



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

L'ABUSO DEL DIRITTO TRA LIBERTÀ DI IMPRESA E DIRITTI DEI LAVORATORI

di Valentina Iannotta

ABSTRACT

It is increasingly felt the need for the exercise of the powers of the employer complies with the dignity of the worker and the business freedom (freedom of action) is considered as part of the purpose for which it is exercised. In this view must be assessed the conduct of the employer to verify when it falls within the legitimate exercise of the power of employers (exercise of the right) and when it goes beyond this and is unlawful (abuse of rights).

SOMMARIO:1. Rilevanza ordinamentale della dignità della persona del lavoratore - 2. Esposizione di un caso emblematico di violazione della dignità e libertà del lavoratore - 3. Riflessione sull'abuso del diritto.

1. Rilevanza ordinamentale della dignità della persona del lavoratore

Tra gli aspetti coinvolti nell'oggetto della mia tesi intitolata «Clausole generali, limiti ai poteri privati e sindacato del giudice», mi soffermo, in questa sede, su uno di essi: l'abuso del diritto d'impresa visto nell'ottica dell'esigenza sempre più avvertita, non solo a livello costituzionale ma anche europeo, di un attento e pregnante «bilanciamento» tra la libertà di iniziativa economica privata e i diritti fondamentali dei lavoratori subordinati.

Per «tutela dei diritti» si intende la difesa dei diritti di fronte alla loro violazione o al semplice pericolo di essa. In base al principio di «effettività» del diritto - principio cardine del nostro ordinamento giuridico - la garanzia dell'applicazione del diritto implica necessariamente la garanzia della tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento¹.

Mentre nella legislazione previgente la tutela civile della persona figurava in modo riduttivo, come semplice riflesso della tutela penale (le forme di tutela erano infatti limitate al diritto all'integrità fisica, al diritto al nome, al diritto all'immagine); oggi, grazie alla più ampia previsione contenuta nell'art. 2 Cost², si è andata affermando e consolidando l'idea che la tutela della persona va intesa come «tutela di tutti quei diritti (e libertà) che direttamente o indirettamente si riconducono alla dignità umana³».

Attentati e violazioni ai diritti e alle libertà del cittadino protetti dalla Costituzione possono provenire non solo dai pubblici poteri che hanno i mezzi coercitivi per incidere su di essi ma anche, nell'evoluzione moderna dei rapporti sociali, divenuti sempre più complessi, dai «soggetti privati titolari di poteri o di situazioni di supremazia sia di fatto sia di diritto rispetto ad altri privati ad essi sottoposti». Ciò vale in modo particolare nei rapporti che intercorrono tra imprenditore, che per definizione dello stesso codice civile (art. 2086 c.c.) è capo dell'impresa, dotato certamente di un potere di supremazia e i suoi collaboratori.

¹ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti III*, 1993, 23

² Secondo il quale «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica, sociale»

³ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, op.cit., 25

Il Costituente, in una visione ampia e realistica dei rapporti di forza e poteri ha sancito l'esigenza di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo non solo nei rapporti tra singoli ma anche nelle formazioni sociali delle quali esso è parte⁴.

La disciplina del contratto di lavoro è pervasa dalla consapevolezza delle asimmetrie e delle diseguaglianze tra i due contraenti ed è assunto storico che, stante l'inferiorità tecnico-funzionale del lavoratore rispetto al datore di lavoro, il legislatore si è preoccupato di intervenire a riequilibrare le posizioni contrattuali, nell'ottica del «favor laboris» come criterio guida per supportare e tutelare il contraente debole.⁵ Si tratta di un problema la cui risoluzione si è appunto concretizzata nel principio espresso dall'art. 2 Cost. in base al quale «libertà e diritti inviolabili vanno tutelati non solo nei riguardi dello Stato e dei pubblici poteri ma anche dei privati investiti di potere ossia di quei privati che appaiono dotati di poteri di supremazia “preminenti” rispetto alla condizione di altri soggetti che, in certa misura, appaiono rispetto ai primi sottoposti⁶». Tuttavia nel rapporto di lavoro i casi in cui la dignità umana⁷ e la personalità del lavoratore vengono lese e sminuite sono numerosi e frequenti. Nonostante infatti l'esistenza di un apparato normativo volto a riconoscere e tutelare i diritti fondamentali della persona del lavoratore, tra cui appunto quelli al rispetto della libertà, della dignità e della personalità del lavoratore, molto spesso l'esercizio dei poteri imprenditoriali avviene al di fuori dei limiti posti dalla legge o, pur rimanendo all'interno di questi limiti, per finalità diverse da quelle per le quali tali diritti, poteri e funzioni sono attribuiti dall'ordinamento al datore di lavoro come ampiamente dimostra la giurisprudenza lavoristica in materia⁸.

C'è una diffusa consapevolezza che, in tempi di globalizzazione, l'affermazione solenne di principi quali quello di solidarietà sociale e del principio personalista⁹ consacrati nell'art. 2 Cost., siano

⁴M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo settore*, in *Pol.Dir.*, 1975, 579 e ss.

⁵D. GAROFALO, *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecniche risarcitorie*, in www.dirittodellavoro.it

⁶A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, op.cit., 29

⁷F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987; A. PROTO PISANI, *Diritto del lavoro, dignità della vita [Conclusioni lette a Bologna il 4 novembre 2006 al termine della prima sessione del convegno dallo stesso titolo organizzato dalla fondazione Carlo Maria Verardi]* in *Foro it.*, 2007, II; vedi anche R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 71/2008, 20 ss, secondo la quale il bene giuridico dignità umana è il nucleo essenziale dei diritti fondamentali, circoscritto alla effettività della loro titolarità espressa nella possibilità –libertà del loro esercizio, nel duplice aspetto di libertà negativa ossia libertà di esercizio come assenza di negazione da parte di un potere esterno; e libertà positiva ossia libertà di esercizio come sussistenza di autonomia materiale. Con la conseguenza che la tutela della dignità si esprime come protezione a fronte di disconoscimento altrui dei diritti e libertà fondamentali e come garanzia della capacità di fatto, insussistenza di ostacoli concreti al loro godimento. La dignità umana è inoltre un aspetto della personalità, quello connesso al suo profilo statico ossia quell'aspetto essenziale dei diritti che la rendono espressa e ne costituiscono articolazione ovvero l'effettività della loro titolarità e la cui essenza non può essere limitata da altri valori. Cfr anche A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc.giur.*, 1989, XI; cfr. anche F. GALGANO, *Sub art. 41*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1982; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.*, 1989, XVII; C.M. MAZZONI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Nss. Dig. Disc. Priv. Appendice*, 1983, IV, 270 ss, che le attribuisce la natura di diritto fondamentale della personalità.

⁸ Si veda per tutte Cass., Sez. lav., 5 agosto 2010 n. 18278, in www.leggiditalia.it

⁹ Il principio personalista, solennemente consacrato dall'art. 2 della nostra Costituzione, esprime l'indiscussa supremazia dell'uomo sull'ordinamento giuridico-statale nel senso che è lo Stato ad essere funzionale all'uomo e non viceversa. L'esigenza del rispetto e della valorizzazione dell'essere umano segna l'inizio e diviene il presupposto del costituzionalismo che pone l'ideale della libertà come perno dell'ordinamento politico e fine ultimo al quale i poteri pubblici vengono integralmente funzionalizzati. Prima nello Stato liberale e poi in quello democratico-sociale, si va affermando l'idea che scopo primario della organizzazione statale sia lo sviluppo e la tutela della persona umana e la garanzia dei diritti inviolabili (si pensi ad. es. al diritto inviolabile di libertà tutelato da una riserva di legge rinforzata con la quale il Costituente mira a definire l'ambito nel quale l'esigenza di tutela degli individui è il limite per l'esercizio del potere politico, con ciò proclamando la priorità dell'uomo e la centralità del principio personalista).

irrinunciabili non solo da un punto di vista culturale ma anche economico¹⁰. In un'epoca che vede da un lato le imprese trasferirsi verso mercati che riducono sempre di più i costi di lavoro e le spese sociali ed ambientali fino a giungere ad una vera e propria «disfunzione e deregolamentazione sociale» dall'altro i lavoratori che, a causa della globalizzazione e dello snellimento delle aziende sono sempre più timorosi della propria occupazione, si riscontra una esigenza sempre maggiore, a livello non solo nazionale ma anche europeo¹¹, di un accrescimento della tutela dei lavoratori quali soggetti deboli del rapporto di lavoro.

Ed infatti se è vero che alcuni dei diritti contenuti nella Carta Europea sono riconosciuti conformemente al diritto comunitario e/o a quello nazionale con possibili limitazioni per esigenze di interesse generale dell'Unione Europea, o per proteggere altri valori, non si può non notare come dall'orizzonte della Carta Europea sia scomparso, quale criterio informatore dell'ampiezza dei diritti, quello della «compatibilità economica»; si può anzi dire che il Capo IV sulla solidarietà, contenuto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, è la prova «della resistenza a vedere il mercato come valore unico e fondante¹²».

L' art. 2 Cost., che si colloca tra i principi fondamentali della nostra Costituzione è strettamente legato da un lato all'art. 1 Cost. nella parte in cui afferma che «l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro» in quanto il lavoro è inteso come strumento per lo sviluppo e la realizzazione personale dell'individuo. Inoltre attraverso le proprie capacità lavorative, l'uomo contribuisce allo sviluppo della società adempiendo così ai doveri di solidarietà sociale, politica ed economica (c.d. principio di solidarietà); e dall'altro al principio di eguaglianza sostanziale espresso dall'art. 3 Cost., che la Repubblica tutta (Stato, autonomie locali, formazioni sociali ecc.) deve perseguire rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale. L'art. 2 Cost., quindi filtra il pieno sviluppo della personalità umana attraverso percorsi di integrazione e di partecipazione sociale. Sicché sia da una prospettiva interna alla norma costituzionale sia da una prospettiva esterna ossia rapportata ad altri articoli della Costituzione, il principio personalista si presenta come il fulcro del sistema democratico e l'essenza del costituzionalismo.

I diritti che hanno ad oggetto i beni immateriali dell'uomo, manifestazioni concrete della personalità, sono patrimonio irrettabile della persona umana e la loro effettività è il fine dell'ordinamento. Sul principio personalistico e sulla sua traduzione nell'ordinamento cfr P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; Cfr. anche F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974.

¹⁰ In questo senso A. MANNA, *Spunti di analisi sulla posizione del lavoratore nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *DL-Rivista telematica di diritto del lavoro*, www.dielle.it

¹¹ La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea consta, dal punto di vista strutturale di un preambolo e di cinquantaquattro articoli divisi in sette capi che coprono l'insieme dei diritti politici, sociali, civili ed economici garantiti dall'Unione Europea ai cittadini. La particolare attenzione alla tutela della persona umana è dimostrata dal fatto che tali diritti non sono suddivisi seguendo i tradizionali criteri ma secondo capitoli quali la «dignità della persona», «la libertà», «l'uguaglianza», «la solidarietà»; principi enunciati anche nel Preambolo laddove si afferma che «l'Unione Europea si fonda sui valori indivisibili ed universali di dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà e ancora che l'Unione Europea pone al centro della sua azione la persona...creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A tal fine è necessario rendendoli più visibili nella Carta, rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce della evoluzione della società, dei servizi, dei capitali e della libertà di stabilimento»

Ed è proprio alla dignità e alla solidarietà che la Carta Europea dedica rispettivamente il I Capo (l'art. 1 afferma che «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata») e il Capo III nel quale la solidarietà, insieme con il lavoro, si qualifica come oggetto di un diritto fondamentale dell'Unione Europea.

¹² Così A. MANNA, *Spunti di analisi sulla posizione del lavoratore nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, op.cit.; che evidenzia come nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea i progressi non sono tanto nei contenuti trattandosi di diritti in parte già rinvenibili nell'ordinamento comunitario del lavoro; ma nell'essere stati inseriti in un corpus organico e posti allo stesso livello di altri diritti così detti di prima generazione.

Il diritto di investire i propri capitali nella produzione è un diritto di libertà costituzionale che partecipa da una parte della assolutezza delle posizioni giuridiche soggettive aventi per contenuto una libertà e in base alla quale risulta dotato di efficacia «erga omnes» e dall'altra delle garanzie formali collegate al fatto della sua inerenza nella Carta Costituzionale attualmente in vigore. Oggetto di discussione è invece la questione se la libertà di iniziativa economica privata possa definirsi come diritto «inviolabile», ai sensi dell'art. 2 Cost., e se quindi possa rientrare tra quei «diritti dell'uomo» la cui resistenza si impone anche di fronte ai poteri di revisione costituzionale. Secondo una tradizione che risale alla «Dichiarazione dei diritti dell'uomo» del periodo rivoluzionario e ai movimenti giusnaturalistici immediatamente precedenti e susseguenti ad esso, la libertà di iniziativa economica è considerato patrimonio attribuito essenzialmente alla persona umana in quanto realizzazione diretta

Sempre più sentita è dunque l'esigenza di circoscrivere le prerogative datoriali entro una rigida cornice di legittimità attraverso il «bilanciamento» tra la tutela della personalità e la libertà di iniziativa economica, costituzionalizzata dall'art. 41, comma 1, Cost.: solo attraverso un equo bilanciamento tra le due è possibile stabilire quale sia il grado di compromissione della personalità del lavoratore che l'ordinamento considera accettabile nel contesto della subordinazione¹³.

L'intangibilità della libertà di esercizio dei diritti della personalità costituisce cioè la «misura di legittimità» dell'autonomia del datore di lavoro e segna nel contempo il limite della compressione dei diritti fondamentali ammessa per ragioni legate alla esecuzione della prestazione (rectius al diritto costituzionalmente garantito di libertà di iniziativa economica del privato datore di lavoro)¹⁴.

Nella composizione tra i valori nel senso indicato dalla disposizione di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost. e dunque nel conflitto tra esigenze economiche ad essa sottese ovvero tra il raggiungimento dello scopo produttivo (attività economica libera) attraverso l'utilizzo di una prestazione lavorativa da inserire nella organizzazione datoriale e il valore «dignità umana», è necessario il bilanciamento, che avviene sulla base della considerazione della dignità del lavoratore come valore assoluto e sulla conseguente necessità della sua tutela, non solo nella fase di esecuzione del vincolo contrattuale ma, anche, al di fuori di esso.

Lo svolgimento del lavoro in regime di subordinazione quindi non deve, per i riflessi che la condizione di dipendenza tecnica e socio economica possono avere sulla effettività della titolarità dei

delle capacità e delle disposizioni in essa inerenti. Nel corso dell'ultimo secolo si sono verificati però negli ordinamenti sociali e giuridici, modificazioni di tale portata che hanno investito sia i fondamenti storici ed economici che hanno dato vita a questa concezione sia le stesse basi giuridiche che ne costituivano il titolo di giustificazione. La presenza sempre più mastodontica di istituzioni economiche dotate di personalità giuridica e il venir meno dei fondamenti giuridici che giustificavano la ricomprensione della proprietà e della iniziativa economica nel novero dei valori inerenti la personalità, hanno reso evidente la frattura reale esistente tra l'iniziativa e la persona umana e, addirittura, hanno mostrato l'insussistenza di una esigenza pratica relativa alla estensione alle persone giuridiche delle garanzie assicurate alla soggettività umana. La concezione secondo cui la libertà di iniziativa economica configura un diritto della personalità è peraltro indubbiamente contraddetto alla sua radice dalla disciplina stessa cui la Costituzione assoggetta l'esercizio di tale diritto. Perché infatti tale costruzione sia riconosciuta come corrispondente alle norme costituzionali occorrerebbe innanzitutto che la regolamentazione predisposta dall'art. 41 Cost., risponda quanto meno al fine di proteggere il nucleo assiologico di ogni diritto inviolabile consistente nella diretta relazione funzionale tra soggettività umana ed esercizio del diritto, necessariamente postulata dalla unità dialettica della considerazione della persona umana come fine o valore in sé, con il riconoscimento dei diritti della personalità come momento giuridico concreto di quella medesima. Ma proprio la sussistenza di tale nesso essenziale è negata ad opera dello specifico divieto che la libertà di iniziativa economica privata possa svolgersi in modo da recare danno alla dignità umana (art. 41, comma 2, Cost.), la cui posizione all'inverso induce ad ammettere che in fatto si rende possibile proprio l'evenienza opposta. Pertanto la possibilità di contrasto tra svolgimento della libertà di iniziativa economica e dignità umana non soltanto esclude tale libertà dal numero dei diritti della personalità che, per definizione, sono espressioni viventi della stessa dignità umana; ma dimostra ulteriormente l'impossibilità logica di far coincidere l'iniziativa economica con un qualunque altro referente materiale la cui struttura sia assimilabile a quella dei diritti della personalità. A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc.dir.*, 1971, XXI.

¹³ D'altronde, quando un diritto fondamentale viene estrapolato dal suo contesto ed inserito in uno nuovo, è inevitabilmente destinato a mutare così come cambiano i termini del suo bilanciamento con altri diritti di pari livello. A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI E S. RODOTÀ (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 42.

Ad esempio, la libertà di impresa (art. 16 della Carta Europea) è bilanciata dal diritto dei lavoratori alla informazione e alla consultazione (art. 27 della Carta Europea), dalla protezione dei giovani e minori nei luoghi di lavoro, dal diritto del lavoratore a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose, dal diritto di tutela del lavoratore contro i licenziamenti illegittimi ecc... A. MANNA, *Spunti di analisi*, op.cit.

¹⁴ Cfr I. AVIO, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Milano, 2001

diritti e delle libertà fondamentali, mortificare l'esistenza della persona in ciascun ambito nel quale essa si svolge, ovvero, nel momento della esecuzione della obbligazione lavorativa¹⁵.

Un ruolo sempre più determinante quindi, nel corso della costruzione storica del diritto del lavoro, ha assunto la «persona del lavoratore subordinato» che emerge dalla contrapposizione tra autorità e libertà immanenti nella struttura stessa del rapporto di lavoro al cui interno vengono esercitati i poteri di etero-organizzazione (direttivi, di vigilanza, disciplinari) del datore di lavoro.

Nella Costituzione italiana come nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la dignità non è mera soggettività ma «struttura di valore»¹⁶ sottratta alla relazione di scambio posta alla base del rapporto di lavoro e rispetto alla quale il potere datoriale non solo deve arrestarsi ma deve anche piegarsi ad una «istanza di tutela»¹⁷.

Attraverso questa «struttura di valore» della persona espressa dall'art. 41 comma 2 Cost. (L'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana») il Costituente contrappone alla libertà di iniziativa economica espressa dall'art. 41 comma 1 Cost. (L'iniziativa economica privata è libera») il carattere dell'assoluta inviolabilità della «dignità umana» la quale è riconducibile a quei valori che penetrano nella realtà e si qualificano come valori giuridici fondamentali che, attraverso il momento della positivizzazione per il tramite dei principi, costituiscono elementi fondanti l'ordine giuridico di una collettività¹⁸; essa cioè rappresenta il substrato di tutte le norme che formalizzano i diritti e le libertà fondamentali, costituendo di essi la matrice e la sintesi espressiva¹⁹; ma è anche il limite all'esercizio di questi diritti e libertà fondamentali, ponendosi come «condizionante l'autodeterminazione individuale in ordine alla espressione della personalità»²⁰.

¹⁵ Anche se è vero che i diritti fondamentali del lavoratore scontano il bilanciamento con il valore, anch'esso costituzionale, della iniziativa economica, in confronto con la quale, nella compenetrazione tra la persona e la prestazione lavorativa, necessariamente subiscono una compressione. Cfr. U. ROMAGNOLI, *Art. 1, art. 2-3, art. 8*, in A. Scaloja, G. Branca (a cura di) *„Statuto dei lavoratori. Commentario al codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1978; ciò è sostenuto anche da R. LAMAS, *Diritti fondamentali e contratto di lavoro: efficacia orizzontale e controllo costituzionali*, in *Arg.Dir.Lav.* 2004, II, 462 ss, secondo il quale nel rapporto di lavoro i diritti fondamentali rilevano secondo un contenuto più ristretto rispetto a quello con cui sono accolti nella Costituzione

¹⁶ L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv.trim. dir. Proc.civ.*, 1982

¹⁷ Tuttavia secondo l'art. 2094 c.c., il perseguimento degli scopi dell'organizzazione datoriale se da un lato legittima l'esercizio del potere direttivo e disciplinare (2104, 2106 c.c.) del datore di lavoro, dall'altro determina il sorgere di obblighi di diligenza e fedeltà (2104, 2105 c.c.) del prestatore di lavoro che incidono sulla pienezza delle manifestazioni dei suoi diritti fondamentali i quali subiscono, nel rapporto di subordinazione, «una condensazione del contenuto costituzionalmente tutelato» Così R. LAMAS, *Diritti fondamentali e contratti di lavoro*, op.cit., 443 ss. Peraltro l'azienda in quanto formazione sociale suscettibile di costituire un ostacolo alla manifestazione della personalità limita le prerogative fondamentali del prestatore di lavoro.

¹⁸ F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, 1991, XXIV; R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, op. cit.

La rilevanza di tale valore (dignità umana) non è smentita dalla circostanza che nel testo costituzionale vi è solo un riferimento diretto ad essa, contenuto nell'art. 41, comma 2 Cost., e due riferimenti indiretti attraverso l'uso di aggettivi da essa derivanti (contenuti nell'art. 36 e 27 Cost.); si tratta infatti di un valore che prescinde dalle menzioni testuali ma appare nelle vesti di principio non espresso ma implicito, di priorità assoluta nella scala dei valori espressi dalla Costituzione e della Carta dei diritti «fondamentali» dell'Unione Europea. La tutela della dignità è riconosciuta come diretto fondamento delle disposizioni che garantiscono il diritto di azione in giudizio e l'invulnerabilità del diritto di difesa (art. 24, commi 1 e 2 Cost.), e di quelle sulla riparazione degli errori giudiziari (comma 4) e sulla tutela del diritto alla salute nel suo nucleo essenziale ed irrinunciabile (art. 31 Cost.).

¹⁹ F. BARTOLOMEI, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987; A. PROTO PISANI, *Diritto del lavoro, dignità della vita*, op.cit.

²⁰ R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, op.cit., 20 ss

Questa «istanza di tutela» della dignità si manifesta dunque, in tutte quelle situazioni nelle quali si svolge il dominio, simbolico o reale, di un soggetto, organizzazione, istituzione su un altro soggetto che si pone nei suoi confronti in una posizione di soggezione²¹. Più in particolare, questa istanza di tutela da un lato si esprime tra le righe del testo costituzionale ed è riferibile anche e soprattutto alla «dignità del lavoratore subordinato» assumendo il rapporto di lavoro subordinato, pur nel limite dei contenuti della prestazione che definiscono le corrispettive obbligazioni nascenti dal contratto, le sembianze della autorità di un privato - il datore di lavoro - su un altro privato - il lavoratore; dall'altro trova espresso e specifico riferimento sia nell'art. 41 comma 2 Cost.²², sia nell'art. 36, comma 1 Cost., entrambi nella prospettiva di una maggiore esigenza di tutela dovuta alle insidie che possono derivare alla dignità e con essa ai diritti e libertà fondamentali del lavoratore, nel contesto della subordinazione; e che giustificano la specificazione ivi contenuta del rapporto tra dignità del lavoratore e interesse economico che muove l'agire datoriale.

Vero è che la norma costituzionale che sancisce la libertà di «fare impresa»²³ è uno dei principi basilari della nostra c.d. Costituzione economica²⁴ cioè delle disposizioni costituzionali che si riferiscono al cittadino come imprenditore e che l'organizzazione del processo produttivo trova un valido fondamento nell'autonomia contrattuale (strumento giuridico fondamentale per definire i rapporti con i lavoratori); ma è anche vero che l'autonomia contrattuale non può costituire la dimensione esclusiva della rilevanza costituzionale dell'attività di impresa incontrando un significativo limite nella clausola di garanzia costituzionale dei valori personalistici (libertà, dignità, sicurezza)²⁵.

Attualmente risulta sempre più evidente che se al datore di lavoro è data l'opportunità di interventi giustificati da ragioni riguardanti l'impresa, è altrettanto vero che la libertà di iniziativa economica «non

²¹ Cfr. G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. Dir.*, 2003, I

²² Che circoscrive il principio generale di tutela della dignità umana all'ambito settoriale della iniziativa economica privata e all'ambito della subordinazione. In particolare, l'art. 41, comma 1, Cost. rappresenta l'ancoraggio costituzionale della autonomia privata negoziale espressa nei rapporti economici legati al suo svolgimento: più specificamente rappresenta il fondamento dell'autonomia contrattuale esplicita in quei rapporti giuridici strumentali allo svolgimento della attività economica ivi garantita come libertà. Ma tra questi rapporti, per la rilevanza che riveste ai fini della stessa organizzazione dell'attività produttiva, c'è il rapporto di lavoro subordinato espressione della libertà di iniziativa economica privata del datore di lavoro. R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, op.cit., 22 ss., secondo la quale il bene giuridico dignità umana è il nucleo essenziale dei diritti fondamentali, circoscritto alla effettività della loro titolarità espressa nella possibilità –libertà del loro esercizio, nel duplice aspetto di libertà negativa ossia libertà di esercizio come assenza di negazione da parte di un potere esterno; e libertà positiva ossia libertà di esercizio come sussistenza di autonomia materiale. Con la conseguenza che la tutela della dignità si esprime come protezione a fronte di disconoscimento altrui dei diritti e libertà fondamentali e come garanzia della capacità di fatto, insussistenza di ostacoli concreti al loro godimento. La dignità umana è inoltre un aspetto della personalità, quello connesso al suo profilo statico ossia quell'aspetto essenziale dei diritti che la rendono espressa e ne costituiscono articolazione ovvero l'effettività della loro titolarità e la cui essenza non può essere limitata da altri valori. Cfr. anche A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc.giur.*, 1989, XI

²³ Cfr. Cass., Sez.Lav., 30 marzo 2006 n. 7536, in www.leggiditalia.it, dove si ribadisce che il datore di lavoro ha diritto di organizzare la propria azienda e, nell'ambito del potere organizzativo, di mutare gli strumenti di lavoro adeguandoli alle esigenze produttive e di mercato.

²⁴ L'art. 41, comma 2, Cost., nell'affermare che «L'iniziativa economica privata è libera», riconosce ai privati la libertà di disporre di risorse materiali e umane, di organizzare l'attività produttiva nel modo che ritiene più opportuno, di definire dal punto di vista pratico, l'ambito specifico in cui porre in essere la produzione (ad es. quali beni produrre, quale la zona in cui collocare i locali aziendali, quale dovrebbe essere la quantità e qualità delle merci da produrre): «nella locuzione iniziativa economica devono comprendersi infatti tutte le attività di operatori dirette non solo a creare/constituire una azienda ma anche inerenti la vita e lo svolgimento della stessa». Cass., Sez.Lav., 24 settembre 2010 n. 20232, in *Mass. Giust. Civ.*, 2010, IX

²⁵ Come ha evidenziato F. SIOTTO, *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, in IANUS 2011, V, www.unisi.it, 263 e ss., l'autonomia contrattuale, pur essendo strumento giuridico decisivo per definire i rapporti con i lavoratori, non può costituire la dimensione esclusiva della rilevanza costituzionale della attività di impresa

può svolgersi in contrasto con la clausola costituzionale rappresentata dai valori personalistici²⁶. Dietro il concetto di «dignità umana» vi sono non solo singoli beni individuali dell'uomo ma valori costituzionali della soggettività umana e della personalità che sono inscindibili: i diritti e le libertà fondamentali, avendo presente che il diritto di libertà di iniziativa economica, benché costituzionalmente tutelato, non è agevolmente riconducibile ai «principi fondamentali» della prima parte della Carta Costituzionale²⁷.

2. Esposizione di un caso emblematico di violazione della dignità e libertà del lavoratore

Un caso emblematico di violazione dei predetti valori è quello culminato nella sentenza della Cassazione Civile, Sezione Lavoro, del 5 agosto 2010 n. 18278 (Pres. Guglielmo Sciarelli, Rel. Pietro Zappia).

Erika D., dipendente della Stireria Z., ha rifiutato di effettuare alcune ore di lavoro straordinario richiestele, senza preavviso, dal titolare della ditta. Le sue colleghe Silvana P. e Barbara B. si sono dichiarate solidali con lei. Il datore di lavoro ha reagito con una serie di comportamenti restrittivi culminati nel divieto di usufruire del servizio mensa, e nella installazione di una struttura di cartone per separare le postazioni di lavoro delle tre dipendenti da quelle dei loro colleghi, pronunciando inoltre nei loro confronti parole ingiuriose. In seguito a ciò le lavoratrici si sono dimesse in tronco per giusta causa, dopo aver querelato il titolare della ditta, che in seguito è stato condannato, per iugurie, dal Tribunale di Ferrara. L'azienda ha loro trattenuto l'indennità sostitutiva del preavviso. Le lavoratrici hanno chiesto al Tribunale di Ferrara, Sezione Lavoro, di accertare che esse erano state costrette a dimettersi a causa del comportamento illegittimo tenuto nei loro confronti del datore di lavoro e di condannare il medesimo a corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso, a restituire quella indebitamente trattenuta e a risarcire il danno morale e biologico loro prodotto. Il Giudice del lavoro ha rigettato il ricorso in quanto ha ritenuto non provati i denunciati comportamenti del datore di lavoro. Questa sentenza è stata in parte riformata dalla Corte di Appello di Bologna che ha ritenuto la sussistenza di una giusta causa di dimissioni e pertanto ha condannato l'azienda a pagare l'indennità sostitutiva del preavviso e a restituire quella trattenuta. La Corte ha rilevato che nell'ambiente unico di lavoro in cui veniva svolta l'attività di stireria, era stato «apposto un paravento di cartone che delimitava lo spazio in due zone, l'una più ampia, entro la quale lavorava il personale e l'altra, più angusta e priva di luce autonoma, al cui ambito vennero destinate le lavoratrici ribelli...Il dato obiettivo emerso è, pertanto, unicamente l'apposizione del paravento in cartone, che non solo creava scompenso di luce ed aria nell'ambiente di lavoro – in quanto chiudeva le ribelli in una sorta di angolo del preesistente unico spazio ... – ma determinava l'ulteriore, grave scompenso di natura psicologica, separando l'attività lavorativa delle une da quella delle altre dipendenti. La peculiare tipologia del lavoro svolto – attività di stiro industriale – di evidente aggravio fisico, per le emanazioni di vapore e flusso continuativo, è stata così ulteriormente appesantita dall'ulteriore, duplice ed ingiustificata circostanza dell'angustia spaziale e della separazione dal residuo contesto ambientale, alternativamente destinato alle lavoratrici acquiescenti».

²⁶F. SIOTTO, *Sicurezza, libertà e dignità*, op.cit. , 293

²⁷ Cfr. M. MANETTI, *La libertà eguale nella Costituzione Italiana*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2009, III,635 ss

L'azienda ha proposto ricorso per cassazione censurando la Corte di Bologna, tra l'altro, per non avere indicato le norme di legge violate e per non avere tenuto conto delle esigenze organizzative dell'impresa.

La Suprema Corte pronunciandosi sulla questione ha rigettato il ricorso, rilevando la conformità della decisione impugnata all'art. 41, c. 2 della Cost. che vieta all'imprenditore di ledere la dignità e la libertà del lavoratore e all'art. 2087 c.c. che tutela la salute e la personalità morale del lavoratore.

In particolare, la Corte ha affermato che «l'effetto immediatamente precettivo dell'art. 41 non può essere revocato in dubbio né può condividersi il rilievo del ricorrente secondo cui la Corte di Appello non avrebbe considerato le esigenze organizzative del datore di lavoro ove si tenga presente che l'iniziativa economica datoriale non può in alcun modo svolgersi in maniera da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana del prestatore d'opera».

«La Corte d'Appello - ha affermato la Corte di Cassazione - ha rilevato in buona sostanza come l'esercizio del potere organizzativo da parte del datore di lavoro (fra cui rientra l'adozione di tutti quei provvedimenti finalizzati ad una migliore coesistenza delle diverse realtà operanti sul posto di lavoro) quand'anche basato sull'intenzione, in linea di principio apprezzabile, di evitare conflittualità nell'ambiente di lavoro non può essere esercitata, concretamente, in maniera da pregiudicare la posizione e le condizioni di lavoro dei singoli dipendenti.

Infatti, se pure al datore di lavoro faccia capo la facoltà di predisporre, anche unilateralmente, sulla base del potere di organizzazione e di direzione che gli compete ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., norme interne di regolamentazione attinenti all'organizzazione del lavoro nell'impresa; tale potere non è privo di limiti, occorrendo a tale fine che il suo esercizio sia effettivamente funzionale alle esigenze, tecniche, organizzative e produttive, dell'azienda, e comunque non si traduca in una condotta che, per come detto, possa risultare pregiudizievole per l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori d'opera.

Ciò in quanto, nell'equo bilanciamento dell'esigenza di funzionalità dell'impresa e di tutela delle condizioni di lavoro e del lavoratore, il legislatore ha chiaramente privilegiato, con la disposizione di cui all'art. 41 Cost., ripresa dall'art. 2087 c.c., quest'ultimo profilo... ».

Infine la Corte di Cassazione conclude affermando che «il punto nodale dell'intera vicenda è costituito dal divieto, posto in capo al datore di lavoro, di adottare provvedimenti che, se pur funzionali alle esigenze organizzative dell'azienda, si traducano in una condotta che possa risultare pregiudizievole per l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore d'opera. E tale divieto, avendo contenuto immediatamente precettivo, prescinde dall'esistenza o meno di un intento punitivo da parte del datore di lavoro, che si appalesa quindi del tutto irrilevante, trovando il proprio fondamento nella normativa, di rango costituzionale, concernente il rispetto delle condizioni di lavoro dei dipendenti, oltre che nella consequenziale normativa codicistica, e posta invero dalla Corte territoriale a fondamento prioritario della propria determinazione».

3. Riflessione sull'abuso del diritto

L'illustrazione del caso oggetto della sentenza della Corte di Cassazione Sezione Lavoro n. 18278/2010, offre lo spunto per alcune considerazioni sull'abuso del diritto quale limite al legittimo esercizio del diritto d'impresa.

Nel contesto di una esperienza giuridica sempre più diversificata e soprattutto sempre più attenta alla persona umana e alla tutela dei diritti che ne «delineano» la personalità, interesse sempre più crescente, anche nel diritto del lavoro, ha assunto la categoria giuridica dell'abuso del diritto²⁸, clausola generale che, al pari della buona fede, è immanente al diritto civile²⁹.

Bisogna innanzitutto soffermarsi brevemente sul concetto di abuso del diritto. E' frequente il caso in cui l'attribuzione di un certo diritto, in via generale ed astratta da parte dell'ordinamento, finisce per disattendere nel caso concreto, le finalità che la giustificano³⁰.

Il problema dell'abuso del diritto quindi è collegato naturalmente alla genesi del concetto di «diritto». L'attribuzione di un diritto deriva da una precisa decisione del legislatore³¹ che, formalizzando una

²⁸ Quella di «Abuso del diritto», fu insieme a «Principio di equità» e «Buona fede» una delle voci scritte da Salvatore Romano per l'Enciclopedia del diritto tra la fine degli anni cinquanta e gli inizi degli anni sessanta (si tratta appunto di «Abuso del diritto», «La buona fede nel diritto privato» e «Principio di equità», pubblicate rispettivamente nel 1958, 1959 e 1960 poi raccolte in S. ROMANO, *Scritti minori, Tomo II e III*, Milano, 1980. Buona fede, abuso ed equità sono valutati nelle pagine di Romano alla stregua di indicatori sensibili più di altri capaci di sollevare il problema della identità e dei compiti del diritto. Essi non assumono la veste di deroghe, temperamenti chiamati a moderare la rigidità del sistema normativo ma si presentano piuttosto come risorse idonee a definire di quel sistema, fisionomia e funzioni. Nella lunga e non ancora conclusa disputa tra favorevoli e contrari in tema di abuso del diritto, Romano si colloca in quella generazione di civilisti (come Giorgianni, Restivo, Messina) impegnati a conferire alle condotte abusive un fondamento tendenzialmente autonomo, obiettivo e non risultante almeno *immediate* dalla commistione del diritto con elementi morali, etici, economici o dalla esigenza di adeguare il diritto alle mutate richieste dei tempi; non che questi nessi vengano trascurati ma semplicemente vengono reputati fisiologicamente appartenenti alla genesi e agli svolgimenti della dimensione giuridica che nasce e si sviluppa dalla continua ricerca di un punto di equilibrio tra i tanti aspetti- morale, economico e sociale- che contribuiscono a disegnarne i contorni. I. STOLZI, *L'abuso del diritto: Salvatore Romano e la necessaria struttura plurale dell'esperienza giuridica*, in www.judicium.it; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Disc. Priv. Sez. civ.*, 1987, I; cfr P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, 1988, I

²⁹ E' un dato ormai evidente come quella parte della dottrina che sostiene la categoria dell'abuso del diritto ne argomenta la validità e la fondatezza sulla scorta di un nuovo ordinamento giuridico che risulta dall'insieme dei valori costituzionali e in particolare dal valore della solidarietà (art. 2, Cost.) divenuto una sorta di parametro immediatamente precettivo capace di dare giustificazione teorica e dettare il «modus operandi» del divieto di abuso. In tal senso si veda G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993;

Tuttavia, la figura dell'abuso del diritto ha suscitato accese polemiche da una parte ed entusiastiche adesioni dall'altra. In particolare da una parte coloro che, in nome della certezza del diritto hanno rifiutato la possibilità di subordinare l'esercizio di diritti soggettivi riconosciuti dalla legge ad uno standard tanto evanescente da dar luogo a decisioni variabili caso per caso; dall'altra coloro che hanno sostenuto con favore questa figura ritenendola capace di favorire la moralizzazione da parte dell'interprete dell'arida lettera del diritto positivo. G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, 115 ss.. Secondo F. BIANCHI D'URSO, A. ARMENTANO, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul Lavoro*, Mass. Giur. Lav., 2010, XII, 5 ss, si tratta di una sorta di «clausola generale» priva di un preciso referente normativo, di elaborazione giurisprudenziale, che impone ai soggetti giuridici di non avvalersi del proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui lo stesso è stato loro attribuito. In altri termini, tale clausola, nel circoscrivere l'ambito di operatività dell'antico brocardo «qui iure utitur, neminem laedit», fissa dei limiti esterni all'esercizio del diritto da ravvisare sostanzialmente soprattutto in ordine ai diritti relativi, nei generali principi di buona fede e correttezza con la conseguenza che l'utilizzo del diritto va considerato abnorme e perciò deve essere sanzionato ogni qual volta sussistendone la giustificazione formale ma non sostanziale, diverge dai suddetti principi

³⁰ R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERIE R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Utet, Torino, 2001, parla di condotta di esercizio di un diritto (o comunque di una prerogativa soggettiva) oltre i limiti entro i quali risulta che l'ordinamento riconosce il diritto stesso come meritevole di tutela giuridica. Secondo l'Autore da più di un secolo è stata formulata l'ipotesi seguente: che taluni atti di esercizio di diritti in ragione di come l'esercizio si svolge costituiscono abuso del diritto; che gli abusi di diritto meritano il trattamento tipico degli atti illeciti; e che perciò se sono comportamenti materiali sono fonti di responsabilità extracontrattuali se sono atti negoziali sono colpiti da nullità.

scelta di valore attraverso una determinata forma di protezione giuridica di un bene della vita, conferisce al singolo un potere di agire al fine di tutelare un proprio interesse individuale³². Il problema dell'abuso si pone quando il titolare non esercita il suo diritto entro i limiti fissati dalla legge sul presupposto che non ogni forma di esercizio del diritto è legittima per il solo fatto di essere estrinsecazione del diritto³³.

Più specificamente, come si evince dalla radice etimologica del termine (ab-uti), si ha abuso nel caso di uso del diritto (comportamento del singolo nel caso concreto), fuori della sfera del diritto soggettivo esercitato, ponendosi in contrasto con gli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e protetto. Un siffatto comportamento costituisce quindi un illecito sanzionato secondo le norme generali di diritto³⁴. La possibilità di abusare di una posizione giuridica nasce parallelamente al concetto di diritto come espressione riassuntiva dei limiti (impliciti) all'esercizio dei diritti³⁵. Il concetto di diritto infatti, non è assoluto ma è «proporzione e come tale ha limite»³⁶ sicché valutare se il concreto esercizio del diritto sia abusivo oppure no significa delimitarne la portata.

Si tratta di una patologia che ovviamente si realizza a livello per così dire dinamico, nel senso che la contraddizione nasce fra ciò che la norma attribuisce (ossia il diritto) e l'esercizio da parte del soggetto³⁷.

L'atto abusivo, pur sembrando restare nei limiti della definizione del diritto, in realtà è utilizzato per raggiungere un risultato pratico di vantaggio³⁸ attraverso un comportamento che esteriormente può sembrare conforme al contenuto formale del diritto.

Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto in dottrina e in giurisprudenza sono così rappresentati: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto sia esso persona fisica o giuridica (situazione giuridica soggettiva attiva); 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa effettuarsi secondo modalità non rigidamente predeterminate dal legislatore; 3) la possibilità che il

³¹ La più intensa protezione è accordata dall'ordinamento quando una norma attribuisce ad un soggetto, al fine di realizzare un proprio interesse, un diritto soggettivo che si manifesta come sintesi di una posizione di forza e una posizione di libertà. Il soggetto è libero cioè di decidere se avvalersi o meno del potere conferitogli ma, una volta esercitato, il diritto è in grado di realizzare pienamente l'interesse. La tutela accordata ad un diritto è potenzialmente senza limiti salvo il dovere di non abusarne secondo una valutazione non già astratta come quella riferita alla illiceità ma concreta ossia che tiene conto delle circostanze. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 57 ss.

³²F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1980

³³ La formula abuso del diritto a prima vista presenta un peculiarità che consiste nel suo carattere paradossale che lo fa assomigliare quasi ad un ossimoro: di regola all' esercizio di un diritto corrisponde uno spazio di libertà disegnato dalle norme di un ordinamento giuridico che ascrivono quel diritto ad un soggetto o ad una determinata categoria di soggetti sicché parlare di abuso del diritto significa assumere la paradossale e contraddittoria posizione che l' esercizio di una pretesa o di una libertà in astratto garantita da un diritto soggettivo costituisce un fatto illecito o comunque antiggiuridico. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1958; G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, op.cit.

³⁴S. LEVANTI, *Abuso del diritto*, in www.neldiritto.it

³⁵ Usando le parole di M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1939, l'abuso del diritto inizia dove finisce il diritto (le droit cesse là où l'abus commence)

³⁶M. D'AMELIO, voce *Abuso del diritto*, in *Nss. Dig.It.*, 1968, I

³⁷ L'abuso può qualificarsi come lo scarto tra l'attribuzione del diritto e il suo esercizio; per valutare la bontà di tale esercizio non basta confrontarlo con la fattispecie astratta (ossia la rispondenza alla previsione normativa e/o giurisprudenziale) ma bisogna considerare anche la dimensione attuativa della norma. Cfr. R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, op.cit.

³⁸ Un comportamento abusivo presuppone sempre una circostanza fattuale oggettiva che viene rivolta dal soggetto a proprio favore: se non c'è una situazione di vantaggio, qualunque sia la natura, non può parlarsi di abuso. R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, op.cit.

concreto esercizio del diritto, pur muovendosi all' interno della cornice formale prevista dalla legge si svolga secondo modalità censurabili da un punto di vista giuridico o extra giuridico (ossia non basato su singole norme o principi generali ma orientamenti etico-morali³⁹); 4) la circostanza che, per effetto delle modalità di esercizio, ci sia una sproporzione tra il beneficio del titolare del diritto e «l'alterazione» della situazione giuridica che subisce la parte⁴⁰ (ossia il sacrificio ricadente su una qualche «controparte»).

Giova evidenziare che il fenomeno dell' abuso del diritto non può confondersi con quello di eccesso dal diritto⁴¹: quest'ultimo ricorre ogni qualvolta si viola un limite fissato dallo «ius dictum» in relazione ad una singola prerogativa e non sorgono particolari problemi, almeno così sembra, circa la sua individuazione; l'abuso del diritto al contrario risponde all'esigenza di conferire una qualificazione giuridica rilevante alla attività che il soggetto esercita in «apparente» conformità con il suo diritto; tale formula sta ad indicare che si vuole «coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere»,⁴².

L'abuso del diritto quale categoria autonoma concettuale, va tenuta distinta anche dalla clausola generale della buona fede⁴³: si è ritenuto che la differenza che intercorre tra la buona fede e l'abuso del

³⁹ La determinazione dello specifico criterio di valutazione alla luce del quale giudicare abusivo l'atto di esercizio di un diritto è l'elemento che caratterizza le diverse teorie dell'abuso

⁴⁰M. POMPEI, *L'abuso del diritto è configurabile come un principio generale del nostro ordinamento? Note a margine di Cassazione Civile, Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106*, in *Riv.dir.econ.trasp.amb.*, 2010, VIII

⁴¹C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, 1988, 182 ss ; cfr. Cass, 15 novembre 1960, n. 3040 in *Foro.it*, 1961, I, 256 (con nota di A.SCIALOJA, *Il "non uso" è "abuso" del diritto soggettivo?* criticata peraltro per il fatto di confondere la nozione dell'abuso del diritto con quella dell'eccesso dal diritto) secondo la quale il mancato o negligente uso da parte del titolare di un diritto, della facoltà di agire in difesa del proprio diritto per rimuovere una situazione che risulta dannosa sia per il titolare del diritto –legittimato ad agire in giudizio- sia per gli altri, può costituire uso anomalo del diritto ed essere fonte di responsabilità risarcitorie in quanto attiene all'esercizio di ciascun diritto sostanziale la facoltà di farlo valere nell'ambito della legge che lo riconosce e nei confronti di chi ha posto in essere o sta per porre in essere una situazione contraria a quel diritto. G. PINO, *L'Abuso del diritto tra teoria e dogmatica*, op.cit.. Cfr. anche M.P. MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, Napoli, 2012, 238 ss

⁴²U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv.trim.dir. proc.civ.*, 1958. Sia l'abuso del diritto che l'eccesso dal diritto comportano uno sconfinamento dell'«agere» permesso al soggetto ma si distinguono in quanto l'abuso è apparentemente conforme al contenuto del diritto. Mentre cioè nell'ipotesi in cui ricorre l'eccesso dal diritto, lo sconfinamento dal contenuto del diritto è di immediata rilevanza in quanto l'atto, oltrepassando i limiti posti, non è riconducibile al paradigma normativo, nel caso in cui sussiste l'abuso, lo sconfinamento non è rilevabile immediatamente ma occorre accertare l'interesse che il soggetto vuole in concreto soddisfare esercitando le prerogative attribuite. C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, 83 ss.; cfr. anche R.T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in www.comparazionedirittocivile.it

⁴³ Esiste nella nostra cultura giuridica una diffusa tendenza ad associare e addirittura in alcuni casi ad identificare il problema dell'abuso con quello della buona fede. La Corte di Cassazione con sentenza del 18 settembre 2009 n. 20106, in www.leggiditalia.it, ha infatti affermato che «i principi di buona fede e abuso del diritto si integrano a vicenda costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali sono stati conferiti. Quando la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso»; in questo senso G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, 358 ss., secondo il quale tanto la regola della buona fede che il principio dell'abuso adempiono ad una medesima funzione selettiva degli interessi perseguiti nell'esercizio delle prerogative connesse alle posizioni giuridiche soggettive. Egli ritiene che si possa affermare una loro sostanziale sovrapposizione nel campo del diritto delle obbligazioni e dei contratti tali da renderli facilmente intercambiabili sotto il profilo sia concettuale che operativo. Osserva peraltro che si tratta di una sovrapposizione sostanziale ma anche parziale sia per il fatto che il divieto di abuso opera in un ambito sistematico più vasto della buona fede sia perché la funzione selettiva ad esso affidata si attua anche nello specifico settore dei rapporti obbligatori, tramite clausole generali e norme elastiche diverse dalla buona fede.

L'operatività della clausola generale buona fede come mezzo per reagire alle condotte che si presentano come formalmente legittime ma sostanzialmente abusive e fraudolente, deriva in virtù delle riconosciute funzioni: «integrativa» ossia della capacità di specificare e completare mediante la creazione di nuovi obblighi il contenuto e gli effetti del rapporto obbligatorio; «correttiva» degli effetti del rapporto ossia limitando o addirittura modificando il contenuto o gli effetti delle

diritto sta nel fatto che nel caso in cui il controllo in merito all'esercizio del diritto venga filtrato attraverso il canone della buona fede, non viene in rilievo lo scopo per il quale tale esercizio è avvenuto bensì le modalità con le quali esso è realizzato⁴⁴.

La buona fede è certamente una penetrante regola di conformazione del rapporto contrattuale e opera anche quale criterio di valutazione del suo aspetto dinamico vale a dire della sua esecuzione e quindi consente di valutare il modo con il quale le parti si sono comportate nell'esecuzione del contratto, il modo in cui il contratto ha ricevuto esecuzione.

Resta però estraneo a tale valutazione la considerazione del profilo teleologico del diritto (come in concreto esercitato). Risulta chiaro quindi, anche se la valutazione in entrambi i casi riguarda il momento dinamico del diritto soggettivo, ossia il suo divenire, che gli oggetti di valutazione sono differenti e sono rappresentati rispettivamente dal suo profilo modale nella buona fede e causale nell'abuso del diritto.

Il concetto di abuso è quindi altro rispetto alla buona fede e la valutazione che l'uno e l'altro consentono sembrano divergere radicalmente a tal punto che l'utilità della figura dell'abuso risulta subordinato proprio alla sua totale emancipazione da altre nozioni, tra queste quello della buona fede⁴⁵. Esso non è dunque criterio rivelatore⁴⁶ della violazione dell'obbligo di buona fede⁴⁷; e merita un ruolo teorico sistematico autonomo⁴⁸ dal momento che non è un «sottoprincipio» ad essa sotteso⁴⁹.

Si ritiene dunque che i due concetti non sono coincidenti in quanto la nozione di abuso ha uno specifico spazio nelle logiche dell'ordinamento tale da poter avere una significativa rilevanza nell'ambito dei processi conoscitivi dell'ordinamento⁵⁰.

Il fenomeno reale sotteso all'abuso del diritto ha, negli anni, assunto un significato e una portata via via crescente soprattutto per la maggiore complessità ed instabilità dei rapporti giuridici che si vanno instaurando in un tempo nel quale sembra che il dogma della certezza del diritto è sempre più in crisi.

Nel diritto del lavoro, la categoria giuridica dell'abuso del diritto, vuoi per il diffondersi di previsioni normative volte a limitare i poteri del datore di lavoro, vuoi per la intrinseca rigidità del diritto, vuoi per gli irrisolti problemi di delimitazione del contenuto, è stato scarsamente utilizzato anche a livello teorico.

Non vi è dubbio però che il diritto del lavoro rappresenta invece, potenzialmente il terreno ideale di sperimentazione per la teoria dell'abuso del diritto dal momento che esso nasce proprio dalla esigenza

obbligazioni che dal contratto già derivano; «eversiva» ossia interviene nella lettera della legge creando nuove regole giuridiche. cfr A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; si v. anche G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 2010, I,5 e ss

⁴⁴G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, op cit. 8 e ss

⁴⁵A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione della buona fede)* in *Giust. Civ.*, 2010, XI,2549 ss

⁴⁶R. SACCO, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R.Sacco), Torino, 2001 secondo il quale la dottrina dell'abuso non contiene né contraddizioni né errori...ma è superflua; in alcuni casi è un rimedio logico inutile; negli altri un inutile doppione. L'inclusione di una categoria parassita non vale ad arricchire il sistema del giurista ma al contrario lo confonde. Il concetto di abuso del diritto sebbene si sottragga alle obiezioni di contraddittorietà logica che da sempre vengono sollevate nei suoi confronti, non sfugge tuttavia ad un ulteriore rilievo: quello di essere in definitiva un concetto superfluo (una superfetazione), in quanto destinato a coprire un terreno già occupato e a svolgere una funzione già assolta dal criterio della buona fede. Cfr. CASS.CIV., 18.9.2009, n. 20106.

⁴⁷M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, 168

⁴⁸M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, op.cit., 148

⁴⁹M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, op.cit., 163

⁵⁰ Così C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, op.cit., 298 ss

di riequilibrare strutturalmente una situazione di sostanziale disparità negoziale. Se è vero infatti che il diritto del lavoro costituisce materia in cui il potere privato del datore di lavoro subisce una serie di limitazioni «ex lege o ex contractu», è pur vero che tali vincoli non possono essere considerati come «risolutivi» delle asimmetrie contrattuali tra datore di lavoro e lavoratore; ed infatti, coesistente alla posizione del datore di lavoro è la superiorità tecnico-funzionale da cui promana la titolarità di un potere privato.

Tutto ciò, dunque, che travalica i limiti del legittimo esercizio del diritto «a latere datoris», costituisce abuso del diritto e lesione della sfera privata del lavoratore, al quale pertanto non può essere sottratta la possibilità di difendersi nell'ambito di un rapporto «ontologicamente vulnerato»⁵¹.

In certi casi infatti, il datore di lavoro con comportamenti perfettamente conformi alla legge e quindi teoricamente privi di anti-giuridicità o con condotte socialmente riprovevoli ma prive di una sanzione giuridica, può perseguire finalità «altre e ulteriori» in genere identificabili, nell'impiego privato, nella espulsione del lavoratore spingendolo alle dimissioni; nell'impiego pubblico, nella emarginazione del dipendente nel suo ambiente di lavoro⁵².

Attualmente, la figura dell'abuso del diritto trova espresso riconoscimento anche a livello comunitario⁵³. Esso è configurabile come strumento di controllo sull'esercizio dei diritti.

⁵¹D. GAROFALO, *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, www.dirittodellavoro.it, 12 ss

⁵² Così D. GAROFALO, *Mobbing e tutela del lavoratore*, op.cit., 10 ss

⁵³ Si veda l'art. 54 della CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare una attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta», firmata a Nizza il 7 Dicembre 2000 che in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009) ha acquistato lo stesso valore giuridico dei trattati. Il divieto di abuso del diritto è diventato principio interpretativo assoluto di tutte le norme europee nazionali e delle stesse norme contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (che all'art. 54 - *Divieto di abuso del diritto* - contiene tale principio). In particolare secondo I.M. MARINO, *Profili giuridici della democrazia dell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto e Processo amministrativo*, 2012, I, 13 ss., spec. 20, «nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare una attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciute dalla Carta stessa o imporre a tali diritti e libertà, limitazioni più ampie di quelle previste dalla Carta...» ma dal momento che la democrazia è così, i diritti che la supportano non si conquistano una volta per tutte ma occorre monitorarle continuamente per evitare di perderle. L'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riproduce il contenuto dell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). R.T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, op. cit., 19 ss, l'istituto è tornato ad essere d'attualità ed è prevedibile che l'interesse della dottrina sia destinato a crescere nel prossimo futuro considerato che il divieto dell'abuso del diritto è stato espressamente enunciato dalla Carta Europea dei diritti fondamentali di Nizza sia pur limitatamente alla preservazione dei diritti e libertà contenuti nella Carta medesima. Il rinnovato interesse manifestato dalla dottrina si collega anche ad importanti pronunce giurisprudenziali che, in materia di diritto del lavoro, in materia civile e tributaria, hanno utilizzato la categoria in esame per sanzionare condotte del titolare del diritto per il modo come il diritto è stato esercitato: ciò sul presupposto che oltre alla attribuzione di un diritto soggettivo in capo al titolare emerge un utilizzo del diritto formalmente rispettoso della disposizione attributiva ma concretamente svolto in violazione di altri criteri di valutazione giuridici ed extragiuridici con conseguente sbilanciamento degli interessi in favore del titolare.

La dottrina comunitaria ha configurato l'abuso del diritto come strumento di controllo sull'esercizio dei diritti soggettivi (Corte Giust., 23 marzo 2000, c. 373/97, Dionysios Diamantis contro Elliniko Dimosio e Organismos Oikonomikis Anasykrotosis Epicheiriseon AE (OAE) in *Raccolta*, 2000-1, 1705 ss, secondo cui il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali applichino una disposizione di diritto interno che consenta loro di valutare se un diritto riconosciuto da una norma comunitaria venga esercitato in modo abusivo).

In particolare è stata posta attenzione alle forme di controllo sull'esercizio delle prerogative individuali a carattere giudiziale. La Corte di Giustizia delle Comunità Europee a volte ha individuato l'abuso del diritto attraverso il criterio c.d. teleologico o funzionale basato sulla verifica della deviazione dell'atto di esercizio del diritto dalla finalità per cui il diritto è stato riconosciuto dalla norma; altre volte nel comportamento astrattamente riconducibile all'esercizio di un diritto, che arrechi pregiudizio agli interessi altrui manifestamente sproporzionati rispetto all'interesse perseguito dal titolare della situazione giuridica soggettiva. M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nel diritto comunitario*, Milano, 2003. La costante giurisprudenza della Comunità europea contrasta l'esercizio abusivo e fraudolento del diritto comunitario e ritiene che questo non precluda

Problema tra i più ardui in materia, si è rivelato quello della individuazione della linea di demarcazione tra il legittimo esercizio del diritto e l'abuso⁵⁴: tuttavia oggi esso può trovare valide soluzioni proprio attraverso il costante riferimento ai principi generali del nostro ordinamento e ai

ai giudici nazionali di servirsi di una disposizione del diritto nazionale al fine di verificare se l'esercizio di un diritto riconosciuto da una norma comunitaria sia abusivo o meno.

⁵⁴ L'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale che vieta l'abuso del diritto sembra essere stato, almeno indirettamente, riconosciuto in una recente sentenza della Corte di Cassazione «... acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata e valutare le condotte che nell'ambito della formazione ed esecuzione degli stessi le parti contrattuali adottano» che intervenendo in una controversia tra alcuni concessionari e una importante casa automobilistica in seguito al recesso unilaterale dal contratto di concessione di vendita di quest'ultima, ha affermato che l'esercizio della autonomia negoziale è sempre sindacabile e che anche una facoltà esercitabile in astratto senza limiti e condizionamenti (per es. recesso ad nutum) è suscettibile di una valutazione da parte del giudice in quanto il nostro ordinamento non consente di considerare tutelabili scelte arbitrarie. Cass., Sez.III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro.it.*, 2010, I, 85 ss., con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Contratti*, 2010, I, 5 ss, con nota di G. AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*. L'alternativa alla teoria dell'abuso è la rinuncia ad essa e ai numerosi vantaggi che alla sua applicazione si accompagnano: essa per un verso è idonea a designare sia una regola di definizione dei concreti contenuti di un dato diritto soggettivo del quale segna i confini massimi di estensione permettendo di fissare il punto oltre il quale non vi è tutela ordinata; sia di regola di giudizio dell'esercizio del diritto stesso. Dal primo punto di vista la nozione di abuso si lascia apprezzare in quanto agevola la seppur lenta e graduale emersione dei contenuti concreti del diritto; dal secondo punto di vista impedisce che il diritto venga impropriamente destinato al perseguimento di finalità eccedenti la sua conformazione positiva. C. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto*, op.cit.

L'abuso del diritto come principio generale del nostro ordinamento giuridico è riconosciuto anche in due recenti sentenze del Consiglio di Stato che, nel qualificare l'abuso del processo come una esplicazione del più ampio genere dell'abuso del diritto hanno affermato che «l'abuso del diritto lungi dall'integrare una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. E' ravvisabile, in sostanza, quando nel collegamento tra il potere conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulta alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede. Come conseguenza di tale eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale nel senso di rifiutare la tutela dei poteri diritti e interessi esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio ...E' nella formula della mancanza di tutela che sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti e i diritti connessi, attraverso atti di per sé idonei ma esercitati in modo da alterarne la funzione violando la normativa di correttezza che è la regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata. Il divieto di abuso del diritto, in quanto espressione di un principio generale che si riallaccia al canone costituzionale di solidarietà, si applica anche in ambito processuale, con la conseguenza che ogni soggetto di diritto non può esercitare una azione con modalità tali da implicare un aggravio della sfera della controparte sì che il divieto di abuso del diritto diviene anche divieto di abuso del processo. Si giunge così alla elaborazione della figura dell'abuso del processo quale esercizio improprio sul piano funzionale e modale del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie difensive. Nel nostro sistema giuridico vige un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, il quale, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto. Il divieto di abuso del diritto costituisce norma di principio applicabile sia nei rapporti di natura contrattuale sia in altri e diversi campi». C.d.S., Sez.V, 7.2.2012, n. 656; Sez.IV, 2.3.2012, n. 1209, in www.leggiditalia.it; C.d.S., Sez III, 17.5.2012, n. 2857, in *Foro Amm.*, 2012, V. Questo più recente orientamento è quello condiviso teso a valorizzare il principio per cui è vietato abusare del diritto. Com'è noto un risalente orientamento viceversa escludeva l'esistenza di un divieto generale di abusare del diritto considerando tale divieto più che un principio giuridico un concetto di natura etica con la conseguenza che colui che ne abusava era considerato meritevole di biasimo ma non di sanzione giuridica; per altro orientamento il divieto di abuso del diritto deve ricavarsi in generale dalla norma particolare che vieta gli atti emulativi; per un terzo orientamento il divieto di abuso del diritto va qualificato come corollario dell'obbligo generale di comportarsi secondo buona fede - ossia con lealtà e correttezza. La giurisprudenza della Corte di Cassazione ormai da tempo abbraccia la tesi che riconosce «valore di norma di principio» al divieto di abuso del diritto applicandola ai rapporti di natura contrattuale ma anche in altri e diversi campi

valori contenuti nelle norme costituzionali precettive recuperati attraverso il collegamento normativo ex art. 41, comma 2, Cost.⁵⁵.

Alla base della rivalutazione e del conseguente maggiore interesse per la figura dell'abuso del diritto, vi è una nuova immagine del potere.

Si può in particolare affermare⁵⁶ che il concetto di potere conserva il senso di concetto fondamentale ai fini della legittimazione della azione, dal momento che le situazioni di potere rappresentano condizioni costitutive di sfere soggettive, ma il potere va impiegato in modo funzionalistico e pragmatico per renderlo compatibile con i valori sociali e umani espressi dalle istanze solidaristiche che trovano la loro naturale sede normativa nelle disposizioni costituzionali, nazionali ed europee.

La libertà di azione può essere presa in considerazione in base alla finalità per la quale essa viene esercitata. Ed è in questa ottica che può dunque essere valutata la condotta del datore di lavoro per verificare quando essa rientri nel legittimo esercizio del potere datoriale (esercizio del diritto) e quando da questo «debordi» e sia illegittima (abuso del diritto)⁵⁷.

Nel caso illustrato nel paragrafo precedente, il datore di lavoro ha esercitato il proprio potere di organizzazione aziendale, il cui fine è il buon andamento e la produttività dell'impresa e quindi dei lavoratori, per una finalità diversa e cioè per una finalità punitiva, propria del potere disciplinare (abuso del diritto), con modalità (paravento di cartone restrittivo dell'ambiente di lavoro, ecc) tali da ledere la dignità della persona del lavoratore (con violazione dei principi costituzionali di cui agli art. 41 c. 2 e art. 2 Cost. e dell'art. 2087 c.c.), violando in tal modo anche il principio di buona fede oggettiva⁵⁸.

⁵⁵I.L. NOCERA, *Buona fede e art. 41 Cost.: alla ricerca di un diritto contrattuale giusto*, in IANUS 2011, V, www.unisi.it

⁵⁶ Così D. GAROFALO, *Mobbing e tutela del lavoratore*, op.cit., 6

⁵⁷ D. GAROFALO, *Mobbing e tutela del lavoratore*, op.cit., 7

⁵⁸ Ed infatti, come si è visto, la buona fede oggettiva riguarda le modalità di esercizio del diritto differenziandola dall'abuso che attiene alla deviazione dalle finalità proprie del diritto.