

L'ABUSO NEL RAPPORTO DI LAVORO

Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, fasc.4, 1 DICEMBRE 2017, pag. 589

Riccardo Diamanti

Classificazioni: LAVORO SUBORDINATO (Rapporto di) - Diritti e doveri delle parti: statuto dei lavoratori - - in genere

Sommario: 1. Gli abusi e la loro valutazione giuridica. — 2. Il concetto di abuso ad opera del datore di lavoro ed i limiti al potere imprenditoriale. — 2.1. Prerogative datoriali ed abuso. — 2.2. Poteri unilaterali del datore e pluralità di funzioni dell'abuso, rapporti con le clausole generali di correttezza e buona fede. — 3. L'abuso nell'esercizio di diritti non sottoposti ad espressi limiti legali. La posizione del datore di lavoro. — 4. Abusi del datore di lavoro e tecniche di controllo dei poteri datoriali. — 5. Gli abusi del lavoratore. — 6. Le conseguenze degli abusi. — 7. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Gli abusi e la loro valutazione giuridica.* — Parlare di abusi può essere utile, a prescindere dalle relative valutazioni, perché gli abusi sul luogo di lavoro, siano essi di datori di lavoro o di lavoratori, esistono, e tutto ciò che esiste nella realtà non può essere ignorato sotto il profilo giuridico.

La parola “abuso” ha un significato che per un verso è immediatamente percepibile da tutti, ma diventa sfuggente quando si tratta di definirlo all'interno delle categorie giuridiche.

Per alcuni il tentativo di ricostruire un discorso generale sugli abusi nel diritto del lavoro è improduttivo, dal momento che ogni abuso si traduce in una violazione di una norma giuridica o meglio ancora delle modalità di esercizio del diritto attribuito e trova una sua sanzione nella norma stessa o comunque nell'ordinamento attraverso altre norme sanzionatorie (1).

Ciò implica che non ci siano spazi da coprire in tema di abusi e che tentare di costruire un discorso unitario sull'abuso non abbia alcuna utilità.

Questa conclusione potrebbe trovare un certo riscontro quando si fa riferimento agli abusi del datore di lavoro, perché spesso i limiti di esercizio di un diritto datoriale e le conseguenze della loro inosservanza sono segnati dalla norma che lo disciplina o da altra norma.

Nel limitare i poteri e i diritti dell'imprenditore tutta la normativa lavoristica tende a creare un sistema di illeciti tipizzati soggetti al tradizionale giudizio di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, che si pone specularmente rispetto al principio di tipicità degli atti unilaterali del datore di lavoro (2).

E dove ci si muove su un terreno apparentemente non tipizzato, come nel caso di *mobbing*, e cioè di atti persecutori di carattere continuativo tesi a danneggiare il lavoratore, si cerca comunque l'ancoraggio ad una norma positiva, quale l'art. 2087 c.c. (3).

Ci si può chiedere allora se è possibile, e sotto quale profilo, identificare una rilevanza dell'abuso al di fuori dei limiti all'esercizio di poteri e diritti derivanti dalla norma lavoristica, che limita i poteri del datore di lavoro.

Le resistenze all'utilizzazione della categoria giuridica dell'abuso, ed in particolare dell'abuso del diritto, derivano anche dal timore che in tal modo venga limitata l'autonomia privata, ritenendo che debba svolgersi in modo funzionale al perseguimento di uno scopo fissato dal legislatore.

Si è così rilevato che l'iniziativa economica è libera e non deve conformarsi a finalità e causali prestabilite, purché non sia svolta *contra legem* (art. 1243 c.c. — causa illecita) o in frode alla legge (art. 1244 c.c.) (4).

Questa diffidenza verso l'abuso del diritto è collegata anche al fatto che attraverso l'uso di questa categoria ci può essere un eccessivo ampliamento «(...) del potere giudiziale di colpire attività negoziali in sé perfettamente legittime, e ciò al di fuori di parametri normativi affidabili (quali possono essere le clausole generali)» (5).

La negazione dell'utilità di una categoria generale dell'abuso del diritto si collega, forse con qualche forzatura, al consolidato rifiuto di ogni funzionalizzazione interna dell'attività economica a fini sociali, mentre l'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. opererebbe come limite esterno (6).

Questa impostazione troverebbe conferma nell'art. 30 del Collegato Lavoro (l. 4 novembre 2010, n. 183), che prevede che il controllo giudiziale sia limitato all'accertamento del presupposto di legittimità e non possa essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro in presenza di norme di legge contenenti clausole generali (intese come norme generali).

Il timore è sempre lo stesso, e cioè che il divieto dell'abuso del diritto costituisca un cavallo di Troia che consenta di fatto il sindacato di merito delle scelte imprenditoriali.

Ma anche ponendosi nella prospettiva del lavoratore, ci si può chiedere se l'abuso commesso dallo stesso vada comunque a confluire nelle fattispecie previste dagli artt. 2104 e 2105 c.c., e quindi nella violazione della diligenza nell'esecuzione della prestazione, nella violazione delle direttive del datore di lavoro, nella violazione degli obblighi di riservatezza e di non concorrenza, o più in generale, per chi lo considera esistente, nella violazione dell'obbligo di fedeltà, od ancora nella violazione di specifiche norme che garantiscono diritti ai lavoratori (ad es. in materia di permessi *ex art. 33, l. 104/92* per assistenza ai familiari disabili).

In particolare ci si può chiedere se queste previsioni, ed in particolare gli artt. 2104 e 2105 c.c., abbiano l'attitudine a inglobare al loro interno ogni forma di abuso del lavoratore, o se viceversa esista uno spazio di antiggiuridicità che si pone al di fuori di queste previsioni, pur apparentemente così ampie.

Il tema, così impostato, è quello proprio della più generale problematica dell'abuso del diritto dove per un verso si registra la posizione di coloro che sostengono che la stessa idea di abuso del diritto è una vera e propria contraddizione in termini, dal momento che l'abuso inizierebbe ove il diritto cesserebbe e sarebbe quindi al di fuori del diritto (7). Per molti altri, viceversa, esiste un profilo di antiggiuridicità che può manifestarsi in atti di *esercizio* del diritto che di per sé appaiono conformi al diritto stesso, ma in realtà devono essere considerati antiggiuridici o in senso lato illeciti, per le modalità distorte di esercizio del diritto (8).

Su questa posizione si colloca la giurisprudenza che, nell'ambito del diritto del lavoro, ha ricostruito in varie sentenze una figura generale di abuso del diritto proprio considerando modalità abnormi di esercizio dei diritti da parte dei lavoratori.

E qui si può porre una breve considerazione incidentale: in una disciplina come il diritto del lavoro che nasce per limitare i poteri datoriali e riequilibrare una situazione originaria di squilibrio di potere, e quindi di possibili abusi, la giurisprudenza, almeno per ora, si occupa dell'abuso del diritto andando a sanzionare comportamenti abusivi dei lavoratori.

Ciò, a prima vista, potrebbe apparire quantomeno anomalo, ma non lo è, perché non è sempre rinvenibile una disciplina dettagliata dei limiti all'esercizio dei diritti dei lavoratori.

La Corte di Cassazione con una recente sentenza del 25.1.16, n. 1248 ha affrontato il tema dell'abuso di diritti da parte del lavoratore, peraltro già trattato anche in precedenza.

Si trattava di una vicenda in cui una dipendente dell'Agenzia delle Entrate contestava il

licenziamento che le era stato irrogato a seguito del grave disservizio e disagio arrecato all'ufficio attraverso continue istanze di accesso agli atti, ventilate denunce penali, ricorsi e domande varie allo scopo di esercitare una pressione per ottenere il trasferimento ad altra sede.

I giudici di merito avevano respinto il ricorso della lavoratrice e la Cassazione ha confermato la sentenza di appello ritenendo che gli atti posti in essere dalla lavoratrice rappresentassero un esercizio abusivo degli istituti a tutela del lavoratore pubblico.

A tal fine gli atti dovevano essere considerati *globalmente* ed evidenziavano un'abnorme utilizzazione di procedure previste a tutela dei lavoratori con conseguente abuso di diritto.

La Corte richiama l'art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea che disciplina l'abuso del diritto, e costituirebbe norma di principio, e ritiene che le richieste della lavoratrice costituissero un'azione di mero disturbo, causando disagi e danni sproporzionati all'ufficio.

Con l'occasione la Corte definisce anche il concetto di abuso del diritto precisando che «l'abuso del diritto non è ravvisabile nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, essendo, invece, configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali poteri e facoltà sono attribuiti» (9).

La Cassazione, nell'individuare un abuso del dipendente, identifica quindi le caratteristiche dell'abuso del diritto con una formulazione ampia ed eterogenea, richiamando la lesione dei doveri di correttezza e buona fede, lo sproporzionato sacrificio della controparte, la deviazione rispetto allo scopo per cui i poteri e facoltà sono stati attribuiti, e precisando che si tratta di casi in cui apparentemente non sussistono divieti formali all'esercizio del diritto.

Nel corso del 2016 la Cassazione ha fatto riferimento sempre all'abuso del diritto in relazione ai permessi previsti dall'art. 33 della l. 104/92 di cui il lavoratore si era avvalso non per l'assistenza al familiare disabile, ma per attendere ad altra attività (10).

La formulazione dell'abuso operata dalla Cassazione può essere accostata, dal punto di vista *strutturale*, con quella consolidata in materia di giusta causa o giustificato motivo soggettivo dove la giurisprudenza pone l'accento sulla specifica mancanza del dipendente nel suo contenuto oggettivo ma anche nella sua portata soggettiva in relazione alle circostanze in cui è stata posta in essere ed ai suoi motivi ed ai suoi effetti, nonché all'intensità del dolo e della colpa, valutandola come gravemente lesiva della fiducia che il datore di lavoro deve porre nel dipendente.

Entrambe le formule considerano una serie di elementi eterogenei per giungere ad una valutazione di insieme globale del fatto nel contesto concreto in cui si è determinato.

Arricchendo la formulazione con più riferimenti, la giurisprudenza allarga il proprio campo di discrezionalità, potendo di volta in volta identificare la fattispecie sulla base di alcuni degli elementi contenuti nella formulazione generale.

Queste formulazioni molto ampie portano ad una notevole valorizzazione degli accertamenti relativi al caso concreto, al cui interno il giudice può discrezionalmente portare l'attenzione sugli elementi che ritiene più significativi, pur inseriti nel giudizio finale globale.

Appare opportuno a questo punto approfondire il rapporto tra limite all'esercizio del diritto ed abuso, tenendo distinte le ipotesi di abusi datoriali dagli abusi dei lavoratori.

2. *Il concetto di abuso ad opera del datore di lavoro ed i limiti al potere imprenditoriale. — 2.1. Prerogative datoriali ed abuso.* — L'abuso si pone in immediata relazione con il potere del datore di lavoro, che permea tutta la relazione contrattuale lavoristica e si manifesta principalmente con l'esercizio del potere direttivo.

Il lavoratore è soggetto a tale potere, che costituisce l'elemento identificativo principale dello stesso rapporto di lavoro subordinato.

Tale soggezione pone il tema dei limiti all'esercizio del potere direttivo e del controllo giurisdizionale sugli atti di esercizio dello stesso potere.

Peraltro tutti gli atti di esercizio delle prerogative imprenditoriali pongono il problema dei loro limiti.

Si distinguono limiti interni e limiti esterni. I primi sono collegati alla causa dell'attribuzione del potere e del relativo diritto, e quindi ad un esercizio conforme alla *ratio* della sua attribuzione.

I secondi sono posti a tutela di un interesse diverso da quello del titolare del potere (11).

Tuttavia la distinzione tra limiti esterni e limiti interni non è, a mio avviso, così netta e chiara.

Per alcuni rientrano tra i limiti interni tutti quelli che impongono un esercizio del potere coerente con le esigenze dell'organizzazione come, ad esempio, lo stesso giustificato motivo di licenziamento o di trasferimento del lavoratore (12).

Ma non mancano, ed anzi sono prevalenti, opinioni di segno diverso che riportano sempre il giustificato motivo oggettivo alla categoria dei limiti esterni, e quindi limiti che costituiscono manifestazione e salvaguardia dell'interesse del lavoratore, antagonista rispetto a quello del datore di lavoro.

Così, nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la tutela dell'interesse del lavoratore si manifesterebbe attraverso l'ancoraggio del licenziamento ai presupposti esterni indicati dalla legge, e cioè le ragioni tecnico organizzative o produttive (13).

I limiti esterni al diritto assolvono ad una funzione antagonista o correttiva rispetto all'esercizio del diritto, che può essere del tutto soppresso (ad es. divieto di licenziamento) o limitato (ad es. collegamento necessario del legittimo esercizio dell'atto di recesso con un presupposto giustificativo) (14).

L'abuso del diritto identifica un uso distorto del diritto rispetto alla sua funzione, e quindi un uso che soddisfa un interesse concreto diverso da quello tutelato in astratto dalla norma (15), e da questo punto di vista potrebbe essere considerato come limite interno. Tuttavia non è estranea al concetto di abuso una ponderazione di interessi, che di per sé potrebbe collegarsi a limiti esterni (16).

In ogni caso l'abuso del diritto implica il riconoscimento di piena autorità alle prerogative imprenditoriali (17).

Soltanto un potere (ed un diritto) pienamente riconosciuto ed accettato può essere oggetto di un abuso (od uso improprio), che produce ingiustificati riflessi negativi nella sfera di chi lo subisce.

2.2. *Poteri unilaterali del datore e pluralità di funzioni dell'abuso, rapporti con le clausole generali di correttezza e buona fede.* — L'analisi del recesso può fornire indicazioni utili alla valutazione sistematica dell'abuso.

A me sembra che ogni qualvolta il legislatore indichi dei limiti ad una libertà del datore di lavoro, e quindi anche al potere di recesso, ancori l'esercizio del diritto ad un presupposto che assolve alla funzione di tutelare l'interesse del lavoratore, contrapposto alla piena facoltà di recesso *ad nutum* che trovava la sua origine nell'art. 2118 c.c., oggi di applicazione del tutto marginale.

Abbiamo visto come qualche autore ha considerato queste limitazioni all'esercizio del diritto come limiti interni collegati alla *causa* dell'atto di recesso.

In sostanza il potere di licenziare, secondo questa opinione, diventa abusivo e costituisce quindi una manifestazione di abuso del diritto, ogni qualvolta non sussista il giustificato motivo di licenziamento.

Si è così stabilita una coincidenza tra abuso del diritto e licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo (18).

Secondo questa impostazione il divieto di abuso costituisce principio generale dell'ordinamento (19) e le disposizioni in materia di giustificato motivo oggettivo, costituendo manifestazione di un principio generale esistente, non aggiungerebbero nulla a quanto già ricavabile dal principio, ma assolverebbero comunque alla funzione di invertire l'onere della prova a beneficio del lavoratore (così ad es. in materia di trasferimento del lavoratore) (20).

Questa ricostruzione non mi sembra condivisibile.

Nel licenziamento tale onere è espressamente posto dalla legge a carico del datore di lavoro e non vi è necessità di utilizzare l'inversione ipotizzata.

Il collegamento tra fattispecie limitative dei poteri datoriali (ad es. giustificato motivo oggettivo) e principio generale di divieto dell'abuso di diritto non mi sembra necessario.

Ogni qualvolta la legge pone dei limiti a diritti e poteri del datore di lavoro, per poter esercitare legittimamente il diritto deve sussistere il presupposto esterno.

Così per poter esercitare la facoltà di recedere deve sussistere un giustificato motivo e quindi un notevole inadempimento agli obblighi contrattuali (gravissimo in caso di giusta causa) od ancora una ragione tecnico produttiva od organizzativa.

L'esistenza del presupposto consente quindi al recesso di produrre legittimamente i suoi effetti.

La causa del recesso è la liberazione dal vincolo contrattuale e quindi l'estinzione del rapporto (21)

.

Attraverso il recesso si realizza una autoregolamentazione di interessi tipica del negozio giuridico, con liberazione dal vincolo contrattuale e venir meno del diritto dell'altra parte all'adempimento (22).

In questa prospettiva il presupposto si pone al di fuori della causa.

Nel gmo il fatto che costituisce il giustificato motivo deve esistere e deve essere collegato causalmente all'atto di recesso. Deve esserci un ragionevole collegamento tra quel fatto (ad es. l'acquisto di un macchinario) e la soppressione di quel posto di lavoro.

Se non c'è il collegamento il recesso è illegittimo perché il presupposto, anche se esistente, non è rilevante.

Il presupposto legittimante non è manifestazione della causa sulla base di un principio generale di

divieto dell'abuso del diritto, ma consente di intimare legittimamente il recesso, la cui causa prescinde dal presupposto esterno.

Il fatto che debba esservi un collegamento causale tra il presupposto e il conseguente atto di recesso non significa che il presupposto costituisca la causa del recesso.

Proseguendo nell'esempio del giustificato motivo, che può aiutare a comprendere l'eventuale modo di operare dell'abuso del diritto, è noto come l'obbligo di ripescaggio è individuato dalla giurisprudenza nell'ambito dell'interpretazione della fattispecie del giustificato motivo oggettivo (23).

Al di là delle diversità di opinioni sul fondamento positivo dell'obbligo di ripescaggio (24) si può sostenere che costituisce comunque una espressione di bilanciamento di interessi pienamente riconducibile ad un limite esterno al potere di recedere, e non opera come manifestazione del divieto di abuso del diritto.

Pertanto, in linea di massima, ogni qualvolta la legge pone espressamente limiti legali alle prerogative imprenditoriali, non ci si muove sul terreno dell'abuso del diritto.

Tuttavia non bisogna pensare che il confine tra limiti legali derivanti dalla normativa e abuso del diritto sia sempre così netto.

In alcuni casi, eccezionali, si può porre un tema di abuso del diritto pur all'interno dell'interpretazione di una norma che pone limiti esterni all'esercizio di un diritto-potere imprenditoriale.

Ciò può accadere quando l'atto di recesso non solo non appare fondato sui presupposti che la legge pone ma, per le modalità con cui è stato esercitato, manifesta un vero e proprio sviamento, con sacrificio abnorme dell'interesse del lavoratore, che costituisce un indice di utilizzazione del tutto abusiva.

Così nel caso di scuola che si è spesso posto nell'analizzare la portata dell'art. 3, comma 2 del d.lgs. n. 23/2015: mi riferisco alla disciplina delle tutele crescenti e ai casi in cui è ammessa la reintegra per insussistenza del fatto materiale, nel licenziamento per gms.

Si è spesso detto che la norma appare incongrua perché impedirebbe la reintegrazione di fronte ad un fatto disciplinarmente rilevante, come il ritardo, anche se del tutto insignificante, pur essendo il licenziamento chiaramente illegittimo.

In presenza di un licenziamento per un unico ritardo di pochi minuti, la reintegrazione non potrebbe essere disposta, nonostante l'evidente abnormità della decisione datoriale di recedere, perché comunque il fatto sussisterebbe, avrebbe una rilevanza disciplinare e la mera sproporzione non giustificerebbe mai la reintegrazione, e dovrebbe quindi trovare applicazione il risarcimento del danno.

Tuttavia in un caso del genere l'atto potrebbe essere considerato manifestazione di un vero e proprio abuso del diritto (25). In particolare il recesso in quel caso è utilizzato con modalità manifestamente irrispettose del dovere di correttezza e buona fede e causa uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio nella sfera del lavoratore, denotando la volontà di colpire lo stesso, con atteggiamento discriminatorio in senso lato, conseguendo quindi risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali il potere di recesso è stato attribuito, in presenza dei presupposti.

Si tratta delle caratteristiche dell'abuso individuate dalla Cassazione nella sentenza n. 17968 del 2016.

Ove fosse accolta questa interpretazione, nel caso ipotizzato l'esercizio abusivo del diritto porterebbe non solo a considerare insussistente il fatto materiale ma anche ad una nullità tale da legittimare la tutela reintegratoria piena.

In questa prospettiva l'abuso può assumere rilevanza *eccezionalmente* anche in fattispecie in cui i limiti sono posti dalla legge e che siano caratterizzate da una evidente irragionevolezza e forzatura nell'esercizio del diritto.

Si tratta di un grado di illiceità ulteriore, ancora più grave rispetto a quello che deriverebbe dalla violazione dei limiti legali, e confinato ad ipotesi eccezionali.

Nella ricostruzione ipotizzata, tutte le volte in cui i limiti all'esercizio di diritti del datore di lavoro sono identificati dalla legge o dalla contrattazione, tendenzialmente non vi è spazio per l'abuso del diritto (26). Ciò vale anche quando la normativa identifica la fattispecie attraverso la qualificazione come illecite di date finalità (ad es. nella repressione della condotta antisindacale (27) od in materia di discriminazioni, disciplinate anche sotto il profilo probatorio).

In questi casi, quanto più la disciplina è dettagliata (anche solo nelle finalità come in materia di condotta antisindacale e discriminazioni), tantomeno sarà possibile (e necessario) ricorrere alla tecnica dell'abuso, pur essendo evidente che dal punto di vista tecnico siamo in presenza di gravissimi abusi contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento.

Tuttavia abbiamo visto come sia possibile individuare uno spazio eccezionale per l'abuso anche all'interno di una fattispecie dettagliatamente disciplinata, quale quella del licenziamento, quando si tratta di valutare condotte abnormi.

L'abuso sembra recuperare spazi in queste ipotesi solo eccezionalmente, di fronte a comportamenti che manifestano un evidente e grave sviamento.

Peraltro è bene considerare che, talvolta, le norme sono così "aperte" (norme generali) che, nell'interpretarle si compiono valutazioni simili a quelle che portano ad identificare l'esistenza di abusi.

Così ad esempio lo stesso giustificato motivo oggettivo è regolato da una fattispecie con alto tasso di indeterminatezza, tale da rendere necessarie valutazioni complessive della singola fattispecie collegate alle clausole generali di correttezza e buona fede, poste a stretto contatto con l'abuso.

Stesse considerazioni possono essere fatte sull'art. 2087 c.c., cui si è già accennato in apertura.

La previsione di un obbligo di adottare misure che, secondo le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro, specie sotto questo profilo, rimanda a regole secondarie o, in loro assenza, a comportamenti di buona fede che consentano di volta in volta di salvaguardare il bene protetto.

In queste situazioni, l'adozione di comportamenti che ledano in un'unica soluzione o per periodi continuativi la personalità morale del lavoratore, implica un giudizio che può anche essere condotto utilizzando la tecnica dell'abuso.

In questa prospettiva il comportamento del datore di lavoro, ad esempio l'esercizio del potere direttivo, può comportare la lesione del bene protetto (personalità morale del lavoratore sempre lesa in caso di mobbing) attraverso uno sviamento nell'esercizio di tale potere.

Emerge allora una valutazione dell'abuso non solo come illecito secondario (atipico) collegato all'esercizio del diritto (28), ma anche come tecnica interpretativa di fattispecie che prevedono limiti generici (quali quelli disciplinati dalla cd. norme generali) ai poteri datoriali.

Sembra che l'abuso assuma pertanto *funzioni variabili ed elastiche*, andando ad inglobare al suo interno anche la violazione del principio di buona fede.

Questo poliformismo dell'abuso è ben sintetizzato nelle sentenze della Corte di Cassazione ricordate, ma è stato spesso avvertito in dottrina, dove si sono sottolineate le differenze, peraltro non sempre uniformemente intese, tra abuso del diritto e violazione dell'obbligo di correttezza e di buona fede.

Abbiamo visto come per la Cassazione il mancato rispetto del dovere di correttezza e buona fede nell'esercizio del diritto, in assenza di limiti formali, sia uno degli elementi valutabili, insieme alla sproporzione del sacrificio e allo sviamento dei fini, per configurare un abuso del diritto.

In questo modo il giudizio di buona fede viene in qualche modo assorbito all'interno di quello sull'abuso.

Viceversa, secondo alcuni, correttezza e buona fede, come clausole generali, sono norme aperte che rinviano a regole sociali di condotta, mentre il divieto di abuso si presenterebbe come norma completa «(...) che ha specularmente, o in negativo, lo stesso contenuto di quella attributiva del diritto di cui configura il limite» (29).

La buona fede, come criterio di gestione del rapporto chiamato a garantire l'aderenza del regolamento negoziale alle circostanze del caso concreto, ed anche nella diversa funzione integrativa (30), trova fondamento nel bilanciamento tra i due contrapposti interessi, mentre l'abuso dovrebbe essere qualificato dallo sviamento dell'interesse attribuito al titolare del diritto (31). In questo senso, secondo queste opinioni molto critiche rispetto alle sentenze della Corte di Cassazione che assimilano abuso del diritto e buona fede, l'abuso del diritto non avrebbe alcun bisogno della buona fede per dare fondamenti al proprio effetto, così come, per altro verso, l'abuso non aggiungerebbe nulla alla buona fede. Si è così affermato che «(...) l'abuso del diritto è categoria dell'atto, mentre la buona fede è categoria del rapporto, il primo riferendosi a un vizio del potere, la seconda a una fonte di integrazione del rapporto» (32), dimenticando peraltro che lo stesso diritto amministrativo sta ridimensionando la distanza tra norme di azione e norme di relazione.

La divaricazione tra approccio giurisprudenziale che tende a non dare particolare rilevanza alla distinzione concettuale tra buona fede e abuso del diritto e dottrina, che ne evidenzia le diversità strutturali, conferma, nell'esperienza applicativa concreta, quella tendenza *plurifunzionale* dell'abuso a cui si è accennato, che per qualcuno è solo confusione.

Per un verso l'abuso può costituire di per sé manifestazione di un illecito atipico caratterizzato da un livello secondario di anti giuridicità non formalizzato da alcuna norma, e per altro verso può assolvere ad una funzione di strumento utile per valutare, nel caso concreto, una determinata fattispecie, pur caratterizzata dall'esistenza di limiti legali e quindi diventa strumento di interpretazione della fattispecie concreta.

Nel caso deciso dalla Cassazione nella sentenza 1248/2016 l'oggetto dell'accertamento era la legittimità del licenziamento e quindi la sussistenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali.

La Cassazione ha riconosciuto l'esistenza dell'inadempimento in considerazione del fatto che il comportamento della lavoratrice andava considerato globalmente e costituiva abuso di diritto (ed in particolare dei singoli diritti di avanzare domanda di accesso agli atti, di presentare denunce etc.) per ottenere in realtà un trasferimento non dovuto.

Ma se il notevole inadempimento è caratterizzato da colpa grave nell'adempimento di obbligazioni poste in capo al lavoratore, in definitiva l'abuso del diritto ha operato come criterio di valutazione

della colpa, e questa è una delle modalità operative che l'istituto può avere.

Viceversa, nel caso ipotizzato di licenziamento per una trascurabile violazione disciplinare, l'abuso del diritto da parte del datore di lavoro, con sviamento evidente e abnorme sproporzione di sacrifici, opera non tanto come criterio di interpretazione della fattispecie astratta, adattata al caso concreto, quanto come illecito secondario, che consente di produrre conseguenze giuridiche diverse ed ulteriori rispetto a quelle immediatamente ricavabili dalla normativa (la nullità anziché l'illegittimità, e sul piano sanzionatorio la reintegrazione forte anziché il risarcimento del danno).

Mi sembra che nei due esempi proposti, l'abuso del diritto operi con modalità diverse.

A questo punto ci si può chiedere come operi l'abuso nell'ambito lavoristico in presenza di diritti non sottoposti ad espressi limiti legali.

3. *L'abuso nell'esercizio di diritti non sottoposti ad espressi limiti legali. La posizione del datore di lavoro.* — Se di regola non vi è spazio per l'abuso del diritto in presenza di limiti legali, e se l'abuso può comunque avere due modalità di utilizzazione come illecito secondario, o come criterio di valutazione di fattispecie che prevedono limiti espressi al potere datoriale, ci si può chiedere che spazio possa essere concesso all'abuso ove siano esercitati diritti non sottoposti apparentemente ad espressi limiti legali.

Sul fronte datoriale *il potere direttivo* non è sottoposto ad alcun limite espresso, anche se nessuno dubita del fatto che non possa essere esercitato in modo arbitrario.

L'arbitrarietà è deducibile dalla natura delle ragioni per cui è stato riconosciuto un determinato potere (33).

Il potere direttivo non può pertanto essere utilizzato per richiedere prestazioni che esorbitano dal corretto svolgimento del sinallagma contrattuale.

Se la prestazione richiesta non è esigibile dal lavoratore perché non è correlata all'assetto di interessi cui la decisione è finalizzata, il potere direttivo è stato esercitato in modo anomalo ed il suo esercizio può costituire manifestazione di abuso del diritto e quindi atto illecito.

Chi avversa la categoria dell'abuso potrebbe certamente sostenere che è sufficiente affermare che il potere direttivo è stato utilizzato illegittimamente, senza necessità di ricorrere alla categoria dell'abuso. Ma cos'altro è l'illegittimo esercizio del potere direttivo se non un abuso del potere stesso? Si può dire forse che ove non ci sono limiti espressi regolati dalla fattispecie, l'esercizio illecito del diritto attribuito è semplicemente un abuso.

La conclusione non è così lineare in casi in cui può porsi un problema di interferenza con i limiti espressi al potere datoriale.

Si possono fare due esempi, sempre in materia di recesso: *il licenziamento in periodo di prova e la scelta dei lavoratori in caso di licenziamento per gmo plurimo.*

Anticipo subito le conclusioni.

In caso di licenziamento in periodo di prova si può manifestare autonomamente un abuso del diritto.

Viceversa, in caso di scelta dei lavoratori da licenziare per gmo, l'illegittimità costituisce pur sempre violazione dei limiti posti dalla legge al licenziamento e l'abuso del diritto può avere una sua rilevanza secondaria (interpretativa) nell'ambito del giudizio di ragionevolezza sulla scelta imprenditoriale.

Anche chi ha mostrato riserve sulla utilizzabilità della categoria dell'abuso di diritto nel diritto del lavoro, ha lasciato uno spazio aperto per la sua utilizzabilità proprio nel caso del licenziamento del lavoratore in prova (34).

In questo caso, purché il patto di prova sia stato stipulato in forma scritta, il recesso è libero (*ex art. 2096, comma 3, c.c.*), ma la giurisprudenza ha precisato che vi possono essere contestazioni anche a questo recesso, ed in particolare l'inadeguatezza della durata effettiva della prova (35), l'illiceità dei motivi (36), l'effettivo superamento della stessa da parte del lavoratore (37), con onere della prova posto in capo al lavoratore (38).

Nei casi sopra menzionati il sindacato va in qualche modo ad incidere sulla discrezionalità della scelta datoriale, confinando peraltro la valutazione alla non arbitrarietà, ed è un giudizio che porta ad una considerazione della funzione del patto di prova, rispetto a cui può essersi determinato uno sviamento.

Per cui, in questi casi, l'abuso assume rilevanza autonoma come anti giuridicità secondaria.

Viceversa, la scelta dei lavoratori da licenziare, in caso di gmo, costituisce un elemento di integrazione della fattispecie legale in tutti quei casi in cui non viene soppresso uno specifico posto di lavoro, ma il datore di lavoro ha necessità di ridurre i posti di lavoro fungibili senza raggiungere la soglia di applicazione della disciplina del licenziamento collettivo.

La valutazione di ragionevolezza della scelta, sotto il profilo della correttezza e buona fede (39), con possibilità di fare riferimento ai criteri previsti per i licenziamenti collettivi (40), rende palese il nesso causale tra decisione imprenditoriale ed il licenziamento del soggetto individuato.

Siamo quindi in presenza di una valutazione del rispetto dei presupposti legali dell'atto di recesso, dove nel giudizio sulla ragionevolezza può anche confluire l'abuso, ma solo come criterio di interpretazione e valutazione della fattispecie concreta rispetto a quella astratta.

In ogni altro caso in cui vi sono atti "liberi", e quindi non soggetti a limiti espressi, di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, è plausibile sostenere che l'abuso del diritto si presenta nella sua veste di illecito secondario. Tra gli esempi in cui si può cogliere un esercizio del potere direttivo non sottoposto a limiti legali o, talvolta, a limiti legali ulteriori rispetto a quelli che si sono già rispettati, possono essere richiamati un uso abnorme del *potere di scelta tra le varie mansioni* assegnabili e rientranti tra quelle disponibili nel rispetto dei limiti legali, *una scelta arbitraria*, collegata a finalità latamente discriminatorie, per le *promozioni*, in assenza di vincoli che il datore di lavoro si sia autoimposto, ulteriori manifestazioni di esercizio del potere direttivo, ad esempio scelta punitiva del lavoratore da inviare in trasferta, ingiustificata richiesta di indossare determinati abiti, richieste specifiche ed anomale nell'ambito delle mansioni assegnate, richieste ripetute ed eccessive di sottoporre il lavoratore assente per malattia a visita medica, etc.

Si tratta di comportamenti tendenzialmente liberi perché o non hanno alcun vincolo legale, o comunque hanno già rispettato limiti esterni, e in questo caso la presenza di un abuso deve essere valutata con estrema prudenza (41). Molto spesso si tratta di ipotesi apparentemente riconducibili al *mobbing*, dove però deve emergere chiaramente l'intento persecutorio e non soltanto lo sviamento e l'eccessività del sacrificio imposto o talvolta accostabili alle *discriminazioni*, dove però deve emergere, anche presuntivamente, il fattore discriminatorio. Evidente anche il possibile accostamento al *motivo illecito*, dove però l'attenzione viene portata sulla rappresentazione soggettiva determinante dell'agente, più che su un complesso di fattori, o alla *frode alla legge*, che tuttavia si pone non tanto sul piano del concreto esercizio di un determinato diritto, con la conseguente incidenza su interessi di terzi, quanto su quello dell'autonomia privata, utilizzando un contratto per eludere l'applicazione di una norma imperativa (42).

Il lavoratore potrà provare il palese sviamento, l'eccessivo sacrificio imposto, la mala fede e la

scorrettezza, tutti indici individuati dalla Cassazione nell'identificare la figura dell'abuso del diritto, ma si tratterà di ipotesi decisamente circoscritte e caratterizzate da una *evidente abnormità*, onde evitare che ci sia un allargamento ad una impropria valutazione di merito da parte del giudice ordinario (43).

4. *Abusi del datore di lavoro e tecniche di controllo dei poteri datoriali.* — Il tema degli abusi dei datori di lavoro si pone in parallelo a quello delle tecniche di controllo dei poteri datoriali.

L'abuso si pone sul piano patologico, il controllo su quello fisiologico, e tende in alcuni casi a prevenire, ma non solo, gli abusi.

Nel tempo sono state ipotizzate diverse tecniche di controllo, sviluppate in giurisprudenza e dottrina (44).

La previsione di limiti identificati dalla fattispecie e lo stesso contratto individuale costituiscono la prima forma di controllo (anche preventivo) che, come abbiamo visto, per molti rende inutile ed improduttivo avventurarsi su altri terreni.

A loro volta le regole di correttezza e buona fede costituiscono strumenti legislativamente previsti, per alcuni di integrazione per altri di valutazione a posteriori della liceità del comportamento (45), che certamente contrastano gli abusi.

Sono state sviluppate anche concezioni causali dei poteri imprenditoriali, fortemente contrastate dall'opinione maggioritaria (46), che, censurando la non corrispondenza dell'atto alla funzione assegnatagli dall'ordinamento, si collegano per questo aspetto alla figura dell'abuso del diritto (47), che tuttavia è la sommatoria di indici più vasti.

Per altri sussiste un principio di “razionalità-proporzionalità” veicolato attraverso le clausole generali di correttezza e buona fede, che dovrebbe guidare il giudice nella valutazione dei poteri del datore di lavoro (48), e per questa via il controllo può essere molto invasivo.

In passato era stata posta attenzione anche all'interesse legittimo (49), ma già da molto tempo questa prospettiva è stata abbandonata. In ogni caso il tema del controllo dei poteri del datore di lavoro (e quindi anche degli abusi) è sempre stato inevitabilmente oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza e dottrina, anche quella più scettica.

L'abuso del diritto può essere uno strumento utile, nella duplice funzione ipotizzata, ma potrebbero essere recuperate anche tecniche di controllo utilizzate in ambito amministrativo, senza per questo riproporre la tesi della rilevanza dell'interesse legittimo nel diritto civile.

Un'prima obiezione è nota, ed è data dall'assenza di un interesse superiore cui rapportare la ricerca di figure sintomatiche dell'eccesso di potere (50). Tuttavia alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere prescindono dalla valutazione di un interesse superiore.

Così la contraddittorietà, la manifesta illogicità, il travisamento dei presupposti sono tecniche di controllo spendibili anche in ambito privatistico, traducendosi in una valutazione di logicità e ragionevolezza, che a sua volta può essere certamente utilizzata nell'interpretazione di limiti esterni legislativamente previsti ai diritti-poteri imprenditoriali.

Ma al di là di questa funzione interpretativa, le incoerenze logiche indicate possono essere utili anche nel ravvisare un abuso di diritto inteso come illecito secondario, fermo restando che in questi casi la “abnormità” deve assumere un grado di *evidenza* notevole, con approccio preferibilmente prudenziale.

L'uso di questi strumenti di controllo, che nel diritto amministrativo sono stati identificati come

strumenti sintomatici dell'eccesso di potere da una giurisprudenza centenaria, e quindi affidabile, non può a mio avviso essere avvertito facendo riferimento alla natura impugnatoria del giudizio amministrativo. Basti considerare che quel giudizio si sta spostando sempre di più sul piano relazionale, con ampia utilizzazione delle clausole generali di buona fede e correttezza (51).

L'insieme delle tecniche ipotizzate consente forse di conciliare la sensibilità comune, che riconosce abbastanza facilmente l'abuso pur in presenza di una libertà di agire, con la relativa rilevanza giuridica.

5. *Gli abusi del lavoratore.* — Si è visto come la Cassazione abbia messo a fuoco la figura dell'abuso del diritto proprio in fattispecie relative ad abusi dei lavoratori. Nel caso specifico si trattava di una sorta di mobbing rovesciato della lavoratrice verso il datore di lavoro per ottenere un trasferimento, e si registrano casi analoghi di ripetute iniziative miranti ad ottenere l'esercizio dell'azione penale nei confronti del datore di lavoro, e comunque l'accertamento di illeciti amministrativi, al solo scopo di nuocere o recare molestia al datore di lavoro (52).

Abusi dei lavoratori possono venire in gioco in caso di esercizio anomalo del diritto di critica, in caso di assenza per malattia insussistente, svolgimento di attività durante il periodo di malattia, od ancora di eccessiva morbilità (53), ma anche di comportamenti che creano tensioni con i colleghi, assenza di collaborazione, forse anche in caso di forme anomale di esercizio del diritto di sciopero che ledono beni costituzionalmente tutelati (54).

La Cassazione ha trattato il tema anche occupandosi dell'uso improprio di permessi, o congedi parentali, come già rilevato in apertura (55), od ancora di utilizzazione impropria di beni aziendali (auto aziendale, telefono o collegamento ad internet) (56).

È stata rilevata pure una possibilità di *abuso del processo*, con illegittimo frazionamento delle azioni (57), in tema di duplicazione di domande relative al tfr ed ai suoi accessori.

La casistica è aperta, ma appare evidente che spesso questi comportamenti possono andare a confluire nell'inadempimento del lavoratore.

In questi casi l'abuso del diritto si risolve in un criterio di valutazione della colpa. Ciò ha portato una parte di opinione a ritenere che «il ricorso alla figura dell'abuso risulta del tutto approssimativa e sostanzialmente descrittiva di situazioni comportamentali che si vorrebbe contrastare od almeno limitare: costituisce cioè una metafora dialettica (...)» (58).

Tuttavia ricostruire la figura, come ha fatto la Cassazione, può essere utile per una corretta valutazione del caso concreto, che viene filtrato attraverso la lente dell'abuso, che assorbe al suo interno le clausole generali di correttezza e buona fede, nonostante la decisa critica della dottrina.

Sulla base di questi presupposti l'abuso del diritto da parte del lavoratore assolve, di regola, alla funzione di criterio interpretativo-applicativo che rivela spesso (a parte il caso di abuso del processo) un inadempimento del lavoratore e non costituisce illecito secondario atipico.

Resta qualche dubbio nel caso di abuso del *diritto di critica*.

La giurisprudenza ritiene legittima la critica, purché i fatti corrispondano a verità (continenza sostanziale), e l'esposizione dei fatti avvenga in modo misurato (continenza formale), anche se in una recentissima sentenza la Cassazione ha precisato che la liberà di esprimere le proprie opinioni può anche comportare l'uso di espressioni astrattamente offensive e sgradite alla persona cui sono rivolte (59).

A ben vedere, nel caso deciso recentemente, il lavoratore non aveva abusato del diritto di critica, che si era tradotto anche in esposti alla Procura della Repubblica e al Ministero del Lavoro, perché

in realtà era il datore di lavoro che aveva abusato della cassa integrazione, pur essendo l'azienda in condizioni economiche che non l'avrebbero giustificata.

In sostanza è sempre la valutazione del caso concreto che determina il giudizio sull'abuso, comprimendo talvolta la rilevanza della continenza formale.

La critica costituisce esercizio di un diritto tutelato costituzionalmente, di cui il lavoratore può tuttavia abusare, con violazione dei criteri di correttezza e buona fede, sviamento rispetto alle finalità e lesione della dignità del datore di lavoro.

In questi casi l'abuso può essere inteso come illecito atipico, espressione di un'antigiuridicità secondaria.

In contrario si potrebbe sostenere che l'illecito non è atipico, ma si concretizza in una diffamazione, ed allora l'abuso del diritto si risolverebbe in un criterio interpretativo-applicativo.

Opterei per la prima soluzione, che ricomprende fattispecie più ampie rispetto alla seconda, senza essere vincolati ai criteri identificativi della diffamazione.

6. *Le conseguenze degli abusi.* — Le conseguenze degli abusi (in senso atecnico) sono quasi sempre previste dall'ordinamento. Così ogniqualvolta non vengono rispettati i presupposti per l'esercizio di un diritto (ad es. giustificato motivo nel licenziamento con risarcimento o reintegrazione).

Quando si rinviene un abuso del diritto (in senso tecnico) è necessario capire se ad esso si può collegare sempre un'unica sanzione.

Si è rilevato da alcuni che sotto il profilo dell'abuso l'atto è invalido e le conseguenze sarebbero quelle proprie del tipo di invalidità, mentre le conseguenze della violazione degli obblighi di buona fede e correttezza sarebbero solo risarcitorie (60).

A me sembra che il “poliformismo” dell'abuso renda difficile individuare conseguenze standardizzate (61).

Se l'abuso assolve ad una funzione integrativa di strumento di interpretazione, le conseguenze saranno quelle proprie della fattispecie sottoposta all'esame del giudice. Così nel caso deciso da Cass. n. 1248/16 si discuteva della legittimità di un licenziamento, ed il ricorso alla figura dell'abuso del diritto da parte della lavoratrice ha consentito di valutare il suo comportamento come gravemente inadempiente e di ritenere giustificato il licenziamento.

Nella fattispecie di licenziamento per fatti aventi in astratto rilevanza disciplinare, ma del tutto insignificanti (ad es. ritardo di pochi minuti), si è ipotizzato che il licenziamento sia non solo ingiustificato, ma anche esorbitante e del tutto abusivo, con conseguente nullità ed applicazione della tutela reintegratoria forte.

L'abuso del diritto di critica può rendere giustificato il licenziamento, ma può anche consentire l'azione di risarcimento danni da parte del datore di lavoro.

In conclusione ogni situazione deve essere valutata nel suo contesto, e non esiste una sanzione generalizzata, il che appare coerente con la natura dell'abuso del diritto, intrinsecamente collegato al caso concreto.

7. *Brevi considerazioni conclusive.* — Una riflessione sugli abusi nel rapporto di lavoro porta a chiedersi se vi è la possibilità di un collegamento orizzontale e l'attenzione scivola inevitabilmente sull'abuso del diritto, che appare come un fiume carsico che ogni tanto riemerge.

Si è detto che «l'abuso del diritto sembra l'araba fenice, che risorge dalle sue ceneri quante volte viene espulso dall'ordinamento» (62).

La giurisprudenza ultimamente richiama sempre più spesso la figura e, come abbiamo visto, l'ha anche definita.

Mi sembra riduttivo liquidare le riflessioni giurisprudenziali come inutili espressioni verbali meramente descrittive.

Tanto più che ci si potrebbe chiedere se la tendenza dell'ordinamento ad ampliare le libertà del datore di lavoro, riducendo i limiti legali (ad es. nel contratto a termine o nella disciplina delle mansioni), possa aprire spazi ad una utilizzazione maggiore delle tecniche di controllo, e comunque ad una valutazione in termini abusivi della condotta datoriale.

Si tratta di questione aperta ed estremamente delicata, perché non bisogna dimenticare che la scelta del legislatore di eliminare limitazioni in certi ambiti dell'ordinamento lavoristico deve essere rispettata, e non può essere elusa attraverso un uso “abusivo” della tecnica dell'abuso (63).

Per altro verso la progressiva digitalizzazione dell'industria manifatturiera, con il progetto Industria 4.0, sta determinando modifiche significative nell'organizzazione aziendale.

Si lavora sempre più per obiettivi e in gruppi, e perde progressivamente rilevanza una rigida determinazione dell'orario di lavoro.

Tutto ciò comporta una progressiva accentuazione dell'elemento fiduciario, una partecipazione maggiore dei lavoratori ai processi decisionali, e questo spazio di libertà nel momento patologico può determinare un numero più frequente di abusi.

L'attribuzione di un carattere plurifunzionale all'abuso del diritto può aiutare a comprendere il modo in cui l'abuso può operare, evitando ogni tipo di eccesso.

L'ABUSO NEL RAPPORTO DI LAVORO. — Riassunto. *Il contributo analizza il fenomeno degli abusi nel rapporto di lavoro sia da parte di datori di lavoro che di lavoratori, cogliendone il significato giuridico. La problematica sfocia in quella più generale relativa all'abuso del diritto, dove si riscontra una forte polarizzazione tra chi ritiene che l'abuso equivale a insussistenza del diritto e chi, viceversa, afferma la possibilità di identificarlo in atti distorti di esercizio del diritto. Recenti aperture della Corte di Cassazione, anche nella sezione lavoro, verso l'abuso del diritto, rendono opportuno un approfondimento, nel tentativo di individuarne le modalità operative. A tal fine vengono identificate una pluralità di funzioni dell'abuso, che può essere considerato come illecito secondario atipico o, viceversa, come tecnica interpretativa. La plurifunzionalità dell'abuso viene esaminata in relazione a specifiche prerogative datoriali, collegando il tema alle tecniche di controllo di tali poteri. L'analisi si sposta quindi sugli abusi dei lavoratori, in riferimento a varie fattispecie, dove prevale la funzione dell'abuso come tecnica interpretativa. Nella parte finale del saggio vengono esaminate le conseguenze degli abusi, per tracciare poi un breve quadro conclusivo sulla perdurante attualità della tematica dell'abuso del diritto. L'attribuzione di un carattere plurifunzionale all'abuso del diritto può aiutare a comprendere il modo in cui può operare, evitando ogni tipo di eccesso.*

THE ABUSE IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP. — Summary. *The paper focuses on the topic of abuses in the employment relationship, as perpetrated by both employers and employees. In the perspective of the general issue of the abuse of rights, the author distinguishes those that equate the abuse of rights with the absence of right, and those that consider it as an abnormal exercise of rights. In the light of some recent judgments of the Court of Cassation, the essay investigates on the multiple possible functions of the abuse of rights in labour law. Specifically, it can be considered as an atypical breach of law or a technique of interpretation of*

law. The author analyses these different functions, highlighting that, in the case of abuse of rights by employees, the function as a technique of interpretation of law prevails. In the final part, the essay examines the remedies against the abuse of power and rights, stressing the persistent importance of the topic. In particular, the ascription of a multifunctional nature to the abuse of rights can help to understand how it can work, so to avoid any excess.

Note:

(1) In merito v. O. Mazzotta, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, DLRI, 1989, 583 ss., anche in *Id.*, *Diritto del lavoro e diritto civile - I temi di un dialogo*, Giappichelli, 1994, 139 ss., che esprime scetticismo sull'esistenza di un principio generale che consenta di individuare una categoria dell'abuso del diritto, ricordando che in materia l'ordinamento «(...) prevede specifiche tecniche di repressione di forme di cattivo uso o vero e proprio abuso del diritto soggettivo, che dunque illuminano sulla necessità che una tipizzazione esplicita ne faccia emergere la rilevanza». Analogo scetticismo è espresso da R. Del Punta, *L'abuso del diritto nel lavoro*, *Dir. Priv.*, 1997, III, 403 ss., secondo cui la teoria dell'abuso non sembra in grado di reggere l'attento vaglio critico sovrapponendo probabilmente la causa dell'atto negoziale con il motivo, o meglio ancora, con il presupposto di giustificazione dell'atto, pur ritenendo che eccezionalmente possa parlarsi di abuso del diritto in caso di licenziamento arbitrario in periodo di prova (p. 427), e da G. Ferraro, *Tecniche di tutela e abuso dei diritti nella legislazione del lavoro*, MGL, 2010, 14 ss., che ritiene vi sia una difficoltà teorica a configurarlo, rappresentando una contraddizione in termini o un ossimoro, dovendosi piuttosto parlare di mancanza e insussistenza del diritto.

(2) Sul principio di tipicità v. G. Ghezzi - U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, 1987, 133.

(3) Cass. 19 febbraio 2016, n. 3291, secondo cui l'art. 2087 c.c. costituisce norma di chiusura del sistema antinfortunistico e suscettibile di interpretazione estensiva in ragione sia del rilievo costituzionale del diritto alla salute, sia dei principi di correttezza e buona fede cui deve ispirarsi lo svolgimento del rapporto di lavoro; v. anche T. Napoli 11 giugno 2015, *Pluris*; T. Milano 9 aprile 2014, *Pluris*; T. Bari 6 novembre 2014, *Pluris*; T. Perugia 5 settembre 2014, *Pluris*; T. Pescara 15 giugno 2016, *Pluris*.

(4) Così G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2011, 113; v. anche M. Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, ADL, 1995, 1 ss., in part. 8 e 32 ss.; più in generale, nel diritto civile, v. in tal senso L. Ferri, *L'autonomia privata*, Giuffrè, 1959, 303, che sottolinea come non vi sia alcuna legge né principio che impedisca di utilizzare dei diritti e poteri per fini immorali, o comunque contrari, e in ogni caso non conformi agli scopi che il legislatore aveva di mira; nello stesso senso v. C. Pisani, *Il controllo sui poteri del datore di lavoro pubblico e privato*, MGL, 2009, 623 e A. Vallebona, *Il controllo dei poteri pubblici e privati: un utile confronto interdisciplinare*, MGL, 634.

(5) O. Mazzotta, *Diritto del lavoro e diritto civile*, cit., 143-144, che ricorda come esistano tecniche di controllo dei poteri datoriali elaborate nello Statuto dei lavoratori, quali la repressione della condotta antisindacale, dove vengono anche in considerazione comportamenti di fatto apparentemente irrilevanti per il diritto, unificati dal fine della condotta, che è preordinata a ledere il diritto di sciopero o la libertà sindacale. Una critica dell'abuso per l'indeterminatezza, che determina nel sistema giuridico un abbassamento del livello di certezza del diritto in P. Comanducci, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. Velluzzi, ETS, 2012, 19 ss., in part. 29-30, criticando la teoria degli illeciti atipici di M. Atienza e J.R. Manero, che costituisce il presupposto dell'abuso; in merito v. M. Atienza - J.R. Manero, *Abuso del diritto e diritti fondamentali*, ivi, 31 ss.; nonché degli stessi autori *Illeciti atipici*, Il Mulino, 2004, in part. 33 ss. e 59, secondo cui perché esista abuso del diritto devono sussistere alcuni presupposti, ed in particolare una norma regolativa che permetta al soggetto di adottare un comportamento poi considerato abusivo, un danno sofferto da altro soggetto senza che vi sia una norma che lo proibisca, il danno deve apparire ingiustificato in quanto nel compiere l'azione l'agente non perseguiva altra finalità se non quella di causare il danno stesso o, viceversa, l'agente aveva compiuto l'azione «senza alcun fine serio e legittimo individuabile»; il danno deve apparire eccessivo o anomalo. Il carattere ingiustificato del danno determina che l'azione compiuta rimanga fuori dall'ambito dei principi che giustificano la regola

permissiva alla quale si fa riferimento e che sorga una nuova regola che stabilisca che nelle circostanze indicate l'azione è proibita. Sull'applicazione giudiziale dei principi costituzionali, da ultimo v. R. Guastini, *Applicare principi costituzionali*, in M.V. Ballestrero e R. Guastini, *Dialogando su principi e regole*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Il Mulino, 1/2017, 127 ss.

(6) Sul punto v. G. Bolego, op. cit., 78 ss., nonché A. Vallebona, op. cit., 634-635 e M. Persiani, op. cit., 30 ss.

(7) M. Rotondi, *L'abuso di diritto*, RDC, 1923, 104 ss.; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1966 (ed. 1944), 76 ss.; A De Cupis, *Il danno*, I, Giuffrè, 1966, 32.

Recentemente v. M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Giappichelli, 2010, 99 ss., in part. 109, che in riferimento alla condotta abusiva ribadisce «delle due l'una: o è conforme, ed allora rileva quale esercizio del diritto, e così implica gli effetti producibili; o è difforme, ed allora non rileva come esercizio» ma, con un ripensamento dell'autore, v. *Abuso del diritto e teoria della fonte*, in *L'abuso del diritto cit.*, 105 ss. in part. 128; in senso critico v. anche C. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, ivi, 115 ss., che critica Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, che aveva ritenuto illegittimo e manifestazione di abuso del diritto un recesso ad nutum intimato dalla casa madre a più concessionari; anche l'autore teme che la pronuncia «(...) possa spingere i giudici di merito ad un sindacato sempre più invasivo e disinvoltato dell'autonomia privata, anche nella prospettiva della realizzazione di istanze di giustizia contrattuale». L'abuso del diritto viene così considerato prima ancora che inammissibile, inutile, perché vi è «il rischio di etichettare con il nome dell'abuso vicende che già trovano collocazione, sanzioni e altre regole» (op. cit., 115); per un riepilogo delle posizioni v. G. D'Amico, *L'abuso della libertà contrattuale: nozione e rimedi*, ivi, 3 ss., ed in part. 4, che ricorda come per questi autori «se l'abuso (...) si colloca sul terreno dell'esercizio del diritto, per definizione ci si trova di fronte ad un comportamento coperto da una qualificazione di conformità al diritto (qui iure suo utitur neminem laedit), e dunque non c'è spazio (perché sarebbe, appunto, contraddittorio) per considerare detto comportamento come illecito; per converso, se si afferma che il comportamento “abusivo” è illecito implicitamente si riconosce (rectius: si deve riconoscere) che tale comportamento è andato al di là dei limiti del diritto (o se si vuole: del legittimo esercizio del diritto), e la formula “abuso del diritto” sarebbe utilizzata impropriamente proprio perché si sarebbe comunque fuori dall'ambito (di esercizio) del diritto». In questa prospettiva v. anche R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. Alpa - M. Graziadei - A. Guarneri - U. Mattei - P.G. Monateri - R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, Utet, 2001, 311 e 338 ss. Sul tema v. G. Pino, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Giuffrè, 2006, 115 ss., che ricostruisce storicamente tutte le problematiche centrali dell'abuso rilevando peraltro come «(...) pare evidente che la caratteristica principale del divieto di abuso del diritto consista nell'attribuire un notevole grado di discrezionalità agli interpreti» (168). Per una forte riaffermazione del principio di legalità, pur senza espresso riferimento alla tematica dell'abuso del diritto, ma più in generale alla creatività giurisprudenziale, v. L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, QG, 2016, 4, 13 ss.

(8) Sul tema v. F. Di Marzio, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, RDC, 2007, 681 ss., in part. 686, che precisa «Si è affermato, ad es., che riconoscimento (o attribuzione) del diritto ed esercizio del diritto si pongono su piani diversi (il primo sul piano astratto, l'altro sul piano concreto), e proprio questa diversità di piani consente di superare l'apparente antinomia “logica” insita nell'idea che possa darsi un “esercizio abusivo del diritto”. Il principio logico di non contraddizione impone soltanto di escludere che un diritto possa essere al contempo considerato riconosciuto (o attribuito) e non riconosciuto (o non attribuito); dopodiché, con riguardo al profilo dell'esercizio del diritto, quel che deve effettuarsi è un giudizio pratico (governato dal principio di ragionevolezza), e non è detto che l'astratta titolarità di un diritto... copra ogni modalità operativa che pretenda di essere suo esercizio». Nella stessa prospettiva v. U. Breccia, *L'abuso del diritto*, *Dir. Priv.*, 1997, 5-87, ripreso in U. Breccia, *Immagini del diritto privato*, Giappichelli, 2013, I, 227 ss., in part. 228-229, secondo cui «l'attività abusiva si distingue dalla tipica attività illecita per la complessità dell'accertamento della illiceità, poiché qui non si procede dalla constatazione in assoluto e in astratto dell'inesistenza di un diritto, ma da una valutazione che si limita ad escludere la legittimità delle modalità di esercizio del diritto nelle circostanze del fatto»; per N. Lipari,

Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza, QG, 2016, 4, 33 ss., l'abuso, rapportato all'esercizio del diritto, non è mai riconducibile ad uno schema astratto, ma indissolubilmente legato al giudizio del caso concreto dipendendo «(...) da una ponderazione con interessi correlati, non necessariamente valutabili a priori nella loro consistenza e nella loro portata»; sul tema, più in generale, v. P. Rescigno, L'abuso del diritto, il Mulino, 1998, 108 ss. (9) Cass. 25 gennaio 2016, n. 1248, v. anche Cass. 7 maggio 2013, n. 10568, LG, 2014, 269, nt. Sangiovanni, che pur non ritenendo configurabile nel caso concreto un abuso del diritto rispetto al recesso di una compagnia di assicurazione dal rapporto di agenzia, propone la nozione di abuso del diritto poi ripresa nella sentenza 1248/2016.

(10) Cass. 13 settembre 2016, n. 17968. Negli stessi termini Cass. 4 marzo 2014, n. 4984, GI, 2014, 25/15, nt. Balletti.

(11) A. Perulli, Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente, q. Riv., 2015, I, 83 ss., evidenzia come rispetto al potere direttivo lo stesso contratto di lavoro rappresenti un primario strumento di controllo e di limite, sottolineando come il fatto organizzativo si innesti su una base negoziale. Secondo l'autore le prerogative tecnico funzionali, tra cui lo jus variandi, il potere di trasferimento per comprovate ragioni, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, devono essere sorrette da una causa tipica che li giustifica e che presuppone una corrispondenza funzionale con l'interesse creditorio che ha giustificato l'attribuzione del potere; ciò impone adeguatezza e congruenza tra mezzi e fini dell'azione con vincoli interni di razionalità teleologica. Questa congruenza causale si esprimerebbe, ad es., in caso di mutamenti di mansioni o di trasferimento del lavoratore. Viceversa i limiti esterni esprimerebbero protezione rispetto ai diritti dei lavoratori garantiti da norme di legge o contratto collettivo (vengono citati dall'autore la normativa antidiscriminatoria, e il divieto di utilizzo di audiovisivi per controlli a distanza). Per A. Vallebona, Il controllo dei poteri pubblici e privati: un utile confronto interdisciplinare, MGL, 2009, 634 ss. in part. 635, fra i limiti esterni, posti a tutela di un interesse diverso da quello del titolare del potere, vi sarebbe la vecchia regola dell'equivalenza delle mansioni e il nulla osta per il trasferimento del sindacalista, mentre tra limiti interni, che impongono un esercizio del potere coerente con le esigenze dell'organizzazione, vi sarebbe la giustificazione del licenziamento o del trasferimento.

(12) A. Vallebona, op. cit., 634 ss., in part. 635; A. Perulli, op. ult. cit., 87, v. anche M.T. Carinci, Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato, Cedam, 2005, 113, che considera il giustificato motivo come limite interno, per affermare quindi che altro non sarebbe che un'ipotesi tipizzata di abuso del diritto in senso causale (op. cit., 125); per cui il giudice opererebbe il controllo della corrispondenza fra causa concreta del singolo atto di esercizio del diritto potestativo e causa astratta prefigurata dalla legge, con una comparazione tra gli interessi che l'atto mira di volta in volta a soddisfare, ed interessi cui l'ordinamento riconosce tutela; anche per F. Mazziotti, Contenuto ed effetti del contratto di lavoro, Jovene, 1974, 147 ss., l'interesse dell'impresa costituisce un limite interno.

(13) Così C. Zoli, La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore, Giuffrè, 1988, 159.

(14) M. Napoli, La stabilità reale del rapporto di lavoro, Franco Angeli, 1980, 16-17; contra M.T. Carinci, op. cit., 125, che, come abbiamo già visto, collega il giustificato motivo al momento causale. V. anche A. Vallebona, op. cit., 635, che considera il giustificato motivo come limite interno.

(15) Sull'abuso del diritto come sviamento dell'interesse v. S. Romano, Voce abuso del diritto, Enc dir, 1958, I, 176 ss.; V. Giorgianni, L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, Giuffrè, 1963, 181 ss.; M. Messina, L'abuso del diritto, ESI, 2003, 166 ss.; C. Restivo, op. cit., 115 ss., in part. 122.

(16) Per F.D. Busnelli - E. Navarretta, Abuso del diritto e responsabilità civile, in Diritto privato, III, Cedam, 1997, 186-187, l'abuso si collega ad un bilanciamento tra l'interesse perseguito dall'agente e l'interesse che questi ha leso con la sua condotta. In questa prospettiva anche U. Breccia, L'abuso del diritto cit., 64 ss. e 79 ss. e F. Di Marzio, Teoria dell'abuso e contratti del consumatore, RDC, 2007, I, 685 ss.; sul tema v. anche G. Pino, op. cit., 132 ss., che, richiamando le principali teorie del diritto soggettivo (teoria della volontà e teoria dell'interesse), sottolinea come «(...) pare evidente che è nell'ambito di una concezione del diritto soggettivo come interesse protetto dall'ordinamento che si trovano i mattoni per costruire una teoria dell'abuso del diritto».

(17) In merito v. M. Persiani, op. cit., 27, che rileva come «(...) nello stesso disegno costituzionale,

quest'ultima (l'impresa NDR) deve essere — e, quindi, deve anche essere consentito che sia — luogo di produzione della ricchezza perché solo così può concorrere anche al “progresso materiale della società” (art. 4, secondo comma Cost.)», e ciò «(...) postula l'esistenza di poteri unilaterali (...)». Nella prospettiva dell'autore le limitazioni ai poteri unilaterali, a tutela dei lavoratori, derivano dalla disciplina legislativa e, soprattutto, dall'azione sindacale.

(18) M.T. Carinci, op. cit., 115 ss.

(19) M.T. Carinci, op. cit., 119; ma v. anche U. Natoli, Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, RTDPC, 1958, 18 ss.; e S. Romano, Voce abuso del diritto, (C) diritto attuale, Enc dir, I, 1958, 166 ss.; P. Rescigno, op. cit., 108 ss.

(20) M.T. Carinci, op. cit., 156.

(21) F. Mazziotti, Il licenziamento illegittimo, Liguori, 1982, 13.

(22) Per una ricostruzione storica delle diverse posizioni dottrinali in ordine al recesso e alle sue caratteristiche v. R. Diamanti, Commento all'art. 2118 c.c., in O. Mazzotta, I licenziamenti. Commentario, Giuffrè, 1992, 11 ss., dove vengono riportate le varie posizioni dottrinali sulla qualificazione del recesso quale negozio giuridico o viceversa come diritto potestativo od ancora come diritto soggettivo potestativo che si esercita attraverso un vero e proprio negozio giuridico.

(23) Su cui da ultimo v. M. Ferraresi, Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, Giappichelli, 2016, in part. 19 ss., che ritiene più convincente la qualificazione del giustificato motivo oggettivo come limite esterno; così anche C. Zoli, Il licenziamento per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale, ADL, 2008, 42; e più in generale M. Napoli, La stabilità reale del rapporto di lavoro; Franco Angeli, 1980, 16-17.

(24) Su cui v. R. Pessi, I licenziamenti individuali per motivi economici, in Studi in memoria di Giovanni Garofalo, Cacucci, 2015, II, 771, secondo cui l'obbligo di ripescaggio è del tutto estraneo alla norma, ma frutto di elaborazione dottrinale sul licenziamento come extrema ratio, recuperata dalla giurisprudenza. Per un riepilogo delle varie posizioni v. M. Ferraresi, op. cit., 27 ss.

(25) Così, C. Colosimo, nella sua relazione su La “necessaria” rilevanza giuridica del fatto materiale, al Convegno Regionale AGI Toscana tenutosi a Prato il 18 novembre 2016, secondo cui l'abuso del diritto, considerato come principio generale dell'ordinamento, che pone un controllo in ordine all'effettiva corrispondenza fra interesse tutelato dalla norma e l'interesse perseguito dal titolare del diritto, potrebbe trovare applicazione al caso di specie.

(26) In merito v. G. Pino, op. cit., 115 ss., in part. 127, secondo cui «È difficile immaginare la possibilità di un abuso di diritto, se le modalità di esercizio di quel diritto sono rigidamente predeterminate dall'ordinamento»; v. anche R. Del Punta, op. cit., 407 ss., secondo cui per lungo tempo non si è avvertita una particolare necessità di approfondire la tematica dell'abuso nel diritto del lavoro perché la legge e la contrattazione collettiva hanno previsto una serie di incisive limitazioni dei principali poteri imprenditoriali.

(27) Contiene un riferimento all'abuso del diritto nell'ambito del procedimento antisindacale, T. Torino, 14 settembre 2011, n. 2583, q. Riv., 2011, II, 1360, nt. Del Punta; per un riferimento alla possibilità di abuso del diritto da parte della rsa, che abbia affisso in bacheca documenti contenenti espressioni offensive e diffamatorie, v. T. Agrigento, 17 aprile 2000, q. Riv., 2001, II, 14 ss., nt. Covi, che esclude il carattere antisindacale del comportamento del datore di lavoro che, di fronte a documentazione affissa di contenuto diffamatorio, proceda direttamente alla defissione.

(28) Per U. Breccia, op. cit., 232 «Tutto induce a pensare che ben difficilmente un sistema giuridico complesso, anche in mancanza di una disposizione generale che vieti l'abuso, fruisca sempre ed in ogni caso di un solo primario livello di accertamento dell'illiceità del comportamento posto in essere dal titolare di un diritto». È noto come l'art. 7 del progetto definitivo del codice civile contenuto tra le disposizioni sulla pubblicazione e sull'applicazione della legge in generale prevedeva che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto». Tale disposizione non è stata però riprodotta nel codice civile. A sua volta l'art. 54 della Carta europea dei diritti fondamentali, (Carta di Nizza) è intitolato nella rubrica «divieto dell'abuso del diritto» prevedendo che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare un 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». In tema v. anche art. 17 della CEDU. Peraltro è stato rilevato come «l'infelice formulazione di questa

disposizione non sembra implicare nulla di più della necessità di effettuare un bilanciamento o ponderazione fra i diversi diritti enumerati dalla Carta»; così G. Pino, op. cit., 119-120; V. anche C. giust. 28 luglio 2016, C-423/15 che valuta come abuso del diritto una pretesa di essere considerato discriminato per età in una assunzione che comunque per varie ragioni non sarebbe mai potuta avvenire, con un uso abusivo del diritto discriminatorio, e C. giust. 28 gennaio 2015, C-417/13. Sul tema v. M. Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, 2003, 183 ss. L'abuso del diritto è disciplinato in Germania (paragrafo 226 codice civile), in Portogallo, (art. 334 codice civile), in Spagna (art 7, comma 2, disposizioni preliminari al codice civile), in Olanda (art. 13 codice del 1992), in Grecia (art. 281 del codice civile), in Svizzera (art. 2 del codice civile), ed è invece fondato su una base giurisprudenziale in Francia. A prescindere dall'esistenza di una base normativa dell'abuso del diritto, sulla sua identificazione v. M. Atienza - J.R. Manero, *Abuso del diritto e diritti fondamentali cit.*, 31 ss., in part. 45, secondo cui «i diritti non possono (...) essere visti esclusivamente in termini di posizioni normative. Ciò che è essenziale è il valore che si intende proteggere con questa articolazione normativa»; degli stessi autori v. *Illeciti atipici cit.*, 14 ss., dove si mettono a fuoco il rapporto tra regole e principi, precisando che (p. 26) «se gli illeciti tipici sono (...) condotte contrarie ad una regola (di comando) gli illeciti atipici sono le condotte contrarie a principi di comando», v. anche p. 33 ss. sull'origine storica dell'abuso del diritto. Sul tema v. anche A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, in *L'abuso del diritto cit.*, 149 ss., in part. 172 ss., (ora anche in A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, 2013, 419 ss.) secondo cui l'abuso è un “argomento” con cui ottenere un risultato altrimenti precluso, apparentemente eversivo del giuspositivismo, ma in realtà finalizzato alla corretta applicazione del diritto oggettivo. Ciò in quanto l'abuso trova nella stessa regola permissiva così derogata la ragione di prevalere, colmando una lacuna assiologica nel rapporto tra fattispecie e sua ratio, nell'applicazione che se n'è fatta nel caso concreto.

(29) M.T. Carinci, op. cit., 124, che dà una lettura esclusivamente funzionale o causale dell'abuso che si manifesterebbe anche nel gmo e dovrebbe essere inteso come sconfinamento dai confini del diritto avendo riguardo al solo interesse al titolare dello stesso e non a quello contrapposto. Viceversa, come si è visto, per la giurisprudenza il bilanciamento degli interessi fa parte del concetto di abuso.

(30) È nota la contrapposizione tra la teoria che considera la buona fede come fonte di integrazione del regolamento contrattuale, su cui S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969, 98 e 141 ss., e la diversa opinione che riconduce la buona fede a criterio di verifica della correttezza dell'adempimento, su cui, per tutti, v. U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, I, 1974, 2 ss., e II, 1984, 80 ss. V. anche U. Breccia, *Immagini del diritto privato cit.*, 218, secondo cui «(...) con ogni probabilità si tratta tuttavia di orientamenti destinati a coesistere. Con la buona fede l'ordinamento dei rapporti fra i privati si autointegra e si autocorregge, così da determinarsi compiutamente soltanto in relazione al fatto e alle circostanze di un conflitto di interessi»; per l'autore la buona fede e tutte le altre clausole generali hanno una duplice finalità, e cioè «traducono il non detto», e quindi integrano, e traghettano l'attualità astratta nella sua determinazione concreta e interpersonale, e quindi interpretano; sulle clausole generali nel diritto del lavoro v. per tutti P. Tullini, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, 1990, e le relazioni di G. Loy, S. Bellomo e P. Campanella alle giornate di studio AIDLASS del 29-30 maggio 2014 in Roma.

(31) Così C. Restivo, op. cit., 119 ss., in part. 121-122; v. anche F. Macario, *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, op. cit., 56-57, secondo cui in materia di recesso ad nutum nel diritto civile, frequentemente si richiama l'abuso del diritto mentre il riferimento alla normativa reale sarebbe dato dagli artt. 1175 e 1375 c.c.

(32) Così C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2012, 108-109, che sottolinea la quasi unanime critica alla sentenza della Cassazione del 2009 (Cass. 18 settembre 2009, n. 20106), che ha considerato abuso del diritto il recesso ad nutum della casa madre nei confronti di più concessionari; peraltro, vi è chi, pur criticando la sentenza della Cassazione, ha comunque ritenuto che la buona fede fosse una componente del giudizio di qualificazione dell'abuso del diritto nella sua manifestazione concreta. Negli stessi termini F. Piraino, *Il divieto di abuso del diritto*, EDP, 2013, 75 ss., in part. 118; v. anche R. Del Punta, op. cit., 416, secondo cui «per quanto riguarda la buona fede la tendenziale equivalenza funzionale tra essa e l'abuso del diritto è da tempo pacifica

nella migliore dottrina»; in tema v. anche C. Salvi, *Abuso del diritto*, I, *Diritto Civile*, EGT, Roma, 1988, I, 2, secondo cui l'abuso del diritto nel migliore dei casi è una mera superfetazione della buona fede.

(33) C. Zoli, op. cit., 159, ritiene che sia erroneo considerare esistenti limiti interni a poteri datoriali e preferisce parlare di limiti intrinseci, ricavabili per l'appunto dalle ragioni per cui è stato riconosciuto un determinato potere. All'interno di questa categoria si pone il divieto «di esigere comportamenti, di impartire ordini e di irrogare sanzioni non funzionalmente preordinate alle necessità aziendali». Al di là delle qualificazioni, certamente esistono limitazioni a diritti apparentemente non limitati del datore di lavoro e questi limiti costituiscono i confini del diritto attribuito che, secondo Zoli, sono espressioni in ogni caso di limiti esterni posti a tutela dei lavoratori subordinati.

(34) R. Del Punta, op. cit., 424 ss.

(35) Cass. 17 novembre 2010, n. 23231; Cass. 13 settembre 2006, n. 19558.

(36) Cass. 14 ottobre 2009, n. 21784.

(37) Cass., S.U., 11 maggio 2009, n. 10688; Cass. 21784/2009, cit.; A. Venezia, 25 giugno 2011, RGLV, 2011, fasc. 2, 125.

(38) C. Stato, sez. V, 21 febbraio 2012, n. 934, OGL, 2012, I, 150; Cass. 21784/2009, cit.; Cass. 10688/2009, cit.; Cass. 13 agosto 2008, n. 21586; Cass. 19558/2006, cit.; T. Pistoia 12 maggio 2008, RCDL, 2009, 152, nt. Amoriello. Rimane al di fuori del tema dell'abuso la nullità del patto di prova per difetto di forma scritta, su cui V. Cass. 11 gennaio 2011, n. 458, la posteriorità rispetto all'inizio del rapporto o l'insussistenza di alcuna necessità di ricorrervi, avendo il datore già sperimentato in precedenza le specifiche capacità del lavoratore, su cui V. T. Venezia, 9 febbraio 2010, id, 122, T. Milano, 11 luglio 2006, OGL, 2006, I, 604, che va a confluire nella nullità del patto.

(39) Cass. 8 luglio 2016, n. 14021; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046; Cass. 11 giugno 2004, n. 11124; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144; Cass. 3 febbraio 2000, n. 1198. Sul tema, recentemente, v. E. Tarquini, *I criteri di scelta nel licenziamento individuale per G.M.O. tra applicazione del canone di buona fede e divieti di discriminazione*, *Labor*, 2017, 4, 389 ss.

(40) Cass. 14021/2016, cit., secondo cui, ove si tratti di personale con mansioni omogenee e fungibili, non può entrare in gioco il criterio delle esigenze tecniche produttive, ma solo quello dell'anzianità e dei carichi di famiglia; Cass. 7046/2011, cit., che ritiene che questa applicazione derivi dall'uso dell'analogia; così come T. Milano 8 luglio 2010, RCDL, 2010, 866.

(41) C. Pisani, op. cit., 624, nega che possa esservi qualsiasi controllo perché «l'iniziativa economica è una vera libertà non degradabile a funzione per cui il datore, nell'ipotesi in cui la legge o il contratto collettivo non lo richieda, non è obbligato, a differenza della P.A., a dimostrare l'esistenza di una causa che giustifichi l'atto», salvo il motivo illecito; la conclusione può essere condivisibile sul piano probatorio, nel senso che, in assenza di limiti legali, non spetta al datore di lavoro dimostrare l'esistenza della causa giustificativa, ma ciò non esclude di per sé la possibilità del lavoratore di provare, con onere non facilmente assolvibile, l'esistenza di un comportamento abusivo rilevante come illecito secondario, con una prova che è fondata sugli indici indicati dalla giurisprudenza della Cassazione, in parte coincidenti con la prova del motivo illecito.

(42) Sul punto v. M. Gestri, op. cit., 192-193 e G. Bolego, op. cit., 110 ss., in part. 114; v. anche N. Lipari, op. cit., 47, secondo cui «mentre nel caso della frode alla legge (...) l'aggiramento della previsione legale è individuabile in termini per così dire strutturali nel rapporto tra lo schema astratto e quello in concreto utilizzato, sull'individuazione dell'abuso incide una serie di molteplici fattori, non tutti uniformi e non tutti della stessa fonte. Ciò che è formalmente legittimo può diventare abusivo non necessariamente in funzione di un indice valutativo riconducibile al titolare, ma anche in relazione ad una valutazione della sua incidenza su interessi terzi pur essi meritevoli di tutela».

(43) Per M. Persiani, op. cit., 31-32, il contrasto alle deviazioni più eclatanti ed incomprensibili dei poteri datoriali non deve avvenire necessariamente attraverso il controllo giudiziario nel merito del loro esercizio «(...) essendo sufficiente l'accertamento dell'inesistenza, conseguente a quelle deviazioni, del potere contestato». Resta peraltro esplorabile la prospettiva dell'abuso del diritto, che non coincide con una valutazione di merito, fermo restando che le distinzioni sono spesso sottili.

(44) Per una ricostruzione delle varie posizioni, v. C. Zoli, op. cit., 131 ss.

- (45) U. Breccia, *Immagini del diritto privato cit.*, 218.
- (46) C. Zoli, *op. cit.*, 193, che critica decisamente la concezione causale, sostenuta tra gli altri da A. Cessari, in *Dal garantismo al controllo*, di A. Cessari - R. De Luca Tamajo, Giuffrè, 1987, 89 ss., 105 ss. e 131 ss.
- (47) R. Del Punta, *op. cit.*, 418.
- (48) A. Perulli, *op. cit.*, 101; dello stesso autore v. anche *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, DLRI, 2005, fasc. 105, 1 ss.; sulla proporzionalità v. G. Davidov, *A purposive approach to labour law*, Oxford University Press, 2016, 159 ss. e 180 ss., secondo cui la proporzionalità costituisce un comando “standard” inteso come regola — principio aperto, e quindi indeterminato da applicare nel caso concreto. Il principio di proporzionalità impone una relazione razionale tra mezzi e finalità, con un impatto preferibilmente minimo. Tra gli “standards” l'autore indica anche la buona fede e le prerogative manageriali (managerial prerogative).
- (49) Su cui si rinvia a C. Zoli, *op. cit.*, 35 ss., in part. 126 ss., con valutazione critica di questa impostazione.
- (50) A. Vallebona, *op. cit.*, 634 ss.; C. Pisani, *op. cit.*, 622 ss.
- (51) In merito v. G. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali-Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, 2012, 21 ss. e 177 ss.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, 2008, 81 ss.; C. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633; C. Stato, sez. IV, 23 dicembre 2010, n. 9347.
- (52) Cass. 20 giugno 2003, n. 9908; contra, per la piena libertà di denuncia, Cass. 16 gennaio 2001, n. 519 e Cass. 16 febbraio 2000, n. 1749; per G. Ferraro, *op. cit.*, 18, in questi casi si potrebbe parlare di violazione di obblighi accessori.
- (53) L'eccessiva morbilità è stata recentemente considerata come possibile giustificato motivo oggettivo, per la sua incidenza sull'organizzazione produttiva da Cass. 4 settembre 2014, n. 18678, in contrasto con il precedente consolidato orientamento, che escludeva la riconducibilità al gmo.
- (54) Sul diritto di sciopero e abuso, v. M. Atienza, e J. R. Manero, *Abuso del diritto e diritti fondamentali cit.*, 40 ss. Peraltro, nell'esempio prospettato, sono le forme anomale di esercizio del diritto di sciopero, che incidano su beni costituzionalmente tutelati, ad essere considerate manifestazione di abuso.
- (55) Cass. 13 settembre 2016, n. 17968; Cass. 4 marzo 2014, n. 4984; Cass. 16 giugno 2008, n. 16207.
- (56) Cass. 27 maggio 2015, n. 10955, che ha ritenuto giustificato un licenziamento per uso improprio di internet da parte di un dipendente. In quel caso il responsabile del personale aveva creato un falso profilo di donna su Facebook cui si era collegato il dipendente. V. anche Cass. 11 agosto 2014, n. 17859, relativa ad un abuso di accesso ad internet in violazione di un codice disciplinare che lo limitava. In relazione al collegamento ad internet, peraltro, entrano in gioco anche problematiche complesse relative al controllo imprenditoriale a distanza e alla tutela della privacy. Sull'uso improprio del telefono aziendale per inviare i messaggi personali, v. Cass. 8 gennaio 2008, n. 144, anche se nel caso la Cassazione ha ritenuto ingiustificato il licenziamento perché il datore aveva, in casi analoghi, adottato misure conservative; sempre in materia di uso anomalo del telefono aziendale, v. Cass. 9 settembre 2008, n. 23107.
- (57) Cass. 9545/2008, secondo cui non si può avviare una domanda di riliquidazione del tfr, sebbene fondata su ragioni non dedotte nel precedente giudizio, qualora sia già stata avviata domanda di condanna al pagamento del tfr; recentemente Cass., S.U., 16 febbraio 2017, n. 4090 ha comunque escluso l'abuso ove le domande proposte in giudizio abbiano ad oggetto distinti diritti di credito (nel caso premio di fedeltà e tfr) pur relativi ad un unico rapporto; sull'abuso del processo v. M. Taruffo, *L'abuso del processo*, in *L'abuso del diritto cit.*, 137 ss.
- (58) G. Ferraro, *op. cit.*, 19.
- (59) Cass. 17 gennaio 2017, n. 996.
- (60) C. Castronovo, *op. cit.*, 109, secondo cui «l'abuso del diritto è categoria dell'atto, mentre la buona fede è categoria del rapporto, il primo riferendosi ad un vizio del potere, la seconda ad una fonte di integrazione del rapporto. Perciò, applicata al contratto, la categoria di abuso diventa presupposto di invalidità, laddove la buona fede, ove violata, è fonte di responsabilità». Viceversa per R. Scognamiglio, *Responsabilità civile e danno*, Giappichelli, 2010, 62, l'abuso del diritto «(...)

sembra implicare, nell'ambito della sua rilevanza, la statuizione della responsabilità per danni».

(61) U. Breccia, *L'abuso cit.*, 244, distingue tra conseguenze risarcitorie, specie ove sussistano gli estremi di un illecito dannoso, e tutele “preventive” o “successive” che sfociano nell'inefficacia o nell'annullamento del contratto come in caso di minaccia di esercitare un diritto per conseguire un vantaggio ingiusto (art. 1438 c.c.); v. anche F. Macario, *op. cit.*, 59, che rileva come l'abuso sia richiamato dai legislatori con riferimento sia a condotte degli operatori commerciali che a pattuizioni contrattuali, con conseguenze variabili, dall'invalidità al risarcimento del danno, sino ad interventi riequilibratori.

(62) U. Breccia, *L'abuso cit.*, 249.

(63) In merito v. A. Gentili, *op. cit.*, 184 ss. che per un verso rileva come «L'idea giuspositivista di esaurire il diritto nella legge si è rilevata utopistica fino all'ingenuità», ma per altro verso mette in guardia dal rischio che l'abuso «(...) non sia solo una copertura teorica di un punto di vista», ritenendo che «(...) il compito della teoria giuridica è proprio questo. Non solo sindacare secondo razionalità la corretta sussunzione del caso nello stretto diritto offerto dal positivo dettato legale, ma anche sindacare secondo razionalità (corsivo mio, ndr) la corretta argomentazione del “vero” diritto. Evitare cioè che il fondamento della correzione del dettato legale sia solo il sentimento enfaticamente espresso con la connotazione giuridica dell'abuso». L'abuso viene considerato come “argomento”, con invito a farne un uso prudente.

Utente: SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA SCUOLA

www.iusexplorer.it - 06.03.2018

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156