai profili del licenziamento per superamento comporto, cfr., *ex plurimis*, F. BANO, *Lo spatium deliberandi nel recesso per superamento del periodo di comporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 62 e ss.; S. BARTALOTTA, *Il principio della tempestività nel licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 595 e ss.; A. BORDONE, *Scadenza del periodo di comporto, diritto all'aspettativa ed esecuzione del contratto secondo correttezza e buona fede*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 888 e ss.; F. GIROLAMI, *Superamento del periodo di comporto e aspettativa contrattuale*, in *Dir. lav.*, 2005, 361-370; P. ICHINO, *Malattia, assenteismo...*, 1976, 259 e ss.; V. MAIO, *Sulla "tempestività del recesso per superamento del comporto"*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 303 e ss.; volendo, G. MATARAZZO, *L'obbligo di motivazione nell'ipotesi di licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Lav. e prev. oggi*, 2011, V, 601 e ss.; A. MURATORIO, *Gli effetti dell'inerzia datoriale sulla legittimità del licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2010, 1224 e ss.; L. NOGLER, *La disciplina ...*, Milano, 2008, 5 e ss.; R. NUNIN, *Superamento del periodo di comporto e riflessi sul rapporto di lavoro negli orientamenti recenti della giurisprudenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 955 e ss.; G. PENNISI, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto e spatium deliberandi*, in *Dir. lav.*, 2000, II, 296 e ss.; G. RICCIO, *Principio di "tempestività" e ruolo del "tempo" nella giurisprudenza in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 1073 e ss.; S. SANTORO, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto: non convertibilità della malattia in ferie*, in *Lav. prev. oggi*, 2008, 1575 e ss.; E. SIGNORINI, *Sul diverso contenuto della regola dell'immediatezza nel licenziamento disciplinare e in quello per superamento del comporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 89 e ss.; M. TATARELLI, *Tempestività della richiesta di aspettativa e licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Nuovo dir.*, 1997, 431 e ss.; A. VALLEBONA, *Sulla sistemazione del licenziamento per scadenza del periodo di comporto*, in *Dir. lav.*, 1983, I, 17 e ss.

pur in mancanza di divieto assoluto *ex lege*, la permanenza dei doveri di correttezza e buona fede non permetterebbe ai lavoratori assenti per malattia di porre in essere quei comportamenti potenzialmente pregiudizievoli per la guarigione ed il rientro in azienda<sup>377</sup>.

Sempre sul punto, parte della giurisprudenza ha ravvisato l'obbligo - ancora *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. - di offrire comunque al datore di lavoro la prestazione parziale temporaneamente possibile<sup>378</sup>; altre pronunce hanno invece esteso la valutazione dei doveri generali del lavoratore, ravvisando nel mero svolgimento di attività extracontrattuali una presunzione di inesistenza della malattia stessa<sup>379</sup>.

In tale quadro, dunque, i criteri di correttezza e buona fede concretizzano un «*obbligo di salvaguardia*», che «*vincola ciascuna delle parti ad assicurare l'utilità dell'altra - al di là delle previsioni negoziali e del dovere generale del neminem laedere - nei limiti in cui non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico*»<sup>380</sup> e - nello specifico - il lavoratore ad «*una gestione*

---

<sup>377</sup> Cfr., *ex pluribus*, Cass., 19 dicembre 2006, n. 27104, in *Orient. giur. lav.*, 2007, 221; Cass., 6 ottobre 2005, n. 19414, *ivi*, 2005, 835; Cass., 6 giugno 2005, n. 11747, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 638; Cass., 3 dicembre 2002, n. 17128, in *Orient. giur. lav.*, 2003, 223.

Al fine di non pregiudicare la sfera di libertà del lavoratore, il citato orientamento giurisprudenziale non vieta in modo categorico lo svolgimento di altre attività durante l'infermità, basandosi sull'impostazione relativistica del concetto di malattia. Più precisamente, all'interno del rapporto di lavoro il diritto alla cura «*viene ad essere fatalmente contaminato dalla logica compromissoria dello scambio contrattuale, che permette a quel valore di inverarsi solo in modo relativo, essendovi sempre l'esigenza di una sua armonizzazione con il contratto*» (così R. DEL PUNTA, *La sospensione ...*, 1992, 18). Ne consegue che la malattia, pur rendendo inesigibile la prestazione di lavoro, potrebbe teoricamente permettere un diverso utilizzo delle residue capacità psico-fisiche in altre attività, ma non nell'ipotesi di ripercussioni negative sul recupero dello stato di salute.

Si aggiunga che la valutazione di compatibilità dell'attività svolta in costanza di malattia con il rapporto di lavoro deve (pacificamente) essere formulata *ex ante* - alla stregua dei criteri penalistici riferiti ai reati di pericolo concreto - ed avere ad oggetto «*la potenzialità del pregiudizio*» (Cass., 1° luglio 2005, n. 14046, in *Notiz. giur. lav.*, 2006, 66, secondo cui «*la tempestiva ripresa in servizio resta irrilevante*»), in virtù del «*mero pericolo di aggravamento delle condizioni di salute o di ritardo nella guarigione del medesimo*» (così Cass., 19 dicembre 2006, n. 27104, *cit.*).

Sempre sul tema, parte della dottrina ricomprende il caso in cui «*il lavoratore non utilizzi la sospensione del sinallagma lavorativo per l'ottimale recupero delle energie psicofisiche*» tra le ipotesi di abuso del diritto, categoria utilizzata «*in funzione meramente descrittiva di vicende lato sensu lavorative che segnalano, nel tempo, la repulsione che provocano nella coscienza sociale quei contegni [...] contrari al principio di solidarietà*» [così G. FRANZA, P. POZZAGLIA, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2010, 30, suppl. a *Mass. giur. lav.*, 2010, XII; sul punto, *cf.* la nota 400].

<sup>378</sup> Cass., 29 luglio 1998, n. 7467, in *Dir. prat. lav.*, 1999, 213.

<sup>379</sup> Cass., 22 luglio 1993, n. 8165, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Lavoro (rapporto)*, 1434.

<sup>380</sup> M. FRANZONI, *Degli effetti ...*, 1999, 168.

*della propria salute compatibile e funzionale con l'impegno di lavoro assunto e non superficialmente trascurata in ragione della tutela goduta»<sup>381</sup>.*

Il primo approccio giurisprudenziale sul tema<sup>382</sup> è stato criticato da autorevole dottrina, secondo cui il dovere di evitare comportamenti potenzialmente pregiudizievoli non sarebbe collocabile «*a metà tra il dovere preparatorio (perché si fa leva centro sulla compromissione della guarigione del soggetto) e l'obbligo di fedeltà filtrato attraverso la fiducia (perché si ritiene sufficiente che tale compromissione sia potenziale)*»<sup>383</sup>. Invece, a giudizio dello stesso indirizzo occorrerebbe trovare «*non certo in anacronistici obblighi di fedeltà, ma senz'altro nei principi di correttezza e buona fede*» un metro valutativo che permetta di sanzionare anche quei comportamenti che, pur non compromettendo né potenzialmente né effettivamente la guarigione, siano intrinsecamente dannosi per l'impresa (e per l'Ente previdenziale).

Presupponendo un (indubbio) interesse del lavoratore alla conservazione del posto, la giurisprudenza di legittimità si poi è interrogata - specie nell'ipotesi di periodi di malattia frazionati - sulla possibilità di prolungare l'astensione anche oltre il comporto, attraverso la concessione di periodi di ferie e/o di aspettativa non retribuita (ove prevista dal contratto collettivo).

Per quanto concerne la richiesta del lavoratore di fruizione di ferie (con conseguente sospensione del decorso del comporto per il mutamento del titolo di assenza), la giurisprudenza di legittimità ha escluso che lo stesso datore di lavoro sia automaticamente obbligato ad accogliere tale richiesta<sup>384</sup> (in caso di diniego, ha però

---

<sup>381</sup> Così M.T. SAFFIOTI, *Le clausole generali...*, 1999, 215.

<sup>382</sup> Il primo orientamento in materia riconduceva il «dovere di guarire» al dovere di fedeltà in senso lato, nonché alle clausole di correttezza e buona fede, spostando l'analisi verso l'adempimento e ritenendo rilevanti le sole (eventuali) ripercussioni effettivamente negative sull'adempimento stesso (cfr. Cass. 9 marzo 1987, n. 2452, in *Foro it.*, 1987, I, 3082, e Cass., 6 luglio 1988, n. 4448, in *Giur. it.*, 1989, I, 1380).

<sup>383</sup> R. DEL PUNTA, *La sospensione...*, 1992, 566.

<sup>384</sup> Nel nostro ordinamento non sussiste un principio generale di convertibilità delle cause di assenza dal lavoro, né tantomeno è configurabile un automatico prolungamento del periodo di comporto con le ferie residue del lavoratore (cfr. Cass. 9 aprile 2003, n. 5521, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, 738 e ss., con nota di R. D'AMORE, *Il superamento del periodo di comporto: problematiche e conseguenze*), la cui collocazione temporale rimane dunque rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro [ex art. 2109, co. 2, c.c.; di diverso avviso, (una - ad oggi - isolata) Cass., 30 marzo 1990, n. 2608, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 295, secondo cui «*il periodo di comporto, ai fini dell'art. 2110, co. 2, cod. civ. è interrotto dalla richiesta del lavoratore di fruire delle ferie, che il datore di lavoro deve concedere anche in costanza di malattia*»].

chiesto la prova<sup>385</sup> di un effettivo contemperamento - ancora alla luce dei criteri di correttezza e buona fede - tra le esigenze organizzative dell'impresa ed il fondamentale interesse del lavoratore alla conservazione del posto).

Quanto agli obblighi datoriali, la Suprema Corte ha inoltre precisato che il datore di lavoro - salvo diversa ed espressa previsione contrattuale<sup>386</sup> - non è tenuto ad avvisare il lavoratore della prossima scadenza del contratto, né tantomeno della possibilità di prolungare la sua astensione dal lavoro con un periodo di aspettativa<sup>387</sup> (concessione rimessa ad una valutazione discrezionale del datore di lavoro; ancora una volta, l'eventuale rifiuto deve seguire - ancora una volta - i criteri di correttezza e buona fede, non potendo fondarsi su motivazioni poco plausibili o pretestuose<sup>388</sup>).

---

Quanto al contenuto della richiesta, essa deve indicare in modo chiaro e comprensibile il momento a decorrere dal quale si intende convertire l'assenza ed, in ogni caso, essere formulata *prima* della scadenza del periodo di contratto.

<sup>385</sup> Gli oneri probatori a giustificazione del diniego vengono meno laddove il lavoratore può concretamente beneficiare di regolamentazioni (legali o contrattuali) che gli consentono di evitare altrimenti il superamento del contratto, come nel caso dell'aspettativa non retribuita (in tal senso, Cass., 8 novembre 2000, n. 14490, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, 80).

<sup>386</sup> Alcuni contratti collettivi obbligano il datore di lavoro ad avvisare il lavoratore malato dell'imminente scadenza del suo contratto. Su tutti, il vigente ccnl 8 dicembre 2007 dei Dipendenti delle imprese creditizie, finanziarie e strumentali prevede che «*Le imprese segnaleranno, con un mese di anticipo, ai lavoratori/lavoratrici interessati, nei singoli casi, la scadenza del termine del periodo di contratto contrattualmente previsto*» (art. 52, co. 9, del predetto ccnl).

<sup>387</sup> In tal senso, *cf.* Cass., 28 marzo 2011, n. 7037, in *Prat. lav.*, 2011, 916 e ss.; Cass., 21 maggio 1998, n. 5091; Cass., 10 aprile 1996, n. 3351, in *Notiz. giur. lav.*, 1997, 218; Cass., 18 febbraio 1995, n. 1757.

Di contro, alcune pronunce (perlopiù di merito) hanno rilevato che «*laddove il ccnl preveda che il lavoratore, alla scadenza del periodo di contratto, ha facoltà di chiedere e ottenere un periodo di aspettativa non retribuita, il datore di lavoro, nel rispetto dei canoni generali di correttezza e buona fede, è tenuto a informare preventivamente il lavoratore dell'imminente scadenza del periodo di contratto, pena, in difetto, l'illegittimità del licenziamento*» (così Trib. Milano, 21 maggio 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 887; a quanto consta, conforme solo a Trib. Livorno, 9 marzo 1996, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 563, secondo cui la previsione contrattuale dell'aspettativa vieterebbe al datore di lavoro di «*un atteggiamento punitivo nei confronti del dipendente, conteggiandone i giorni di assenza per malattia in attesa della scadenza del termine di contratto, per disporre, in mancanza della formale richiesta di fruizione, il licenziamento*»). In senso conforme, parte della dottrina ha rilevato che «*gli obblighi di comunicazione e di avviso costituiscono, secondo la dottrina civilistica, costituiscono altrettante manifestazioni del dovere di lealtà contrattuale*», specie in un'ipotesi di recesso - quella ex art. 2110 c.c. - che «*non ha una finalità afflittiva*» (in tal senso, L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza...*, 1999, 741).

<sup>388</sup> In tal senso, Trib. Milano, 30 aprile 1996, in *Lav. giur.*, 1996, 765; Pret. Milano, 16 settembre 1993, in *Orient. giur. lav.*, 1993, 938.

Allo stesso modo, il recesso del datore di lavoro che abbia ignorato le richieste del lavoratore di conoscere lo stato complessivo delle sue assenze (Trib. Milano, 24 gennaio 1998, in *Lav. giur.*, 1998, 669) o di fruire delle ferie maturate (Pret. Milano, 22 luglio 1998, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1998, 1040) o, più genericamente, di evitare che l'assenza incida sul decorso del contratto (Trib. Milano, 19 febbraio 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, 398) sarebbe in aperta violazione dei predetti doveri contrattuali di correttezza e buona fede.

Al fine di tutelare l'affidamento del lavoratore, parte della giurisprudenza di merito ha rilevato che «*è da escludersi che la disciplina [ex artt. 1175 e 1375 c.c.] si ispiri ad altri e diversi scopi ed addirittura consenta ad una parte di salvaguardare il proprio interesse a scapito di quello dell'altra, soprattutto quando la considerazione dell'altrui interesse non*

### 2.4.3 La tempestività del recesso per superamento del comporto e l'affidamento del prestatore di lavoro.

Superato il periodo di comporto, il licenziamento *ex art.* 2110 c.c. - del lavoratore già assente per malattia e successivamente tornato in servizio<sup>389</sup> - deve essere tempestivo<sup>390</sup>, in ossequio alla «*necessità di non lasciare il rapporto in uno stato di risolvibilità*»<sup>391</sup> e, dunque, di incertezza.

---

*implichi un sostanziale sacrificio di quello proprio»* (cfr. Trib. Livorno, 9 marzo 1996, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 563 e ss., con nota critica di A. PIZZOFERRATO, *Brevi considerazioni sull'uso delle clausole generali di buona fede e correttezza*). Su tali premesse, la stessa pronuncia si è poi spinta ad affermare che sul datore di lavoro graverebbe un dovere di comunicare al lavoratore la possibilità, prevista dal contratto collettivo, di usufruire di un periodo di aspettativa non retribuita *post* scadenza del comporto.

<sup>389</sup> Di contro, autorevole dottrina ha ritenuto che il recesso *ex art.* 2110 c.c. deve comunque essere immediatamente successivo alla scadenza del comporto, in quanto «*nella logica sostanziale di questa figura di licenziamento, [...] il provvedimento si giustifica, su quel piano, solo sinché dura l'assenza*» [così R. DEL PUNTA, *La sospensione ...*, 1992, 385]. Sempre secondo l'A., sarebbe tollerabile la sola «*ipotesi limite del dipendente che rientra al lavoro nei giorni immediatamente successivi alla maturazione del comporto: in quel caso occorre evidentemente un minimo di elasticità*», essendo sufficiente in tale ipotesi un recesso intimato secondo «*il principio della massima immediatezza [...] e non quello più generico della tempestività, che potrebbe consentire tempi assai più lunghi senza alcuna valida ragione (tale non è la necessità di calcoli temporali assai semplici, e che potevano ben essere fatti anche durante l'assenza)*» [così R. DEL PUNTA, *La sospensione ...*, 1992, 385-386].

Ancora più rigorosa la posizione di altra dottrina, la quale ha affermato che «*il [mero] rientro in azienda annulla gli effetti negativi per l'organizzazione del lavoro determinando il venir meno del presupposto del recesso*» (così A. PANDOLFO, *La malattia ...*, 1991, 305); in senso conforme, una isolata pronuncia di merito aveva asserito che quando il datore di lavoro tolleri la mancanza di prestazioni per malattia oltre la durata del periodo di comporto non può, successivamente, risolvere il rapporto di lavoro *ex art.* 2110 c.c. una volta ripresa l'attività lavorativa (in tal senso, Pret. Torino, 11 marzo 1981, citata da M.N. BETTINI, in Nota a Pret. Milano, 10 aprile 1981, in *Riv. giur. lav.*, 1981, 756).

Favorevole all'applicazione del principio di immediatezza è anche A. VALLEBONA, secondo cui la riconduzione del recesso per superamento del periodo di comporto nel *genus* del giustificato motivo oggettivo (in quanto «*giustificato motivo legalmente tipizzato*») permetterebbe di risolvere il problema della tempestività del recesso, in quanto «*l'elaborato principio di immediatezza, [sarebbe] da ritenersi applicabile anche al giustificato motivo oggettivo*» (così A. VALLEBONA, *Sulla sistemazione ...*, 1983, 17).

<sup>390</sup> Sulla tempestività del recesso rispetto alla ripresa in servizio - principio che costituisce una «*vera e propria creazione giurisprudenziale*» ed una «*regola che il legislatore [...] non aveva previsto*» (così V. MAIO, *Sulla "tempestività ...*, 2001, 304 e 314) - si è formato nel tempo un orientamento consolidato: *cfr.*, *ex pluribus*, Cass., 1 agosto 1984, n. 4572, in *Giust. civ.*, 1985, I, 817; Cass., 19 aprile 1985, n. 2598, in *Giust. civ.*, 1985, II, 2749; Cass., 4 maggio 1985, n. 2808, in *Orient. giur. lav.*, 1985, 2834; Cass., 25 marzo 1986, n. 2135, in *Dir. lav.*, 1986, II, 198, con nota di P. MAGNO, *Sul recesso per superamento del comporto nel commercio*; Cass., 11 aprile 1987, n. 3650, in *Lav. prev. oggi*, 1987, 2350; Cass., 13 gennaio 1989, n. 119, in *Giust. civ.*, 1989, I, 861, con nota di V. MARINO, *Il comporto per sommatoria*; Cass., 27 febbraio 1990, n. 1524, in *Orient. giur. lav.*, 1990, 164.

La tempestività del recesso intimato dopo un apprezzabile intervallo di tempo deve essere provata in giudizio dal datore di lavoro, mentre è considerata *in re ipsa* nell'ipotesi di licenziamento temporalmente adiacente al superamento del comporto (in tal senso, Cass., 12 gennaio 1991, n. 267, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 73).

<sup>391</sup> Così Cass., 12 gennaio 1991, n. 267, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 73.

La ripresa dell'attività contrattuale, infatti, potrebbe rappresentare una manifestazione di volontà datoriale (di tipo conservativo) e, di conseguenza, configurare un'implicita rinuncia all'esercizio del diritto di recesso<sup>392</sup>, «*in una valutazione complessiva del comportamento delle parti condotta secondo il fondamentale principio di buona fede e correttezza*»<sup>393</sup>.

Tuttavia, specie nelle ipotesi di comporta per sommatoria, la giurisprudenza assegna al datore di lavoro un «*ragionevole spatium deliberandi*», perché possa decidere sulla situazione *de quo* senza perdere la prerogativa del recesso *ex art.* 2110 c.c.<sup>394</sup>.

In tale quadro, la tempestività del recesso non può essere ricondotta ad un dato cronologico fisso e predeterminato<sup>395</sup>, ma diventa *relativa* e costituisce oggetto di una

---

La necessaria tempestività del recesso *ex art.* 2110 c.c. sarebbe una diretta conseguenza della stabilità dei rapporti di lavoro, principio «*immanente ad ogni ragione di licenziamento, ivi compreso quello per superamento del periodo di comporta*» (così Cass., 1° agosto 1984, n. 4572, cit.).

<sup>392</sup> Dal canto suo, il lavoratore ha l'onere di provare che l'intervallo di tempo tra il superamento del periodo di comporta e la comunicazione del licenziamento «*abbia superato quei limiti di adeguatezza e ragionevolezza, [...] in modo tale da far emergere piuttosto la volontà, anche tacita, di rinunciare alla facoltà di recedere dal rapporto*» (così A. MURATORIO, *Gli effetti ...*, 2010, 1226-1227).

<sup>393</sup> Così Cass., 13 gennaio 1989, n. 119, cit. Nel caso *de quo*, la clausola generale andrebbe a colmare le inevitabili lacune legislative, impedendo un *abuso del diritto* di licenziamento *ex art.* 2110 c.c. sotto forma di «*indebita pressione psicologica*» nei confronti del lavoratore (in tal senso, *cf.* Cass., 4 dicembre 1986, n. 7200; *cf.* nota n. 61 del presente scritto).

<sup>394</sup> Per altra dottrina (*cf.* V. MAIO, *Sulla "tempestività ..."*, 2001, 321-322), lo *spatium deliberandi* sarebbe invece funzionale al solo datore di lavoro effettivamente intenzionato al mantenimento in servizio, affinché - con un «*maggior comporta*» (così M. DELL'OLIO, *Sospensione ...*, 1998, 26) - possa valutare al meglio l'effettivo recupero dell'integrità fisica del lavoratore nell'ottica del suo interesse ad un'efficace organizzazione aziendale. Infatti, nelle distinte ipotesi in cui la «*morbilità assume contorni o cadenze che appaiano intollerabili*», il recesso datoriale sarà certamente tempestivo e potrà collocarsi «*addirittura con anticipo*» rispetto alla (potenziale) ripresa in servizio.

<sup>395</sup> La casistica giurisprudenziale sulla quantificazione temporale dello *spatium* è assai variegata. La Suprema Corte, infatti, ha confermato alcune pronunce di merito che avevano valutato come tempestivo il recesso *ex art.* 2110 c.c. a distanza di: un mese (Cass., 2 maggio 2000, n. 5485, in *Riv. giur. lav.*, 2001, II, 595); quasi due mesi (Cass., 14 dicembre 1986, n. 7200, in *Mass. giur. it.*, 1986); tre mesi (Trib. Roma, 13 luglio 1982, in *Temi Romana*, 1983, 96); meno di cinque mesi (Cass., 25 novembre 2010, n. 23920, cit.); oltre sei mesi (di cui ben 107 giorni di ripresa in servizio: in tal senso Cass., 28 marzo 2011, n. 7037, cit.). Al contrario, in altre sentenze si è ritenuto incongruo un lasso di tempo di: due mesi (Cass., 13 gennaio 1989, n. 119, cit.); tre mesi (Cass., 6 luglio 2000, n. 9032, in *Argomenti*, 2001, 361); quattro mesi (Cass., 1° agosto 1984, n. 4572, cit.); cinque mesi (Cass., 29 luglio 1999, n. 8235, in *Dir. lav.*, 2000, II, 62); un anno (Cass. 8 maggio 1985, n. 2868, in *Foro It.*, 1985, I, 26189).

Sul punto, parte della dottrina ha asserito che, in applicazione del principio di ragionevolezza, «*il termine non potrà quindi che essere fissato in una limitata misura di giorni [...] ipotizzabile tra i 10 ed i 15 giorni*» (così G. PENNISI, *Licenziamento ...*, 2000, 298, il quale ha inoltre auspicato la fissazione del termine nei contratti collettivi, al pari di quanto avviene - talvolta - per il licenziamento disciplinare).

valutazione di congruità rimessa - di volta in volta - al sindacato del giudice di merito<sup>396</sup>, in base alle peculiari circostanze del caso concreto.

Al tempo stesso, continuando ad effettuare «*le operae per un lungo ed apprezzabile periodo dopo che il comperto s'è ormai consumato*»<sup>397</sup>, il lavoratore potrebbe fare affidamento<sup>398</sup> sul comportamento datoriale ed interpretarlo come esplicitivo della volontà di rinunciare al licenziamento. Se così non fosse, vi sarebbe l'attribuzione al datore di lavoro di «*una sorta di diritto potestativo di recedere dal rapporto di lavoro per un indeterminato spazio di tempo [... tale da lasciare] correlativamente il lavoratore in uno stato di assoluta soggezione [fino ad oltre sei mesi<sup>399</sup>], indifeso a fronte di incolpevoli nuove assenze per malattia*»<sup>400</sup>.

---

<sup>396</sup> Tra i fattori usualmente considerati nella valutazione di congruità, si annoverano la concessione di un congedo parentale o delle ferie (successivi al ritorno in servizio ed indicativi di una rinuncia al potere di recesso: cfr. rispettivamente Cass., 23 gennaio 2008, n. 1438, in *Lav. giur.*, 2008, 523, e Cass., 29 luglio 1999, n. 8231, in *Orient. giur. lav.*, 1999, 1113) e la struttura organizzativa dell'impresa (una o più sedi, con connessi ambiti di operatività e dislocazione: tra le pronunce favorevoli all'incidenza del requisito dimensionale sul prolungamento dello "spatium", v. Cass., 14 novembre 1984, n. 5876, in *Orient. giur. lav.*, 1988, 748; *contra*, v. Cass. 6 ottobre 1993, n. 9894, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 525). Il criterio dimensionale, quindi, è stato spesso applicato a vantaggio delle grandi imprese, poiché la complessità dell'organizzazione ed il frazionamento del potere decisionale comporterebbero una maggior difficoltà nel deliberare la scelta definitiva (cfr. Cass., 13 gennaio 1989, n. 119, cit.); a riguardo, parte della dottrina ha però rilevato che «*l'indugio del datore di lavoro non origina certo dalle [sole] operazioni di conteggio delle assenze del lavoratore, che non è credibile possano impegnare per mesi un ufficio del personale*» (così V. MAIO, *Sulla "tempestività" ...*, 2001, 306).

Secondo una recente pronuncia di legittimità, anche l'invio del lavoratore (la cui assenza abbia già superato il limite del comperto) alla visita medico-legale farebbe venir meno la tempestività del recesso, nel caso in cui l'esame clinico ne abbia attestato la piena guarigione. In tale occasione, infatti, la Suprema Corte, confermando l'intempestività del licenziamento, ha valutato come «*contraddittoria la condotta di chi, superato il periodo di comperto, non lo aveva fatto valere ed anzi aveva disposto l'invio del prestatore alla visita medico legale per verificare se fosse in condizione di lavorare - in implicita manifestazione di volontà di riammetterlo in caso di visita positiva - e successivamente [...] invece avesse riesumato la questione del periodo di comperto da tempo scaduto per inferirne la motivazione del recesso*» (così Cass., 12 luglio 2011, n. 15282, inedita a quanto consta).

<sup>397</sup> Così L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza...*, 1999, 741-742.

<sup>398</sup> Come si è detto, essendo pacificamente ravvisabile una diversità di *ratio* tra la regola dell'immediatezza nel procedimento disciplinare [volta ad indurre nel lavoratore la reazione psicologica di una maggiore diligenza: sul punto, cfr. S. HERNANDEZ, *Potere disciplinare e recesso, nel "contratto di lavoro" di L. Barassi*, in (a cura di) M. NAPOLI, *La nascita del diritto del lavoro. Il "contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, 2003, 338 e ss., e M. N. BETTINI, *Il principio dell'immediatezza nell'applicazione del provvedimento disciplinare*, in *Riv. giur. lav.*, 1987, II, 419 e ss.] e nel caso del superamento del periodo di comperto, occorre sottolineare che nella seconda ipotesi la ripresa e la prosecuzione - anche per mesi - del rapporto di lavoro crea nel lavoratore «*l'affidamento sul fatto che in tale prosecuzione si manifesti una rinuncia del datore di lavoro alla facoltà di recesso*» (così E. SIGNORINI, *Sul diverso contenuto ...*, 2006, 92).

<sup>399</sup> Cfr. nota n. 395 del presente scritto.

La situazione di incertezza del lavoratore viene - di fatto - evitata nelle ipotesi in cui sia la stessa contrattazione collettiva a disporre che «*nel caso di assenze per malattia o infortunio sul lavoro, ai fini del periodo di comperto si deve tener conto dei periodi di assenza complessivamente verificatisi nei tre anni precedenti ogni nuovo ultimo episodio morboso*» (così l'art. 93 del Ccnl metalmeccanici 29 novembre 1996; cfr. anche il "chiarimento a verbale" dell'art. 62

L'applicazione dei criteri di correttezza e buona fede riveste allora, ed ancora una volta, un ruolo primario, dovendosi consentire al datore di lavoro «*i tempi tecnici indispensabili per una valutazione ponderata* [ai sensi dell'art. 41 Cost.], *a meno che non si*

---

del Ccnl Tessili 2010, secondo cui «*in caso di più assenze il periodo di conservazione del posto si considera nell'ambito di un periodo mobile, da determinare con riferimento ai 909 giorni di calendario immediatamente precedenti*»). In tali situazioni, la previsione di un termine esterno mobile per il computo del comporto non permette di valutare il (mancato) recesso datoriale come comportamento che - in maniera concludente - configuri una rinuncia, proprio perché tale facoltà può essere continuamente esercitata, tenendo conto del triennio antecedente l'ultimo episodio morboso (proprio in una ipotesi di specie, la Suprema Corte ha asserito che «*in questo caso, una rinuncia in tal senso, se pur tacita, debba essere comunque espressa e manifestata in modo univoco e chiaro*»: così Cass., 7 dicembre 1998, n. 12376, cit., con nota adesiva di S. BARTALOTTA).

Il meccanismo proposto dall'autonomia collettiva ha incontrato il favore di illustre dottrina (cfr. M. DELL'OLIO, *Sospensione ...*, 1998, 22 e ss.), secondo cui, una volta superato il comporto per sommatoria, la mancanza di un recesso tempestivo genererebbe la consumazione delle assenze non *pro futuro*, ma solo *pro tempore*, permettendo comunque un nuovo licenziamento - beninteso, sempre *tempestivo* - rispetto al successivo superamento del periodo limite. Al contrario, ragionando in termini di azzeramento della pregressa morbilità, si otterrebbe il risultato («*paradossale*», secondo V. MAIO, *Sulla "tempestività ..."*, 2001, 321), che ove il datore di lavoro consentisse il rientro del lavoratore, auspicando una «*normalizzazione delle prestazioni*» (cfr. Cass., Sez. Un., 29 marzo 1980, n. 2074, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 422 e ss., con nota di L. RIVA SANSEVERINO, *Eccessiva morbilità e ordinamento applicabile*), non potrebbe più licenziarlo pur nell'ipotesi di ripresa della stessa morbilità.

Anche altra dottrina ha convenuto che l'applicazione del termine del "triennio mobile" tutelerebbe «*il diritto del lavoratore ad essere a conoscenza dell'esistenza del potere di recesso del datore di lavoro*», permettendo così al rapporto di lavoro di riacquistare «*la sua naturale stabilità allorquando il numero delle assenze del triennio di osservazione non supereranno più il periodo di comporto, e il lavoratore, essendo a conoscenza di questo calcolo, potrà determinare il giorno nel quale si è caduto il diritto del datore di lavoro*» (così A. TOSI, *Superamento del periodo di comporto per eccessiva morbilità e decadenza del diritto di recesso del datore*, in *Giust. civ.*, 1982, I, 797).

<sup>400</sup> Cass., 4 dicembre 1986, n. 7201, in *Notiz. giur. lav.*, 1087, 55.

Nell'ipotesi dell'avvenuto superamento del comporto, il recesso datoriale intempestivo non configurerebbe un *abuso del diritto*. La dottrina che riconosce la fattispecie giuridica identifica tale espressione con un utilizzo del potere derivante dal diritto «*per realizzare uno scopo diverso da quello cui è preordinato*», collegato «*al canone della buona fede oggettiva e della correttezza che impone la solidarietà tra le parti, cioè il dovere di ciascun contraente di agire in modo da preservare gli interessi dell'altro*» [così P. PIZZUTI, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in (a cura di) A. VALLEBONA, *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2010, 62 e ss., suppl. a *Mass. giur. lav.*, 2010, XII, cui si rinvia per una ricostruzione giuslavoristica della nozione, con particolare riferimento all'abuso operato dal lavoratore]. Di conseguenza, in sede di giudizio, la parte contrattuale che si duole dell'abuso dovrebbe riuscire a dimostrare che il comportamento subito era finalizzato a perseguire uno scopo ultroneo ed *ingiusto*, ovvero che il diritto era stato esercitato con modalità gratuitamente afflittive.

Tuttavia, tornando all'ipotesi *de quo*, la mera stasi datoriale non permetterebbe di individuare un *uso* del diritto, bensì una semplice *inerzia* (per parte della dottrina, infatti, «*non uso ed abuso*» costituiscono una «*contraddizione in termini*»: così A. SCIALOJA, *Il "non uso" è "abuso" del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, I, 257). Diversamente, e presupponendo che il lavoratore sia riuscito nel difficile intento di «*comprovare un diverso ed illecito interesse pratico perseguito dal datore di lavoro*» (così V. MAIO, *Sulla "tempestività ..."*, 2001, 312), l'atto di recesso potrebbe valicare il limite interno del relativo potere, concretizzando però un «*eccesso dal diritto*» (e non un «*abuso*»: sul punto, cfr. P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1992, 266). Infatti, una volta riconosciuto che il nostro ordinamento è permeato dal principio di solidarietà (art. 2 Cost.), «*gli atti [...] non corrispondenti alla buona fede e alla correttezza, come contrari alla solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo e non ne costituiscono un abuso, ossia uno sviamento del diritto; al contrario, ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal diritto, e, in quanto tali, s'intende agevolmente che possono essere illeciti, secondo le norme generali*» (così F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, V, 60 e ss.).

*possa configurare in concreto una rinuncia implicita al recesso (a causa dei tempi eccessivamente dilatati o per altri elementi)»<sup>401</sup>.*

In conclusione, un ulteriore esempio di utilizzo - qui in funzione meramente integrativa - dei suddetti criteri è fornito dalla necessaria e specifica indicazione, da parte del datore di lavoro, delle assenze effettuate dal lavoratore malato (laddove ritualmente richiesta *ex art. 2 della L. n. 604/66*). Anche in tale occasione, infatti, l'esauritiva risposta datoriale deve contemperare il preminente interesse del lavoratore a conoscere tutti gli elementi fattuali che hanno supportato (e, quindi, legittimato) il recesso subito<sup>402</sup>.

## 2.5 Terzo argomento comparativo: whistleblowing e rapporto di lavoro.

Il *whistleblower* (letteralmente, "colui che soffia nel fischiello") è quel lavoratore che denuncia o rende note alla pubblica autorità od a soggetti competenti le attività datoriali che presume siano illegali o disoneste (perché in violazione di legge o comunque contrarie all'interesse pubblico: tra le ipotesi, si pensi ad episodi di frode

---

<sup>401</sup> Così R. NUNIN, *Superamento del periodo ...*, 2006, 964.

Parte della dottrina ha ritenuto che il giudice debba valutare non tanto l'inerzia (la quale, di per sé, non può «costituire univoco comportamento concludente né manifestare siffatta volontà di rinuncia del datore di lavoro»), ma i «comportamenti attivi» tenuti dalle parti (in tal senso, V. MAIO, *Sulla "tempestività ..."*, 2001, 316). Seguendo tale impostazione, il lavoratore potrebbe allegare tutti quei «comportamenti positivi» del datore di lavoro dai quali si evinca l'interesse a ricevere la prestazione e - di conseguenza - il venir meno della volontà di recedere. Tuttavia, in fase applicativa, la ricostruzione avrebbe sempre effetti favorevoli per il lavoratore nel caso più controverso (ovverosia, il ritorno in servizio ed il successivo svolgimento - anche per mesi - delle mansioni contrattuali), mentre tornerebbe ad essere più ragionevole nell'ipotesi - meno frequente - di promozione dello stesso lavoratore «ad incarichi di maggior responsabilità».

<sup>402</sup> Sul punto, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ha ritenuto che la motivazione del recesso dovrebbe consentire al lavoratore di conoscere con precisione «il periodo preso in considerazione» e «le assenze individuate dall'azienda come addebitabili ai fini del comporta» (Cass., 10 gennaio 2008, n. 278, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, 341 e ss.; conforme a Cass., 3 agosto 2004, n. 14873, cit., 272; Cass., 20 dicembre 2002, n. 18199, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 174). Di contro, alcune recenti pronunce di legittimità hanno invece asserito che «il datore di lavoro non deve indicare i singoli giorni di assenza, potendo ritenere sufficienti indicazioni più complessive, idonee ad evidenziare un superamento del periodo [...], come l'indicazione del numero totale delle assenze verificatesi in un determinato periodo» (così Cass., 27 gennaio 2011, n. 1953, in *Lav. prev. oggi*, 2011, V, 601 e ss., volendo con nota critica di G. MATARAZZO, *L'obbligo di motivazione nel licenziamento per superamento del periodo di comporta*; conforme a Cass. 25 novembre 2010, n. 23920, in *Prat. lav.*, 2011, 265 e ss.).

o di corruzione od ancora di violazione della normativa sulla sicurezza dei luoghi di lavoro).

In Italia, l'art. 2015 c.c.<sup>403</sup> è il fondamento normativo di un ampio e generico dovere di fedeltà del lavoratore (obbligo negativo, di "non fare"), sul presupposto che «*il prestatore, obbligandosi a collaborare nell'impresa, non può riservarsi di operare contro la stessa*»<sup>404</sup> e che tale disposizione «*intende tutelare la capacità di concorrenza dell'impresa e la sua posizione sul mercato o comunque l'interesse al profitto dell'imprenditore*»<sup>405</sup>.

Dunque, la violazione di tale dovere, intesa come mancata astensione dai comportamenti espressamente vietati dalla norma, ma anche da «*tutti quelli che, per la loro natura e le loro conseguenze, appaiono in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o creano situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi dell'impresa o sono idonei, comunque, a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto stesso*»<sup>406</sup>, può costituire una giusta causa di licenziamento<sup>407</sup>.

Tuttavia, anche se la disposizione «*tutela un interesse patrimoniale dell'imprenditore ..., di fronte alla possibilità di determinati comportamenti scorretti ..., l'interesse tutelato dovrebbe cedere di fronte ad altri interessi non solo considerati genericamente preminenti dalla Carta Costituzionale, ma anche costituenti preciso limite all'attività economica, pur tutelata dal datore di lavoro*»<sup>408</sup>.

Ne consegue che, nei limiti della sua "fedeltà" (dunque, astenendosi da accuse avventate e valutando l'effettiva consistenza e veridicità degli elementi in suo

---

<sup>403</sup> «*Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio*» (art. 2105 c.c.).

<sup>404</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1959, 161.

<sup>405</sup> M.G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro. Art. 2105*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2000, 50-51.

<sup>406</sup> Così Cass. 14 giugno 2004, n. 11220, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 699.

<sup>407</sup> Per una disamina della casistica si rimanda a P. TULLINI, *Il licenziamento in tronco, la fiducia e i c.d. fatti extra-lavorativi*, nota a Cass. 8 marzo 1998, n. 2626, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 146 e ss.

Diversamente, per una interpretazione ben più rigorosa dell'obbligo contrattuale di segreto aziendale e di fedeltà, si rimanda a P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, *Tratt. dir. civ. comm.*, 2003, 284 e ss.

<sup>408</sup> M.G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà ..., Milano*, 2000, 194.

possesso<sup>409</sup>), il lavoratore può criticare il suo datore di lavoro<sup>410</sup>, così come può denunciarne alla pubblica autorità eventuali illeciti.

Tuttavia, la condotta del denunciante deve essere «*leale*»<sup>411</sup> e, pertanto, dovrà basarsi sulla «*verità putativa*» dei fatti denunciati, intesa come mera attendibilità degli stessi, e sulla «*buona fede*»<sup>412</sup> del lavoratore (che verifichi la ragionevolezza e la comprovabilità della sua rappresentazione della realtà)<sup>413</sup>.

Anche perchè estendere alla denuncia «*i limiti individuati dal diritto di critica (e, dunque, i principi di continenza formale e sostanziale)* ... può essere rischioso [in quanto] *si finirebbe infatti per configurare in capo al denunciante un obbligo di preventivo accertamento della verità dei fatti denunciati, che in sostanza, ... finirebbe solo per inibire lo stesso*»<sup>414</sup>. E ancora, «*diversamente, si correrebbe il rischio di scivolare verso - non voluti, ma impliciti - riconoscimenti di una sorta di "dovere di omertà" (ben diverso da quello di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c.) che, ovviamente, non può trovare la benchè minima cittadinanza nel nostro ordinamento. In altre parole, non può nemmeno lontanamente ipotizzarsi che rientri fra i doveri del prestatore di lavoro il tacere anche*

---

<sup>409</sup> In relazione al diritto di critica, la nota pronuncia delle Sezioni Unite ha affermato che quando «*il diritto di critica sia esercitato in maniera da ledere obiettivamente l'onore o la reputazione o un altro attributo fondamentale della personalità, come tale direttamente tutelato dall'art. 2 e indirettamente - per il suo riferimento alla "dignità" - dell'art. 3 della Costituzione, la liceità di esso viene a porsi in rapporto di necessaria dipendenza dell'esistenza di una causa di giustificazione che possa operare - alla stregua dei casi considerati dagli artt. 51 e segg. cod. pen. - come discriminante, e la giustificazione non può essere ravvisata se non in riferimento al valore che l'ordinamento esplicitamente o implicitamente attribuisce all'interesse concreto in funzione del quale la critica è svolta. In altri termini: il diritto di esprimere liberamente il proprio pensiero in forma critica non basta di per sé a legittimare la lesione di beni costituzionalmente garantiti, ma questa può essere giustificata se ... l'azione che la pone in essere sia ragionevolmente e prudentemente ordinata al soddisfacimento di interessi di rilievo (sul piano giuridico) almeno pari a quello del bene leso.*

*Nell'ambito, poi, del rapporto di lavoro - caratterizzato, come si sa, dalla natura personale delle prestazioni - il diritto di critica del dipendente nei confronti del datore di lavoro (in quanto tale non codificato) si atteggia in modo particolare in ragione degli obblighi di collaborazione, fedeltà e subordinazione del primo, che lo autorizzano, da un canto, ad ingerirsi nelle modalità di esercizio dell'attività dell'imprenditore sotto il profilo dell'incidenza che questa ha sulle condizioni di vita e di lavoro dei prestatori d'opera e accentuano, dall'altro, il dovere di chiunque di astenersi, in assenza di adeguate ragioni, dalla diffusione di notizie e giudizi pregiudizievoli all'esercizio dell'impresa» (così Cass. S.U. 25 febbraio 1986, n. 1173).*

<sup>410</sup> Sul punto, cfr. L. FAILLA, *Diritto di critica e rapporto di lavoro*, nota a Cass. 16 maggio 1998, n. 4952, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 663 e ss.

<sup>411</sup> Su tutte, cfr. Cass. 5 dicembre 1990, n. 11657, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 828 e ss., con nota di G. PROIA, *Doveri preparatori della prestazione ed obbligo positivo di fedeltà*.

<sup>412</sup> Né la «*mala fede*» del lavoratore può ritenersi insita nella eventuale archiviazione della denuncia presentata, posto che le ragioni di una archiviazione possono essere molteplici e non implicare necessariamente il «*dolo o la colpa grave*» del denunciante (si pensi al difetto di una condizione di procedibilità, o alla intervenuta prescrizione del reato, od ancora alla esistenza di una causa di giustificazione o di una causa di non punibilità).

<sup>413</sup> Cfr. M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Torino, 2003, 247.

<sup>414</sup> Così V. NUZZO, *Quando denunciare il datore rende "infedele" il lavoratore*, nota a Cass. 17 settembre 2009, n. 20048, in *Nuova giur. comment.*, 2010, I, 353.

*fatti illeciti (da un punto di vista penale, civile od amministrativo) che egli veda accadere intorno a sè in azienda»<sup>415</sup>.*

In tal senso, la maggioritaria<sup>416</sup> giurisprudenza di legittimità ha quindi sostenuto la denuncia penale non integra *ex se* una giusta causa di licenziamento<sup>417</sup> e che spetta al giudice di merito verificare che il denunciante non abbia superato «*con dolo o colpa grave la soglia del rispetto della verità oggettiva*» e «*dalla divulgazione della notizia inerente alla denuncia ... sia derivato al datore di lavoro un effettivo pregiudizio, consistente nell'offesa dell'onore e della reputazione del medesimo, tale da metterne in discussione la credibilità*»<sup>418</sup>.

Parimenti, è pacifico che non integri la violazione dell'obbligo di fedeltà l'utilizzazione di documenti aziendali finalizzata all'esercizio di diritti<sup>419</sup> (a maggior ragione per una denuncia penale, proprio al fine di evitare di integrare gli estremi del reato di calunnia) anche se - ad avviso di chi scrive - la produzione documentale deve sempre rispettare i criteri di correttezza e buona fede, oltre che di pertinenza e non eccedenza<sup>420</sup>.

---

<sup>415</sup> Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, inedita a quanto consta.

<sup>416</sup> Tra le pronunce contrarie, il giudice di legittimità ha talvolta confermato la violazione degli obblighi di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. - e, soprattutto, il licenziamento per giusta causa del lavoratore - in quanto «*non aveva agito ... con la necessaria prudenza, in quanto oggetto dell'indagine sollecitata non era - come in altre fattispecie esaminate dai giudici di legittimità - lo ius puniendi degli illeciti penali da parte dello Stato, ma unicamente una situazione di incompatibilità di un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale ... , cioè un fatto idoneo a procurare effetti sostanzialmente sul piano negoziale e fra le parti della convenzione*», e dunque senza che vi fosse un «*interesse pubblico*» od estremi di rilevanza penale (il riferimento è Cass. 17 settembre 2009, n. 20048).

<sup>417</sup> Più precisamente, «*la denuncia od esposizione da parte del lavoratore all'Autorità Giudiziaria di fatti potenzialmente rilevanti in sede penale costituisce un contegno extralavorativo comunque non idoneo a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario tra lavoratore e datore di lavoro, vuoi perché si tratta di condotta lecita e certamente non contraria ai doveri civili, vuoi perché il rapporto fiduciario in questione concerne l'affidamento del datore di lavoro sulle capacità del dipendente di adempiere l'obbligazione lavorativa e non già sulla sua capacità di condividere segreti non funzionali alle esigenze produttive e/o commerciali dell'impresa*» (così ancora Cass. 14 marzo 2013, n. 6501).

<sup>418</sup> Cass. 16 febbraio 2000, n. 1749, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, 463.

<sup>419</sup> Sul punto, la Corte di Cassazione ha precisato che «*anche in ordine alla utilizzazione dei ... documenti, la sentenza di rivela del tutto coerente e congrua, avendo accertato in modo specifico che il lavoratore aveva posto la documentazione a fondamento di una denuncia proposta unicamente al fine di far valere i propri diritti, nonché a far emergere, anche per il suo ruolo di sindacalista attivo all'interno dell'azienda, condotte inadempienti e antisindacali da parte della datrice di lavoro. Valutazione, questa, che conduce a conclusioni del tutto conformi ai più recenti, ormai consolidati, orientamenti della giurisprudenza, secondo cui non integra violazione dell'obbligo di fedeltà la utilizzazione di documenti aziendali finalizzata all'esercizio dei diritti*» [così Cass. 16 novembre 2012, n. 20163, consultabile in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it) (ultimo accesso il 23 gennaio 2014)].

<sup>420</sup> Cfr. sul punto le previsioni del Garante per la protezione dei dati personali che, affermando la legittimità dei controlli datoriali, ha rilevato che «*il contestato trattamento dei dati del ricorrente (peraltro attualmente svolto da altro soggetto) non risulta essere stato effettuato dalla resistente in modo illecito in quanto volto ad ottemperare agli obblighi di segnalazione previsti dal testo unico in materia bancaria e dalle relative disposizioni di attuazione*» [Provvedimento 2

Ancora, il lavoratore può - con la denuncia - non perseguire un interesse di natura personale, ma è sufficiente che vi sia un interesse pubblico sotteso alla segnalazione di una (presumibile, almeno per il denunciante) violazione di legge da parte del datore di lavoro<sup>421</sup>.

Volendo dunque fare un raffronto con l'ordinamento statunitense, dunque, non sembra vi siano grandi divergenze, specie per quanto riguarda la tutela comunque garantita al lavoratore sanzionato disciplinarmente o licenziato.

Certo, come già rilevato nel cap. I, negli Stati Uniti, storicamente attenti al fenomeno (concettualmente ricompreso - sia a livello federale che di singoli Stati - nella tutela antidiscriminatoria del lavoratore<sup>422</sup>), molti ordinamenti statali prevedono:

- A. che il *whistleblower* che riporti ai superiori gerarchici od alle autorità competenti atti - di rilievo esterno<sup>423</sup> - contrari alla legge ed effettuati da suoi colleghi o comunque dall'impresa non possa essere sanzionato o licenziato dal datore di lavoro, perché il comportamento datoriale sarebbe contrario alla «*public policy*»<sup>424</sup>;

---

febbraio 2006, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1353436> (ultimo accesso il 29 gennaio 2014)].

<sup>421</sup> Tra gli esempi in cui il licenziamento del denunciante era poi stato ritenuto illegittimo:

- a) il caso di un lavoratore che aveva raccolto, in un lasso di tempo di due anni, copia di n. 38 bolle di consegna merci - dalle quali si poteva desumere che la società dichiarava solo una parte delle sue vendite - e le aveva consegnate alla Guardia di Finanza (Cass. 16 gennaio 2001, n. 519, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 593 e ss.);
- b) il caso di n. 6 lavoratori che avevano presentato alla Procura della Repubblica di Napoli un esposto, corredato da documenti aziendali, per presunte irregolarità commesse dalla Società in relazione all'appalto per la manutenzione di semafori cittadini, per altro senza averle previamente segnalate ai superiori gerarchici (*cf.* ancora Cass. 14 marzo 2013, n. 6501).

Come intuibile, nulla a che vedere con il diverso caso in cui il comportamento del lavoratore non è giustificabile «*nel quadro di un rapporto di collaborazione e di lavoro*» ed è invece ispirato «*solo ad uno scopo di nuocere e recare molestia al proprio datore di lavoro*» (così Cass. 20 giugno 2003, n. 9908, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 184). Più precisamente, la decisione del lavoratore di segnalare presunte irregolarità in materia di sicurezza sul lavoro all'Ispettorato del lavoro ed alla Procura della Repubblica è stata ritenuta «*non consona alle previsioni di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c.*», in quanto «*l'equivoco insorto avrebbe potuto facilmente essere chiarito direttamente tra datore di lavoro e lavoratore, senza necessità di esposti, denunce o richieste di intervento di terzi*» (*ibidem*).

<sup>422</sup> *Cfr.* nota n. 30 del presente scritto.

<sup>423</sup> Sulla distinzione tra fatti di **mero rilievo interno** e fatti che invece possono costituire condizione per un caso di *whistleblowing*, si rimanda al precedente della *Superior Court of New Jersey* di cui alla nota n. 121 del presente scritto.

<sup>424</sup> *Cfr. par.* 1.5.1.

- B. una procedura *ad hoc* per la denuncia: in Ohio, ad esempio, il lavoratore deve in primo luogo avvisare oralmente il datore di lavoro delle presunte violazioni riscontrate<sup>425</sup>, quindi sottoporgli un *report* dettagliato in forma scritta. La tutela giudiziale è allora attivabile solo se, trascorse 24 ore dalla consegna del documento, l'*employer* non vi abbia in alcun modo posto rimedio<sup>426</sup>.

Rimettere alla legislazione statale la disciplina del fenomeno ha poi la fisiologica conseguenza di produrre una disparità di trattamento tra il lavoratore di uno Stato e a quello di un altro, evidenziabile nel fatto che:

- i. in alcuni Stati non vi è alcuna disciplina in materia (si pensi a Kansas, Kentucky, Missouri ed Oregon);
- ii. in Michigan ed in California gli *statutes* tutelano espressamente il *whistleblower* anche se la denuncia si riveli infondata;
- iii. in una ampia casistica, la giurisprudenza statale ha di volta in volta richiesto:
  - a. il ragionevole convincimento del lavoratore, secondo buona fede, che l'azione denunciata sia illegale<sup>427</sup>;
  - b. la effettiva fondatezza della segnalazione<sup>428</sup>;
  - c. oltre alla lesione di un interesse pubblico, la sussistenza di un particolare interesse del lavoratore nella denuncia<sup>429</sup>.

---

<sup>425</sup> La giurisprudenza italiana, invece, non ritiene necessaria una preventiva "denuncia" - orale come per iscritto - al datore di lavoro, in quanto non vi è «*nelle fonti contrattuali della disciplina del rapporto lavorativo de quo, un generale dovere, in capo al lavoratore, di non denunciare alcunché (di quanto avvenuto in azienda) senza prima informarne per iscritto od oralmente i propri superiori. Né esso si rinviene nelle fonti legislative del rapporto di lavoro, neppure sotto forma di leale collaborazione e/o di fedeltà, pur sempre funzionali (come s'è detto) all'utile risultato produttivo o comunque a legittimi interessi aziendali e non certo a coprire ipotetici illeciti*» (ancora Cass. 14 marzo 2013, n. 6501).

<sup>426</sup> Tra le storture applicative di una procedura quantomeno perfettibile, l'esempio di una lavoratrice che non aveva ottenuto la tutela statutaria poiché, dopo aver avvisato oralmente il suo datore di lavoro, era stata licenziata immediatamente, senza che avesse modo di consegnargli la documentazione già predisposta [cfr. *Bear v. Geetronics, Inc.*, 83 Ohio App. 3d 163, 614 N.E.2d 803 (1992)].

<sup>427</sup> Cfr. *Green v. Ralee Eng'g Co.*, 19 Cal. 4th 66, 960 P.2d 1046 (1998).

<sup>428</sup> Cfr. *Callantine v. Staff Builders, Inc.*, 271 F.3d 1124 (8th Cir. 2001).

<sup>429</sup> Una nota pronuncia della Corte Suprema della Pennsylvania ha rilevato che «*It may be granted that there are areas of an employee's life in which his employer has no legitimate interest. An intrusion into one of these areas by virtue of the employer's power of discharge might plausibly give rise to a cause of action, particularly where some recognized facet of public policy is threatened. The notion that substantive due process elevates an employer's privilege of hiring and discharging his employees to an absolute constitutional right has long since been discredited. But this case does not require us to define in comprehensive fashion the perimeters of this privilege, and we decline to do so. We hold only that where the complaint itself discloses a plausible and legitimate reason for terminating an at-will employment relationship and no clear mandate of public policy is violated thereby, an*

In conclusione, e pur in assenza di una disciplina legislativa in materia, si può dunque dire che i giudici italiani, partendo dai doveri contrattuali del lavoratore, hanno saputo parimenti garantire una tutela al *whistleblower* italiano, quantomeno nelle ipotesi in cui lo stesso sia sanzionato disciplinarmente o addirittura licenziato proprio per la sua denuncia.

### 2.5.1 La disciplina italiana del whistleblowing nel pubblico impiego.

Pur per le sole «*amministrazioni pubbliche*», l'art. 1, co. 51, legge 6 novembre 2012, n. 190 ha introdotto nel d.lgs. n. 165/2001 («*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*») l'art. 54-*bis*<sup>430</sup>, rubricato «*Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*», disposizione che, per la prima volta nell'ordinamento italiano<sup>431</sup>, disciplina il fenomeno del *whistleblowing*.

Si tratta di una previsione puntuale, secondo cui «*il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia*», salvo -

---

*employee at will has no right of action against his employer for wrongful discharge*» [Geary v. U. S. Steel Corp., 456 Pa. 171, 184-85, 319 A.2d 174, 180 (1974)].

<sup>430</sup> «Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia.

Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato.

L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere.

La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni» (art. 54-*bis* d.lgs. n. 165/2001).

<sup>431</sup> Sul punto, cfr. G. GAMBERINI, *Nuove sfide per le Parti sociali. Il whistleblowing*, in *Boll. ADAPT*, 2013, n. 18.

ed appare del tutto ragionevole - la denuncia del lavoratore integri gli estremi della calunnia o della diffamazione (art. 54-*bis* co. 1 d.lgs. n. 165/2001).

Parte della dottrina ha ritenuto che la «*conoscenza in ragione del rapporto di lavoro*» rappresenti una lacuna della disposizione stessa, posto che «*il Legislatore ... [ha] chiarito che le condotte illecite da denunciare devono essere riconducibili al rapporto di lavoro e non riguardare l'attività amministrativa in generale. Il whistleblowing, nella sua declinazione italiana, rimane così dentro gli spazi ristretti dell'ufficio dove si svolge la prestazione lavorativa e non tocca l'Amministrazione Pubblica tout courts*»<sup>432</sup>. Tuttavia, a giudizio di chi scrive, una formulazione intenzionalmente ampia permette - con una interpretazione quasi di "buon senso" - di ricondurre nell'ambito applicativo della norma anche le condotte non immediatamente correlate al rapporto di lavoro del denunciante.

Ad ulteriore garanzia del *whistleblower*, poi, nell'eventuale contestazione disciplinare fondata «*in tutto o in parte*» sulla denuncia del lavoratore si potrà rivelare l'identità dello stesso solo «*ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato*» (art. 54-*bis* co. 2 d.lgs. n. 165/2001).

Pur in assenza di una procedura *ad hoc* (ci si riferisce, ad esempio, alla procedura introdotta dallo Stato dell'Ohio), si può dunque guardare con moderata soddisfazione ad una prima - e non approssimativa - forma di tutela del *whistleblower* pubblico<sup>433</sup>, magari auspicandone una prossima e contenutisticamente non dissimile introduzione anche per l'impiego privato.

---

<sup>432</sup> Così U. BURATTI, *Whistleblowing: una sfida anche per la Pubblica Amministrazione*, in *Boll. ADAPT* 20 maggio 2013, 1.

<sup>433</sup> Per una recente rassegna del fenomeno *whistleblowing* in Europa, si rimanda al VI capitolo dell'*OECD Integrity Review of Italy. Reinforcing Public Sector Integrity, Restoring Trust for Sustainable Growth*, 2013, consultabile in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), *Indice A-Z*, voce *Lavoro pubblico* (ultimo accesso il 29 gennaio 2014).

## CAPITOLO III

### 3.1. Brevi annotazioni sul sistema statunitense dei licenziamenti individuali.

Come rilevato dalla dottrina statunitense, «*la relazione contrattuale at-will è la risultanza di un [originario] intervento legislativo, dell'interpretazione giudiziale e dei contemporanei usi nei luoghi di lavoro*»<sup>434</sup>.

La centralità del contratto individuale di lavoro risulta pressochè dogmatica in un ordinamento in cui la legislazione sembra concentrarsi più che altro su questioni di *public law*, che generalmente incidono solo in via indiretta sui rapporti interprivati.

Non per caso, dunque, si ravvisa uno scarso interesse per la materia sindacale - se non per l'intero ambito giuslavoristico, almeno come lo intendiamo in Europa<sup>435</sup> - e si comprende quindi una così limitata diffusione dello strumento "tipico" (agli occhi di un osservatore europeo) della contrattazione collettiva.

Riprendendo le parole di Summers, «*il contratto individuale di lavoro costituisce una prospettiva privilegiata per analizzare i diritti ed i doveri della relazione contrattuale, sia quando il rapporto di lavoro è disciplinato dalla contrattazione collettiva sia quando è definito [solo] dalla contrattazione individuale*» tenendo conto che «*quando i lavoratori non sono protetti da un contratto collettivo, ma devono contrattare individualmente, essi sono spesso alla mercè del datore di lavoro*»<sup>436</sup>.

In tale quadro, «*l'inattività sia [di alcune] delle Corti che del legislatore rispetto al tema dell'employment at-will altro non è che l'esito di una scelta sovrana e consapevole di non*

---

<sup>434</sup> K.W. STONE, *Revisiting the At-Will Employment Doctrine...*, 101 (2007).

<sup>435</sup> Come rilevato dalla dottrina americana, «*gli studiosi del rapporto di lavoro hanno tradizionalmente concentrato la loro attenzione sugli sviluppi della disciplina relativa al settore sindacalizzato dell'economia: disciplina che gli avvocati americani comunemente indicano con il termine 'diritto del lavoro'. Negli ultimi decenni, tuttavia, [...] l'importanza relativa del 'diritto del lavoro' si è ridotta e sia i giudici sia i legislatori hanno creato una serie innumerevole di nuove regole riguaranti i luoghi di lavoro nei quali il sindacato non è presente*» [così J.H. VERKERKE, *Un approccio di Law and Economics...*, 293 (1998)].

Sembra dunque superata l'impostazione statunitense "classica" incentrata sul ruolo del sindacato, secondo cui «*labor law ... [is] the legal relationship between employers and unions and between unions and members*» [così J.R. GRODIN, *The Story of Pugh v. See's Candies, Inc. ...*, 9 (2007)].

<sup>436</sup> C. W. SUMMERS, *The Contract of Employment...*, 1108.

*intervenire*<sup>437</sup>, tenendo comunque a mente che per parte (pur minoritaria) della dottrina «*il contratto at-will rappresenta in gran parte dei contesti una soluzione efficiente nelle relazioni di lavoro*»<sup>438</sup>.

Anche l'approccio di *law and economics* - di cui si è detto nel *cap. I* - seguito da parte della dottrina statunitense<sup>439</sup> per supportare le singole prospettive *de iure condendo*<sup>440</sup> non è sembrato dirimente. Più nello specifico, nonostante «*il libero mercato non può condurre [ex se] ad un livello efficiente di protezione contro i licenziamenti illegittimi se i lavoratori sono eterogenei*»<sup>441</sup>, né la spiegazione Paretiana, né l'allocazione dei *property rights* teorizzata da Calabresi<sup>442</sup> - pur con argomenti di indubbio spessore giuridico - sono riuscite a convincere le *lobbies* di riferimento, vero ago della bilancia, ad accettare l'ipotesi di una legislazione sui licenziamenti individuali.

Nemmeno la situazione di incertezza in cui si trova il datore di lavoro, che - a seconda dello Stato territorialmente competente - rischia la astratta sussimibilità del licenziamento irrogato nella spire della disciplina antidiscriminatoria o di una delle tre eccezioni all'*Eaw rule*, ha avuto quella spinta propulsiva auspicata dalla dottrina, posto che la casistica, pur "drammatica" nell'ottica datoriale, è sempre stata numericamente limitata e, dunque, poco incidente nel bilanciamento tra costi (ovverosia, la perdita della possibilità di licenziare *at-will*) e benefici (non rischiare più di ricadere nelle spire succitate) di una disciplina legislativa.

Ma quindi non è vero che una semplificazione legislativa non avrebbe una sua utilità a prescindere?

---

<sup>437</sup> C.J. PECK, *Unjust Discharges From Employment ...*, 24 (1979).

<sup>438</sup> R.A. EPSTEIN, *In Defense of Contract at Will...*, 951 (1984).

<sup>439</sup> Ci si riferisce alle già citate teorizzazioni di M. BERGER (1997), J.L. HARRISON, (1984), A.B. KRUEGER (1991), J.H. VERKERKE (1995), in accordo con chi ha ritenuto che «*nessun duello mortale, dunque, tra diritto ed economia, ma, al contrario, un contributo essenziale che dall'economia può venire (sia nel momento della creazione della norma, sia in quello della sua interpretazione) al rafforzamento del diritto, cioè dalla sua capacità di produrre effettivamente un essere economico corrispondente al dover essere della norma*» [così P. ICHINO, *Il dialogo tra economia e diritto ...*, 198 (2001), in ideale risposta alla marcata contrapposizione tra diritto e relazioni economiche proposta da P. LOI, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 547 e ss.].

<sup>440</sup> Nel tema in esame le proposte dottrinali sembrano - beninteso, per necessità - invertire la successione logica del ragionamento comune: in un sistema di *common law* ed in una peculiare situazione di *vacatio legis* occorre partire dagli sviluppi *de iure condito* per poi formulare - in un secondo momento - eventuali proposte *de iure condendo*.

<sup>441</sup> D.I. LEVINE, *Just-Cause Employment Policies ...*, 294 (1991).

<sup>442</sup> G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property rules...*, 1089 (1972).

Come rilevato in dottrina, «sarebbe fuorviante parlare di una tendenza, più o meno marcata, verso la deregulation. Certamente, nella storia degli Stati Uniti è per lungo tempo prevalso un approccio flessibile e, per molti aspetti, completamente privo di regole di matrice statutale» ma «le più recenti linee di tendenza evolutive potrebbero addirittura essere interpretate, non senza fondamento, alla stregua di una chiara tendenza verso una maggiore giuridificazione dei rapporti di lavoro»<sup>443</sup>. A maggior ragione, la sistematizzazione legislativa potrebbe «far sembrare semplice e coerente questo quadro complesso realizzato dai giudici, poiché la legislazione sarà certamente una combinazione di regolamentazioni federali statali ed anche locali. Ogni legge non avrà solo il suo corpo di norme sostanziali, ma anche propri mezzi di tutela e proprie procedure amministrative. [Diversamente, ...] la legge sul lavoro cambierà incessantemente, trasformandosi da un bosco a giungla impenetrabile»<sup>444</sup>.

Trascorsi oltre 20 anni dalla considerazione appena riportata, si può dire che se fino ad oggi non vi è stata la tanto caldeggiata riforma dell'*EaW rule* è allora verosimile che la "giungla" non sia la stessa descritta in un racconto Salgariano ed, in fin dei conti, non sia - anche per gli imprenditori - così difficile da attraversare.

### 3.2. Brevi annotazioni sul sistema italiano dei licenziamenti individuali.

La possibilità di recedere *ad nutum* da un rapporto di lavoro, pur applicabile nel nostro ordinamento nelle sole ipotesi già elencate, rappresenta un chiaro *favor* per le esigenze del datore di lavoro, in quanto «tra i due interessi in conflitto - quello del datore di lavoro alla temporaneità del vincolo contrattuale, e quello del lavoratore alla continuità e alla stabilità del rapporto di lavoro - l'art. 2118 cod. civ. ... [privilegia] l'interesse del primo perché la norma del codice regola il recesso *ad nutum* con il solo obbligo del preavviso»<sup>445</sup>.

Al contempo, però, sarebbe semplicistico affermare che la tutela di cui all'art. 18 St. lav. sia invece *pro lavoratore*, vuoi per la regola di fonte comunitaria della necessaria motivazione del licenziamento, vuoi perché con la nuova formulazione dell'articolo

---

<sup>443</sup> D.H. FOOTE, *Il diritto del lavoro statunitense: un sistema deregolamentato?*, traduzione dagli *Atti del 5th Comparative Labor Law Seminar* (Tokyo, 1998), in *Dir. rel. ind.*, 1999, 125.

<sup>444</sup> C.W. SUMMERS, *Labor Law as the Century Turns: A Changing of the Guard*, NEBR. L. REV. 7 (1988). Traduzione italiana di M. TIRABOSCHI.

<sup>445</sup> G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento ...*, 2013, II, 231.

si è scelto un approccio fortemente - e, ad avviso di chi scrive, comprensibilmente<sup>446</sup> - ispirato ai principi di *law and economics*, la cui disciplina è «*valutata nell'ottica della sua efficienza in relazione a specifici obiettivi economici ed in base all'analisi costi benefici*»<sup>447</sup>.

Più precisamente, con la (pur perfettibile) Riforma Fornero, salvo per i casi di licenziamento più "odiosi", l'art. 18 St. lav. diventa una *liability rule* a tutela di un mero interesse economico e professionale del lavoratore<sup>448</sup> e comporta una concreta possibilità che il giudice assegni al lavoratore ingiustamente licenziato la sola liquidazione del danno<sup>449</sup>.

L'obiettivo infatti era - e deve essere - quello di poter fissare *ex ante*, anche con un margine di approssimazione, un "*firing cost*" del licenziamento, fattore che - ed è un dato non controvertibile - tanto incide nelle decisioni strategiche di quegli investitori stranieri che l'Italia vorrebbe "attrarre" nella sua economia deboluccia.

L'approccio di *law and economics*, tuttavia, continua ad incontrare le pur ragionevoli resistenze di una dottrina "purista", secondo cui «*la riforma dei licenziamenti e la sua valutazione in termini di "efficienza economica" esprimono una crisi dello statuto epistemologico del Diritto del lavoro... [Q]uesta tendenza, ormai in atto da tempo, ... è [non sembra] destinata ad essere modificata e, anzi, ... al contrario la "colonizzazione" da parte dell'economia ... [è] destinata a durare nel tempo. Spetta ai giuristi del lavoro difendere il "confine" di questa materia e ribadire la specificità della razionalità giuridica ed i valori da essa tutelati*<sup>450</sup>».

---

<sup>446</sup> Non si condivide, pertanto, la provocazione di autorevole dottrina, secondo cui l'approccio della Riforma Fornero costituirebbe una riprova della «*nuova tirannia dei valori economici*» [così A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato...*, 2012, III, 584].

<sup>447</sup> V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it - 190/2013, 3.

<sup>448</sup> Cfr. ancora P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi "Domenico Napoletano" dal titolo "*Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*" (Pescara, 11-12 maggio 2012), disponibile su [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it) (ultimo accesso il 3 gennaio 2014), 11-12.

Lo stesso A. ha quindi precisato che la perdita dell'occupazione «*lede sempre il diritto fondamentale al lavoro ... [e] corrisponde a una concezione del rapporto di lavoro ispirata alla job property, che mal si concilia con il principio della insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con la stessa regola del giustificato motivo oggettivo*» (P. ICHINO, *La riforma...*, 2012, 11-12).

<sup>449</sup> Autorevole dottrina ha correttamente rilevato come «*la contrapposizione, cara ad Ichino ed altri cultori dell'analisi economica del diritto, tra property rule e liability rules rappresenta l'ipostatizzazione dei sistemi di common law nei quali l'obbligazione inadempnuta si trasforma automaticamente in obbligo risarcitorio e non si adatta, quindi, ai sistemi (storicamente esistenti) di civil law che assegnano, invece, priorità all'adempimento in forma specifica*» (così L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, 669).

<sup>450</sup> V. SPEZIALE, *La riforma...*, 2013, 57.

Determinante, ad ogni modo, sarà la declinazione giurisprudenziale dell'art. 18 St. lav. (oggi ancora in una fase embrionale), specie nell'ambito di un "nuovo Rito" dedicato ai licenziamenti. Con altre parole, insomma, «*il giudizio ... sulla riforma resta ancora aperto. Sarà il diritto vivente a dirci se positivo o negativo. Un compito centrale per la magistratura e la dottrina in questi anni così difficili per il nostro sistema produttivo e per l'occupazione dei giovani e meno giovani*»<sup>451</sup>.

Su tutte, si pensi all'ipotesi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ipotesi cruciale perchè «*la distinzione tra ipotesi di licenziamento economico illegittimo che comportano la reintegra e quelle che invece implicano solo il risarcimento del danno è uno degli aspetti più delicati della riforma*»<sup>452</sup>. La tesi che interpreta alla reintegrazione come una sorta di conseguenza estrema appare però la più confacente con la *ratio* della norma ed è quella che più riesce a significare la possibilità («*può*») - e non l'obbligo - del giudice di reintegrare il lavoratore licenziato per un giustificato motivo oggettivo «*manifestamente insussistente*».<sup>453</sup>

Certo, complessivamente il Legislatore poteva e può sempre far meglio: un esempio su tutti, integrando anche la attuale e carente formulazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. e rimediando alla «*del tutto ingiustificata esclusione delle controversie di lavoro dalla previsione ... dell'astreinte, cioè della misura compulsiva dell'adempimento delle (altre) obbligazioni di fare infungibili*»<sup>454</sup>. Pur limitata nella nuova formulazione dell'art. 18 St. Lav., l'eseguibilità della tutela reintegratoria è infatti - da sempre - un obiettivo "*ready at hand*", anche in una ottica di puro funzionamento del sistema di tutele.

Ma, al contempo, non bisogna nemmeno sottovalutare quelle previsioni - magari di

---

<sup>451</sup> R. PESSI, *I licenziamenti per motivi ...*, 2013, 779, richiamando implicitamente B. CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi per un "manifesto ermeneutico"*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 245.

In tal senso, *cf.* anche G. ZILIO GRANDI, *La riforma dei licenziamenti: opportunità perse e risultati ottenibili... la parola al Giudice*, in *Boll. spec. ADAPT*, 2012, 12, 1 e ss.; F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, 1103 e ss.; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La Riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Napoli, 2012, 86 e ss.

<sup>452</sup> V. SPEZIALE, *La riforma ...*, 2013, 37.

<sup>453</sup> A favore di tale ricostruzione, tra gli altri, P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti ...*, 16 e ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio ...*, 2012, 443; P. ALLEVA, *Proposta di emendamenti al ddl sul mercato del lavoro*, in particolare in tema di flessibilità in uscita, 17 aprile 2012, in [www.dirittisocialiecittadinanza.it](http://www.dirittisocialiecittadinanza.it) (ultimo accesso 19 gennaio 2014), 1 e ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 59; T. TREU, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro - Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012, 22 e ss.; M.L. GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio ...*, 2012, 247-248.

<sup>454</sup> C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori ...*, 2013, 60.

importanza non primaria - di "chiarimento o riepilogo giurisprudenziale", tra cui quelle che risolvono dubbi interpretativi legati all'indennità sostitutiva della reintegrazione (ci si riferisce alla definizione delle modalità cronologiche per la scelta del lavoratore<sup>455</sup> ed all'individuazione del momento estintivo del rapporto<sup>456</sup>).

Volendo concludere, allora, a circa un anno e mezzo dalla sua introduzione, è sin troppo facile sostenere che la Riforma Fornero non ha dato «*un contributo importante allo sviluppo economico e alla creazione di posti di lavoro*»<sup>457</sup> o che ha «*prodotto conseguenze irrilevanti sul sistema economico e sulla competitività del nostro paese*»<sup>458</sup>. Certo, si tratterà pure di un dato oggettivamente riscontrabile nei recenti dati ISTAT<sup>459</sup>, ma tali conclusioni prescindono (colpevolmente) dall'incidenza invero determinante di una profonda

---

<sup>455</sup> Il nuovo termine riprende le conclusioni della giurisprudenza di legittimità - tra le ultime, *cf.* Cass. 22 aprile 2008 n. 10526 - e, pur confermando il termine di 30 giorni entro cui chiedere l'indennità sostitutiva della reintegrazione, ne determina il decorso, alternativamente, dalla comunicazione dell'avvenuto deposito della sentenza o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore (art. 18 co. 3 St. lav.; critico nei confronti di tale impostazione, ed in particolar modo nella ipotesi in cui la scelta del lavoratore si colloca necessariamente prima di conoscere il contenuto della sentenza, M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 619).

<sup>456</sup> La previsione introdotta dalla Riforma Fornero contrasta - e, di fatto, ribalta - l'orientamento oramai consolidato della giurisprudenza di legittimità (secondo cui il rapporto di lavoro cessa solo con il pagamento dell'indennità sostitutiva: *cf.* Cass. 19 marzo 2010 n. 6735; Cass. 16 marzo 2009 n. 6342), prevenendo che la semplice richiesta da parte del lavoratore dell'indennità sostitutiva della reintegrazione determini la cessazione del rapporto di lavoro. Parzialmente critica autorevole dottrina, secondo cui tale soluzione «*pur dando applicazione ai principi in materia di obbligazioni ... rischia tuttavia di tradire in qualche misura il senso dell'istituto dell'opzione, con il quale, in base ad una sorta di condizione non espressa, si dà al lavoratore la possibilità di scambiare l'obbligo di reintegrazione ... solo con la concreta ed effettiva soddisfazione del diverso interesse, economico, tipizzato dalla norma*» (C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori ...*, 2013, 64).

<sup>457</sup> Previsione riferita a C. DELL'ARINGA, *La riforma del lavoro: aspetti economici*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro - Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012, 42.

D'altronde, lo stesso art. 1 della Riforma Fornero, nell'indicare le finalità perseguite dal Legislatore, ha prospettato interventi diretti «*a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla crescita dell'occupazione ... e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione ... adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento*», ma autorevole dottrina ha quindi espresso una opinione fortemente critica, prospettando un «*presumibile effetto contrario della stessa*» Riforma (in tal senso, S. MAGRINI, *Quel pasticciaccio brutto ...*, 2012, 535).

Tra i commenti sul punto, F. CARINCI, *Finalità, monitoraggio, oneri finanziari*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, suppl. 33, 5 e ss.; E. GHERA, *Le finalità della riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero*, in P. CHIECO, (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari; M. MAGNANI, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma ...*, 2012, 3 e ss.

<sup>458</sup> V. SPEZIALE, *La riforma ...*, 2013, 15.

<sup>459</sup> Nel secondo trimestre 2013, il tasso di disoccupazione in Italia è del 12,5%, con una percentuale che sale al 40,4% tra i soggetti compresi tra i 15 ed i 24 anni (*cf.* *Conti economici trimestrali del II trimestre 2013*, 10 settembre 2013, consultabili in [www.istat.it](http://www.istat.it), ultimo accesso il 5 gennaio 2013).

recessione produttiva e di mercato («*ammesso che fosse ipotizzabile e non dipendente [anche] da altre variabili*»<sup>460</sup>). Il rischio insomma è, come spesso accade, quello di divulgare la notizia dell'insuccesso di una spedizione alpina senza neppure menzionare la inusitata tempesta di neve che, di fatto, ne avrebbe comunque precluso ogni esito positivo.

---

<sup>460</sup> M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 181/2013, 3.

## Bibliografia

### A

- B.A. ADLER**, *Finance's Theoretical Divide and the Proper Role of Insolvency Rules*, 67 S. CAL. L. REV. 1107 (1994)
- M. AIMO**, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Torino, 2003, 247
- P. ALBI**, *Licenziamento per superamento del periodo di comporta, obbligo di sicurezza, inidoneità sopravvenuta della prestazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 855 e ss.
- P. ALLEVA**, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili*, in [www.dirittisocialiecittadinanza.it](http://www.dirittisocialiecittadinanza.it), 5 (ultimo accesso il 14 gennaio 2014)
- G. AMORTH**, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Padova, 1974
- G. ARDAU**, *Ancora sulla "cosiddetta" eccessiva morbilità: datore di lavoro o datore di assistenza sociale*, in *Giur. it.*, 1980, 1439 e ss.
- C. ASSANTI**, *Clausole generali e divieti di discriminazione: l'equilibrio precario della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. giur. lav.*, 1988, II, 364 e ss.
- D.H. AUTOR**, *Outsourcing at Will: The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment Outsourcing*, 21 J. LAB. ECON., 1 (2003)
- D.H. AUTOR, J.J. DONOHUE III, S.J. SCHWAB**, *The Cost of Wrongful-Discharge Laws*, 88 REV. ECON. & STAT. 211 (2006)

### B

- F. BALESTRIERI**, *"Eccessiva morbilità", interpretazione equitativa e clausole contrattuali di comporta: l'ultima parola all'interprete*, in *Riv. giur. lav.*, 1980, 938
- F. BANO**, *Lo spatium deliberandi nel recesso per superamento del periodo di comporta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 62 e ss.
- M. BARBIERI**, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2013, I, 153
- M. BARBIERI**, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2013, III, 333 e ss.

- S. BARTALOTTA**, *Il principio della tempestività nel licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 595 e ss.
- J. BELLACE**, *A Right of Fair Dismissal: Enforcing a Statutory Guarantee*, 16 U. MICH. J.L. REF. 207 (1983)
- P. BELLOCCHI**, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009, 546
- N. BENEDETTO**, *Employment at will e tutela contro i licenziamenti privi di giusta causa: il caso degli Stati Uniti*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, 223
- M. BERGER**, *Unjust Dismissal and the Contingent Worker: Restructuring Doctrine for the Restructured Employee*, 16 YALE L. & POL'Y REV. 26 (1997)
- B.D. BERNS**, *Employers Beware: The Implied Contract Exception to the Employment-At-Will Doctrine*, 28 B. C. L. REV. 327 (1987)
- E. BETTI**, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952
- M.N. BETTINI**, nota a Pret. Milano, 10 aprile 1981, in *Riv. giur. lav.*, 1981, 756
- M.N. BETTINI**, *Il principio dell'immediatezza nell'applicazione del provvedimento disciplinare*, in *Riv. giur. lav.*, 1987, II, 419 e ss.
- M. N. BETTINI**, *La sospensione per malattia nel lavoro ripartito*, in *Dir. lav.*, 2004, I, 225 e ss.
- M. BIAGI**, *Rappresentanza e democrazia in azienda: profili di diritto sindacale comparato*, Rimini, 1990
- M. BIANCA**, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209 e ss.
- L. BIERMAN, K. VINTON & S.A. YOUNGBLOOD**, *Montana's Wrongful Discharge from Employment Act: The Views of the Montana Bar Survey*, 54 MONT. L. REV. 367 (1993)
- C.L. BLACK Jr.**, *The Supreme Court, 1966 Term-Foreword: 'State Action', Equal Protection and California's Proposition 14*, 81 HARV. L. REV. 69 (1967)
- J.D. BLACKBURN**, *Restricted Employer Discharge Rights: A Changing Concept of Employment at Will*, 17 AM. BUS. L. J. 467 (1980)
- W. BLACKSTONE**, *Commentaries on the Laws of England*, 425-426 (1765-1769)
- L.E. BLADES**, *Employment at Will vs. Individual Freedom: On Limiting the Abusive Exercise of Employer Power*, 67 COL. L. REV. 1404 (1967)
- G. BLOOM - H. NORTHRUP**, *Economics of Labor Relations*, 227-316 (1973)
- A.W. BLUMROSEN**, *Employer Discipline: U. S. Report*, 18 RUTGERS L. REV. 428 (1964)
- L. BONARETTI - E. CHIERICONI**, *Malattia e lavoro subordinato*, Milano, 1979

**A.E. BONFIELD**, *The Origin and Development of American Fair Employment Legislation*, 52 IOWA L. REV. 1043 (1967)

**A. BORDONE**, *Scadenza del periodo di comporto, diritto all'aspettativa ed esecuzione del contratto secondo correttezza e buona fede*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 888 e ss.

**M. BOVE**, *Il sindacato della Corte di Cassazione in relazione all'applicazione del concetto di giusta causa di licenziamento*, nota a Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 441 e ss.

**U. BRECCIA**, *Le obbligazioni*, Milano, 1991

**G. BRUNETTI**, *Il dies incertus nelle disposizioni testamentarie. Contributo alla dottrina del dies e della conditio*, Firenze, 1983, 15

**U. BURATTI**, *Whistleblowing: una sfida anche per la Pubblica Amministrazione*, in *Boll. ADAPT* 20 maggio 2013

**S.J. BURTON**, *Breach of Contract and the Duty to Perform in Good Faith*, 94 HARV. L. REV. 369 (1980)

**S.J. BURTON**, *Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code*, 67 IOWA L. REV. 1 (1981)

## C

**G. CALABRESI, A.D. MELAMED**, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972)

**G. CANNATI**, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 129 e ss.

**F. CARINCI**, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 546

**F. CARINCI**, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, 1103 e ss.; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La Riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Napoli, 2012, 86 e ss.

**F. CARINCI**, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP CSDLE.it "Massimo D'antona"*, 2013, CLXXII, 36

**M.T. CARINCI**, *Il licenziamento discriminatorio o "per motivo illecito determinante" alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 642

- M.T. CARINCI**, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso Nazionale AIDLASS "Il Diritto del lavoro al tempo della crisi" (Pisa, 7-9 giugno 2012), 2012, 23
- B. CARUSO, C. MASSIMIANI**, *Prove di democrazia in Europa: la Flessicurezza nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione europea*, in WP CSDLE.it - 59/2008, 12
- P. CAPPELLI**, *New Deal at Work: Managing the Market-Driven Work Force*, Harvard Business School, 217 (1999)
- L. CASTELVETRI**, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 237 e ss.
- S. CATLER**, *The Case Against Proposals To Eliminate the Employment At Will Rule*, 5 INDUS. REL. L. J. 471 (1983)
- M. CATTANI**, *Sulla distribuzione dell'onere probatorio nel licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 688 e ss.
- C. CESTER**, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3 I, 565
- C. CESTER**, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in **C. CESTER** (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 68-69
- M.A. CHAGARES**, *Utilization of Disclaimers as an Effective Means to Define the Employment Relationship*, 17 HOFSTRA L. REV. 365 (1989)
- M. CINELLI**, *Problemi di diritto della previdenza sociale*, Torino, 1989
- A. CIVITELLI**, *In tema di superamento del periodo di comporto e violazione dell'art. 2087 c.c.*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, 643 e ss.
- R.H. COASE**, *The Problem of Social Coast*, 3 J. LAW. & ECON. 1 (1960)
- M. COLUCCI**, *Incidenza della responsabilità ex art. 2087 cod. civ. sul superamento del periodo di comporto. Quali conseguenze?*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 127 e ss.
- C. CONSOLO, D. RIZZARDO**, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, 730
- D.R. COX, D. OAKES**, *Analysis of Survival data* (1984)
- E. CUMANI**, *Responsabilità del datore di lavoro per esposizione a fumo passivo e infermità per causa di servizio*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 554 e ss.
- J. CUTCHER-GERSHENFELD**, *Prospettive nella contrattazione collettiva statunitense nell'economia della conoscenza globale e post-crisi*, in *Lav. e dir.*, 2010, 297

## D

- R. D'AMORE**, *Il superamento del periodo di comporta: problematiche e conseguenze*, nota a Cass. 9 aprile 2003, n. 5521, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, 738 e ss.
- M. D'ANTONA**, *Rilievi sul periodo di comporta*, in R. CECCHETTI - D. CUPIDO (a cura di), *Eccessiva morbilità ed accertamenti sanitari*, Milano, 1983
- K.G. DAU-SMITH**, *The Labor Market Transformed: Adapting Labor and Employment Law to Rise of the Contingent Work Force*, 52 WASH. & LEE L. REV. 879 (1995)
- M. DELL'OLIO**, *Sospensione del rapporto di lavoro*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, 1998, XV, 2 e ss.
- R. DEL PUNTA**, *Malattia e incapacità al lavoro del dipendente: una piccola svolta giurisprudenziale?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, 302 e ss.
- R. DEL PUNTA**, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare*, in *Il Codice civile (art. 2110-2111). Commentario*, (diretto da) P. SCHLESINGER, Milano, 1992
- R. DEL PUNTA**, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, 219
- R. DEL PUNTA**, *I problemi del nuovo art. 18*, in **M. PEDRAZZOLI** (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Milano, 2013
- R. DE LUCA TAMAJO**, *Un rigurgito "egualitario" della Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1995, I, 87 e ss.
- H.L. DENNARD Jr.**, *Governamental Impediments to the Employment of Contingent Workers*, 17 J. LAB. RES. 595 (1996)
- J.N. DERTOUZOS - L.A. KAROLY**, *Labor-Market Responses to Employer Liability*, Rand Corporation document R-3989-ICJ (1992)
- A. DI MAJO**, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, 354 e ss.
- G. DONDI**, *Sulla determinazione equitativa del comporta*, in *Giust. civ.*, 1983, 2758 e ss.

## E

- R.A. EPSTEIN**, *In Defense of Contract at Will*, 51 CHICAGO L. REV. 947 (1984).
- S. ESTREICHER, G. LESTER**, *Employment Law*, Foundation Press, 33 (2008)
- B.T. EWING**, *The Employment Effects of a "Good Cause" Discharge Standard in Montana*, 59 IND. LAB. REV. 17 (2005)

## F

- L. FAILLA**, *Diritto di critica e rapporto di lavoro*, nota a Cass. 16 maggio 1998, n. 4952, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 663 e ss.
- M. FAIOLI**, *Detroit non è Pomigliano: il diritto sindacale Nordamericano e il caso Chrysler-Fiat*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, III, 394
- M. FEINMAN**, *The Development of the Employment at Will Rule*, 20 AM. J. LEGAL. HIST. 118 (1976)].
- P. FENN, C.J. WHELAN**, *Job Security and the Role of Law: An Economic Analysis of Employment-at-Will*, 20 STAN. J. INT'L. L. 353 (1984)
- H. FIELD**, *The Life of David Dudley Field* 92 (1898)
- M. FINKIN**, *Riforma della legge e modello americano: riflessioni su una rielaborazione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 578
- G. FRANZA, P. POZZAGLIA**, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in (a cura di) **A. VALLEBONA**, *Colloqui giuridici sul lavoro*, suppl. a *Mass. giur. lav.*, 2010, XII, 30
- M. FRANZONI**, *Degli effetti del contratto*, in *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il Codice civile (art.1374-1381). Commentario*, (diretto da) P. SCHLESINGER, Milano, 1999, vol. II
- R.B. FREEMAN, J. ROGERS**, *What Workers Want*, Ithaca Cornell Univ. Press (1999)
- W. FRIEDMANN**, *Corporate Power, Government by Private Groups, and the Law*, 57 COLUM. L. REV. 155 (1957)
- J. FOLBERG, D. GOLANN, T. STIPANOWICH, L. KLOPPENBERG**, *Resolving Disputes. Theory, Practice, and Law* (2010)
- D.H. FOOTE**, *Il diritto del lavoro statunitense: un sistema deregolamentato?*, traduzione dagli *Atti del 5th Comparative Labor Law Seminar* (Tokyo, 1998), in *Dir. rel. ind.*, 1999, 125

## G

- M.L. GALANTINO**, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Milano, 2012, 231 e ss.
- G. GAMBERINI**, *Nuove sfide per le Parti sociali. Il whistleblowing*, in *Boll. ADAPT*, 2013, n. 18
- J. GETMAN, S. GOLDBERG, J. HERMAN**, *Union Representation Elections: Law and Reality*, 99 (1976)

- G. GIACALONE**, *Dalla certezza del diritto alla "civiltà del lavoro": un licenziamento in tronco da parte della Cassazione?*, nota a Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, in *Giust. civ.*, 1999, 667 e ss.
- M. GIORGIANNI**, *La parte generale delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 535 e ss.
- F. GIROLAMI**, *Superamento del periodo di comporto e aspettativa contrattuale*, in *Dir. lav.*, 2005, 361-370
- A. GIUNTA**, *La compatibilità dello stato di malattia del lavoratore con lo svolgimento di altre attività: rilevanza del principio di buona fede*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2008, I, 981 e ss.
- M. GIUSTINIANI**, *Riforma Fornero ed insussistenza del fatto a base del licenziamento*, in [www.aidp.it/riviste/articolo.php?id=1&ida=2420&idn=248&idx=248-33](http://www.aidp.it/riviste/articolo.php?id=1&ida=2420&idn=248&idx=248-33) (ultimo accesso 5 gennaio 2014).
- M. GIUSTINIANI, G. MATARAZZO**, *Licenziamento per motivo illecito e discriminazione*, nota a ordinanza Trib. Bologna 19 novembre 2012, consultabile in [www.diritto24.ilsole24ore.com/lavoro/primiPiani/2013/03/licenziamento-per-motivo-illecito.html](http://www.diritto24.ilsole24ore.com/lavoro/primiPiani/2013/03/licenziamento-per-motivo-illecito.html) (ultimo accesso il 10 gennaio 2014)
- M. GIUSTINIANI**, *Licenziamento discriminatorio, ritorsivo o nullo per motivo illecito*, in Newsletter AIDP 2013 ([www.aidp.it/aidp/ALLEGATI/OTHER/4070.pdf](http://www.aidp.it/aidp/ALLEGATI/OTHER/4070.pdf), (ultimo accesso 5 gennaio 2014), 5
- M. GOLLUB**, *Discharge for Cause* (1948)
- J.R. GRODIN**, *The Story of Pugh v. See's Candies, Inc.: "Implied in Fact" Promises in Employment Contracts*, in (a cura di) **S. ESTREICHER, G. LESTER**, *Employment Law Stories*, 15 (2007)
- A. GUARNIERI**, *Determinazione equitativa del comporto per sommatoria ad opera del giudice di merito ed il controllo della Cassazione*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, 467 e ss.

## H

- J.L. HARRISON**, *The "New" Terminable-at-Will Employment Contract: An Interest and Cost Incidence Analysis*, 69 IOWA L. REV. 327 (1984)
- S. HERNANDEZ**, *Potere disciplinare e recesso, nel "contratto di lavoro" di L. Barassi*, in (a cura di) **M. NAPOLI**, *La nascita del diritto del lavoro. Il "contratto di lavoro" di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano, 2003, 338 e ss.
- J.P. HIATT - L.W. JACKSON**, *Union Survival Strategies for the Twenty-First Century*, 12 LAB. LAW. 165 (1996)
- A. HILL**, *"Wrongful Discharge" and the Derogation of the At-Will Employment Doctrine* (1988)

**J. HOERR, G.G. WILLAIM, D. B. MOSKOWITZ, V. CAHAN, M. A. POLLAOCK, J. TASINI**, *Beyond Unions: A Revolution in Employment Rights is in the Making*, in *Business Week*, July 8, 72 (1985)

**W.J. HOLLOWAY, M.J. LEECH**, *Employment Termination. Rights and Remedies*, Bureau of National Affairs, Inc. (1993)

**D. HOROWITZ**, *The Courts and the Social Policy* (1977)

## I

**P. ICHINO**, *Malattia, assenteismo e giustificato motivo di licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, I, 271

**P. ICHINO**, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979

**P. ICHINO**, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984

**P. ICHINO**, *Malattia del lavoratore subordinato*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990

**P. ICHINO**, *Quando sono gli imprenditori a rivendicare la disciplina legislativa del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, III, 236

**P. ICHINO**, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, 193

**P. ICHINO**, *Il contratto di lavoro*, in (diretto da) P. SCHLESINGER, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, vol. III, 2003, 48-112

**P. ICHINO**, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi "Domenico Napoletano" dal titolo "Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro" (Pescara, 11-12 maggio 2012), disponibile su [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it) (ultimo accesso il 3 gennaio 2014), 11-12

**P. ICHINO**, *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*, nota a Trib. Bologna 19 novembre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 271 ss.

## J

**G.E. JACKSON, S.L. SHIELDS**, *How to Defend and Win Labor and Employment Law Cases*, Englewood Cliffs, 190 (1992)

## K

**R.M. KANTER**, *E-Volve*, Harvard Business School, 192 (2001)

**H. KELSEN**, *Reine Rechtslehre*, Wien (1960), traduzione italiana (a cura di G. LOSANO): *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966

- M. KIEFER**, *Economic Duration Data and Hazard Functions*, 26 J. ECON. LIT. 646 (1988)
- P.T. KIM**, *Bargaining With Imperfect Information: A Study of Worker Perceptions in and At-Will Word*, 83 CORNELL. L. REV., 105 (1997)
- T.A. KOCHAN, E.A. EATON, R.B. McKERSIE, P.S. ADLER**, *Healing together: The labor-management partnership at Kaiser Permanente* (2009)
- A.B. KRUEGER**, *The Evolution of Unjust-D dismissal Legislation in the United States*, 44 INDUS. & LAB. REL. REV. 644 (1991)

## L

- B. LABINE**, *Where is the Engineering Pointing?*, CHEMICAL ENGINEERING, Oct. 26 (1964)
- L.S. LARSON**, *Why We Should Not Abandon the Presumption tha Employment is Terminable At-Will*, 23 IDAHO L. REV. 219 (1986)
- A. LASSANDARI**, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in **F. GALGANO** (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LVI, Padova, 2010, 97 e ss.
- A. LEBRA - M. SINISCALCO**, *Malattia e rapporto di lavoro*, Roma, 1987
- A. LEPORE**, *Licenziamento per inidoneità psicofisica sopravvenuta e adempimento degli obblighi di sicurezza ex art. 2087 c.c.*, in *Giur. it.*, 2001, 1104 e ss.
- S. LIEBMAN**, *Rappresentatività del sindacato ed efficacia del contratto collettivo (Appunti per una ricerca)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, I, 448
- S. LIEBMAN, E. GRAMANO**, *La nuova disciplina delle tutele in caso di licenziamento illegittimo: il licenziamento per ragioni oggettive*, in **M. PERSIANI, S. LIEBMAN** (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (cd. "riforma Fornero") dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, Torino, 2013, 370
- N. LIPARI**, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Roma, 1972, 28 e ss.
- P. LOI**, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 547
- K.T. LOPATKA**, *The Emerging Law of Wrongful Discharge - A Quadriennial Assesment of the Labor Law Issue of the 80's*, 40 BUS. LAW. 1, 14 (1984)

## M

- P. MAGNO**, *Sul recesso per superamento del comparto nel commercio*, nota a Cass., 25 marzo 1986, n. 2135, in *Dir. lav.*, 1986, II, 198 e ss.
- S. MAGRINI**, *Quel pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, 537
- V. MAIO**, *Sulla "tempestività del recesso per superamento del comparto"*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 303 e ss.
- L.L. MALTBY - D.C. YAMADA**, *Beyond "Economic Realities": The Case for Amending Federal Employment Discrimination Laws To Include Independent Contractors*, 38 B. C. L. REV. 239 (1997)
- G.F. MANCINI**, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957
- M. MANISCALCO, G. MATARAZZO**, *Revocabilità dell'uso aziendale da parte del datore di lavoro: evoluzione giurisprudenziale*, in *Ventiquattro Avvocati*, V, 2013, 60-66
- A. MARESCA**, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, 432
- V. MARINO**, *Il comparto per sommatoria*, nota a Cass., 13 gennaio 1989, n. 119, in *Giust. civ.*, 1989, I, 861 e ss.
- G. MATARAZZO**, *Correttezza e buona fede delle parti contrattuali in occasione della malattia del lavoratore*, in *LPO*, IX-X, 2011, 930
- G. MATARAZZO**, *L'obbligo di motivazione nell'ipotesi di licenziamento per superamento del periodo di comparto*, nota a Cass., 27 gennaio 2011, n. 1953, in *Lav. e prev. oggi*, 2011, V, 601 e ss.
- G. MATARAZZO, L. MIAN**, *I termini di impugnazione (stragiudiziale e giudiziale) e il nuovo rito per le controversie ex art. 18*, in AA.VV. *Guida pratica alla Riforma Fornero. Disciplina, casi pratici, giurisprudenza, schemi e faq*, Milano, 2013, 303-325
- M.G. MATTAROLO**, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro. Art. 2105*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2000, 50-51
- O. MAZZOTTA**, *Accertamenti sanitari, eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1983, 1 e ss.
- O. MAZZOTTA**, *Il recesso. La giustificazione del licenziamento. La tutela reale*, I, Milano, 2005, 289 e ss.
- O. MAZZOTTA**, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011, 520
- O. MAZZOTTA**, *I nodi irrisolti del nuovo articolo 18 dello statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE.it, 2012, CLIX, 21
- L. MENGONI**, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 285 e ss.
- L. MENGONI**, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 5 e ss.

**M. MEUCCI**, *Inosservanza dell'obbligo di sottrazione del lavoratore da mansioni pregiudizievoli per la salute, illegittimità del licenziamento per superamento del compito e reato di lesioni colpose*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 519 e ss.

**G. MINDA, K.R. RAAB**, *Time for an Unjust Dismissal Statute in New York*, 54 *BROOK. LAW. REV.*, 1137 (1989)

**L. MONTUSCHI**, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav. dir.*, 1996, 139 e ss.

**L. MONTUSCHI**, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 723 e ss.

**W.E. MOORE**, *The Conduct of the Corporation* (1962)

**A.P. MORRISS**, *Exploding Myths: An Empirical and Economic Reassessment of the Rise of Employment At-Will*, 59 *Missouri L. Rev.* 679 (1994)

**A.P. MORRISS**, *Developing a Framework for Empirical Research on the Common Law: General Principles and Case Studies of the Decline of Employment-at-Will*, *CASE WES. L. REV.*, 45 *Case Western Reserve Law Review* 999 (1995)

**A.P. MORRISS**, *Bad Data, Bad Economics and Bad Policy: Time to Fire Wrongful Discharge Law*, 74 *TEX. L. REV.* 1901 (1996)

**A.P. MORRISS**, *The Story of the Montana Wrongful Discharge from Employment Act: A Drama in 5 Acts*, in (a cura di) S. ESTREICHER, G. LESTER, *Employment Law Stories*, 245 (2007)

**A. MURATORIO**, *Gli effetti dell'inerzia datoriale sulla legittimità del licenziamento per superamento del periodo di compito*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2010, 1224 e ss.

**G.E. MURG - C. SCHARMAN**, *Employment at Will: Do Exceptions Overwhelm the Rule?*, 23 *B. C. L. REV.* 329 (1982)

## N

**M. NAPOLI**, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980

**L. NOGLER**, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 669

**L. NOGLER**, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi costituzionali"*, in AIDLASS, *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (Venezia 25-26 maggio 2007)*, Milano, 2008, 25 e ss.

**Note**, *California's Controls on Employer Abuse of Employee Political Rights*, 22 *STAN. L. REV.* 1015 (1970)

**Note**, *Implied Contract Rights to Job Security*, 26 STAN. L. REV. 335 (1974)

**Note**, *A Common Law Action for the Abusively Discharged Employee*, 26 HASTINGS L. J. 1435 (1975)

**Note**, *Guidelines for a Public Policy Exception to the Employment at Will Rule*, 13 CONN. L. REV. 617 (1980)

**Note**, *Protecting at Will Employees against Wrongful Discharge: The Duty to Terminate Only in Good Faith*, 93 HARV. L. REV 1816 (1980)

**Note**, *Protecting Employees at Will Against Wrongful Discharge: the Public Policy Exception*, 96 HARV. L. REV. 1931 (1983)

**Note**, *Employee Handbooks and Employment-at-Will Contracts*, 1985 DUKE L. J. 196 (1985)

**R. NUNIN**, *Superamento del periodo di comporto e riflessi sul rapporto di lavoro negli orientamenti recenti della giurisprudenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 955 e ss.

**V. NUZZO**, *Quando denunciare il datore rende "infedele" il lavoratore*, nota a Cass. 17 settembre 2009, n. 20048, in *Nuova giur. comment.*, 2010, I, 353 e ss.

## O

**M. O'CONNELL**, *On the Fringe: Rethinking the Link Between Wages and Benefits*, 67 TUL. L. REV. 1421 (1993)

## P

**A. PANDOLFO**, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991

**M. PAPALEONI**, *Gli aspetti positivi della riforma del licenziamento individuale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 25

**V. PARETO**, *Cours d'Economie Politique*, Losanna (1896)

**E. PASQUALETTO**, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti ...*, 2013, 100 e ss.

**C.J. PECK**, *The Role of the Courts and Legislatures in the Reform of Tort Law*, 48 MINN. L. REV. 281 (1963)

**C.J. PECK**, *Unjust Discharges From Employment: A Necessary Change in the Law*, 40 OHIO ST. L. J. 1 (1979)

**C.J. PECK**, *Penetrating Doctrinal Camouflage: Understanding the Development of the Law of Wrongful Discharge*, 66 WASH. L. REV. 719 (1991)

**C. PELLEGRINI**, *La definizione di unità contrattuale negli Stati Uniti: la scelta della decentralizzazione e le sue conseguenze*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2007, 809

**L.P. PENNINGTON**, *The public policy exception to the employment at will doctrine: its inconsistencies in application*, 68 TUL. L. REV. 1583 (1994)

**H.H. PERRITT Jr.**, *Employee Dismissals: An Opportunity for Legal Simplification*, 35 LAB. L. JOURNAL 407 (1984)

**H.H. PERRITT Jr.**, *Wrongful Dismissal Legislation*, 35 UCLA LAW. REV., 79 (1987)

**C.J. PECK**, *The Role of the Courts and Legislatures in the Reform of Tort Law*, 48 MINN. L. REV. 281 (1963)

**C.J. PECK**, *Unjust Discharges From Employment: A Necessary Change in the Law*, 40 OHIO ST. L. J. 1 (1979)

**C.J. PECK**, *Penetrating Doctrinal Camouflage: Understanding the Development of the Law of Wrongful Discharge*, 66 WASH. L. REV. 719 (1991)

**C. PELLEGRINI**, *La definizione di unità contrattuale negli Stati Uniti: la scelta della decentralizzazione e le sue conseguenze*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2007, 809

**L.P. PENNINGTON**, *The public policy exception to the employment at will doctrine: its inconsistencies in application*, 68 TUL. L. REV. 1583 (1994)

**C.J. PECK**, *The Role of the Courts and Legislatures in the Reform of Tort Law*, 48 MINN. L. REV. 281 (1963)

**C.J. PECK**, *Unjust Discharges From Employment: A Necessary Change in the Law*, 40 OHIO ST. L. J. 1 (1979)

**C.J. PECK**, *Penetrating Doctrinal Camouflage: Understanding the Development of the Law of Wrongful Discharge*, 66 WASH. L. REV. 719 (1991)

**C. PELLEGRINI**, *La definizione di unità contrattuale negli Stati Uniti: la scelta della decentralizzazione e le sue conseguenze*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2007, 809

**L.P. PENNINGTON**, *The public policy exception to the employment at will doctrine: its inconsistencies in application*, 68 TUL. L. REV. 1583 (1994)

**H.H. PERRITT Jr.**, *Employee Dismissals: An Opportunity for Legal Simplification*, 35 LAB. L. JOURNAL 407 (1984)

**G. PERA**, *Eccessiva morbilità e accertamenti sanitari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, 306 e ss.

**H.H. PERRITT Jr.**, *Wrongful Dismissal Legislation*, 35 UCLA LAW. REV., 79 (1987)

**H.H. PERRITT Jr.**, *Employee Dismissals: An Opportunity for Legal Simplification*, 35 LAB. L. JOURNAL 407 (1984)

**H.H. PERRITT Jr.**, *Wrongful Dismissal Legislation*, 35 UCLA LAW. REV., 79 (1987)

- M. PERSIANI**, *La tutela dell'interesse del lavoratore*, in **L. RIVA SANSEVERINO - C. M. MAZZONI** (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, II, 643 e ss.
- M. PERSIANI**, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995(a), 1 e ss.
- M. PERSIANI**, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995(b), II, 135 e ss.
- A. PERULLI**, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2002, 3 e ss.
- A. PERULLI**, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *RGL*, 2012, III, 584
- A. PERULLI**, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 st. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. lav.*, 2012, 785
- R. PESSI**, *Lezioni di diritto del lavoro*, Padova, 2005, 303 e ss.
- R. PESSI**, *I licenziamenti per motivi economici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 4-5, 2013, 760
- O. PHELPS**, *Discipline and Discharge in the Unionized Firm* 9-10 (1959)
- S. PICCININNO**, *Le assenze per malattia*, Roma, 1986
- E.R. PIERCE**, *Employment Termination At Will: a Principled Approach*, 28 *VILL. L. REV.* 1 (1982)
- A. PIZZOFERRATO**, *Brevi considerazioni sull'uso delle clausole generali di buona fede e correttezza*, nota a Trib. Livorno, 9 marzo 1996, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 563 e ss.
- P. PIZZUTI**, *Usò aziendale: fonte esterna al contratto individuale e collegamento con l'organizzazione del datore di lavoro*, nota a Cass. 17 marzo 2010, n. 6453, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 809 e ss.
- P. PIZZUTI**, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in **A. VALLEBONA** (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, suppl. a *Mass. giur. lav.*, 2010, XII, 62 e ss.
- R.A. POSNER**, *Hegel and Employment At Will: A Comment*, 10 *CARDOZO L. REV.* 1627 (1988-1989)
- R.A. POSNER**, *Economic Analysis of Law* (1992)
- R.W. POWER**, *A Defense of the Employment At Will Rule*, 33 *DEF. L. J.* 199 (1984)
- R.J. PRATT**, *Unilateral Modification of Employment Handbooks: Further Encroachments on the Employment-at-Will Doctrine*, 139 *U. PA. L. REV.* 205 (1990)
- C. PUCCI**, *Superamento del periodo di comporto e malattia causata da inadempimento del datore di lavoro*, in *Foro toscano*, 2006, 90 e ss.

## R

- G. RICCIO**, *Principio di "tempestività" e ruolo del "tempo" nella giurisprudenza in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 1073 e ss.
- T. RENZI**, *Le ipotesi tradizionali di sospensione*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. II, Torino, 1998, 1141 e ss.
- L. RIVA SANSEVERINO**, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967
- L. RIVA SANSEVERINO**, *"Eccessiva morbilità" e ordinamento applicabile*, nota a Cass., Sez. Un., 29 marzo 1980, n. 2074, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 419
- D. RIESMAN**, *The Lonely Crowd* (1950)
- P. RESCIGNO**, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1992, 266
- P. RESCIGNO**, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alle prassi giurisprudenziali*, in (a cura di) **L. CABELLA PISU - L. NANNI**, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, 1998, 29 e ss.
- M. ROCCELLA**, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2010, 299-300
- S.L. ROBINSON, D.M. ROUSSEAU**, *Violating the Psychological Contract: Not the Exception But the Norm*, 15 J. ORG. BEHAV. 245 (1994)
- G.S. ROSENTHAL**, *Crafting a New Means of Analysis for Wrongful Discharge Claims Based on Promises in Employee Handbooks*, 71 WASH. L. REV. 12 (1996)
- A.M. ROSS**, *The Arbitration of Discharge Cases: What Happenst After Reinstatement*, in National Academy of Arbitrators, *Critical Issues in Labor Arbitration 1 (Proceedings on the Tenth Annual Meeting, 1957)*
- M.A. ROTHSTEIN, C.B. CRAVER, E.P. SCHROEDER, E.W. SHOBEN**, *Employment Law* (2010)
- M.A. ROTHSTEIN - L. LIEBMAN**, *Employment Law. Cases and Materials* (2011)
- M. RUSCIANO**, *Sospensione del rapporto di lavoro (cause di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1993

## S

- M. T. SAFFIOTI**, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino, 1999
- C. SALA**, *Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle sentenze più significative dell'ultimo decennio*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 249 e ss.
- S. SANTORO**, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto: non convertibilità della malattia in ferie*, in *Lav. prev. oggi*, 2008, 1575 e ss.

- F. SANTORO PASSARELLI**, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, V, 60 e ss.
- F. SANTORO-PASSARELLI**, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1959
- G. SANTORO-PASSARELLI**, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. Dir. lav.*, 2013, II, 231
- R. SANTUCCI**, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, in G. GIUGNI (diretto da), *Dottrina e giurisprudenza di diritto del lavoro*, Torino, 1993, 66-70
- F. SCARPELLI**, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, nota a Trib. Bologna 19 novembre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 271 ss.
- L.H. SCHRAMM**, *Montana Employment Law and the 1987 Wrongful Discharge from Employment Act: A New Order Begins*, 51 MONT. L. REV., 105 (1990)
- S.J. SCHWAB**, *Life-Cycle Justice: Accommodating Just Cause and Employment At Will*, 92 MICH. L. REV. 8 (1993)
- S.J. SCHWAB**, *The Story of Johnston v. Del Mar: Wrongful Discharge in Violation of Public Policy*, in (a cura di) S. ESTREICHER, G. LESTER, *Employment Law Stories*, 67 (2007)
- A. SCIALOJA**, *Il "non uso" è "abuso" del diritto soggettivo?*, in *Foro it.*, 1961, I, 257
- P. SELZNICK - P. NONET**, *Law, Society & Industrial Justice* (1980)
- I. SHEPARD, P. HEYLMAN, R. DUSTON**, *Without Just Cause: An Employer's Practical Guide on Wrongful Discharge*, Washington D.C. Bureau of National Affairs (1989)
- E. SIGNORINI**, *Sul diverso contenuto della regola dell'immediatezza nel licenziamento disciplinare e in quello per superamento del compito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 89 e ss.
- C. SMURAGLIA**, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967
- P. SORDI**, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in ID., *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Milano, 2013, 252 e ss.
- L. SPAGNUOLO VIGORITA**, *La malattia del lavoratore subordinato e le cure idrotermali*, Roma, 1988
- V. SPEZIALE**, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in WP-CSDLE.it - 190/2013
- T.J. ST. ANTOINE**, *A Seed Germinates: Unjust Discharge Reform Heads Toward Full Flower*, 67 NEB. L. REV. 5681 (1988)
- J. STIEBER**, *"The Case for Protection of Unorganized Employees Against Unjust Discharge"*, in *Proceedings of the Industrial Relations Research Association* (December) 155 (1979)
- K.W. STONE**, *Mandatory Arbitration of Individual Employment Rights: The Yellow Dog Contract of the 1990s*, 73 DENVER L. REV. 1017 (1996)

- K.V.W. STONE**, *Ripensare il diritto del lavoro: i regimi di protezione per i lavoratori nel nuovo mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, 395 (Traduzione italiana di S. MORELLI)
- K.W. STONE**, *Revisiting the At-Will Employment Doctrine: Imposed Terms, Implied Terms, and the Normative World of the Workplace*, 36 *IND. L. J.* 84 (2007)
- C.W. SUMMERS**, *Individual Protection against Unjust Dismissal: Time for a Statute*, 62 *VA. L. REV.* 481 (1976)
- C.W. SUMMERS**, *The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization*, 67 *CORNELL L. REV.* 810 (1982)
- C.W. SUMMERS**, *The Contract of Employment and the Rights of Individual Employees: Fair Representation and Employment at Will*, 52 *FORDHAM L. REV.* 1082 (1984)
- C.W. SUMMERS**, *Labor Law as the Century Turns: A Changing of the Guard*, *NEBR. L. REV.* 7

## T

- F. TANNENBAUM**, *A Philosophy of Labor* (1951)
- M. TATARELLI**, *Tempestività della richiesta di aspettativa e licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Nuovo dir.*, 1997, 431 e ss.
- M. TATARELLI**, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Padova, 2012, 135.
- M. TATARELLI**, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Padova, 2002
- M. TIRABOSCHI**, *Il sindacato maggioritario e la contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 271
- F. TOFFOLETTO**, *Eccessiva morbilità e valutazione equitativa del giudice*, in *Orient. giur. lav.*, 1989, 720 e ss.
- A. TOPO**, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 537
- T. TREU**, *Onerosità e corrispettività del nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968
- T. TREU**, *Intervista al Prof. Aaron sul diritto del lavoro negli Stati Uniti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1983, 883
- T. TREU**, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *CSDLE.It*, 2012, n. 155, 1 e ss. ed in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013
- M. TROTTA**, *Arbitration of Labor-Management Disputes* (1974)

**P. TULLINI**, *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro (spunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 870 e ss.

**P. TULLINI**, *Clausole generali e rapporti di lavoro*, Rimini, 1990; **C. ZOLI**, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988

**P. TULLINI**, *Il licenziamento in tronco, la fiducia e i c.d. fatti extra-lavorativi*, nota a Cass. 8 marzo 1998, n. 2626, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 146 e ss.

**P. TULLINI**, *Flessibilità in uscita: la nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuove regole dopo la l. n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione versus garanzie?*, Atti del Convegno dell'associazione Avvocati Giuslavoristi Italiani (Ancona 26-27 ottobre 2012), Torino, 2013, 14

## V

**M. J. VACCARO**, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, 1983

**M. L. VALLAURI**, *Sub art. 2110 c.c.*, in (a cura di) **M. GRANDI - G. PERA**, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005, 501 e ss.

**A. VALLEBONA**, *Sulla sistemazione del licenziamento per scadenza del periodo di comporto*, in *Dir. lav.*, 1983, I, 17 e ss.

**A. VALLEBONA**, *Il licenziamento del lavoratore pensionabile*, in *Dir. Lav.*, 1991, 242.

**A. VALLEBONA**, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 14-15

**A. VALLEBONA**, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Padova, 2008, 344-349

**N. VASCCELLO**, *Employment at will nello Stato di New York e contrarietà all'ordine pubblico*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 139

**A. VELTRI**, *Il nuovo articolo 18 nella giurisprudenza italiana*, in **R. ZUCARO** (a cura di), *I licenziamenti in Italia e in Germania. Prime riflessioni post-riforma* Fornero, Adapt University Press, 2013, XVII, 22

**J.H. VERKERKE**, *The Story of Wolley v. Hoffmann-La Roche: Finding a Way to Enforce Employee Handbook Promises*, in (a cura di) **S. ESTREICHER, G. LESTER**, *Employment Law Stories*, 62 (2007)

**J.H. VERKERKE**, *An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts: Resolving the Just Cause Debate*, 119 *WIS. L. REV.* 837 (1995).

**J.H. VERKERKE**, *Legal Ignorance and Information-Forcing Rules*, *Univ. of Virginia Law & Econ. Research Paper No. 03-4*, su

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=405560](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=405560) (ultimo accesso 20 novembre 2013)

**J.H. VERKERKE**, *Un approccio di Law and Economics alla questione della libertà di licenziamento negli Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, 299

**J. Von NEUMANN, O. MORGENSTERN**, *Theory of Games and Economic Behaviour*, PRINCETON UNIV. PRESS (1944)

## W

**F.P. WALTON**, *Motive as an Element in Torts in the Common and in the Civil Law*, 22, HARV. L. REV. 501 (1909)

**C. WEILER**, *Governing the Workplace: the Future of Labor and Employment Law* (1990)

**P. WEYNARD**, *Present Status of Individual Employee Rights*, PROC. N.Y.U. 22D ANN. CONF. ON LAB. 171 (1970)

**W.H. WHITE**, *The Organization Man* (1956)

**H.G. WOOD**, *A Treatise on the Law of Master and Servant* § 134 (1877)

## Z

**G. ZILIO GRANDI**, *La riforma dei licenziamenti: opportunità perse e risultati ottenibili... la parola al Giudice*, in *Boll. spec. ADAPT*, 2012, 12, 1 e ss.

**L. ZOPPOLI**, *Categorie giuridiche e sistematizzazione del diritto antidiscriminatorio*, in A. VISCOMI (scritti raccolti da), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, 2001, 68

## Riferimenti giurisprudenziali statunitensi

### A

Adair v. United States, 208 U.S. 175, 28 S. Ct. 277, 279, 52 L. Ed. 436 (1908)  
Aero Kool Corp. v. Oosthuizen, 736 So. 2d 25 (Fla. Dist. Ct. App. 1999)  
Allmaras v. Yellowstone Basin Properties, 248 Mont. 477, 812 P.2d 770 (1991)  
American Steel Foundries v. Tri-City Central Trades Council, 257 U.S. 184, 209, 42 S.Ct. 72, 78, 66 L.Ed. 189, 27 A.L.R. 360

### B

Bankey v. Storer Broadcasting Co., 432 Mich. 438, 443 N.W.2d 112 (1989)  
Barr v. Kelso-Burnett Co., 106 Ill. 2d 520, 478 N.E.2d 1354 (1985)  
Bear v. Geetronics, Inc., 83 Ohio App. 3d 163, 614 N.E.2d 803 (1992)  
Bell v. Faulkner, 75 S.W.2d 612 (Mo. Ct. App. 1934)  
Bd. of County Com'rs, Wabaunsee County, Kan. v. Umbehr, 518 U.S. 668, 116 S. Ct. 2342, 135 L. Ed. 2d 843 (1996)  
Bondi v. Jewels by Edwar, Ltd., 267 Cal. App. 2d 672, 73 Cal. Rptr. 494 (1968)  
Bordell v. Gen. Elec. Co., 88 N.Y.2d 869, 667 N.E.2d 922 (1996)  
Bullock v. Auto. Club of Michigan, 432 Mich. 472, 444 N.W.2d 114 (1989)

### C

Callantine v. Staff Builders, Inc., 271 F.3d 1124 (8th Cir. 2001)  
Cent. Adjustment Bureau, Inc. v. Ingram, 678 S.W.2d 28 (Tenn. 1984)  
Chambers v. Valley Nat. Bank of Arizona, 721 F. Supp. 1128 (D. Ariz. 1988)  
Christy v. Petrus, 365 Mo. 1187, 295 S.W.2d 837 (1950)  
Cleary v. Am. Airlines, Inc., 111 Cal. App. 3d 443, 168 Cal. Rptr. 722 (Ct. App. 1980)  
Coleman v. Safeway Stores, Inc., 242 Kan. 804, 752 P.2d 645 (1988)  
Comerford v. International Harvester Co., 235 Ala. 376, 377, 178 So. 894 (1938)  
Coppage v. State of Kansas, 236 U.S. 1, 39-40, 35 S. Ct. 240, 253, 59 L. Ed. 441 (1915)  
Cotran v. Rollins Hudig Hall Int'l, Inc., 17 Cal. 4th 93, 102, 948 P.2d 412 (1998)

## D

D'Angelo v. Gardner, 107 Nev. 704, 718, 819 P.2d 206 (1991)  
Daniel v. Magma Copper Co., 127 Ariz. 320, 620 P.2d 699 (App.1980)  
Delzell v. Pope, 200 Tenn. 641, 651, 294 S.W.2d 690, 694 (1956)  
DeMarco v. Publix Super Markets, Inc., 360 So. 2d 134, 136 (Fla. Dist. Ct. App. 1978)  
DeSoto v. Yellow Freight Sys., Inc., 957 F.2d 655 (9th Cir. 1992)  
Driveaway & Truckaway Serv., Inc. v. Aaron Driveaway & Truckaway Co., Inc., 781 F. Supp. 548 (N.D. Ill. 1991)  
Drzewiecki v. H & R Block, Inc., 24 Cal. App. 3d 695, 101 Cal. Rptr. 169 (Ct. App. 1972)  
Duldulao v. Saint Mary of Nazareth Hosp. Ctr., 115 Ill. 2d 482, 505 N.E.2d 314 (1987)

## E

Eales v. Tanana Valley Med.-Surgical Group, Inc., 663 P.2d 958 (Alaska 1983)  
Ed Rachal Found. v. D'Unger, 207 S.W.3d 330 (Tex. 2006)

## F

Feges v. Perkins Restaurants, Inc., 483 N.W.2d 701, 711 (Minn. 1992)].  
Foley v. Interactive Data Corp., 47 Cal. 3d 654, 765 P.2d 373 (1988)  
Fort v. Civil Service Comm'n, 38 Cal. Rptr. 625, 392 P.2d 385(1964)  
Frampton v. Cent. Indiana Gas Co., 260 Ind. 249, 297 N.E.2d 425 (1973)

## G

Gaglidari v. Denny's Restaurants, Inc., 117 Wash. 2d 426, 815 P.2d 1362 (1991)  
Garrity v. State of N.J., 385 U.S. 493, 509, 87 S. Ct. 616, 625, 17 L. Ed. 2d 562 (1967)  
Gates v. Life of Montana Ins. Co., 196 Mont. 178, 184-85, 638 P.2d 1063, 1067 (1982)  
Gates v. Life of Montana Ins. Co., 205 Mont. 304, 307, 668 P.2d 213 (1983)  
Geary v. United States Steel Corp., 456 Pa. 171, 319 A.2d 174 (1974)  
Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20, 111 S. Ct. 1647, 114 L. Ed. 2d 26 (U.S.N.C. 1991)  
Gonzalez-Centeno v. N. Cent. Kansas Reg'l Juvenile Det. Facility, 278 Kan. 427, 101 P.3d 1170 (2004)

Greene v. Howard Univ., 412 F.2d 1128 (D.C. Cir. 1969)  
Green v. Ralee Eng'g Co., 19 Cal. 4th 66, 960 P.2d 1046 (1998)  
Grouse v. Group Health Plan, Inc., 306 N.W.2d 114 (Minn. 1981)  
Guz v. Bechtel Nat. Inc., 24 Cal. 4th 317, 8 P.3d 1089 (2000)

## H

Hammond v. N. Dakota State Pers. Bd., 345 N.W.2d 359 (N.D. 1984)  
Hardy v. United States, 256 F. 284 (1919)  
Hinrichs v. Tranquilaire Hosp., 352 So. 2d 1130 (Ala. 1977)  
House v. Carter-Wallace, Inc., 232 N.J. Super. 42, 48-49, 556 A.2d 353, 356 (App. Div. 1989)

## I

In re Certified Question, 432 Mich. 438, 443 N.W.2d 112 (1989)  
Insulation Corp. of Am. v. Brobston, 446 Pa. Super. 520, 667 A.2d 729 (1995)

## J

Johnson v. Nat'l Beef Packing Co., 220 Kan. 52, 55, 551 P.2d 779, 782 (1976)  
Johnson v. State, 238 Mont. 215, 776 P.2d 1221 (1989)  
Johnston v. Del Mar Distrib. Co., Inc., 776 S.W.2d 768, 771 (Tex. App. 1989)  
Jones v. Cent. Peninsula Gen. Hosp., 779 P.2d 783, 788 (Alaska 1989)

## K

Keneally v. Orgain, 186 Mont. 1, 6, 606 P.2d 127, 130 (1980)  
Kern v. Levolor Lorentzen, Inc., 899 F.2d 772 (9th Cir. 1990)  
Kestenbaum v. Pennzoil Co., 108 N.M. 20, 766 P.2d 280 (1988)  
Keveney v. Missouri Military Acad., 304 S.W.3d 98 (Mo. 2010)  
Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co., 263 N.Y. 79, 87, 188 N.E. 163, 167 (1933)  
Komm v. McFliker, 662 F. Supp. 924, 924-25 (W.D. Mo. 1987)  
Kurtzman v. Applied Analytical Indus., Inc., 347 N.C. 329, 493 S.E.2d 420 (1997)

## L

Langdon v. Saga Corp., 65, 569 P.2d 524 (1976)

Lawson v. AK Steel Corp., 121 Ohio App. 3d 251, 255, 699 N.E.2d 951, 953 (1997)

Lazar v. Superior Court, 12 Cal. 4th 631, 909 P.2d 981 (1996)

Linafelt v. Bev, Inc., 662 So. 2d 986 (Fla. Dist. Ct. App. 1995)

Luethans v. Washington Univ., 894 S.W.2d 169 (Mo. 1995)

## M

Mallard v. Boring, 182 Cal. App. 2d 390, 6 Cal. Rptr. 171 (1960)

Maloney v. E. I. Du Pont de Nemours & Co., 352 F.2d 936 (D.C. Cir. 1965)

McAuliffe v. New Bedford, 155 Mass. 216, 29 N.E. 571 (1892)

McDonald v. Santa Fe Trail Transp. Co., 427 U.S. 273, 96 S. Ct. 2574, 49 L. Ed. 2d 493 (1976)

Meech v. Hillhaven W., Inc., 238 Mont. 21, 26, 776 P.2d 488, 491 (1989)

Mello v. Stop & Shop Companies, Inc., 402 Mass. 555, 524 N.E.2d 105 (1988)

Midgett v. Sackett-Chicago, Inc., 105 Ill. 2d 143, 473 N.E.2d 1280 (1984)

Mims v. Metropolitan Life Ins. Co., 200 F.2d 800 (5th Circ. 1952)

Monge v. Beebe Rubber Co., 114 N.H. 130, 132-33, 316 A.2d 549, 551 (1974)

Morosetti v. Louisiana Land & Exploration Co., 522 Pa. 492, 564 A.2d 151 (1989)

Murphy v. Am. Home Products Corp., 58 N.Y.2d 293, 448 N.E.2d 86 (1983)

## N

Nationwide Mut. Ins. Co. v. Darden, 503 U.S. 318, 112 S. Ct. 1344, 117 L. Ed. 2d 581 (U.S.N.C. 1992)

Nees v. Hocks, 272 Or. 210, 218, 536 P.2d 512, 516 (1975)

New Horizons Electronics Mktg., Inc. v. Clarion Corp. of Am., 203 Ill. App. 3d 332, 336-37, 561 N.E.2d 283, 285 (1990)

NLRB v. Hearst Publications, 322 U.S. 111, 129, 64 S. Ct. 851, 859, 88 L. Ed. 1170 (1944)

NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1, 33-34, 57 S. Ct. 615, 622-23, 81 L. Ed. 893 (1937)

NLRB v. Standard Coil Prods. Co., 224 F.2d 465 (1st Circ. 1955)

Novosel v. Nationwide Ins. Co., 721 F.2d 894 (3d Cir. 1983)

## O

Odell v. Humble Oil & Refining Co., 201 F.2d 123 (1953)  
Ohanian v. Avis Rent A Car Sys., Inc., 779 F.2d 101, 108 (2d Cir. 1985)  
O'Hare Truck Serv., Inc. v. City of Northlake, 518 U.S. 712, 116 S. Ct. 2353, 135 L. Ed. 2d 874 (1996)  
Olguin v. Inspiration Consol. Copper Co., 740 F.2d 1468 (9th Cir. 1984)  
Ostrander v. Farm Bureau Mut. Ins. Co. of Idaho, Inc., 123 Idaho 650, 851 P.2d 946 (1993)

## P

Page v. Carolina Coach Co., 667 F.2d 1156, 1158 (4th Cir. 1982)  
Palmateer v. Int'l Harvester Co., 85 Ill. 2d 124, 132, 421 N.E.2d 876, 879 (1981)  
Patterson v. Philco Corp., 252 Cal. App. 2d 63, 60, Cal. Rptr. 110 (Ct. App. 1967)  
Payne v. Western & Atlantic Railroad, Co., 81 Tenn. 507, 520 (1884)  
Pfost v. State, 219 Mont. 206, 713 P.2d 495 (1985)  
Perks v. Firestone Tire & Rubber Co., 611 F.2d 1363 (3d Cir. 1979)  
Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593, 92 S. Ct. 2694, 33 L. Ed. 2d 570 (1972)  
Petermann v. Int'l Broth. of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen & Helpers of Am., Local 396, 174 Cal. App. 2d 184, 344 P.2d 25 (1959)  
Phelps Dodge Corp. v. N.L.R.B., 313 U.S. 177, 187, 61 S. Ct. 845, 849, 85 L. Ed. 1271 (1941)  
Pilot Freight Carriers Inc., 22 LAB. ARB. 761, 763 (*Maggs, Arbitrator*, 1963)  
Pine River State Bank v. Mettille, 333 N.W.2d 622 (Minn. 1983)  
Prof'l Bus. Services Co. v. Rosno, 268 Neb. 99, 680 N.W.2d 176 (2004)  
Prysak v. R.L. Polk Co., 193 Mich. App. 1, 483 N.W.2d 629 (1992)  
Pugh v. See's Candies, Inc., 116 Cal. App. 3d 311, 171 Cal. Rptr. 917 (Ct. App. 1981)

## R

Reiter v. Yellowstone County, 192 Mont. 194, 627 P.2d 845 (1981)  
Roberts v. Atl. Richfield Co., 88 Wash. 2d 887, 568 P.2d 764 (1977)  
Rood v. Gen. Dynamics Corp., 444 Mich. 107, 507 N.W.2d 591 (1993)  
Rowe v. Montgomery Ward & Co., Inc., 437 Mich. 627, 473 N.W.2d 268 (1991)

## S

Sabine Pilot Serv., Inc. v. Hauck, 687 S.W.2d 733 (Tex. 1985)  
Sanders v. Parker Drilling Co., 911 F.2d 191 (9th Cir. 1990)  
Sebastian v. Wood, 246 Iowa 94, 101, 66 N.W.2d 841, 845 (1954)  
Shaw v. S.S. Kresge Co., 167 Ind. App. 1, 328 N.E.2d 775 (1975)  
Sheets v. Teddy's Frosted Foods, Inc., 179 Conn. at 471, 427 A.2d 388 (1980)  
Schriner v. Meginnis Ford Co., 228 Neb. 85, 421 N.W.2d 755 (1988)  
Susnjar v. United States, 27 F.2d 223 (1928)

## T

Thompson v. Kings Entm't Co., 674 F. Supp. 1194 (E.D. Va. 1987)  
Torosyan v. Boehringer Ingelheim Pharmaceuticals, Inc., 234 Conn. 1, 662 A.2d 89, 97 (1995)  
Toth v. Square D Co., 712 F. Supp. 1231 (D.S.C. 1989)  
Toussaint v. Blue Cross & Blue Shield of Michigan, 408 Mich. 579, 613, 292 N.W.2d 880 (1980)

## U

United States Fid. & Guar. Co. v. Millonas, 206 Ala. 147, 151, 89 So. 732, 735 (1921)  
Uproar Co. v. Nat'l Broad. Co., 81 F.2d 373, 377 (1st Cir. 1936)

## V

Vaca v. Sipes, 386 U.S. 171, 183, 87 S. Ct. 903, 913, 17 L. Ed. 2d 842 (1967)  
Vinyard v. King, 728 F.2d 428 (10th Cir. 1984)

## W

Wagenseller v. Scottsdale Mem'l Hosp., 148 Ariz. 242, 246, 714 P.2d 412, 416 (Ct. App. 1984)  
Weiner v. McGraw-Hill, Inc., 57 N.Y.2d 458, 443 N.E.2d 441 (1982)  
Werner v. New Balance Athletic Shoe, Inc., 824 F. Supp. 890 (D. Minn. 1993)  
Wheless v. Willard Grain & Feed, Inc., 964 P.2d 204, 206 (1998)  
Whidden v. John S. Nerison, Inc., 294 Mont. 346, 352, 981 P.2d 271 (1999)  
White v. State, 203 Mont. 363, 369, 661 P.2d 1272 (1983)

Whittaker v. Care-More, Inc., 621 S.W. 2d 395, 396-397 (Tenn. Ct. App. 1981)

Wilcox v. Niagara of Wisconsin Paper Corp., 965 F.2d 355 (7th Cir. 1992)

Wilder v. Cody Country Chamber of Commerce, 868 P.2d 211 (Wyo. 1994)

Wiskotoni v. Michigan Nat. Bank-W., 716 F.2d 378 (6th Cir. 1983)

Woolley v. Hoffmann-La Roche, Inc., 99 N.J. 284, 491 A.2d 1257 modified, 101 N.J. 10, 499 A.2d 515 (1985)

Wright v. Shriners Hosp. for Crippled Children, 412 Mass. 469, 474, 589 N.E.2d 1241, 1245 (1992)

## **Z**

Ziehlsdorf v. Am. Family Ins. Group, 157 Wis. 2d 814, 461 N.W.2d 448 (Ct. App. 1990)

Zoerb v. Chugach Elec. Ass'n, Inc., 798 P.2d 1258 (Alaska 1990)