

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

**Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche
Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto
Curriculum di Diritto del Lavoro
XXVIII ciclo**



**L'ABUSO DEL DIRITTO
NEL RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO**

**AUTONOMIA SISTEMATICA, SPAZI DI OPERATIVITÀ, RUOLO
DEL GIUDICE**

**Dottoranda FRANCESCA IAQUINTA
matr. R10189**

Tutor Chiar.ma Prof.ssa MARIA TERESA CARINCI

Anno Accademico 2014/2015

INDICE

INTRODUZIONE

V

CAPITOLO I

GENESI ED AUTONOMIA SISTEMATICA DEL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Un punto di partenza fondamentale: l'assenza di un fondamento normativo, espresso e generale, del divieto di abusare del proprio diritto nell'ordinamento italiano pag. 2
2. La genesi della moderna teoria dell'abuso del diritto 4
- 3.1. L'abuso del diritto quale violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede (intesa nella sua accezione integrativa). Critiche. 9
- 3.2. *Segue.* L'abuso del diritto quale violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede (intesa nella sua accezione correttiva). Critiche. 13
- 3.3. *Segue.* La buona fede solo eccezionalmente è criterio di governo della discrezionalità 16
- 4.1. L'abuso del diritto in una prospettiva funzionalistica, ovvero deviazione rispetto all'interesse per il quale il diritto è riconosciuto dall'ordinamento. La centralità degli art. 833 c.c. e 1438 c.c. 20
- 4.2. *Segue.* L'*animus nocendi* dell'art. 833 c.c. ed i suoi rapporti con l'*exceptio doli* 24
- 4.3. *Segue.* La rilevanza dell'art. 1438 c.c. quale ulteriore momento di emersione normativa del divieto di abuso del diritto 26
5. Abuso del diritto, violazione di legge, frode alla legge: brevi note intorno ai profili di comunanza e di differenziazione 29
- 6.1. La prospettiva rimediale 33

6.2. <i>Segue. Focus.</i> Il sindacato giudiziale sul recesso abusivo	36
7.1. <i>La vis expansiva</i> del divieto di abuso del diritto: dal diritto civile agli altri rami dell'ordinamento	40
7.2. <i>Segue</i>	43
7.3. <i>Segue.</i> Il carattere trasversale del divieto di abuso: l'operatività del principio nel diritto internazionale ed in quello dell'Unione europea. Cenni.	51

CAPITOLO II

SPAZI DI OPERATIVITÀ DEL DIVIETO DI ABUSO NEL DIRITTO DEL LAVORO

Dibattito dottrinale ed orientamenti giurisprudenziali

SEZIONE I

1.1. Il divieto di abuso nel dibattito dottrinale. Una breve premessa.	59
1.2. <i>Segue.</i> La dottrina favorevole all'applicazione del divieto di abuso del diritto	61
1.3. <i>Segue.</i> L'abuso del diritto quale chiave di lettura delle causali dell'atto di licenziamento e dei divieti di discriminazione	66
1.4. <i>Segue.</i> La dottrina critica rispetto all'operatività del divieto di abuso del diritto quale pregiudizio alla certezza del diritto, superfetazione della buona fede o della violazione di legge codificata	77

SEZIONE II

2. Le applicazioni giurisprudenziali del divieto di abuso del diritto	83
3.1. L'abuso del diritto da parte del datore di lavoro alla luce della concezione causale dei poteri imprenditoriali	84
3.2. <i>Segue.</i> Il sistema delle promozioni a scelta	85
3.3. <i>Segue.</i> I criteri di scelta dei cassaintegrati	87

3.4. <i>Segue.</i> La libera recedibilità dal rapporto di lavoro alla luce della teoria dell'abuso di diritto	90
4.1. L'abuso dei diritti del lavoratore in caso di sospensione del rapporto di lavoro, con particolare riguardo al godimento di congedi parentali e permessi	93
4.2. L'abuso del diritto alla fruizione di permessi per assistenza a familiari portatori di <i>handicap</i>	100
4.3. L'abuso del diritto alla fruizione di permessi per motivi di studio: una singolare pronuncia della giurisprudenza di merito	103
4.4. <i>Segue.</i> L'abuso del diritto alla fruizione di permessi sindacali alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale	106
4.5. <i>Segue.</i> Orientamenti giurisprudenziali in caso di assenza del lavoratore per malattia. Alcune riflessioni sull'opportunità del ricorso al principio del divieto di abuso del diritto	109
5. Il divieto di abuso in relazione al diritto di sciopero. Cenni.	111

CAPITOLO III

INEDITE APERTURE AL PRINCIPIO DEL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO NEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

Certezza del diritto e discrezionalità del giudice

1. La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: la l. n. 92/2012	114
2. Il d. lgs. n. 23/2015 (c.d. <i>Jobs Act</i>)	121
3.1. Gli inediti spazi di operatività del divieto di abuso del diritto aperti dalle recenti riforme. Una premessa indispensabile.	125
3.2. <i>Segue.</i> L'insussistenza del fatto nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza. Il fatto senza aggettivi di cui al comma 4 dell'art. 18 St. lav.	126
3.3. <i>Segue.</i> Il fatto "materiale" di cui al comma 2 dell'art. 3 d. lgs. n. 23/2015	135
4. <i>Segue.</i> L'insussistenza del fatto alla luce del divieto di abuso del diritto	138
5. Abuso del diritto e giustificato motivo oggettivo di licenziamento	142
6. L'applicazione da parte del giudice del lavoro delle nozioni "a contenuto variabile"	144

BIBLIOGRAFIA	149
GIURISPRUDENZA	158

INTRODUZIONE

Il presente lavoro è sorto dalla volontà scientifica di vagliare gli spazi di operatività del principio del divieto di abuso nell'ambito del diritto del lavoro e di esaminare il ruolo che il giudice svolge nel darne concreta attuazione.

Le questioni sono apparse di particolare interesse sia alla luce dell'impiego sempre più frequente che dello stesso è stata fatta da parte della giurisprudenza sia dell'articolato dibattito dottrinale sviluppatosi in materia negli ultimi anni.

Con questa breve introduzione s'intende dunque fornire al lettore una traccia, dando atto, nei suoi tratti salienti, del percorso logico-giuridico intrapreso per svolgere la ricerca e degli esiti fondamentali cui si è pervenuti.

In primo luogo, si è ritenuto di dover esaminare preliminarmente l'essenza del divieto di abuso del diritto, individuarne il fondamento normativo e, conseguentemente, vagliarne l'autonomia sistematica nell'ambito del diritto civile in cui lo stesso è nato.

A questi temi è dunque dedicato il primo Capitolo della trattazione.

Più in particolare, tratteggiata la genesi del principio per opera della dottrina civilistica francese degli inizi del XIX Secolo, la prima e fondamentale questione problematica che si è inteso affrontare concerne l'individuazione del referente normativo del divieto di abuso del diritto nell'ordinamento italiano. Come noto, infatti, nel nostro sistema, a differenza di quanto accaduto in molti altri sistemi di *civil law*, il legislatore non ha introdotto una disposizione normativa specifica ed esplicita al riguardo, sicché agli interpreti, nel silenzio della legge, si è da sempre posta la necessità logico-giuridica di individuarne nozione e fondamento.

In proposito, gli studiosi si sono mostrati concordi, al fondo, sulla definizione di abuso di diritto quale situazione che si verifica allorché un soggetto eserciti un diritto, di cui sia legittimamente titolare in forza della legge o di un contratto, in maniera concretamente difforme rispetto all'interesse per il quale è attribuito dall'ordinamento, perseguendo così un fine non meritevole di tutela.

Quanto all'individuazione del referente normativo corretto, invece, il dibattito non si è mai sopito.

Nella prima parte del lavoro si esaminano pertanto le due tesi fondamentali che sono state proposte sul punto in sede di elaborazione teorica: l'indirizzo, assolutamente prevalente e spesso seguito tralaticciamente anche in giurisprudenza, che qualifica l'abuso di diritto quale ipotesi di violazione del canone di buona fede obiettiva; quello, minoritario che ancora l'abuso di diritto all'illiceità causale dell'atto negoziale in cui si traduce l'esercizio della posizione di vantaggio.

Il fine dichiarato che si è inteso perseguire è, in primo luogo, quello di esporre in maniera quanto più precisa e fedele i postulati di fondo delle tesi appena ricordate; l'obiettivo ultimo è di dimostrare quali siano gli argomenti che consentono di ritenere corretto l'indirizzo che sposa la concezione causale e funzionalistica del divieto di abuso.

Tanto chiarito, la prima parte della trattazione si conclude con l'esame delle applicazioni teoriche e pretorie del divieto di abuso nei rami dell'ordinamento diversi dal diritto civile in cui esso è sorto, analisi con la quale si è inteso dimostrarne la *vis expansiva* e la capillare diffusione all'intero di tutto il sistema giuridico.

Il secondo Capitolo dello studio è interamente dedicato all'esame degli spazi di operatività del principio nella nostra materia.

Esso si articola in due sezioni: la prima analizza le tesi dottrinali elaborate in materia; la seconda invece si occupa delle applicazioni pretorie del principio. Anticipando solo in sintesi quanto si potrà apprezzare nel corso della lettura, i giuslavoristi, in una prospettiva teorica, si sono prevalentemente concentrati sugli ambiti di applicabilità del divieto di abuso in relazione alle prerogative datoriali ed, in special modo, al potere di licenziamento. L'obiettivo è sempre stato quello di individuare se, ed in che termini, si possano annidare ipotesi di abuso del diritto nell'ambito delle prerogative datoriali, in una logica di tutela del lavoratore, quale parte debole del rapporto.

Viceversa, la giurisprudenza ha mostrato di impiegare il principio dell'abuso del diritto in maniera trasversale; anzi, è possibile affermare che, anche di recente, i giudici ne abbiano fatto ricorso soprattutto per reprimere condotte del lavoratore che abbia esercitato in maniera distorta posizioni di vantaggio riconosciutegli dal legislatore, in particolare nell'ambito della fruizione di permessi e congedi da parte del dipendente.

La constatazione circa il fatto che la giurisprudenza abbia fatto impiego del principio quasi esclusivamente in relazione alla posizione del lavoratore non deve peraltro stupire.

Ed infatti le prerogative datoriali e le loro condizioni di esercizio sono state per lungo tempo fondate su disposizioni normative puntuali dinanzi alle quali all'interprete non si poteva che porre una nitida alternativa tra il rispetto della legge e la sua violazione diretta. Come è stato messo in luce dalla dottrina, nella stagione della "maturità" (U. ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, in *Lav. dir.*, 1997, 3, p. 8) del diritto del lavoro - che ha avuto inizio con i primi anni Sessanta ed è culminata nell'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori (legge n. 300/1970) - il legislatore ha, in altre parole, introdotto un reticolo di disposizioni volte a stabilire in maniera rigorosa i presupposti di esercizio delle prerogative datoriali e le conseguenze, in senso lato, sanzionatorie in caso di loro violazione.

Sicché, in definitiva, le maglie del dettato normativo erano così strette da non consentire al datore di lavoro di esercitare i propri poteri apparentemente in conformità al dato normativo, ma, sostanzialmente, in contrasto con l'interesse per il quale quella prerogativa è attribuita dall'ordinamento.

Questa tendenza legislativa, ad avviso di chi scrive, è sensibilmente mutata negli ultimi anni, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore delle recenti Riforme in materia di licenziamenti individuali. Ed invero le novelle legislative, come ben noto, hanno introdotto una diversificazione all'interno delle fattispecie di recesso illegittimo volta ad introdurre ipotesi eterogenee di tutela a seconda della gravità dell'illegittimità del licenziamento e finalizzate, in ultima analisi, ad erodere l'ambito applicativo della tutela reale. Ne è conseguita un'evidente complicazione del tessuto normativo che ha condotto a poter apprezzare, anche in questo ambito e a differenza che in passato, ipotesi normative che si prestano all'impiego del divieto dell'abuso di diritto. Il riferimento è in particolare alla disciplina dell'insussistenza del fatto sia nell'articolato della c.d. Riforma Fornero (l. n.92/2012) sia in quello del d.lgs. 23/2015.

Sulla base di questa premessa, nell'ultima parte della trattazione si è pertanto inteso vagliare gli spazi di operatività *potenziali* del divieto di abuso, in maniera coerente alle scelte ricostruttive del principio in chiave funzionalistica compiute

nella prima parte della trattazione sulla scorta dell'elaborazione compiuta da parte della dottrina civilistica.

Nel terzo Capitolo si è infine voluto dare atto del ruolo, fondamentale e complesso, che si trova a svolgere il giudice del lavoro in relazione all'impiego delle "nozioni a contenuto variabile" tra le quali si colloca anche il divieto di abuso del diritto, nella sua veste di norma priva di fattispecie, in un'ottica volta ad individuare un punto di equilibrio tra il principio della certezza del diritto e la discrezionalità del giudice.

In conclusione, si può ben affermare fin dalle prime battute di questa trattazione come il principio del divieto di abuso trovi, ma, soprattutto, sia destinato a trovare un'applicazione niente affatto secondaria nell'ambito del diritto del lavoro. L'unica condizione che l'interprete deve rispettare è quella del rigore metodologico e della coerenza nel suo impiego che si è cercato di osservare anche in questo lavoro.

CAPITOLO I

GENESI ED AUTONOMIA SISTEMATICA DEL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Sommario. **1.** Un punto di partenza fondamentale: l'assenza di un fondamento normativo, espresso e generale, del divieto di abusare del proprio diritto nell'ordinamento italiano; **2.** La genesi della moderna teoria dell'abuso del diritto; **3.1.** L'abuso del diritto quale violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede (intesa nella sua accezione integrativa). Critiche; **3.2.** *Segue.* L'abuso del diritto quale violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede (intesa nella sua accezione correttiva). Critiche; **3.3.** *Segue.* La buona fede solo eccezionalmente è criterio di governo della discrezionalità; **4.1.** L'abuso del diritto in una prospettiva funzionalistica, ovvero deviazione rispetto all'interesse per il quale il diritto è riconosciuto dall'ordinamento. La centralità degli art. 833 c.c. e 1438 c.c.; **4.2.** *Segue.* L'*animus nocendi* dell'art. 833 c.c. ed i suoi rapporti con l'*exceptio doli*; **4.3.** *Segue.* La rilevanza dell'art. 1438 c.c. quale ulteriore momento di emersione normativa del divieto di abuso del diritto; **5.** Abuso del diritto, violazione di legge, frode alla legge: brevi note intorno ai profili di comunanza e di differenziazione. **6.1.** La prospettiva rimediale; **6.2.** *Segue.* *Focus.* Il sindacato giudiziale sul recesso abusivo; **7.1.** La *vis expansiva* del divieto di abuso del diritto: dal diritto civile agli altri rami dell'ordinamento; **7.2.** *Segue;* **7.3.** *Segue.* Il carattere trasversale del divieto di abuso: l'operatività del principio nel diritto internazionale ed in quello dell'Unione europea. Cenni.

1. Un punto di partenza fondamentale: l'assenza di un fondamento normativo, espresso e generale, del divieto di abusare del proprio diritto nell'ordinamento italiano.

Da circa un cinquantennio, l'espressione "abuso del diritto" ricorre nelle pronunce della giurisprudenza civile italiana¹, in particolare nell'area delle obbligazioni e dei contratti², non escluso, per quanto qui soprattutto occupa, quello di lavoro³.

Si è osservato in dottrina⁴ - e giova ricordarlo fin dalle prime battute - che con essa i giudici sono soliti descrivere la situazione che si verifica allorché un soggetto eserciti un diritto, di cui sia legittimamente titolare in forza della legge o di un contratto, in maniera concretamente difforme rispetto all'interesse per il quale è attribuito dall'ordinamento, perseguendo così un fine non meritevole di tutela⁵.

¹ La prima sentenza che si è pronunciata in tema di abuso del diritto all'indomani dell'entrata in vigore del Codice civile è Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, cc. 256 ss. Tale arresto giurisprudenziale ha dato il via ad un impiego sempre più significativo di questo principio nella giurisprudenza civile.

² Quanto all'abuso del diritto in ambito contrattuale si ricordano Cass., 20 aprile 1994, n. 3774, in *Corr. giur.*, n. 5/1994, pp. 566 ss; Cass., SS.UU., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1, pp. 61 ss; Cass., 1 aprile 2008, n. 8449, in *Banca dati De Jure*; Cass., 31 maggio 2010, n. 13208, in *Diritto e Giustizia*, 2010. Per l'impiego del concetto di abuso del diritto in relazione all'esercizio del recesso *ad nutum* in generale si annoverano: Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Giust. civ.*, 2004, I; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 3, 1, p. 231. Sull'esercizio abusivo del diritto di recesso *ad nutum* nell'ambito di un rapporto di apertura di credito si sono pronunciate Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 648; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Dir. fall.*, 2001, II, pp. 699 ss.; Cass., 23 settembre 2002, n. 13923, in *Banca dati De Jure*; Cass., 21 febbraio 2003, n. 2642, in *Mass. Giur. it.*, 2003. Giova inoltre rammentare l'impiego giurisprudenziale notevole del concetto in esame nell'ambito della materia societaria: tra le sentenze più significative si collocano Cass., 25 gennaio 2000, n. 804, in *Giur. it.*, 2000, pp. 1663 ss.; Cass., 16 maggio 2007, n. 11258, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, pp. 5 ss; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Vita not.*, 2006, 1, pp. 304 ss.

Per alcune riflessioni in merito alla pervasività del principio in esame in ambiti diversi dal diritto delle obbligazioni e dei contratti v. *infra* par. 7.

³ All'esame della giurisprudenza lavoristica che ha fatto ricorso al divieto di abuso del diritto ed alle possibili future applicazioni del principio alla luce dei recenti interventi del legislatore con il c.d. *Jobs Act* (d. lgs. n. 23/2015) sarà dedicato il capitolo II al quale, pertanto, si rinvia.

⁴ Si esprime in questi termini G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica*, a cura di G. MANIACI, Milano, 2006, pp. 115 ss.

⁵ La definizione di abuso del diritto trova riscontro nella notissima pronuncia Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit., nella quale, infatti, i giudici di legittimità hanno operato una ricostruzione dei caratteri costitutivi dell'abuso del diritto soggettivo. In particolare, la Suprema Corte ne ha individuati quattro: a) la titolarità di un diritto soggettivo; b) la possibilità di plurime modalità di esercizio dello stesso non predeterminate; c) un esercizio concreto censurabile rispetto ad un criterio di valutazione giuridico o extragiuridico; d) una

La complessità dell'impiego di questa formula risiede principalmente⁶ nel fatto che la locuzione è priva di un puntuale ed espresso riscontro nel sistema normativo italiano che, invero, non contiene una disposizione volta a codificare un generale divieto di abuso del diritto, né all'interno del Codice civile del 1942, né nella legislazione speciale⁷. Sicché, non ne esiste ad oggi una definizione positiva, e, soprattutto, non si ravvisa l'enunciazione dei criteri rivelatori in base ai quali stabilire quando, concretamente, l'esercizio del diritto soggettivo si possa ritenere abusivo.

L'esame dello specifico profilo del divieto di abuso nell'esecuzione del contratto di lavoro e dei rimedi esperibili per contrastarlo, oggetto della presente ricerca, come, del resto, lo studio di ogni altra questione attinente a tale concetto, impone dunque una riflessione preliminare su questo complesso stato di cose. L'interprete ha infatti innanzi a sé un contesto in cui la giurisprudenza impiega l'espressione in esame con una certa continuità in settori eterogenei dell'ordinamento, dandone così per sottintesa l'esistenza nel sistema, mentre il legislatore ne rifiuta una codificazione esplicita.

Più in particolare, la constatazione di tale fenomeno postula innanzitutto la necessità per l'interprete di approfondire la genesi della teoria dell'abuso del diritto, con l'obiettivo principale di comprenderne l'essenza

conseguente sproporzione ingiustificata tra il vantaggio ulteriore e diverso da quello indicato dal legislatore, perseguito dal titolare del diritto ed il sacrificio sofferto dalla controparte.

⁶ L'assenza di un fondamento normativo del concetto di abuso del diritto soggettivo costituisce senza dubbio il problema di più immediata percezione per l'interprete. Nondimeno, dal punto di vista teorico, significativa appare a monte anche la questione posta in dottrina circa la stessa ammissibilità concettuale di un abuso del diritto. A tal proposito, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 206 sottolinea, infatti, che tale formula, analizzata nelle parole che la compongono, appare, in prima battuta, intimamente contraddittoria. Più in particolare, l'Autore spiega che "diritto" significa potere di azione, liberamente esercitabile, che una norma giuridica concede e garantisce ad un individuo o ad un gruppo di individui nei confronti di un soggetto determinato o dell'intera collettività. D'altra parte, quando si parla di abuso, si intende che proprio l'esercizio di questa prerogativa può dare luogo a responsabilità. In altre parole, l'espressione sottintende "alla libertà ed al potere un limite, ed il limite, la misura, sembrano vaghi e sfuggenti". G. SANTORO PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, pp. 76 ss. ritiene che l'abuso del diritto sia una figura ossimorica.

⁷ In proposito giova ricordare fin da subito che l'utilizzo di per sé del termine "abuso" nella legislazione speciale, infatti, non deve trarre in inganno l'interprete, generando pericolosi equivoci. Si allude, in particolare, al c.d. abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 del D. lgs.n. 192/ 1998 e all'abuso di posizione dominante previsto dalla l. n. 287/1990 che, come sarà chiarito nel paragrafo successivo, identificano fattispecie distinte rispetto a quella che attiene all'esercizio deviato di una posizione giuridica di vantaggio.

ed abbozzarne una definizione tecnica di carattere generale. Una volta affrontato questo primo aspetto del problema, sarà possibile comprendere se e quali siano, per gli interpreti, le norme capaci di dare cittadinanza al divieto di abuso nel nostro ordinamento. Si tratta soprattutto di verificare se quest'ultimo possa essere considerato un principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 preleggi), sulla base di disposizioni di legge scritta che costituiscano indici sintomatici della sua esistenza⁸.

Si ritiene pertanto utile procedere secondo una prospettiva diacronica che permetta di ricostruire in maniera ordinata nascita ed evoluzione del divieto di abuso, anche in una logica comparatistica: tale metodo di analisi appare infatti adeguato a contestualizzare sistematicamente la questione e, di conseguenza, a consentire un approccio consapevole allo studio del tema⁹.

2. La genesi della moderna teoria dell'abuso del diritto.

La teorizzazione moderna¹⁰ dell'abuso del diritto soggettivo affonda le proprie radici in Francia¹¹ all'inizio del XIX secolo¹².

⁸A tal proposito, F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 3, pp. 241 ss. precisa che i principi generali sono ciò che l'ordinamento giuridico contiene implicitamente e che è sviluppato esplicitamente dalla conoscenza giuridica e che i medesimi possono essere ricostruiti attraverso un procedimento di astrazione da regole specifiche e particolari.

⁹ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 216.; condivide la stessa impostazione metodologica C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. I. Istituto dell'Enciclopedia Treccani, Roma, 1988, p. 1 il quale evidenzia la necessità di intendere il senso storico della categoria dell'abuso del diritto per coglierne appieno anche la dimensione tecnica.

¹⁰ Quanto al diritto romano, l'opera volta ad arginare gli eccessi delle facoltà insite in un diritto soggettivo fu opera dei Pretori, attraverso il ricorso al c.d. *ius honorarium*, introdotto quale correttivo a talune rigidità, percepite come inique, del *ius civile*. In quel contesto, tuttavia, soprattutto in forza del formalismo particolarmente accentuato che caratterizzava il diritto romano classico, non si giunse alla piena teorizzazione di un generale divieto di abuso del diritto; le pretese sostanzialmente inique vennero invece neutralizzate attraverso il cauto impiego dello strumento della *exceptio doli generalis*. Sul significato di quest'ultimo, sulla funzione ad esso attribuita in epoca moderna ed, in particolare, sui suoi rapporti con il divieto di abuso del diritto v. *amplius* § 4. Per approfondimenti v. G. GROSSO, voce *Abuso del diritto*, a) *Diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, pp. 161-162.

¹¹ In dottrina M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 104 ss. sottolinea però che la nascita del concetto abbia origini ben più antiche, risalendo all'opera dei Glossatori dell'Università di Bologna, all'epoca, dunque, del diritto comune. In quel momento storico il concetto di abuso fu sviluppato specialmente intorno alla categoria degli

Autorevole dottrina¹³ ha evidenziato come l'elaborazione di questo concetto costituì una reazione agli eccessi della cultura giuridica imperante a seguito della caduta dell'*ancien regime*¹⁴, rappresentando un correttivo¹⁵ del mito della assolutezza del diritto di proprietà, considerato fino ad allora non assoggettabile a limiti e compressioni di alcun genere, in quanto emblema della libertà di ciascun individuo.

Più in particolare, nella fase iniziale dello sviluppo industriale la perdurante inerzia del legislatore di fronte all'attività imprenditoriale, basata proprio sul presupposto dell'intangibilità dello statuto proprietario, consentì, infatti, che gli operatori economici fossero completamente liberi di agire, anche perpetrando abusi, fonte di pericolosi conflitti sociali¹⁶. Pertanto, la giurisprudenza francese ritenne di dover intervenire a porre un freno alle conseguenze distorsive dell'esercizio indiscriminato del diritto di proprietà: stabilì allora, nel silenzio della legge, che quest'ultimo dovesse comunque essere considerato illegittimo nel caso di un suo impiego abusivo, ovvero del tutto arbitrario, realizzandone così di fatto un controllo contenutistico.

Il divieto di abusare del proprio diritto, dunque, fu introdotto in origine per svolgere una vera e propria funzione sociale, in un particolare

atti di emulazione, ovvero degli atti posti in essere dal proprietario al solo fine di arrecare danno ad altri, senza alcuna utilità propria.

¹² Concordano S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche- Sez. civile*, vol. I, Torino, 1987, p. 2; C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, cit., p. 2; A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto*, II) *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. I. Istituto dell'Enciclopedia Treccani, Roma, 1988, p. 3.

¹³ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 217 ss.

¹⁴ In dottrina C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, cit., pp. 1-2 osserva come la nozione di abuso del diritto fosse inconciliabile con la tensione verso la razionalizzazione massima dell'ordinamento giuridico basata sul dogma della legge scritta propria della fase di formazione del moderno diritto privato, ovvero del periodo della codificazione successivo alla caduta dell'*ancien regime*. Evidenzia infatti come la teoria dell'abuso del diritto faccia perno attorno ad una valutazione da parte del giudice in merito alle concrete modalità di esercizio del diritto da parte di un soggetto che ne sia il legittimo titolare in base alla legge e come un tale sindacato strida con la concezione positivista, in quanto comporta un'inammissibile integrazione della volontà del legislatore che, se avesse voluto limitare in qualche modo il diritto soggettivo, lo avrebbe fatto ponendo dei limiti al suo contenuto.

¹⁵ S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, cit., p. 1.

¹⁶ Per dare maggiore concretezza a queste affermazioni si richiamano le osservazioni di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 212 ss. che evidenzia come il dogma dell'assolutezza del diritto di proprietà avesse portato alla creazione di una situazione di selvaggia concorrenza tra gli operatori economici, ritenuti liberi di impiegare i mezzi di produzione a loro disposizione per ottenere profitto, senza doversi preoccupare di agire nel rispetto dell'esercizio dell'altrui diritto. Appare evidente che una situazione del genere, coerente ad una logica di liberismo esasperato, lungi dal determinare un progresso, possa viceversa essere fonte di conflitti inefficienti.

contesto socio-economico. Ben presto, però, le potenzialità del concetto, tale da consentire al giudice di valutare il concreto atteggiarsi delle posizioni di vantaggio di cui sono portatori i soggetti del rapporto giuridico¹⁷, hanno affascinato¹⁸ i legislatori e gli interpreti dell'Europa continentale. E così la teoria dell'abuso del diritto dalla Francia ha iniziato a circolare negli altri ordinamenti di *civil law*, venendo recepita dai legislatori in Germania¹⁹, Svizzera, Olanda, Spagna, Portogallo e Grecia²⁰.

Quanto all'Italia, si è già avuto modo di accennare che il Codice civile del 1942 non sancisce in via generale il divieto di abuso del diritto; si osserva ora che nel Progetto del Libro primo dell'attuale Codice civile era però stata prevista l'introduzione di un articolo fondante tale divieto. Si legge in particolare nell'art. 7 che “*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*”; la norma così formulata non fu tuttavia inserita tra le disposizioni generali del Codice: la Commissione preposta alla sua compilazione temette, infatti, che tale scelta

¹⁷Secondo A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto*, II) *Diritto comparato e straniero*, cit., p. 1 l'elaborazione della teoria dell'abuso del diritto sul piano schiettamente giuridico rappresenterebbe la chiara dimostrazione del fallimento del sistema delle fonti proprio della codificazione moderna. Essa costituirebbe, infatti, la prova della necessità del ruolo interpretativo della legge svolto da parte della giurisprudenza, la quale non si può limitare ad applicare la norma scritta, ma, per dirimere le controversie, deve necessariamente intervenire con un'operazione ermeneutica.

¹⁸C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, cit., pp. 1 ss.

¹⁹Il § 226 BGB stabilisce che “*l'esercizio del diritto non è ammesso se può avere solo per scopo di recare danno ad altri*”. Quanto all'ordinamento tedesco, occorre spendere qualche ulteriore riflessione. Ed infatti, sebbene il § 226 BGB costituisca la norma che in maniera più esplicita sembra codificare il divieto dell'abuso del diritto patrimoniale, tuttavia essa non ne ha in effetti rappresentato il fondamento normativo in Germania. Quest'ultimo è stato infatti, ravvisato nel § 242 BGB che codifica la clausola generale di buona fede contrattuale che, non legando la declaratoria di illegittimità della condotta alla necessaria intenzione di nuocere, si è infatti prestato fin da subito ad un impiego più duttile da parte della giurisprudenza (si rinvia sul punto alle osservazioni di S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, cit., spec. p. 3). La prospettazione che ancora il divieto di abuso del diritto alla buona fede è stata recepita nel nostro ordinamento (v. *infra* § 3).

²⁰L'art. 2 del Codice civile svizzero prevede che “*Ognuno è tenuto ad agire secondo buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del diritto non è protetto dalle leggi*”. L'art. 13 del Codice civile olandese del 1992 prevede che non possano essere compiuti atti di esercizio di diritti che si traducano in abuso. In Spagna la codificazione del divieto è avvenuta nell'art. 7 delle disposizioni preliminari a seguito della novella di queste ultime attuata nel 1974, laddove è stabilito che la legge non protegge l'abuso del diritto. L'art. 334 del Codice civile portoghese del 1996 prevede esplicitamente l'abuso del diritto per superamento dei limiti della buona fede, dei buoni costumi o allontanamento dello scopo sociale o economico. Infine, quanto all'ordinamento greco l'art. 281 del Codice greco del 1940 (entrato in vigore nel 1946) vieta l'uso del diritto se questo eccede manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità sociale ed economica dello stesso.

potesse legittimare l'estensione del vaglio giudiziario sull'esercizio abusivo delle posizioni soggettive, ponendo in pericolo la certezza del diritto ed attribuendo ai giudici il difficile compito di indagare sullo scopo univoco per cui una posizione di vantaggio è riconosciuta²¹.

Nell'impianto del Codice, pertanto, la mancata introduzione del divieto di abusare del proprio diritto fu il frutto di una decisione consapevole. Ciò nonostante, la stessa Commissione si affrettò a sottolineare come il principio in questione fosse comunque radicato nella “*coscienza giuridica comune*”²².

Dal canto suo, autorevole dottrina²³ ha sostenuto in proposito che il divieto di abusare del proprio diritto costituisca un principio di ordine generale vivo ed operante nell'ordinamento che avrebbe meritato una puntuale codificazione da parte del legislatore. Altri interpreti²⁴ hanno osservato come il mancato inserimento nel testo definitivo del Codice di una disposizione sull'abuso non rappresenti affatto un argomento decisivo per escluderne l'esistenza quale principio operativo e sistematicamente autonomo dell'ordinamento italiano. I principi, infatti, sono per definizione fonti del diritto non scritte (art. 12 preleggi) che si ricavano per il tramite di un esame complessivo del sistema giuridico²⁵. Tra essi si è dunque ritenuto di poter includere anche quello per cui nessuno può esercitare una prerogativa in maniera apparentemente conforme al dato normativo, ma, in sostanza, in modo divergente dall'interesse per il quale essa è stata riconosciuta nell'ordinamento.

²¹Riferisce i dubbi sull'opportunità di inserire il divieto di abuso del diritto espressi dalla Commissione preposta alla compilazione del Codice V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, pp. 16 ss.; in tempi recenti una ricostruzione in chiave storica della teoria dell'abuso del diritto si trova in M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006, pp. 6 ss.

²²Del resto, la dottrina più autorevole aveva proprio in quegli anni chiariva, non senza implicazioni per l'argomento in esame, che “l'esercizio di un diritto soggettivo consiste nel realizzare di fronte ad altri uno stato di fatto o una situazione giuridica conforme a quell'interesse alla cui protezione è preordinato”. Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1943, p. 25.

²³U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1958, p. 25.

²⁴In questo senso S. PUGLIATTI, *Libro della proprietà*, in *Comm. cod. civ. D'Amelio*, Firenze, 1942, p. 140; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 97.

²⁵V. *supra* nota 8.

In tempi più recenti, peraltro, attenta dottrina²⁶ ha precisato i confini della fattispecie, specificando come l'abuso di cui si discute in questa sede vada tecnicamente tenuto distinto da quello inteso come fenomeno di mero fatto. Ed invero il legislatore talvolta impiega il termine per descrivere fattispecie quali, in particolare, l'abuso di posizione dominante o di dipendenza economica²⁷, che, pur rilevanti giuridicamente, sono innanzitutto situazioni di fatto; l'abuso che qui s'intende esaminare, viceversa, nasce e si svolge interamente sul piano del diritto obiettivo, attenendo all'esercizio di una posizione di vantaggio.

Ciò su cui non è stata trovata una reale convergenza è però la ricognizione della giustificazione sistematica dell'impiego di tale principio, in particolare nella fase dell'esecuzione del contratto, tema sul quale il dibattito dottrinale è continuato, senza mai sopirsi, fino ad oggi²⁸.

La constatazione per cui la maggiore teorizzazione del principio sia avvenuta nell'ambito del diritto comune dei contratti e, che solo in seguito, esso sia stato accolto in settori specifici dell'ordinamento, come il diritto del lavoro, impone peraltro di prendere le mosse dall'esame del divieto di abuso nell'area in cui esso è nato; in una fase successiva, invece, si potrà procedere all'analisi degli spazi di operatività, attuali e potenziali, del medesimo nel diritto del lavoro, così evitando di dare per scontato l'essenziale.

²⁶ G. D'AMICO, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, in AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2010, pp. 3-4.

²⁷ V. *supra* nota 7 in cui sono riportate alcune ipotesi di impiego da parte del legislatore del termine abuso per descrivere l'abuso di situazioni di fatto e non, invece, di singole posizioni di vantaggio.

²⁸ Basti considerare il numero assai consistente di contributi sul tema. Accanto agli Autori già citati, si ricordano anche i saggi di M.R. MORELLI, *In margine ad un'ipotesi di collegamento tra "buona fede obiettiva" ed "abuso del diritto"*, in *Giust. civ.*, 1975, I, pp. 1700 ss.; M. COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, pp. 2443 ss.; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 2010, pp. 5 ss.; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, pp. 311 ss.; G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto- Una replica a Galgano*, in *I Contratti*, 2011, fasc.7, pp. 653 ss.; M. CENINI- A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, pp.109 ss.; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, cc. 1 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *I contratti*, I-2012, 5 ss. Si ricordano, inoltre, le opere di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato*, vol. III, Padova, 1998; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

3.1. L'abuso del diritto quale violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede (intesa nella sua accezione integrativa). Critiche.

È noto e non contestabile che parte cospicua della dottrina italiana²⁹, in accordo con quanto affermato da quella tedesca³⁰, tenda da tempo a creare nella materia contrattuale, che in questa sede interessa, un collegamento esplicito tra il divieto di abuso del diritto ed il canone di buona fede e che questa prospettazione sia accolta anche da parte della giurisprudenza³¹. Tale constatazione induce chi scrive a prendere le mosse nella ricerca di un fondamento giuridico del divieto di abuso del diritto proprio dall'esame di questa impostazione maggioritaria nel tentativo di dimostrarne la contraddittorietà, logica prima ancora che giuridica. Si procede dunque con la *pars destruens* del ragionamento, alla quale farà seguito l'analisi della tesi che, invece, si ritiene condivisibile.

Al fine di vagliare in chiave critica l'opportunità di realizzare una relazione così netta tra buona fede ed abuso del diritto³², occorre preliminarmente interrogarsi sul primo concetto, su cui, invero, non vi è unanimità di vedute.

La clausola generale della buona fede o correttezza³³, per scelta espressa del legislatore, deve governare la fase delle trattative precontrattuali

²⁹ In particolare, si considerino i contributi di U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pp. 26 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 334; G. ALPA, *Pretesa del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, pp. 285 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, III, 1, Milano, 2002 (seconda ed.), pp. 499 ss. (spec. cap. XV); D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, pp. 8 ss.; M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, cit., pp. 61 ss.

³⁰ A tal proposito, si ricorda che il collegamento tra abuso del diritto e buona fede è stata affermato per la prima volta nell'ordinamento tedesco (v. *supra* nota 20) e da lì è stato poi accolto progressivamente anche dalla nostra giurisprudenza, in maniera coerente con la crescente valorizzazione della clausola generale della buona fede. Per quest'ultimo profilo v. *infra* nel testo.

³¹ La giurisprudenza civile (per riferimenti puntuali alle pronunce più significative v. *supra* nota 1) per parte sua invoca il principio del divieto di abuso del diritto in maniera sempre più disinvolta, ancorandolo, quasi tralaticciamente, al canone di buona fede.

³² Si tratta dell'impostazione metodologica del tutto condivisibile accolta da C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, p. 148.

³³ La dottrina è oggi concorde nel ritenere che i concetti di buona fede e correttezza siano sovrapponibili (si ricordano in particolare le osservazioni di A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, 1988, p. 290; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, Milano, 1998, 86). In passato, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*,

(art. 1337 c.c.), l'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), la pendenza della condizione (art. 1358 c.c.) e, a prescindere da quale ne sia la fonte, l'adempimento delle obbligazioni (art. 1175 c.c.)³⁴.

Gli artt. 1175 c.c. e 1375 c.c. operano peraltro con riguardo ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio o contrattuale, imponendo di rispettare il canone della correttezza sia qualora si eserciti una posizione di vantaggio sia laddove si adempia un'obbligazione.

A fronte del dato normativo, che richiama tale clausola in più luoghi del Codice civile, ma manca di fornirne una definizione, anche minima, si sono fronteggiate due distinte impostazioni: integrativa e correttiva.

Secondo la prima, maggiormente accolta dagli interpreti³⁵, la correttezza costituisce dunque una regola di condotta che deve essere osservata da entrambe le parti del rapporto e che concorre, insieme a quanto espressamente previsto dalla legge e dal regolamento contrattuale (c.d. *strictum jus*), a delineare il paradigma comportamentale al quale le stesse

in *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1965, pp. 55 ss. aveva sostenuto che la correttezza imponesse in realtà solo doveri di carattere negativo mentre la buona fede doveri positivi.

³⁴ Come noto, peraltro, la buona fede compare anche tra i criteri d'interpretazione del contratto a norma dell'art. 1365 c.c.

³⁵ In dottrina la tesi è stata autorevolmente sposata da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, pp. 89 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 368 ss.; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, pp. 1 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del creditore*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 1987, pp. 239 ss.; S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, pp. 627 ss.

La concezione della buona fede, come norma integrativa del programma negoziale, è stata sostenuta dalla giurisprudenza con forza a partire dagli anni Ottanta: Cass., 18 febbraio 1986, n. 960; Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Corr. giur.*, n. 7/1991, 789 ss con nota di A. DI MAJO. Cass., 6 febbraio 1993, n. 1504, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, 310; Cass., 20 aprile 1994, n. 3774, in *Corr. giur.*, n. 5/1994, pp. 566 ss; recentemente tra le altre si ricorda Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6, p. 948. In dottrina il carattere della buona fede oggettiva come norma autonoma è stato esaltato da L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 5 ss. Si rileva incidentalmente che non osta a questa ricostruzione il fatto che l'art. 1374 c.c., che si occupa dell'integrazione del contratto, non faccia espresso riferimento alla buona fede. Ed, infatti, esso stabilisce in termini generali che il contratto obbliga le parti a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge; in tale espressione generica si può far rientrare anche la buona fede che è oggetto di una pluralità di disposizioni normative.

Da tempo è stata invece abbandonata in giurisprudenza l'idea per cui la violazione della buona fede oggettiva debba essere considerata fonte di responsabilità soltanto laddove si sia già rilevata la lesione del diritto soggettivo in base ad una specifica norma dell'ordinamento diversa dalla clausola di correttezza (la tesi è stata sostenuta in particolare da Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1283).

devono attenersi. Proprio per tale motivo si è soliti parlare di concezione integrativa del canone di buona fede.

La buona fede si sostanzia nell'obbligo che grava su ciascun soggetto, nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio, di salvaguardare gli interessi dell'altro, senza che ciò comporti però un apprezzabile sacrificio dei propri³⁶, saldandosi pertanto, secondo la tesi tralaticamente accolta dagli interpreti, al fondamentale principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.³⁷.

Secondo questa tesi il canone della buona fede si specifica e traduce nella configurazione, condivisa da giurisprudenza e dottrina maggioritarie, di obblighi d'informazione o di protezione³⁸ a carico delle parti del rapporto obbligatorio. Individuato il contenuto positivo della buona fede, ovvero il comportamento che le parti devono tenere per osservare l'obbligo di correttezza, si tratta altresì di verificare da quali condotte si debbano invece astenersi per non incorrere in una sua violazione: proprio in questo contesto sistematico ha trovato spazio la nozione di abuso del diritto.

³⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Le obbligazioni*, Milano, 1993.

³⁷ Proprio sulla scorta di questa impostazione, si ritiene che la clausola generale di buona fede sia chiaramente in linea con il disposto dell'art. 2 Cost., rappresentando una specificazione nell'ambito del rapporto contrattuale e, più genericamente, obbligatorio della solidarietà tra i consociati oggetto della previsione costituzionale (v. *amplius* A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 159 che parla radicalmente della buona fede come di una "articolazione del principio primario di solidarietà costituzionale").

Corre tuttavia l'obbligo di ricordare che parte della dottrina esprime scetticismo rispetto al collegamento tra correttezza e solidarietà. Taluni, infatti, ritengono che il richiamo al canone costituzionale sia suggestivo, quanto inefficace: si pretende infatti di esplicitare il contenuto di una clausola generale attraverso una nozione caratterizzata da altrettanta genericità (si v. le osservazioni di A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit. p. 314). Inoltre, in maniera ancor più radicale, C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 207 respinge tale collegamento, osservando come dal punto di vista assiologico la solidarietà postula che il soggetto agisca per un fine che non è più rappresentato dal perseguimento del proprio interesse, bensì da quello altrui; la buona fede, invece, implica sempre e comunque che la parte operi avendo riguardo al proprio interesse, pur salvaguardando quello dell'altro paciscente.

³⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ult. ed., sottolinea che la configurabilità degli obblighi di protezione e di informazione deve comunque sempre essere letta in un'ottica di completamento, funzionale a colmare le lacune del regolamento pattizio e pertanto coerente con le obbligazioni dedotte in contratto. Tali obblighi sono oggetto di studio in G. VETTORI, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato Roppo. Il contratto*, Milano, 2006, pp. 416 ss. Una concretizzazione significativa di tali obblighi è offerta da Cass., 4 marzo 2003, n. 3185, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2832 che ha considerato contraria a buona fede la condotta del promittente venditore di un immobile il quale, consapevole che il saldo del prezzo gli sarebbe stato corrisposto a mezzo mutuo bancario in virtù di una apposita clausola contrattuale, non si sia affrettato ad effettuare la cancellazione dell'iscrizione dell'ipoteca gravante sull'immobile entro il rogito, al fine di consentire l'ottenimento all'acquirente del mutuo concedibile a quest'ultimo solo in presenza di prima ipoteca.

Ed, infatti, si è diffusa progressivamente tra gli interpreti³⁹ l'idea - non priva di contraddizioni che si esamineranno nel prosieguo - che nell'ambito del rapporto contrattuale e, più in generale, obbligatorio essere scorretti significhi, tra l'altro⁴⁰, esercitare il diritto soggettivo di cui si è legittimamente titolari così da contraddire l'interesse per cui la prerogativa è riconosciuta dall'ordinamento, così perseguendo uno scopo incongruo rispetto a quello voluto dalla legge. In questa logica l'abuso si ravvisa peraltro necessariamente in relazione al diritto discrezionale, intendendosi per tale quello che, attribuito dalla legge o dal contratto, non sia determinato nei presupposti e nei modi di esercizio⁴¹(si pensi paradigmaticamente al diritto di proprietà oppure al diritto potestativo di recesso *ad nutum*); qualora, infatti, si tratti di un diritto interamente vincolato, si potrebbe porre più propriamente un problema di violazione diretta di legge, non potendosi immaginare una situazione di conformità meramente apparente al dato normativo (v. *infra* § 5) il quale, in definitiva, o è rispettato o violato.

La prospettazione appena richiamata, che ancora il divieto di abuso del diritto alla buona fede integrativa, per quanto appaia *prima facie* logica, a ben vedere si espone ad una criticità importante.

Se, infatti, si accoglie l'idea per cui la buona fede sia fonte di obblighi, anche negativi, allora l'esito di tale ragionamento è che il soggetto che esercita la posizione di cui è titolare contravvenendo a tali obblighi, non possa che realizzare sempre una violazione di legge ovvero un *eccesso dal* diritto, non certo un *abuso di* diritto. Quest'ultimo, invero, non postula il mancato rispetto dei limiti esterni posti dall'adempimento di obblighi in capo al titolare del diritto, bensì *il perseguimento di un interesse estraneo rispetto a quello consentito dall'ordinamento*. Si osserva, dunque, un'incoerenza argomentativa in tale concezione che, da un canto, fa della buona fede una fonte di obblighi e,

³⁹ Per i riferimenti giurisprudenziali si rinvia alla nota 1.

⁴⁰ A questo proposito, si ricorda, infatti, che alla buona fede oggettiva è in particolare ricondotto anche il principio per cui un soggetto non può assumere una condotta che sia in contrasto con un proprio precedente comportamento affidante. Si parla a tal proposito del cosiddetto divieto di *venire contra factum proprium*. Sulle applicazioni di questa nozione e gli aspetti problematici si rinvia a A.P. SCARSO, *Venire contra factum proprium e responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 3, pp. 513 ss.

⁴¹ Si esprime chiaramente su questo punto Cass., 20 aprile 1994, n. 3774, in *Corr. giur.*, n. 5/1994, pp. 566 ss.

dall'altra, include tra i possibili comportamenti contrari a tali obblighi l'abuso del diritto che, tuttavia, si colloca su un altro piano, quello della deviazione rispetto all'interesse sotteso alla posizione di vantaggio.

La concezione integrativa della buona fede, in ultima analisi, appare estranea rispetto alla tematica dell'abuso del diritto, in quanto quest'ultima non afferisce in alcun modo all'imposizione di regole di condotta ulteriori rispetto a quelle previste dalle parti o dalle legge ed esterne rispetto al diritto soggettivo, ma alla congruità nell'esercizio di una prerogativa rispetto all'interesse ad essa sotteso⁴².

La tesi, in ultima analisi, non può essere accolta e, per quanto costituisca un porto sicuro per l'interprete, in primo luogo per il giudice, deve essere rigettata per restituire al divieto di abuso del diritto una propria autonomia nell'ordinamento e per evitare di far seguire ad una definizione di abuso fondata sul concetto di sviamento dall'interesse tipico una soluzione giuridica che se ne disinteressa. Tale approdo interpretativo rappresenta una prima importante conclusione da ricordare nella prospettiva della disamina dell'abuso di diritto nel rapporto di lavoro subordinato ed, in particolare, in relazione al recesso datoriale, soprattutto alla luce delle recenti modifiche introdotte dal c.d. *Jobs Act* (D. Lgs. n. 23/2015).

3.2. *Segue.* L'abuso del diritto quale violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede (intesa nella sua accezione correttiva). Critiche.

Ad avviso della minoritaria e già accennata concezione correttiva⁴³, la buona fede rileva in sede di attuazione del rapporto, fondando e legittimando un giudizio di secondo grado da parte del giudice. Ed invero quest'ultimo, secondo tale diversa impostazione è innanzitutto chiamato a

⁴² Si esprime icasticamente in questi termini C. SALVI, *Abuso del diritto*, cit., p. 3. Condivide questa impostazione C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., pp. 153-154.

⁴³ Sembrano attribuire una vera e propria funzione correttiva alla buona fede F. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. merito*, 2007, suppl. al fasc. 12, p. 10; A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, pp. 161 ss.

valutare la rispondenza dei comportamenti delle parti al programma negoziale *originariamente* messo a punto (c.d. *strictum jus*) ed a tutto quanto previsto imperativamente dalla legge (art. 1374 c.c.); in un secondo momento - ed in ciò risiederebbe l'elemento discrezionale rispetto alla buona fede intesa in senso integrativo - avrebbe la possibilità di ricorrere ad un criterio elastico, quale è appunto la buona fede, al fine di stabilire, se le parti si siano adeguate alle circostanze del caso concreto, come avrebbe fatto, in base al disposto dell'art. 1375 c.c., un agente modello.

In tal modo la buona fede assurge a strumento per conformare ovvero correggere, se del caso, lo stesso accordo contrattuale, secondo la dizione impiegata dagli interpreti.

Per confutare la tesi integrativa, i fautori di questa impostazione sostengono che la configurazione di obblighi ulteriori rispetto a quelli assunti con la conclusione del negozio sia un'operazione del tutto superflua, una superfetazione⁴⁴. In primo luogo, infatti, con riferimento alla posizione del debitore, tali obblighi costituirebbero una mera specificazione del contenuto della prestazione e, pertanto, risulterebbero già compresi in una concezione di quest'ultima quale comportamento esecutivo, diretto alla completa realizzazione dell'interesse creditorio, in tutti i suoi profili. Quanto invece agli obblighi di protezione che non è possibile ricollegare al contenuto della prestazione, primi fra tutti quelli che attengono alla posizione del creditore, essi, secondo tale prospettiva, trovano il proprio fondamento in specifici obblighi di legge (cfr. art. 1206 c.c.); pertanto, sarebbe inutile il richiamo alla più generale clausola della buona fede.

Tanto chiarito, l'accezione correttiva della buona fede appare concettualmente più affine al divieto di abuso del diritto di quanto non lo sia quella integrativa: essa sembra, infatti, estranea alla logica dell'osservanza di obblighi che, se non rispettati, determinano una violazione di legge e più vicina, invece, a quella, propria anche del divieto di abuso, di una verifica

⁴⁴ V. le osservazioni di U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicc-Messineo*, XVI, I, Milano, 1974, pp. 12 ss; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, *passim*; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, pp. 172 ss.

compiuta *ex post* da parte del giudice in merito alla conformità dell'esercizio di una posizione soggettiva ad un paradigma comportamentale astratto. Tale osservazione potrebbe dunque far propendere l'interprete per un'assimilazione del divieto in parola alla buona fede e, conseguentemente, all'affermazione per cui attraverso il canone di correttezza sia possibile compiere anche la verifica in merito alla congruenza dell'esercizio del diritto all'interesse che ad esso è sotteso.

L'assunto, tuttavia, può essere agevolmente smentito.

Ed invero la buona fede correttiva, che in via puramente teorica appare nettamente distinguibile da quella integrativa, in realtà non si dimostra tale allorchè si considerino i due concetti in una logica applicativa. Identificare la buona fede quale parametro di valutazione della condotta delle parti *in executivis* si traduce inevitabilmente nell'individuazione da parte del giudice di obblighi di comportamento ulteriori rispetto a quelli di fonte negoziale. In altri termini, considerare la buona fede come fondamento di una valutazione della condotta delle parti, ultronea rispetto a quella relativa all'osservanza dell'accordo contrattuale, significa presupporre che, accanto alle clausole contrattuali, vi siano regole ulteriori cui le parti debbono conformarsi, giacché, a ben vedere, non è concepibile una valutazione che non rimandi, quale parametro di giudizio, ad una regola, per quanto non esplicitata⁴⁵.

Se solo si riflette su questo profilo, si coglie allora la sostanziale convergenza tra le due concezioni della buona fede le cui differenze, quanto al *modus operandi* del canone di correttezza, tendono dunque ad elidersi fino a scomparire. Ciò che, semmai, continua a distinguere le due impostazioni è il diverso punto di vista assunto: da un canto, infatti, quanti propendono per l'attribuzione alla buona fede di una funzione integrativa, ne considerano eminentemente l'incidenza sulla struttura genetica del rapporto obbligatorio, vale a dire nel momento in cui esso sorge; dall'altro, i fautori della tesi

⁴⁵ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 151.

correttiva focalizzano piuttosto l'attenzione sulla fase di attuazione dell'obbligazione⁴⁶.

In entrambi i casi, tuttavia, per tutto quanto detto, la buona fede si risolve nell'individuazione di regole da parte del giudice. Sicché, l'eventuale statuizione in merito all'assunzione di una condotta ad essa contraria si traduce, al pari di quanto già dimostrato con riferimento alla concezione integrativa, in una violazione di diritto e non, invece, in un abuso del medesimo.

3.3. *Segue.* La buona fede solo eccezionalmente è criterio di governo della discrezionalità.

Le osservazioni svolte fino a questo momento sono state dirette a dimostrare l'estraneità, sul piano delle fattispecie, tra la violazione del canone di buona fede e l'abuso di diritto soggettivo.

Occorre ora approfondire il profilo della *funzione della buona fede* per avvalorare definitivamente le conclusioni cui si è pervenuti. Si tratta cioè di chiarire meglio quali siano i problemi che il legislatore abbia inteso risolvere con la previsione di tale clausola generale.

Ebbene, nonostante le esaminate diversità di approccio che, almeno in via teorica, distinguono la concezione della buona fede integrativa da quella correttiva, si può tuttavia affermare che il compito che, al fondo, è ad essa assegnato dagli interpreti sia innanzitutto uno: dirigere il comportamento delle parti verso la collaborazione necessaria per l'effettiva e compiuta realizzazione dell'assetto di interessi al quale si sono vincolate con la conclusione dell'accordo.

Ed invero entrambe le concezioni condividono l'idea per cui la buona fede intervenga rispetto ad un regolamento negoziale interamente definito, come si evince dal fatto che per ambedue le prospettazioni essa costituisce la matrice di obblighi di comportamento (immaginati come esistenti fin dalla

⁴⁶ La sostanziale vicinanza tra le due teorie è evidenziata da A. DI MAJO, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *Corriere giur.*, 1991, p. 794.

conclusione dell'accordo o dal momento della sua esecuzione) accessori e strumentali alla conservazione ed all'effettivo adempimento del patto negoziale. Ciò, in concreto, comporta l'apposizione di limiti alle pretese creditorie o l'ampliamento di obblighi del debitore alla luce dell'interesse della controparte, con lo scopo finale di consentire una proficua esecuzione dell'accordo, in coerenza con il dato normativo che grava dell'obbligo di buona fede ambedue le parti del rapporto obbligatorio o (più specificamente) contrattuale.

In definitiva, impiegando un'espressione particolarmente efficace della giurisprudenza⁴⁷, si può affermare che *la buona fede* rappresenti un *criterio di reciprocità connotato da una struttura relazionale*. Essa implica la valutazione comparativa d'interessi contrapposti per stabilire quale sia il limite entro il quale si possa pretendere che ciascuna delle parti del rapporto salvaguardi le utilità dell'altra senza pregiudicare le proprie. A ciò, del resto, è funzionale l'individuazione, per il necessario tramite dell'interprete, degli obblighi di cui il canone di buona fede è considerato tradizionalmente fonte.

A tale logica, rimane però estraneo il divieto di abuso che postula un apprezzamento da parte del giudice che ha inizio e si esaurisce nella sfera del titolare della prerogativa esaminata.

Ed invero occorre chiarire ora ciò che fino a questo momento si è solo intuito. L'eventuale sviamento dall'interesse sotteso all'ascrizione del diritto, che sostanzia l'abuso, comporta un giudizio che si articola in due momenti. In primo luogo, si deve procedere alla concreta individuazione dell'interesse che il soggetto abbia perseguito nel servirsi delle facoltà e dei poteri che gli sono attribuiti dalla legge; in secondo luogo, si deve effettuare la sua comparazione con quello che si ritiene sia sotteso dal legislatore alla posizione di vantaggio.

Quanto a quest'ultimo accertamento, si tratta senz'altro di una questione interpretativa che involge l'esame attento della norma giuridica e della sua *ratio* normalmente realizzabile da parte del magistrato.

Con riferimento al primo, invece, il giudice nel rispetto dei carichi probatori, deve valutare i fatti per stabilire se da essi sia possibile ricavare l'interesse

⁴⁷ Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, cc. 1397 ss.

che abbia spinto l'agente ad agire⁴⁸ e dunque confrontarlo con quello tipico; qualora tale indagine non conduca ad un esito soddisfacente, perché il fatto non si dimostra sufficientemente esplicativo, allora non gli rimane che apprezzare lo sviamento dall'interesse per il tramite di indici sintomatici quali il difetto di coerenza, proporzionalità, pertinenza della condotta dell'agente rispetto all'interesse cui la medesima avrebbe dovuto essere orientata⁴⁹, alla luce di un canone di ragionevolezza⁵⁰.

A compimento di tale analisi, giova infine esaminare taluni referenti normativi i quali consentono di escludere che la correttezza sia, se non eccezionalmente, una clausola volta a realizzare un sindacato, tipico del divieto di abuso, in merito all'esercizio di prerogative discrezionali, corroborando così definitivamente la tesi fin qui sostenuta: si tratta degli artt. 1358 e 1460, comma 2, c.c.

La prima norma impone alla parte che abbia acquistato un diritto sotto condizione risolutiva o lo abbia alienato sotto condizione sospensiva di tenere un comportamento conforme a buona fede al fine di conservare integre le ragioni dell'altra parte. La seconda, invece, stabilisce che il rifiuto di adempiere di uno dei paciscenti (c.d. eccezione d'inadempimento), apparentemente giustificato dal fatto che l'altro si rifiuti di adempiere la propria prestazione o non offra di eseguirla contemporaneamente, sia precluso, se, avuto riguardo alle circostanze del caso, risulti contrario a buona fede.

Ebbene, ad avviso di attenta dottrina⁵¹ in queste ipotesi il canone di correttezza assolve al ruolo di limite posto alla prerogativa di una parte piuttosto che la funzione di garantire l'aderenza del comportamento delle parti al regolamento negoziale. L'assunto si ricava dall'esame del dato normativo, ma anche da una valutazione più ampia di ordine sistematico.

⁴⁸ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 32 precisa come l'interesse che ha mosso l'agente non solo in questa sede, ma in tutta la dinamica giuridica, rileva peraltro solo se, fuoriuscendo dal foro interno del soggetto, si oggettivi in indici apprezzabili emergenti dati fatti per come provati dalle parti.

⁴⁹ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 250.

⁵⁰ Quanto alla tensione di questo giudizio con il principio della certezza del diritto si rimanda al Capitolo III.

⁵¹ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 168.

Ed invero da un'interpretazione letterale delle norme si ricava che la buona fede sia qui funzionale a conformare talune prerogative specifiche, che trovano la propria fonte nella conclusione dell'accordo contrattuale, al canone di correttezza che, dunque, ne argina e preclude l'esercizio arbitrario. In secondo luogo, da punto di vista sistematico l'introduzione nel sistema codicistico degli artt. 1358 c.c. e 1460, comma 2, c.c. non avrebbe avuto effettiva ragione di essere se con essi il legislatore avesse voluto assegnare al canone di correttezza una funzione analoga a quella ad esso già riconosciuta dagli artt. 1175 e 1375 c.c. Queste ultime norme, infatti, sono disposizioni che, rispettivamente, riguardano l'esecuzione del rapporto obbligatorio nella sua *interessa*, così come la relazione contrattuale nel suo *complesso* e, pertanto, sarebbero state idonee a trovare applicazione anche in relazione all'esercizio del diritto in pendenza della condizione ed all'eccezione di inadempimento⁵². Sicché, è possibile affermare conclusivamente che tali articoli dimostrano come la buona fede solo eccezionalmente svolga in ambito contrattuale la funzione di argine rispetto all'esercizio di singole posizioni di vantaggio attribuite alle parti.

Va ricordato, peraltro, che anche in questa seconda veste la correttezza continua a presentare una chiara struttura relazionale: il limite all'esercizio delle prerogative discrezionali in esame tracciato *ex post* dal giudice sulla base del sindacato di conformità al canone di buona fede deve sempre essere definito avendo riguardo alla salvaguardia degli interessi dell'altra parte. La logica che governa il giudizio rimane dunque sempre quella del bilanciamento.

Se così stanno le cose, tuttavia, si deve smentire definitivamente l'opportunità di una ricostruzione che metta in relazione il divieto di abuso alla buona fede obiettiva.

Quest'ultima opera, infatti, quale criterio di valutazione della condotta di entrambe le parti del rapporto obbligatorio funzionale all'effettiva attuazione dell'accordo negoziale, costituendo dunque una penetrante regola di conformazione del rapporto contrattuale. Ad essa rimane invece estranea la considerazione del profilo teleologico-causale del

⁵² *Idem*, p. 170.

diritto, vale a dire delle finalità che il titolare della prerogativa persegue cui, invece, ci si suole riferire quando si richiama il divieto di abuso⁵³.

Pertanto, si ritiene in ultima analisi di condividere la tesi di chi in dottrina ritiene che le valutazioni realizzabili per il tramite di buona fede ed abuso divergono “a tal punto che l’apprrezzamento dell’utilità della figura dell’abuso risulta subordinato proprio alla totale emancipazione da altre nozioni, *in primis* proprio quella di buona fede”⁵⁴.

4.1. L’abuso del diritto in una prospettiva funzionalistica, ovvero deviazione rispetto all’interesse per il quale il diritto è riconosciuto dall’ordinamento.

La centralità degli artt. 833 c.c. e 1438 c.c.

L’esame delle concezioni e della funzione della buona fede elaborate da parte della dottrina ed accolte dalla giurisprudenza ha consentito di pervenire a due esiti tra loro intimamente connessi: la correttezza, indipendentemente dalla prospettazione che di essa si intenda accogliere, ha eminentemente quale scopo la salvaguardia delle utilità della controparte del rapporto, nei limiti di un sacrificio apprezzabile e, per questo, presenta una struttura relazionale in quanto postula un giudizio di bilanciamento degli interessi delle parti. Essa opera grazie al necessario intervento dell’interprete e, dunque, nel concreto, del giudice: quest’ultimo è, infatti, chiamato a valutare *ex post* i comportamenti delle parti per stabilire se, nelle circostanze processualmente accertate, il soggetto cui sia rimproverata la condotta contraria a buona fede l’abbia effettivamente assunta; tale giudizio si traduce nella concretizzazione, volta per volta, delle condotte che la parte avrebbe potuto e dovuto tenere.

Alla luce di questi punti fermi, suffragati da argomenti di tipo logico ed ancorati al dato normativo, si è giunti dunque ad affermare l’ontologica estraneità alla buona fede del divieto di abuso del diritto, definito infatti

⁵³ G. D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, cit., p. 17.

⁵⁴ C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2562.

comunemente dagli interpreti quale deviazione della posizione di vantaggio rispetto all'interesse per la quale è attribuita dall'ordinamento.

Non resta ora che procedere con la *pars construens* del ragionamento, volta a definire, esclusa dunque la buona fede, se e quale possa essere la corretta prospettazione tecnico-giuridica del principio.

In proposito, si ritiene che occorra in primo luogo avere riguardo al disposto dell'art. 833 c.c. che si presta ad essere un idoneo referente normativo del divieto di abuso del diritto in forza di una pluralità di argomenti che si andranno a sviscerare.

Come noto, la norma pone il divieto dei cosiddetti atti emulativi, ovvero di tutti quegli atti realizzati dal proprietario senza trarne alcuna utilità e finalizzati soltanto al nocimento altrui.

Tale disposizione è stata letta dai primi interpreti quale ultimo e tangibile esito della scelta compiuta da parte dei redattori del Codice del 1942 di abbandonare definitivamente l'introduzione di una norma di portata generale volta a sancire il divieto di abuso del diritto. Nel timore che la previsione positiva di tale principio potesse attentare alla certezza del diritto, si decise, infatti, di formulare in materia proprietaria l'articolo in commento, nel quale è stato recepito il concetto antico di *aemulatio*, già noto alla giurisprudenza sotto la vigenza del Codice del 1865, pur nel silenzio del legislatore⁵⁵.

All'indomani della sua entrata in vigore, la dottrina⁵⁶ si orientò verso un'interpretazione restrittiva dell'art. 833 c.c. per escludere definitivamente la possibilità di fare della norma strumento volto a consentire di dare cittadinanza nell'ordinamento al divieto di abuso del diritto, così minando la certezza del diritto.

Per parte sua la giurisprudenza, in accordo con questa impostazione, ancora oggi privilegia un'opzione ermeneutica volta sostanzialmente a svuotarne il contenuto precettivo. Ed infatti, per escludere il carattere emulativo dell'atto, ritiene di regola sufficiente la sussistenza di una pur minima utilità per il proprietario derivante dell'esercizio del diritto dominicale, addirittura

⁵⁵ M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, cit., pp. 294-295.

⁵⁶ M. ALLARA, *Atti emulativi (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 33 ss.; A. TORRENTE, *Emulazione (diritto civile)*, in *Novissimo dig. it.*, VI, Torino, 1960, pp. 521 ss.

anche laddove contraria all'ordinamento giuridico⁵⁷. D'altro canto, spesso valorizza esasperatamente il profilo soggettivo dell'*animus nocendi* del titolare del diritto, richiedendo, per l'operatività della norma, la dimostrazione del fatto che il proprietario abbia agito avendo quale unico scopo quello del pregiudizio altrui⁵⁸.

In definitiva, tale consolidato indirizzo interpretativo richiede la presenza contestuale di due elementi ai fini dell'applicabilità della norma: uno oggettivo, rappresentato dall'assenza di utilità; uno soggettivo che si sostanzia nell'intenzione di nuocere. È ben chiaro dunque come questo orientamento sia suscettibile di attenuare l'impatto sistematico della norma e, di conseguenza, ne abbia precluso nel tempo il richiamo alla stregua di disposizione sintomatica di un principio generale dell'ordinamento quale l'abuso del diritto⁵⁹.

Cionondimeno, tale opzione ermeneutica restrittiva in dottrina è stata progressivamente abbandonata.

Ed invero, secondo una prima prospettazione l'*animus nocendi*, pur continuando a rappresentare un elemento indefettibile della fattispecie, può essere dimostrato agevolmente ricorrendo a presunzioni ed, in particolare, dalla circostanza, obiettiva, per cui l'atto non arreca al proprietario alcuna utilità⁶⁰. Altri interpreti hanno svalutato l'elemento soggettivo ed attenuato, conseguentemente, il rigore dell'onere della prova, identificandolo nella

⁵⁷ Sul punto Cass., 25 marzo 1995, n. 3558, in *Giur. it.*, 1996, I, 1378; Cass., 18 agosto 1986, n. 5066, in *Mass. Giur. it.*, 1986; Cass., 6 febbraio 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 144.

⁵⁸ Nelle pronunce della Suprema Corte in materia ricorre, infatti, la seguente massima: "Per aversi atto emulativo vietato ai sensi dell'art. 833 c.c., è necessario che l'atto di esercizio del diritto sia privo di utilità per chi lo compie e sia posto in essere al solo scopo di nuocere o di recare molestia ad altri. Tra gli arresti più recenti in cui ricorre l'enunciazione di tale principio di diritto: Cass., 11 aprile 2001, n. 5421, in *Vita not.*, 2001, p. 825; Cass., 26 novembre 1997, n. 11852, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce "Emulazione" [2580], n. 2; Cass., 16 gennaio 1996, n. 301, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce "Emulazione" [2580], n. 2. Particolarmente significativa appare poi Cass., 20 ottobre 1997, n. 10250, in *Foro it.*, 1998, I, cc. 69 ss., con nota di A. MOLITERNI-A. PALMIERI, "Dormientibus iura soccurrunt": *eutanasia dell'art. 833 c.c.*, che ha escluso a priori la possibilità di configurazione di un atto emulativo in caso di assunzione da parte del proprietario di una condotta omissiva (nella specie si trattava della mancata potatura di un filare di arbusti che impediva di godere del panorama dal fondo soprastante) sulla scorta dell'osservazione per cui tale condotta comporta comunque una qualche utilità per il soggetto che la assume dal momento che consente al soggetto che la assume di conseguire un risparmio in termini di spesa o, comunque, di dispendio di energie psicofisiche.

⁵⁹ Si esprime in questi termini G. ALPA, *L'arte del giudicare*, Roma-Bari, 1996, p. 8.

⁶⁰ L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 503.

mera consapevolezza dei riflessi dannosi dell'atto, mutuando il modo in cui tale profilo è interpretato nell'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c.⁶¹. Autorevoli voci dottrinarie⁶², infine, più radicalmente hanno aderito ad un'interpretazione oggettiva del concetto di emulazione. In altre parole, la disposizione in esame non attribuirebbe rilievo all'intento soggettivo dell'agente quanto, piuttosto, al risultato lesivo che l'atto realizza.

La dottrina ha poi cercato di allargare le maglie applicative della norma anche sul versante oggettivo, escludendo che la sussistenza di una minima utilità, bizzarra o futile, possa risultare sufficiente per escludere il carattere emulativo dell'atto⁶³.

Superati gli scogli ermeneutici che, di fatto, ne precludevano l'applicazione, alcuni autori sono dunque giunti ad affermare che l'art. 833 c.c. costituisca la dimostrazione positiva dell'esistenza di un principio che vieta l'abuso del diritto nell'ordinamento italiano. La norma, invero, preclude l'assunzione da parte di un soggetto, legittimo titolare del diritto di proprietà, di un comportamento che sia *concretamente* volto a recare danno ad altri, piuttosto che a soddisfare gli interessi del proprietario, benché *apparentemente* conforme alla fattispecie astratta⁶⁴. Dall'esame testuale se ne ricava, dunque, la *ratio*: la necessità che il diritto dominicale non sia esercitato in maniera difforme rispetto agli interessi per i quali è riconosciuto dal legislatore.

Il fatto che nel Codice gli atti emulativi siano stati imperniati sull'elemento dell'*animus nocendi* non deve peraltro sviare l'interprete. Ed, infatti, il diritto di proprietà da sempre risulta connotato da un contenuto amplissimo che riflette l'estensione dell'interesse ad esso sotteso; sicché, "l'ampiezza che contrassegna l'interesse proprietario rende difficile la configurazione di uno sviamento da esso"⁶⁵, il quale si evince con una certa nettezza soltanto qualora il singolo atto sia realizzato dal proprietario per recare danno o

⁶¹ D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, p. 737.

⁶² C.M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, Milano, 1999, p. 196; F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, Milano, 2005, p. 1988.

⁶³ A. TORRENTE, *Emulazione*, cit., p. 522.

⁶⁴ In particolare, v. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., pp. 25 ss.

⁶⁵ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 99.

molestia ad altri. In definitiva, l'*animus nocendi* sarebbe elemento testuale di emersione della fattispecie abusiva.

L'art. 833 c.c. in definitiva si pone rispetto al divieto di abuso in un rapporto di genere a specie⁶⁶, dal momento che dà cittadinanza nell'ordinamento e specifica nell'ambito della materia proprietaria l'essenza di tale ultimo principio. In particolare, infatti, attribuisce rilevanza sul piano del diritto positivo, reprimendolo, al profilo – evidenziato in questo lavoro fin dalle prime battute – dello sviamento dall'interesse sotteso alla posizione soggettiva attribuita dall'ordinamento che rappresenta il fulcro concettuale dell'abuso e lo distingue da altre clausole generali, quali, innanzitutto, la buona fede obiettiva⁶⁷.

In ultima analisi, a partire dall'art. 833 c.c. si può ricavare un principio generale dell'ordinamento in forza del quale quest'ultimo nega tutela ai privati o la revoca ove vogliano perseguire, per il tramite della prerogativa loro attribuita, uno scopo diverso dal soddisfacimento di un proprio interesse, riconosciuto dalla legge degno di tutela⁶⁸.

4.2. Segue. L'*animus nocendi* dell'art. 833 c.c. ed i suoi rapporti con l'*exceptio doli*.

La valorizzazione del profilo dell'*animus nocendi* nel disposto letterale dell'art. 833 c.c., inteso quale indice normativo del divieto di abuso del diritto, ha fatto sì che taluni interpreti accostassero il divieto di abuso alla c.d. *exceptio doli*. Occorre, pertanto, formulare qualche riflessione in merito ai rapporti tra le due fattispecie.

⁶⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, cit., p. 196. Condivide questa impostazione F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, cit., p. 1988.

⁶⁷ In dottrina peraltro vi è chi, invece, sembra ritenere che l'art. 833 c.c. debba sì essere richiamato, quale indice normativo sintomatico dell'ammissibilità del divieto di abuso del diritto nell'ordinamento italiano, ma soltanto nella materia dei diritti reali e non anche, invece, in quella contrattuale; in quest'ultimo caso, infatti, è ritenuto pertinente il richiamo al principio di buona fede (così G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, pp. 613 ss). Nondimeno, si ritiene di non aderire a tale opzione interpretativa sulla scorta della già rilevata ontologica diversità tra divieto di abuso e clausola generale di correttezza (su cui v. *supra* § 3.1.; 3.2).

⁶⁸ V. le osservazioni di U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e "interesse nel diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, p. 44.

Nata nell'ambito del diritto romano con funzione eminentemente equitativa⁶⁹, l'*exceptio doli* è ormai da tempo ammessa nel nostro ordinamento quale rimedio di carattere generale volto a paralizzare gli effetti di una fattispecie al ricorrere dell'intento doloso o, quantomeno, della malafede⁷⁰ del titolare della posizione di vantaggio.

Il suo fondamento normativo è stato rinvenuto dagli interpreti ora nel disposto degli artt. 1175 e 1375 c.c.⁷¹, ora, invece, in una pluralità di norme, contenute prevalentemente nel Codice civile ed operative in settori eterogenei, accumulate proprio dal fatto di neutralizzare gli effetti di una fattispecie nel caso in cui il soggetto abbia agito nella consapevolezza di arrecare danno ad altri. Si fa riferimento in particolare agli artt. 743, 765, 926, 1260, comma 2, 1359, 1426, 1505, 1606, 1993, comma 2, 2384, comma 2, 2941, n. 8, c.c., nonché all'art. 21 l. camb. ed all'art. 25 l. ass.⁷².

Attenta dottrina⁷³ ha rilevato in proposito come l'*exceptio doli*, se accostata al canone di buona fede, abbia un'essenza diversa rispetto a quando essa viene legata alle disposizioni da ultimo richiamate. Nel primo caso, infatti, condivide la funzione attribuita alla clausola di correttezza e, pertanto, opera, analogamente a quest'ultima, eminentemente in una logica di bilanciamento degli interessi delle parti del rapporto obbligatorio.

⁶⁹ In diritto romano la categoria aveva un ruolo eminentemente equitativo in quanto era funzionale a correggere lo *strictum jus* laddove la sua applicazione formalistica portasse ad esiti confliggenti con la *naturalis aequitas* (v. in proposito per approfondimenti G.L. PELLIZZI, *Exceptio doli* (diritto civile), in *Novissimo Dig. it.*, VI, Torino, 1960, pp. 1078 ss.

⁷⁰ L'intento doloso ricorre allorchè il fatto pregiudizievole per la controparte come vero e proprio obiettivo della condotta del titolare del diritto; la malafede, invece, si traduce nella mera consapevolezza di ledere l'altrui diritto.

⁷¹ L. CARRARO, *Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 792; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pp. 37-39; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., pp. 312-313; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 173.

⁷² Così C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 158. L'Autore peraltro evidenzia come non vi sia unanimità di vedute in merito all'individuazione delle norme che concretizzano la *ratio* dell'*exceptio doli*, tanto è vero che in dottrina A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, cit., pp. 12-13 ha ricompreso tra esse anche gli artt. 1220, 1432, 1450 e 1462 c.c.

⁷³ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 162. In particolare, l'Autore chiarisce in maniera assai persuasiva come sia proprio la malafede del titolare del diritto, nelle disposizioni normative ricordate, a determinare in via d'eccezione l'inefficacia della fattispecie.

Si pensi, per comprendere con immediatezza il meccanismo dell'*exceptio doli*, al semplice, ma indicativo disposto dell'art. 926 c.c.: la norma stabilisce che il proprietario di un fondo sul quale siano migrati colombi, conigli o pesci da una colombiera, conigliera o peschiera ne diventi automaticamente proprietario, *a meno che* quest'ultimo non abbia provocato tale migrazione con frode.

Nel secondo, invece, come del resto si ricava dall'analisi delle norme conferenti, consente di neutralizzare l'intento malizioso del soggetto che ha agito nonostante sapesse di pregiudicare l'altrui sfera giuridica, paralizzando gli effetti della fattispecie.

Del perché la buona fede e, dunque, per quanto appena detto, anche l'*exceptio doli* che ad essa sia accostata, si pongano su un piano differente rispetto al divieto di abuso del diritto si è già discusso (v. *supra* § 3.1).

In questa sede va piuttosto colta l'importante differenza che intercorre tra l'*exceptio doli*, come reazione alla malafede che contrassegna l'esercizio di un certo diritto, ed il principio in esame.

Essa, a ben vedere, risiede in ciò: ricorre un'ipotesi di abuso di diritto allorchè l'esercizio concreto della prerogativa si traduca in una deviazione rispetto all'interesse per il quale la posizione di vantaggio è riconosciuta dall'ordinamento; l'*exceptio doli* opera invece per neutralizzare gli effetti che la legge normalmente ricollegherebbe ad una certa fattispecie quando la condotta del soggetto chiamato a giovarsene sia stata maliziosa. In tale ultimo caso, in definitiva, è ben possibile che il titolare del diritto stia perseguendo l'interesse che al diritto è connaturato; è però rilevante e dirimente che costui agisca, *nonostante* la consapevolezza di danneggiare un terzo.

4.3. *Segue.* La rilevanza dell'art. 1438 c.c. quale ulteriore momento di emersione normativa del divieto di abuso del diritto.

Accanto all'art. 833 c.c. anche l'art. 1438 c.c. costituisce un importante indice normativo sintomatico dell'esistenza di un principio di divieto di abuso del diritto nell'ordinamento italiano. L'interrelazione di tale disposizione al fenomeno giuridico dell'abuso è stata colta da autorevole dottrina già da tempo⁷⁴; la dimostrazione puntuale del fatto che l'art. 1438

⁷⁴ In dottrina più di un Autore ha, infatti, rilevato come alla fattispecie descritta dall'art. 1438 c.c. sia sottesa una vicenda di abuso del diritto: così V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, cit., pp. 181-183; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., p. 168.

c.c. sottenda una vicenda di abuso e, pertanto, sia utile alla ricostruzione di questo principio nell'ordinamento civilistico appare essere, invece, un'acquisizione più recente.

In proposito, giova ricordare che la norma in esame dispone l'annullabilità del contratto qualora uno dei paciscenti abbia tratto dalla conclusione del negozio un vantaggio ingiusto quale contropartita per la rinuncia a far valere un proprio diritto di cui avesse minacciato in precedenza l'esercizio. Gli elementi costitutivi della fattispecie sono dunque tre: la minaccia all'esercizio del diritto; la conclusione dell'accordo negoziale e, soprattutto, il vantaggio ingiusto.

Tanto chiarito, si osserva persuasivamente in dottrina che la connessione eziologica tra la minaccia di far valere un proprio diritto e la conclusione di un accordo quale contropartita per la rinuncia ad esercitarlo non presenti di per sé profili di illiceità, esprimendo l'autonomia negoziale dei contraenti nel rispetto dell'art. 1322 c.c.⁷⁵

Non può però neppure ritenersi che ciò che la norma miri a reprimere, pur nel diverso avviso di una parte degli interpreti⁷⁶, sia la mera sperequazione tra la posizione del soggetto che abbia ottenuto la conclusione del contratto a condizioni a sé favorevoli e quella dell'altro che le subisce. Così opinando, infatti, si sposta il baricentro dell'attenzione dell'interprete sul solo "vantaggio" richiamato dall'art. 1438 c.c., ignorando invece l'attributo, pur richiesto, dell'ingiustizia. Si giunge ad affermare cioè, in spregio al dato normativo, che al giudice, per annullare l'accordo, sia sufficiente rilevare una sproporzione, in termini di valutazione economica del regolamento contrattuale, tra quanto ottenuto dalla parte che abbia minacciato l'esercizio del diritto e da quella che abbia accettato di concludere il contratto quale contropartita per la rinuncia all'esercizio del diritto stesso. A ben vedere, in tal modo si perviene però all'esito inaccettabile di ammettere sempre l'annullabilità del contratto che si leghi eziologicamente alla minaccia di far

Significativi spunti in questa direzione si ravvisano anche in A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 496.

⁷⁵ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 269.

⁷⁶ In dottrina v. in particolare E. DEL PRATO, *La minaccia di far valere un diritto*, Padova, 1990, spec. p. 47; in giurisprudenza v. Cass., 24 luglio 1993, n. 8290, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce "Contratto in genere" [1740], n. 431.

valere un diritto. La stipulazione dell'accordo, infatti, è sempre vantaggiosa per la parte che l'abbia ottenuta, rinunciando all'esercizio del diritto in precedenza minacciato giacché essa costituisce proprio il corrispettivo della rinuncia.

Si deve allora ritenere che la norma di cui all'art. 1438 c.c. miri, più propriamente, a tutelare la libertà negoziale del soggetto che accetta la conclusione dell'accordo per evitare l'esercizio del diritto, consentendo l'annullabilità del contratto ogni volta in cui sia stato realizzato il conseguimento da parte di chi abbia realizzato la minaccia di un vantaggio che presenti effettivamente i connotati dell'ingiustizia.

Posto innanzitutto che la minaccia di far valere il diritto di per sé è lecita, in quanto rientra nelle facoltà del titolare della prerogativa stessa, tale evenienza ricorre quando *non sussista un'effettiva pertinenza tra minaccia e diritto*, e, pur nell'apparente connessione tra questi ultimi, il soggetto ricorra alla minaccia per conseguire, attraverso la successiva conclusione del contratto, interessi diversi ed ulteriori rispetto a quelli sottesi alla posizione di vantaggio di cui è titolare.

La disposizione normativa, in ultima analisi, postula quale elemento necessario per l'operatività della norma una vicenda di abuso che, ancora una volta, si conferma essere una fattispecie costruita in base al paradigma dello sviamento dell'interesse.

L'abuso così descritto non è però sufficiente per determinare una declaratoria di annullabilità del contratto.

Essa, infatti, può essere pronunciata dal giudice soltanto qualora sia effettivamente dimostrato che la parte non avrebbe mai concluso il contratto a quelle condizioni, se non in forza della minaccia, del tutto strumentale, di far valere il diritto. Non è dunque sufficiente il difetto di pertinenza tra il vantaggio ottenuto da chi minaccia e quello che si sarebbe perseguito attraverso l'esercizio del diritto, ma occorre anche l'accertamento della coartazione della libertà contrattuale protetto dall'art. 1438 c.c.

Del resto, una conferma, seppur non del tutto esplicita, di quanto si è andato sostenendo fino a questo momento si rinviene dall'esame della giurisprudenza, non copiosa, che si è occupata del tema. Ed invero i giudici

di legittimità richiedono che il vantaggio conseguito da parte del soggetto che ha fatto ricorso alla minaccia sia abnorme⁷⁷, ovvero diverso da quello che la prerogativa consentirebbe di perseguire o perlomeno iniquo ed esorbitante rispetto all'oggetto del diritto stesso⁷⁸.

5. Abuso del diritto, violazione di legge, frode alla legge: brevi note intorno ai profili di comunanza e di differenziazione.

Chiarita l'essenza dell'abuso del diritto, si ritiene ora opportuno precisare le differenze che intercorrono tra quest'ultimo e le diverse ma contigue categorie logico-giuridiche della violazione di legge e della frode alla legge. Definito ciò che l'abuso è, l'operazione non dovrebbe risultare particolarmente complessa.

Quanto alla violazione di legge, di per sé la distinzione concettuale è nitida. L'abuso del diritto, infatti, si configura qualora vi sia un'apparenza di conformità al disposto normativo, ma una sostanziale deviazione rispetto all'interesse per il quale la prerogativa è attribuita al suo titolare da parte dell'ordinamento; la violazione di legge, viceversa, postula l'inosservanza direttamente verificabile della legge e, dunque, non richiede alcun sindacato di tipo teleologico causalistico. Ne consegue che l'uno esclude l'altro, non potendosi ipotizzare una fattispecie di abuso in presenza di una già accertata violazione di legge. Ciò induce, in definitiva, alla fondamentale conclusione per cui gli spazi di operatività dell'abuso del diritto crescono in caso di lacune nella tecnica di redazione delle norme attributive di posizioni di vantaggio.

⁷⁷ Cass., 26 maggio 1999, n. 5154, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce "Rapporto di lavoro" [3890], n. 1607; Cass., 16 luglio 1996, n. 6426, in *Notiz. giur. lav.*, 1996, p. 747; Cass., 10 marzo 1994, n. 2325, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce "Contratto in generale" [1740], n. 453.

⁷⁸ Cass., 13 novembre 1996, n. 9946, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce "Contratto in genere" [1740], n. 395; Cass., 30 luglio 1988, n. 4798, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce "Contratto in genere" [1740], n. 382.

Qualche complessità in più, invece, presenta la distinzione tra divieto di abuso del diritto e frode alla legge fra i quali attenta dottrina ha ravvisato, infatti, una “latente similitudine”⁷⁹.

Come noto, l’istituto giuridico della frode alla legge trova il proprio fondamento normativo espresso nell’art. 1344 c.c. che sanziona di nullità, *reputandone illecita la causa*, il contratto che abbia rappresentato il mezzo attraverso cui eludere una norma imperativa.

Ebbene, per comprendere l’essenza di tale norma, va ricordato in via di estrema sintesi che due sono le principali opzioni ermeneutiche fornite da parte degli interpreti in merito a tale previsione: soggettiva ed oggettiva.

Quanto alla prima e più risalente prospettazione, essa postula che sussistesse, al momento della conclusione del contratto e, conseguentemente, possa essere dimostrato in giudizio che le parti dell’accordo lo avessero finalizzato all’elusione di una norma imperativa. Questa interpretazione che fa leva sul dato letterale, laddove parla di contratto quale “mezzo *per* eludere”, richiede, dunque, soltanto uno scopo soggettivo diretto all’elusione della norma imperativa; non ritiene invece necessario che la causa del negozio risulti contrastante con una norma imperativa, pur nel formale rispetto della legge⁸⁰.

La tesi presenta, tuttavia, più di una criticità. In particolare, da taluni⁸¹ è stato rilevato come l’attenzione verso l’elemento soggettivo, per quanto utile, non possa considerarsi dirimente ai fini della valutazione della frode negoziale: essa deve accompagnarsi, infatti, ad un apprezzamento in merito all’oggettiva illiceità della funzione del negozio, al fine di arginare potenziali abusi giudiziari. Altri interpreti⁸², invece, hanno sostenuto che tale opzione renderebbe il disposto dell’art. 1344 c.c. inutile in quanto omologo, dal punto di vista funzionale, a quello della norma successiva. L’art. 1345

⁷⁹ E. NAVARRETTA, *Art. 1344 c.c. – Contratto in frode alla legge*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. GABRIELLI. Vol. 3. *Dei contratti in generale* a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Torino, 2011, p. 679.

⁸⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 191; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 629; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*

⁸¹ R. SACCO, in *Il contratto* di R. SACCO, G. DE NOVA vol. II, Torino, 2004, p. 112.

⁸² D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, vol. I, a cura di E. GABRIELLI, in *Tratt. Rescigno, Gabrielli*, Torino, 2006, p. 630.

c.c., infatti, sanziona di nullità il contratto che sia stato concluso per un motivo illecito determinante comune ad entrambe le parti. Sicché, interpretando il “motivo” quale movente schiettamente soggettivo che induce le parti a concludere il negozio, si può ben ritenere che in esso rimanga compreso anche quel motivo illecito che si identifichi nella violazione di una norma imperativa.

Maggior seguito ha allora avuto la tesi oggettiva che ai fini dell'applicabilità dell'art. 1344 c.c. richiede anche un accertamento in termini obiettivi della illiceità del negozio. Più in dettaglio, accolta la nozione moderna di causa quale funzione economico individuale del contratto e, dunque, sintesi degli interessi in concreto perseguiti, si perviene nella specie a due conclusioni.

In primo luogo, si chiarisce il significato dell'espressione impiegata dal legislatore allorchè dispone che la causa del contratto non è, ma “si reputa” illecita se esso rappresenta il mezzo per eludere una norma imperativa. Si evidenzia come la locuzione sia coerente con l'impostazione bettiana secondo cui la causa nei contratti tipici è funzione economico sociale individuata a monte dal legislatore e, dunque, non può mai essere di per sé illecita. Superata tale nozione di causa, va dunque svalutato anche l'espressione in parola.

Inoltre, e soprattutto, si afferma che il negozio in frode alla legge sia, in definitiva, un contratto a causa illecita la cui peculiarità risiede nel fatto che l'accordo, considerato di per sé, ovvero senza effettuare un'indagine in merito alle circostanze del caso concreto ed alla sua effettiva funzione, appaia conforme alle norme dell'ordinamento. Altri Autori⁸³ in particolare sottolineano persuasivamente come vi sia frode quando la fattispecie negoziale, pur non presentando tutti gli elementi costitutivi della fattispecie vietata dalla norma imperativa, si ponga in contrasto con la sua *ratio*. Ciò accade allorchè si possa affermare, alla luce delle emergenze probatorie, che non sussistesse al momento dell'accordo alcun interesse effettivo alla

⁸³ R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, III ed., II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, p. 114.

realizzazione della fattispecie posta in essere in luogo di quella vietata esplicitamente da parte dell'ordinamento⁸⁴.

Dal canto suo, la giurisprudenza afferma ricorrentemente che il contratto in frode alla legge si caratterizza per una consapevole divergenza tra la causa tipica del contratto prescelto e la determinazione causale delle parti tale da rivelarne l'impiego quale strumento di elusione di una norma imperativa⁸⁵.

Quanto finora specificato dovrebbe essere sufficiente per giungere a tracciare la linea di confine tra la frode alla legge e la figura, "parimenti enigmatica"⁸⁶, dell'abuso del diritto.

In proposito, attenta dottrina ha rilevato come l'affinità con l'abuso del diritto si possa ravvisare essenzialmente nel fatto che entrambe le figure si caratterizzano per un'apparenza di conformità al diritto che, tuttavia, sottende il perseguimento di un risultato contrario al diritto⁸⁷.

Cionondimeno, plurimi sono gli elementi di differenziazione tra le due figure.

In primo luogo, si osserva che la frode alla legge in ambito negoziale trova un proprio fondamento normativo esplicito nel più volte menzionato art. 1344 c.c. e rappresenta, pertanto, tecnicamente un istituto giuridico.

Il divieto di abuso del diritto, come noto, è invece privo di un riscontro nel diritto positivo generale e puntuale. Esso si atteggia quale principio dell'ordinamento civilistico la cui esistenza si ricava da alcuni indici normativi importanti e dagli esiti interpretativi sempre più chiari in questo senso di dottrina e giurisprudenza.

In secondo luogo, le due figure si distinguono, a ben vedere, anche quanto ai connotati della condotta antiggiuridica, sebbene entrambe presuppongano un apprezzamento di tipo obiettivo da parte dell'interprete.

⁸⁴ Così U.M. MORELLO, *Frode alla legge*, in *Digesto civ.*, VIII, IV ed., Torino, 1992, p. 501; Id., *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 19.

⁸⁵ Cass., 9 dicembre 1971, n. 3568, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, p. 967; Cass., SS.UU., 25 ottobre 1993, n. 10603, in *Banca dati De Jure*. Altre pronunce, ponendo l'accento sul coefficiente psicologico che ha ispirato la condotta dei paciscenti, rilevano che è in frode alla legge il contratto che, pur rispondendo a schemi tipici ammessi nell'ordinamento, mira, per volontà delle parti, a raggiungere fini contrari alla legge oppure ad ovviare a divieti tassativi di legge (così Cass., n. 63/1973; Cass., n. 302/1967).

⁸⁶ E. NAVARRETTA, *Art. 1344 c.c. – Contratto in frode alla legge*, cit., p. 679.

⁸⁷ E. NAVARRETTA, *Art. 1344 c.c. – Contratto in frode alla legge*, cit., p. 680.

L'abuso del diritto postula, infatti, un impiego deviato di una posizione di vantaggio in quanto esercitata per il perseguimento di un interesse contrario rispetto a quello per cui la prerogativa è stata prevista dal legislatore nell'ordinamento. Esso evoca dunque il parametro della condotta emulativa o, secondo una diversa tesi, qui non condivisa, il canone di correttezza.

La frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. si sostanzia, invece, in un impiego distorto dell'autonomia privata che si traduce, ad avviso dell'orientamento prevalente, nella conclusione di un accordo la cui causa si pone obiettivamente in contrasto con il disposto di una norma imperativa.

Si potrebbe pertanto ritenere che la categoria dell'abuso costituisca il *genus* all'interno della quale si colloca, come *species*, la frode alla legge, a patto che, però, si adotti una nozione obiettiva di quest'ultima che non consideri, quale elemento costitutivo dell'istituto, l'intento elusivo.

In terzo luogo, va fin da ora evidenziato⁸⁸ che gli interpreti, in assenza di un dato normativo univoco, non sono concordi circa l'individuazione dei rimedi utili per contrastare il fenomeno dell'abuso del diritto. Quanto alla frode, invece, il rimedio esplicitamente previsto da parte del legislatore è quello della nullità del contratto impiegato quale mezzo di elusione della norma imperativa.

In definitiva, alla luce degli argomenti esposti risulta chiaro come la contiguità concettuale tra l'abuso del diritto e la frode alla legge non possa in alcun modo risolversi in una sovrapposizione concettuale tra le due figure.

6.1. La prospettiva rimediale.

La disamina condotta fino a questo momento è stata concentrata prevalentemente sullo studio della fattispecie di abuso del diritto, con il fine di stabilire quale ne sia l'essenza e quali, soprattutto, le ragioni che inducono

⁸⁸ Per un'analisi più specifica del profilo attinente ai rimedi applicabili in caso di accertato abuso del diritto v. *infra* par. 6.

a ritenere che il principio operi su piani diversi rispetto alla buona fede intesa in senso obiettivo.

Non resta ora che analizzare la questione dei rimedi che possono essere apprestati per contrastare le ipotesi di abuso; in particolare, si rivolgerà l'attenzione all'esercizio abusivo del diritto potestativo di recesso, stante la rilevanza delle conclusioni cui si perverrà in tale ambito per il prosieguo della trattazione.

In proposito, si trova affermato in dottrina⁸⁹ che all'accertato abuso del diritto debba conseguire il diniego di protezione da parte dell'ordinamento dei vantaggi ottenuti per il tramite dell'esercizio abusivo della prerogativa in esame.

Nel concreto, però, la soluzione del problema si lega, ancora una volta, al fondamento normativo al quale si ritiene di ancorare il principio.

La prospettazione che intende il fenomeno dell'abuso quale espressione della violazione della buona fede contrattuale intesa nell'accreditata concezione integrativa conduce a ritenere che, qualora l'obbligo di salvaguardia sia disatteso, attraverso l'adozione di un comportamento scorretto, ovvero, per quanto qui interessa, abusivo, allora ricorre un vero e proprio inadempimento, fonte di responsabilità contrattuale a carico del suo autore in base al disposto dell'art. 1218 c.c. Se poi la buona fede è violata nell'ambito di un rapporto contrattuale sinallagmatico, essa non soltanto è fonte di responsabilità, ma legittima altresì, qualora concorrano tutti i presupposti richiesti dal legislatore, la risoluzione del negozio per inadempimento (art. 1453 c.c.). A ben vedere, questa è la soluzione che, dal punto di vista rimediale, s'impone laddove si accolga l'impostazione per cui la buona fede è una regola di condotta che deve presiedere il momento attuativo del rapporto obbligatorio e deve, in quanto tale, essere osservata ed adempiuta dalle parti. Essa è in linea con lo stesso contenuto delle disposizioni normative che sanciscono l'obbligo di buona fede, le quali, infatti, fanno riferimento esplicitamente alla fase di esecuzione dell'accordo negoziale e non al momento della sua conclusione.

⁸⁹ S. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., p. 169.

Si è però osservato come la ricostruzione che collega abuso e buona fede obiettiva appaia poco persuasiva sotto plurimi punti di vista e, viceversa, risulti più soddisfacente una prospettazione in chiave funzionalistica del principio. Se si aderisce a questa tesi, la questione dei rimedi va però trattata in maniera diversa.

In proposito, la dottrina⁹⁰ che si è occupata del tema da questo angolo visuale ha in via preliminare persuasivamente evidenziato come la perimetrazione della fattispecie “abuso del diritto” sia da tenere distinta dal profilo inerente ai rimedi utili per contrastarlo e non dica ancora nulla su di essi. La patologia in esame, infatti, è una questione tutta interna alla singola posizione soggettiva considerata, esaurendosi nella deviazione dall’interesse per il quale quest’ultima è riconosciuta nell’ordinamento. Il rimedio va invece considerato avendo riguardo alla sfera del soggetto vittima dell’abuso e che ad esso pretenda di reagire, tanto più alla luce del fatto che ci muoviamo nell’ambito del diritto civile e, dunque, la logica non è quella della sanzione, ovvero della repressione statale ed autoritativa dell’illecito. In ultima analisi, il rimedio è funzione del pregiudizio e ne postula la sussistenza.

Tanto chiarito, si è osservato che sono molteplici le manifestazioni concrete dell’abuso pregiudizievole giacché diverse ed eterogenee sono le posizioni soggettive attive riconosciute nell’ordinamento attraverso le quali esso si può realizzare. Pertanto, i rimedi avverso l’abuso devono essere duttili quanto il principio che li giustifica, ma, comunque, capaci di apprestare idonea tutela alla sfera giuridica pregiudicata; all’abuso del diritto, in definitiva, non corrisponde necessariamente la sola tutela risarcitoria.

Del resto, questa è a ben vedere la strada talvolta imboccata dalla dottrina che si è spinta alla ricerca di rimedi e eterogenei e diversi dal risarcimento del danno per appagare le esigenze di tutela che sorgono in caso di abuso, in particolare con riferimento al diritto di recesso. Tale questione, per l’importanza che essa avrà in particolare nel proseguo della trattazione, merita peraltro di essere approfondita avendo riguardo a talune importanti tesi dottrinali elaborate in proposito.

⁹⁰ C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, cit., pp. 283-284.

6.2. *Segue. Focus. Il sindacato giudiziale sul recesso abusivo.*

S'intende dunque indagare o se e quale sia il rimedio più idoneo per reprimere l'esercizio abusivo del diritto di recesso.

Come noto, l'istituto del recesso configura un'ipotesi di diritto potestativo giacché attribuisce ad uno o entrambi i contraenti il potere di incidere su un rapporto giuridico costituito con effetto vincolante per le parti, sciogliendo da medesimo sé e l'altro paciscente⁹¹.

L'esercizio di tale diritto si identifica nel compimento da parte del suo titolare di un negozio giuridico unilaterale⁹²; esso si traduce ed esaurisce, infatti, nel compimento di un atto di autonomia privata i cui effetti sono coerenti con la volontà del soggetto recedente. Pertanto, al fine di stabilire quale sia la disposizione normativa applicabile per neutralizzare l'abuso del diritto di recesso, l'attenzione deve essere appuntata proprio su tale negozio, potendosi affermare che in questo caso il diritto s'identifica nell'atto che ne sia espressione.

La questione si è posta in particolare con riferimento al c.d. diritto di recesso *ad nutum*, espressione con la quale tradizionalmente si allude al potere di scioglimento del vincolo contrattuale non soltanto in maniera unilaterale, ma, per ciò che qui rileva, senza che occorra la relativa giustificazione.

Ebbene, in proposito si è osservato come il carattere discrezionale del diritto non possa comunque sconfinare nell'arbitrio ovvero trasformarsi in una forma di recesso *ad libitum*⁹³. Si afferma, cioè, che è precluso al soggetto che

⁹¹ La dottrina assolutamente maggioritaria qualifica il recesso quale diritto potestativo. In tal senso, v. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1987, p. 701.

⁹² R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile. Vol. 2. La parte generale del diritto civile. Il diritto soggettivo*, diretto da R. SACCO, Torino, 2001, p. 287.

⁹³ Secondo un'espressione impiegata nella nota pronuncia Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit. La giurisprudenza ha peraltro avuto modo di pronunciarsi in plurime occasioni sull'esercizio abusivo del diritto di recesso *ad nutum* nell'ambito di un rapporto di apertura di credito, condividendo il fondamentale concetto per cui il carattere *ad nutum* non consente comunque l'arbitrarietà del recesso: Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 648 ss.; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Giust. civ.*, 2000, I; Cass., 23 settembre 2002, n. 13923, in *Banca dati De jure*; Cass., 21 febbraio 2003, n. 2642, in *Mass. Giur. it.*, 2003.

ne sia titolare di procedere al recesso per una “volontà mera”, tale da far apparire al recedente sostanzialmente indifferente, sul piano degli interessi in gioco, optare per il recesso oppure astenersene. Un recesso di tal tipo integra un’ipotesi di abuso del diritto, di deviazione cioè rispetto all’interesse tipico meritevole di tutela per il quale esso è accordato dall’ordinamento. Ed infatti in quest’ottica, l’interesse non è infatti il mero scioglimento di un vincolo contrattuale, bensì lo scioglimento del vincolo suffragato da un motivo ragionevole e, pertanto, meritevole di tutela.

L’assunto si dimostra sul piano normativo a partire dal disposto dell’art. 1355 c.c. che sanziona con la nullità la condizione sospensiva meramente potestativa e che, pur nel silenzio della legge, secondo una parte della dottrina⁹⁴ deve applicarsi anche con riferimento alla condizione risolutiva.

Si osserva, infatti, che il recesso andrebbe accostato proprio alla condizione risolutiva meramente potestativa poiché, a ben vedere, entrambi gli istituti consentono di rendere rilevanti nella vicenda contrattuale le finalità, soggettivamente riferibili ad ognuna delle parti e di regola giuridicamente irrilevanti che sono alla base del contratto. Proprio tali finalità permettono lo scioglimento unilaterale del vincolo contrattuale⁹⁵, sebbene il recesso comporti uno scioglimento *ex nunc*, mentre la condizione, dotata com’è di efficacia reale, *ex tunc*.

Pertanto, non solo per la condizione risolutiva, ma anche per il recesso dovrebbe trovare applicazione il principio, ricavabile dal disposto dell’art. 1355 c.c., per cui limite alla discrezionalità di un atto di autonomia negoziale è l’arbitrio, ovvero il difetto di motivi ragionevoli dell’agire⁹⁶. Inoltre, e per quanto qui soprattutto rileva, si deve concludere che l’interesse sotteso all’esercizio del diritto di recesso *ad nutum* non si identifichi nel mero scioglimento del vincolo, bensì in quello suffragato da un motivo ragionevole; in caso contrario, si versa in un’ipotesi di abuso del diritto.

⁹⁴ P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, cit., p. 268; F. BARBERO, voce “Condizione”, in *Novissimo Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 1103 i quali precisano che

⁹⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1987, p. 521 chiarisce che “la condizione risolutiva meramente potestativa non è, in realtà, una vera e propria condizione, ma un potere di revoca o recesso. Essa, infatti, attribuisce alla parte un diretto potere decisionale in ordine all’efficacia o inefficacia del contratto”. Nello stesso senso S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, *passim*.

⁹⁶ P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, cit., p. 230

Tanto chiarito, un'autorevole impostazione teorica ritiene allora che il giudice possa sindacare l'esercizio arbitrario del recesso per il tramite del disposto dell'art. 1345 c.c. in tema di motivo illecito determinante, evidenziando come il problema dell'abuso di diritto in questo caso "conduca inevitabilmente, sul piano del diritto positivo, ai temi della causa e dei motivi dell'atto"⁹⁷. In particolare, l'indagine sui motivi consentirebbe all'interprete di verificare se il recesso sia stato intimato al ricorrere di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento e, dunque, nel rispetto dell'art. 1322 c.c.

In primo luogo, al fine di dimostrare la tesi enunciata, si osserva come i ristretti margini applicativi del disposto dell'art. 1345 c.c. il quale richiede che il motivo illecito sia comune ad entrambe le parti e determinante il consenso rinvengano la propria *ratio* nella necessità di tutela dell'affidamento delle parti del rapporto contrattuale. Si evidenzia cioè che il contratto non possa essere sanzionato di nullità allorchè risultino illeciti i motivi che abbiano indotto soltanto una delle parti a contrarre perché, così disponendo, tale illiceità graverebbe irragionevolmente anche sul paciscente ignaro di tali motivi, pregiudicandone l'affidamento.

Questa stessa esigenza non si ravvisa con riguardo all'atto unilaterale giacché, in tale ipotesi, la protezione dell'altrui affidamento non si realizza riducendo al minimo la valutazione in ordine ai motivi che hanno spinto la parte ad adottare l'atto. Anzi, attraverso questo tipo di sindacato, senz'altro ammissibile in forza del disposto dell'art. 1324 c.c.⁹⁸, si consente di garantire, sebbene *ex post*, che il titolare del diritto potestativo, al quale, con il compimento dell'atto negoziale, è già concessa un'intrusione unilaterale nella sfera giuridica altrui, ne realizzi perlomeno un esercizio discrezionale, ma non arbitrario.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ E. NAVARRETTA, *Art. 1345 c.c. – Motivo illecito*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. GABRIELLI. Vol. 3. *Dei contratti in generale* a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Torino, 2011, pp. 705-706. La giurisprudenza ha chiaramente affermato l'applicabilità dell'art. 1345 c.c. ai negozi unilaterali ed, in particolare, al diritto di recesso *ad nutum* in più di un'occasione: v. in particolare Cass., 19 ottobre 2005, in *Contratti*, 2006, pp. 481 ss; Cass., 26 maggio 2004, n. 10179, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Agenzia*, n. 36.

Più in dettaglio, superato l'ostacolo concettuale relativo alla possibilità di ricorrere all'art. 1345 c.c., si ritiene, dunque, che, indagando i motivi, così come essi si ricavano dall'esame del comportamento della parte recedente, sia possibile reprimere l'esercizio arbitrario del diritto di recesso. Quest'ultimo ricorrerebbe allorchè dalle emergenze probatorie possa inferirsi che il recesso, per le modalità che lo hanno caratterizzato, sia avvenuto in assenza di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento ed, in definitiva, in contrasto con il disposto dell'art. 1322 c.c., escludendone così la meritevolezza.

In ultima analisi, per il tramite del combinato disposto di quest'ultima norma e dell'art. 1345 c.c. si consentirebbe dunque al giudice di arginare l'abusività del diritto di recesso nel caso in cui essa si atteggi quale vero e proprio arbitrio.

La soluzione ha in sé il pregio di considerare la patologia dell'abuso nella prospettiva causalistica che ad essa appare maggiormente confacente, consentendo all'interprete di neutralizzare gli effetti dell'atto di recesso allorchè sconfini nell'arbitrario.

Secondo una prospettazione ancora più radicale e non priva di persuasività elaborata con riguardo all'art. 2118 c.c., il recesso, ancorché *ad nutum*, non soltanto non deve essere privo di un interesse meritevole di tutela, ma deve altresì essere coerente con l'interesse per il quale esso è attribuito al datore. Quest'ultimo si ricava, nell'attuale quadro ordinamentale, dal dettato costituzionale ed, in particolare, dall'art. 41, comma 2, Cost.⁹⁹.

Si sostiene, infatti, che tale prerogativa costituisca una tipica manifestazione del potere di organizzazione imprenditoriale. Sicché, anch'esso deve soggiacere al disposto dell'art. 41 Cost. che indirizza l'agire imprenditoriale verso il perseguimento dell'utilità sociale e lo conforma al necessario rispetto della dignità personale.

Pertanto, si osserva che il diritto potestativo di recesso, anche quando il legislatore non ne richieda una necessaria giustificazione, debba comunque

⁹⁹ U. NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso "ad nutum" dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, pp. 284 ss.

risultare conforme al canone costituzionale. Ciò senz'altro non si verifica in caso di recesso arbitrario, dettato da un *mero capriccio* del datore di lavoro. A ben vedere, in tale ipotesi, si realizza un abuso del diritto, inteso quale deviazione rispetto all'interesse meritevole di tutela per il quale la prerogativa può essere esercitata.

7.1. La *vis expansiva* del divieto di abuso del diritto: dal diritto civile agli altri rami dell'ordinamento.

Il “fascino seduttivo” del principio del divieto di abuso del diritto¹⁰⁰ ha condotto gli interpreti ad interessarsene in tutti i rami dell'ordinamento. Dal diritto delle obbligazioni e dei contratti, in cui esso è stato teorizzato e studiato maggiormente, e dal quale, pertanto, si è ritenuto di dover prendere le mosse in questa trattazione, è stato esportato innanzitutto in settori specifici dell'ordinamento privatistico, come l'ambito commerciale e lavoristico.

Quanto a quest'ultimo, il secondo capitolo di questo elaborato sarà dedicato per intero ad un esame approfondito degli spazi di operatività, attuali e potenziali, del divieto di abuso del diritto in relazione al rapporto di lavoro alla luce dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Ad esso pertanto si rinvia.

In questa sede, invece, non possono trascurarsi, almeno nei suoi profili più significativi, l'importante elaborazione teorica e le plurime applicazioni giurisprudenziali che del principio in esame sono state realizzate nel diritto societario. Come si avrà modo di apprezzare meglio in seguito, infatti, gli interpreti nella trattazione del tema spesso partono dal presupposto indefettibile secondo cui l'abuso in ambito commerciale non sia altro che un'ipotesi specifica del fenomeno più generale di abuso del diritto di matrice civilistica. Sicché, le osservazioni che essi traggono in questa materia possono senz'altro essere di ausilio per una comprensione più approfondita dell'istituto nel nostro ordinamento.

¹⁰⁰ M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 153.

Una prima significativa ipotesi di abuso è stata individuata nell'impiego distorto del diritto di voto da parte della maggioranza dei soci (c.d. abuso di maggioranza).

Si allude a tutte le ipotesi in cui questi ultimi, esprimendo il proprio diritto di voto, consentano di approvare deliberazioni assembleari che, pur formalmente coerenti con il disposto normativo, contrastino con l'interesse sociale, in quanto volte al perseguimento di vantaggi per una parte soltanto dei soci e non dell'intera compagine. Tale interesse, infatti, alla luce del disposto dell'art. 2247 c.c., s'identifica innanzitutto nella realizzazione di utili in vista della successiva divisione dei medesimi tra tutti i soci; esso connota la causa del contratto di società, esprimendo la funzione in concreto che lo stesso è volto a perseguire¹⁰¹.

Più nello specifico, si osserva infatti come le deliberazioni assembleari, costituiscano lo strumento per il tramite del quale, di volta in volta, si compie l'esecuzione del contratto di società. Pertanto, non solo devono rispettare formalmente quanto per esse previsto dalla legge in modo specifico, ma devono anche essere coerenti con lo scopo comune perseguito con tale contratto che, in definitiva, rappresenta l'interesse meritevole di tutela in vista del quale il diritto di voto è riconosciuto ai soci. Se ciò non accade, allora si configura una fattispecie abusiva¹⁰².

In applicazione di queste coordinate interpretative generali, sono state ritenute abusive le deliberazioni di aumento del capitale sociale quando se ne sia stata ravvisata, non solo quale mero intento psicologico, ma anche sul versante oggettivo, l'idoneità ad escludere dalla compagine il socio di minoranza¹⁰³. La circostanza ricorre, ad avviso della giurisprudenza, nel caso in cui tale aumento sia stato deliberato dal socio di maggioranza in una situazione di grave crisi economica in una situazione di crisi di quello di

¹⁰¹ Si v., in particolare, le chiare argomentazioni di Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Banca dati De Jure* che definisce l'interesse sociale come “*l'insieme degli interessi comuni dei soci, in quanto parti del contratto di società, concretantesi nell'interesse alla produzione del lucro, alla massimizzazione del profitto sociale, inteso come massimizzazione del valore globale delle azioni o delle quote, al controllo della gestione dell'attività sociale, alla distribuzione dell'utile, alla alienabilità della propria partecipazione sociale, alla determinazione della durata del proprio investimento e, quindi, allo scioglimento della società*”.

¹⁰² Non di rado peraltro gli interpreti richiedono inoltre che l'operazione sia realizzata con un intento fraudolento nei confronti dei soci di minoranza.

¹⁰³ In questo senso Trib. Monza, 20 febbraio 1998, in *Società*, 1998, p. 1314.

minoranza di cui il primo sia a conoscenza che, dunque, non consenta a quest'ultimo di sottoscrivere l'aumento, con conseguente espulsione dalla compagine sociale.

Parimenti, una deviazione rispetto all'interesse tipico cui le deliberazioni assembleari devono tendere è stata ravvisata dalla Corte di Cassazione nella decisione votata dalla maggioranza di attribuire un compenso all'amministratore di una società di capitali avente una misura ritenuta sproporzionata rispetto alle funzioni svolte¹⁰⁴.

Sul piano effettuale, secondo una parte minoritaria degli interpreti¹⁰⁵ la deliberazione assembleare in cui si sia tradotto l'esercizio del diritto di voto per il perseguimento di un interesse diverso da quello sociale deve considerarsi nulla per illiceità della causa che la connota. Ed, invero, si trova affermato che le deliberazioni non sono altro che atti per il tramite dei quali si dà concreta attuazione al contratto di società; la loro causa, pertanto, deve essere coerente con la funzione dell'accordo sociale. In caso contrario, la funzione in concreto perseguita con la deliberazione si pone in contrasto con lo stesso disposto dell'art. 2247 c.c. e, pertanto, è illecita.

Cionondimeno, gli approdi dottrinali e le pronunce più recenti¹⁰⁶, pur prendendo le mosse dalla descritta prospettiva teleologica, hanno rinvenuto la base normativa del divieto di abuso del diritto ancora una volta nel disposto dell'art. 1375 c.c. Si è in particolare osservato come le determinazioni dei soci durante lo svolgimento del rapporto associativo debbano essere considerate a tutti gli effetti atti di esecuzione del contratto sociale in quanto preordinati alla migliore attuazione di quest'ultimo; esse, pertanto, secondo tale prospettazione, debbono soggiacere al rispetto del canone di correttezza che governa l'agire delle parti nell'esecuzione del regolamento contrattuale. Si è dunque concluso nel senso che l'assunzione di una deliberazione in contrasto con l'interesse sociale rappresenti una

¹⁰⁴ Cass., 17 luglio 2007, n. 15942, in *Banca dati De Jure*.

¹⁰⁵ Cass., 7 febbraio 1963, n. 195, in *Foro it.*, 1963, I, c. 685. In dottrina G. ROSSI, *Utili di bilancio, riserve e dividendo*, Milano, 1956, pp. 442 ss. ha sostenuto che la deliberazione assembleare in cui si sia tradotto l'esercizio abusivo del potere di voto sia da considerarsi invalida, più propriamente, per illiceità dei motivi.

¹⁰⁶ Si vedano in particolare le considerazioni di Cass., 11 giugno 2003, n. 9353, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1219 ed in *Le società*, 2004, 2, p. 188.

violazione di tale canone, tale da comportare l'annullabilità della medesima ai sensi dell'art. 2377 c.c. In definitiva, s'impiega una clausola che, per tutto quanto si è già chiarito, opera in chiave relazionale per neutralizzare gli effetti di un atto che, a ben vedere, è invece inficiato da una illiceità causale. Rimane peraltro sullo sfondo, quale problema latente che abbraccia tanto l'individuazione della fattispecie abusiva quanto la prospettiva rimediale, quello della sottile linea di demarcazione tra il controllo giudiziale ammesso in merito all'ordinato svolgimento della vita sociale e l'ingerenza, indebita, con riguardo all'opportunità delle scelte gestionali compiute dai soci nell'esplicazione della libertà di iniziativa economica.

7.2. *Segue.*

Si ritiene, infine, di volgere lo sguardo al diritto pubblico, dedicando qualche breve considerazione all'impiego del principio nei settori del diritto tributario e processuale civile.

La ragione fondamentale di questo approfondimento è rappresentata dal fatto che in tali ambiti il principio in esame è stato richiamato nella *ratio decidendi* di alcuni importanti e recenti arresti della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che non possono di certo essere ignorati in una trattazione approfondita sul tema. Attraverso questa indagine, peraltro, si potrà verificare se in rami diversi dal diritto privato il divieto di abuso del diritto sia stato effettivamente inteso con un significato analogo a quello ad esso attribuito nel contesto in cui se ne è avuta la genesi. Così procedendo, in definitiva, si giungerà, ad avviso di chi scrive, ad esaminare il divieto di abuso del diritto in ambito lavoristico possedendo un quadro il più possibile completo e consapevole delle elaborazioni teoriche e delle applicazioni che del principio sono state realizzate negli altri settori dell'ordinamento.

Del resto, proprio nell'ambito tributario che si andrà ora ad esaminare, è stato evidenziato come sarebbe ingenuo ipotizzare che il civilista sia "depositario di una competenza superiore a quella di qualsiasi giurista positivo circa l'utilizzazione della figura", se non altro perché, come si è

visto, la nozione investe questioni di teoria generale che interessano trasversalmente tutti i rami dell'ordinamento¹⁰⁷.

Quanto al diritto tributario, a partire dagli anni Duemila, anche sulla scorta delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria, la Suprema Corte, nel silenzio del legislatore, ha progressivamente ammesso, definendolo, il principio del divieto di abuso del diritto nei rapporti tra contribuente ed Amministrazione finanziaria. Espresse nell'ambito di un settore specifico, come il diritto tributario, le affermazioni della Corte di Cassazione, a ben vedere, hanno spesso valenza più generale, riferendosi all'essenza del divieto di abuso del diritto nell'ordinamento italiano. Esse pertanto forniscono un ulteriore ed utile apporto per un'indagine a proposito di tale principio ed al modo in cui è concepito da parte della giurisprudenza di legittimità.

Si fa riferimento innanzitutto all'importante pronuncia emessa nel 2008 dalla Suprema Corte a Sezioni Unite¹⁰⁸ con la quale è stato affermato che il divieto di abuso rappresenta un principio generale dell'ordinamento tributario in forza del quale è da considerarsi inopponibile all'Amministrazione finanziaria ogni atto che, pur formalmente rispettoso del dato normativo, si riveli in realtà assunto con il fine di acquisire un vantaggio economico.

Il referente normativo di tale principio è ricavato, per quanto concerne la categoria delle imposte dirette, dal disposto dell'art. 53 Cost. A tale ultimo proposito la Suprema Corte ritiene, infatti, che i principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione sanciti, rispettivamente, nei commi 1 e 2 dell'articolo richiamato non rappresentino soltanto il fondamento ultimo delle norme impositive in senso stretto, ma anche di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici fiscali di qualsiasi genere. Pertanto, ad avviso della Corte, nell'ordinamento tributario sono consentite soltanto le operazioni economiche realizzate per perseguire interessi che siano coerenti con tali principi. Viceversa, sono da

¹⁰⁷ F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, rielaborazione della relazione tenuta al Convegno *L'abuso del diritto: tra diritto e abuso*, organizzata dalla Fondazione A. Uckmar con il patrocinio dell'università di Macerata, 20-30 giugno 2012.

¹⁰⁸ Cass., SS.UU., 23 dicembre 2008, n. 30057, cit.

considerarsi vietate non solo quelle che violino direttamente il disposto normativo, ma anche tutte quelle abusive cioè che, pur nel rispetto apparente della legge, siano volte unicamente a conseguire un risparmio fiscale, in assenza di ragioni economiche apprezzabili. Sulla base del dato costituzionale che permette di individuare gli interessi meritevoli di protezione nell'ordinamento i giudici di legittimità ricavano dunque, *a contrario*, il divieto di abuso del diritto.

Nelle argomentazioni della Corte, dunque, l'abuso del diritto è letto in chiave teleologica e non certo relazionale, trattandosi di una fattispecie che ricorre allorchè il fine avuto di mira dal contribuente, nonostante l'apparenza di conformità al diritto, sia diverso rispetto a quello che la disposizione normativa impiegata consente di perseguire in quanto volto al conseguimento di un vantaggio fiscale.

Desta peraltro particolare interesse in questa sede il fatto che, a sostegno della qualificazione del divieto di abuso del diritto quale principio non scritto dell'ordinamento, i giudici di legittimità ricordano il suo impiego in ambito processuale, cui si è poc'anzi fatto riferimento, ritenendo che la pervasività del principio sia un indice sintomatico inequivocabile della sua esistenza e del suo riconoscimento nell'ordinamento italiano.

All'elaborazione giurisprudenziale del principio è seguita assai di recente la sua positivizzazione: il comma 1 dell'art. 1 d.lgs. n. 128/2015 ha inserito nello Statuto dei diritti del contribuente il nuovo art. 10*bis* che, infatti, è rubricato “*Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*” ed ha abrogato, nel contempo, l'art. 37*bis* d.P.R. n. 600/1973. In via di estrema sintesi, va ricordato che abuso del diritto ed elusione fiscale sono stati unificati in un unico concetto a valenza generale con riguardo a tutti i tributi. Il legislatore, inoltre, si è poi spinto a fornire una definizione completa di abuso in ambito tributario, stabilendo che esso si sostanzia nel compimento di “una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”.

Dalla disamina condotta fino a questo momento è piuttosto agevole rilevare come in ambito tributario, perlomeno nella sua traduzione

normativa, il principio presenti alcune peculiarità che lo contraddistinguono rispetto alla sua matrice civilistica. Ed, invero, pur condividendo con quest'ultima il fondamentale profilo dell'apparenza di conformità al dato normativo, la configurazione dell'abuso in tale sede richiede anche la dimostrazione del perseguimento del vantaggio fiscale in uno con l'assenza della sostanza economica dell'operazione realizzata. In definitiva, perché si configuri un'ipotesi di abuso non è sufficiente che ricorra una deviazione rispetto allo scopo per il quale la norma di favore è prevista nell'ordinamento, ma anche che sia dimostrato l'elemento del vantaggio economico insito nell'operazione.

Quanto, infine, all'ambito processuale, per lungo tempo l'idea che potesse ricorrere un abuso del processo, benché non del tutto assente, è comunque affiorata "di rado e con fatica" in giurisprudenza e dottrina¹⁰⁹. Ed invero, da un canto, a differenza di quanto accaduto in altri ordinamenti¹¹⁰, nel nostro il legislatore ha mancato di definire il divieto di abuso non solo sul versante del diritto sostanziale in generale, ma anche su quello, più specifico, dell'esercizio di posizioni soggettive attive in ambito processuale. Dall'altro, gli interpreti non hanno considerato la possibilità che lo strumento processuale potesse essere utilizzato al di fuori della finalità assegnata dalla legge ai singoli atti¹¹¹, mancando così di teorizzare un'applicazione generale del divieto in parola.

Questa impostazione tuttavia è stata però progressivamente superata, soprattutto a partire dagli anni Novanta, da una parte della dottrina¹¹² che si

¹⁰⁹ Così M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Diritto privato, III. L'abuso del diritto*, Padova, 1997, p. 435 che richiama le osservazioni tempo prima formulate da G. DE STEFANO, *Note sull'abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, pp. 582 ss.

¹¹⁰ Si pensi, innanzitutto, all'art. 32.1 del Codice processuale francese, come modificato nel 1978, nonché alla *rule 3.4.2. b* delle *Civil Procedure Rules* inglesi del 1999 che parlano apertamente di condotte abusive. Nondimeno, il riferimento esplicito all'abuso non è comune, come evidenzia M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012.

¹¹¹ A., *Manifestazioni della nozione di abuso del processo*, in *Diritto privato*, cit., p. 465.

¹¹² M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Diritto privato*, cit.; più di recente si ricorda l'opera di M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio dell'abuso della tutela giudiziale*, Milano, 2004.

Taluno in dottrina continua tuttavia ad essere scettico in merito all'utilità della categoria dell'abuso del processo, sostenendo in particolare che ad evitare abusi e comportamenti scorretti vengano in soccorso già le disposizioni di cui agli artt. 88, 89, 91, 92 e 96 c.p.c. Lo

è interessata sempre di più alla tematica, giungendo anche a ritenere che, a ben vedere, possibili e numerose siano le ipotesi in cui concretamente può manifestarsi un fenomeno di abuso in questo ramo dell'ordinamento.

La rimeditazione circa gli spazi di operatività del divieto di abuso del diritto è stata dettata in particolare dalla valorizzazione del dato costituzionale e delle modifiche che lo hanno riguardato. Ed invero la novella dell'art. 111 Cost. e, soprattutto, l'introduzione esplicita del canone della ragionevole durata del processo hanno consentito agli interpreti di trarre uno spunto fondamentale per giungere a teorizzare il principio in parola. In particolare, si è sostenuto che l'effettivo rispetto del disposto della Carta fondamentale si realizzi non solo attraverso la formulazione da parte del legislatore di norme con esso coerenti, ma anche precludendo alle parti del processo di intraprendere iniziative giudiziarie che divergano, nei fini, rispetto ad una sollecita definizione del processo, ovvero abusive. In definitiva, il processo non può essere uno strumento per la realizzazione di strategie extraprocessuali, ma deve essere volto alla realizzazione della funzione costituzionale ad esso propria¹¹³.

Questo nuovo approccio, che fa perno attorno all'individuazione delle funzioni del processo, ha determinato, secondo un'espressione particolarmente evocativa, una "virtuale processualizzazione della nozione di abuso del diritto"¹¹⁴, intendendosi per tale la trasposizione in sede processuale della nozione, ma anche dei problemi, propri della teoria dell'abuso del diritto¹¹⁵.

In tale contesto merita di essere segnalata in particolare la proposta dottrinale¹¹⁶ di distinguere tra abuso *del* processo ed abuso *nel* processo: il primo ricorre nel caso di impiego distorto dell'intero procedimento; il secondo, invece, dei singoli atti che lo compongono.

stesso Autore evidenzia peraltro come tra gli interpreti vi sia una certa confusione circa l'individuazione precisa degli elementi costitutivi dell'abuso e, di conseguenza, delle ipotesi in cui il fenomeno può dirsi sussistente (così G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1450 ss.).

¹¹³ G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie, casistica*, 2010, cit., p. 502.

¹¹⁴ A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo*, in *Diritto privato*, cit., pp. 459 ss.

¹¹⁵ V. FICO, *La tormentata vicenda del frazionamento della tutela giudiziaria del credito*, in *Giust. civ.*, 2008, 12, p. 2807.

¹¹⁶ M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, cit., *passim*.

Tale prospettazione postula inoltre la necessità di tenere ferma la dicotomia tra atti leciti ed illeciti. Rientrano in quest'ultima categoria tutti quelli che si pongono in diretto contrasto con le norme processuali; rispetto ad essi non occorre ricorrere al divieto di abuso del diritto dal momento che essi sono tali se realizzano semplicemente una violazione di legge che esclude l'elemento, caratterizzante l'abuso, della apparente conformità della condotta al dato normativo. Ad avviso della dottrina in esame, viceversa, l'abuso si annida negli atti che risultino *prima facie* leciti, in quanto coerenti con le norme di legge che li disciplinano, ma in sostanziale contrasto con i principi che governano il processo nella sua interezza e che, dunque, informano le singole norme del procedimento. Ed invero perché tali principi possano dirsi effettivamente rispettati non solo occorre che gli attori del processo si adeguino formalmente alle norme processuali, ma anche che si realizzi un impiego degli strumenti processuali per fini coerenti con i principi medesimi. Qualora invece si verifichi una divergenza oggettiva rispetto a tali fini, apprezzabile sul piano degli effetti dell'atto¹¹⁷, allora non si realizza una violazione di legge manifesta, bensì un abuso del diritto che, tuttavia, va parimenti represso. Tuttavia, ad avviso di questa teoria tale ultima eventualità può verificarsi soltanto laddove la posizione soggettiva considerata sia caratterizzata da un margine di discrezionalità quanto alle modalità ed ai fini da perseguire; se, viceversa, il legislatore ha già effettuato una completa proceduralizzazione del diritto, individuando altresì chiaramente le condizioni al ricorrere delle quali esso può essere lecitamente esercitato, allora i margini di potenziale configurazione dell'abuso si restringono notevolmente per lasciare spazio, invece, alla violazione di legge pura e semplice.

¹¹⁷ La dottrina in esame sostiene in proposito che sia possibile operare una distinzione concettuale tra abuso del diritto oggettivo e soggettivo. Quest'ultimo ricorre, secondo questa prospettazione, qualora il soggetto agisca animato dalla volontà di realizzare un atto divergente rispetto ai fini suoi priori e postula dunque, inevitabilmente, la valutazione e la prova dell'elemento soggettivo. Il primo, invece, si verifica nel caso in cui gli effetti dell'atto risultino oggettivamente incoerenti rispetto ai principi cui esso avrebbe dovuto ispirarsi. Ad avviso della dottrina in esame nel nostro ordinamento l'abuso del diritto in ambito processuale tecnicamente è soltanto quello di tipo obiettivo. L'abuso soggettivo, infatti, legandosi all'accertamento del coefficiente psicologico che ha sorretto la condotta della parte, condurrebbe a considerare la volontà delle parti ed ai relativi vizi che, tuttavia, in forza di un principio generale sono irrilevanti in relazione al compimento di atti del processo, salvo in casi eccezionali, come quello di cui all'art. 2732 c.c.

Prendendo le mosse da questa nuova lettura del processo in chiave costituzionale e, secondo un'espressione spesso utilizzata, moralizzante, gli interpreti hanno ricercato nelle fonti di rango primario indici normativi capaci di far emergere l'esistenza nell'ordinamento del principio in esame, anche e soprattutto al fine di individuare il rimedio opportuno per reprimere l'abuso.

Autorevole dottrina¹¹⁸ ha ritenuto che indici di presenza del medesimo nel diritto positivo siano l'art. 88 c.p.c. e, soprattutto, il disposto del comma 1 dell'art. 92 c.p.c. il quale costituirebbe una, "seppur minimale", disciplina del fenomeno dell'abuso degli strumenti processuali. Tale ultima norma stabilisce, infatti, in via eccezionale, che, indipendentemente dalla soccombenza, il giudice possa condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che una parte abbia dovuto sopportare a causa della trasgressione dell'altra dei doveri di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. Da essa si è in primo luogo evinta l'interrelazione tra la disciplina della ripartizione delle spese processuali e quella dell'etica nell'esercizio del diritto di difesa; in seconda battuta e per quanto qui soprattutto occupa, da tale norma si è ricavata la rilevanza positiva delle questioni relative al carattere, proprio o improprio, dell'attività difensiva e, più in generale, dell'utilizzazione del processo.

Altri interpreti¹¹⁹ si preoccupano poi di escludere recisamente la possibilità che il pur accertato abuso del processo possa risolversi in una pronuncia di inammissibilità della domanda giudiziale e, dunque, possa neutralizzare in radice gli effetti dell'esercizio del diritto di azione. Si afferma cioè che il giudice, ravvisata un'ipotesi di abuso del processo, non possa ritenere che quest'ultima sia idonea a precludere la decisione nel merito della controversia consentendone l'emissione di una pronuncia in rito poiché l'abusività non può essere apprezzata dal giudice se non valutando la domanda ed accertandone l'infondatezza.

¹¹⁸ A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo*, in *Diritto privato*, cit., p. 468.

¹¹⁹ G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, cit., par. 5.

Dal canto suo, la giurisprudenza per lungo tempo non ha ritenuto, se non in ipotesi estreme¹²⁰, di poter paralizzare l'esercizio dell'azione richiamando il principio di abuso del processo. Nel 2007 tuttavia ha compiuto una significativa inversione di rotta¹²¹, richiamando il divieto di abuso del diritto in ambito processuale al fine di reprimere, in particolare, il c.d. frazionamento del credito, ovvero la condotta del creditore che depositi una molteplicità di ricorsi per decreto ingiuntivo, in luogo di un unico ricorso per l'intera somma dovuta.

La Suprema Corte, ancora una volta a Sezioni Unite¹²², ha infatti affermato che la scissione del contenuto dell'obbligazione cui si è fatto riferimento "operata dal creditore per la sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto, ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali".

Dall'esame condotto fino a questo momento può dunque fornirsi una risposta positiva in merito al quesito, inizialmente posto, circa l'identità sostanziale di significato del termine abuso del diritto anche in rami diversi dal diritto civile. La dottrina e della giurisprudenza che si sono occupate del tema in questi distinti ambiti, invero, sembrano condividere appieno l'essenza del principio: ricorre infatti sempre, come elemento caratterizzante la fattispecie, il profilo dell'apparenza di conformità al dato normativo.

¹²⁰ Si fa riferimento alla giurisprudenza degli anni Ottanta che è intervenuta in relazione all'impiego a fini palesemente ostruzionistici dell'istanza di regolamento di giurisdizione (v. in particolare Cass., SS.UU., 3 novembre 1986, n. 6420).

¹²¹ L'orientamento fino a quel momento consolidato, infatti, era nel senso di ritenere legittima la parcellizzazione dell'unico credito pecuniario in più domande. La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, aveva ritenuto, in particolare, che tale scelta rispondesse ad un interesse del creditore meritevole di tutela perseguito nell'esercizio di un potere non negato dall'ordinamento e non fosse suscettibile di sacrificare in alcun modo il diritto del debitore alle difese delle sue ragioni (così Cass., SS.UU., 10 aprile 2000, n. 108, in *Giur.it.*, 2001, p. 1143, con nota di A. CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale frazionata in più processi?*).

¹²² Cass., SS.UU., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Corr. giur.*, 2008, p. 745, con nota di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*.

7.3. *Segue.* Il carattere trasversale del divieto di abuso: l'operatività del principio nel diritto internazionale ed in quello dell'Unione europea. Cenni.

Al termine di questa disamina un cenno merita l'attenzione peculiare che è stata riservata al divieto di abuso del diritto dalla dottrina internazionalistica a seguito dell'adozione di alcune fonti pattizie. Qualche più approfondita osservazione, infine, dovrà essere formulata con riguardo alle principali applicazioni del principio in esame nel diritto dell'Unione Europea.

La penetrazione del divieto in tali ambiti costituisce invero un dato quanto mai sintomatico della rilevanza del medesimo quale principio che opera trasversalmente nei diversi ordinamenti degli Stati che compongono la comunità internazionale.

Quanto al diritto internazionale, si fa riferimento in particolare all'interpretazione delle norme contenute nella Convenzione sulle armi chimiche (CAC) siglata a Parigi nel 1993 aventi ad oggetto il potere di uno Stato di richiedere ispezioni in un altro Stato (c.d. *challenge inspection*) aderente all'accordo al fine di chiarire questioni in merito all'adempimento degli obblighi derivanti dalla Convenzione stessa. L'art. IX, par. 13, in particolare, prevede che la richiesta debba essere inoltrata al Direttore generale ed al Consiglio esecutivo dell'Organizzazione sulle armi chimiche; quest'ultimo però può decidere che l'istanza non abbia seguito se essa appare "*frivolous, abusive or clearly beyond the scope of this Convention, as described in paragraph 8*". Ebbene, la norma rappresenta, secondo gli interpreti¹²³, una chiara emersione nelle fonti del principio del divieto di abuso del diritto cosiddetto procedurale, vale a dire di quell'ipotesi abuso che concerne prerogative il cui effetto sia quello di innescare un procedimento internazionale.

La sua previsione è stata dettata dalla necessità di contemperare l'interesse a ridurre al minimo la possibilità d'inadempimento della Convenzione con quello in capo allo Stato, potenzialmente oggetto dell'ispezione alla

¹²³ M. GESTRI, *Considerazioni sulla teoria dell'abuso del diritto alla luce della prassi internazionale*, in *Riv. Dir. Int.*, 1/1994, pp. 33 ss.

protezione, di informazioni di carattere confidenziale. Ed invero la previsione consente di reprimere, ad avviso degli interpreti, proprio le richieste di ispezione dettate, ad esempio, dall'intento di penetrare in sfere di attività protette per ragioni di sicurezza o segreto industriale o, ancora, determinate da propositi intimidatori o da propaganda politica. In particolare, si sostiene che tale finalità, che evidentemente diverge da quella, poco prima ricordata, per cui la richiesta è ammessa dalla Convenzione, possa emergere dall'assoluta inconsistenza, nelle valutazioni del Consiglio, degli elementi addotti dall'istante.

Ancora una volta, dunque, è sposata una nozione causale del divieto di abuso di diritto dal momento che la fattispecie risulta costruita attorno ad una deviazione della prerogativa pattizia rispetto all'interesse in vista del quale essa è riconosciuta.

Con riferimento ai rapporti sostanziali, infine, il dibattito in merito al divieto di abuso del diritto ha assunto una certa rilevanza a seguito dell'affermazione del principio in termini generali nell'art. 300 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare conclusa a New York il 10 dicembre 1982.

La disposizione, rubricata "buona fede e abuso di diritto", prevede che gli Stati contraenti esercitino i diritti, le competenze e le libertà ad essi riconosciute dalla Convenzione in maniera tale che ciò non costituisca un abuso di diritto.

In essa autorevole dottrina¹²⁴ ha ravvisato una significativa innovazione rispetto al diritto consuetudinario relativo a tale importante settore del diritto internazionale. In una prospettiva più generale, la norma riveste senz'altro una portata notevole dal momento che è la prima ad introdurre un divieto di abuso di prerogative di tipo sostanziale e con una certa ampiezza applicativa.

L'interpretazione della norma appare però tutt'altro che agevole dal momento che il principio non è accompagnato da una alcuna precisazione circa il suo contenuto. D'altro canto, questa formula così generica è stata considerata da taluni interpreti quale scelta deliberata dei redattori della

¹²⁴ T. TREVES, *La nona sessione della conferenza sul diritto del mare*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 456.

Convenzione, dettata dalla necessità di consentire un'applicazione duttile del principio, adattabile cioè alle caratteristiche delle fattispecie concrete¹²⁵. Ai fini che qui occupano, ad ogni modo, essa costituisce un'ulteriore dimostrazione dell'innegabile penetrazione di tale canone nel diritto internazionale.

Quanto all'Unione Europea, già a partire dagli anni Settanta del Secolo scorso¹²⁶, la Corte di Giustizia si è occupata del divieto di abuso, pur in assenza di un suo fondamento normativo espresso. In particolare, è giunta a riconoscerne l'operatività quale canone interpretativo delle norme comunitarie attributive di diritti¹²⁷, enucleandone e precisandone gli elementi costitutivi a beneficio dei giudici dei singoli Stati membri.

Per comprendere appieno la valenza del principio in questo, occorre ricordare che ai giudici interni spetta l'applicazione concreta del diritto dell'Unione; viceversa, alla Corte di Giustizia, sollecitata dagli organi giurisdizionali degli Stati a pronunciarsi attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, è attribuito il compito di garantire l'interpretazione uniforme e l'applicazione corretta delle fonti europee.

Ebbene, il fatto che il divieto di abuso, fino a tempi assai recenti, sia stato sfornito di un espresso fondamento in una norma comunitaria, ha impedito di qualificarlo alla stregua di un principio di diritto sostanziale invocabile,

¹²⁵ M. GESTRI, *Considerazioni sulla teoria dell'abuso del diritto alla luce della prassi internazionale*, cit., p. 42.

¹²⁶ La dottrina è concorde nel ritenere che la nota sentenza Van Binsbergen (Corte Giust., 3 dicembre 1974, causa C-33/74, *Van Binsbergen*, in *Racc.*, p. 385) sia la prima pronuncia in cui la figura sia stata considerata da parte della Corte di Giustizia (così in particolare L. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 486). In particolare, la Corte di Lussemburgo con tale sentenza ha avuto modo di affermare riconoscere un'ipotesi di abuso di diritto nel caso in cui un cittadino di uno Stato membro dell'Unione realizzi una c.d. "inversione ad U". Con tale espressione si allude alla situazione che si verifica qualora il soggetto sposti la propria residenza da uno Stato membro ad un altro per poi svolgere la propria attività principalmente nel Paese di origine, invocando a suo favore le prerogative attribuite dalla disciplina europea in materia di prestazione di servizi.

¹²⁷ In proposito, giova brevemente ricordare che spesso sono stati adottati quali principi dell'Unione Europea alcuni canoni espressi chiaramente soltanto in alcuni ordinamenti, ma considerati funzionali al perseguimento degli obiettivi comunitari. A tale risultato si è giunti per il tramite dell'opera interpretativa della Corte di Giustizia che svolge un'intensa opera di etero-integrazione delle lacune interpretative dell'ordinamento europeo (si considerino in proposito le riflessioni di N. GULLO, *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un timido limite alla scelta del diritto*, in *Ragion Pratica*, giugno 2005, p. 181.

nell'ambito di un giudizio, da una parte nei confronti dell'altra. Esso, invece, è stato progressivamente richiamato dalla Corte di Lussemburgo in casi di rinvio pregiudiziale esperiti dai giudici interni al fine di ottenere una corretta interpretazione delle norme comunitarie attributive di prerogative di cui un soggetto affermava in giudizio di essere titolare. Nella dialettica tra ordinamento interno e comunitario, dunque, esso ha assunto la valenza di canone interpretativo che il giudice, sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, deve tenere in conto per stabilire il perimetro entro cui possa essere effettivamente riconosciuto il diritto attribuito dall'ordinamento comunitario innanzi a lui invocato.

Tanto chiarito, due sono i profili che, in via di estrema sintesi, la Corte ritiene debbano contestualmente sussistere perché possa dirsi sussistente una fattispecie di abuso del diritto: un profilo oggettivo ed uno soggettivo¹²⁸.

Deve innanzitutto ricorrere l'elemento oggettivo che s'identifica in una condotta formalmente coerente con il disposto normativo, ma volta a perseguire un interesse diverso rispetto a quello per cui la posizione soggettiva è riconosciuta dalla norma comunitaria e, dunque, in contraddizione sostanziale rispetto alla fonte che il privato invoca dinnanzi all'organo giudicante interno. La Corte di Giustizia, in particolare, ha avuto modo di chiarire che, nel valutare l'abusività, i giudici devono "tener presenti le finalità perseguite dalle disposizioni invocate"¹²⁹ e, più precisamente, le "circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale della normativa comunitaria, l'obiettivo previsto da detta normativa non è stato raggiunto"¹³⁰.

¹²⁸ S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Bisperben alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, fasc. 2-3, pp. 291 ss. V. KARAYANNIS, *L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire à propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas e a. c. Elliniko Dimosio (Etat Hellénique)*, in *Cahiers droit europ.*, 1999, pp. 529 ss.

¹²⁹ Corte Giust., 9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Racc.*, p. I-1459, punto 25 che richiama il punto 25 di Corte Giust., 2 maggio 1996, causa C-206/94, *Paletta II*, in *Racc.*, p. I-2357.

¹³⁰ Corte Giust., 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Starke*, in *Racc.*, p. I-1569, punto 52. Rilevano anche le argomentazioni di Trib. I grado, 18 dicembre 1997, causa T-57/96, *Costantini c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1293, pronuncia nella quale è rigettata una richiesta di annullamento di una decisione della Commissione che aveva negato il diritto ad un'indennità giornaliera dal momento che la situazione del ricorrente non corrispondeva alle finalità per cui tale indennità era prevista dall'art. 10 dell'allegato VII dello Statuto relativo al funzionamento dell'istituzione in parola.

La Corte di Lussemburgo ha inoltre affermato che l'operatività del principio è subordinata all'accertamento dell'elemento soggettivo, inteso come consapevolezza da parte del titolare della posizione di vantaggio dell'abusività del proprio comportamento. Alla dimostrazione di tale profilo, secondo i giudici di Lussemburgo, è possibile pervenire indagando il movente che ha spinto il soggetto ad agire. Si richiede cioè che dall'esame della fattispecie emerga la finalizzazione della condotta al perseguimento di un interesse diverso rispetto a quello per cui la norma è posta nell'ordinamento e, pertanto, l'impiego strumentale della legge. Nella gran parte dei casi si è trattato, più che della finalità di nocimento dell'altrui posizione soggettiva, di un interesse economico¹³¹.

Dall'abuso di diritto, come sinteticamente descritto, va peraltro tenuta distinta anche nell'ambito del diritto dell'Unione Europea la figura della frode alla legge che talvolta è richiamata nelle pronunce della giurisprudenza comunitaria unitamente al principio in esame. Pur condividendo il profilo relativo all'apparente conformità al dato normativo, essa infatti se ne differenzia giacché la condotta è assunta dal soggetto nello specifico al fine, chiaramente deviante, di sottrarsi ad obblighi del diritto interno piuttosto che ad usufruire in maniera distorta di prerogative riconosciute a livello europeo¹³².

L'accertamento da parte del giudice interno della fattispecie delineata deve comportare, secondo la Corte di Giustizia, il mancato riconoscimento dei vantaggi che deriverebbero, in una situazione fisiologica, dal diritto attribuito a livello comunitario. Nella prospettiva della Corte di Giustizia, dunque, ciò che particolarmente rileva è il ripristino della corretta applicazione della fonte comunitaria la quale può essere salvaguardata soltanto neutralizzare il vantaggio ottenuto per il tramite della condotta abusiva¹³³.

¹³¹ Corte Giust., 3 marzo 1993, causa C-8/92, *General Milk*, in *Racc.*, p. I-779, punti 21-22.

¹³² Questa constatazione fa sì che in dottrina sia stato sostenuto da taluni che la frode alla legge costituisca una *species* del più ampio *genus* abuso del diritto comunitario. Così S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Bisscherben alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, cit.

¹³³ Si ricordano a questo proposito i casi emblematici relativi alle importazioni di prodotti agricoli in cui, ravvisata l'abusività della condotta, è stato negato agli operatori economici il diritto di ricevere gli importi compensativi altrimenti dovuti sulla base del diritto

Va nondimeno ricordato infine anche l'orientamento della Corte di Giustizia volto a consentire, più radicalmente, al giudice interno di applicare le norme esistenti nei singoli Stati membri che vietano l'abuso del diritto al fine di effettuare una verifica in merito al corretto esercizio delle prerogative comunitarie.

La questione si è posta in particolare in relazione all'ordinamento greco nel quale, come si è già avuto modo di chiarire, l'art. 281 del codice civile contempla il divieto di abuso del diritto. I giudici ellenici hanno domandato alla Corte, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, se il diritto dell'Unione europea ostasse all'impiego della disposizione richiamata al fine di stabilire il corretto esercizio di una prerogativa attribuita da una norma comunitaria contenuta in una direttiva. Nonostante il diverso avviso dell'Avvocato generale, preoccupato di salvaguardare il principio del primato del diritto comunitario su quello interno, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che la salvaguardia della corretta applicazione del diritto dell'Unione può avvenire anche per il tramite dell'applicazione di norme di diritto interno, come, appunto, quelle che reprimono il divieto di abuso del diritto.

Infine, merita di essere richiamato l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹³⁴, rubricato "Abuso del diritto" il quale testualmente prevede che "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta". La norma ha acquisito portata precettiva dal 1° dicembre 2009, in concomitanza con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in forza del quale, infatti, ha acquisito "lo stesso valore giuridico vincolante dei Trattati" (art. 6 TUE, come modificato in seguito al Trattato di Lisbona).

dell'Unione europea (Corte Giust., 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Starke*, cit.; Corte Giust., 3 marzo 1993, causa C-8/92, *General Milk*, cit.).

¹³⁴ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nota anche come Carta di Nizza, è stata solennemente proclamata in 7 dicembre 2000 a Strasburgo da Parlamento, Commissione e Consiglio europei.

Quanto al suo valore nell'economia della Carta, basti ricordarne in questa sede la collocazione sistematica: essa conclude, infatti, l'ultimo Capo del Documento, il VII, dedicato alle "Disposizioni generali" e può dunque essere considerata quale norma di chiusura nell'ambito dei principi in esso sanciti¹³⁵. Più in particolare, si è osservato che l'art. 54 soddisfa un'esigenza di protezione della democrazia che sarebbe minacciata dall'assolutismo dei diritti: si dice, infatti, che, in assenza di una previsione di tal tipo, la specifica ed amplissima protezione che consegue dalla copertura costituzionale di alcune prerogative individuali potrebbe essere impiegata alla stregua di una vera e propria immunità, per mettere in pericolo lo stesso ordinamento democratico e liberale¹³⁶. La disposizione peraltro ha risentito dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia di cui si è dato sinteticamente conto¹³⁷, costituendone dunque l'emersione sul piano delle fonti scritte.

Con riferimento, infine, alla sua rilevanza rispetto all'affermazione del divieto di abuso del diritto negli ordinamenti interni, essa è stata ritenuta da autorevole dottrina quale importante conferma dell'esistenza di tale principio che, in ultima analisi, non può più essere disconosciuto dall'interprete nazionale¹³⁸.

¹³⁵ M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, p. 182.

¹³⁶ A. LAS CASAS, *Tratti essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario*, in www.comparazionedirittocivile.it, p. 44. La disposizione si porrebbe dunque nel solco già tracciato dall'art. 30 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948, nonché dall'art. 17 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali adottata a Roma nel 1950.

¹³⁷ M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, cit., p. 182.

¹³⁸ F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, pp. 311 ss. in una prospettiva attenta alle fonti europee ritiene infatti che oggi il divieto di abusare del proprio diritto trovi un fondamento normativo puntuale proprio nell'art. 54 della Carta di Nizza.

CAPITOLO II

SPAZI DI OPERATIVITÀ

DEL DIVIETO DI ABUSO NEL DIRITTO DEL LAVORO

Dibattito dottrinale ed orientamenti giurisprudenziali

Sommario.

SEZIONE I

1.1. Il divieto di abuso nel dibattito dottrinale. Una breve premessa; **1.2.** *Segue.* La dottrina favorevole all'applicazione del divieto di abuso del diritto. La concezione causale dei poteri datoriali; **1.3.** *Segue.* L'abuso del diritto quale chiave di lettura delle causali dell'atto di licenziamento e dei divieti di discriminazione; **1.4.** *Segue.* La dottrina critica rispetto all'operatività del divieto di abuso del diritto quale pregiudizio alla certezza del diritto, superfetazione della buona fede o della violazione di legge codificata.

SEZIONE II

2. Le applicazioni giurisprudenziali del principio. **3.1.** L'abuso del diritto da parte del datore di lavoro alla luce della concezione causale dei poteri imprenditoriali; **3.2.** *Segue.* Il sistema delle promozioni a scelta; **3.3.** *Segue.* I criteri di scelta dei cassaintegrati; **3.4.** *Segue.* La libera recedibilità dal rapporto di lavoro alla luce della teoria dell'abuso di diritto; **4.1.** L'abuso dei diritti del lavoratore in caso di sospensione del rapporto di lavoro, con particolare riguardo al godimento di congedi parentali e permessi; **4.2.** L'abuso del diritto alla fruizione di permessi per assistenza a familiari portatori di *handicap*; **4.3.** L'abuso del diritto alla fruizione di permessi per motivi di studio: una singolare pronuncia della giurisprudenza di merito; **4.4.** *Segue.* L'abuso del diritto alla fruizione di permessi sindacali alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale; **4.5.** *Segue.* Orientamenti giurisprudenziali in caso di assenza del lavoratore per malattia. Alcune riflessioni sull'opportunità del ricorso al principio del divieto di abuso del diritto; **5.** Il divieto di abuso in relazione al diritto di sciopero. Cenni.

SEZIONE I

1.1. Il divieto di abuso nel dibattito dottrinale. Una breve premessa.

Ormai da tempo la dottrina giuslavoristica¹³⁹ si confronta con la categoria dell'abuso del diritto. Ed infatti la significativa elaborazione teorica e le plurime applicazioni pretorie del principio nell'ambito del diritto civile - nell'alveo del quale, come noto, quello del lavoro si è sviluppato come branca via, via sempre più autonoma¹⁴⁰ - hanno sollecitato anche nella nostra materia un approfondimento sul tema¹⁴¹.

In proposito, occorre in particolare indagare se e come gli interpreti ritengano ammissibile l'operatività del divieto di abuso nel diritto del lavoro, considerando peraltro che la dottrina che se ne è interessata, spesso lo ha fatto nell'ambito di una più ampia riflessione in merito all'impiego delle clausole generali, soprattutto quella di buona fede obiettiva¹⁴²; raro è invece l'esame specifico della questione¹⁴³.

I primi contributi in materia si collocano significativamente tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio degli anni Sessanta del Secolo scorso¹⁴⁴. Ed invero gli interpreti, come si avrà modo di studiare meglio nel prosieguo,

¹³⁹ Per l'esame della giurisprudenza v. *infra* l'approfondimento contenuto nei §§ 2.1. ss.

¹⁴⁰ M. FRANZONI, *Diritto civile e diritto del lavoro a confronto*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 977 puntualizza come il diritto del lavoro sia nato dal diritto civile e nella seconda metà del secolo scorso abbia assunto una piena autonomia, ad esso già riconosciuta nei primi anni sessanta autorevolmente in dottrina da R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, § 2.

¹⁴¹ Parla di "pregnanza concettuale" del divieto di abuso che consente di attribuire al medesimo piena cittadinanza sul piano della teoria generale R., *L'abuso nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, vol. III, Padova, 1998, p. 406.

¹⁴² In questa prospettiva le opere di C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988; P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1991; M.T. SAFFIOTI, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, 1999, Torino, spec. pp. 86 ss. Lambisce la questione C. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, 2011, spec. pp. 110 ss. che si occupa del divieto di abuso del diritto nell'ambito di una più generale analisi volta alla ricerca di limiti all'autonomia privata del datore di lavoro.

¹⁴³ Si ricordano fin da subito i contributi di M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXVI, Padova, 2005, spec. pp. 126 ss.; Ead., *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, spec. § 5; R. DEL PUNTA, *L'abuso nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, vol. III, Padova, 1998.

¹⁴⁴ Si ricordano i fondamentali scritti di U. NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso "ad nutum" dell'imprenditore*, cit.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit.

hanno avvertito in quegli anni la necessità di invocare il divieto di abuso del diritto in relazione alla disciplina dei licenziamenti, per affermare, seppur con diversità di accenti, come il carattere *ad nutum* dell'atto unilaterale di recesso datoriale di cui all'art. 2118 c.c. non potesse comunque mai trasmodare nell'arbitrio.

La constatazione non stupisce. Nei primi decenni della sua evoluzione, infatti, il rapporto di lavoro è stato caratterizzato da un fitto reticolo di prerogative datoriali insindacabili, emblematicamente rappresentate proprio dal disposto dell'art. 2118 c.c. Esso dunque costituiva un terreno *potenzialmente* fertile per una diretta e pervasiva applicazione del dell'abuso del diritto, concepito quale correttivo alle derive del liberalismo ottocentesco¹⁴⁵.

Come noto, però, a partire dalla metà dagli anni Sessanta il legislatore è intervenuto con alcune fondamentali novelle ad inaugurare la stagione della “maturità” del diritto del lavoro¹⁴⁶. Si allude alle importanti riforme realizzate con la l. n. 604/1966 e poi con l. n. 300/1970 (c.d. Statuto dei lavoratori) con le quali, rispettivamente, ha dapprima fissato il principio della necessaria causalità del recesso datoriale, per poi ancorarne il rispetto, al ricorrere di talune condizioni, alla tutela reintegratoria.

Non si ritiene di sbagliare affermando che proprio in quegli anni è allora progressivamente emersa una netta contrapposizione tra quanti si esprimono a favore dell'ammissibilità, e conseguente operatività, del divieto di abuso nel diritto del lavoro e quanti, invece, ne affermano con forza l'inammissibilità logico-giuridica o, comunque, l'inutilità, quale superfetazione della violazione di legge, spesso *sub specie* di contrarietà al criterio della buona fede obiettiva.

¹⁴⁵ R. DEL PUNTA, *L'abuso nel diritto del lavoro*, cit., pp. 403-404.

¹⁴⁶ U. ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, in *Lav. dir.*, 1997, 3, p. 8.

1.2. *Segue.* La dottrina favorevole all'applicazione del divieto di abuso del diritto.

Autorevole dottrina¹⁴⁷, all'indomani della loro entrata in vigore, ha svalutato l'impatto degli interventi novellatori appena richiamati sulla disciplina dei licenziamenti individuali, esaltando, viceversa, il ruolo del divieto di abuso del diritto, di cui le riforme non sarebbero altro che una estrinsecazione specifica.

Si è in proposito sostenuto che gli artt. 43 e 46 Cost., letti in relazione agli artt. 2 e 4 Cost., abbiano fondato l'immagine di un'impresa sempre meno definibile come “*territorio immune nel quale si esplica un diritto soggettivo concepito come libera espressione di potere individuale nell'area dell'iniziativa economica privata*”¹⁴⁸. Da tali norme costituzionali e da alcune disposizioni di legge ordinaria (artt. 2110-2111 c.c.; 2112; 2119, comma 2; art. 2126 c.c.) si è più in particolare tratta l'esistenza di un “*principio di conservazione del rapporto di lavoro il più che sia possibile*”.

Ispirato ad una logica di *favor* per il lavoratore, tale canone è stato ritenuto suscettibile di informare la materia dei licenziamenti, a prescindere dalla positivizzazione del principio della necessaria causalità dell'atto di recesso, ma, soprattutto, idoneo ad orientare l'interprete nell'applicazione dell'art. 2118 c.c.

A tal proposito questa dottrina è giunta ad affermare che il licenziamento debba essere coerente proprio con il canone di “*conservazione del rapporto di lavoro il più che sia possibile*”. Tale principio, infatti, non fonda un vero e proprio diritto al posto di lavoro¹⁴⁹, bensì connota la causa degli atti in cui si traducono le prerogative datoriali¹⁵⁰; sicchè, secondo questa ricostruzione, qualora tale coerenza manchi il datore realizza un abuso del diritto che si

¹⁴⁷ A. CESSARI, *Iura e Leges nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1979, I, spec. §§ 6 ss.

¹⁴⁸ A. CESSARI, *Iura e Leges nella disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., p. 95.

¹⁴⁹ L'Autore non sembra dunque aderire alla tesi, pure prospettata in dottrina (v. M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, *passim*) secondo cui il licenziamento si configura come *ultima ratio* a fronte di un vero e proprio diritto del lavoratore al posto di lavoro. Il principio di conservazione del rapporto di lavoro il più che sia possibile viene infatti invocato per limitare dall'interno il potere datoriale, non, invece, come fonte di una posizione giuridica attiva, di un diritto, del prestatore. Sul punto si tornerà *infra* nel testo.

¹⁵⁰ V. anche *supra* Capitolo I, § 6.2.

riflette nel difetto causale dell'atto di recesso e che ne comporta, in definitiva, la radicale invalidità¹⁵¹ (arg. ex artt. 1325,1418 c.c.).

L'Autore sembra dunque voler chiaramente accogliere una nozione causale di abuso di diritto, emancipata da ogni legame con il canone di buona fede. La figura in esame è, infatti, chiaramente invocata per indicare e sanzionare in termini di illiceità della causa l'ipotesi che si verifica allorchè il datore di lavoro eserciti in concreto il potere di recesso in contrasto rispetto alla funzione ad esso assegnata dall'ordinamento, pur nel rispetto formale del dato normativo.

Da questa prospettazione sono stati peraltro tratti importanti corollari.

In primo luogo, come accennato, è stato affermato che la disciplina contenuta nella l. n. 604/1966 ed, in particolare, la nozione di giustificato motivo in essa incluso, non siano altro che un'emersione normativa della concezione causale del recesso e, pertanto, del divieto di abuso del diritto.

Inoltre, ed in via complementare rispetto a quanto appena precisato, è stato chiarito come rispetto alle ipotesi, residuali, di cosiddetta libera recedibilità possa e debba comunque continuare ad essere effettuato un controllo di tipo funzionale che consenta la verifica della sussistenza di una congruenza causale dell'atto di recesso rispetto al "*principio di conservazione del rapporto di lavoro il più che sia possibile*".

Chi scrive, pur condividendo le conclusioni interpretative cui è giunta questa dottrina, non ritiene di aderire compiutamente all'*iter* argomentativo prospettato.

Ed invero non si può fare a meno di notare come il principio di conservazione del rapporto di lavoro, attorno al quale fa perno questa ricostruzione, sembri ontologicamente richiedere il necessario *contemperamento* delle prerogative datoriali con gli interessi del prestatore.

¹⁵¹ A. CESSARI, *Iura e Leges nella disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., p. 105 ha più in particolare affermato che la teoria causale che valorizza gli *iura* ed, in primo luogo, la regola di conservazione del rapporto il più che sia possibile, comporta che il recesso datoriale non possa essere "*configurato come un isolato ed acausale atto di esercizio di un potere riconducibile ad un diritto soggettivo. Esistono poteri che, sorti appunto nella dimensione dell'esercizio di un diritto soggettivo, sono tuttavia costretti a piegarsi, in progressione storica, ad una funzione diversa: quando ciò non avviene, l'esercizio del potere secondo i modi e nell'estensione originari, si traduce in abuso*". La tesi è sostenuta dall'Autore anche nel, di poco successivo, *Verso una disciplina unitaria dei licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1980, I, pp. 89 ss.

Di conseguenza, la sua applicazione richiamerebbe non tanto la concezione causale dei poteri datoriali, quanto, piuttosto, le modalità operative del canone della buona fede obiettiva.

Del resto, infatti, la dottrina che successivamente ha sposato la concezione causale dei poteri datoriali, e che si andrà ora ad esaminare, ha ritenuto di poter ricavare in via interpretativa l'interesse cui le prerogative datoriali debbono conformarsi non certo dal disposto degli artt. 43 e 46 Cost., bensì da quello, fondamentale, dell'art. 41 Cost.

In proposito, si ricorda come la tesi volta a valorizzare la vitalità del divieto di abuso del diritto sia innanzitutto stata riproposta in dottrina¹⁵² nell'ambito di una più ampia riflessione sull'importanza del ruolo e dell'applicazione dei principi generali nell'ordinamento lavoristico.

È stato in particolare affermato come questi ultimi, lungi dal costituire il *posterius* rispetto alle norme di legge scritta, ne rappresentino invece il *prius*, giacché è proprio da essi, per come emergono per il tramite dell'attività euristica della giurisprudenza, che il legislatore trarrebbe spesso impulso per l'introduzione delle singole fonti.

Ed invero, secondo questa ipotesi ricostruttiva, i giudici sovente si trovano a dover procedere all'individuazione, all'interno dell'ordinamento, di principi, intesi quali norme generali capaci di superare la staticità e conseguente rigidità delle leggi codificate; successivamente tali principi sono poi talvolta tradotti dal legislatore in norme scritte, le quali ne costituiscono, in definitiva, una mera specificazione¹⁵³.

L'immagine restituita all'interprete è dunque quella di un sistema in continuo divenire in cui si assiste ad una dialettica perenne tra l'attività interpretativa della giurisprudenza e quella di codificazione propria del legislatore.

Proprio in questa prospettiva, storico-evolutiva, è stato considerato il divieto di abuso del diritto.

¹⁵² L. GALANTINO, *Formazione giurisprudenziale dei principi del diritto del lavoro*, Milano, 1981 (ristampa emendata), spec. pp. 71 ss; Ead., *Il profilo dell'abuso di diritto nella disciplina della Cassa integrazione guadagni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, pp. 789 ss.

¹⁵³ L. GALANTINO, *Formazione giurisprudenziale dei principi del diritto del lavoro*, cit., pp. 73-74.

Quest'ultimo, infatti, secondo tale ricostruzione, è stato invocato dalla giurisprudenza proprio per mitigare la rigidità insita nell'ordinamento delle fonti scritte, consentendo un adeguamento di queste ultime ai mutamenti sociali¹⁵⁴.

Con riguardo all'ambito specifico dei poteri datoriali, che in questa sede soprattutto interessa, si trova affermato che il divieto di abuso del diritto opera, come principio generale dell'ordinamento, attraverso il combinato disposto degli artt. 1322 c.c. e 1345 c.c. (come noto applicabili agli atti unilaterali di esercizio dei poteri datoriali alla luce del disposto dell'art. 1324 c.c.) e del comma 2 dell'art. 41 Cost., il quale consente di ricavare in via interpretativa l'interesse sotteso alle prerogative datoriali attraverso il criterio dell'utilità sociale¹⁵⁵.

Per il tramite di queste norme si ricaverebbe, infatti, una chiara indicazione positiva *“dell'esistenza di una generale regola di valutazione dell'esercizio dell'autonomia negoziale, nel senso che essa deve rispondere agli scopi per i quali viene riconosciuta dall'ordinamento giuridico”*¹⁵⁶; qualora ciò non si verifici, allora si configura un abuso di diritto che si traduce nell'illiceità dell'atto datoriale per contrasto con il disposto dell'art. 1322 c.c.

D'altro canto, le novelle introdotte con le più volte citate leggi n. 604/1966 e n. 300/1970 rappresenterebbero una specificazione del principio della necessaria causalità del recesso e, per converso, del divieto di abuso del diritto e dimostrerebbero in maniera inequivocabile l'operatività di quel meccanismo di recepimento nelle fonti scritte dei principi ricavati in via interpretativa dalla giurisprudenza.

Ad avviso di questa dottrina, in ultima analisi, il divieto di abuso continua dunque ad essere vivo ed operativo all'interno dell'ordinamento, dovendo trovare applicazione in tutte quelle ipotesi in cui il legislatore non

¹⁵⁴ Si rimanda in proposito alle più ampie riflessioni formulate nei primi due §§ del Capitolo I dedicati proprio a mettere in luce la ragione originaria che ha spinto la giurisprudenza ad invocare il principio in esame, prima nell'ordinamento francese e poi anche nel nostro.

¹⁵⁵ L'affermazione secondo cui sarebbe il criterio dell'utilità sociale a consentire l'individuazione dell'interesse sotteso alla libertà di iniziativa economica non sembra tuttavia essere in linea con le più moderne interpretazioni dell'art. 41 Cost. V. in proposito *infra* p. 68, spec. nota 166.

¹⁵⁶ L. GALANTINO, *Il profilo dell'abuso di diritto nella disciplina della Cassa integrazione guadagni*, cit., p. 809.

sia intervenuto ad esplicitare lo specifico scopo in vista del quale la prerogativa è attribuita al datore di lavoro.

Coerentemente con quanto si è andato affermando nella trattazione della genesi e dell'autonomia sistematica del divieto di abuso del diritto nell'ordinamento civilistico, si condividono gli approdi interpretativi di fondo cui è giunta la dottrina in commento.

Innanzitutto, appare persuasiva la costruzione che, disancorando il principio in esame dal canone di buona fede, qualifica il divieto di abuso in termini funzionalistici. Della correttezza di tale prospettazione si è dato conto diffusamente nella prima parte di questa trattazione¹⁵⁷ e non si ritiene, pertanto, di dover tornare a dimostrarne i postulati.

In secondo luogo, si ritiene di aderire a questa impostazione dottrinale anche per ciò che attiene alle conseguenze applicative che vengono tratte dal ricorso al divieto di abuso del diritto in relazione alle prerogative datoriali. Ed invero, una volta sposata, per le ragioni ormai note, la teoria causale del divieto di abuso, si deve coerentemente giungere ad affermare che l'esercizio abusivo della prerogativa datoriale, laddove si traduca nel compimento dell'atto negoziale, integri un'ipotesi di invalidità dell'atto stesso.

Vale peraltro la pena di precisare che, sebbene la dottrina in esame richiami l'art. 1345 c.c., legando l'invalidità dell'atto alla illiceità dei motivi dello stesso, gli esiti del discorso non muterebbero laddove si ragionasse in termini di illiceità della causa e non dei motivi dell'atto datoriale.

Si osserva, infatti, che, come ormai pacifico, la causa è funzione *economico-individuale* dell'atto (c.d. causa in concreto): si tratta cioè della sintesi degli interessi che le parti intendono perseguire con quel singolo atto negoziale.

Essa, pertanto, finisce per assorbire la nozione di motivo che, infatti, è inteso dalla più parte degli interpreti non certo quale movente puramente soggettivo ed interno che abbia spinto il soggetto ad agire, ma come interesse rilevabile dall'interpretazione del regolamento negoziale.

Sicché, i due concetti tendono a sovrapporsi e confondersi, anche in relazione agli atti negoziali tipici. In questa logica oggi perde dunque, alla radice, la rilevanza della distinzione e, di conseguenza, la teoria tesa a

¹⁵⁷ V. *supra* Capitolo I, in particolare §§ 3.1 ss.

dimostrare la sindacabilità dei motivi anche al di fuori delle ristrette maglie applicative dell'art. 1345 c.c.

1.3. *Segue.* L'abuso del diritto quale chiave di lettura delle causali dell'atto di licenziamento e dei divieti di discriminazione.

Più recentemente, la tesi del controllo causale dei poteri datoriali, cui si lega a doppio filo la tematica del divieto di abuso, è stata richiamata ed ulteriormente sviluppata nell'ambito di una ricostruzione attenta alle interrelazioni tra il diritto civile e quello del lavoro.

Ci si riferisce a quella dottrina¹⁵⁸ che, innanzitutto nell'ambito di un approfondimento della nozione di giustificato motivo oggettivo, ha ritenuto di poter evincere proprio in quest'ultima un'estrinsecazione normativa del principio del divieto di abuso del diritto.

Come noto, con tale locuzione si fa riferimento alle *“ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”* che il datore può invocare per esercitare legittimamente talune delle proprie prerogative datoriali, prima fra tutte quella di recesso¹⁵⁹.

¹⁵⁸ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 95 ss.

¹⁵⁹ Si fa riferimento innanzitutto al disposto dell'art. 3, seconda parte, della l. n. 604/1966 che ha codificato la regola generale della necessaria giustificazione, prevedendo che quest'ultima possa appunto consistere anche in *“ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”*. La locuzione, come noto, ricorre anche nel disposto dell'art. 2103 c.c.: la norma, invero, subordina il legittimo esercizio da parte del datore del potere di trasferimento del lavoratore al ricorrere di *“comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive”*. Rilevano inoltre gli artt. 5, 8 e 9 del d.lgs. n. 66/2003 relativi, rispettivamente, al lavoro straordinario, alla disciplina delle pause giornaliere ed al riposo settimanale. La prima norma richiede, infatti, al fine dell'esercizio del potere di variare in aumento la prestazione di lavoro settimanale normale, il rispetto dei limiti di legge, primo fra tutti quello rappresentato dal soddisfacimento delle *“esigenze tecnico-produttive”*, definite nella specie straordinarie. La seconda prevede che l'individuazione delle pause giornaliere, in mancanza della relativa disciplina dettata dalla contrattazione collettiva, debba avvenire da parte del datore, nell'esercizio del potere direttivo, alla luce delle esigenze tecniche del processo lavorativo. Infine, il comma 3 dell'art. 9, stabilisce che il riposo di 24 ore possa anche essere fissato in un giorno diverso dalla domenica. La prima parte del comma stabilisce in proposito che ciò possa avvenire *“per il personale interessato a modelli tecnico-organizzativi di turnazione particolare”*; il successivo comma 5 attribuisce poi ad un decreto ministeriale il compito di individuare quale siano le attività che consentano una tale variazione. Alla luce di questo dettato normativo non del tutto limpido, la dottrina (v. M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 67) ha evidenziato come una lettura disarticolata della norma, che attribuisca cioè precettività al comma 3 anche disgiunto dal successivo comma 5, consentirebbe di affermare che, anche in questo

Per costante e prevalente giurisprudenza, il giustificato motivo oggettivo ricorre allorchè siano presenti, congiuntamente, tre elementi: occorre cioè che il datore di lavoro effettivamente intervenga sulla propria organizzazione, modificandola; è necessario che il fine, cui tale modifica è preordinata, sia genuinamente tecnico-organizzativo; deve infine sussistere il nesso causale tra la modifica organizzativa e la posizione del singolo lavoratore e, per converso, avuto riguardo alle sue mansioni, non deve esistere un'altra collocazione per il dipendente all'interno dell'organizzazione datoriale (c.d. obbligo di *repêchage*).

Per quanto qui rileva, è stato in proposito osservato preliminarmente che il giustificato motivo oggettivo, per come descritto dal legislatore, non possa di certo tecnicamente costituire una clausola generale, al pari della buona fede. Ed invero le clausole generali sono *norme incomplete*¹⁶⁰: in esse cioè sono formulate direttive di massima, espresse attraverso il riferimento a standard sociali, alle quali il giudice deve attenersi nell'individuare la regola di decisione del caso concreto¹⁶¹.

Il giustificato motivo oggettivo, invece, sol che se ne consideri la sua definizione, non richiede l'accertamento dell'assunzione da parte del datore di lavoro di condotte che rispondano a paradigmi comportamentali socialmente riconosciuti. Sicché, dal punto di vista qualificatorio, esso si ascrive piuttosto nella categoria delle cosiddette *norme generali* che, infatti, si presentano quali norme complete, la cui peculiarità risiede nella descrizione di una fattispecie suscettibile di definire una generalità di casi attraverso il ricorso ad una categoria riassuntiva¹⁶².

Tanto chiarito, si è poi evidenziato che, nei percorsi motivazionali svolti da parte della giurisprudenza, manca, ai fini della verifica della sussistenza del giustificato motivo oggettivo una valutazione degli interessi

caso, il legislatore abbia introdotto nell'ordinamento una limitazione dall'interno del potere datoriale basata sulla nozione di giustificato motivo oggettivo.

¹⁶⁰ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 103.

¹⁶¹ Viene in proposito richiamata in particolare la definizione di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, p. 13, ma la definizione è condivisa dalla più autorevole dottrina civilistica (così S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 723).

¹⁶² L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 104.

confliggenti dei lavoratori, che, semmai, vengono considerati in un momento successivo rispetto all'apprezzamento della posizione datoriale.

Il giudizio circa il ricorrere del giustificato motivo oggettivo si traduce piuttosto *nell'apprezzamento della congruenza* tra la prerogativa datoriale esercitata da parte del datore di lavoro e l'interesse meritevole di tutela ad esso sotteso. Più in particolare, si è precisato che i giudici, allorchè si trovino a compiere l'usuale verifica dell'effettività della dichiarata scelta imprenditoriale e del nesso causale tra quest'ultima e la soppressione del posto di lavoro, che informano la nozione di giustificato motivo oggettivo, altro non fanno che realizzare un "*controllo della corrispondenza fra causa concreta del singolo atto di esercizio del diritto potestativo e causa astratta prefigurata dalla legge, cioè della corrispondenza fra gli interessi che l'atto di volta in volta mira a soddisfare e gli interessi ai quali, valutandoli come meritevoli, l'ordinamento riconosce tutela*"¹⁶³.

Pertanto, si è ritenuto di poter affermare che il sindacato compiuto dai giudici sia proprio quello che l'interprete realizza allorchè si tratti di verificare la configurazione di un'ipotesi di abuso del diritto inteso nel senso che in questa si è ritenuto l'unico plausibile, ovvero in senso causale.

La dottrina in esame ha condiviso e precisato la ricordata prospettazione pretoria, escludendo, per converso, le altre ipotesi ricostruttive proposte dagli interpreti.

Innanzitutto, infatti, non è stata ritenuta convincente la tesi, sposata da una giurisprudenza minoritaria¹⁶⁴, secondo cui la sussistenza del giustificato motivo oggettivo vada riconosciuta nelle sole limitatissime ipotesi in cui la soppressione del posto di lavoro sia imposta dal dissesto finanziario dell'impresa.

Tale ricostruzione conduce ad un'interpretazione del giustificato motivo oggettivo come causale destinata ad operare ad esclusivo vantaggio del lavoratore, fondando un vero e proprio diritto alla conservazione del posto

¹⁶³ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 125.

¹⁶⁴ Tra le più recenti Cass., 7 luglio 2004, n. 12541, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, pp. 838 ss. con nota di P. ICHINO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*; Cass., 18 novembre 1998, n. 11646, in *Dir. lav.*, 2000, II, p. 32, con nota di A. LEPORE, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento, onere della prova e limiti al sindacato del giudice*. Tra le pronunce di merito si ricorda Trib. Milano, 23 luglio 1999, in *Lav. giur.*, 1999, p. 1165.

di lavoro; si ascrive inoltre in una logica più ampia che considera il licenziamento come *extrema ratio*, alla luce di una peculiare valorizzazione del disposto degli art. 4, che, come noto, proclama il diritto al lavoro, e dell'art. 41, comma 2, Cost.¹⁶⁵, che circoscrive la libertà di iniziativa economica privata.

Tanto chiarito, la tesi non convince poiché collide in maniera inaccettabile con l'interpretazione, ormai ampiamente, accreditata dell'art. 41 Cost.: la norma costituzionale, infatti, fonda un diritto di libertà in capo all'imprenditore e non certo una sorta di "diritto dovere" riconosciuto e garantito al datore soltanto laddove esso risulti effettivamente utile e funzionale al soddisfacimento di interessi di soggetti terzi, primi fra tutti i lavoratori¹⁶⁶. In via di estrema sintesi, sono cioè stati ormai ripudiati tutti quei tentativi interpretativi volti a riconoscere nell'utilità sociale, sicurezza sociale, libertà e dignità evocate nel comma 2 dell'art. 41 Cost. interessi, ulteriori rispetto a quelli del titolare della posizione stessa, posti a fondamento del riconoscimento della posizione giuridica dall'art. 41 Cost. Si tratta invece, secondo l'opzione ermeneutica oggi accolta¹⁶⁷, di interessi che segnano un limite *esterno* rispetto alla libertà di iniziativa economica privata, capaci di fondare, nel rispetto della riserva di legge, prerogative contrapposte rispetto a quella di iniziativa economica privata.

Si è altresì escluso di poter aderire ad una prospettazione che consideri il giustificato motivo oggettivo alla stregua di un *limite esterno* al potere datoriale, tale cioè da richiedere il necessario *bilanciamento* con i contrapposti interessi del lavoratore¹⁶⁸.

Ed invero tale conclusione può essere smentita grazie ad una lettura attenta del complesso delle norme che attengono alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato. Si osserva, infatti, come in tutti i casi in cui il legislatore abbia inteso limitare le prerogative datoriali dall'esterno, ovvero attribuendo

¹⁶⁵ In particolare, M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, cit., *passim*.

¹⁶⁶ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., pp. 105 ss.

¹⁶⁷ G. MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, pp. 618 ss.; G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 318; L. MENGONI, *Contratto e rapporto nella recente dottrina italiana*, in *Riv. società*, 1965, p. 683; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 81.

¹⁶⁸ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., spec. pp. 113 ss.

rilevanza agli interessi contrapposti del lavoratore, abbia impiegato formule normative assai più esplicite rispetto a quella che denota il giustificato motivo oggettivo. In particolare, a conforto di queste affermazioni, si possono ricordare i plurimi esempi offerti dalla disciplina del licenziamento durante i periodi d'irrecedibilità. Si pensi alla previsione secondo cui è vietato procedere al licenziamento per causa di matrimonio nella quale è stabilito espressamente che il recesso non possa essere intimato tra il giorno successivo alla richiesta delle pubblicazioni fino ad un anno dopo la celebrazione (art. 1, l. n. 7/1963); o, ancora, alla disposizione che preclude puntualmente lo scioglimento del rapporto da parte del datore per gravidanza e puerperio dall'inizio del periodo di gravidanza fino ad un anno di età del bambino (artt. 2110 c.c. ed art. 54 d.lgs. n. 151/2001).

Ebbene, in tali ipotesi non è facilmente contestabile il fatto che le disposizioni normative appena richiamate impongano all'interprete di considerare l'interesse del lavoratore: il modo stesso in cui sono formulate rende, infatti, necessaria la valutazione di tale interesse ai fini dell'apprezzamento circa la legittimità nell'esercizio del potere datoriale.

In un diverso ambito disciplinare si consideri anche l'istituto del c.d. *ius variandi*. Fino alle recentissime modifiche che, per certi versi, ne hanno stravolto i connotati, tale potere poteva essere legittimamente esercitato nei limiti dell'*equivalenza delle mansioni*. Tale locuzione, invero, denotava la rilevanza attribuita dal legislatore all'interesse del lavoratore a preservare la professionalità del prestatore.

Tanto chiarito in ordine all'opportunità di aderire ad una prospettazione del giustificato motivo oggettivo quale espressione del divieto di abuso del diritto, la dottrina in commento ha però ritenuto di dover meglio specificare, rispetto all'elaborazione pretoria, quale sia l'interesse meritevole di tutela che connota la causa dell'atto di recesso datoriale intimato per giustificato motivo oggettivo e che, in definitiva, ne garantisce la legittimità.

Ebbene, in proposito è stata evidenziata la centralità del disposto dell'art. 41 Cost. letto, però, alla luce della sua più moderna e già ricordata

interpretazione, secondo cui esso fonda un *interesse* eminentemente *privato* alla creazione di un'organizzazione per i fini più disparati.

In una prospettiva di più ampio respiro, questa stessa dottrina ha infine chiarito come l'adesione alla teoria del divieto di abuso in chiave funzionalistica, una volta calata nel rapporto di lavoro, postuli che tutte le prerogative datoriali debbano essere sempre coerenti con l'interesse ad esse sotteso, vale a dire, come si è già avuto modo di ricordare, quello di creare, modificare, disporre dell'organizzazione, ricavabile interpretativamente dal disposto dell'art. 41 Cost. Tale fine tecnico-organizzativo è dunque destinato a colorare e connotare la causa degli atti negoziali in cui si traduce l'esercizio dei diritti (potestativi) del datore.

Quanto in particolare all'atto di licenziamento, secondo questa prospettazione, tale scopo effettivamente ricorre soltanto qualora il recesso sia sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo (soggettivo o oggettivo), i quali, in definitiva, sono i soli ad attribuire meritevolezza alla funzione concreta del singolo atto di recesso¹⁶⁹ e, quindi, a scongiurarne l'abusività.

Pertanto, qualora la causa che in concreto si ravvisa nel singolo atto posto in essere dal datore sia difforme da tale causa tipica, che è l'unica meritevole di tutela secondo l'ordinamento e dunque capace di configurare causa dell'atto, allora, in forza del disposto dell'art. 1325 c.c., applicabile agli atti unilaterali *ex art. 1324 c.c.*, occorre concludere che l'atto sia "*per ciò stesso illecito*"¹⁷⁰.

Secondo questa ricostruzione, tale conclusione peraltro è definitivamente imposta sol che si valorizzi debitamente il carattere *unilaterale* dell'atto di

¹⁶⁹ Si v. in particolare M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 555 dove, invero, è testualmente affermato che "*il licenziamento non è discriminatorio – non è cioè connotato da causa illecita – solo se il datore di lavoro persegue l'unica finalità tipica ammessa nel sistema: l'interesse, di rilievo costituzionale a disporre di un'organizzazione in vista dello svolgimento di un'attività, che si specifica poi ulteriormente nell'interesse a modificare (giustificato motivo oggettivo di tipico economico) e a garantire la funzionalità dell'organizzazione, senza rimanere vincolato ad un contratto di cui risulti alterata, in fase funzionale, la causa, vuoi per inadempimento del lavoratore (giusta causa, giustificato motivo soggettivo), vuoi per impossibilità sopravvenuta, non imputabile, della prestazione (giustificato motivo oggettivo di tipo personale)*".

¹⁷⁰ M.T. CARINCI, *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, p. 150.

licenziamento¹⁷¹. Ed invero, in conformità ad una tesi accolta da una cospicua parte della dottrina civilista¹⁷² ed elaborata a partire dal disposto dell'art. 1987 c.c.¹⁷³, gli atti unilaterali non possono che essere tipici. Diversamente opinando, infatti, si consentirebbe un'ingerenza incontrollata nella sfera giuridica altrui, ma, soprattutto, si ammetterebbe una disarticolazione del contratto in tanti atti unilaterali, la quale farebbe venire meno il concetto stesso di sinallagmaticità ed, in definitiva, la stessa serietà dell'adempimento dell'obbligazione assunta.

La dottrina in esame ha infine aggiunto un ulteriore tassello al ragionamento fin qui svolto: focalizzando l'attenzione sulla disciplina antidiscriminatoria, infatti, ha affermato che i divieti di discriminazione espressamente previsti dalla legge, primi fra tutti quelli previsti nel fondamentale disposto dell'art. 15 St. Lav.¹⁷⁴, a ben vedere non costituiscono niente altro che una *positivizzazione* del divieto di abuso del diritto operativo nell'ordinamento.

Ed invero le norme che li contengono contemplanano espressamente alcuni *interessi* che non possono essere perseguiti ed, anzi, vengono stigmatizzati per la loro particolare riprovevolezza e che, per converso, se perseguiti, determinano l'illiceità causale degli atti negoziali relativi. Si tratta, infatti, di interessi di natura antisindacale, antipolitica, antireligiosa, antirazziale che si

¹⁷¹ M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o "per motivo illecito determinante" alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, pp. 644-645.

¹⁷² F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, pp. 830 ss.; A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, pp. 3 ss.; F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, pp. 275 ss.

¹⁷³ L'art. 1987 c.c. prevede testualmente che "*la promessa unilaterale non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge*".

¹⁷⁴ Accanto al fondamentale disposto dell'art. 15 St. Lav., si ricordano l'art. 4, l. n. 125/1991, poi trasfuso nell'art. 25, d.lgs. 198/2006, quanto alle discriminazioni per sesso; l'art. 43, comma 2, lett. e), d. lgs. n. 286/1998, con riferimento alle discriminazioni per razza, appartenenza ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza; l'art. 3, d.lgs. n. 215/2003 relativo alle discriminazioni per razza ed origine etnica; l'art. 3, d.lgs. n. 216/2003 concernente le discriminazioni a causa di religione, convinzioni personali, *handicap*, età ed orientamento sessuale; l'art. 2, l. n. 67/2006, concernente le persone con disabilità. Le previsioni normative richiamate replicano nella sostanza il disposto dell'art. 15 St. Lav., esplicitando, dunque, una serie di cause illecite che non possono connotare in alcun modo gli atti datoriali (così, assai di recente, M.T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M.T. CARINCI – A. TURSÌ, Torino, 2015, pp. 31-32; P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi "funzionali" alla luce dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 340).

pongono in contrasto con il principio fondamentale di cui all'art. 2 Cost., che postula il libero dispiegarsi della personalità dell'individuo sia come singolo sia all'interno delle formazioni sociali (quali, innanzitutto, partiti politici, sindacati, confessioni religiose). Sicché, è ben possibile affermare che i plurimi divieti di discriminazione previsti nell'ordinamento, precludendo in termini obiettivi l'illiceità causale degli atti datoriali, esprimano compiutamente a livello positivo il divieto di abuso del diritto.

Non solo. Essi costituirebbero oggi un *sistema aperto*, suscettibile di comprendere tanto i motivi discriminatori espressamente vietati da parte del legislatore con i numerosi interventi normativi che si sono succeduti negli anni, quanto tutti quegli interessi che connotano funzionalmente l'atto datoriale, insuscettibili di identificarsi con la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo oppure oggettivo. L'elenco delle ragioni discriminatorie, in definitiva, sarebbe meramente esemplificativo e non tassativo.

In accordo con una parte degli interpreti¹⁷⁵, infatti, la dottrina in esame, anche assai di recente¹⁷⁶, ha osservato con specifico riferimento all'atto di licenziamento come i divieti di discriminazione siano preordinati alla tutela della dignità della persona e trovino perciò la propria base costituzionale nell'art. 2. Ha poi sostenuto che, accanto a quelli espressamente menzionati nell'art. 15 St. Lav., esistono però altri aspetti della persona parimenti rilevanti ai sensi dell'art. 2 Cost. e suscettibili di integrare lo scopo oggettivo dell'atto di licenziamento (ad esempio, lo stato di obesità). Sulla base di queste premesse ha quindi affermato che tali ultimi connotati dell'individuo, trovando il proprio riconoscimento nel disposto costituzionale al pari di

¹⁷⁵ A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, Padova, 2010, pp. 179 ss.; S. GIUBBONI-S. BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in *Contratto di lavoro e organizzazione*. II. *Diritti e obblighi*, a cura di M. MARAZZA, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI-F. CARINCI, Vol. IV, Padova, 2012, p. 26. Quanto alla giurisprudenza, essa, come osservato in dottrina (cfr. M.T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, cit., pp. 37-38) appare sempre più orientata ad aderire ad una concezione aperta dei divieti di discriminazione: da un canto, infatti, talvolta ha ritenuto le ragioni discriminatorie meramente esemplificative (v. di recente Cass., 8 agosto 2011, n. 17087, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, pp. 326 ss.; nella giurisprudenza di merito Trib. Milano, 20 novembre 2012, in *Arg. dir. lav.*, 2013, I, pp. 147 ss.; Trib. Bologna, 19 novembre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, pp. 271 ss); dall'altro, pur affermandone la tipicità, ha poi teso ad interpretare l'elenco delle ragioni discriminatorie in maniera ampia (così Trib. Milano, 11 febbraio 2013, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2013, pp. 210 ss.).

¹⁷⁶ M.T. CARINCI, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, cit., p. 38.

quelli oggetto dei divieti di discriminazione, debbano essere tutelati allo stesso modo e, dunque, ad essi non può non essere applicata la disciplina antidiscriminatoria.

In definitiva, se, da un canto, la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo scongiurano la possibilità che si configuri un abuso di diritto, in quanto garantiscono pienamente la congruenza causale dei poteri datoriali ed, in special modo, del licenziamento, dall'altro, il difetto di tali causali è sintomatico di un abuso di diritto che, in forza dell'atipicità dei motivi discriminatori, finisce per identificarsi in una vera e propria discriminazione¹⁷⁷.

In proposito, corre tuttavia l'obbligo di ricordare che la prospettazione in esame è stata sottoposta a critica da quanti hanno innanzitutto ravvisato nella nozione di discriminazione un necessario profilo relazionale¹⁷⁸, che senz'altro difetta nelle fattispecie di abuso del diritto. Si tratta, infatti, di quella tesi volta ad affermare, quale elemento costitutivo della fattispecie discriminatoria, la disparità di trattamento di un soggetto rispetto ad un altro. Tale indicazione è stata tratta in particolare a partire dal disposto dell'art. 15 St. lav. laddove alla lett. b) prevede che è vietato "discriminare" il lavoratore "*nella assegnazione di qualifiche e di mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari*": la norma esprimerebbe dunque, già a livello linguistico, la necessità che la discriminazione si traduca in un trattamento differenziale di un dipendente rispetto all'altro.

La tesi, tuttavia, se considerata nella sua absolutezza, non sembra cogliere nel segno.

Innanzitutto, se pure appare del tutto ammissibile che la discriminazione si risolva in una disparità di trattamento, quest'ultima, tuttavia, non risulta necessaria per stigmatizzare la condotta datoriale.

A ben vedere, infatti, ciò che rileva ai fini dell'applicazione delle norme che contemplano i divieti di discriminazione è l'esercizio oggettivo della

¹⁷⁷ Rileva espressamente il legame tra abuso del diritto e discriminazione colto dalla dottrina in commento A. TURSI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi*, in *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 86, nota 68.

¹⁷⁸ E. GHERA, *Commento agli artt. 15 e 16*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. PROSPERETTI, Milano, 1975, pp. 410 ss.; M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, pp. 214 ss.

prerogativa datoriale per un motivo discriminatorio che, come ormai noto, esprime la funzionalizzazione del potere al perseguimento di un interesse immeritevole di tutela secondo l'ordinamento e dunque l'illiceità della causa. In caso contrario, è stato persuasivamente evidenziato che si giungerebbe al risultato aberrante di escludere l'applicazione della disciplina discriminatoria nell'ipotesi, non così improbabile, in cui il datore proceda al licenziamento dell'unico dipendente per un motivo vietato, come la razza o l'ideologia politica¹⁷⁹.

Peraltro, la stessa dottrina che ha proposto questa interpretazione sembra poi averne significativamente ridotto la portata, laddove ha precisato che la disparità di trattamento di cui si è affermato, in via di principio, il carattere necessario, può anche risultare soltanto potenziale ed ipotetica. Non è chi non veda come, così ragionando, si finisce per svilire l'assunto inizialmente formulato, fino a renderlo niente più che una petizione di principio.

Tutto ciò chiarito, a chi scrive appare senz'altro condivisibile la valorizzazione del principio del divieto di abuso del diritto quale chiave di volta per realizzare un sindacato giudiziale sull'esercizio dei poteri datoriali che, mettendo al centro al centro la necessaria coerenza con gli interessi ad essi sottesi, consente di evitarne un esercizio arbitrario.

Si condivide inoltre l'affermazione per cui i motivi discriminatori costituiscano espressione positiva del divieto di abuso del diritto in quanto, già a partire dall'esame testuale della disciplina antidiscriminatoria, è possibile sostenere che essi precludano l'esercizio delle prerogative datoriali per il soddisfacimento di interessi riprovevoli per l'ordinamento ed in conflitto con quello, ricavabile in via interpretativa dall'art. 41 Cost., sotteso alle prerogative datoriali.

Ciò che invece, allo stato attuale di sviluppo dell'ordinamento desta più perplessità è la possibilità di affermare che le discriminazioni costituiscano effettivamente un *sistema aperto*.

¹⁷⁹ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 184.

Ed, invero, per smentire tale ultima interpretazione, è stato innanzitutto evidenziato¹⁸⁰ come i motivi discriminatori si caratterizzino per il loro *particolare disvalore* che incide su aspetti che connotano la stessa identità soggettiva della persona e come essi esprimano, tra le condotte a causa illecita potenzialmente realizzabili da parte del datore, quelle connotate da *sistematicità* e *serialità*. A questa riflessione si affianca anche quella per cui, se è incontestabile che il legislatore abbia ampliato progressivamente il novero dei divieti di discriminazione, è però altrettanto vero che non sia mai intervenuto con una disposizione normativa inequivocabilmente capace di deporre nel senso del carattere aperto del catalogo delle discriminazioni.

Ben si comprende, d'altro canto, come soltanto una ricostruzione volta ad accettare il carattere aperto delle discriminazioni consentirebbe di affermare pianamente che, ogni volta in cui l'esercizio delle prerogative datoriali, in particolare il potere di licenziamento, sia ingiustificato, esso risulti, per ciò stesso, discriminatorio e, dunque, nullo, senza dover passare attraverso il medio logico dell'abuso del diritto.

Ad oggi, in definitiva, pare a chi scrive che il licenziamento ingiustificato sia da considerarsi tecnicamente discriminatorio soltanto qualora l'atto di recesso non sorretto da giusta causa o giustificato motivo sia oggettivamente connotato, d'altra parte, da un motivo discriminatorio, tra quelli vietati dall'ordinamento. In caso contrario, come si apprezzerà meglio in seguito ragionando delle recenti riforme e della loro *ratio*, il licenziamento potrà essere considerato nullo, *per illiceità della causa*, qualora sia abusivo, in quanto assuma il carattere dell'arbitrarietà. Sicché, in ultima analisi, il principio del divieto di abuso del diritto in questa logica può continuare ad avere non solo una propria autonomia sistematica, ma anche uno spazio di operatività quale *genus* all'interno del quale si colloca, come *species*, il divieto di discriminazione.

¹⁸⁰ Si esprime in questi termini M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, I, pp. 146-147.

1.4. Segue. La dottrina critica rispetto all'operatività del divieto di abuso del diritto quale pregiudizio alla certezza del diritto, superfetazione della buona fede o della violazione di legge codificata.

Una parte, per il vero cospicua, degli interpreti ha mostrato scetticismo rispetto all'operatività del divieto di abuso del diritto, pur attestandosi in proposito su posizioni alquanto eterogenee.

Più in dettaglio, alcuni esponenti della dottrina giuslavoristica¹⁸¹ hanno espresso forti perplessità in merito alla stessa configurabilità logico-giuridica del divieto di abuso del diritto. Il concetto apparirebbe contraddittorio nei suoi stessi termini, giacché delle due l'una: o si rimane nei limiti entro cui l'ordinamento consente al soggetto di agire, ed allora si rientra nell'ambito del lecito esercizio del diritto, oppure si fuoriesce da essi, realizzando così un illecito giuridico *tout court*. In definitiva, si nega dunque radicalmente che possa ricorrere uno *spazio intermedio* tra l'esercizio del diritto e lo sconfinamento o il superamento di esso.

Il ragionamento, per tutto quanto si è andato dimostrando in precedenza¹⁸², non convince nella sua innegabile nettezza: non considera, infatti, come l'abuso di diritto sia funzionale ad operare in tutti quei casi in cui l'illiceità si annidi, per le modalità con cui è redatta la norma o per la sua obsolescenza rispetto all'interpretazione di una determinata prerogativa, dietro un'apparenza di conformità alla legge. Esso, in particolare, consente di valorizzare e garantire la centralità del concetto di interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento sotteso posizioni soggettive di vantaggio giacché è proprio funzionale a rivelare la deviazione nell'esercizio di un diritto proprio dall'interesse per il quale è stato riconosciuto nell'ordinamento.

Vi è peraltro chi¹⁸³, invece, pur cogliendo le potenzialità concettuali insite in questa formula, ha ritenuto che comunque, sul piano tecnico-

¹⁸¹ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, 1961, p. 80. Sembra aderire, ma solo incidentalmente, a tale posizione, G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 319, nota 68.

¹⁸² V. *supra* Capitolo I.

¹⁸³ C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988, pp. 80 ss.

operativo, in luogo del divieto di abuso del diritto, possano essere adeguatamente impiegati altri istituti, prima fra tutti la clausola generale di buona fede.

Si legge in particolare che il divieto di abuso, assai dibattuto tra gli interpreti, sia una figura che trae la propria giustificazione dall'eterogeneità dei comportamenti che ad essa sono ricondotti rispetto a quelli che sono tradizionalmente connotati da illiceità. Si è cioè inteso porre persuasivamente in luce come “eccesso dal diritto” ed “abuso di diritto” vadano tenuti distinti in quanto il primo ricorre allorchè si accerti una chiara violazione del limite fissato dalla disposizione di riferimento; il secondo, invece, risponde alla ben diversa esigenza di qualificare giuridicamente l'attività svolta da un soggetto in apparente conformità con il suo diritto. In definitiva, è stato riconosciuto come non possa essere sottovalutata l'importanza di far emergere, attraverso questo principio, un fenomeno definito icasticamente di “illiceità indiretta”¹⁸⁴.

Cionondimeno, questa stessa dottrina ha ritenuto che lo strumento dell'abuso di diritto debba essere impiegato comunque con cautela al fine di evitare pericolose “fughe in avanti” rispetto al principio di certezza del diritto che rappresenterebbero il vero bersaglio di quanti criticano il ricorso al principio in esame¹⁸⁵. Sicché, in definitiva ha affermato che, al fine di sanzionare le ipotesi che chiama di illiceità diretta, sia più opportuno il richiamo alla clausola di buona fede oggettiva che, come noto, a differenza del divieto di abuso del diritto, presenta un esplicito fondamento normativo in plurime disposizioni del Codice civile. È facilmente comprensibile come chi scrive non possa che dissentire da questo esito interpretativo che tende a ritenere omologhi da un punto di vista funzionale buona fede ed abuso di diritto che, come ampiamente si è già cercato di dimostrare, sono profondamente distinti.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 183.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 189.

Ancora diversa, ma parimenti critica, è la posizione di quella dottrina¹⁸⁶ che ha innanzitutto esaminato le suggestioni del diritto amministrativo sull'elaborazione della teoria dell'abuso del diritto civilistico. È stato ricordato in proposito come, in special modo nell'esperienza francese, l'abuso di diritto sia stato assimilato allo sviamento di potere dal fine sociale, figura sintomatica del vizio di "eccesso di potere" dell'atto amministrativo¹⁸⁷, quale conseguenza della stessa genesi storica della teoria dell'abuso. Ed invero quest'ultima, come noto, è stata elaborata per arginare gli eccessi della cultura liberale che avevano consentito la configurazione di rapporti contrattuali caratterizzati dalla sostanziale disparità socio-economica delle parti e come l'assimilazione di tali posizioni di supremazia a quelle tipiche dei pubblici poteri abbia condotto una parte degli interpreti ad invocare. Proprio la funzionalizzazione dell'attività privata al perseguimento di un fine sociale, fulcro del principio, è stata però ritenuta, a giusta ragione, l'elemento debole della teoria: partendo da queste premesse, infatti, si dovrebbe concludere logicamente che l'esercizio del potere privato, in quanto diretto all'attuazione di un fine ad esso sotteso, si attegga allo stesso tempo come obbligo, il cui inadempimento non può che comportare, dunque, la mera responsabilità civile del datore.

Questa stessa dottrina ha però precisato come una parte dei giuslavoristi abbia cercato di ricondurre la teoria del divieto di abuso del diritto nell'alveo propriamente civilistico, ancorandola ad un giudizio di liceità in merito alla causa dell'atto di recesso. Si tratta dell'ormai nota concezione causale dei poteri imprenditoriali.

Ebbene, tale prospettazione è stata senz'altro ritenuta preferibile, rispetto a quello appena esaminata, in quanto è apparsa maggiormente coerente con la natura privatistica delle prerogative prese in considerazione; cionondimeno, anche in essa è stata ravvisata più di una criticità.

Innanzitutto, non è stato condiviso lo sforzo argomentativo volto a ribadire la necessità che vi sia coerenza tra l'esercizio in concreto delle prerogative datoriali e l'interesse ad esse sottese e ad affermare che quest'ultimo connoti

¹⁸⁶ P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1991, pp. 139-144.

¹⁸⁷ *Eadem*, p. 138.

necessariamente la causa degli atti datoriali. Né, conseguentemente, è stata ritenuta convincente la costruzione tesa a riconoscere il difetto causale in ipotesi di accertamento di siffatta divergenza, sostenuta sulla base del disposto dell'art. 1325, n. 2, c.c., applicabile agli atti unilaterali in forza dell'art. 1324 c.c. In proposito, è stato infatti affermato che ragionare in questi casi in termini di "mancanza di causa" è frutto di un fraintendimento: la dottrina in commento, accogliendo, infatti, una nozione di causa intesa quale funzione economico-giuridica, ha concluso necessariamente nel senso che tale funzione, laddove si tratti di negozi tipici, non può che essere sempre esistente e degna di tutela secondo l'ordinamento. Sicché, in definitiva, nel caso in cui l'esercizio in concreto della prerogativa datoriale si discosti dall'interesse ad essa sotteso, non dovrà comunque richiamarsi la nozione di causa e paventare un difetto, non potendosi prescindere *ad libitum* dalle valutazioni compiute da parte del legislatore¹⁸⁸.

Ritenuto non opportuno il richiamo alla causa del contratto, si è vagliata anche l'impostazione tesa a reprimere i comportamenti abusivi in base ad una valutazione in ordine alla liceità dei motivi dell'atto datoriale, affermata in forza di un'equiparazione della nozione di motivo a quella di causa. Pur ritenendo tale prospettazione senz'altro più plausibile, potenzialmente, di quella che fa perno attorno alla mancanza di causa, cionondimeno, se ne è infine esclusa la validità in quanto "*il punto di osservazione prescelto si rivela infecondo, poiché, a ben vedere, il problema è diverso e non si presta ad essere efficacemente risolto in questi termini*"¹⁸⁹. In particolare, in relazione alla disciplina del licenziamento, si è infatti sostenuto che i presupposti tipici del recesso imprenditoriale non concorrono alla qualificazione dell'atto ed, anzi, ne rimangono irrimediabilmente estranei. Del resto, la correttezza di tale affermazione sarebbe dimostrata dal fatto che il legislatore non abbia tradizionalmente scelto di invocare la categoria della nullità, ma quella dell'annullabilità dell'atto datoriale in caso di insussistenza dei presupposti di giustificazione del licenziamento¹⁹⁰. Sicché, in ultima analisi, ferma la liceità della *causa* dell'atto, un sindacato sui *motivi* illeciti sarebbe possibile ed

¹⁸⁸ P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, cit., p. 148.

¹⁸⁹ *Eadem*, p. 150.

¹⁹⁰ P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, cit., p. 151.

ammissibile soltanto nelle limitate ipotesi in cui il datore di lavoro con il proprio atto abbia perseguito uno scopo ulteriore rispetto a quello cui l'atto datoriale è preordinato dall'ordinamento ed illecito o perché tipizzato come tale da parte del legislatore o perché rilevabile secondo i principi del diritto comune¹⁹¹.

A chi scrive pare che tale ricostruzione non possa essere pienamente condivisa.

Ed invero, innanzitutto, giova ribadire come oggi risulti ormai superata la nozione di causa intesa come funzione economico sociale del contratto a favore di quella che identifica la causa nella sintesi degli interessi concreti che le parti intendono percepire.

Da questa ricostruzione consegue, come già altrove spiegato¹⁹², la necessità di ridimensionare notevolmente la distinzione concettuale tra la causa ed i motivi dell'atto e, di conseguenza, si attenua l'opportunità di considerare il divieto di abuso del diritto quale ipotesi di illiceità dei motivi dell'atto.

Tanto chiarito, non si condivide l'analisi in commento laddove sembra ritenere che la scelta compiuta dal legislatore di sanzionare, a talune condizioni, l'illegittimità del licenziamento con la sola tutela obbligatoria determini lo svilimento delle potenzialità applicative del principio del divieto di abuso del diritto.

In primo luogo, infatti, ad avviso di chi scrive, occorre valorizzare debitamente l'importanza sistematica del divieto di abuso del diritto che, in particolare, consente all'interprete di comprendere ed inquadrare la complessa disciplina antidiscriminatoria¹⁹³.

Inoltre, va evidenziato come, al di fuori delle ipotesi in cui è stato positivizzato dal legislatore, il divieto di abuso del diritto in senso causale sia utile a colpire e snidare tutte le fughe verso l'arbitrio nell'esercizio delle prerogative datoriali lasciate aperte dal dato normativo. Ciò accade, in particolare, quando, in forza della tecnica impiegata dal legislatore nella redazione della disposizione di legge, si possa configurare un contrasto tra

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² V. *supra* p. 65.

¹⁹³ V. *supra* § 1.2.

l'interesse perseguito in concreto da parte del datore e quello per il quale la prerogativa datoriale è riconosciuta nell'ordinamento.

Vale infine ricordare che secondo un altro indirizzo dottrinale¹⁹⁴ l'evoluzione normativa del diritto del lavoro ha avuto quale conseguenza una sostanziale riduzione degli spazi di operatività del divieto di abuso.

Più in dettaglio, infatti, è stato affermato che l'introduzione della necessaria giustificazione dell'atto di recesso che, come noto, postula che il licenziamento, per essere legittimo, sia suffragato da una giusta causa o un giustificato motivo (soggettivo o oggettivo) di licenziamento, porti con sé, quale conseguenza indefettibile, l'inutilità del ricorso al principio in esame. Ed, invero, la giusta causa ed il giustificato motivo, secondo questa prospettazione, esplicitano nelle norme di riferimento l'interesse per il cui soddisfacimento l'atto di recesso è ammesso nell'ordinamento. Pertanto, il difetto di coerenza del primo rispetto al secondo non può che tradursi in una radicale violazione di legge, facendo così venire meno l'utilità del divieto di abuso. In definitiva, non vi sarebbe dunque bisogno di inquadrare le ipotesi di difetto della giusta causa e del giustificato motivo nella più ampia categoria concettuale dell'abuso di diritto.

La constatazione appare condivisibile nelle premesse, ma non certo nelle conseguenze. Ed invero la precisazione, persuasiva, secondo cui la giusta causa ed il giustificato motivo sono espressioni del divieto di abuso del diritto a chi scrive non sembra però utile ad affermare la scarsa utilità del principio; ne conferma invece la presenza all'interno del sistema e ne legittima l'operatività quale strumento di controllo causale delle prerogative datoriali.

¹⁹⁴ R. DEL PUNTA, *L'abuso nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, cit., pp. 407-410.

SEZIONE II

2. Le applicazioni giurisprudenziali del divieto di abuso del diritto.

La giurisprudenza lavorista non è rimasta affatto insensibile alle plurime applicazioni del divieto di abuso realizzate nella materia dei contratti già all'indomani dell'entrata in vigore del Codice civile, né all'ampia riflessione teorica compiuta in proposito da parte della dottrina.

Occorre pertanto procedere ad una analisi puntuale delle pronunce, per la verità non così esigue, in cui la giurisprudenza, di legittimità e di merito, ha invocato in maniera espressa o indiretta il principio in esame.

Per un'ovvia necessità di chiarezza logica e, dunque, espositiva si è peraltro ritenuto di dover distinguere le ipotesi in cui il principio sia invocato in relazione all'esercizio di prerogative proprie del datore di lavoro dalle ben diverse fattispecie in cui i giudici hanno individuato un abuso dei diritti del lavoratore.

Ed invero, a differenza di quanto avvenuto nell'ambito del dibattito dottrinale, dove i contributi teorici più articolati si sono concentrati sull'analisi in chiave funzionalistica dei poteri datoriali, in quello giurisprudenziale il principio è stato impiegato *in modo trasversale* sia con riguardo, dunque, alla posizione datoriale sia a quella del prestatore di lavoro.

L'obiettivo principale che ci si prefigge è realizzare un'analisi critica dei percorsi argomentativi compiuti dai giudici, volta, soprattutto, a verificare quale qualificazione sistematica sia stata attribuita al principio e quali conseguenze siano state fatte derivare da esso.

3.1 L'abuso del diritto da parte *del datore di lavoro* alla luce della concezione causale dei poteri imprenditoriali.

La giurisprudenza ha mostrato di cogliere l'articolata elaborazione teorica relativa al sindacato di tipo causale dei poteri datoriali, primo fra tutti quello di recesso, la quale, come ormai noto, si lega a doppio filo alla tematica del divieto di abuso del diritto. Ed invero ha avuto modo di includere tra le eterogenee ipotesi di illiceità degli effetti di esercizio dei poteri datoriali anche le condotte che, pur apparentemente conformi al dato normativo, celino una contraddizione rispetto all'interesse sotteso alla posizione di vantaggio configurata in capo al datore, mostrando così di riconoscere e sanzionare le fattispecie di abuso di diritto¹⁹⁵.

In particolare, tale prospettazione è stata accolta negli anni Ottanta a proposito dell'individuazione dei criteri per la selezione di candidati impiegati nell'ambito di procedure concorsuali instaurate da enti pubblici economici nel settore bancario¹⁹⁶; dell'individuazione dei soggetti da porre in Cassa integrazione guadagni¹⁹⁷ ed, infine, ma non certo per importanza, con riguardo alle sanzioni disciplinari ed ai licenziamenti, comminati nell'area della libera recedibilità¹⁹⁸.

Preme peraltro fin da subito evidenziare come i percorsi argomentativi svolti da parte dei giudici per giungere a sindacare l'esercizio abusivo delle prerogative datoriali si presentino piuttosto eterogenei e talvolta eccentrici rispetto alla qualificazione in termini privatistici delle posizioni di vantaggio configurabili nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato e come,

¹⁹⁵ In particolare riconosce una vicinanza di questo filone giurisprudenziale con la teorica del divieto di abuso R. DEL PUNTA, *L'abuso nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, cit., p. 418.

¹⁹⁶ In particolare Cass., 29 giugno 1981, n. 4250, in *Giust. civ.*, 1982, I, pp. 181 ss. con nota di B. BRATTOLI, *Concorso negli enti pubblici e sindacato del giudice*; Trib. Roma, 17 luglio 1982, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2020.

¹⁹⁷ Pret. Milano, 29 luglio 1982; 14 agosto 1982; 1 settembre 1982, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, pp. 789 ss. con nota di L. GALANTINO, *Il profilo dell'abuso di diritto nella disciplina della Cassa integrazione guadagni*, cit.; Pret. Milano, 23 novembre 1982, in *Foro it.*, 1983, I, c. 478; Trib. Milano, 27 gennaio 1984, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2319; Trib. Bergamo, 23 luglio 1984, in *Giust. civ.*, I, 1984, p. 3418, con nota di R. DEL PUNTA, *Problemi vecchi e nuovi sui criteri di scelta dei "cassaintegrati". Il criterio della rotazione*.

¹⁹⁸ Cass., 25 luglio 1984, n. 4382, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3001.

talvolta, essi pervengano a sanzionare vicende di vero e proprio abuso, senza tuttavia invocare esplicitamente questo principio.

3.2. *Segue.* Il sistema delle promozioni a scelta.

Quanto al primo ambito menzionato, merita di essere ricordata la pronuncia della Corte di Cassazione 29 giugno 1981, n. 4250 cit.

In essa la Suprema Corte ha affermato che, in caso di esercizio di prerogative *discrezionali* del datore di lavoro, l'accertamento del perseguimento da parte di quest'ultimo di un fine in contrasto con quello sotteso alla posizione di vantaggio configura una violazione del canone di buona fede che presenta – e qui risiede l'elemento peculiare – “*una contiguità concettuale*” con la figura dell'eccesso di potere “*quando si voglia esprimere la non corrispondenza dell'atto alla funzione assegnatagli dall'ordinamento*”.

Come noto, quest'ultimo, infatti, nel diritto amministrativo in cui è stato concepito e di cui la sentenza sembra cogliere le suggestioni, costituisce un vizio dell'atto provvedimentoale (cfr. art. 21 l. n. 214/1990) che manifesta la contraddittorietà della scelta compiuta da parte della P.A. rispetto alle finalità stabilite dalla norma attributiva del potere (c.d. sviamento di potere). Esso postula (anche disgiuntamente) la discrezionalità in capo alla P.A. quanto all'*an*, al *quomodo* o al *quando* di esercizio della potestà: ed, invero, per il tramite del riscontro dell'esistenza dell'eccesso di potere, il sindacato del giudice può spingersi fino al punto di vagliare se la ponderazione discrezionale degli interessi in gioco da parte della P.A. sia avvenuta in modo da non pregiudicare il fine indicato dalla legge¹⁹⁹. Nel caso di potere interamente vincolato, invece, non occorre parlare di “eccesso”, dovendosi ragionare in termini di radicale violazione di legge.

Tanto chiarito, nella specie, i giudici di legittimità hanno ritenuto di consentire con quelli di merito che avevano ravvisato una violazione del canone di correttezza nel comportamento del datore che, nell'ambito di una

¹⁹⁹ Così, in via di estrema sintesi, R. GAROFOLI, *Compendio superiore di diritto amministrativo*, Roma, 2014, p. 510.

procedura concorsuale scelta come sistema di progressione tra quelli previsti dalla contrattazione collettiva, aveva tuttavia selezionato i dipendenti da promuovere in assenza di un'effettiva e ponderata applicazione dei criteri di selezione originariamente fissati.

Nel vagliare le censure riguardanti le conseguenze tratte dalla Corte di merito a seguito dell'accertamento dell'eccesso di potere, hanno poi accolto la prospettazione, invero piuttosto anomala rispetto alle ricordate premesse, per cui dall'inosservanza del canone di buona fede discenderebbe non la responsabilità contrattuale dell'ente datore di lavoro, bensì un'*invalidità* degli atti della procedura concorsuale per *illiceità della causa* dei medesimi. Più in particolare, la Suprema Corte ha, infatti, ritenuto che la divergenza degli atti in cui si articola siffatta procedura dalla *funzione selettiva* che ad essi è propria non può che comportare, quale conseguenza, l'invalidità degli atti stessi e non certo la mera responsabilità del datore di lavoro che li ha posti in essere. Tale invalidità si riscontra in particolare quando, dall'esame delle circostanze concrete e, soprattutto, come nella specie, dal brevissimo lasso di tempo speso per la valutazione dei candidati, si possa trarre che, nell'esercizio del proprio potere discrezionale di scelta, il datore di lavoro abbia agito in maniera arbitraria.

Il percorso motivazionale svolto dalla pronuncia desta più di una perplessità. In primo luogo, non può essere condivisa, dal punto di vista tecnico, la ricostruzione che evoca l'eccesso di potere nell'ipotesi di deviazione funzionale delle prerogative datoriali.

Tale prospettazione, infatti, come già altrove precisato²⁰⁰, può apparire suggestiva in quanto coglie l'elemento della contraddittorietà della condotta del datore rispetto all'interesse sotteso alla posizione di vantaggio; cionondimeno, non è accettabile laddove pretende, più radicalmente, di applicare categorie proprie del diritto amministrativo e fondate, dunque, sulle peculiarità ontologiche della Pubblica Amministrazione, a rapporti che rimangono eminentemente privatistici. A chi scrive pare dunque che sarebbe stato necessario e sufficiente qualificare la fattispecie in termini di abuso del diritto letto in chiave funzionale.

²⁰⁰ V. *supra* § 1.4.

La prospettazione è poi ancora più fuorviante quando si pretenda di accostare l'eccesso di potere, quale deviazione funzionale, alla violazione del canone di buona fede. Ed infatti giova ribadire che quest'ultimo opera in una logica relazionale, tesa a salvaguardare gli interessi di entrambe le parti del rapporto contrattuale, all'insegna dell'effettiva attuazione del regolamento negoziale. Il sindacato svolto da parte del giudice è dunque del tutto diverso, come si è già inteso dimostrare, da quello che deve essere realizzato qualora si compia una valutazione sulla meritevolezza dell'interesse perseguito attraverso l'esercizio della singola prerogativa datoriale.

Con riguardo, infine, alla prospettiva rimediabile, si ritiene di dissentire con la tesi accolta nella pronuncia in commento, laddove è affermata una non meglio specificata invalidità degli atti in cui si articola la procedura concorsuale, pur a fronte della ritenuta violazione del canone di buona fede. Ed invero delle due l'una: o si accoglie una ricostruzione fondata sul contemperamento degli interessi delle parti e, conseguentemente, si afferma una responsabilità di tipo risarcitorio in caso di condotta contraria a correttezza; oppure, come appare preferibile alla luce del caso di specie, si aderisce ad una ricostruzione imperniata sulla congruità funzionale delle prerogative datoriali, la quale, in ipotesi di illiceità della causa, non può che condurre all'invalidità dell'atto.

3.3. *Segue.* I criteri di scelta dei cassaintegrati.

Il tema della sindacabilità causale dei poteri del datore di lavoro, come accennato in premessa, è venuto in considerazione anche rispetto alla complessa e, per un certo periodo particolarmente attuale questione della scelta da parte dell'imprenditore dei lavoratori da porre in Cassa integrazione guadagni²⁰¹.

²⁰¹ Come noto, l'istituto, di cui si tratta per la sua rilevanza ai fini di un'indagine in merito agli spazi di operatività del divieto di abuso individuati dalla giurisprudenza, è stato recentemente oggetto dell'attenzione del legislatore nell'ambito di un complessivo riordino degli ammortizzatori sociali. Ed invero, in via di estrema sintesi, si ricorda che, partendo

In assenza di una puntuale disciplina legislativa in proposito, la giurisprudenza²⁰² è intervenuta ad esercitare una “*supplenza di grande impegno*”²⁰³, essendo stata infatti chiamata a giudicare la legittimità dei criteri d’individuazione dei dipendenti stabiliti da parte del datore nell’ambito del proprio potere discrezionale di scelta dei soggetti con cui sospendere il rapporto di lavoro.

A tal proposito, i giudici sono pervenuti all’acquisizione di alcuni punti fermi.

Per quanto qui soprattutto rileva, sono giunti ad affermare che la scelta dei lavoratori compiuta da parte del datore, sebbene caratterizzata da un margine di discrezionalità, non possa tuttavia mai sconfinare nell’arbitrio. Si legge invece che tale potere, viceversa, per essere considerato lecito, debba risultare coerente con gli scopi per i quali è stato previsto dal legislatore giacché “*come tutti i poteri conferiti dall’ordinamento ai privati, esso non può essere impiegato dal suo detentore a fini diversi da quelli per i quali è stato attribuito*”²⁰⁴.

Più in dettaglio, si è affermato che, dall’esame della disciplina della Cassa integrazione guadagni, si ricava come il fine specifico cui essa mira sia rappresentato dalla necessità di far fronte a situazioni di momentanea crisi produttiva o ad esigenze di vera e propria riconversione aziendale.

Tale funzione, ad avviso della giurisprudenza, permea necessariamente l’intera procedura che conduce all’operatività della Cassa integrazione e, pertanto, non può non connotare innanzitutto la facoltà del datore di scegliere i lavoratori da porre in Cassa integrazione e, quindi, i criteri di cui questi si avvalga per selezionare i dipendenti con cui sospendere il rapporto. Questi ultimi, in particolare, per non confliggere con le finalità sottese all’istituto, devono essere coerenti con la valutazione delle condizioni obiettive della produzione. Viceversa, non possono essere in alcun modo legati né a condizioni personali del lavoratore, il cui apprezzamento, del

dalla c.d. Riforma Fornero, il Governo Renzi, nel quadro del *Jobs Act* è intervenuto in particolare in materia di cassa integrazione guadagni e contratto difensivo con il d.lgs. n. 148/2015.

²⁰² Per la puntuale indicazione delle pronunce v. *supra* nota 172.

²⁰³ Si esprime in questi termini M.C. TRAVERSO, *L’abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 313.

²⁰⁴ Si è espressa significativamente in questi termini Pret. Milano, 29 luglio 1982, cit.

resto, incorrerebbe nel divieto di atti discriminatori di cui all'art. 15 St. Lav., né, secondo almeno una parte della giurisprudenza, alla scarsa produttività di taluni lavoratori rispetto ad altri.

Numerose pronunce, pur prendendo le mosse dalla richiamata prospettazione, che chiaramente si fonda su un sindacato di tipo causale del potere di scelta, sono tuttavia giunte ad affermare che l'esercizio di quest'ultimo in contrasto con la funzione cui è preordinato si risolva nella violazione della clausola di correttezza²⁰⁵.

Si tratta di un'affermazione che, nell'economia complessiva della motivazione delle sentenze, normalmente riveste il carattere di *obiter dictum* scarsamente argomentato. Essa non può comunque essere condivisa giacché, come si è ampiamente inteso dimostrare, la buona fede ha carattere tipicamente relazionale, postulando da parte del giudice una valutazione degli interessi contrapposti dei paciscenti.

Peraltro, quanto appena sostenuto potrebbe essere oggetto di critica, laddove si eccepisca che il giudizio di tipo relazionale proprio della clausola di correttezza, a ben vedere, non sia del tutto assente nell'*iter* motivazionale delle sentenze di cui si tratta. Spesso si legge, infatti, che l'esercizio della prerogativa di scelta dei lavoratori da porre in Cassa integrazione guadagni debba essere effettuato tenendo in debita considerazione la dignità e gli interessi di questi ultimi, in primo luogo quello alla conservazione del posto di lavoro, come richiesto dal dettato costituzionale (artt. 2, 4 Cost.).

Ebbene, l'obiezione è facilmente superabile. Ed invero tali affermazioni rappresentano un mero argomento di contorno, volto a sostenere e rafforzare il nucleo portante delle decisioni, secondo cui, a pena di illegittimità, occorre che vi sia coerenza tra l'atto di esercizio di scelta dei lavoratori e la funzione della Cassa integrazione guadagni. A ciò va ad aggiungersi una conclusione finale relativa ai rimedi applicati in caso di accertamento dell'incongruità causale dell'atto datoriale: nelle pronunce,

²⁰⁵ Si ricorda a tal proposito che la ricostruzione della fattispecie alla luce del divieto di abuso del diritto in chiave causale è stata *esplicitamente* accolta in particolare da Pret. Milano, 14 agosto 1982, cit. La maggior parte delle pronunce rilevanti in materia, invece, come si è precisato nel testo, pur realizzando una valutazione di tipo causale in merito all'esercizio della prerogativa datoriale, ha poi poco persuasivamente richiamato la clausola di buona fede.

infatti, il ragionamento non fa mai perno attorno ad una valutazione in termini di responsabilità contrattuale del datore di lavoro, come sarebbe normale in caso di violazione del canone di correttezza; si discute invece dell'atto datoriale e della sua legittimità, per accogliere ricorsi *ex art. 700 c.p.c.*²⁰⁶ proposti dai lavoratori prescelti o, per vagliarne, la legittimità e dunque l'efficacia in giudizi di merito a cognizione piena²⁰⁷.

3.4. *Segue.* La libera recedibilità dal rapporto di lavoro alla luce della teoria dell'abuso di diritto.

Il tema del controllo causale operato dalla giurisprudenza con riguardo al licenziamento comminato nell'area della c.d. libera recedibilità rappresenta un argomento di perdurante attualità. Proprio tale constatazione, e non certo la sua minore importanza, ha suggerito di dedicare ad esso l'ultimo paragrafo della trattazione in merito agli orientamenti pretori in materia di abuso dei diritto del datore di lavoro.

Come noto, esistono ancora oggi nell'ordinamento fattispecie, residuali, in relazione alle quali il datore può procedere al licenziamento del lavoratore *ad nutum*: invocando il disposto dell'art. 2118 c.c., può cioè recedere dal rapporto senza dover addurre in proposito alcuna giustificazione. Si tratta del licenziamento di particolari categorie di lavoratori: dirigenti, domestici, sportivi professionisti, lavoratori ultrasessantacinquenni che abbiano già maturato i requisiti per godere della pensione di anzianità ed, infine, lavoratori in prova.

In relazione a tali ipotesi, giova innanzitutto ricordare come la giurisprudenza, già a partire dagli anni Settanta, abbia avvertito la necessità di precisare che il carattere *ad nutum* del licenziamento non potesse comunque comportare l'immunità dal sindacato giudiziale, allorchè l'atto datoriale fosse caratterizzato da illiceità in quanto determinato da ragioni

²⁰⁶ Si allude agli arresti pronunciati dal Pretore di Milano tra il luglio ed il settembre del 1982 in merito all'allora noto caso Alfa Romeo puntualmente citati *supra*, nota 170.

²⁰⁷ Per riferimenti puntuali v. *supra*, nota 170.

tipicamente discriminatorie²⁰⁸. I giudici, dunque, applicando la teoria del controllo causale sui poteri datoriali, hanno anticipato, in via interpretativa, l'intervento del legislatore che, soltanto alcuni anni dopo, ha previsto con l'art. 3 della l. n. 108/1990 che la tutela antidiscriminatoria venisse estesa anche a favore dei lavoratori liberamente licenziabili.

Al di fuori di questo ambito, la giurisprudenza raramente si è però spinta fino al punto di affermare che il recesso *ad nutum* del datore di lavoro possa essere sindacato alla luce del generale divieto di abuso del diritto letto in chiave causale.

Un'eccezione rilevante in questo panorama è rappresentata da un indirizzo pretorio sviluppatosi con riguardo al licenziamento del lavoratore durante la pendenza o al termine del periodo di prova. In più di un'occasione, infatti, i giudici, a partire dall'esame del disposto del comma 2 dell'art. 2096 c.c.²⁰⁹

²⁰⁸ R. AGNESI, *In tema di concezione causale dell'atto di recesso*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, pp. 98 ss. ricorda come la sindacabilità del licenziamento, anche nelle ipotesi di libera recedibilità, sia stata per la prima volta adombrata da parte della Corte di Cassazione con la pronuncia 17 agosto 1977, n. 3781 in *Giur. it.*, 1977, I, 1, p. 2104. In essa si affermava, infatti, che il dettato degli artt. 4, l. n. 604/1966 e 15, l. 300/1970 esprimesse, in quel contesto ordinamentale, precetti di portata generale, applicabili dunque anche al licenziamento comminato nell'area della libera recedibilità. Con la successiva pronuncia 9 luglio 1979, n. 3930, in *Foro it.*, 1979, I, cc. 5333 ss la Suprema Corte ha poi formulato in proposito una riflessione di più ampio respiro, affermando in particolare che l'esonero dalla motivazione riflette "un concetto individualistico di libertà [...], ma non equivale a possibilità di comportarsi in maniera contraria ai canoni fondamentali dell'ordinamento [...] non serve a ricavare la regola dell'insindacabilità assoluta dei motivi?" anche nei casi non disciplinati dalla l. n. 604/1966. Occorre però soprattutto ricordare le argomentazioni di Cass., 29 giugno 1981, n. 4241, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, pp. 98 ss. con la quale i giudici hanno dichiarato l'illegittimità di un licenziamento, pur intimato nell'area della libera recedibilità, in quanto ritorsivo, ritenendo infatti che la ritorsione integri un motivo illecito. Per quanto qui soprattutto rileva i giudici di legittimità in questa pronuncia hanno affermato che, in special modo a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 15 St. Lav., l'art. 2118 c.c. si pone quale eccezione rispetto alla regola e, pertanto, deve essere applicato in maniera tale da creare le minori discrepanze possibili nel sistema. Si legge in particolare che il tema della sindacabilità del recesso *ad nutum* per motivo illecito "sembra riconducibile nell'ambito della complessa tematica dell'abuso del diritto", giacché si tratta di indagare se l'atto datoriale sia caratterizzato da una alterazione del fattore causale che si ripercuote sulla struttura dello stesso, invalidandolo. I giudici, invero, sembrano affermare che l'illiceità del motivo che caratterizza il singolo e concreto licenziamento manifesta una discrasia rispetto alle finalità per cui esso è riconosciuto nell'ordinamento la quale va colpita anche qualora l'atto abbia una circoscritta rilevanza causale, mostrando così di accogliere una lettura in chiave funzionale della teoria dell'abuso di diritto. Cionondimeno, occorre osservare che motivo illecito ed abuso di diritto presentano senz'altro questo connotato comune. Tuttavia, l'operatività di quest'ultimo, già a partire dall'elaborazione civilistica, postula un'apparenza di conformità all'ordinamento della fattispecie concreta, laddove, invece, invocare *tout court* il disposto dell'art. 1343 c.c. significa ravvisare una illiceità diretta dell'atto di licenziamento, vale a dire una contrarietà immediata e radicale con una norma di legge.

²⁰⁹ Il comma 2 dell'art. 2096 c.c. prevede testualmente che: "L'imprenditore e il prestatore di lavoro sono rispettivamente tenuti a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova".

alla luce di alcune elaborazioni teoriche²¹⁰, hanno precisato che il patto di prova annesso al contratto di lavoro abbia, quale causa, la verifica dell'attitudine del lavoratore all'apprendimento delle mansioni per le quali è stato assunto²¹¹. Da questa premessa, hanno tratto la conseguenza secondo cui il recesso datoriale intimato in tale periodo debba essere coerente con la ricordata funzione della prova e che, in caso contrario, il lavoratore possa dimostrare, alla luce in particolare del periodo eccessivamente breve di quest'ultima, che il licenziamento sia connotato da illiceità casuale e, dunque, risulti nullo.

Non è chi non veda come una tale ricostruzione possa essere compresa soltanto “*come applicazione di un principio più generale*”²¹². Si tratta, infatti, proprio di una ricostruzione fondata sul divieto di abuso del diritto, inteso quale canone volto a colpire ipotesi di contrarietà nell'esercizio delle prerogative datoriali all'interesse meritevole di tutela per cui queste ultime sono riconosciute nell'ordinamento.

²¹⁰ C. ASSANTI, *Il contratto di lavoro a prova*, Milano, 1957, pp. 72 ss.

²¹¹ Così in particolare Cass., 12 marzo 1999, n. 2228, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, pp. 802 ss; Cass., 22 giugno 2012, n. 10440, in *Banca dati De jure*; nella giurisprudenza di merito si v. in particolare Trib. Padova, 13 aprile 1987, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, pp. 476 ss. con nota di V.A. POSO, *Le conseguenze del recesso del datore di lavoro per motivo illecito durante il periodo di prova che ha qualificato espressamente tale fattispecie come ipotesi di “abuso del potere di recesso”*; più di recente, Trib. Busto Arsizio, ord. 22 ottobre 2002, in *Banca dati De jure*.

Del resto, questo indirizzo giurisprudenziale sembra essere in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la pronuncia 22 dicembre 1980, n. 189 con cui la Consulta, ha confermato la legittimità costituzionale dell'art. 10 l. n. 604/1966 (dal quale, come noto, si ricava, in via interpretativa, la libera recedibilità durante il periodo di prova) precisando, tuttavia, come il recesso datoriale, ancorché discrezionale, non possa comunque sconfinare nell'arbitrio, dovendo risultare utile ad apprezzare le capacità del prestatore di lavoro.

²¹² R. DEL PUNTA, *L'abuso nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, cit., p. 426. Individua in questo indirizzo pretorio una chiara applicazione del principio del divieto di abuso del diritto M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 153.

4.1. L'abuso dei *diritti del lavoratore* in caso di sospensione del rapporto di lavoro, con particolare riguardo al godimento di congedi parentali e permessi.

La giurisprudenza ha fatto ricorso al principio del divieto di abuso in relazione alle prerogative spettanti *al lavoratore* nell'ambito di tre distinte macro aree. Si tratta della fruizione di permessi per lo svolgimento di esami di profitto o per l'esercizio di attività sindacale, del godimento di congedi per l'assistenza a familiari minori di età, handicappati o, ancora, di assenza dal lavoro per malattia.

È stato osservato efficacemente in dottrina²¹³ che il campo delle *sospensioni del lavoro* ed, in particolare, come intuibile, di quelle retribuite, costituisca senz'altro l'ambito in cui più frequentemente possono essere teorizzate ipotesi di abuso del diritto da parte del lavoratore.

Ed invero in relazione a tali fattispecie, almeno *prima facie*, si può immaginare che il lavoratore eserciti la propria prerogativa in maniera formalmente rispettosa della disposizione normativa attributiva della medesima, ma per il perseguimento di un interesse diverso rispetto a quello per cui il diritto è accordato dall'ordinamento, realizzando così un abuso di diritto.

Proprio in questi termini ha ragionato la Corte di Cassazione in una nota e non risalente pronuncia²¹⁴ che ha stimolato, con la sua articolata motivazione, un vivace dibattito dottrinale ed una più ampia rimediazione sul tema che qui occupa.

Il caso oggetto della pronuncia è quello di un dipendente licenziato per giusta causa per essersi dedicato, durante il periodo di congedo

²¹³ R. DEL PUNTA, *Risposta*, in *L'abuso dei diritti del lavoratore - Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di A. VALLEBONA, Suppl. *Mass. giur. lav. Il Sole 24 ore*, Milano, 2010, p. 20.

²¹⁴ Si tratta di Cass., 16 giugno 2008, n. 16207, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, pp. 277 ss., con nota di L. CALAFÀ, *Congedo parentale e cura del minore. Limiti funzionali al diritto potestativo del padre*; in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, pp. 858 ss. con nota di B. CAPONETTI, *Abuso del diritto al congedo parentale e licenziamento per giusta causa*; in *Arg. dir. lav.*, 2009, pp. 448 ss. con nota di M.G. GRECO, *L'abuso del diritto nella fruizione dei congedi parentali*; in *Giur. mer.*, 2009, I, pp. 591 ss., con nota di L. DEL VECCHIO, *Congedo parentale e svolgimento di attività lavorativa: una importante decisione della Cassazione*; in *Guida al diritto*, 2008, n. 27, pp. 67 ss. con nota di M. TATARELLI, *L'abuso di un diritto potestativo può essere causa di licenziamento*.

parentale²¹⁵ (di cui in particolare all'art. 32, D.lgs. n. 151/2001), alla gestione della pizzeria di proprietà della moglie e non, invece, alla cura della propria figlia.

La vicenda processuale appare piuttosto articolata.

In primo grado il Tribunale aveva ritenuto legittimo il licenziamento del prestatore, rigettando così il ricorso avverso il recesso datoriale, sulla base della dirimente osservazione per cui la normativa in materia di congedi parentali non tutela l'astensione dal lavoro in sé, bensì soltanto quella che realizza l'interesse meritevole per cui è concessa. Più in dettaglio, tale interesse si sostanzia nella *cura del minore*, diretta al suo completo inserimento all'interno della famiglia; sicché esclusivamente in questa ipotesi si può affermare che l'esercizio del diritto alla fruizione del congedo parentale di cui all'art. 32 D.lgs. n. 151/2001 avvenga legittimamente.

La pronuncia è stata tuttavia riformata in sede di gravame: a partire dall'esame della disciplina la Corte territoriale, infatti, ha sostenuto che l'interesse, cui pure deve essere preordinato il diritto al godimento del congedo, si identifica, latamente, con un'esigenza di organizzazione familiare che sarebbe stata senz'altro presente nella fattispecie esaminata.

La Suprema Corte ha invece accolto il ricorso del datore di lavoro, svolgendo alcune fondamentali osservazioni in merito alla natura giuridica del congedo parentale e, per quanto qui soprattutto rileva, all'abuso di diritto in generale e con riguardo a tale specifica prerogativa.

Occorre dunque procedere ad una sua attenta analisi.

Quanto al primo profilo, ha evidenziato come l'istituto del congedo di cui all'art. 32 d.lgs. n. 151/2001 costituisca un diritto potestativo giacché consente al suo titolare di giovarsene semplicemente dandone preavviso,

²¹⁵ L'istituto del congedo parentale è disciplinato nell'art. 32 D. lgs. n. 151/2001. La previsione normativa oggi prevede che per ogni bambino ciascun genitore abbia diritto di astenersi dal lavoro, nei primi dodici anni di vita del minore, secondo quanto stabilito dall'articolo stesso. I congedi dei genitori non possono complessivamente eccedere il limite di dieci mesi, elevati ad undici nel caso in cui il padre decida di astenersi dal lavoro per un periodo continuativo o frazionato non inferiore a tre mesi. Alla contrattazione collettiva è demandato il compito di fissare le modalità di fruizione del congedo di cui al comma 1 su base oraria, i criteri di calcolo della base oraria e l'equiparazione di un determinato monte ore alla singola giornata lavorativa. In caso di mancata regolamentazione da parte della contrattazione collettiva, ciascun genitore può scegliere tra la fruizione giornaliera e quella oraria.

non inferiore a cinque giorni, al datore (comma 3)²¹⁶; quest'ultimo deve soggiacere alla decisione del lavoratore, non potendo in alcun modo sindacarne l'opportunità ed incorrendo, anzi, nelle sanzioni di cui al successivo art. 34 nel caso in cui si rifiuti di concederlo. La fruizione del congedo comporta la sospensione *ex lege* della prestazione di lavoro; determina l'obbligo dell'ente previdenziale di erogare un'indennità al lavoratore nell'ambito del relativo rapporto previdenziale che, come noto, si instaura per legge durante l'esecuzione del contratto di lavoro.

Tanto chiarito, la Corte è passata a mettere in luce la centralità del rilievo dell'interesse nella struttura di ciascun diritto, compresi, dunque quelli potestativi, ritenendo, infatti, che ogni posizione di vantaggio riconosciuta nell'ordinamento debba essere interpretata in chiave funzionalistica, in maniera tale, cioè, da enucleare l'interesse al cui soddisfacimento essa è preordinata. Indicazioni rilevanti nel senso di un superamento di una concezione assolutistica delle posizioni di vantaggio derivano, secondo le argomentazioni dei giudici di legittimità, dalla Carta costituzionale che, invero, funzionalizza diritti considerati per molto tempo assoluti, primo fra tutti quello di proprietà (art. 42 Cost.).

L'accoglimento di tale concezione funzionalistica dei diritti soggettivi ad avviso della Corte comporta, quale conseguenza indefettibile, il riconoscimento del principio del divieto di abuso del diritto che i giudici rinvencono in ogni ipotesi di contrasto nell'esercizio del diritto rispetto all'interesse tipico ricavato in via interpretativa dall'esame della norma. Viceversa, è sminuita la necessità di una disposizione che, in via espressa e generale, fondi tale divieto; tanto è vero che l'art. 833 c.c. è interpretato nella pronuncia quale norma la cui introduzione si è resa necessaria preso atto del contenuto amplissimo del diritto di proprietà, al fine di esplicitare, in relazione al medesimo, quanto per le altre posizioni di vantaggio è un

²¹⁶ Il comma in esame è stato ripetutamente modificato, dapprima dall'art. 1, comma 339, lett. b), l. 24 dicembre 2012, n. 228 e, successivamente, dall'art. 7, comma 1, lett. c), d. lgs. n. 15 giugno 2015, n. 80. In particolare, giova ricordare che in origine il termine di preavviso previsto era di 15 giorni.

principio acquisito nella teoria generale, vale a dire che non si può abusare dei propri diritti²¹⁷.

Definita l'essenza del principio, la Corte ha assunto, senza tuttavia approfondire lo specifico e rilevante profilo, che “*l'abuso così inteso*” possa “*dunque avvenire sotto forme diverse, a seconda del rapporto cui esso inerisce*”. Più in dettaglio, esso, secondo la Suprema Corte, si traduce, nell'ambito del rapporto contrattuale di lavoro, in *una condotta contraria a buona fede* la quale può tradursi, come nella specie, in una privazione ingiusta della prestazione di lavoro per il datore, tale da compromettere la fiducia che quest'ultimo nutre nei confronti del lavoratore ed idonea, in definitiva, ad integrare una giusta causa di licenziamento²¹⁸.

Sulla scorta di tale articolata premessa, la sentenza è passata ad enucleare lo specifico interesse sotteso al diritto alla fruizione del congedo parentale a partire dall'esame dell'art. 32 e di una più ampia riflessione in merito all'evoluzione dell'ordinamento in questo ambito, anche alla luce

²¹⁷ La posizione espressa dalla Suprema Corte, a ben vedere, non è poi molto distante da quella condivisa da chi scrive nel Capitolo I (spec. § 4.1). Ed invero si è detto in quella sede, e giova ribadirlo ora, che l'art. 833 c.c. costituisce una specificazione nell'ambito della materia proprietaria del principio del divieto di abuso del diritto nella quale si è resa necessaria l'introduzione, quale elemento costitutivo della fattispecie, del profilo dell'*animus nocendi* (pur via, via interpretato in maniera sempre meno restrittiva) in quanto la proprietà rappresenta il diritto assoluto per eccellenza, dal contenuto amplissimo. Pertanto, se ne può immaginare in astratto e ravvisare in concreto un abuso e, dunque, una deviazione dall'interesse meritevole per il quale è stato previsto dal legislatore soltanto quando ricorra la consapevolezza del *dominus* di recare danno ad altri.

²¹⁸ La Corte di Cassazione è pervenuta allo stesso esito decisorio, ma con minore intento esplicativo, nella recentissima pronuncia 25 gennaio 2016, in *Banca dati* De jure. In essa i giudici, infatti, hanno affermato che la condotta del lavoratore pubblico che eserciti prerogative di cui sia effettivamente titolare al solo fine di creare una situazione di malfunzionamento e di disagio nell'ufficio e di ottenere un trasferimento già denegatole legittimamente (nella specie continue istanze di accesso agli atti, ricorsi e domande di ogni tipo) configuri un abuso del diritto, tale da integrare una giusta causa di licenziamento. La Suprema Corte sembra dunque accogliere fin qui una nozione funzionalistica del divieto di abuso del diritto. Successivamente, però, individua inaspettatamente un collegamento del divieto di abuso con la violazione del canone di buona fede, laddove afferma infatti che l'abuso si configura allorchè il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo esercita non solo al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali le prerogative sono attribuite dall'ordinamento, ma anche con modalità tali da causare uno sproporzionato sacrificio della controparte contrattuale.

Il percorso motivazionale della sentenza desta più di una perplessità. In particolare, il collegamento tra divieto di abuso e canone di buona fede appare equivoco giacché porta l'interprete a confondere il piano della funzione della prerogativa con quello della salvaguardia degli interessi dell'altro paciscente i quali devono invece rimanere distinti e, come noto, comportano conseguenze diverse sul piano rimediabile.

della giurisprudenza costituzionale²¹⁹. Più in dettaglio, tale interesse secondo la Suprema Corte s'identifica nell'appagamento dei bisogni affettivi e relazionali del minore e non invece, come pure aveva affermato la Corte d'Appello, in una più lata esigenza di organizzazione della famiglia.

Sicché, i giudici di legittimità hanno ritenuto di poter ravvisare nella condotta del soggetto che si reca nella pizzeria di titolarità della moglie durante la fruizione del congedo parentale una chiara deviazione dagli interessi per il quale questa prerogativa è riconosciuta nell'ordinamento, con conseguente sussistenza della giusta causa di licenziamento intimato dal datore di lavoro.

La pronuncia è stata oggetto di osservazioni, spesso critiche, da parte della dottrina.

Alcuni Autori²²⁰ hanno ritenuto che si tratti di un'ipotesi di vera e propria inesistenza della posizione di vantaggio: il fatto che il lavoratore si sia dedicato alla gestione della pizzeria piuttosto che alla cura della figlia sarebbe sintomatico dell'insussistenza del presupposto di fruizione del congedo, identificato nella necessità di dedicarsi alla cura del figlio. Proprio il difetto di tale presupposto determinerebbe, a valle, l'insussistenza del diritto.

Secondo altri²²¹, invece, il richiamo all'abuso del diritto per sviamento della funzione sua propria non appare convincente giacché il comportamento assunto da parte del prestatore non sarebbe abusivo, ma propriamente illegittimo perché contrario alla *ratio legis* della disposizione normativa.

Attenta dottrina²²² tuttavia ha evidenziato, assai persuasivamente, come la stessa configurazione della fattispecie da parte del legislatore si presti, almeno in taluni casi, al ricorso al principio del divieto di abuso del diritto.

²¹⁹ La Suprema Corte ricorda le importanti pronunce 19 gennaio 1987, n. 1 e 21 aprile 1993, n. 179 con le quali la Consulta, ben prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 151/2001, aveva già avuto modo di affermare che le garanzie costituzionali di cui all'art. 31 Cost. debbano essere assicurate anche in situazioni indipendenti dall'evento della maternità naturale, tali da comprendere dunque la paternità, sulla base del presupposto per cui la tutela prevista dalla norma costituzionale è funzionale al soddisfacimento di esigenze non solo della madre, ma altresì del bambino.

²²⁰ M.C. CATAUDELLA, *Risposta*, in *L'abuso dei diritti del lavoratore - Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., pp. 11 ss.

²²¹ Così L. CORAZZA, S. CIUCCIOVINO, *Risposta*, in *L'abuso dei diritti del lavoratore - Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., pp. 17 ss.

²²² R. DEL PUNTA, *Risposta*, in *L'abuso dei diritti del lavoratore - Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., § 2.

L'assenza di una specifica puntualizzazione all'interno della disposizione normativa delle *finalità esclusive* per cui il congedo possa essere goduto consente all'interprete di individuare una gamma di comportamenti "al limite" nei quali non si può certamente parlare di un "non diritto" del lavoratore, bensì di un parziale sviamento dello stesso. Nel caso del congedo parentale, infatti, l'art. 32 non richiede che il genitore che ne usufruisca stia materialmente accanto al proprio figlio per tutto il tempo del teorico orario di lavoro. Pertanto, si richiede necessariamente al giudice di valutare se il comportamento assunto dal lavoratore, pur nel rispetto formale della disposizione normativa, sia stato effettivamente coerente con l'interesse sotteso a quest'ultima oppure no. In tale ultimo caso si ritiene allora utile il richiamo al divieto di abuso, nella consapevolezza che l'apprezzamento richiesto al giudice postula l'impiego di un parametro di ragionevolezza che senz'altro si allontana dai canoni più radicali del positivismo giuridico.

Ad avviso di chi scrive il riferimento al principio del divieto di abuso del diritto appare pertinente.

In primo luogo, infatti, non si tratta di un'ipotesi d'inesistenza del diritto posto che nella specie non era in discussione il fatto che il ricorrente fosse nelle condizioni di usufruire del congedo parentale, avendo una bambina di età tale da consentire il godimento della suddetta prerogativa. In definitiva, non si ritiene possibile affermare un'inesistenza del diritto laddove nella fattispecie concreta se ne possano ravvisare i presupposti di esercizio.

Più delicato è il profilo relativo alla possibilità di ravvisare nella specie una vera e propria violazione di legge piuttosto che un abuso.

Per risolvere la questione, come si è già avuto modo di precisare in termini più generali²²³, occorre considerare la tecnica di redazione della norma attributiva della posizione di vantaggio.

Ebbene, il legislatore²²⁴ nella specie richiede semplicemente che il lavoratore comunichi al datore la decisione di usufruire del congedo non oltre 5 giorni dal momento del suo godimento; non impone invece al prestatore alcun onere motivazionale, né, tantomeno, consente al datore un sindacato *ex ante*

²²³ V. *supra* Capitolo I, §5.

²²⁴ V. *supra* nel testo e nota n. 148.

sull'opportunità della scelta compiuta in proposito da parte del lavoratore. Se si tiene in debita considerazione questo aspetto, si deve pervenire alla conclusione per cui non sussiste una radicale e diretta violazione di legge quando il lavoratore, che astrattamente soddisfa i requisiti richiesti dalla norma applicabile, ne frustra lo scopo, soddisfacendo interessi altri rispetto a quello cui la prerogativa esercitata è preordinata. Tra la fattispecie, astratta e ovviamente lecita, tratteggiata dalla norma e quella in concreto realizzata dal lavoratore non è invero possibile individuare, se non in via interpretativa, una difformità immediata, tale per cui si possa parlare di violazione di legge; è invece ben possibile ravvisare quello che in senso tecnico si è più volte definito abuso del diritto.

Si riscontra in definitiva proprio in relazione alla fattispecie in esame l'utilità del principio del divieto di abuso quale argine all'esercizio arbitrario di posizioni di vantaggio.

Non appare invece condivisibile il collegamento che i giudici compiono con il canone di buona fede contrattuale: in primo luogo, infatti, nell'economia della pronuncia esso appare poco più di un omaggio formale, giacché non risulta in alcun modo argomentato; inoltre, e soprattutto, come si è avuto modo di dimostrare, stride sia con la definizione funzionalistica del divieto di abuso sia con lo stesso contenuto della buona fede obiettiva²²⁵. Peraltro la Corte non perviene, come sarebbe normale ipotizzare in caso di violazione del canone di correttezza, ad una condanna del lavoratore al risarcimento del danno da inadempimento. Giunge invece ad una più radicale configurazione della giusta causa di licenziamento, sembrando così comprendere la duttilità del principio del divieto di abuso anche sul piano rimediale.

²²⁵ V. *supra* Capitolo I, §§ 3.1. ss.

4.2. L'abuso del diritto alla fruizione di permessi per assistenza a familiari portatori di *handicap*.

La Suprema Corte con la recente pronuncia 4 marzo 2014, n. 4984²²⁶ ha riconfermato l'orientamento espresso con la sentenza appena commentata. Nella specie si trattava della fruizione da parte di una lavoratrice di un permesso, richiesto ed ottenuto ai sensi dell'art. 33, l. 5 febbraio 1992, n. 104 per assistere la madre malata, ma successivamente goduto per recarsi a trascorrere il fine settimana al mare.

Ebbene, la Corte di Cassazione, impiegando il medesimo impianto argomentativo proposto nel precedente del 2008, ha affermato che il diritto alla fruizione del permesso, per quanto abbia natura potestativa, non possa per questo sconfinare nell'arbitrio, dovendo comunque risultare coerente con il soddisfacimento dell'interesse per il quale la legge lo riconosce ed ammette nell'ordinamento. Pertanto, invocando quello che i giudici di legittimità stessi qualificano come "*criterio della funzione*", ha ritenuto illecita, perché abusiva, la condotta del soggetto che usufruisca del permesso per fini totalmente estranei a quelli cui esso è preordinato, pur nell'apparente conformità al dato normativo.

Da tale premessa la Suprema Corte ha fatto discendere due corollari.

In primo luogo, ha affermato l'utilizzabilità delle prove assunte per il tramite di investigatori privati e corroborate da alcune dichiarazioni testimoniali di colleghi della lavoratrice. Ed invero la Corte ha ravvisato l'illiceità della condotta della dipendente in quanto espressione di abuso del diritto, facendone discendere, per converso, l'ammissibilità del controllo a distanza realizzato da parte del datore per il tramite di investigatori privati.

In seconda battuta, ha riproposto la connessione tra abuso del diritto e giusta causa di licenziamento, attenuando invece il collegamento tra il primo e la violazione della buona fede obiettiva, che appare poco più che un riferimento di stile. Ed invero la Suprema Corte anche in questo caso ha fatto discendere dall'accertamento dello sviamento dall'interesse tipico sotteso al diritto alla fruizione del permesso la lesione del vincolo fiduciario

²²⁶ Cass., 4 marzo 2014, n. 4984, *Mass. giust. civ.*, 2014.

che deve legare le parti del rapporto contrattuale e, conseguentemente, ha affermato la configurabilità di una giusta causa di recesso.

In contrasto con quanto sostenuto nella pronuncia esaminata, ad avviso di chi scrive il richiamo al principio del divieto di abuso del diritto in questa fattispecie non appare pertinente, se allo stesso s'intenda attribuire un significato tecnico e non meramente descrittivo.

Ed invero dall'esame del disposto dell'art. 33 L. n. 104/1992 si ricava piuttosto agevolmente come la fruizione del permesso da parte dei soggetti che abbiano parenti o affini (nei gradi specificati) portatori di *handicap* sia funzionale, *esclusivamente ed esplicitamente*, alla necessità di accudire il soggetto con disabilità. Pertanto, ricorre una radicale violazione di legge, insuscettibile di lasciare spazio ad interpretazione, e non certo un'apparenza di conformità a diritto, ogni volta in cui il soggetto che sia titolare della prerogativa, in quanto soddisfa le condizioni richieste dalla norma, se ne serva tuttavia per una qualsiasi finalità diversa da quella, ben chiara nel suo significato, dell'accudimento della persona con difficoltà.

Il carattere potestativo del diritto in esame non si pone peraltro in contraddizione rispetto a quanto si è finora sostenuto, giacché la soggezione del datore alla scelta del lavoratore di usufruire del permesso, come si apprezzerà anche in seguito relativamente ai permessi sindacali²²⁷, non significa affatto che quest'ultimo sia libero quanto alle finalità per cui ne gode.

Dall'ipotesi appena esaminata va infine tenuta ben distinta la fattispecie, che potrebbe apparire *prima facie* analoga, oggetto della pronuncia della Suprema Corte 25 gennaio 2011, n. 1699²²⁸.

Il caso è quello di un lavoratore che, chiesto ed ottenuto un periodo di ferie per dedicarsi alla cura della madre malata, decide di partire per un viaggio in un paese esotico, nel quale si era già recato ripetutamente contraendo la

²²⁷ V. *infra* § 2.4.

²²⁸ Cass., 25 gennaio 2011, n. 1699, in *Guida dir.*, 2011, 9, pp. 24 ss.; in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, IV, pp. 1068 ss., con nota di G. CANNATI, *La responsabilità disciplinare del dipendente che si ammala durante le ferie*; in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, II, pp. 514 ss., con nota di M. NOVELLA, *Il licenziamento del lavoratore malato*.

malattia, e lì si ammala di nuovo, risultando così costretto ad un lungo periodo di assenza dal posto di lavoro²²⁹.

La Corte di Cassazione, pur considerando ferma ed incontestabile la libertà di scelta del lavoratore in merito al godimento del proprio periodo di ferie, tuttavia ha ritenuto che costui sia comunque tenuto ad osservare l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. che impone al prestatore di tenere una condotta che “*non si riveli lesiva dell'interesse del datore di lavoro alla effettiva esecuzione della prestazione lavorativa*”.

Ad avviso dei giudici di legittimità, tale canone non può dirsi rispettato da parte del prestatore allorchè questi assuma con il proprio comportamento un rischio elettivo particolarmente alto, tale da superare il livello della “*mera eventualità*” e raggiungere, invece, quello della “*altissima probabilità*” di insorgenza della malattia. In tal caso si deve ritenere che il lavoratore abbia contratto la patologia per una causa a lui imputabile e, pertanto, se da un canto non può trovare applicazione il disposto dell'art. 2110 c.c., dall'altro la condotta deve ritenersi suscettibile di integrare una giusta causa di licenziamento.

Per quanto qui rileva, occorre osservare il fatto che la Suprema Corte si sia preoccupata di specificare che il profilo dello sviamento dal fine per cui il diritto alle ferie è riconosciuto al lavoratore, rilevante per il riconoscimento dell'abuso del diritto, non potesse costituire la *ratio decidendi* della sentenza. Ed invero, nella parte motivazionale della pronuncia si trova ribadito come tale prerogativa sia totalmente libera e, conseguentemente, non possano essere in alcun modo sindacate le scelte del lavoratore al fine di apprezzarne la coerenza con lo scopo del recupero delle energie psico-fisiche cui le ferie, come noto, sono preordinate.

²²⁹ Il § 2.4 sarà specificatamente dedicato all'esame della condotta del lavoratore durante la malattia. Cionondimeno, si è ritenuto di procedere subito all'analisi della pronuncia dato che la vicenda ha avuto origine dalla fruizione di un periodo di ferie da parte del lavoratore per un fine diverso da quello che lo stesso aveva comunicato al proprio datore. La vicinanza di questa fattispecie con quelle appena considerate, dettato dal fatto che si tratta di ipotesi di sospensione volontaria del rapporto, ha dunque suggerito di procedere immediatamente alla sua disamina per porre in luce le profonde differenze che, a ben vedere, intercorrono tra questa ipotesi e quella dei congedi parentali e dei permessi per assistenza a portatori di *handicap*.

Ai fini dell'apprezzamento disciplinare della condotta del lavoratore, la pronuncia sembra invece voler attribuire rilevanza alle circostanze in cui costui ha contratto la malattia, le quali, infatti, indicherebbero la contrarietà a buona fede del comportamento del ricorrente e, conseguentemente, l'inapplicabilità del disposto dell'art. 2110 c.c.

L'affermazione in merito all'irrilevanza del principio del divieto di abuso è quanto mai condivisibile giacché non si ritiene effettivamente ipotizzabile un apprezzamento di tipo *obiettivo* da parte del giudice in merito alla coerenza dell'esercizio del diritto alle ferie con il pieno recupero delle energie, fisiche e mentali, da parte del lavoratore. Si tratta, a ben vedere, di un interesse che, per sua stessa natura, non appare in alcun modo suscettibile di una valutazione oggettiva, risultando infatti ancorato a valutazioni del tutto soggettive e non ponderabili circa il modo in cui ciascuna persona intende godere del proprio periodo di ferie.

Cionondimeno, corre conclusivamente l'obbligo di precisare come tale assunto, che pure appare persuasivo, sembri essere smentito dalle successive argomentazioni della Suprema Corte. Stabilire, infatti, la contrarietà a buona fede della condotta del lavoratore che, *durante il proprio periodo di ferie*, scelga di recarsi in una località ad alto rischio di contrazione della malaria, sottende, ad avviso di chi scrive, un sindacato del giudice proprio sulle scelte compiute dal lavoratore in merito al godimento delle ferie; viceversa, l'affermazione, contenuta nella sentenza, per cui tale comportamento determinerebbe l'imputabilità della malattia al prestatore appare poco più che un artificio retorico.

4.3. L'abuso del diritto alla fruizione di permessi per motivi di studio: una singolare pronuncia della giurisprudenza di merito.

L'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione nelle sentenze esaminate era già stato sostenuto, seppur con minore intento esplicativo, dalla giurisprudenza di merito, con riguardo ad una fattispecie peculiare che vale la pena ricordare in questa sede.

Si segnala, infatti, che la Pretura di Milano con una sentenza del 12 gennaio 1995²³⁰ ha ritenuto di qualificare come abuso del diritto di godere di permessi retribuiti per esami universitari (art. 10, comma 2, St. Lav.) la condotta di chi usufruisca dei medesimi con frequenza, ma senza un'adeguata preparazione, così da riuscire di fatto raramente a superarli.

Nel caso di specie, invero, la ricorrente, tra le altre doglianze, lamentava anche di non essersi vista riconosciuta la retribuzione per tutti i venti permessi retribuiti concessi per lo svolgimento degli esami sostenuti nell'anno 1992, ma soltanto per dodici degli stessi, nonostante il formale rispetto del monte ore massimo previsto dalla contrattazione collettiva. Dalle emergenze probatorie, tuttavia, il giudicante ha rilevato come la dipendente avesse usufruito dei permessi riuscendo a superare soltanto sei dei venti esami per i quali aveva chiesto di assentarsi dal luogo di lavoro, peraltro superandone quattro soltanto al secondo tentativo. Da tale comportamento ha inferito dunque un abuso di diritto, affermando testualmente che *“il diritto non deve sconfinare in un abuso dello stesso: ciò che va garantito è il diritto allo studio e i permessi retribuiti conseguono se effettivamente utilizzati per lo scopo per cui sono previsti”*.

La pronuncia, dopo aver chiaramente accolto la definizione dell'abuso di diritto quale sviamento dall'interesse per il quale la prerogativa è attribuita al lavoratore e, di conseguenza, dallo scopo della disposizione normativa, contiene tuttavia un successivo riferimento, non argomentato, alla buona fede contrattuale (art. 1375 c.c.). Si legge, infatti, che lo studente lavoratore, proprio in adempimento dell'obbligo di correttezza, sarebbe tenuto a conciliare l'esecuzione della prestazione lavorativa con l'espletamento della propria attività di studio.

Da queste constatazioni in fatto ed in diritto il giudice, in ultima analisi, ha tratto la liceità del comportamento del datore di lavoro che non aveva riconosciuto alla lavoratrice la retribuzione corrispondente all'intero ammontare delle ore di permesso fruito, rigettando, perché infondata, la domanda proposta sul punto dalla ricorrente.

²³⁰ Pret. Milano, 12 gennaio 1995, in *Giur. merito*, 1995, pp. 419 ss. con nota di C. BELFIORE, *Discriminazione per sesso e uso della minigonna*.

Il profilo del rilevato abuso del diritto nella fattispecie concreta appare scarsamente argomentato e merita alcune precisazioni.

Al pari di quello alla fruizione del congedo parentale, anche il diritto al godimento del permesso per sostenere esami di profitto, invero, ha natura potestativa; cionondimeno, anche la fruizione del permesso non può avvenire in assenza dell'interesse meritevole per il quale è accordato, che è agevolmente identificabile nel fine di studio. Non si può invece ravvisare l'inesistenza del diritto che, invero, postulerebbe la richiesta di permesso da parte di un soggetto che, in radice, non abbia i requisiti per avvalersene in quanto non sia studente oppure si trovi in circostanze diverse rispetto a quelle dello svolgimento di un esame universitario²³¹.

Tali affermazioni non si possono però tradurre in una valutazione da parte del giudice circa le capacità dello studente lavoratore, tale per cui si giunga a ritenere che l'allievo che ottenga risultati poco soddisfacenti stia, per ciò solo, abusando del proprio diritto. Qualora invece emerga dall'esame della fattispecie concreta, come nella specie, un'effettiva *manifesta sproporzione* ed *incongruità* tra l'interesse per il quale il permesso è accordato dal legislatore e la condotta del lavoratore, allora soltanto si ritiene che, anche in questo caso, il giudice possa ragionevolmente invocare il principio del divieto di abuso del diritto.

Rispetto alla fattispecie in esame, contrariamente a quanto si legge nella pronuncia, non si considera poi pertinente il richiamo alla clausola generale di buona fede. Come si è già avuto modo di chiarire²³², correttezza e divieto di abuso operano su piani distinti dal momento che la prima implica obblighi a carico delle parti del rapporto la cui violazione si valuta attraverso un giudizio di bilanciamento tra i contrapposti interessi delle parti del rapporto contrattuale; il secondo, invece, postula un apprezzamento di tipo funzionale che si esaurisce nella sfera giuridica del soggetto che abbia esercitato la prerogativa di cui è titolare, proprio come nel caso di specie.

²³¹ La giurisprudenza ha avuto modo di specificare che la fruizione del permesso si lega alla necessità di frequentare lo specifico corso propedeutico alla prova d'esame ed al suo sostenimento, non anche, viceversa, alla preparazione del medesimo o alla stesura della tesi di laurea (così in particolare Trib. Milano, 14 dicembre 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, pp. 1004 ss.).

²³² V. *supra* Capitolo I, §§ 3.1-3.3.

4.4. *Segue.* L'abuso del diritto alla fruizione di permessi sindacali alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale.

Il diritto alla fruizione di permessi sindacali di cui agli artt. 23, 24 e 30 St. Lav. (L. n. 300/1970), così come il già esaminato congedo parentale, ha natura potestativa. Secondo un consolidato e pressochè unanime indirizzo giurisprudenziale²³³, infatti, il lavoratore che ne abbia i requisiti ha diritto di fruirne semplicemente dandone comunicazione al datore; quest'ultimo, per parte sua, invece, non può in alcun modo sindacare nel merito la richiesta, né deve prestare il proprio consenso e, pertanto, è privo in proposito di alcun potere autorizzatorio. In definitiva, il datore si trova, rispetto alla decisione del lavoratore, in una posizione di soggezione che consente condivisibilmente alla giurisprudenza di affermare la natura potestativa della prerogativa in esame.

Cionondimeno, in più di un'occasione²³⁴ i giudici hanno avuto modo di specificare che l'assenza in capo al datore del potere di impedire *ex ante* la fruizione del permesso non esclude la facoltà di quest'ultimo di contestare *ex post* l'impiego del medesimo per fini personali o comunque diversi rispetto a quelli per cui il permesso è attribuito.

²³³ La giurisprudenza assolutamente maggioritaria, di merito e di legittimità, si esprime in questi termini dai primi anni di applicazione del c.d. Statuto dei Lavoratori; *ex multis* v. già Pret. Milano, 12 aprile 1986, in *Orient. giur. lav.*, 1986, pp. 630 ss.; Cass., 9 ottobre 1991, n. 10593, in *Not. giur. lav.*, 1992, pp. 9 ss.; Cass., 22 aprile 1992, n. 4839, in *Foro it.*, 1993, I, cc. 899 ss.; Cass., 24 marzo 2001, n. 4302, in *Giust. civ. mass.*, 2001, pp. 579 ss. Cass., 1 agosto 2003, n. 11759, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, pp. 479 ss. ha però di recente affermato che se è senz'altro corretto affermare che la natura potestativa del diritto non consente di far discendere la concessione dei permessi da un preliminare esame della relativa domanda e da una positiva valutazione del suo contenuto, cionondimeno le parti sociali possono stabilire regole comportamentali che, pur agevolando il controllo da parte del datore circa l'effettiva partecipazione dei lavoratori alle riunioni sindacali, non incidano in maniera sostanziale sull'esercizio del diritto.

²³⁴ La giurisprudenza è pressochè unanime in questo senso. V. *ex pluribus* già Cass., 3 maggio 1984, n. 2693, in *Giust. civ.*, 1985, I, 442; Cass., 12 dicembre 1989, n. 5521, in *Foro it.*, 1990, I, c. 83; Cass., 2 settembre 1996, n. 8032, in *Orient. giur. lav.*, 1996, pp. 790 ss. Più di recente, si sono espressi in questi termini Trib. Milano, 12 marzo 2001, in *Lav. nella giur.*, 2001, pp. 1190 ss. che evidenzia come il controllo circa l'impiego del tempo da parte del dipendente in permesso sindacale sia completamento estraneo alle facoltà del datore di lavoro. Pertanto, se quest'ultimo fa pedinare il prestatore viola non solo il diritto del lavoratore alla sua riservatezza, ma anche quello del sindacato alla riservatezza dei suoi "interna corporis"; di recente Cass., 14 gennaio 2003, n. 454, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, pp. 595 ss.

In relazione a tale ipotesi ed alle conseguenze che ne possono discendere, la giurisprudenza ha peraltro prospettato soluzioni interpretative eterogenee che involgono la nostra tematica.

In alcuni arresti, infatti, si trova affermato che tale sviamento, integrando il difetto di uno degli elementi costitutivi della prerogativa in esame, non può che determinare la radicale inesistenza del diritto alla fruizione del permesso: si legge testualmente che il “*motivo sindacale*” rappresenta uno dei presupposti fondativi del diritto, mancando il quale quest’ultimo non può neppure ricorrere. Da ciò la giurisprudenza ha fatto discendere l’affermazione per cui in caso di contestazione da parte del datore, qualora il lavoratore non fornisca la prova dell’esistenza del diritto, debbano trovare applicazione le regole ordinarie del rapporto di lavoro. L’assenza del dipendente è stata pertanto ritenuta mancanza della prestazione per causa a lui imputabile²³⁵ tale da giustificare la cessazione dell’obbligo retributivo dovuto per la fruizione del permesso²³⁶.

Una parte della giurisprudenza ha prospettato la responsabilità aquiliana dell’organizzazione sindacale che abbia indotto il dipendente ad un impiego illegittimo del permesso²³⁷ ed il conseguente diritto del datore al risarcimento del danno derivante dall’assenza del lavoratore.

Per quanto qui soprattutto rileva, infine, talvolta si legge nelle pronunce²³⁸ che il datore possa agire in giudizio per accertare l’intervenuto abuso del diritto da parte del prestatore.

²³⁵ Cass., 24 marzo 2001, n. 4302, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, pp. 579 ss.

²³⁶ Cass., 24 marzo 2001, n. 4302, cit.; Pret. Milano, 31 maggio 1990, in *Orient. giur. lav.*, 1990, fasc. 3, pp. 22 ss. invece non solo ha affermato la legittimità della trattenuta retributiva, ma ha anche, per converso, escluso la legittimità dell’inflizione della sanzione disciplinare della multa sulla base del presupposto per cui non esiste alcuna previsione contrattuale che contempli la condotta in oggetto quale inadempimento contrattuale e che consenta, pertanto, di attribuire alla medesima un’autonoma valenza disciplinare.

²³⁷ Così Trib. Bologna, 7 marzo 1991, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, pp. 150 ss., con nota di P. GHINOY, *Illegittima utilizzazione di un permesso e responsabilità del sindacato*. Nella specie, l’organizzazione di appartenenza aveva adibito il lavoratore in permesso all’espletamento di attività di consulenza fiscale del tutto estranea rispetto all’attività sindacale.

²³⁸ Cass., 3 maggio 1984, n. 2693, cit.; Pret. Torino, 14 giugno 1988, in *Giur. piemontese*, 1989, p. 350; Trib. Milano, 22 gennaio 1994, in *Not. giur. lav.*, 1994, pp. 7 ss. afferma che in caso di concessione di permesso retribuito ex art. 23 L. n. 300/1970, l’assoluta inesistenza di una facoltà del datore di lavoro di censurare in via preventiva la natura e la destinazione di scopo del permesso non esclude che il comportamento del beneficiario possa essere deferito alla cognizione dell’autorità giudiziaria per l’accertamento dell’effettività dell’abuso compiuto.

La natura potestativa della prerogativa e la preclusione di ogni ingerenza da parte del datore circa l'opportunità della fruizione del permesso inducono anche chi scrive a svolgere qualche più approfondita riflessione circa la possibilità di affermare la sussistenza di spazi di operatività del principio in esame in relazione a tale fattispecie.

Si ritiene in proposito che, per quanto, *prima facie*, il richiamo al divieto di abuso in tali circostanze appaia conferente, a ben vedere esso si dimostra inopportuno, allorchè s'intenda attribuire a questa locuzione un significato tecnico.

Ed infatti non si può negare che le disposizioni normative interessate escludano la necessità di autorizzazioni da parte del datore e precludano il controllo preventivo di quest'ultimo sull'opportunità di fruizione del permesso; tuttavia le stesse, a differenza di quanto emerso con riguardo al congedo parentale, esplicitano il fine sindacale al quale risulta preordinata la fruizione del permesso.

Tale ultima precisazione appare dirimente per l'indagine che si sta compiendo. La previsione puntuale ed espressa dell'interesse al cui soddisfacimento è preordinata la fruizione del permesso non consente infatti di ravvisare margini di ambiguità in merito al lecito esercizio del diritto, né di ipotizzare situazioni di conformità solo apparente al dato normativo che sottendano invece ipotesi di sviamento dall'interesse tipico proprie dell'abuso di diritto.

In definitiva, stante la redazione della norma nei termini precisati, se il permesso è goduto per uno scopo personale o comunque divergente rispetto a quello sindacale non può che sussistere una radicale violazione di legge. Non si possono invece ravvisare quelle situazioni "al limite", quelle zone grigie, ipotizzabili con riguardo al congedo parentale, che in taluni casi rendono necessario il vaglio del giudice fondato su un criterio di ragionevolezza.

Tale constatazione, logica ancora prima che giuridica, fornisce peraltro la possibilità all'interprete di chiarire come il carattere potestativo del diritto, che attiene ai rapporti del suo titolare con il soggetto tenuto a soddisfarlo,

non significa necessariamente che lo stesso non sia vincolato dal legislatore quanto alle concrete modalità di esercizio.

4.5. *Segue.* Orientamenti giurisprudenziali in caso di assenza del lavoratore per malattia. Alcune riflessioni sull'opportunità del ricorso al principio del divieto di abuso del diritto.

Per concludere in merito all'analisi delle ipotesi di abuso in caso di sospensione del rapporto di lavoro, giova esaminare gli orientamenti pretori relativi all'assenza del prestatore per malattia.

Quest'ultima fattispecie, come evidenziato da parte della dottrina²³⁹, è stata trattata dai giudici in modo diverso dalle ipotesi della fruizione di congedi parentali e di permessi di altro genere appena esaminate.

Ed invero la giurisprudenza, in caso di lavoratore che svolga attività lavorativa o anche amatoriale ed hobbistica durante la malattia (a vantaggio proprio o di terzi), tende a non fare ricorso alla categoria dell'abuso del diritto. Più precisamente, allorchè tale condotta riveli la simulazione della malattia, invoca la radicale inesistenza del diritto; qualora lo svolgimento dell'attività risulti invece incompatibile con il recupero dello stato di salute da parte del lavoratore ritiene integrato l'inadempimento dell'obbligo, fondato sul canone di buona fede, di non pregiudicare la guarigione o la sua tempestività²⁴⁰, fino a giungere al riconoscimento di una giusta causa di licenziamento.

In proposito, si rendono peraltro necessarie alcune precisazioni. Si ritiene senz'altro di concordare con la giurisprudenza quando afferma l'insussistenza radicale del diritto ad assentarsi dal lavoro qualora rimanga accertato che il lavoratore, pur non trovandosi in uno stato effettivo di

²³⁹ M. TATARELLI, *L'abuso di un diritto potestativo può essere causa di licenziamento*, cit., § 4.

²⁴⁰ In particolare, v. Cass., 6 ottobre 2005, n. 19414, in *Orient. giur. lav.*, 2005, pp. 835 ss. che ha proprio evidenziato come lo svolgimento da parte del lavoratore di un'altra attività durante il periodo di assenza per malattia è vietato in tutti i casi in cui esso manifesta l'insussistenza della malattia del lavoratore o pregiudichi il recupero dello stato di buona salute del lavoratore.

morbilità, si sia assentato, sulla base di questo presupposto, dal posto di lavoro.

Sembra opportuno anche il richiamo al canone di buona fede e correttezza che spesso ricorre nelle pronunce in relazione ad ipotesi di svolgimento da parte del lavoratore, *effettivamente malato*, di attività (di vario genere) durante il periodo di assenza.

Ed invero in tali casi non si tratta normalmente di valutare uno sviamento dal fine cui è preordinato il diritto all'assenza ovvero il recupero della salute, perché tale eventualità, a ben vedere, potrebbe in effetti ricorrere solo qualora l'attività svolta sia tale da determinare un sicuro peggioramento delle condizioni fisiche del dipendente. L'ipotesi tuttavia appare, come intuibile, di rara verifica perché presuppone che il lavoratore, già malato, intenda compromettere ulteriormente la propria salute.

Il giudice, invece, svolge un giudizio relazionale che implica il bilanciamento tra i contrapposti interessi delle parti. In definitiva, deve stabilire se il comportamento tenuto dal dipendente malato nel periodo di assenza sia comunque in grado di salvaguardare l'interesse del datore al rientro il più possibile tempestivo sul posto di lavoro e, dunque, all'esecuzione della prestazione. Tale apprezzamento è possibile proprio in virtù del disposto dell'art. 1375 c.c. che postula, come si è avuto modo di esaminare²⁴¹, un obbligo di salvaguardia in capo ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio, in una logica di proficua esecuzione del regolamento contrattuale.

Cionondimeno, si ritiene che un qualche spazio di operatività per il principio del divieto di abuso del diritto potrebbe comunque configurarsi nelle ipotesi peculiari in cui il lavoratore lamenti un malessere effettivamente sussistente, ma di lieve entità²⁴² o, ancora, nei casi in cui il dipendente, malato in origine, protragga dopo la guarigione per qualche giorno ulteriore la propria assenza dal lavoro²⁴³.

²⁴¹ V. Capitolo I, §§ 3.1. ss.

²⁴² Parla di "patologica fisiologia" V. FILÌ, *Risposta*, in *L'abuso dei diritti del lavoratore - Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., p. 24.

²⁴³ R. DEL PUNTA, *Risposta*, in *L'abuso dei diritti del lavoratore - Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., p. 19.

In tali casi, infatti, a differenza di quelli prima esaminati, è ben possibile che si realizzi una situazione in cui la prerogativa, almeno in origine effettivamente sussistente, sia esercitata per il soddisfacimento di un interesse diverso rispetto a quello ad essa sotteso, così determinando una situazione di conformità soltanto apparente al dato normativo. L'accertamento di tale condotta illecita, in quanto abusiva, consente di ritenere che la mancata esecuzione della prestazione lavorativa sia avvenuta per una causa imputabile al lavoratore; da ciò si ritiene possano derivare due corollari applicativi: da un canto, il lavoratore può senz'altro vedersi negata l'indennità che normalmente gli spetta in caso di malattia; dall'altro, tale condotta integra un inadempimento passibile di sanzione disciplinare nel rispetto, come noto, del principio di proporzionalità.

5. Il divieto di abuso in relazione al diritto di sciopero. Cenni.

In conclusione di questa disamina, occorre spendere per completezza qualche breve riflessione circa un orientamento della giurisprudenza, ormai per il vero superato, volto a qualificare come illecite talune forme di sciopero attraverso il richiamo alla teoria del divieto di abuso.

Come noto e per quanto qui rileva, lo sciopero, alla luce del fondamentale disposto dell'art. 40 Cost., si configura quale diritto potestativo a titolarità individuale, ma ad esercizio collettivo²⁴⁴. Ebbene, in proposito la Corte di Cassazione in passato, in una situazione di perdurante inattuazione del disposto costituzionale che prevede la riserva di legge per l'introduzione di limiti alla prerogativa in parola²⁴⁵, ha comunque ritenuto di affermare l'illiceità di quest'ultima allorchè essa sia esercitata in forme

²⁴⁴ V. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro. 1. Il diritto sindacale*, sesta ed., Torino, p. 329 in cui si ricorda come la definizione proposta risponda ad un modello ormai tralazio, accolto dalla giurisprudenza anche in tempi recenti (*ex multis*, di recente, Cass., 17 dicembre 2004, n. 23552, in *Banca dati De Jure*).

²⁴⁵ Si ricorda, per completezza, che la riserva di legge è stata parzialmente attuata con l'introduzione della disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali di cui alla l. n. 146/1990 (come modificata dalla l. n. 83/2000).

anomale, come quelle dello sciopero c.d. “a singhiozzo” o “a scacchiera”, suscettibili di procurare un danno al datore di lavoro massimamente sproporzionato rispetto al sacrificio retributivo patito dal lavoratore.

Nell’argomentare e giustificare tale esito interpretativo, ha proprio invocato, in uno con la clausola di buona fede, il principio del divieto di abuso del diritto²⁴⁶. La Suprema Corte²⁴⁷, infatti, ad esempio, ha avuto modo di affermare in tempi ormai remoti che il diritto di sciopero è riconosciuto e protetto dalla Costituzione quando abbia “*per fine la tutela dell’interesse professionale di colui che sciopera*” e non, invece, quando esso si traduca in “*forme di agitazione, che si concretino in azioni abnormi e sleali e comportino un turbamento sostanziale nell’organizzazione dell’azienda*”. I giudici di legittimità hanno dunque ragionato in termini funzionalistici, postulando innanzitutto la necessità della coerenza tra l’esercizio della prerogativa di cui è titolare il lavoratore e l’interesse ad esso sotteso e per il quale è stato riconosciuto e protetto dall’ordinamento.

Un successivo orientamento pretorio ha però superato l’indirizzo appena ricordato, prendendo infatti a sostenere chiaramente come l’illiceità del diritto di sciopero debba essere vagliata alla luce del superamento di *limiti esterni* al medesimo. Questi ultimi sono indentificati nel rispetto dei diritti alla vita, all’incolumità fisica, nonché di quello alla capacità produttiva dell’azienda, tratto dal disposto dell’art. 41 Cost.

I cosiddetti *limiti interni*, d’altro canto, non sono stati più concepiti in una prospettiva funzionalistica, bensì, per così dire, definitoria: si tratta, infatti, degli elementi che concorrono a perimetrare la nozione stessa di sciopero e consentono, conseguentemente, di stabilire quando si possa qualificare giuridicamente un fenomeno come “sciopero” e quando ciò non sia invece possibile.

È evidente il mutamento di prospettiva nelle argomentazioni della giurisprudenza che, valorizzando il disposto costituzionale, ha infatti spostato il baricentro della valutazione di liceità del diritto di sciopero,

²⁴⁶ Fra le altre Cass., 4 marzo 1952, n. 584, in *Foro it.*, 1952, I, c. 420; Cass., 19 giugno 1959, n. 1936, in *Riv. giur. lav.*, 1959, II, p. 406; Cass., 3 marzo 1967, n. 512, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 1491.

²⁴⁷ Cass., 19 giugno 1959, n. 1936, cit.

sposando una logica di bilanciamento di diritti tutti costituzionalmente garantiti.

Cionondimeno, ai fini che qui occupano merita di essere osservato come la giurisprudenza sinteticamente ricordata dimostri, una volta di più, l'applicabilità trasversale del principio in esame, vale a dire in relazione a tutte le posizioni giuridiche di vantaggio, siano esse configurate in capo al datore di lavoro che al lavoratore. È possibile dunque osservare ancora una volta come la giurisprudenza avverta la necessità del ricorso al divieto di abuso ogni volta in cui, per le modalità di redazione della norma attributiva della prerogativa, si aprano spazi altrimenti incontrollati di potenziale arbitrio nell'esercizio del diritto.

CAPITOLO III

INEDITE APERTURE AL PRINCIPIO DEL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO NEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

Certezza del diritto e discrezionalità del giudice

Sommario. 1. La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: la l. n. 92/2012; 2. Il d. lgs. n. 23/2015 (c.d. *Jobs Act*); 3.1. Gli inediti spazi di operatività del divieto di abuso del diritto aperti dalle recenti riforme. Una premessa indispensabile; 3.2. *Segue.* L'insussistenza del fatto nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza. Il fatto senza aggettivi di cui al comma 4 dell'art. 18 St. lav.; 3.3. *Segue.* Il fatto "materiale" di cui al comma 2 dell'art. 3 d. lgs. n. 23/2015; 4. *Segue.* L'insussistenza del fatto alla luce del divieto di abuso del diritto; 5. Abuso del diritto e giustificato motivo oggettivo di licenziamento; 6. L'applicazione da parte del giudice del lavoro delle nozioni "a contenuto variabile".

1. La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: la l. n. 92/2012.

Nel capitolo appena concluso si è focalizzata l'attenzione sulle più significative elaborazioni teoriche e le più importanti applicazioni pretorie del divieto di abuso di diritto.

S'intende ora procedere con una riflessione in merito ai *nuovi* spazi di operatività del principio aperti dalle Riforme che si sono succedute negli ultimi anni in materia di licenziamenti individuali. Come è stato acutamente osservato in dottrina²⁴⁸, infatti, "*anche quando sembra dimenticato, l'abuso continua in realtà a covare sotto la cenere, e si rivela capace di scintille improvvise*".

Per giungere a formulare in proposito conclusioni motivate,, occorre tuttavia esaminare, alla luce del dibattito dottrinale e della giurisprudenza finora

²⁴⁸ R. DEL PUNTA, *L'abuso nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, cit., p. 406.

formatasi in materia, i tratti salienti delle due novelle che, in un lasso di tempo relativamente breve, sono intervenute a ridisegnare la fisionomia dell'istituto del licenziamento nell'ordinamento italiano.

Come ormai noto, il quadro della disciplina dei licenziamenti individuali, che qui interessa, composto dalle norme codicistiche (artt. 2118, 2119 c.c.), dalla l. n. 604/1966 e dalla l. n. 300/1970, ha subito una prima ed assai significativa modifica a partire dal 2012 con la legge n. 92/2012 (c.d. Riforma Fornero). Ed invero il legislatore, preso atto della crisi economica e dell'alto tasso di disoccupazione, soprattutto giovanile, ha ritenuto di dover intervenire con una Riforma volta a ricollocare il contratto di lavoro subordinato al centro del sistema del mercato del lavoro, rendendolo per gli imprenditori più attrattivo e conveniente²⁴⁹.

In dettaglio, per perseguire tale obiettivo, ha realizzato una *modulazione delle tutele* conseguenti all'accertata illegittimità dell'atto di recesso datoriale, funzionale innanzitutto ad erodere gli spazi della tutela reintegratoria, percepita quale principale deterrente rispetto alla stipulazione di contratti a tempo indeterminato²⁵⁰. Non sono state invece introdotte modifiche rispetto alle causali dell'atto di recesso datoriale, né all'ambito applicativo della norma²⁵¹.

Per quanto qui soprattutto rileva, occorre osservare che, dall'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori fino alla c.d. Riforma Fornero, all'illegittimità del licenziamento, secondo il disposto dell'art. 18 St. lav., seguiva la tutela reintegratoria in tutte le ipotesi in cui l'organizzazione

²⁴⁹ In merito all'obiettivo perseguito dalla Riforma non sussistono peraltro dubbi giacché è stato enunciato da parte del legislatore dello stesso art. 1, comma 1, l. n. 92/2012, come osservato in dottrina da P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, p. 147.

²⁵⁰ A. MARESCA, *Il licenziamento ingiustificato: dalla reintegrazione alle tutele economiche crescenti*, in *La politica del lavoro del governo Renzi. Atti del X seminario di Bertinoro- Bologna (23-24 ottobre 2014)*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 39, 2015, pp. 558 ss. ha affermato in proposito come la disciplina precedente alla Riforma Fornero avesse indotto le imprese a ricorrere a tipologie di lavoro temporaneo ed "atipiche" in senso lato per giovare della loro flessibilità e dei costi minori.

²⁵¹ Si ricorda in proposito, in via di estrema sintesi, che l'ambito di applicazione oggettivo-dimensionale non è mutato rispetto al passato: per il licenziamento che non sia affetto da vizi che ne determinano la nullità (ipotesi in relazione alla quale, come si è già ricordato, trovano applicazione i commi 1, 2 e 3 dell'art. 18, indipendentemente dal numero dei dipendenti del datore), infatti, continua a trovare applicazione un regime differenziato a seconda della consistenza occupazionale dell'azienda o dell'unità produttiva del datore di lavoro che ha intimato il licenziamento.

datoriale contasse un numero di dipendenti pari o superiore a 15²⁵²; nelle aziende di minori dimensioni, invece, ed eccettuata l'ipotesi del licenziamento discriminatorio, da tale illegittimità, in base a quanto previsto dalla l. n. 604/1966, discendeva la possibilità per il datore di scegliere la riassunzione del dipendente nel posto di lavoro o la corresponsione di una somma di denaro a titolo di indennità risarcitoria.

La c.d. Riforma Fornero ha dunque scardinato il sistema sinteticamente delineato introducendo, attraverso una modifica dello stesso art. 18 St. lav., quattro diverse forme di tutela a fronte dell'illegittimità dell'atto di recesso datoriale, come emerge già dalla rubrica della norma che, invero, non parla più di “*reintegrazione nel posto di lavoro*”, bensì, significativamente, di “*tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*”.

Più in dettaglio, secondo un linguaggio introdotto dalla dottrina²⁵³ ed ormai abitualmente impiegato da parte degli operatori, è stata innanzitutto prevista nei commi 1, 2 e 3 del nuovo testo della norma statutaria una *tutela reintegratoria c.d. forte o piena*. Nei casi di recesso nullo per discriminazione, perché intimato in concomitanza del matrimonio, per violazione dei divieti posti a tutela della maternità e della paternità o, infine, perché determinato da motivo illecito determinante (*ex art. 1345 c.c.*) e negli altri casi di nullità previsti dalla legge, il legislatore, infatti, ha stabilito la reintegrazione del lavoratore congiunta alla corresponsione di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento²⁵⁴ sino a quello dell'effettiva reintegrazione²⁵⁵.

²⁵² Alla reintegrazione, come noto, si aggiungeva il pagamento di un risarcimento del danno non inferiore a cinque mensilità di retribuzione ed il versamento dei contributi previdenziali arretrati.

²⁵³ M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all'italiana” a confronto*, cit., pp. 550 ss.

²⁵⁴ Il parametro di riferimento, identificandosi nell'ultima retribuzione globale di fatto, corrisponde alla retribuzione come cristallizzata al momento del licenziamento (così ha puntualizzato C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 3, pp. 555 ss.). La norma prevede peraltro che dall'indennità, così individuata, debba essere dedotto quanto percepito dal lavoratore nel periodo di estromissione per il compimento di altre attività (c.d. *aliunde perceptum*). La misura del risarcimento, tuttavia, non può comunque risultare inferiore alle cinque mensilità. Il datore è inoltre condannato, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali.

²⁵⁵ Giova peraltro precisare che, a seguito dell'ordine di reintegrazione da parte del giudice, il rapporto si intende risolto qualora il lavoratore non prenda servizio entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro.

Rimane peraltro ferma per il dipendente, come in passato, la facoltà di optare per lo scioglimento del rapporto, scegliendo, in luogo della reintegrazione, la corresponsione di un'indennità – non assoggettata a contribuzione previdenziale - commisurata in un ammontare pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. A tale richiesta consegue la risoluzione del rapporto.

Vale peraltro la pena di ricordare come la tutela in parola operi in maniera generalizzata: essa, infatti, è destinata a trovare applicazione rispetto a tutti i lavoratori, dirigenti compresi, a prescindere dalla natura dell'attività imprenditoriale svolta e dal numero degli occupati all'interno dell'unità produttiva.

Per quanto qui soprattutto rileva, accanto alla tutela reintegratoria forte, il comma 4 dell'art. 18 St. lav. ha introdotto la *c.d. tutela reintegratoria attenuata* accordata in caso di illegittimità del licenziamento disciplinare dovuta al ricorrere di una delle due ipotesi indicate nella disposizione normativa: la *insussistenza del fatto contestato* oppure la punibilità del fatto *con una mera sanzione conservativa* in forza delle previsioni della contrattazione collettiva o dei codici disciplinari applicabili nella specie.

Peraltro, in conformità a quanto previsto nel comma 7 dell'art. 18, la medesima tutela deve trovare applicazione anche in caso di assenza di giustificato motivo obiettivo fondato sulla presunta inidoneità fisica o psichica del lavoratore o di licenziamento intimato nonostante il mancato superamento del periodo di comporto. Lo stesso comma 7 dispone infine che tale forma di tutela possa, ma non debba, operare in ipotesi di manifesta insussistenza del giustificato motivo obiettivo di licenziamento.

Ebbene, qualora il giudice accerti il ricorrere di una delle ipotesi ricordate, deve procedere alla condanna del datore alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro congiuntamente alla corresponsione del risarcimento del danno subito da quest'ultimo. Anche in questa sede il parametro per la commisurazione del *quantum* risarcitorio è identificato nell'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a

quello dell'effettiva reintegra²⁵⁶. Tuttavia, a differenza di quanto previsto con riguardo ai casi d'illegittimità più grave di cui ai primi quattro commi dell'art. 18 St. lav., non è stabilita una soglia minima dell'indennità risarcitoria, bensì soltanto una massima di dodici mensilità²⁵⁷. Il datore è inoltre condannato al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali. Per parte sua, al lavoratore è comunque attribuita la facoltà di richiedere l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro.

Accanto alle due ipotesi di tutela reintegratoria, il legislatore ha introdotto due forme di *tutela indennitaria*, forte e debole.

La prima, di cui al comma 5 dell'art. 18 nuovo testo, trova applicazione in relazione a tutte le fattispecie, diverse da quelle previste e disciplinate nel comma 4, in cui sia accertato il difetto degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo addotti dal datore. La disposizione prevede che il giudice dichiari risolto il rapporto di lavoro a partire dalla data del licenziamento e, per l'effetto, condanni il datore alla corresponsione di una indennità risarcitoria omnicomprensiva, vale a dire soddisfacente anche del profilo previdenziale. L'indennità, che può variare da un minimo di dodici ad un massimo di ventiquattro mensilità, è determinata sulla base di alcuni parametri previsti dalla legge, distinti a seconda che si tratti di carenza di motivi soggettivi oppure oggettivi²⁵⁸.

²⁵⁶ Il legislatore ha previsto la necessità di dedurre da tale somma non solo quanto percepito dal dipendente per lo svolgimento di altra attività (c.d. *aliunde perceptum*) nel lasso di tempo intercorso tra il licenziamento e la reintegra, ma anche, testualmente, “quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione” (c.d. *aliunde percipiendum*).

²⁵⁷ In via di estrema sintesi, si ricorda che secondo l'opinione prevalente il limite dei dodici mesi copre il lasso di tempo che intercorre tra il licenziamento e la sentenza di reintegrazione e non certo l'effettiva reintegrazione del lavoratore (così A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, p. 430; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, p. 60; F. AIELLO, *Alcune questioni in tema di licenziamenti per motivi disciplinari*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, pp. 393 ss.). Diversamente opinando, infatti, ed aderendo dunque all'interpretazione letterale, si giungerebbe a premiare l'intento dilatorio del datore che non ottemperi alla sentenza di condanna del giudice.

²⁵⁸ In particolare, il comma 5 dell'art. 18 annovera quali parametri da applicare in caso di carenza dei motivi soggettivi: l'anzianità del lavoratore, il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti. Con riguardo al difetto del giustificato motivo oggettivo, invece, il legislatore prevede quali parametri da considerare: le iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione ed il comportamento delle parti delle parti nella procedura preventiva di licenziamento ex art. 7, l. n. 604/1966.

In base al disposto del comma 7 dell'art. 18, infine, giova ricordare che la tutela indennitaria forte è destinata ad operare anche nel caso di licenziamento economico in tutte le ipotesi diverse da quelle in cui si applica la reintegrazione.

Da ultimo, il legislatore del 2012 ha introdotto la c.d. tutela indennitaria dimidiata di cui all'art. 18, comma 6. Quanto ai presupposti applicativi, la disciplina opera nei casi in cui il licenziamento sia stato intimato in violazione dell'art. 2, l. n. 604/1966 che detta i requisiti della motivazione del recesso datoriale, nonché in ipotesi di violazione della procedura prevista per il licenziamento disciplinare dall'art. 7 St.lav. La disposizione normativa prevede che il giudice sia dichiarato risolto il rapporto di lavoro e condanni il datore al pagamento di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva. Soddisfacendo uno specifico onere motivazionale, può commisurare l'indennità in misura variabile tra le sei e le dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, tenendo conto dei criteri indicati dal comma 5 dell'art. 18, nonché della gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore. Posto che il rapporto si intende risolto a far data dal licenziamento, non è previsto il pagamento di contributi previdenziali ed assicurativi.

Vale peraltro la pena di precisare che questa forma di tutela più blanda non opera qualora il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, gravato di un apposito onere di contestazione, riscontri un vero e proprio difetto di giustificazione del licenziamento: in tali casi, invero, troveranno applicazione le tutele di cui ai commi 4, 5 e 7 dell'art. 18 St. lav.

L'art. 18 St. Lav. nella nuova formulazione appena ricordata ha provocato, tra gli altri, un primo e significativo dubbio ermeneutico che concerne la stessa individuazione del criterio da applicare nella selezione della tutela da accordare in caso di licenziamento illegittimo. Di esso, perciò, va dato subito conto.

Ed invero, secondo una prima lettura²⁵⁹ dell'art. 18 St. lav. la scelta della tutela da applicare a fronte dell'illegittimità del licenziamento dipende

²⁵⁹ Si tratta della lettura proposta da A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit.

dalla motivazione addotta dal datore nell'atto di recesso. In altre parole, il giudice, una volta delimitato l'ambito di tutela *sulla base di quanto dichiarato dal datore*, può poi stabilire sanzioni differenziate impiegando i parametri previsti dalla legge.

Ad avviso invece di una ben diversa interpretazione la tutela da applicare non può che conseguire *all'effettiva giustificazione* posta a base dell'atto di recesso e non certo a quella formalmente addotta. Il giudice, dunque, è chiamato a compiere una valutazione caratterizzata da un significativo margine di discrezionalità *“nella determinazione delle regole da applicare al caso concreto”*²⁶⁰.

In particolare, questa tesi è suffragata da alcuni indici normativi.

Il comma 1 dell'art. 18 St. lav., prevede che la tutela reintegratoria trovi applicazione nei casi stabiliti dalla legge, *indipendentemente* dalla ragione addotta da parte del datore. Sicché, è espressamente escluso che le motivazioni rappresentate da quest'ultimo possano costituire un elemento ostativo rispetto all'applicazione di tale forma di tutela.

Inoltre, come si è avuto modo di accennare, il comma 6 dell'art. 18 dispone che, in caso di difetto di motivazione del licenziamento, il giudice sia tenuto ad apprezzare l'eventuale sussistenza di un vero e proprio difetto di giustificazione del recesso al quale consegue la relativa tutela.

Infine, rileva il disposto del comma 7 dell'art. 18 secondo cui, qualora il licenziamento intimato sulla base di un presunto giustificato motivo oggettivo si riveli essere, *sulla base della domanda del lavoratore*, nel corso del giudizio un recesso determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, allora debbono trovare applicazione le relative tutele. In particolare quest'ultimo dato normativo sembra essere espressione del fondamentale principio *iura novit curia*, tale per cui la qualificazione giuridica della fattispecie spetta comunque al giudice, mentre alle parti è demandato, nel rispetto del principio dell'onere della prova, il compito di dimostrare i fatti a fondamento dei diritti che si intendono far valere in giudizio (cfr. art. 2697 c.c.).

²⁶⁰ Così M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all'italiana” a confronto*, cit., p. 553; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, fasc. 3, pp. 521 ss. ha peraltro specificato come il giudice sia tenuto a considerare il recesso da un punto di vista sostanziale e non deve dunque fermarsi a considerare la qualificazione formale del datore.

In definitiva, il giudice deve adottare un approccio sostanzialista, concentrando la propria attenzione innanzitutto sulla corretta qualificazione della fattispecie, per poi procedere con l'applicazione delle relative tutele. L'osservazione dovrà essere tenuta in debita considerazione allorchè si tratterà di stabilire rispetto a quali fattispecie, tra quelle tratteggiate da parte del legislatore con la Riforma Fornero, possa essere utilmente invocato il principio del divieto di abuso del diritto.

2. Il d. lgs. n. 23/2015 (c.d. *Jobs Act*).

Assai di recente e dopo un breve lasso di tempo dall'importante Riforma realizzata con la c.d. legge Fornero, il legislatore è intervenuto con una nuova novella in materia lavoristica e, per quanto qui soprattutto occupa, in materia di licenziamenti, con la legge delega n. 183/2014 ed una serie di decreti attuativi della stessa, nel complesso comunemente e sinteticamente definiti *Jobs Act*.

Le ragioni dell'intervento del Governo Renzi a soli due anni di distanza dalla l. n. 92/2012 sono state esplicitate dallo stesso legislatore nel comma 7 della appena ricordata legge delega. In quest'ultima, invero, si apprende che lo scopo da perseguire è il rafforzamento delle “*opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo*”; a tale obiettivo, ancora una volta, si affianca quello di fare del contratto a tempo indeterminato la “*forma comune*” di contratto di lavoro “*rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti o indiretti*”.

Al fine di perseguire tale scopo, il legislatore ha scelto di non modificare l'art. 18 St. lav., come riformato dalla legge Fornero, bensì di introdurre una nuova disciplina che si affianca a quella preesistente²⁶¹,

²⁶¹ In proposito la dottrina (L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. D. lgs. 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, a cura di L. FIORILLO, A. PERULLI, Torino, 2015, pp. 206 ss.) ha evidenziato come la redazione della legge delega abbia costituito l'esito di una mediazione politica. Ed invero, da un canto, è

destinata a trovare applicazione rispetto a tutti i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015. Si può pertanto ritenere, a giusta ragione, che per il momento la l. n. 92/2012 non sia affatto destinata ad un'applicazione residuale.

Sono dunque state introdotte regole per i neo assunti che si muovono nel senso di una *significativa erosione della tutela reintegratoria, ulteriore* rispetto a quella già realizzata con la legge n. 92/2012.

Ed invero è stato previsto che, a partire dal 7 marzo 2015, in caso di stipulazione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, il lavoratore licenziato in spregio alla legge abbia diritto, di regola, soltanto alla corresponsione di un indennizzo economico, crescente con l'aumentare dell'anzianità di servizio. Si parla per questo motivo tecnicamente di contratto a tutele crescenti.

Vale la pena di ricordare fin da subito che questo nuovo regime è destinato a trovare un'applicazione generalizzata, vale a dire indipendente dalle dimensioni dell'impresa che procede al licenziamento, eccezion fatta per il disposto di cui all'art. 3, comma 2, d. lgs. n. 23/2015. In tale ipotesi, che verrà meglio esaminata in seguito, infatti, qualora si tratti di una piccola impresa (al di sotto, cioè, della soglia di cui all'art. 18, commi 8 e 9 St. Lav.), non può essere disposta la reintegrazione; inoltre, l'ammontare delle indennità non può superare il limite delle sei mensilità.

Proprio alla luce di tali considerazioni, si può ben concordare con l'affermazione secondo cui la tendenziale uniformità della disciplina delle imprese di piccole e grandi dimensioni non è avvenuta attraverso un potenziamento del livello di protezione nelle prime, bensì con una riduzione di tutela nelle seconde²⁶².

Più in dettaglio, l'art. 2 del suddetto decreto si occupa del licenziamento discriminatorio ovvero riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge ovvero intimato in forma orale, disponendo

stato deciso di mantenere inalterato il regime di tutela dei lavoratori in servizio che continuano a vedersi applicata la disciplina dell'art. 18 St. lav. ; dall'altro, sono state introdotte nuove regole per tutti gli assunti a partire dal 7 marzo 2015, per i quali soltanto si applica la disciplina volta a rendere del tutto marginale e limitata l'operatività della tutela reintegratoria.

²⁶² G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Jobs Act e licenziamento*, a cura di R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, Torino, 2015, p. 58.

per essi la tutela reale. Il giudice in tali ipotesi è tenuto ad ordinare al datore di lavoro la reintegrazione del lavoratore, indipendentemente dal motivo formalmente addotto (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015). Il rapporto si intende comunque risolto qualora il lavoratore non abbia ripreso servizio nel termine di trenta giorni dall'invito del datore. Dal canto suo, il dipendente può comunque optare per l'ottenimento di una indennità sostitutiva della reintegrazione.

Anche la novella ha previsto la corresponsione di una somma a titolo di risarcimento del danno non inferiore alle cinque mensilità e commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto²⁶³ dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione (art. 2, comma 2)²⁶⁴.

Il lavoratore ha peraltro la facoltà di chiedere, in sostituzione della reintegrazione, un'indennità commisurata a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, non assoggettato a contribuzione previdenziale (art. 2, comma 3, d.lgs. n. 23/2015). La scelta deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore a riprendere servizio, se ad essa anteriore, e comporta la risoluzione del rapporto.

Per quanto qui soprattutto rileva, giova poi ricordare che nel caso in cui il giudice accerti l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, soggettivo oppure oggettivo, di regola dichiara estinto il rapporto e condanna il datore al pagamento di una indennità. Quest'ultima, non assoggettata a contribuzione previdenziale, risulta commisurata per ogni anno di servizio a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento, in misura comunque non

²⁶³ L'art. 2 d.lgs. n. 23/2015 ha introdotto un nuovo criterio di determinazione dell'unità di misura per la quantificazione dell'indennizzo. Ed invero non è più previsto il riferimento "all'ultima retribuzione globale di fatto", bensì "all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR". In dottrina è stato evidenziato come tale scelta corrisponda ad esigenze di semplificazione. Ed infatti quest'ultima nozione è l'esito di un'elaborazione giurisprudenziale; quella introdotta dalla novella invece si ricava dal codice civile (cfr. art. 2110 c.c.) e dalla contrattazione collettiva qualora essa abbia modificato o integrato i parametri legali (così L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., pp. 109 ss.).

²⁶⁴ Corre l'obbligo di segnalare in proposito che dall'indennità deve essere dedotto quanto percepito dal lavoratore nel periodo di estromissione per il compimento di altre attività lavorative (c.d. *aliunde perceptum*).

inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015).

Cionondimeno, anche nell'ambito della nuova disciplina continua a persistere un'ipotesi di tutela reintegratoria, esclusivamente limitata all'ambito del licenziamento disciplinare: l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 dispone che tale tutela operi “*esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*”. Il giudice in tal caso annulla il licenziamento e condanna il datore al pagamento di un'indennità risarcitoria, non superiore a dodici mensilità, commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo che va dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e dedotto quanto percepito dal lavoratore per lo svolgimento di altre attività lavorative, ma anche quanto avrebbe potuto percepire, accettando una congrua offerta di lavoro. Al lavoratore è comunque riconosciuta anche in questa ipotesi la facoltà di richiedere, in sostituzione della reintegrazione, l'indennità di quindici mensilità.

La tutela reintegratoria è invece esclusa del tutto in caso di licenziamento per motivi economici. In proposito la dottrina si è tuttavia affrettata ad evidenziare come il recesso debba comunque risultare *genuinamente* intimato per motivi non disciplinari e come, in caso contrario, il lavoratore possa dimostrare che il datore abbia proceduto al recesso per motivi discriminatori o disciplinari. Diversamente opinando, infatti, si consentirebbe agevolmente al datore di evitare in radice l'applicabilità della tutela reintegratoria, semplicemente adducendo un motivo economico alla base del recesso²⁶⁵. E' appena il caso di precisare che onere processuale del lavoratore è di dedurre i fatti a sostegno della corretta qualificazione giuridica della fattispecie; compito del giudice, alla luce degli elementi fattuali, è procedere alla qualificazione giuridica del licenziamento.

²⁶⁵ V. in proposito le osservazioni di A. TURSI, *Jobs Act: il licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, in www.ipsoa.it; A. BELLAVISTA, *La tutela del lavoro tra marketing politico ed esigenze reali*, in *La politica del lavoro del governo Renzi. Atti del X seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, a cura di F. CARINCI, *Adapt Labour studies e-book series*, n. 39, 2015, pp. 506 ss.

Infine, confinando la disamina all'ambito del licenziamento individuale, giova ricordare come l'art. 4 del d.lgs. n. 23/2015 stabilisca che nell'ipotesi in cui il recesso sia intimato in violazione del requisito della motivazione, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro e condanna il datore al pagamento di un'indennità d'importo pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio. La somma, che non può essere inferiore a due né superiore a dodici mensilità, non è assoggettata a contribuzione previdenziale, a meno che il giudice accerti la sussistenza dei presupposti delle tutele di cui agli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 23/2015.

3.1. Gli inediti spazi di operatività del divieto di abuso del diritto aperti dalle recenti riforme.

Una premessa indispensabile.

La disamina delle recenti riforme, nei loro tratti fondamentali, si è resa necessaria per giungere a verificare se ed a quali condizioni, nell'ambito della nuova disciplina dei licenziamenti, possa essere invocato il divieto di abuso del diritto. Ed, invero, a chi scrive sembra che oggi, ed, in particolare, a partire dalla l. n. 92/2012, a differenza di quanto potesse affermarsi in passato, tale principio generale sia utilmente applicabile non solo con riferimento all'area della cosiddetta libera recedibilità, di cui si è già dato conto nel Capitolo precedente²⁶⁶, ma anche con riguardo al licenziamento "causale", come novellato. In particolare, a determinate condizioni che si andranno precisando, a chi scrive pare che *l'ipotesi dell'insussistenza del fatto* cui il legislatore ha ancorato nelle recenti Riforme l'operatività della tutela reintegratoria attenuata abbia aperto inediti spazi di operatività del divieto di abuso del diritto.

Tuttavia, prima di pervenire alla compiuta formulazione di questa tesi, non si può fare a meno di dare conto del vivace dibattito dottrinale e

²⁶⁶ V. *supra* Capitolo II, Sezione II, § 3.4.

giurisprudenziale che in questo, pur breve, lasso di tempo è sorto proprio intorno all'interpretazione della nozione di "fatto".

3.2. *Segue.* L'insussistenza del fatto nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza.

Il fatto senza aggettivi di cui al comma 4 dell'art. 18 St. lav.

L'"insussistenza del fatto", già a partire dall'entrata in vigore della Riforma Fornero, ha generato tra gli interpreti una molteplicità di dubbi ermeneutici.

Come si è avuto modo di ricordare, nel 2012 il legislatore, nell'introdurre la modulazione delle tutele, ha invero previsto, senza specificare oltre, il riconoscimento della tutela reintegratoria in caso di "*manifesta insussistenza del fatto contestato*" dal datore a giustificazione del licenziamento disciplinare.

È chiaro come, in un sistema ormai caratterizzato da ristretti spazi di operatività della tutela reintegratoria, l'interesse per questa fattispecie sia stato fin da subito molto alto.

Secondo una prima interpretazione, che si è rivelata essere quasi subito recessiva, il "fatto" di cui parla la disposizione normativa è un mero fatto materiale²⁶⁷.

Più in particolare, si è sostenuto che è necessario e sufficiente che il datore abbia contestato al dipendente un fatto inteso quale accadimento materiale riconducibile a quest'ultimo, anche privo di una qualsiasi rilevanza disciplinare. In definitiva, secondo un'espressione piuttosto significativa, la tutela reintegratoria è destinata a trovare applicazione soltanto in caso di "*torto marcio*"²⁶⁸ del datore che ricorrerebbe nelle limitate ipotesi in cui quest'ultimo abbia contestato al soggetto una condotta mai realizzatasi in concreto.

²⁶⁷ Si è espresso in questi termini in dottrina, all'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, fasc. 2, pp. 415 ss., spec. p. 436.

²⁶⁸ A. VALLEBONA, *Disciplina dei licenziamenti e ammortizzatori sociali in tempo di crisi. L'ingiustificata qualifica del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 3, pp. 621 ss.

L'insussistenza del fatto, così intesa, è formula che riecheggia quella penalistica dell'assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso di cui all'art. 530, comma 1, c.p. Pertanto, come precisato in dottrina, il fatto sarebbe cioè insussistente e la tutela reintegratoria applicabile qualora difettino gli elementi della condotta (anche omissiva) del prestatore, dell'evento, del nesso di causalità tra questi due, ed, a monte, anche della riferibilità di tale condotta al dipendente²⁶⁹.

La ricostruzione in oggetto è stata basata su due argomentazioni di fondo.

In primo luogo, è stato ritenuto che essa sia particolarmente aderente al dato normativo che, invero, per escludere la tutela ripristinatoria, sembra proprio richiedere la mera sussistenza del fatto contestato. Inoltre, se ne è valorizzata la coerenza con la *ratio* complessiva della Riforma, volta, come noto, a ricollocare il contratto di lavoro subordinato al centro del sistema attraverso la flessibilizzazione in uscita del rapporto di lavoro.

Cionondimeno, la tesi è stata ben presto sottoposta a critiche dalla dottrina maggioritaria che, come si vedrà, ha invece sposato la qualificazione del fatto in senso giuridico.

Si è innanzitutto sostenuto, sulla base di valutazioni di teoria generale, che i fatti, intesi quali accadimenti materiali che si verificano nella realtà fenomenica, possono assumere rilevanza giuridica soltanto quando il legislatore li consideri quali elementi costitutivi di una certa fattispecie astratta. In caso contrario, essi sono semplicemente irrilevanti per il diritto e, pertanto, non possono produrre effetti²⁷⁰.

²⁶⁹ Così R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, a cura di M. PEDRAZZOLI, Milano, 2014, p. 36. L'Autore parla testualmente in proposito di necessaria imputabilità del fatto al lavoratore. Corre in proposito l'obbligo di specificare che, dal punto di vista tecnico, in diritto penale è imputabile a norma dell'art. 85 c.p. il soggetto capace di intendere e di volere al momento della commissione del fatto; dalla lettura del contributo dell'autore citato, invece, sembrerebbe evincersi che con il termine "imputabilità" si voglia alludere, assai più genericamente, alla sostanziale necessità che il fatto sia riferibile al soggetto cui è contestato. Nel senso dell'inclusione dell'imputabilità al lavoratore del fatto storico R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 1071.

²⁷⁰ In questo senso M.T. CARINCI, *Fatto "materiale" e fatto "giuridico" nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 6, p. 1331; 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, 4-5, p. 794; V. SPEZIALE, *Il licenziamento disciplinare*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, 142, p. 364.

Secondo alcuni Autori²⁷¹, peraltro, non occorre formulare valutazioni di teoria generale del diritto per giungere ad affermare, come pure si ritiene, che il fatto non possa che essere un inadempimento. Questa dottrina ha rilevato in proposito come “*non ha senso affermare [...] che il legislatore non può che essersi riferito al fatto ‘giuridico’ [...] in quanto il fatto giuridico non è altro che un fatto cui una norma attribuisce un effetto giuridico (qui l’effetto di ricollegare all’insussistenza di tale fatto l’applicazione di un regime sanzionatorio), per cui il ricorso alla categoria teorica generale del fatto giuridico nulla può dirci su come debba essere inteso il concetto normativo di ‘fatto’ preso in considerazione dal legislatore della novella*”. È invece sufficiente osservare come nella norma si predichi l’insussistenza del fatto contestato da parte del datore come potenziale infrazione disciplinare, sicché a tale fatto non si può che attribuire il significato di inadempimento.

Inoltre, la ricostruzione del fatto in un’accezione materiale non è apparsa convincente neppure se considerata nell’ambito della lettura dell’intero comma 4 dell’art. 18 che, come si è avuto modo di chiarire, prevede che la tutela ripristinatoria attenuata operi anche con riguardo alla contestazione da parte del datore di fatti punibili, secondo la contrattazione collettiva, con sanzione conservativa. Ed invero se si accettasse l’interpretazione del fatto quale accadimento naturalistico, si dovrebbe pervenire ad una conclusione del tutto irragionevole: il lavoratore che commette un inadempimento che secondo la tipizzazione dalla contrattazione collettiva non è suscettibile di risolvere il rapporto, deve essere reintegrato; quello che compie un fatto materiale non qualificabile come inadempimento e, conseguentemente, non preso in considerazione dalla contrattazione, può vedersi applicata la sola tutela indennitaria.

Infine, la lettura stride con il disposto dell’art. 7 St. Lav. il quale, come noto, prevede che nessun provvedimento disciplinare e, dunque, innanzitutto il licenziamento, possa essere irrogato al lavoratore in assenza di *contestazione dell’addebito*. Proprio quest’ultimo termine sembra postulare la sussistenza di un profilo di colpa del dipendente ed, in definitiva, l’impossibilità di affermare

²⁷¹ R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, cit., pp. 36-37.

la responsabilità del lavoratore esclusivamente in forza del compimento di un accadimento materiale²⁷².

Alla luce di tutte le argomentazioni sinteticamente ricordate, allora, una cospicua parte degli interpreti²⁷³ ha ritenuto che il fatto, senza aggettivi, di cui al comma 4 dell'art. 18 St. Lav. debba intendersi necessariamente come inadempimento. Esso deve pertanto essere composto da alcuni elementi indefettibili: occorre, nell'ordine, che il lavoratore abbia assunto una condotta anti-giuridica e che al lavoratore che abbia agito si possa muovere perlomeno un rimprovero per colpa²⁷⁴. Sicché, si è affermato che il fatto, anche laddove risulti sussistente nella sua componente materiale e suffragato da un effettivo coefficiente psicologico, non sussista allorchè sia perfettamente lecito perché commesso, ad esempio, nell'esercizio di un diritto e dunque in presenza di una scriminante²⁷⁵. In definitiva, è necessario che si tratti di un inadempimento colpevole del lavoratore, vale a dire di un'esecuzione inesatta della prestazione oggetto del contratto dovuta perlomeno alla negligenza del dipendente.

Soltanto ragionando in questi termini, si è ritenuto di poter superare le criticità insite nella prima ricostruzione ermeneutica riproposta e fornire una interpretazione coerente della prima parte del comma 4 dell'art. 18 rispetto alla seconda. In particolare, in tal modo si neutralizza in radice la possibilità per il datore di licenziare il lavoratore per accadimenti del tutto privi di

²⁷² Evidenzia questo profilo F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Lav. giur.*, 2013, 1, pp. 5 ss.

²⁷³ La tesi è stata sostenuta in dottrina da M.T. CARINCI, *Fatto "materiale" e fatto "giuridico" nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 Statuto dei Lavoratori*, cit., pp. 1332 ss.; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutela in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. rel ind.*, 2012, 4, pp. 1035 ss.; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. Lav.*, in *Il nuovo mercato del lavoro, dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, pp. 248 ss.; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav.*, cit., pp. 793 ss.; R. PEZZUTO, *L'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la legge Fornero*, in *Lav. giur.*, 2013, 5, spec. pp. 456 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra "law and economics" e giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, 2, pp. 370 ss.

²⁷⁴ Si fa in particolare l'esempio della contestazione al dipendente di un fatto di furto che, invece, si riveli essere un mero ammanco colposo.

²⁷⁵ R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18*, cit., 2012, p. 1070 in particolare ha osservato in proposito come "il fatto della cui sussistenza si parla deve essere provvisto in sé, già nella sua essenza materiale, di una sia pur minima rilevanza disciplinare, deve integrare una condotta disciplinarmente rilevante (quale che ne sia la gravità o la entità): in mancanza di tale minimale connotazione, non ne rilevarebbe in alcun modo la sussistenza (non sarebbe ovviamente praticabile una strategia datoriale volta a motivare il licenziamento con un fatto esistente, ma privo di ogni profilo disciplinare, pur di evitare la reintegra)".

rilevanza disciplinare, estranei al rapporto obbligatorio che lega i paciscenti ed insuscettibili di ledere il vincolo fiduciario tra gli stessi.

Giova peraltro ricordare che una parte degli interpreti ha precisato che il giudice, nel momento in cui apprezza la rilevanza disciplinare del fatto contestato, non deve però giungere fino al punto di valutare l'intensità dell'elemento psicologico che ha caratterizzato la condotta del dipendente: si è cioè affermato che il fatto è idoneo a determinare la risoluzione del rapporto qualora sia qualificabile come inadempimento colpevole del lavoratore, a prescindere da qualsivoglia apprezzamento circa la sua gravità²⁷⁶. In definitiva, al fine di escludere l'operatività della tutela reintegratoria, sarebbe necessario e sufficiente il compimento di un illecito contrattuale da parte del lavoratore, anche se d'intensità minima, giacché la stessa disposizione normativa esclude che il giudice formuli un giudizio di proporzionalità all'atto di individuazione della fattispecie cui si lega la tutela ripristinatoria in luogo di quella indennitaria.

Sul tema si tornerà a breve allorchè si andrà a riconsiderare la questione dell'insussistenza del fatto alla luce della teorica del divieto di abuso del diritto.

Quanto alla giurisprudenza, quella di merito, sensibile al dibattito dottrinale sinteticamente ricordato, sembra aver fin dall'inizio privilegiato, in alcune pronunce ormai note, l'interpretazione del fatto in senso giuridico.

Giova ricordare in particolare quanto disposto dal Tribunale di Bologna con l'ordinanza 15 ottobre 2012, n. 2631, giacché in questo provvedimento il giudice ha proprio colto e sviscerato il tema dell'interpretazione del fatto in senso materiale o giuridico, prendendo chiaramente posizione a favore di quest'ultima tesi²⁷⁷.

²⁷⁶ A. TURSÌ, *Il nuovo art. 18 post riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 2, pp. 1140 ss.

²⁷⁷ La tesi è stata riproposta nella giurisprudenza di merito anche da Trib. Milano, 30 gennaio 2013, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, 142, pp. 390 ss., con nota di F. AIELLO, *Alcune questioni in tema di licenziamento per motivi disciplinari*; Trib. Napoli, 26 febbraio 2013, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2013, pp. 1008 ss. con nota di F. SANTINI, *La nuova disciplina dei licenziamenti nella giurisprudenza di merito. I licenziamenti per motivi soggettivi dopo la legge n. 92/2012: prime applicazioni giurisprudenziali*; Trib. Ravenna, 18 marzo 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 3, pp. 561 ss., con nota di G. BOLEGO, *Il licenziamento disciplinare nel prisma della disciplina introdotta dalla l. n. 92/2012*; Trib. Palmi, 24

La vicenda è piuttosto semplice: un lavoratore viene licenziato per aver scritto in una mail al proprio superiore gerarchico che *“parlare di pianificazione nel gruppo [...] è come parlare di psicologia con un maiale, nessuno ha il minimo sentore di cosa voglia dire pianificare una minima attività in questa azienda. Pertanto, se Dio vorrà, per martedì 24 luglio 2012, avrai tutto quello che serve”*.

La dottrina ha evidenziato come, a fronte della fattispecie concreta, il giudice abbia realizzato un ragionamento articolato in due passaggi logici distinti²⁷⁸.

In primo luogo, secondo l'ordinanza bolognese, il giudice è tenuto a valutare se ricorra una causale giustificativa del recesso datoriale, vale a dire una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo del licenziamento alla luce delle circostanze concrete in cui è avvenuto il fatto storico, della situazione psicologica dei soggetti e delle condotte di questi ultimi prima e dopo il verificarsi degli accadimenti²⁷⁹.

Una volta esclusa, come nella specie, la sussistenza delle causali giustificative del recesso, e dunque appurata l'illegittimità del licenziamento, deve procedere ad individuare quale sia la tutela applicabile. Proprio in relazione a questo secondo nodo del ragionamento, il Tribunale di Bologna ha avuto modo di svolgere alcune importanti osservazioni in merito all'interpretazione del “fatto” che vale la pena ricordare in maniera più specifica.

Ed invero ha affermato che la disposizione normativa di cui all'art. 18, comma 4, St. Lav. si riferisce necessariamente al *“c.d. fatto giuridico, inteso come fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo”* giacché interpretare il fatto in senso materiale si porrebbe *“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*

aprile 2013, in *Banca dati De Jure*. Nella giurisprudenza di merito in senso contrario si è espresso Trib. Voghera, 14 marzo 2013 che a fronte di un licenziamento intimato per una condotta materialmente assunta da parte del dipendente, ma priva di rilievo disciplinare alla luce della contrattazione collettiva ha ritenuto di applicare la sola tutela indennitaria, ancorché forte.

²⁷⁸ M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, cit., p. 1054.

²⁷⁹ F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5, p. 782 ha parlato in proposito di una indagine plurifattoriale.

comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione?

In definitiva, secondo il giudice bolognese il fatto sussistente che consente di escludere la tutela reintegratoria non può che essere un inadempimento meno che notevole²⁸⁰.

Riservando più diffuse osservazioni al prosieguo²⁸¹, si ritiene che la pronuncia desti particolare interesse in quanto in essa il giudice ha ritenuto di escludere la qualificazione in senso materiale del fatto svolgendo un ragionamento fondato sui principi generali dell'ordinamento civilistico ed, in particolare in base alla clausola generale di correttezza. Ebbene, si ritiene di condividere l'approccio sistematico alla questione proposto dal Tribunale di Bologna e le conclusioni cui esso perviene, ma non, invece, l'invocazione della clausola generale di buona fede. Ed invero, anticipando la tesi che sarà formulata al termine di questa trattazione, si ritiene che la qualificazione in senso giuridico del fatto sia l'unica plausibile nell'ordinamento alla luce del generale ed operativo divieto di abuso del diritto che preclude l'esercizio delle prerogative datoriali in contrasto con gli interessi per il cui soddisfacimento esse sono riconosciute nell'ordinamento.

Senonché, la Corte di Cassazione il 6 novembre 2014 è intervenuta con la nota sentenza n. 23669²⁸² esprimendosi, in relazione al disposto del nuovo comma 4 dell'art. 18 St. Lav., in senso contrario a quanto sostenuto dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza di merito.

Ed invero ha espressamente affermato innanzitutto che bisogna tener distinto il profilo della sussistenza del fatto materiale da quello della qualificazione del fatto come giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

Tanto chiarito, ad avviso della Corte di Cassazione la tutela reintegratoria attenuata è destinata a trovare applicazione soltanto allorchè si accerti l'insussistenza del fatto inteso in senso materiale sulla base di una valutazione

²⁸⁰ Così conclude M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, cit., p. 1056.

²⁸¹ V. *infra* § 4.

²⁸² Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 1, pp. 229 ss., con nota di V. FERRANTE, *La Cassazione si pronunzia per la prima volta sull'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa?*

condotta senza margini di discrezionalità “*con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato*”.

A ben vedere, pur avendo preso posizione in maniera chiara in merito alla qualificazione del “fatto” di cui al comma 4 dell’art. 18 St. lav., la pronuncia non ha risolto i numerosi dubbi ermeneutici che la disposizione ha posto e che sono emersi nel dibattito dottrinale²⁸³. Ed invero essa ha sì precisato che, nell’apprezzamento della sussistenza del fatto, non debba rientrare la valutazione dell’elemento della proporzionalità tra il fatto e la sanzione, ma non ha poi specificato *quali siano gli elementi costitutivi di tale fatto materiale*.

Inoltre, in dottrina è stato osservato come questa interpretazione, che intende neutralizzare la discrezionalità del giudice in merito all’individuazione delle ipotesi in cui opera la tutela reintegratoria, non considera debitamente che nel sistema dell’art. 18 novellato tale tutela opera anche con riguardo alle ipotesi in cui l’infrazione è punita dalla contrattazione collettiva con sanzione conservativa e che, proprio all’interno della contrattazione collettiva, spesso ricorrono clausole che non distinguono in maniera chiara le ipotesi in cui, a fronte di un’infrazione, debbano trovare applicazione sanzioni di tipo conservativo da quelle in cui, invece, è previsto il licenziamento. Sicché, in definitiva, l’opzione ermeneutica accolta dalla pronuncia esaminata, lungi dal precludere margini di discrezionalità in capo al giudice, li ha semplicemente concentrati sul piano dell’interpretazione dei contratti collettivi²⁸⁴.

La presa di posizione della Suprema Corte che, come si vedrà, sembra aver senz’altro influenzato il successivo intervento del legislatore, è stata tuttavia superata da parte di una più recente pronuncia della stessa

²⁸³ Così C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1, p. 101. Del resto, in dottrina (C. CESTER, *Risposta*, in *L’ingiustificata qualificazione del licenziamento*, in *Colloqui giuridici del Lavoro*, 2012, p. 23) è stato evidenziato come una interpretazione rigorosamente letterale del dato normativo è comunque suscettibile di creare problemi ermeneutici.

²⁸⁴ A. MELCHIORRI, *La proporzionalità del licenziamento disciplinare tra vecchie incertezze e nuove riforme legislative*, in *www.ilgiulavorista.it*; R. RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari tra Jobs Act e riforma Fornero (basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, in *www.questionegiustizia.it*.

giurisprudenza di legittimità: si fa riferimento alla sentenza 13 ottobre 2015, n. 20540²⁸⁵.

Per quanto qui soprattutto rileva, i giudici hanno chiarito che non è plausibile che il legislatore, allorchè ha ancorato l'applicabilità della tutela reintegratoria all'insussistenza del fatto materiale contestato, abbia voluto riferirsi, con tale ultima locuzione, anche ad accadimenti del tutto leciti e, dunque, per questo non sanzionabili. Hanno tuttavia precisato che resta estraneo a tale profilo quello, ben diverso, della proporzionalità tra il fatto così inteso e la sanzione ad esso applicabile. In definitiva, *“la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, comma 4”*.

La pronuncia, in buona sostanza, sembra muoversi in senso esattamente opposto rispetto a quello in cui era andata la Suprema Corte nel suo precedente del 2014. L'arresto, di cui si condividono gli esiti interpretativi lascia tuttavia molto perplessi quanto all'impianto motivazionale, pressochè assente. I giudici di legittimità, infatti, si limitano ad affermare che *“non è plausibile”* che il legislatore abbia compiuto la scelta di ancorare l'applicazione della tutela reintegratoria alla sola insussistenza del fatto inteso nella sua componente materiale. L'argomento della non plausibilità, di per sé, prova poco o nulla e, dunque, la sentenza, pur esprimendo chiaramente un'opzione ermeneutica ben diversa rispetto ai precedenti della stessa Suprema Corte, non offre spunti nuovi e convincenti, rispetto a quelli elaborati dalla dottrina, per supportare la qualificazione in termini giuridici del fatto.

²⁸⁵ Per completezza, giova ricordare che la Suprema Corte, sempre in data 13 ottobre 2015 è intervenuta anche con la pronuncia n. 20545 con la quale ha preso posizione su un altro profilo legato all'applicabilità della tutela reintegratoria attenuata con un'interpretazione tesa ad allargarne le maglie applicative. In particolare, ha chiarito che qualora si accerti che il dipendente abbia commesso in concreto un fatto sfornito del grave nocumento richiesto dal contratto nella descrizione astratta dell'illecito, allora si deve concludere che il fatto contestato non sussista, con conseguente riconoscimento al lavoratore della tutela reintegratoria.

3.3. *Segue.* Il fatto “materiale” di cui al comma 2 dell’art. 3 d. lgs. n. 23/2015.

Come noto, con riguardo a tutti i rapporti costituiti a partire dal 7 marzo 2015, il disposto dell’art. 18 St. lav. ed, in particolare, per quanto qui rileva, del suo comma 4, non trova più applicazione; in luogo dello stesso, infatti, opera l’art. 3 del d.lgs. n. 23/2015²⁸⁶.

Si è brevemente ricordato che questa norma, in linea con gli interventi della Corte di Cassazione concomitanti al concepimento della legge delega, ha innanzitutto introdotto una specificazione rispetto al novellato art. 18: il “fatto”, la cui insussistenza determina la tutela reintegratoria, invero, è espressamente qualificato da parte del legislatore come materiale; tale insussistenza deve altresì essere specificatamente dimostrata in giudizio; la disposizione normativa, inoltre, non contiene più alcun riferimento agli inadempimenti contrattuali del lavoratore puniti, secondo quanto previsto dalla contrattazione collettiva, con sanzioni conservative.

La nuova previsione ha inteso dare attuazione al principio espresso nella legge delega (l. n. 183/2014) che, invero, all’art. 1, comma 7, richiedeva espressamente di determinare le “*specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato*”. Cionondimeno, vi è chi ha rilevato nella norma in esame un contrasto con l’art. 76 Cost. giacché, a ben vedere, tale norma non avrebbe certo dato seguito alla delega, quanto, al contrario, introdotto una previsione totalmente generica²⁸⁷. La tesi è stata tuttavia avversata da quanti hanno osservato come la giurisprudenziale costituzionale²⁸⁸ abbia fornito criteri elastici per l’individuazione dell’ “eccesso di delega”, tale per cui il vizio

²⁸⁶ Proprio questa constatazione, peraltro, ha condotto la dottrina ad evidenziare come l’art. 18 sia comunque destinato ad avere una vita applicativa piuttosto lunga (così R. DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in *Riv. dir. lav.*, 2015, 1, p. 33).

²⁸⁷ Così L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., p. 115.

²⁸⁸ Si ricorda la recente pronuncia Corte cost., 2 aprile 2008, n. 98 nella quale in particolare è stato precisato che l’eventuale eccesso di delega debba essere valutato “*tenendo conto della ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente*”.

invocato non sarebbe certamente riscontrabile rispetto al disposto normativo in esame²⁸⁹.

Quanto alla *ratio* della legge delega, tradotta nella materialità del fatto la cui sussistenza esclude l'operatività della tutela reintegratoria, la dottrina ha fin da subito affermato che essa va ricercata nella necessità di introdurre un elemento di chiarezza, evitando ogni tipo di questione ermeneutica in merito alla qualificazione del fatto²⁹⁰. Ad avviso di alcuni interpreti la previsione è utile anche al fine di fornire una sorta di “interpretazione autentica” del comma 4 dell'art. 18 St. lav.²⁹¹, suscettibile di determinare la definitiva preferenza per la lettura del fatto in senso materiale. Quest'ultima opzione, tuttavia, non appare persuasiva giacché le previsioni normative contenute d.lgs. n. 23/2015 sono chiaramente volte a prendere il posto di quelle già contenute nell'art. 18 St. lav. per tutti i nuovi rapporti di lavoro subordinato instaurati a partire dal 7 marzo 2015 e non, invece, ad innestarsi, esplicitandolo, in quell'impianto normativo.

Tanto chiarito, in dottrina è stato innanzitutto evidenziato come il tenore letterale della disposizione in esame sembrerebbe far ritenere necessario e sufficiente, ai fini dell'esclusione della tutela reintegratoria, la sussistenza di un fatto quale che sia. Sennonché, si è osservato come nel concetto di materiale sussistenza del fatto *contestato* occorre ritenere implicito anche il profilo della riferibilità del fatto al soggetto, con la conseguenza per cui va ritenuto inesistente e dunque suscettibile di tutela reintegratoria ogni episodio che non sia materialmente riconducibile al soggetto cui è rimproverato²⁹².

Cionondimeno, il vero profilo problematico discusso dagli interpreti continua ad essere rappresentato dalla necessità di richiedere la rilevanza

²⁸⁹ In questo senso in particolare V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, WP/CSDE “Massimo D'Antona”.it, n. 259/2015, p. 26.

²⁹⁰ L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, cit., p. 115.

²⁹¹ S. SAMBATI, *La qualificazione del “fatto” nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del “dialogo” aperto dal legislatore delegato*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspì. D. lgs. 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, a cura di L. FIORILLO, A. PERULLI, Torino, 2015, p. 187; R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, in *Jobs Act e licenziamento*, a cura di R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, cit., p. 5.

²⁹² M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.it, n. 236/2015, p. 15.

disciplinare del fatto per affermarne la sussistenza e, per converso, escludere la reintegrazione. Si tratta dunque, ancora una volta, di chiarire se anche una condotta perfettamente lecita, in quanto rientrante senz'altro nella categoria, lata, dei fatti materiali, possa dirsi suscettibile di risolvere il rapporto di lavoro e di consentire la corresponsione al dipendente di una mera indennità²⁹³.

Ebbene, in proposito, in contrasto con l'interpretazione della Suprema Corte proposta già rispetto al fatto privo di aggettivi dell'art. 18 St. lav., la dottrina anche in tempi recenti ha per lo più proposto opzioni ermeneutiche tese a richiedere il carattere giuridico del fatto.

Si è in particolare osservato che la disposizione normativa parla propriamente di "*fatto contestato*": proprio quest'ultimo aggettivo consentirebbe di affermare, come era sostenuto del resto anche in relazione alla precedente disciplina, che questa locuzione postuli che il fatto sia comprensivo non solo della condotta del lavoratore, ma anche del profilo della diligenza nella esecuzione del contratto e, dunque, per converso, della colpa in caso di inadempimento²⁹⁴. Più in particolare, infatti, è stato osservato come la contestazione disciplinare, per definizione, debba avere ad oggetto una infrazione commessa da parte del lavoratore, vale a dire un inadempimento, sicché il fatto contestato non può che esistere in questa sola accezione.

È stato inoltre evidenziato come l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 riguardi esclusivamente i licenziamenti per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, vale a dire quelli disciplinari, e non si occupi, viceversa, dei recessi datoriali intimati per giustificato motivo oggettivo i quali ultimi, come noto, consentono maggiormente un apprezzamento del fatto nella sua materialità²⁹⁵.

La tesi recentemente formulata è stata avversata da quanti sostengono che la norma sia ormai chiara ed inequivoca nel senso di risolvere il dilemma interpretativo che si era posto nel vigore della c.d. Riforma Fornero a favore della qualificazione del fatto in senso materiale.

²⁹³ Evidenzia la questione F. CARINCI, *Il tramonto dello Statuto dei Lavoratori (dalla l. n. 300/1970 al Jobs Act)*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 41, 2015, pp. 1 ss.

²⁹⁴ Così già M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 Stl Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, cit., p. 1055.

²⁹⁵ Così A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 34.

Tuttavia, per neutralizzare l'aberrazione logica, prima ancora che giuridica, che ricorrerebbe qualora si attribuisse efficacia ad un licenziamento intimato per un fatto privo di qualsivoglia rilevanza disciplinare, la dottrina ha proposto di applicare l'istituto della frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. Più in particolare, infatti, è stato sostenuto che il datore che intimi il recesso in caso di compimento da parte del suo dipendente di un fatto lecito, eluda l'applicazione del regime della tutela reintegratoria attenuata posto dalla norma imperativa di cui all'art. 3, comma 2, d. lgs. n. 23/2015. Sicchè, l'atto di recesso, in ossequio al disposto dell'art. 1344 c.c., sarebbe caratterizzato da una causa illecita e, di conseguenza, radicalmente nullo.

A chi scrive pare che l'obiettivo perseguito dalla tesi appena esposta, vale a dire escludere che all'atto di recesso illegittimo perché intimato per un fatto privo di effettiva rilevanza disciplinare, possa conseguire lo scioglimento del vincolo contrattuale, sia senz'altro condivisibile. Cionondimeno, non si ritiene utile invocare in relazione a tale fattispecie l'art. 1344 c.c., perlomeno se si identifica, come pare, l'intento frodatorio nell'elusione del disposto dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015. Ad avviso di chi scrive, infatti, non si tratta, a ben vedere, di un aggiramento della nuova disciplina posta dalla norma appena citata. Quest'ultima, invero, nelle intenzioni del legislatore della riforma, anzi, è forse stata concepita proprio per perseguire quel risultato che qui si ritiene inaccettabile. Si ravvisa, invece, un contrasto irrimediabile e più radicale con il divieto di abuso di diritto che postula una funzionalizzazione delle prerogative datoriali al perseguimento degli interessi per cui queste ultime sono riconosciute nell'ordinamento, come si andrà ora dimostrando.

4. *Segue.* L'insussistenza del fatto alla luce del divieto di abuso del diritto.

Dato doverosamente atto del vivace dibattito dottrinale che si è sviluppato attorno all'interpretazione del "fatto" già all'indomani dell'entrata in vigore della c.d. legge Fornero, si ritiene ora di poter prospettare una lettura del disposto normativo fondata sulla teorica dell'abuso di diritto.

Occorre innanzitutto ribadire come la tutela reintegratoria, nell'impianto originario dell'art. 18 St. lav., rivestisse un ruolo centrale all'interno della disciplina dei licenziamenti. Ed invero, nell'ambito del quadro normativo fissato dallo Statuto dei Lavoratori, il recesso datoriale era effettivamente suscettibile di produrre gli effetti suoi propri, vale a dire lo scioglimento del rapporto di lavoro, soltanto in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo (soggettivo oppure oggettivo) di licenziamento, giacché in ipotesi di illegittimità operava indistintamente la tutela ripristinatoria.

Non è chi non veda, dunque, come in quel sistema quest'ultima costituisse un presidio capace di arginare in maniera effettiva le possibilità di abuso del diritto. In caso di difetto di giusta causa o giustificato motivo, essa impediva infatti al recesso, senza alcun tipo di modulazione, di realizzare i suoi effetti tipici, così inverando il principio della necessaria causalità del licenziamento. In definitiva, in tal modo il dettato normativo escludeva che il datore potesse sciogliersi dal vincolo contrattuale per perseguire un interesse diverso da quello per cui il potere di recesso è riconosciuto nell'ordinamento, rendendo perciò superfluo il ricorso al principio del divieto di abuso del diritto e riducendo i margini di discrezionalità del giudice nell'applicazione del disposto normativo.

Tanto chiarito, si osserva come nel sistema attuale la modulazione delle tutele introdotta dalle recenti Riforme abbia determinato il venir meno della dicotomia, esistente nel disposto dell'originario art. 18 St. lav., tra la legittimità del licenziamento e la sua conseguente efficacia risolutoria e, d'altro canto, l'illegittimità del licenziamento e la tutela reintegratoria. Non solo. Oggi, invero, si ritiene anche di poter individuare una nuova dicotomia: nell'attuale assetto ordinamentale, infatti, si può distinguere tra recesso legittimo che, come in passato, richiede una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo e recesso illegittimo; quest'ultimo però, e qui risiede la novità fondamentale, a differenza che in passato, è in grado di determinare lo scioglimento del rapporto, *a meno che* non si tratti di licenziamento discriminatorio o nullo o di recesso intimato in caso di *insussistenza del fatto*. Pertanto, attualmente la vera distinzione, *pregnante sul piano effettuale*, è tra

ipotesi di recesso illegittimo che, tuttavia, danno diritto al datore di sciogliersi dal rapporto, corrispondendo una mera indennità risarcitoria e recesso illegittimo che, invece, continua ad essere sanzionato con la tutela reintegratoria.

Di conseguenza, ai fini dello scioglimento del rapporto di lavoro, la rilevanza della sussistenza delle causali che devono sorreggere l'atto di recesso datoriale può dirsi quantomeno attenuata, sebbene non possa giungersi a sostenere, come pure si sarebbe tentati²⁹⁶, che il licenziamento stia regredendo verso il suo originario carattere acausale, posto che l'accertamento della sussistenza della causale dell'atto di licenziamento continua pur sempre ad essere necessaria per stabilirne la legittimità.

Cionondimeno, l'aver preso coscienza di questo nuovo impianto ordinamentale non consente all'interprete di ritenere possibile che il datore sciolga il rapporto non solo, come vuole oggi testualmente la legge, in difetto di una giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ma, addirittura, *arbitrariamente*, in spregio alla teorica del divieto di abuso del diritto che si è andata sostenendo finora. Tanto più ciò non è ammissibile in un ambito in cui, da sempre, il legislatore ha ristretto gli spazi di operatività dell'autonomia privata a tutela della parte debole del rapporto.

In particolare, a chi scrive pare che un'evenienza siffatta possa verificarsi in relazione all'ipotesi di "insussistenza del fatto" contemplata a partire dalla Riforma del 2012.

Il carattere imperfetto e lacunoso della fattispecie normativa introdotta dal legislatore, a ben vedere, consente che nelle sue pieghe si possa annidare la possibilità effettiva che oggi sia perpetrato dal datore un abuso, in senso tecnico, del diritto di recesso. Si ritiene, infatti, che il datore, nel sistema attuale ed a differenza di ieri, possa assumere una condotta formalmente ed apparentemente del tutto omogenea rispetto al dato normativo, intimando il

²⁹⁶ V. in dottrina i contributi di C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"* – n. 273/2015, spec. p. 6; R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 2, pp. 269 ss. In proposito P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, cit., già con riferimento alla Riforma Fornero ha persuasivamente evidenziato come "l'intervento legislativo supera ampiamente il versante sanzionatorio e incorpora una rilevante modifica delle condizioni e delle regole di esercizio del potere datoriale".

licenziamento a seguito del verificarsi effettivo di un “fatto materiale”, ma deviando dall’interesse tipico sotteso all’atto di recesso ed, in definitiva, abusando del proprio diritto.

Ciò accade, secondo la tesi che si propone, non solo in tutte le ipotesi in cui ricorra un mero fatto materiale attribuibile al lavoratore, ma privo di qualsivoglia rilevanza disciplinare, ma anche in tutte quelle in cui l’inadempimento, che pure sussiste, sia stato così lieve da non poter ragionevolmente aver turbato, neppure minimamente, la relazione lavorativa tra le parti. In altre parole, per non incorrere in una patente violazione del divieto di abuso del diritto, occorre accertare che si sia verificato un accadimento inerente alla prestazione del lavoratore che abbia alterato *effettivamente* ed *obiettivamente* la fisiologica prosecuzione della relazione lavorativa tra le parti, ancorché non sia stato tale da configurare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Soltanto in tale ipotesi, invero, il giudice può ritenere che il datore non abbia agito arbitrariamente, vale a dire in contrasto con l’interesse all’organizzazione dell’impresa, conformato dalle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo, per cui l’ordinamento gli attribuisce il diritto potestativo di recesso dal rapporto di lavoro.

Accedere ad una diversa interpretazione ad avviso di chi scrive significa dover ammettere, al di là degli infingimenti e degli artifici retorici, che la regola surrettizia sia ormai quella del recesso *ad nutum*, giacché il datore di lavoro può, al prezzo di una indennità anche contenuta, sciogliersi dal vincolo contrattuale, consentendo al recesso di realizzare gli effetti che ad esso sono propri.

Secondo l’opinione qui proposta, quindi, può essere ritenuto accettabile il riconoscimento della mera tutela indennitaria a fronte dell’illegittimità del recesso datoriale soltanto fino al punto in cui il difetto di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo non integrino un’ipotesi di licenziamento arbitrario collidente con il principio del divieto di abuso del diritto. Qualora ciò accada, e senza che occorre invocare il carattere discriminatorio dell’atto, il recesso va considerato abusivo e, dunque, affetto da illiceità della causa, con conseguente declaratoria della sua nullità.

5. Abuso del diritto e giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Sebbene in questo lavoro si sia inteso concentrare l'attenzione sugli spazi di operatività del divieto di abuso del diritto nell'ambito del licenziamento disciplinare, si ritiene tuttavia di dover formulare alcune riflessioni anche in merito ai rapporti tra il principio in esame ed il recesso datoriale intimato per motivi economici.

A tale ultimo proposito, come noto, il d.lgs. n. 23/2015 (cfr. art. 3, comma 1) è intervenuto prevedendo espressamente che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ancorché illegittimo, non possa in alcun modo determinare la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro.

Non è chi non veda come una previsione di questo tipo porti con sé il dubbio, niente affatto peregrino, che il datore adduca quale motivazione del recesso una ragione tecnico, organizzativa, produttiva, per un licenziamento che abbia, invece, un movente genuinamente disciplinare.

Si potrebbe allora essere tentati di ritenere che in tale ipotesi ricorra un abuso di diritto da parte del datore di lavoro che, invero, si avvale di una previsione normativa a sé favorevole per precludere in radice l'applicazione della tutela reintegratoria.

Corre allora l'obbligo di spiegare il perché tale fattispecie non possa costituire *tecnicamente* un caso di abuso di diritto, nel senso che si è andato sinora precisando. La ragione fondamentale risiede nel fatto che, qualora il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo dissimuli un recesso disciplinare, a ben vedere, il tema che si pone al giudice è quello della corretta qualificazione giuridica della fattispecie in esame; non si tratta invece di stabilire se il recesso sia stato esercitato arbitrariamente.

In dottrina è stato evidenziato che²⁹⁷ in tale ipotesi il lavoratore, come peraltro era già espressamente previsto nell'art. 18, comma 7, St. Lav., debba poter dimostrare che il recesso abbia avuto un movente potenzialmente disciplinare. Quanto all'onere della prova che incombe sul dipendente, è stato peraltro precisato che quest'ultimo debba essere ammesso a provare che il fatto alla

²⁹⁷ A. TURSI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi*, in Jobs Act. *Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M.T. CARINCI-A. TURSI, Torino, 2015, pp. 93 ss.

base del licenziamento non abbia alcuna rilevanza disciplinare o non sia neppure avvenuto. In definitiva, si deve consentire al lavoratore di dimostrare l'insussistenza del fatto cui consegue la tutela ripristinatoria.

Ed invero qualora si ritenesse che il dipendente sia ammesso a provare soltanto la rilevanza disciplinare del fatto per cui è avvenuto il licenziamento, ma non la sua insussistenza, allora, lo si porterebbe paradossalmente ad "autoincriminarsi" della commissione di un illecito e, conseguentemente, si escluderebbe in radice l'applicabilità della tutela reale, legata alla "insussistenza del fatto materiale.

Nel caso in cui il datore riesca effettivamente a fornire tale prova, allora spetta poi al giudice individuare le norme di legge conferenti per la disciplina della fattispecie che, dunque, non è più quella del licenziamento per motivi economici, bensì del recesso disciplinare.

Tanto chiarito, non è chi non veda come l'operazione ermeneutica che compie l'interprete in un'ipotesi siffatta sia diversa da quella che lo stesso deve realizzare allorchè si tratti di accertare un potenziale abuso di diritto. Ed infatti in quest'ultimo caso, come si già avuto modo di chiarire²⁹⁸, il giudice deve stabilire se, dietro un'apparenza di conformità al dato normativo, l'agente ne abbia invece *valicato i limiti*, esercitando la prerogativa di cui è titolare per il perseguimento di un interesse diverso da quello per cui la posizione di vantaggio è attribuita dall'ordinamento. Nell'ipotesi appena esaminata, invece, l'interprete, invece, sulla base della prospettazione fattuale debitamente provata da parte del lavoratore, procede ad *applicare norme di legge diverse da quelle dedotte dal datore ed idonee a disciplinare la fattispecie* dallo stesso posta in essere.

²⁹⁸ V. *supra* Capitolo I, § 3.3.

6. L'applicazione da parte del giudice del lavoro delle nozioni "a contenuto variabile".

A conclusione della disamina condotta e tenuto conto dell'accertata vitalità ed utilità del divieto di abuso del diritto anche in relazione alle recenti riforme, meritano di essere svolte alcune riflessioni finali circa il ruolo, fondamentale e delicato, che ricopre il giudice nell'impiego del principio finora esaminato.

Se riguardato dal punto di vista delle modalità di applicazione da parte dell'interprete, tale principio rientra a pieno titolo nella categoria delle cosiddette "nozioni a contenuto variabile"²⁹⁹. Si tratta infatti di tutte quelle fonti del diritto che, non contemplando fattispecie determinate e discipline dettagliate, superano il giuspositivismo radicale, che ammette nel sistema la sola introduzione di codici completi ed esaustivi, ed attribuiscono all'interprete una funzione di primo piano.

Ebbene, la dottrina da lungo tempo si è impegnata nell'approfondimento della questione dell'impiego giudiziale di tali nozioni ed è pervenuta sul punto a conclusioni eterogenee e talvolta antitetiche tra loro, prendendo le mosse da una riflessione preliminare circa l'utilità stessa dell'introduzione nel sistema di tali nozioni.

Più in particolare, la materia ha destato interesse già a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, allorchè ha iniziato a maturare tra gli interpreti la consapevolezza che la massiccia diffusione di nozioni a contenuto variabile potesse determinare conseguenze significative sul sistema e, per quanto qui soprattutto rileva, sulle regole ermeneutiche ed, in definitiva, sul potere decisorio dei giudici.

A tal proposito, una parte della dottrina ha accordato favore ad una definizione particolarmente ampia di "clausola generale", suscettibile di comprendere tutte le norme caratterizzate da un contenuto almeno parzialmente indeterminato. Ha poi teorizzato l'introduzione di una vera e

²⁹⁹ La locuzione è stata in particolare impiegata in tempi recenti da G. LOY nel saggio *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile* pubblicato in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, n. 145, 2015.

propria “legislazione per principi”³⁰⁰, esprimendo favore rispetto alla diffusione di disposizioni normative a contenuto variabile in quanto capaci di consentire un dialogo positivo del sistema giuridico con la realtà in continua evoluzione.

Un altro indirizzo dottrinale, invece, si è preoccupato di elaborare una teoria analitica delle clausole generali³⁰¹ e di operarne una accurata distinzione rispetto alle categorie, contigue e spesso concettualmente sovrapposte, delle norme generali e dei principi generali.

Come si è già avuto modo di ricordare ad altri più specifici fini³⁰², ha evidenziato a questo proposito come le prime, di cui la buona fede costituisce il paradigma, delegano “*al giudice la formazione della norma (concreta) vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale*”; quest’ultimo, in particolare, è esterno alla norma giacché si tratta di una regola di condotta sociale cui il giudice è chiamato a fare riferimento nell’elaborare il proprio apprezzamento rispetto alla fattispecie concreta. In altre parole, tali *standard* costituiscono dei criteri direttivi “*per la ricerca di valori che il giudice deve poi tradurre, con un proprio giudizio valutativo, in una norma di decisione*”.

Le norme generali, invece, sono di per sé complete. La loro peculiarità risiede nel fatto che non contengono l’analitica descrizione di fattispecie cui consegue l’applicazione di una determinata disciplina. Descrivono, viceversa, una generalità di casi *mediante una categoria riassuntiva* per la cui concretizzazione il giudice deve rifarsi a modelli di comportamento ed a valutazioni obiettivamente vigenti nell’ambiente sociale in cui si trova ad operare³⁰³. La categoria in parola è, a ben vedere, particolarmente nota al giuslavorista giacché in essa è possibile includere le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo di licenziamento³⁰⁴.

Infine i principi generali, tra cui rientra a pieno titolo il divieto di abuso del diritto, si distinguono dalle clausole generali in quanto si tratta “*di*

³⁰⁰ Così S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 83 ss.

³⁰¹ La prima effettiva sistemazione teorica del tema di debba al già citato contributo di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 17 ss.

³⁰² V. *supra* Capitolo II, § 1.3.

³⁰³ Così L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 11.

³⁰⁴ V. *supra*, assai più diffusamente, Capitolo II, § 1.3.

*premesse maggiori di deduzione [...] di regole di decisione nell'ambito di categorie più o meno ampie di fattispecie*³⁰⁵. In altre parole, i principi, a differenza delle clausole generali, non demandano radicalmente al giudice la formazione delle regole da applicare in relazione al caso concreto, ma contengono, invece, già di per sé, un modello di decisione precostituito. D'altro canto, la peculiarità del principio rispetto alla norma a contenuto specifico risiede nel fatto che quest'ultima descrive una fattispecie, in maniera più o meno puntuale, e ne detta la disciplina; il principio, invece, si trae esso stesso dall'esame di più disposizioni di legge scritta che si caratterizzano per identità di *ratio* per poi divenire così indefinitamente applicabile rispetto a tutte le fattispecie in esso sussumibili.

Si pensi, per rimanere in un ambito oramai noto, al meccanismo applicativo del divieto di abuso del diritto: l'interprete non deve mai spingersi sino al punto di formulare egli stesso la norma di decisione (pur secondo le direttive del legislatore), ma deve soltanto verificare se, nel caso esaminato, ricorrano le condizioni per applicare quel principio generale. Si tratta cioè di stabilire se ci si trovi innanzi ad una posizione di vantaggio che, soltanto apparentemente, è stata esercitata in maniera coerente con l'interesse per il quale la medesima è riconosciuta come tale dall'ordinamento.

Operata tale distinzione, questo stesso orientamento ha sostenuto che, per il tramite delle norme a contenuto variabile ed, in special modo, delle clausole generali, è possibile contribuire al progresso del diritto. Esse, infatti, consentono il superamento del positivismo più radicale, imbrigliato nella staticità delle sole norme di legge scritte e puntuali. D'altro canto, le clausole generali costituiscono un mero tassello dell'ordinamento giuridico e, pertanto, esse debbano affiancarsi alla legge scritta senza prendere il sopravvento sulla stessa. La legislazione per soli principi, invero, può giungere a far sì che lo Stato di diritto degeneri in uno Stato giustizialista: *“i valori sono in sé guide pericolose, che possono portare alla tirannia di una giustizia politicizzata, se l'uso corretto*

³⁰⁵ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit. p. 10.

*delle clausole generali che ad essi rinviano non sia garantito da una disciplina dogmatica da cui il giudice possa attingere criteri razionali di soluzione*³⁰⁶.

Da quegli anni il tema della diffusione all'interno del sistema giuridico di nozioni a contenuto variabile ha a poco, a poco interessato i diversi rami dell'ordinamento giuridico, non rimanendo confinato all'ambito del diritto privato. Nel tempo è stata abbandonata progressivamente l'idea che esse possano costituire un attentato allo Stato di diritto³⁰⁷; d'altro canto, in dottrina è stato osservato come la versione ottocentesca del positivismo giuridico sia entrata in crisi e, ad oggi, possa dirsi “*morta e sepolta*”³⁰⁸.

È rimasto tuttavia sempre vivo il tema del ruolo del giudice rispetto all'applicazione di tali nozioni ed alle eventuali criticità che in esso si possono riscontrare.

Ed, invero, come si è potuto già in parte comprendere da quanto finora detto circa il dibattito sorto sull'utilità delle nozioni a contenuto variabile nel sistema, in relazione ad esse al giudice è sempre attribuito un ruolo di *integrazione della norma* al quale consegue, necessariamente, una maggiore discrezionalità nella decisione. Ed invero il solo fatto di dover dare corpo a nozioni aperte³⁰⁹, in quanto la fattispecie astratta non è compiutamente desumibile dal comando contenuto nella norma, conduce il giudice ad assumere una decisione in un contesto di obiettiva incertezza.

Lo snodo del ragionamento è però stabilire fino a che punto tale discrezionalità sia accettabile e quali ne siano vantaggi e criticità.

Ebbene, secondo un primo, radicale e poco persuasivo approccio, ascrivibile alla corrente del particolarismo giuridico, la disposizione normativa va di per sé svalutata a favore di una valorizzazione estrema del ruolo del giudice: nella decisione finale di quest'ultimo non può non entrare anche la sua stessa conformazione mentale e, dunque, nella sentenza rientra senz'altro

³⁰⁶ L. MENGONI, *Recensione a Franz Wieacker. Storia del diritto privato moderno con particolare riferimento alla Germania*, cit., p. 53.

³⁰⁷ G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, cit., p. 16.

³⁰⁸ C. LUZZATI, *La normalizzazione delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 164.

³⁰⁹ Così molto incisivamente G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, cit., p. 20.

una componente di arbitrio³¹⁰. La prospettazione, nella sua assolutezza, non convince del tutto laddove sembra ammettere pianamente che la decisione giudiziale sia formulabile in conformità ad apprezzamenti del tutto soggettivi di chi la pone in essere, senza che ne occorra una verificabilità perlomeno sul piano della ragionevolezza.

Secondo un'altra prospettazione, cui invece si ritiene di aderire almeno nei postulati di fondo, lo spazio di discrezionalità del giudice rappresenta la necessaria contropartita per usufruire dei vantaggi di un sistema che, consentendo l'impiego di nozioni a contenuto variabile, permette una regolazione più efficiente dei fenomeni indotti da una società sempre più complessa. In ultima analisi, tale sistema appare il solo suscettibile di abbracciare tutta quell'ampia casistica che i codici costruiti sulla base di fattispecie dettagliate non sarebbero in grado di governare³¹¹, come, del resto, dimostrato dall'esame delle applicazioni presenti e potenziali del divieto di abuso del diritto che in questa sede si è inteso realizzare.

³¹⁰ Così A. NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, p. 70 il cui pensiero è ricordato, per le riflessioni utili anche in relazione al nostro ordinamento da G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, cit., pp. 22-23.

³¹¹ Si rinvia alle più ampie riflessioni formulate in proposito da A. GENTILI, *Prefazione*, in *Le clausole generali. Semantica e politica de diritto*, Milano, 2010, p. XVII.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

Voci enciclopediche e Commentari

ALLARA M., *Atti emulativi (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959

BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988

CASTRONOVO C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXI, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, Roma, 1990

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civile*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, 1988

GAMBARO A., voce *Abuso del diritto*, II) *Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. I. Istituto dell'Enciclopedia Treccani, Roma, 1988

GHERA E., *Commento agli artt. 15 e 16*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da U. PROSPERETTI, Milano, 1975

GROSSO G., voce *Abuso del diritto*, a) *Diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958

MESSINETTI D., *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., II, Milano, 1998

MORELLO U.M., *Frode alla legge*, in *Digesto civ.*, VIII, IV ed., Torino, 1992

NAVARRETTA E., *Art. 1345 c.c. – Motivo illecito*, in *Commentario del Codice civile* diretto da E. GABRIELLI. *Vol. 3. Dei contratti in generale* a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Torino, 2011

PATTI S., voce *Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche- Sez. civile*, vol. I, Torino, 1987

PELLIZZI G.L., *Exceptio doli* (diritto civile), in *Novissimo Dig. it.*, VI, Torino, 1960

PUGLIATTI S., *Libro della proprietà*, in *Comm. cod. civ. D'Amelio*, Firenze, 1942

SALVI C., voce *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. I. Istituto dell'Enciclopedia Treccani, Roma, 1988

TORRENTE A., *Emulazione (diritto civile)*, in *Novissimo dig. it.*, VI, Torino, 1960

VISINTINI G., *Inadempimento e mora del creditore*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 1987

Monografie ed opere collettanee

ALPA G., *L'arte del giudicare*, Roma-Bari, 1996

ASSANTI C., *Il contratto di lavoro a prova*, Milano, 1957

AA.VV., *L'abuso del diritto*, *Diritto privato* 1997, III, Padova, 1998

AA.VV., *L'abuso dei diritti del lavoratore - Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di A. VALLEBONA, *Suppl. Mass. giur. lav. Il Sole 24 ore*, Milano, 2010

BARASSI L. *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951

BARBERA M., *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991

BARBERO D., *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1943

BIANCA C.M., *Diritto civile. Le obbligazioni*, Milano, 1993

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

CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, Padova, 2005

CARINCI M.T. –A TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M.T. Carinci-A. Tursi, Torino, 2015

CARINGELLA F., *Studi di diritto civile*, Milano, 2005

CARUSI D., *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, vol. I, a cura di E. GABRIELLI, in *Tratt. Rescigno, Gabrielli*, Torino, 2006

DEL PRATO E., *La minaccia di far valere un diritto*, Padova, 1990

FALCO G., *Buona fede e abuso del diritto. Principi, fatti e casistica giurisprudenziale*, Milano, 2010

- FIORILLO L., PERULLI A.** (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. D. lgs. 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Torino, 2015.
- GALANTINO L.**, *Formazione giurisprudenziale dei principi del diritto del lavoro*, Milano, 1981
- GAROFOLI R.**, *Compendio superiore di diritto amministrativo*, Roma, 2014
- GAZZONI F.**, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ult. ed.
- GENTILI A.**, *Prefazione*, in V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica de diritto*, Milano, 2010
- GHIRGA M.F.**, *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio dell'abuso della tutela giudiziale*, Milano, 2004
- GIORGIANNI V.**, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963
- GIUGNI G.**, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963
- LASSANDARI A.**, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, Padova, 2010
- MARTINES M.P.**, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006
- PEDRAZZOLI M.** (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, Milano, 2014
- PESSI R., PISANI C., PROIA G., VALLEBONA A.**, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015
- RESCIGNO P.**, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998
- RESTIVO C.**, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007
- RODOTÀ S.**, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964
- ROSSI G.**, *Utili di bilancio, riserve e dividendo*, Milano, 1956
- SAFFIOTTI M.T.**, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino, 1999
- SANTORO PASSERELLI G.**, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966
- SPAGNUOLO VIGORITA L.**, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, 1961
- TULLINI P.**, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012

VE'TTORI G., *La determinazione del regolamento*, in *Trattato Roppo. Il contratto*, Milano, 2006, pp. 416 ss.

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

Riviste

AGNESI R., *In tema di concezione causale dell'atto di recesso*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, 2, pp. 98 ss.

AIELLO F., *Alcune questioni in tema di licenziamenti per motivi disciplinari*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, pp. 393 ss.

ALPA G., *Pretesa del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 2, pp. 285 ss.

ASTONE F., *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. merito*, 2007, suppl. al fasc. 12, pp. 10 ss.

BELFIORE C., *Discriminazione per sesso e uso della minigonna*, in *Giur. merito*, 1995, pp. 419 ss.

BENATTI F., *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, 3, pp. 241 ss.

CAFARO S., *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Von Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, pp. 291 ss.

CANNATI G., *La responsabilità disciplinare del dipendente che si ammali durante le ferie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 4, pp. 1068 ss.

CALAFÀ L., *Congedo parentale e cura del minore. Limiti funzionali al diritto potestativo del padre*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 2, pp. 277 ss.

CAPONETTI B., *Abuso del diritto al congedo parentale e licenziamento per giusta causa*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, 2, pp. 858 ss.

CARINCI F., *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore e il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 6, pp. 529 ss.

CARINCI M.T., *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, discriminazione e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 1, pp. 2 ss.

CARINCI M.T., *Il licenziamento discriminatorio o “per motivo illecito determinante” alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 4, pp. 641 ss.

CARINCI M.T., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall’art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 4, pp. 1052 ss.

CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all’italiana” a confronto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 527 ss.

CENINI M. - GAMBARO A., *Abuso del diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza* (nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106), in *Corr. giur.*, 2011, pp. 109 ss.

CESSARI A., *“Tura” e “leges” nella disciplina del licenziamento individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1979, 1, pp. 105 ss.

CESTER C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 3, pp. 555 ss.

COLOSIMO C., *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutela in caso di licenziamento illegittimo: l’opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. rel ind.*, 2012, 4, pp. 1035 ss.

CRUCIANI L., *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell’abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, pp. 486 ss.

D’AMICO G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto – Una replica a Galgano*, in *I Contratti*, 2011, 7, pp. 653 ss.

DEL FANTE A., *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, pp. 159 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, pp. 1064 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 2, pp. 269 ss.

DEL PUNTA R., *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in *Riv. dir. lav.*, 2015, 1, pp. 33 ss.

DEL PUNTA R., *Risposta*, in *L’abuso dei diritti del lavoratore - Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di A. VALLEBONA, Suppl. Mass. giur. lav. *Il Sole 24 ore*, Milano, 2010, pp. 20 ss.

DI MAJO A., *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *Corriere giur.*, 1991, pp. 791 ss.

FERRANTE V., *La Cassazione si pronunzia per la prima volta sull'articolo 18 dello statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa?*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 1, pp. 229 ss.

FRANZONI M., *Diritto civile e diritto del lavoro a confronto*, in *Contr. e impr.*, 2011, pp. 955 ss.

GALANTINO L., *Il profilo dell'abuso del diritto nella disciplina della Cassa integrazione guadagni* (nota a Pret. Milano, 29 luglio 1982, ord; Pret. Milano, 14 agosto 1982, ord.; Pret. Milano, 1 settembre 1982, ord.), in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, 2, pp. 789 ss.

GESTRI M., *Considerazioni sulla teoria dell'abuso del diritto alla luce della prassi internazionale*, in *Riv. Dir. Int.*, 1/1994, pp. 33 ss.

GHINOY P., *Illegittima utilizzazione di un permesso e responsabilità del sindacato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, 2, pp. 150 ss.

GRECO M.G., *L'abuso del diritto nella fruizione dei congedi parentali* (nota a Cass., 16 giugno 2008, n. 16207), in *Arg. dir. lav.*, 2009, pp. 448 ss.

ICHINO P., *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, 2, pp. 838 ss.

LEPORE A., *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento, onere della prova e limiti al sindacato del giudice*, in *Dir. lav.*, 2000, II, pp. 32 ss.

LOY G., *Diritto del lavoro e nozioni a contenuti variabile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 145, 2015, 1, pp. 3 ss.

LUZZATI C., *La normalizzazione delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, pp. 163 ss.

MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, pp. 415 ss.

MAZZAMUTO S., *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, pp. 627 ss.

MENGONI L., *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi" (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 1, pp. 368 ss.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 17 ss.

- MORELLI M.R.**, *In margine ad un'ipotesi di collegamento tra «buona fede obiettiva» ed «abuso del diritto»* (nota a Cass., 21 maggio 1975, n. 2014), in *Giust. civ.*, 1975, 2, pp. 1700 ss.
- NATOLI U.**, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, 1, pp. 281 ss.
- NATOLI U.**, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 18 ss.
- NIGRO C.**, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010, 1, pp. 2547 ss.
- NOVELLA M.**, *Il licenziamento del lavoratore malato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 2, pp. 514 ss.
- PERULLI A.** *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, 4-5
- PEZZUTO R.**, *L'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la legge Fornero*, in *Lav. giur.*, 2013, 5, pp. 454 ss.
- PINO G.**, *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, 24, pp. 161 ss.
- PISANI C.**, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1, pp. 97 ss.
- POSO V.A.**, *Le conseguenze del recesso del datore di lavoro per motivo illecito durante il periodo di prova*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, 2, pp. 476 ss.
- RESCIGNO P.**, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 1, pp. 205 ss.
- RODOTÀ S.**, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 1, pp. 83 ss.
- ROMAGNOLI U.**, *Dal lavoro ai lavori*, in *Lav. dir.*, 1997, 3.
- ROTONDI M.**, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 104 ss.
- RUFFOLO U.**, *Atti emulativi, abuso del diritto e «interesse» nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 2, pp. 23 ss.
- SCARSELLI G.**, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 1450 ss.
- SCARSO A.P.**, *Venire contra factum proprium e responsabilità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 3, pp. 513 ss.

SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 3, pp. 521 ss.

TATARELLI M., *L'abuso di un diritto potestativo può essere causa di licenziamento*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 27, pp. 67 ss.

TRABUCCHI A., *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, 1, pp. 496 ss.

TRAVERSO M.C., *L'abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, pp. 297 ss.

TREVES T., *La nona sessione della conferenza sul diritto del mare*, in *Riv. dir. int.*, 1990, pp. 456 ss.

TULLINI P., *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovi modelli giudiziali di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, pp. 147 ss.

TURSI A., *Il nuovo art. 18 post riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 2, pp. 1140 ss.

VALLEBONA A., *Disciplina dei licenziamenti e ammortizzatori sociali in tempo di crisi. L'ingiustificata qualificazione del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 3, pp. 621 ss.

Sitografia

BELLAVISTA A., *La tutela del lavoro tra marketing politico ed esigenze reali*, in *La politica del lavoro del governo Renzi. Atti del X seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, a cura di F. Carinci, ADAPT Labour studies e-book series, n. 39, 2015, pp. 506 ss.

CARINCI F., *Il tramonto dello Statuto dei Lavoratori (dalla l. n. 300/1970 al Jobs Act)*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 41, 2015, pp. 1 ss.

CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, WP CSDLE "Massimo D'Antona" – n. 273/2015

MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema del decreto)*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – n. 236/2015

MARESCA A., *Il licenziamento ingiustificato: dalla reintegrazione alle tutele economiche crescenti*, in *La politica del lavoro del governo Renzi. Atti del X seminario di Bertinoro-Bologna (23-24 ottobre 2014)*, ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 39, 2015, pp. 558 ss. ù

MELCHIORRI A., *La proporzionalità del licenziamento disciplinare tra vecchie incertezze e nuove riforme legislative*, in www.ilgiulavorista.it

RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari tra Jobs Act e riforma Fornero (basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, in www.questionegiustizia.it

SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, *WPCSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 259/2015

TURSI A., *Jobs Act: il licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, in www.ipsoa.it

GIURISPRUDENZA

GIURISPRUDENZA DI MERITO

Trib. Roma, 17 luglio 1982, in *Foro it.*, 1983, I, cc. 2020 ss.

Pret. Milano, 14 agosto 1982, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, pp. 789 ss.

Pret. Milano, 23 novembre 1982, in *Foro it.*, 1983, I, cc. 478 ss.

Trib. Milano, 27 gennaio 1984, in *Foro it.*, 1984, I, cc. 2319 ss.

Trib. Bergamo, 23 luglio 1984, in *Giust. civ.*, I, 1984, pp. 3418 ss.

Pret. Milano, 12 aprile 1986, in *Orient. giur. lav.*, 1986, pp. 630 ss.

Pret. Torino, 14 giugno 1988, in *Giur. piemontese*, 1989, pp. 350 ss.

Pret. Milano, 31 maggio 1990, in *Orient. giur. lav.*, 1990, fasc. 3, pp. 22 ss.

Trib. Bologna, 7 marzo 1991, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, 2, pp. 150 ss.

Trib. Milano, 22 gennaio 1994, in *Not. giur. lav.*, 1994, pp. 7 ss.

Pret. Milano, 12 gennaio 1995, in *Giur. merito*, 1995, pp. 419 ss.

Trib. Monza, 20 febbraio 1998, in *Società*, 1998, pp. 1314 ss.

Trib. Milano, 12 marzo 2001, in *Lav. nella giur.*, 2001, pp. 1190 ss.

Trib. Milano, 14 dicembre 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, pp. 1004 ss.

Trib. Milano, 30 gennaio 2013, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, 142, pp. 390 ss.

Trib. Napoli, 26 febbraio 2013, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2013, pp. 1008 ss.

Trib. Voghera, 14 marzo 2013, in *Banca dati De Jure*

Trib. Ravenna, 18 marzo 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 3, pp. 561 ss.

Trib. Palmi, 24 aprile 2013, in *Banca dati De Jure*

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

- Cass., 4 marzo 1952, n. 584, in *Foro it.*, 1951, I, c. 420
- Cass., 19 giugno 1959, n. 1936, in *Riv. giur. lav.*, 1959, II, pp. 406 ss.
- Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, cc. 256 ss.
- Cass., 7 febbraio 1963, n. 195, in *Foro it.*, 1963, I, cc. 685 ss.
- Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, cc. 1283 ss.
- Cass., 3 marzo 1967, n. 512, in *Giust. civ.*, 1967, I, pp. 1491 ss.
- Cass., 17 agosto 1977, n. 3781 in *Giur. it.*, 1977, I, 1, pp. 2104 ss.
- Cass., 9 luglio 1979, n. 3930, in *Giust. civ.*, 1, pp. 2076 ss.
- Cass., 29 giugno 1981, n. 4250, in *Giust. civ.*, 1982, I, pp. 181 ss.
- Cass., 6 febbraio 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, pp. 144 ss.
- Cass., 3 maggio 1984, n. 2693, in *Giust. civ.*, 1985, I, pp. 442 ss.
- Cass., 25 luglio 1984, n. 4382, in *Giust. civ.*, 1984, I, pp. 3001 ss.
- Cass., 18 febbraio 1986, n. 960, in *Giust. civ. Mass.*, 2
- Cass., 18 agosto 1986, n. 5066, in *Mass. Giur. it.*, 1986
- Cass., 30 luglio 1988, n. 4798, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce “Contratto in genere” [1740], n. 382
- Cass., 12 dicembre 1989, n. 5521, in *Foro it.*, 1990, I, c. 83
- Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Corr. giur.*, n. 7/1991, pp. 789 ss.
- Cass., 9 ottobre 1991, n. 10593, in *Not. giur. lav.*, 1992, pp. 9 ss.
- Cass., 22 aprile 1992, n. 4839, in *Foro it.*, 1993, I, cc. 899 ss.
- Cass., 6 febbraio 1993, n. 1504, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, pp. 310 ss.
- Cass., 10 marzo 1994, n. 2325, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce “Contratto in generale” [1740], n. 453
- Cass., 20 aprile 1994, n. 3774, in *Corr. giur.*, n. 5/1994, pp. 566 ss.

Cass., 24 luglio 1993, n. 8290, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce “Contratto in genere” [1740], n. 431

Cass., 25 marzo 1995, n. 3558, in *Giur. it.*, 1996, I, pp. 1378 ss.

Cass., 16 gennaio 1996, n. 301, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce “Emulazione” [2580], n. 2

Cass., 16 luglio 1996, n. 6426, in *Notiz. giur. lav.*, 1996, pp. 747 ss.

Cass., 2 settembre 1996, n. 8032, in *Orient. giur. lav.*, 1996, pp. 790 ss.

Cass., 13 novembre 1996, n. 9946, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce “Contratto in genere” [1740], n. 395

Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, pp. 648 ss.

Cass., 20 ottobre 1997, n. 10250, in *Foro it.*, 1998, I, cc. 69 ss.

Cass., 26 novembre 1997, n. 11852, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce “Emulazione” [2580], n. 2

Cass., 26 maggio 1999, n. 5154, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce “Rapporto di lavoro” [3890], n. 1607

Cass., 25 gennaio 2000, n. 804, in *Giur. it.*, 2000, pp. 1663 ss.

Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Dir. fall.*, 2001, II, pp. 699 ss.

Cass., 24 marzo 2001, n. 4302, in *Notiz. giur. lav.*, 2001, pp. 579 ss.

Cass., 11 aprile 2001, n. 5421, in *Vita not.*, 2001, pp. 825 ss.

Cass., 23 settembre 2002, n. 13923, in *Banca dati De Jure*

Cass., 14 gennaio 2003, n. 454, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, pp. 595 ss.

Cass., 21 febbraio 2003, n. 2642, in *Mass. Giur. it.*, 2003

Cass., 4 marzo 2003, n. 3185, in *Giust. civ.*, 2004, I, pp. 2832 ss.

Cass., 11 giugno 2003, n. 9353, in *Foro it.*, 2004, 1, cc. 1219 ss.

Cass., 1 agosto 2003, n. 11759, in *Orient. giur. lav.*, 2003, 1, pp. 479 ss.

Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, 1, cc. 1485 ss.

Cass., 6 ottobre 2005, n. 19414, in *Orient. giur. lav.*, 2005, pp. 835 ss.

Cass., 19 ottobre 2005, in *Contratti*, 2006, pp. 481 ss.

Cass., 26 maggio 2004, n. 10179, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Agenzia*, n. 36

Cass., SS.UU., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1, pp. 61 ss.

Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Vita not.*, 2006, 1, pp. 304 ss.

Cass., 16 maggio 2007, n. 11258, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, pp. 5 ss.

Cass., 17 luglio 2007, n. 15942, in *Banca Dati De Jure*

Cass., 1 aprile 2008, n. 8449, in *Banca dati De Jure*

Cass., 16 giugno 2008, n. 16207, in *Riv. it. dir. lav.*, pp. 277 ss.

Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6, pp. 948 ss.

Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 3, 1, pp. 231 ss.

Cass., 31 maggio 2010, n. 13208, in *Diritto e Giustizia*, 2010

Cass., 25 gennaio 2011, n. 1699, in *Guida dir.*, 2011, 9, pp. 24 ss.; in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, IV, pp. 1068 ss.

Cass., 4 marzo 2014, n. 4984, *Mass. giust. civ.*, 2014

Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Mass. giur. lav.*, 2014

Cass., 25 gennaio 2016, n. 1248, in *Banca dati De Jure*