
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE E STATISTICHE
(D.I.S.E.S.)



DOTTORATO DI RICERCA IN

**RAPPORTI GIURIDICI TRA PRINCIPI COMUNITARI,
COSTITUZIONALI ED INTERNAZIONALIZZAZIONE DEL
MERCATO (XII CICLO)**

**TESI DI DOTTORATO
in
DIRITTO DEL LAVORO**

*Abuso del diritto e clausole generali in una prospettiva
multidisciplinare*

Tutor:
Ch.mo Prof. Vincenzo LUCIANI

Candidato:
Dott.ssa Sibilla DI STASI

Coordinatore: **Ch.mo Prof. Vincenzo LUCIANI**

ANNO ACCADEMICO 2012-2013

CAPITOLO 1: NOZIONE E FUNZIONE DELLE CLAUSOLE GENERALI NEL NOSTRO ORDINAMENTO.

Par. 1.1: Clausole generali, norme elastiche e norme generali: interpretazione e discrezionalità del giudice

Par. 1.2: Il problema interpretativo delle clausole generali

Par. 1.3: Il significato della clausola generale di buona fede nella prospettiva dottrina

Par. 1.4: Evoluzione della buona fede nella prospettiva giurisprudenziale

Par. 1.5: Un esempio di duttilità della clausola di buona fede: l'obbligo di informativa precontrattuale

Par. 1.5.1: Obblighi di informazione ed intermediazione finanziaria

Par. 1.5.2: Buona fede e violazione degli obblighi comportamentali: differenza tra regole di comportamento e regole di validità

CAPITOLO 2. UNA "IMMAGINE" DEL DIRITTO PRIVATO: L'ABUSO DEL DIRITTO.

Par. 2.1: Storia dell'abuso del diritto in Europa con particolare riferimento alla situazione in Spagna

Par.2.2: L'abuso del diritto in Italia: prime elaborazioni dottrinarie

Par. 2.3: Abuso del diritto come sindacato sull'autonomia negoziale delle parti: "caso Renault"

Par. 2.4.1: La posizione della dottrina dinanzi all'"ingresso" nel nostro ordinamento in via pretoria dell'istituto dell'abuso del diritto

Par. 2.4.2: Ulteriori riflessioni sulla pronuncia della Cassazione: abuso del diritto e recesso dal contratto

Par. 2.5: Abuso del diritto e terzo contratto: una lettura in chiave giuridica ed economica

Par. 2.6: L'abuso del diritto nell'interpretazione giurisprudenziale

Par. 2.6: Abuso del diritto ed abuso della libertà contrattuale

Par. 2.7: Abuso del diritto e rimedi

CAPITOLO 3. CLAUSOLE GENERALI NEL DIRITTO DEL LAVORO SUBORDINATO COME TECNICA DI SINDACATO DEI POTERI IMPRENDITORIALI.

Par. 3.1: Diritto civile e diritto del lavoro a confronto. Un interessante spunto offerto dalle clausole generali

Par. 3.2: L'ammissibilità dell'interesse legittimo nel diritto privato come tecnica di controllo sui poteri discrezionali

Par. 3.3: Clausole generali e potere privato: presupposti e limiti delle prerogative datoriali

Par. 3.3.1: Esercizio dei poteri datoriali ed abuso del diritto

Par.3.4: Clausole generali e legge n. 183/2010: mera ricognizione della realtà o limitazione della discrezionalità giudiziale?

Par.3.5: Un esempio di clausola generale nel diritto del lavoro: il giustificato motivo di licenziamento

Par. 3.6: Riforma Fornero e giustificato motivo oggettivo di licenziamento

Par. 3.6.1: Indagine su un profilo interpretativo: il significato della locuzione "manifesta insussistenza" alla luce della Riforma "Fornero"

Par. 3.7: Clausole generali e potere disciplinare del datore di lavoro

Par. 3.8: Principio di correttezza e buona fede nelle procedure concorsuali: perdita di *chance* ed onere della prova

Par. 3.9: Il rispetto del principio di buona fede come "limite" alla fruizione del diritto alle ferie da parte del lavoratore

CAPITOLO 4. ABUSO DEL DIRITTO E DIRITTO DEL LAVORO: IL "MOBBING"

Par 1: Il mobbing: inquadramento generale del fenomeno e analisi delle diverse tipologie

Par. 2: La definizione di mobbing nella psicologia del lavoro

Par. 3: Tutela giuridica del lavoratore vessato e responsabilità contrattuale del datore di lavoro

Par. 4: Mobbing e profili risarcitori

Par. 4.1: Mobbing come fattispecie e a formazione progressiva e risarcimento del danno patrimoniale

Par. 4.2: Quantificazione dei danni patrimoniali da mobbing con particolare riferimento

Par. 5: Mobbing e Unione Europea

Par. 5.1: I principali esempi di disciplina normativa del mobbing nel panorama europeo.

CAPITOLO 5. LE APPLICAZIONI DELLA CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE IN SPAGNA NEL RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO.

Par.1: Funzione della clausola generale di buona fede nelle diverse fasi del rapporto di lavoro subordinato: una prima riflessione.

Par. 2: L'equilibrio della relazione tra il datore di lavoro ed il lavoratore come obiettivo della clausola di buona fede.

Par. 3: La buona fede come limite all'esercizio dei diritti delle parti nel contratto di lavoro.

Par. 4: Doveri contrattuali di buona fede ne rapporto di lavoro. Il carattere di reciprocità nell'applicazione della clausola generale.

Par. 5: La buona fede del prestatore di lavoro nella esecuzione del contratto.

Par. 6: Le concrete esplicazioni del principio di buona fede. Il dovere di cooperazione, di informazione e di segretezza.

Par. 7: Dovere di cooperazione e flessibilità della condotta esigibile dal prestatore di lavoro. Il dovere di fiducia.

Par. 8: Il dovere di buona fede del datore di lavoro. Obbligo di informazione e dovere di dare occupazione effettiva.

Par. 9: Limiti alla discrezionalità del datore di lavoro. Obbligo di rinegoziazione delle condizioni contrattuali e di motivazione delle sue scelte.

Par. 10: Il potere disciplinare e di controllo dell'imprenditore. Tutela dei diritti fondamentali del lavoratore con particolare riguardo alla tutela della privacy.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

INTRODUZIONE

L'obiezione che la scienza giuridica "di ogni epoca" ha sollevato rispetto alla stessa configurabilità della figura giuridica del divieto dell'abuso del diritto si riassume nella celebre "formula": "*le droit cesse ou l'abus commence*" ("il diritto cioè finisce là dove comincia l'abuso"). La dogmatica del divieto di abuso del diritto sarebbe, insomma, geneticamente inficiata da una insuperabile contraddizione logica e filosofica. O l'esercizio di un diritto è "coperto" dall'ombrello dell'ordinamento oggettivo e allora si ha l'atto lecito. O, al contrario, l'esercizio del diritto non lo è e allora si ha l'atto illecito. La contraddizione, tuttavia, è più apparente che reale. Una cosa è l'astratto riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva, altra cosa è il concreto esercizio della stessa da parte del suo titolare. L'elemento dell'abuso non si rileva sul piano della qualificazione formale della situazione giuridica, ma piuttosto sul piano del suo svolgimento nella realtà. La dogmatica del divieto dell'abuso del diritto ha un "senso" a partire dal presupposto ermeneutico dell'esistenza di uno spazio indeterminato tra la norma e la fattispecie concreta. Diversamente, la considerazione esclusiva della esteriore conformità del comportamento del soggetto al contenuto di un suo diritto, astraendo totalmente dai riflessi negativi che quel comportamento può avere nei confronti del prossimo o della collettività, si esaurirebbe nell'affermazione del dominio incontrastato del singolo e della correlativa negazione di ogni bene all'autorità della legge. Ciò significa che l'esercizio dell'autonomia privata non deve ridursi ad un abuso del contraente forte a danno di quello debole. Così come, su un piano diverso, l'esercizio dei diritti fondamentali deve essere conforme alla loro funzione, o, come si suole dire, al loro "spirito". Il divieto dell'abuso del diritto ha una consolidata tradizione nella scienza giuridica europea. Esso è stato codificato in gran parte degli ordinamenti civilistici europei, e si estrinseca nella fissazione di un "limite interno" alle tradizionali prerogative assolute in ragione di istanze di giustizia, volte a temperare i rigori della certezza del diritto. Le sue radici normative risalgono, per certi versi, al diritto intermedio, se non addirittura al diritto romano. L'equità "naturale" del giurista romano e quella "cristiana" del giurista medioevale erano, tuttavia, espressione di un'equità del caso concreto, che il giurista traeva da un sistema di valori esterno all'ordinamento positivo dato. Il divieto dell'abuso del diritto in senso contemporaneo

è, invece, l'espressione di un'etica che trova definizione in principi giuridici positivi del Codice tramite le clausole generali. Ad esempio nella Costituzione della Repubblica federale tedesca il divieto dell'abuso sottolinea un "limite interno" dei diritti fondamentali, in ragione di una "etica della responsabilità" nei confronti della comunità nella quale si vive, del suo ordinamento democratico e dei suoi valori costitutivi. Il divieto in questione dovrebbe segnare un limite invalicabile nell'esercizio dei diritti fondamentali, specialmente quelli attinenti alla libertà di espressione. La dogmatica del divieto dell'abuso del diritto ha una consolidata tradizione anche nel nostro ordinamento giuridico, ma non ha trovato una espressa codificazione nella Costituzione Repubblicana, poiché né i "limiti impliciti" alla libertà di manifestazione del pensiero, né il "dovere di fedeltà alla Repubblica" sembrano costituirne un solido fondamento. Nell'ordinamento civilistico italiano, il divieto dell'abuso del diritto è una delle più significative manifestazioni dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra i privati. Tale divieto è rivolto a ristabilire nei rapporti tra privati l'equilibrio, turbato dall'esercizio emulativo del diritto di proprietà oppure dalla prevaricazione abusiva di un contraente forte ai danni di un contraente debole.

Affrontare la tematica dell'abuso del diritto in tutte le sue sfaccettature, implica, tuttavia, la necessità di compiere un preliminare approfondimento sul ruolo delle clausole di correttezza e buona fede nel nostro ordinamento. Esse rappresentano nel nostro ordinamento uno strumento grazie al quale è possibile ristabilire l'equilibrio delle posizioni contrattuali laddove ciò non sia accaduto nel momento di costituzione del vincolo o nell'ipotesi di sopravvenienze in costanza del rapporto che incidano su di esso alterandolo. Ciò si verifica in applicazione del principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 della Carta Costituzionale che rappresenta la "copertura costituzionale" delle clausole generali. Il principio di buona fede è dotato di una valenza programmatica e precettiva e quindi esso permea il rapporto contrattuale in ogni sua parte indipendentemente dalla presenza di apposite pattuizioni che ne costituiscono la concreta applicazione normativa. In quanto canone generale di comportamento, la buona fede impone al giudice di predeterminare la regola in base alla quale valutare il comportamento in concreto tenuto. Nel fare ciò il giudice non dovrà attenersi al proprio personale senso di correttezza, ma alle regole del settore economico in cui l'affare si svolge in virtù della natura elastica della regola che si modella sui protagonisti del rapporto. Questa peculiarità del principio in questione assume un'enorme importanza, quindi, proprio nei casi in cui il rapporto contrattuale

nasca come “naturalmente” squilibrato: è questo il caso del contratto di lavoro subordinato. La posizione di “debolezza contrattuale” del lavoratore necessita di strumenti di tutela che si rinvencono sia nella legge sia nella contrattazione collettiva. Il fondamento di tale posizione di debolezza è individuabile, oltre che nelle tradizionali spiegazioni riconducibili allo squilibrio del mondo del lavoro e al coinvolgimento personale del lavoratore, nella possibilità di esercizio da parte del datore di lavoro, nella gestione del rapporto, di poteri discrezionali il cui sindacato da parte del giudice è possibile attraverso il filtro delle clausole generali. Sull’utilizzo di tali clausole si è aperta una *querelle* interpretativa in ordine alla possibilità di identificare la correttezza con la buona fede. In un primo momento la dottrina ha differenziato i due concetti ritenendo che la correttezza si estenda ad entrambi i contraenti mentre la buona fede al solo debitore precisando, inoltre, come le due clausole si distinguano anche per quanto riguarda il contenuto in quanto si dice che la correttezza comporterebbe obblighi negativi racchiudibili nell’ *alterum non laedere*, mentre la buona fede imporrebbe obblighi di collaborazione attiva in vista della promozione degli interessi della collettività. La tesi dottrina prevalente, in linea con l’art. 2 Cost., opta, invece, per un’identità tra i due concetti che vengono in rilievo, ai fini dell’integrazione contrattuale *ex art.1374 c.c.*, come fonti di nuovi obblighi ed oneri a carico delle parti e come strumento per stemperare le conseguenze di una rigida applicazione del principio di legalità nel considerare il comportamento tenuto dalle parti del rapporto contrattuale. Venendo a considerare l’evoluzione delle clausole generali di correttezza e buona fede nel corso del tempo, giova evidenziare che in un primo momento esse erano state utilizzate al solo fine valutativo e cioè, fermo restando quanto disposto dalle parti nel contratto, costituivano criterio per giudicare le condotte poste in essere dai paciscenti; successivamente hanno assunto dei connotati integrativi, fino ad arrivare a porre il dubbio che la loro violazione potesse incidere sulla validità del contratto. La giurisprudenza è passata, invece, da un atteggiamento di chiusura nei confronti dell’applicazione del canone della correttezza, in quanto in esso era insito un rischio di non rispettare il principio di certezza del diritto, ad un orientamento che interpreta la regola della correttezza quale parametro che consente una valutazione comparativa degli interessi dei contraenti in funzione protettiva della parte che si palesi più debole. La casistica di diritto del lavoro è ricca di ipotesi nelle quali le clausole generali di correttezza e buona fede vengono utilizzate proprio in funzione riequilibratrice di questa asimmetria tra le parti contrattuali. Esempi di ciò si colgono

in alcune pronunzie giurisprudenziali che riguardano l'espletamento di concorsi, la scelta tra più dipendenti da licenziare in caso di licenziamento collettivo, in materia di trasferimento del prestatore di lavoro e per quanto riguarda, infine, la scelta dei lavoratori da sottoporre a cassa integrazione. Nel giudizio di conformità del rapporto contrattuale ai canoni di correttezza e buona fede, un ruolo cardine è svolto dai giudici che, richiamandosi alla correttezza e alla buona fede, non si limitano ad una mera verifica del rispetto del programma negoziale da parte dei contraenti, ma estendono l'ambito di indagine alla verifica della "non contraddizione" e dell'"imparzialità" delle scelte organizzative. Tali clausole generali in chiave valutativa dei poteri datoriali faticano a trovare piena legittimazione nel diritto del lavoro in virtù della presenza dell' art. 41 Cost. che, sancendo la libertà di iniziativa economica, sembrerebbe non lasciare spazio ad una sindacabilità dei poteri imprenditoriali. Si teme, in particolare, che queste clausole possano dare troppo spazio al giudice che, con un eccesso di discrezionalità, potrebbe anche arrivare a stravolgere le scelte organizzative del datore contravvenendo in tal modo al principio costituzionale. La tecnica maggiormente usata dalla giurisprudenza in tema di sindacato sulla legittimità delle scelte imprenditoriali, è stata proprio quella dell' "abuso del diritto". Quest'ultimo, come accennato all'inizio, si ha laddove il diritto venga ad essere esercitato con modalità e finalità estranee a quelle per cui il diritto medesimo è stato riconosciuto. Si noti come, a tal proposito, il riconoscimento dell'esercizio di un diritto da parte del legislatore non si possa concepire alla stregua dell'attribuzione di un potere privo di controlli. Nella nozione di abuso di diritto convivono sia l'idea del comportamento contrastante con gli scopi propri di ogni istituto giuridico, sia l'idea del comportamento mosso da motivi abietti e futili e comunque non meritevoli di tutela, dunque da sanzionare. Nella valutazione dell'abusivismo della condotta, ruolo cardine è svolto proprio dalle clausole di correttezza e buona fede che svolgono una funzione di chiusura del sistema perché "evitano di ritenere lecito ogni comportamento che nessuna norma vieta e facoltativo ogni comportamento che nessuna norma rende obbligatorio"⁶⁷⁸. Soprattutto recentemente la giurisprudenza ha avuto modo di affrontare la problematica dell'abuso in una recente pronunzia⁶⁷⁹. In questa occasione si è precisato che ogni diritto non è completamente libero nel suo esercizio ma soggiace a due limiti: uno di carattere causale, consistente nella finalità del suo esercizio che non deve essere contraria alla ragione per cui il legislatore ha riconosciuto la titolarità del medesimo, l'altro, di

⁶⁷⁸ Galgano, diritto civile, II, 1, Padova, 1999

natura modale, consistente nel riconoscimento dell'esercizio del diritto secondo la modalità che sia in grado di recare minor sacrificio alla controparte. A seguito di questa pronuncia si è ampliato il campo di individuazione dell'istituto in questione che ha conosciuto nuovi spazi applicativi in molteplici settori: abuso nella separazione coniugale, abuso del processo, abuso in tema di regolamento di confini ex art. 950 c.c., abuso nella proposizione dell'azione di nullità contrattuale. Anche nel campo del diritto del lavoro la nozione di abuso ha riscoperto nuovi spazi applicativi come è dato rinvenire in alcuni interventi della giurisprudenza in tema, ad esempio, di sindacato del giudice sui poteri del datore in sede di concorsi interni e danno da perdita di chance e di contemperamento tra le esigenze ricreative sottese alla fruizione di un periodo di ferie e quelle della produzione facenti capo al datore di lavoro.

Giova sottolineare, tuttavia, come la tematica dell'abuso abbia ricevuto nuova linfa a seguito di un intervento normativo⁶⁸⁰, il cui art. 30 stabilisce che, quando vi siano disposizioni di legge rientranti nelle materie di cui all'art.409 c.p.c., che contengano clausole generali- ivi comprese le norme in tema di instaurazione del rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso- il controllo giudiziale sia limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, 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 o al committente. La dottrina, impegnata nei primi commenti alla disposizione in oggetto, ha ritenuto che la categoria delle clausole generali non sia di agevole delimitazione. Esse sono disposizioni che necessitano di essere specificate in sede interpretativa e proprio questo bisogno reca con sé il rischio di difformità di decisioni, fenomeno a cui si è cercato di ovviare sancendo il divieto di controllo giudiziale sul merito delle decisioni tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro. Nei lavori preparatori emerge che il fine perseguito è quello di impedire che attraverso le norme generali possa realizzarsi un controllo dei giudici sulle scelte datoriali esteso alla valutazione dell'opportunità delle stesse e, quindi, lesive del principio di libertà di iniziativa economica. E' proprio in virtù del necessario rispetto del medesimo che all'operatore del diritto incombe il delicato compito di ricercare il giusto equilibrio tra la libertà dell'iniziativa economica e la necessità che la stessa non si svolga in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla dignità umana: è questo un principio che da sempre dovrebbe essere tenuto in conto,

⁶⁷⁹ Cass. Civ. 18 settembre 2009 n. 20106

pur nella consapevolezza della difficoltà, nei vari contesti storici, del contemperamento degli opposti interessi.

⁶⁸⁰ Legge n. 183/2010 cd. Collegato Lavoro

CAPITOLO 1: NOZIONE E FUNZIONE DELLE CLAUSOLE GENERALI NEL NOSTRO ORDINAMENTO.

SOMMARIO: Par. 1.1: Clausole generali, norme elastiche e norme generali: interpretazione e discrezionalità del giudice – Par. 1.2: Il problema interpretativo delle clausole generali – Par.1.3: Il significato della clausola generale di buona fede nell’evoluzione dottrinaia – Par. 1.4: Evoluzione della buona fede nella prospettiva giurisprudenziale – Par. 1.5: Un esempio di duttilità della clausola di buona fede: l’obbligo di informativa precontrattuale – Par. 1.5.1: Obblighi di informazione ed intermediazione finanziaria – Par. 1.5.2: Buona fede e violazione degli obblighi comportamentali: differenza tra regole di comportamento e regole di validità

Par. 1.1.: Clausole generali, norme elastiche e norme generali: interpretazione e discrezionalità del giudice.

Il nostro ordinamento giuridico si è caratterizzato per un intenso dibattito sulle clausole generali. Inizialmente la giurisprudenza ha assunto un atteggiamento di forte chiusura rispetto alla possibilità del loro utilizzo operando una sorta di “fuga dalle clausole generali” e non “nelle clausole generali”⁶⁸¹. Argomento principe invocato dagli interpreti è stato il timore di mettere in pericolo la certezza del diritto a causa dell’eccessiva discrezionalità del giudice nella loro applicazione concreta. Tuttavia uno studio approfondito delle clausole generali non può prescindere dalla considerazione che esistono, nelle norme del codice civile, diversi gradi di discrezionalità che necessitano di essere indagati per comprendere quale sia l’estensione della stessa da parte dell’interprete nell’utilizzo delle disposizioni elastiche. La discrezionalità è una costante del diritto e la si ritrova in una serie di istituti.

Primo fra tutti si può far riferimento all’articolo 1226 c.c. in tema di valutazione equitativa dell’ammontare del danno che implica, affinché il parametro abbia un significato concreto, una lettura globale di tutte le disposizioni normative in tema di

⁶⁸¹ Cass. 27 marzo 1948, n. 474, in Giur. Compl. Cass. Civ. 1948, serie II, vol. XXVII, I,316; Stella Richter- Vitucci, Rass. Giur. c.c., IV, 1, Milano, 1970, 15;

risarcimento del danno⁶⁸². Nell'ottica riparatoria che caratterizza il nostro ordinamento giuridico potrà dirsi, pertanto, che il legislatore ha come obiettivo fondamentale, in tema di adempimento dell'obbligazione risarcitoria, che essa sia il più possibile vicina al pregiudizio che sia stato realmente sofferto dal danneggiato, onde evitare che lo strumento risarcitorio assuma connotati sanzionatori fungendo da mezzo di ingiustificata locupletazione. Diversa è la valutazione equitativa richiesta dall'articolo 2047 c.c. che fa riferimento all'ipotesi in cui il danno sia stato provocato dall'incapace. Secondo quanto previsto dalla disciplina normativa, il giudice, laddove non risponda la persona tenuta alla sorveglianza dell'incapace, può condannare quest'ultimo al pagamento di un'equa indennità che tenga conto delle condizioni economiche del danneggiato e del danneggiante. E' chiaro, quindi, che in questo caso la valutazione equitativa si fa guidare da ben altri parametri, in parte estranei all'effettivo ammontare del danno. In altri casi la discrezionalità del giudice si concretizza nel dare significato a concetti o canoni quali il buon costume o l'ordine pubblico, oppure, spostando la riflessione al diritto processuale, alla valutazione delle prove e al libero convincimento del giudice (art. 116 c.p.c.).

Al fine di comprendere meglio il significato delle clausole generali, appare necessario operare una differenziazione tra clausole generali e norme generali. Parte della dottrina⁶⁸³ ha evidenziato che nell'ambito delle clausole generali debba essere inclusa anche la funzione sociale della proprietà nonché il danno ingiusto di cui all'articolo 2043 c.c. Questa tesi non è stata condivisa da chi ha osservato che la norma suddetta non conterrebbe una clausola generale bensì sarebbe una norma generale e, quindi, profondamente diversa rispetto alla buona fede che, invece, rappresenta una clausola generale⁶⁸⁴. Norma generale e clausola generale non possono porsi sullo stesso piano: la norma generale, infatti, abbraccia una serie di fattispecie ma non presenta i caratteri di indeterminatezza ed elasticità propri della clausola generale. Clausole generali e norme generali devono essere distinte anche rispetto ai concetti indeterminati come, ad esempio, quello di "colpa grave". Questi ultimi non possono essere equiparati alle clausole generali in quanto non si presentano suscettibili di essere estesi ad ipotesi non previste anche se presentano alcuni elementi comuni sotto il profilo della discrezionalità ed impongono al giudice un analogo impegno di concretizzazione. Nell'analizzare il rapporto tra clausole generali ed interpretazione del giudice, occorre

⁶⁸² Cass., 14 aprile 1989 n. 1801, in Mass. Giust. Civ., 1989, 4, 89.

⁶⁸³ Rodotà, Il tempo delle clausole generali, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, 709 ss.

⁶⁸⁴ Patti, Clausole generali e discrezionalità del giudice, in Riv. Notariato, 2010, 2, 303 ss.

considerare che ogni norma giuridica presenta un ambito di discrezionalità che appare incrementarsi laddove si tratti di clausole generali in quanto nelle stesse è implicito il riferimento a dei valori. Al riguardo è evidente come rilevi il modo di pensare del giudice, perché, di fronte alla clausola generale e nonostante il parametro di riferimento sia costituito dagli stessi valori, cambia il risultato in base all'esperienza e alla cultura del giudice. La discrezionalità dell'interprete sarebbe massima dinanzi alle fattispecie indeterminate, cioè quando si chiede una integrazione valutativa e, quindi, nell'applicazione di norme come le clausole generali che non presentano alcun nucleo concettuale e, per tale motivo, vengono anche definite norme in bianco. In questo caso l'operazione che verrebbe effettuata dall'interprete non sarebbe quella tradizionale di sussunzione ma costui, libero rispetto alla fattispecie, dovrà apprezzare tutte le circostanze al fine di pervenire ad una decisione equa. In definitiva potrebbe dirsi che, attraverso le clausole generali, il legislatore ha delegato al giudice la formazione della norma da applicare al caso concreto. Con particolare riguardo alla clausola di buona fede, può dirsi, in via di prima approssimazione, che essa svolge funzioni diverse. Innanzitutto integrativa, in quanto è tecnica di ricerca della regola da applicare al caso concreto laddove manchi un modello predeterminato in una fattispecie astratta utile per l'attività di sussunzione, e si debba procedere ad un'attività di concretizzazione utilizzando quanto è ricavabile dal complesso ordinamento giuridico a livello di principi generali. In secondo luogo la buona fede mira a puntualizzare il contenuto del contratto e a determinare il modo in cui dovranno essere adempiuti gli obblighi già prontamente individuati dalle parti al momento della stipulazione. Ma soprattutto la buona fede può svolgere una funzione correttiva del contratto: si tratta di casi in cui la clausola contrattuale può prevedere una soluzione adeguata nel momento in cui il contratto è stato concluso ma che, con il passare del tempo, potrebbe condurre a risultati iniqui. Svolgendo le suddette funzioni, la clausola generale di buona fede esplica, nel contempo, una funzione preventiva perché non serve soltanto a precisare, integrare o correggere il contratto, ma anche ad indicare alle parti come si devono comportare. In particolare guida i contraenti tutte le volte in cui la legge ed il contratto non specificano in maniera dettagliata quale sia il comportamento richiesto. Infine, se sorge il conflitto, la buona fede aiuta a rinvenire la giusta composizione degli opposti interessi, anche in modo difforme rispetto al programma originario delle parti. Sul punto giova evidenziare che, quanto a quest'ultima funzione, la buona fede svolge ruoli diversi a seconda della tipologia di contratto, dovendosi distinguere tra contratti

individuali e contratti standard. La clausola generale serve, pertanto, a completare il sistema di controllo, a colmare eventuali lacune, ad evitare l'aggiramento di norme specifiche. Si pensi, ad esempio ai contratti del consumatore e all'elenco delle clausole presuntivamente vessatorie di cui all'articolo 33 del Codice del Consumo. Tale disposizione si caratterizza per la sua specificità indicando al contraente ciò che è vietato: si è verificato che nella maggior parte dei casi il professionista tenda ad aggirare il divieto. A questo punto ci si chiede quale sia la forma di tutela nei confronti del contraente più debole. Ci si è accorti, infatti, che se il nostro ordinamento fosse caratterizzato dalla presenza esclusiva di norme specifiche si rischierebbe che, laddove fosse possibile trovare un *escamotage* per eluderne l'applicazione rigorosa, il contraente rimarrebbe inevitabilmente pregiudicato, in quanto non ci si troverebbe più nell'alveo applicativo della norma in questione. In definitiva, dunque, può essere condiviso un sistema basato su norme specifiche, in certi casi molto dettagliate, come l'elenco delle clausole abusive, ma è necessaria la norma sulla buona fede, la clausola generale, per completare il sistema ed evitare l'aggiramento della legge⁶⁸⁵.

Par. 1.2: Il problema interpretativo delle clausole generali.

Da sempre ci si è chiesti se è consentito parlare di interpretazione delle clausole generali o se, piuttosto, esse vengono applicate e, semmai, servono ad interpretare, a integrare o “correggere” le (altre) norme giuridiche.

Se si sfogliano i manuali, le voci di enciclopedia e i saggi in tema di interpretazione del diritto pochi cenni si rinvergono in tema di interpretazione con riferimento alle norme che contengono clausole generali. Il tema è invece affrontato nello scritto di Luigi Mengoni su “Autonomia privata e Costituzione⁶⁸⁶” in cui, tuttavia, l'illustre autore affianca all'interpretazione il concetto (di provenienza germanica) di concretizzazione delle clausole generali⁶⁸⁷, parlando di “

⁶⁸⁵ Cesaro, Clausole vessatorie e contratto del consumatore, Padova, 2001, 35 ss.

⁶⁸⁶ Mengoni, Autonomia privata e Costituzione, in Banca, borsa, tit. cred., 1997, 1 ss.; Mengoni., Spunti per una teoria delle clausole generali, in R. crit. d. priv., 1986, 5 ss. Sul pensiero dell'a. v. Nivarra, Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni, in Europ. d. priv., 2007, 411 ss; Libertini, Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato, in R. crit. d. priv., 2011, p. 360 ss. Ma sul problema in esame v. anche Belvedere, Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme, in Pol. d., 1988, p. 631 ss., spec. p. 635 ss.

⁶⁸⁷ Sul concetto di “concretizzazione” v. soprattutto Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit², Heidelberg 1968; Werner, Zum Verhältnis von gesetzlichen

interpretazione/concretizzazione ”, nel senso che sarebbe difficile pensare ad una interpretazione della clausola generale che non rappresenti, nel contempo, una sua concretizzazione, cioè la individuazione di regole (concrete) formalmente riconducibili alla clausola, nonostante la “ vaghezza ” del suo testo. Altri autori⁶⁸⁸, invece, sottolineano l’esigenza di “ tipizzazione ” della buona fede contrattuale e delle altre clausole generali, cioè di formulare (compito affidato in primo luogo alla giurisprudenza) una serie di regole, derivanti dalla norma in cui è prevista la clausola generale ma che non trovano alcun diretto fondamento nella sua lettera. In particolare, per quanto concerne la buona fede, è stato affermato che l’obbligo “ non si presta ad essere predeterminato nel suo contenuto in quanto esso richiede comportamenti diversi in relazione alle concrete circostanze⁶⁸⁹ ”.

Occorre, quindi, verificare se la scarsa attenzione rivolta alle clausole generali negli scritti in tema di interpretazione della legge, sia dovuta all’assenza di problemi specifici, essendo le regole in tema di interpretazione senz’altro applicabili alle norme che prevedono clausole generali, o piuttosto al convincimento che dalla interpretazione si debba prescindere, poiché il significato da attribuire a tali norme rinvia a concetti non determinati dal legislatore e per comprendere i quali occorre far riferimento, in primo luogo, a principi e valori contenuti nella Costituzione. Conviene allora cercare di individuare i criteri per stabilire quale sia il “significato” del dettato normativo, nonostante la vaghezza della formulazione in concreto⁶⁹⁰.

Da quanto sin qui detto, allora, appare evidente che le clausole generali sono contenute in norme giuridiche e che interpretare le clausole generali significa, quindi, interpretare le norme giuridiche che le prevedono. Si tratta, pertanto, di interpretare la legge, cioè di attribuire alla norma un significato che consenta la sussunzione di fattispecie concrete con la particolarità che le norme dettate per l’interpretazione della legge si dimostrano insufficienti o non adatte al fine di attribuire il suddetto significato alle norme che contengono clausole generali.

Generalklauseln und Richterrecht, Karlsruhe 1966; H. Wiedemann, Rechtssicherheit — ein absoluter Wert? Gedanken zum Bestimmtheitserfordernis zivilrechtlicher Tatbestände, in Festschrift für Larenz, München 1973, p. 199 ss.

⁶⁸⁸ Bianca, La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, Riv. Dir. Civ., 1983, I, p. 205 ss., secondo cui la buona fede esprime un’esigenza di solidarietà contrattuale che impone la lealtà del comportamento e si specifica inoltre come obbligo di salvaguardia. Il canone di lealtà — prosegue l’A. — “ si concretizza in tre principali comportamenti negativi, e cioè il non suscitare intenzionalmente falsi affidamenti, il non speculare su falsi affidamenti e, ancora, il non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell’altra parte ”.

⁶⁸⁹ Breccia, Le obbligazioni, in Tratt. Iudica-Zatti, Milano, 1991, 363 ss.

⁶⁹⁰ Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milano 1965, 109 ss.; Natoli, La regola della buona fede e l’attuazione del rapporto obbligatorio, in Studi sulla buona fede, Milano 1975, 165 ss.

L'attività di c.d. concretizzazione delle clausole generali impone ulteriori considerazioni. Essa inizia a svilupparsi in Germania dopo la prima guerra mondiale e conduce alla formazione di regole “ concrete ” attraverso l'opera di sistemazione svolta dalla dottrina, che raggruppa i casi simili (*Fallgruppen*) e, anzitutto, dalla giurisprudenza che li decide in modo uniforme a seguito di sussunzione della fattispecie sotto la regola elaborata alla luce della clausola generale, soprattutto quella della buona fede (§ 242 BGB) e quella in tema di buon costume (§ 138 BGB).

Le perplessità manifestate in dottrina riguardano soprattutto la correttezza dogmatica del fenomeno e la possibilità di conciliare la creazione di regole giurisprudenziali con il principio della divisione dei poteri, osservandosi che il giudice deve limitarsi a decidere il singolo caso. In altri termini, la formazione, attraverso i *Fallgruppen*⁶⁹¹, di regole dirette a disciplinare tutte le fattispecie che presentano le caratteristiche comuni ai “ gruppi di casi ”, andrebbe ben oltre la discrezionalità concessa al giudice nell'interpretazione delle clausole generali, determinando la creazione di norme aventi ad oggetto le fattispecie che presentano le caratteristiche determinate mediante i *Fallgruppen*. Inoltre, la formazione di quest'ultimi avrebbe tradito il senso e lo scopo delle clausole generali, poiché, riconducendo il caso concreto alla regola elaborata per il gruppo di casi, si rinunciarebbe a giudicare il caso stesso con l'elasticità (e la possibilità di adattamento alle sue specifiche esigenze) garantita dalla clausola generale.

In senso contrario si rileva che il fine principale delle clausole generali è quello di consentire l'evoluzione del diritto, in modo da renderlo rispondente alle mutevoli esigenze. La formazione di regole, attraverso i *Fallgruppen*, rappresenterebbe, pertanto, una corretta forma di applicazione delle norme che contengono le clausole generali.

Peraltro, anche la dottrina⁶⁹² che critica la concretizzazione delle clausole generali mediante il raggruppamento dei casi simili, dà atto che in tal modo la norma che contiene la clausola generale, di per sé vaga ed incompleta, diviene “ visibile ” e la sua applicazione “ prevedibile”. Si osserva, tuttavia, che se da un lato si soddisfano le esigenze, di “ determinatezza ” del diritto, nonché di “ prevedibilità ” e di “ certezza ”

⁶⁹¹ Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, in AcP, 192 (1992), 516 ss.

⁶⁹²Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, in AcP, 192 (1992), p 516 ss.

della decisione del giudice, nel contempo si ignorano i valori, relativi ad una giustizia attenta alle esigenze ed alle peculiarità del singolo caso nonché alla adeguatezza sociale della sentenza, che avevano favorito l'ingresso delle clausole generali nei vari ordinamenti. In definitiva, la creazione delle regole per i gruppi di casi rappresenterebbe, sotto il profilo in esame, un passo indietro, una negazione delle esigenze (in primo luogo la sensibilità e l'attenzione per le peculiarità del singolo caso), che avevano imposto il ricorso alle clausole generali. La creazione della "sottonorma", che disciplina il gruppo di casi simili, colmerebbe la lacuna rappresentata dalla indeterminatezza concettuale della clausola generale, ma causerebbe un inaccettabile vincolo per le decisioni successive.

Il fenomeno, pur essendo di origine tedesca, è noto anche nell'ordinamento italiano: si pensi alla elaborazione giurisprudenziale della norma in tema di buona fede nella fase precontrattuale (art. 1337 c.c.), che ha condotto alla formazione della regola sul recesso ingiustificato dalle trattative⁶⁹³. A ben vedere, la concretizzazione della clausola di buona fede ha favorito la enunciazione di una norma che, in caso di recesso ingiustificato, viene applicata in modo uniforme e prevedibile per i consociati. Anche tenendo conto dell'esperienza italiana, le preoccupazioni, sopra brevemente riferite, circa la formazione di regole mediante i *Fallgruppen* non devono essere sopravvalutate. In primo luogo il contributo della giurisprudenza alla formazione della regola effettivamente vigente è riscontrabile, sia pure in misura meno accentuata, nell'applicazione di ogni norma di legge.

Inoltre, parimenti ingiustificato sembra il timore che la formazione dei *Fallgruppen*, possa cancellare l'elasticità della clausola generale, privando il giudice della possibilità di tener conto delle caratteristiche specifiche del caso concreto. I gruppi di casi non presentano, infatti, carattere rigido o chiuso e possono essere sempre modificati o integrati.

In altri termini, nonostante l'elaborazione delle regole, concrete rispetto alla clausola generale ma astratte in quanto riferibili a tutti i casi che presentano le stesse caratteristiche, non risulta certo cancellata (la norma che contiene) la clausola generale.

⁶⁹³ Un esempio illuminante di tale elaborazione, in tema di responsabilità precontrattuale, si rinviene nella recente sentenza Cass. 26 aprile 2012, n. 6526, in F. it., 2012, I, c. 3420 ss., secondo cui la responsabilità prevista dall'art. 1337 c.c., oltre che in caso di rottura ingiustificata delle trattative, può derivare anche dalla violazione dell'obbligo di lealtà reciproca che si concretizza nella necessità di osservare il dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a legittimare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative.

In via interpretativa, alla luce delle circostanze del singolo caso, il giudice può distaccarsi dalla regola creata per il gruppo di casi, come pure decidere in modo innovativo dando vita ad una nuova regola, suscettibile di essere applicata ad altri casi che presentano le stesse caratteristiche. In definitiva, la formazione dei gruppi di casi presenta aspetti positivi, con riguardo alla prevedibilità della decisione e alla certezza del diritto, e non elimina la “ base ” delle regole elaborate, cioè la clausola generale che consente al giudice di applicare la regola del gruppo di casi, oppure di integrarla e adattarla a nuove esigenze, in una continua e incessante opera di elaborazione.

Ritornando al problema della tecnica interpretativa da utilizzare con riguardo alle clausole generali, poco utile appare, anzitutto, soffermarsi sull’antica contrapposizione tra teoria soggettiva e teoria oggettiva dell’interpretazione, la prima legata alla volontà del legislatore e quindi in gran parte dipendente dall’esame dei lavori preparatori, la seconda attenta alle circostanze rilevanti nel momento dell’applicazione. Esse, infatti, ci riportano alla contrapposizione tra esigenze di certezza del diritto, maggiormente soddisfatte dalla prima, ed esigenze di giustizia, agevolmente perseguibili seguendo la seconda, e quindi pongono le stesse questioni e gli stessi interrogativi che caratterizzano il tema in esame.

Una considerazione almeno in parte diversa può svolgersi per quanto concerne la c.d. interpretazione storica⁶⁹⁴, non intesa, tuttavia, come ricostruzione della volontà effettiva del legislatore bensì come strumento che permette di seguire il percorso compiuto dalla clausola generale, di scoprire le ragioni della sua formulazione e i diversi significati ad essa nel tempo attribuiti per renderla adeguata alle esigenze del presente; nonché con riguardo a quella teleologica, in grado di illuminare sulla funzione e sui fini che alla clausola generale sono stati assegnati e su quelli che è in grado di perseguire.

Utilizzabile, come già detto, appare soprattutto il criterio storico, poiché la tradizione fornisce i modelli che valgono come direttive per il caso da decidere. Ma l’interpretazione storica può servire soltanto come base o punto di partenza, poiché l’esperienza dimostra che il significato della clausola generale viene determinato di volta in volta nell’applicazione alla nuova fattispecie.

In tal senso si conferma l’idea secondo cui, muovendo da una prima comprensione, legata al significato storicamente acquisito, la regola deve essere concretizzata con riguardo al singolo caso, in modo che la soluzione sia giusta e ragionevole. Tale

concretizzazione, tuttavia, non equivale a creazione del diritto, proprio per il peso della tradizione e dei precedenti nella formulazione della regola. Chi applica la clausola generale deve giustificare, alla luce del criterio storico e delle caratteristiche del caso concreto, il metodo logico seguito nella fase di concretizzazione.

Peraltro, la necessità di fare riferimento ai dati tramandati consente di escludere che l'interpretazione della clausola generale si risolva in una concretizzazione e in una applicazione secondo meri criteri di ragionevolezza. Quest'ultima non è certo estranea all'attribuzione di contenuti alla clausola generale, come del resto non può essere ignorata nell'interpretazione di ogni norma, ma proprio per il fatto di essere implicita nell'applicazione del diritto, non costituisce una caratteristica peculiare nel processo che conduce ad attribuire un significato alla clausola generale.

Il problema del rapporto tra criteri di interpretazione e significato da attribuire al dettato legislativo riguarda, quindi, tutte le norme, non soltanto quelle che contengono clausole generali⁶⁹⁵. Nel caso di queste ultime, peraltro, la riflessione risente delle incertezze relative ai canoni di interpretazione ed in particolare, quali siano utilizzabili, quanti essi siano ed, infine, quale sia il loro ordine, se cioè esiste una graduatoria di importanza. In base a quanto esposto, si conferma che nella interpretazione e applicazione delle clausole generali occorre in primo luogo individuare, tenendo conto delle direttive contenute nella norma ed alla luce delle circostanze del caso, quale comportamento debba considerarsi corretto.

La concretizzazione o tipizzazione delle clausole generali non deve essere peraltro intesa come individuazione del “ diritto della fattispecie concreta ”, alla quale deve essere attribuito un grande rilievo ma che non racchiude in sé la decisione, poiché quest'ultima è il frutto di una complessa valutazione, legata a tutti i parametri indicati. Ciò consente, tra l'altro, di fissare il significato della clausola generale con riguardo ai nuovi casi che presentano le stesse caratteristiche. Il significato storico della clausola generale, concretizzato alla luce del caso concreto, serve quindi da modello e nel contempo da punto di partenza per la decisione dei nuovi casi.

Pertanto, sia pure tenendo conto della formazione dei *Fallgruppen*, non può ammettersi un significato oggettivo “preesistente” della clausola generale del quale

⁶⁹⁴ Sull'importanza dell'“ indagine storiografica ” nell'“ itinerario di conoscenza ” dei principi generali, v. Falzea, Relazione introduttiva, in I principi generali del diritto, Roma 1992, 11 ss.

⁶⁹⁵ Cass. S.U., 13 maggio 2010, n. 18288, in F. it., 2010, II, c. 566: “ la struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività concretizzatrice della giurisprudenza ”.

tener conto in tutte le fattispecie definite come “simili”, indipendentemente dalle prospettive dell’interprete aventi riguardo al caso concreto. Il modello consegnato dalla tradizione deve essere posto in connessione con lo *standard* di giudizio dettato dal momento attuale, in modo da conseguire una decisione adeguata al nuovo caso. Il modello di valutazione non richiede continui e significativi adattamenti in alcuni ambiti caratterizzati da stabilità, ma è, comunque, soggetto all’erosione del tempo ed alle esigenze dell’evoluzione della società, per cui una formula rigida è destinata, prima o poi, a risultare inadeguata.

In definitiva, nell’interpretazione e nell’applicazione delle clausole generali, si richiede attenzione per cogliere il peso della regola tramandata ma anche sensibilità nel valutare le caratteristiche e le esigenze della nuova fattispecie. Di conseguenza, appare insufficiente ogni forma di schematizzazione che tenda ad equiparare il nuovo caso a quello che ha condotto ad una precedente concretizzazione della clausola generale. La concretizzazione della clausola generale deve rinnovarsi in ogni applicazione, alla luce delle esigenze di regolamentazione della singola fattispecie. D’altra parte, ogni interpretazione della norma giuridica rappresenta una decisione che implica una scelta collegata alle caratteristiche della fattispecie concreta.

Anche le norme del codice civile italiano che contengono clausole generali, in maniera più o meno consapevole, hanno costituito oggetto di interpretazione: ad esse è stato attribuito un significato, come si vedrà, mutevole nel tempo⁶⁹⁶.

Può farsi l’esempio dell’art. 1175 c.c. secondo cui creditore e debitore devono comportarsi secondo correttezza e dell’art. 1375 c.c., che impone di eseguire il contratto secondo buona fede. Stabilire se le due clausole generali, correttezza e buona fede, abbiano lo stesso significato o significati diversi è indubbiamente una questione di interpretazione.

Come è noto, la migliore dottrina è pervenuta alla conclusione secondo cui le due norme indicano un’unica regola di comportamento⁶⁹⁷.

Luigi Mengoni⁶⁹⁸, ad esempio, individua una “ clausola della correttezza e della buona fede ” come strumento di controllo dell’autonomia privata. Questa clausola, afferma

⁶⁹⁶ Fortunato, Clausole generali e informazione contabile fra integrazione giurisprudenziale e integrazione professionale, in *Contratto e impr.*, 2010, 477 ss.; Scognamiglio, Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo sull’autonomia privata, in *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, a cura di Gambino, Torino 2011, 157 ss.; Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano 1970.

⁶⁹⁷ Bianca, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1979, 76 ss.; Giorgianni, *Lezioni di diritto civile. L’adempimento*, Milano 1956.

Mengoni, “ si concretizza in obblighi autonomi ordinati alla protezione di ciascun contraente a preservare la propria persona e i propri beni da danni prodotti da comportamenti scorretti (sleali o neglienti) dell’altra”. Conviene chiedersi, tuttavia, se per giungere al suddetto risultato interpretativo siano stati applicati canoni di interpretazione della legge o, piuttosto, se esso sia il frutto di una presa d’atto della “concretizzazione” che le due clausole generali avevano ricevuto nella loro applicazione ad opera della giurisprudenza.

La concretizzazione avviene, infatti, ad opera del giudice, il quale richiama la norma che contiene la clausola generale ma, sulla sua base, forma diritto giurisprudenziale, cioè regole che, secondo un’autorevole opinione, non rappresentano “ se non in senso quanto mai lato, applicazione della legge⁶⁹⁹”.

Ad esempio, la tipizzazione della clausola generale sulla ingiustizia del danno⁷⁰⁰ (art. 2043 c.c.), ha permesso di qualificare quale danno ingiusto nei diversi momenti storici la lesione di un diritto assoluto, successivamente anche quella di un diritto relativo, ed infine quella di un interesse meritevole di tutela.

Il succedersi di restrizioni e ampliamenti della portata dell’espressione “danno ingiusto” dimostra che ben difficilmente può parlarsi di una (mera) interpretazione della norma, mentre si deve prendere atto delle regole effettivamente vigenti nei diversi momenti storici, elaborate dalla giurisprudenza sulla base di un concetto elastico suscettibile di mutevoli interpretazioni.

Analoghe riflessioni possono svolgersi con riferimento alla buona fede contrattuale. Dall’insieme delle norme previste nel codice vigente emerge come il legislatore abbia inteso sottoporre ai principi di lealtà e correttezza l’intera vicenda contrattuale, dalla fase della formazione, eventualmente caratterizzata dallo svolgimento di trattative, fino all’esecuzione. Ed è interessante osservare che alle diverse norme in tema di buona fede del codice civile italiano corrispondeva fino a pochi anni fa un’unica norma nel codice civile tedesco, il notissimo § 242 BGB. Peraltro, le “ concretizzazioni ” che quest’ultima norma aveva ricevuto da parte della giurisprudenza tedesca nella prima

⁶⁹⁸ Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 9. Secondo Mengoni, la norma dell’art. 1175 “ esprime già per se stessa ” un dovere di solidarietà tra le parti, per cui non occorre integrarla con il dovere sociale di solidarietà previsto dalla Costituzione (art. 2 e 412 Cost).

⁶⁹⁹ Galgano, *Il contratto*, Padova, 2011, 581 ss.

⁷⁰⁰ Si fa riferimento, per semplificare, alla tesi più diffusa che considera “ clausola generale ” il riferimento alla ingiustizia del danno di cui all’art. 2043 c.c.: Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, p. 79 ss.; e, di recente, Russo, *Ars interveniendi e ars combinatoria*, in *Contratto e impr.*, 2012, p. 629. Di “ principio ” enunciato all’art. 2043 c.c., parla invece Bartole, voce *Principi del diritto* (dir. cost.), in *Enc. dir.* XXXV, Milano 1986, p. 497.

parte del secolo scorso, studiate dalla dottrina italiana, hanno favorito la formulazione di diverse regole, con riferimento alle singole fasi della vicenda contrattuale, recepite dal legislatore italiano negli articoli 1337, 1366, 1375 c.c.

Alla luce di quanto sin qui esposto, possono compiersi alcune osservazioni. In primo luogo può dirsi che nei contributi in tema di interpretazione della legge manca di solito qualsiasi riferimento alla problematica dell'interpretazione delle clausole generali e questo dato potrebbe far pensare che non si ponga alcun problema specifico, essendo le regole di interpretazione della norma giuridica senz'altro applicabili anche alle norme che prevedono clausole generali. Ma, in realtà, si è visto che se si esaminano i canoni di interpretazione della legge e si tenta di applicarli alle norme che contengono clausole generali, essi sono utilizzabili soltanto in misura modesta.

In secondo luogo, inoltre, va osservato che la clausola generale debba essere “compresa” più che interpretata, e comprendere la clausola generale non può significare soltanto ricostruzione del pensiero racchiuso nella legge in quanto con le clausole generali il legislatore offre uno “schizzo di regolamentazione” che deve essere concretizzata con riguardo alle singole fattispecie⁷⁰¹. Ciò vale, in diversa misura, nell'applicazione di tutte le norme giuridiche, ma quando ricorre una clausola generale è il contenuto stesso della norma che la prevede ad essere determinato attraverso la fusione del significato tradizionalmente attribuito e delle peculiari caratteristiche riscontrabili nel nuovo caso. Il dato che maggiormente caratterizza l'interpretazione delle clausole generali, quindi, consiste nel fatto che non si tratta tanto di sussumere un determinato comportamento sotto una norma che prevede un astratto modello, bensì di individuare, alla luce delle direttive impartite dalla norma e delle circostanze del caso, quale comportamento debba considerarsi corretto. Spesso tale attività di interpretazione necessita del riferimento ad elementi estranei all'ordinamento giuridico e di un travaso di concetti non giuridici nel mondo del diritto.

Al riguardo, nella letteratura italiana si segnala un contrasto di opinioni, essendo stato osservato, contrariamente alla tesi tradizionale⁷⁰², che l' “integrazione” della clausola generale non comporta necessariamente un rinvio a parametri esterni al diritto, bensì a

⁷⁰¹ Bobbio, Sul ragionamento dei giuristi, in Riv. Dir. Civ., 1955, I, p. 3 ss.: “ le norme giuridiche sono prodotti culturali ... considerare una norma come prodotto culturale vuol dire applicare alla sua comprensione la due tecniche della ricerca genetica e della ricerca teologica ” (p. 11).

⁷⁰² Rescigno, Una nuova stagione per le clausole generali, in Giur. it., 2011, 1689 ss.

volte, il rinvio a parametri interni al diritto, ed in quest'ultimo caso l'integrazione stessa consisterebbe in una normale attività di interpretazione⁷⁰³.

Nella tesi, in parte condivisibile, sembra tuttavia nascondersi un equivoco, poiché la funzione della clausola generale è quella di arricchire l'ordinamento giuridico attraverso la possibilità concessa al giudice, che applica la clausola, di utilizzare parametri provenienti da sistemi di regole e valori *non* giuridici. Tali regole e valori possono avere ispirato il legislatore nella formulazione di alcune norme, ed anzi è normale che ciò avvenga, con la conseguenza che l'interprete della clausola generale può ravvisare la presenza dei suddetti valori anche all'interno dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, se non è possibile l'interpretazione estensiva o l'applicazione analogica della norma che ha recepito il valore esterno a cui si ritiene di fare riferimento, è soltanto la clausola generale che consente di utilizzarlo per la soluzione del caso.

Occorre peraltro aggiungere che molto spesso il ricorso alle clausole generali è suggerito dalla necessità di "correggere" la soluzione a cui si perverrebbe in base all'applicazione di una norma specifica o del regolamento contrattuale, considerata ingiusta alla luce delle peculiarità del caso concreto. In queste ipotesi non può parlarsi, a ben vedere, del richiamo a principi o valori esterni all'ordinamento giuridico, poiché la clausola generale rappresenta semplicemente lo strumento per conseguire una decisione giusta, fine primario e immanente del diritto.

L'utilizzo di elementi estranei all'insieme delle norme scritte al fine di integrare il contenuto di una clausola generale, può avvenire in varia misura nei diversi ordinamenti giuridici e nei diversi momenti storici. Inizialmente nell'ordinamento italiano, dopo l'entrata in vigore del codice civile, l'utilizzazione delle clausole generali è stata modesta e questo contribuisce a spiegare perché è quasi assente la riflessione in materia di interpretazione delle clausole. Oggi il giurista guarda alla buona fede come criterio che potrebbe servire all'armonizzazione del diritto privato in Europa, ed infatti attorno alla buona fede è stata costruita l'importante direttiva sulle clausole abusive del 1976. In questi casi, e cioè laddove la clausola generale sia prevista in una direttiva europea, si avverte, in maniera ancora più pregnante, il problema interpretativo perché appare difficilmente ipotizzabile una interpretazione ad opera dei giudici nazionali in grado di realizzare una certa armonizzazione. Peraltro, nonostante le difficoltà, l'esigenza di assicurare una interpretazione coerente con lo

⁷⁰³ Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010, 87 ss.

scopo di armonizzare, è evidente soprattutto nel caso delle clausole generali che, spesso, rappresentano il nucleo della direttiva. Quest'ultima, infatti, spesso contiene clausole generali in punti di centrale rilievo della regolamentazione da essa dettata. Il ricorso alle clausole generali si spiega alla luce della maggiore facilità di trovare un consenso, rispetto a quanto accade nel caso di regole specifiche in fase di stesura della direttiva⁷⁰⁴ ma soprattutto in considerazione del fatto che le clausole generali, spesso già presenti nella legislazione degli Stati Membri, esprimono principi di ragione o regole di comportamento che appartengono alla tradizione della civiltà giuridica europea. In definitiva, il ricorso alle clausole generali è necessario nella costruzione dell'ordinamento privatistico europeo, come è (stato) indispensabile nella costruzione delle legislazioni nazionali del continente europeo legate all'idea della codificazione.

Nonostante da sempre si sia avvertita la necessità di porre precisi limiti all'attività del giudice concretizzantesi nella tendenza verso la “determinatezza” del contenuto delle norme giuridiche, tuttavia, i mutamenti sociali e l'evoluzione della tecnica hanno reso ben presto manifesta l'impossibilità di racchiudere in norme dal contenuto ben determinato tutte le eventuali fattispecie della vita e, quindi, la necessità di dettare altresì norme, dal contenuto “flessibile”, che permettessero di adattare la regola alle peculiarità del caso concreto. Si sacrifica, pertanto, in questi casi, l'aspirazione a formule normative precise, e concetti giuridici dal contenuto indeterminato diventano componente essenziale del diritto scritto, con la funzione di consentire al giudice di adattare le norme alle circostanze del caso concreto e di colmare le inevitabili lacune di regolamentazione.

In altri termini, rispetto alla preoccupazione della decisione arbitraria diviene prevalente quella di una decisione che non sia in grado di tenere conto delle peculiarità del caso concreto.

Par. 1.3: La funzione della clausola generale di buona fede e la sua posizione nell'ordinamento giuridico.

In passato si è affermata in Italia la necessità di abbandonare la buona fede, principio etico, per sostituirla con la ragionevolezza, così che tutti i richiami normativi alla

⁷⁰⁴ Pizzorusso, Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi, in Pol. Dir., 1988, 662: “compromessi politici che consentono di sbloccare situazioni altrimenti senza uscita”.

prima si sarebbero dovuti rileggere in chiave, appunto, di “ragionevolezza”⁷⁰⁵. Tutto ciò in una prospettiva volta a mettere in discussione l'utilità di un concetto che, essendo impregnato fino in fondo di eticità, non sarebbe più in grado di esplicare una funzione ordinante in una società in cui il richiamo alla clausola di correttezza sarebbe strumento per dare spazio all'eccessiva discrezionalità interpretativa dei giudici piegandosi agli umori ed alle ideologie di quest'ultimi. Di fronte a un quadro siffatto, la ragionevolezza, definita criterio non morale ma “amorale”, neutro e pragmatico, rappresenterebbe «l'unico modulo valido ed accettabile proprio perché a misura d'uomo per determinare... il punto di equilibrio tra le opposte pretese»⁷⁰⁶.

Il ricorso all'etica, infatti, «nelle società pluraliste, si può ispirare a valori... non unanimemente condivisi dal corpo sociale» e tale caratterizzazione in chiave etica della buona fede non gioverebbe alle fortune del concetto, accrescendo invece la diffidenza verso l'accoglimento della stessa in un preciso significato precettivo; la correttezza andrebbe quindi intesa come sinonimo di “ragionevolezza”, in un'accezione neutra e tecnica, che la affranchi dagli eccessi del solidarismo⁷⁰⁷. In questi termini, ad esempio, dovrebbe intendersi la correttezza quale criterio di controllo sugli atti di esercizio da parte del datore di lavoro di poteri non vincolati⁷⁰⁸, portando la logica del ragionevole a commisurare la correttezza del datore di lavoro agli «stereotipi professionali

⁷⁰⁵ Criscuoli, Buona fede e ragionevolezza, in Riv. dir. civ., 1984, I, 732.

⁷⁰⁶ Criscuoli, Buona fede e ragionevolezza, in Riv. dir. civ., 1984, I, 732.

⁷⁰⁷ Castelvetti, Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali, in Dir. lav e relaz. ind., 2001, 237.

⁷⁰⁸ Il tema della disputa è quello del sindacato, sul piano della disparità di trattamento, degli atti del datore di lavoro che costituiscono esercizio di poteri discrezionali. Fino al 1993, la Cassazione lo intendeva come un controllo di ragionevolezza fondato sulla buona fede, alla stregua del quale gli atti del datore di lavoro dovevano essere «espressi in termini comprensibili, chiari, in modo da farne risaltare il collegamento alla qualità della prestazione o ad altre ragioni di convenienza economica», mentre per quanto concerne le disparità di trattamento si riteneva che il datore di lavoro dovesse fornire valida giustificazione «per poterne dimostrare la razionalità e l'opportunità» (le parole sono di Castelvetti, op. cit., 244). Allineandosi a tale orientamento la Corte Costituzionale aveva, dapprima, negato la vigenza di un generale principio di parità di trattamento nei rapporti privati, da ciò traendo la conseguenza che sono sì tollerabili disparità di trattamento, ma «sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli» (C. cost., 9.3.1989, n. 103, in Riv. it. dir. lav., 1989, II, 389): la buona fede non giustifica, dunque, un controllo sul merito delle scelte dell'imprenditore, ma solo sulle modalità con cui vengono esplicitate o sulla coerenza dei comportamenti concreti rispetto ai criteri generali unilateralmente adottati dalle aziende nella gestione del personale. Senonché, nel 1993, le Sezioni Unite, pur ribadendo l'inesistenza di un principio di parità di trattamento, hanno affermato, in termini drastici, l'inammissibilità di qualsiasi controllo di razionalità o “ragionevolezza” sugli atti privati, «fuori dell'ipotesi del contrasto con norme imperative... residua[ndo] l'ampia libertà dell'autonomia privata» (Cass., S.U., 29.5.1993, n. 6030). Dopo questa restrittiva presa di posizione, la giurisprudenza, anziché reindirizzarsi lungo il percorso prima tracciato (quello di un controllo di ragionevolezza, fondato sulla buona fede), si è mossa nella direzione di un'accentuazione ancora più forte del connotato etico della buona fede, suscitando il timore di una riesumazione di improbabili concezioni istituzionalistiche o comunitarie dell'impresa, tali da implicare penetranti controlli di merito sulle scelte discrezionali del datore di lavoro.

comunemente praticati dall'imprenditore "ragionevole"⁷⁰⁹": né onesto né disonesto, sul piano etico, né valutabile in termini di capacità ed efficienza..., né ispirato alla logica solidale del collettivo che collide con quella individualistica del conflitto d'interesse tra lavoratore e datore di lavoro⁷¹⁰».

Ma se è certamente lodevole il tentativo di sottrarre il giudizio sugli atti di autonomia privata al personalismo dei giudici, per ancorarlo a parametri oggettivi, non persuade l'idea di espungere la buona fede come principio etico dallo spettro del controllo. La soluzione proposta porta, infatti, a trasformare il controllo sulle scelte discrezionali del datore di lavoro in un controllo soltanto procedurale, che prescinde da ogni valutazione nel merito delle scelte compiute. Una soluzione di questo tipo finisce per creare un'autorità privata che si sottrae a controlli sostanziali, un esito, questo, che, come la dottrina più avvertita ha da tempo indicato,⁷¹¹ collide con il principio costituzionale di eguaglianza, che impone il rispetto, anche nei rapporti tra privati, della parità reciproca. Significativo è, poi, il fatto che la proposta di risolvere la buona fede nella ragionevolezza venga portata avanti all'insegna dell'obiettivo di svincolare le regole che governano l'agire negoziale dalle istanze della morale sociale, nel segno, cioè, di una proceduralizzazione, in chiave tecnica e neutrale, delle regole di condotta. L'intento non è quello di cucire intorno alla buona fede una veste nuova, quanto di trasformarne, nel profondo, il significato. In altre parole, l'identità di buona fede e ragionevolezza non è la premessa ma il punto di arrivo di un processo che si desidera realizzare, e la cui fondatezza è tutta però da dimostrare. Si rafforza allora l'impressione che, tutt'al contrario, la buona fede (almeno come tradizionalmente intesa) e la ragionevolezza abbiano in realtà due anime diverse, l'una improntata al valore etico della solidarietà (contrattuale), l'altra improntata a valori che potremmo, in prima battuta, definire di "sano" buon senso e di "neutro" pragmatismo, sicché volerle identificare rappresenta, più che una scelta di semplificazione concettuale, in sé asettica e neutrale, una precisa opzione di politica del diritto, che si può condividere oppure no, ma che non sembra possibile assecondare acriticamente.

Parte della dottrina⁷¹² ha proposto di assimilare la buona fede alla ragionevolezza nell'interpretazione del contratto e, in particolare, di spiegare in termini di

⁷⁰⁹ Castelvetti, Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali, in *Dir. lav e relaz. ind.*, 2001, 237 ss.

⁷¹⁰ Ichino, Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 2094-2095, Milano, 1992.

⁷¹¹ Bianca, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

⁷¹² Scognamiglio, *L'interpretazione*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, in *Tratt. dei contratti Rescigno*, Torino, 2000, 924 ss. La premessa della tesi è che la disciplina dell'interpretazione restituisce

ragionevolezza il canone dell'interpretazione secondo buona fede di cui all'art. 1366 c.c. La ragionevolezza, quindi, costituirebbe uno dei pilastri dell'ermeneutica del contratto, destinato ad assumere «un'importanza paragonabile a quella che fino ad anni recenti si era comunemente disposti a riconoscere alla buona fede... rispetto alla quale può forse vantare di non presentarsi incrostata... delle incertezze, o delle incomprensioni, che hanno così a lungo falsato un'efficace utilizzazione del canone di buona fede». L'idea, in particolare, è che la specifica funzione del canone ermeneutico della buona fede sia quella di ricostruire la portata dell'atto «alla stregua di schemi socialmente tipici», cogliendo in esso quanto vi sia di «tipico e socialmente normale»: la buona fede si libererebbe, così, «dai contorni incerti, se non nebulosi, che l'hanno sempre caratterizzata per innestarsi sul solido terreno dei criteri di ragionevolezza desunti dalla realtà dei traffici, così confluendo con gli analoghi criteri ermeneutici dettati nell'esperienza del diritto uniforme o del diritto privato europeo⁷¹³».

Il parallelo che s'intende stabilire tra buona fede e ragionevolezza, sulla premessa che entrambe rinviino a “*standards* di normalità sociale”, sembrerebbe non potersi applicare fino in fondo alle regole di interpretazione. Ed infatti, se è vero che lo standard della “persona ragionevole” richiama un parametro oggettivo di valutazione basato sul riferimento ad un modello ideale di condotta, caratterizzato da “regolarità sociale”, sembra, tuttavia, che tale modello sia quello offerto non dalla correttezza, bensì, dalla diligenza⁷¹⁴.

Attualmente il principio di correttezza e buona fede è *Grundnorm*, regola di governo della discrezionalità contrattuale e, pertanto, riceve una forte valorizzazione nei

«l'immagine di una tensione tra la concretezza della regola dettata dai contraenti per i loro interessi e la generalità degli schemi di comprensione predisposti dall'ordinamento», una tensione che si risolve in «una progressione dell'interpretazione, la quale soltanto dopo avere constatato l'impossibilità di cogliere il senso concreto della regola potrà volgersi all'applicazione di schemi di comprensione di natura obiettiva», alcuni «fissati direttamente dalla legge», altri «individuati per rinvio a standards di valutazione accreditati nella realtà sociale».

⁷¹³ Scognamiglio, *L'interpretazione*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, in *Tratt. dei contratti* Rescigno, Torino, 2000, 924 ss.

⁷¹⁴ Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, 422 ss. Tale Autore muove dall'idea secondo cui l'art. 1366 c.c., richiamando la correttezza come regola obiettiva di condotta e, in particolare, il canone di lealtà, impone a ciascuna parte di intendere le proprie dichiarazioni in modo da rispettare l'affidamento che l'altra può avere ragionevolmente riposto nel significato obiettivo delle stesse in rapporto alle concrete circostanze. Esiste pertanto un collegamento tra buona fede e ragionevolezza, ma non in termini di identificazione, ossia nel senso che entrambe richiamino gli stessi standard di comportamento, bensì nel senso che la ragionevolezza è limite di rilevanza dell'affidamento: l'affidamento che merita protezione è infatti solo quello “ragionevole”, là dove per affidamento “ragionevole” si intende quello di un persona che usi, nelle relazioni negoziali, l'ordinaria diligenza e che, a tale stregua, intenda il significato delle dichiarazioni a lui rivolte. Si riporta un passo tratto dal testo: «la diligenza non è un momento della buona fede ma un limite», e «Il ragionevole affidamento di

rapporti tra i privati. Questa conclusione è stato il punto di approdo di un complesso percorso interpretativo che ha permesso alla stessa di spogliarsi della veste di precetto morale per indossare quella di regola giuridica dotata di un autonomo spazio applicativo⁷¹⁵. L'acquisizione del ruolo di regola giuridica ha comportato due conseguenze: in primo luogo l'obbligo di comportarsi secondo buona fede assume il valore di obbligazione *ex lege* il cui inadempimento comporta l'operatività dell'articolo 1218 c.c.; in secondo luogo il richiamo a quel principio è strumento tramite il quale è possibile operare il bilanciamento ed il riequilibrio del rapporto contrattuale al fine di mantenerlo in vita arginando il rischio dell'abuso del diritto. Crescente è stata l'attenzione che gli interpreti hanno rivolto a tale principio in virtù della sua duttilità e della sua capacità di integrazione valutativa in un'ottica costituzionalmente orientata. Esso si pone quale canone di comportamento che impone di non ledere l'interesse altrui, fuori della legittima difesa dell'interesse proprio. Tuttavia potrebbe nascere spontaneo domandarsi come mai l'atteggiamento della dottrina sia stato inizialmente così ostile al pieno riconoscimento di un'autonoma cittadinanza alla clausola generale di buona fede. Il problema di fondo era dato dalla difficoltà di considerare norma giuridica una disposizione che pone doveri giuridici ma non prevede, in caso di inosservanza, nessuna sanzione. Si diceva che una norma senza sanzione è come un "fuoco che non arde, un lume che non splende"⁷¹⁶. Da ciò consegue che la violazione di un dovere, quando la legge non ne faccia conseguire una sanzione, non potrebbe costituire da sola criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento.

La svolta si è avuta con una sentenza della Cassazione⁷¹⁷ con la quale si è riconosciuto che una norma che prescrive un dovere giuridico di comportamento può essere annoverata nell'ambito delle fonti delle obbligazioni (fonti *ex lege*), il cui inadempimento consente l'operatività della regola generale di inadempimento delle obbligazioni con conseguente responsabilità e risarcimento del danno⁷¹⁸. Questa nuova lettura, operata dalla giurisprudenza di legittimità, ha avuto un suo riconoscimento anche in quella costituzionale. Il giudizio di legittimità costituzionale di una norma,

una parte si determina in relazione a quanto l'altra parte abbia lasciato intendere mediante le proprie dichiarazioni e il proprio comportamento valutati secondo un metro di normale diligenza»;

⁷¹⁵ Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965, 162; Franzoni, *Degli effetti del contratto*, vol. II, *Integrazione del contratto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1999, 171 ss.

⁷¹⁶ Cass. 16 febbraio 1963 n. 357, in *Foro Pad.* 1964, I, 1283 con nota di Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*.

⁷¹⁷ Cass., Sez. Un. 2 novembre 1979 n. 5688, in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 440 con nota di Di Majo, *Le forme di tutela contro i cd. "poteri privati"*.

infatti, non deve tener conto della sua formulazione ma di come la stessa vive e sia divenuta concreta attraverso l'interpretazione giurisprudenziale. Pertanto la legge deve essere attualizzata attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata effettuata dalla giurisprudenza.

Schematicamente può dirsi che la buona fede è principio di stampo fortemente giuridico in quanto è applicabile ai rapporti contrattuali; è regola il cui inadempimento determina l'operatività del meccanismo di cui all'articolo 1218 c.c.; è strumento di governo e riequilibrio del rapporto contrattuale in modo da tenerlo in vita con riflessi positivi per le parti e per il mercato. Quest'ultimo ruolo richiede la necessità dell'aggancio alla solidarietà sociale tramite la quale la disposizione in questione può operare in chiave integrativa e riequilibratrice dei contrapposti interessi allo scopo di governare la discrezionalità contrattuale⁷¹⁹. Da ciò emerge un duplice rilievo che può riconoscersi al principio di correttezza e buona fede. Esso consente innanzitutto l'individuazione di obblighi contrattuali ulteriori, anche se non espressamente previsti nel contratto, al fine di tutelare l'utilità dell'altra parte; inoltre rende possibile il bilanciamento dei contrapposti interessi intervenendo sul contenuto del contratto laddove ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento delle posizioni delle parti. In tal senso opera come strumento di bilanciamento di opposti interessi tenendo conto quanto presente nel regolamento contrattuale ed operando anche in chiave correttiva dello stesso. Le osservazioni sin qui svolte consentono, altresì, di cogliere la presenza di un legame tra la regola di correttezza ed il giudizio di meritevolezza che ha una portata diversa rispetto al giudizio di liceità che inerisce alla contrarietà a norme imperative, buon costume ed ordine pubblico. La meritevolezza, invece, attiene al profilo dell'accertamento della idoneità dell'atto a realizzare interessi protetti dall'ordinamento ai suoi più elevati livelli normativi⁷²⁰.

Par. 1.4: Evoluzione della buona fede nella prospettiva giurisprudenziale.

La buona fede trova il suo primario addentellato normativo nell'articolo 1175 c.c. : in tema di obbligazioni si dice che entrambe le parti del rapporto obbligatorio sono tenute

⁷¹⁸ Barassi, Teoria generale delle obbligazioni, III, Milano, 1948, 789.

⁷¹⁹ Gallo, Trattato del contratto, vol. II, Torino, 2010, 1376 ss; D'Angelo, La buona fede, in Trattato Bessone, vol.XIII, IV, Torino, 2004, 33 ss.

a comportarsi secondo correttezza. Tuttavia questa norma non può essere considerata come una monade e va letta congiuntamente con altre disposizioni normative quali, ad esempio, l'articolo 1375 c.c. che fa riferimento all'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede⁷²¹. Il richiamo alla buona fede, tuttavia, è disseminato in diverse disposizioni del codice civile: l'articolo 1337 c.c. in tema di responsabilità precontrattuale e l'articolo 1366 c.c. che afferisce alle modalità interpretative del contratto. Sui rapporti tra buona fede e correttezza è dato riscontrare assenza di unanimità di vedute in dottrina. Alcuni propendono per una completa sovrapposibilità dei due concetti, ritenendo che la buona fede, imponendo di comportarsi secondo onestà, lealtà e probità nei rapporti obbligatori, non faccia altro se non imporre un modello di comportamento ispirato alla correttezza. Secondo altre ricostruzioni interpretative, invece, sarebbe dato scorgere una diversità di significato tra le due nozioni. Si dice che esse si differenzierebbero sotto un profilo soggettivo in quanto la buona fede, di cui all'articolo 1375 c.c., avrebbe come destinatario il solo debitore, la correttezza entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio⁷²². Sempre nell'ambito di questa impostazione, tesa ad individuare un differente ambito applicativo soggettivo dei due concetti, si sottolinea che in realtà il destinatario della correttezza sarebbe il solo creditore, alla luce della presenza di altra norma, quale l'articolo 1176 c.c., che individuerrebbe l'obbligo di diligenza di cui è destinatario il solo debitore⁷²³. In realtà tali differenziazioni soggettive sono oggetto di aspre critiche in quanto si vuole evidenziare che se lo scopo del legislatore è quello di conformare il rapporto obbligatorio, complessivamente inteso, a dei canoni comportamentali che lo riconducano a giustizia, è evidente che verrebbe completamente tradita questa intenzione laddove si applicasse il principio solo a tutela di alcuni soggetti del rapporto obbligatorio. Secondo una diversa interpretazione, ciò che differenzierebbe buona fede e correttezza sarebbe il diverso ambito applicativo dal punto di vista oggettivo. L'articolo 1375 c.c., infatti, essendo collocato nel capo V del libro IV cioè nella parte dedicata alla disciplina del contratto e dei suoi effetti, sarebbe applicabile solo alle obbligazioni che scaturiscono dal contratto; diversamente l'articolo 1175 c.c. andrebbe riferito a tutte le obbligazioni, senza distinguere in base alla loro fonte⁷²⁴. Ulteriore impostazione ritiene che la distinzione tra le due norme andrebbe individuata in base al

⁷²⁰ Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 346 ss.

⁷²¹ Sacco, *La presunzione di buona fede*, Riv. Dir. Civ., 1959, 5.

⁷²² Nicolò, *Adempimento (dir. civ.)*, in Enc. Dir., I, Milano, 1958, 558.

⁷²³ Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 323.

⁷²⁴ Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, 789.

contenuto degli obblighi che dalle stesse deriverebbero: la buona fede imporrebbe degli obblighi a contenuto positivo, la correttezza, invece, richiederebbe una condotta di astensione dalla lesione dell'altrui diritto⁷²⁵. Anche questa ricostruzione sarebbe priva di fondamento in quanto può dirsi che sia gli obblighi a contenuto positivo che quelli negativi non sono altro che promanazione del principio di solidarietà sociale che trova appiglio costituzionale nell'articolo 2 Cost. Si tratta della stessa regola, espressione dello stesso principio, applicata sotto diverse angolazioni e prospettive. Quest'ultima impostazione, che richiama il principio costituzionale di solidarietà sociale, risulta essere l'impostazione maggiormente accolta. Quanto alle concezioni della buona fede, giova considerare che due sono state le principali impostazioni che hanno prevalso nel dibattito dottrinario. La prima, quella valutativa, prevede che la regola della correttezza funga da guida per la valutazione del comportamento concretamente posto in essere dalle parti del rapporto obbligatorio. In sostanza sarebbe un criterio di verifica ex post in ordine alle modalità di svolgimento del rapporto obbligatorio e per verificare se lo stesso si sia atteggiato in concreto nel rispetto dei valori costituzionali, cui anche i rapporti patrimoniali sono intimamente vincolati. Accanto a questa prima impostazione, è dato scorgerne una seconda in ordine al ruolo della buona fede nel nostro ordinamento. In base all'impostazione precettiva, infatti, la buona fede opererebbe come criterio volto ad apportare delle modifiche al contenuto del rapporto obbligatorio inserendo, a carico del debitore, degli obblighi ulteriori rispetto a quelli sanciti nel contratto a tutela dell'interesse creditorio, ovviamente rispettando il limite dell'apprezzabile sacrificio⁷²⁶. Anche la giurisprudenza si è progressivamente adeguata a questo processo evolutivo che ha interessato la buona fede. Si è determinato, pertanto, il superamento di quella ritrosia al suo impiego nel timore che venisse minata la certezza del diritto e, progressivamente, da strumento di indagine, in ordine alla conformità dei comportamenti dei contraenti rispetto a quanto previsto nel regolamento negoziale⁷²⁷, si è trasformata in criterio volto ad integrare il contenuto del contratto⁷²⁸. In definitiva è ben possibile che obblighi ulteriori gravino sulle parti, indipendentemente da una specifica clausola contrattuale, in quanto trovano appiglio nella buona fede, mezzo necessario per adeguare il rapporto contrattuale a

⁷²⁵ Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 63.

⁷²⁶ Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, Riv. Dir. Civ., 1983, I, 205; Rovelli, *La correttezza*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa-Bessone, I, Torino, 1991, 557 ss.

⁷²⁷ Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1961, I, 7.

⁷²⁸ Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca* (artt. 1173-1176), Bologna-Roma, 1988, 335.

valori costituzionali, primo fra tutti quello solidaristico. La terza fase evolutiva della buona fede ha portato a riflettere sul fatto che non è possibile accettare che l'esecuzione del contratto possa fungere da pericolo per gli interessi non solo patrimoniali del creditore ma anche personali. Ciò significa che il debitore, dovrà osservare nei confronti del creditore, un comportamento protezionistico teso ad evitare che, in occasione dell'esecuzione della prestazione, si ledano interessi della controparte diversi da quelli tutelati dal contratto (esempi li si ritrovano negli artt. 2087 c.c., 1681 c.c., 1580 c.c.)⁷²⁹. In una successiva fase evolutiva, si giunge a ritenere che la buona fede non è idonea a tutelare gli interessi patrimoniali e non patrimoniali del solo creditore, ma può fungere da strumento di salvaguardia anche di altri soggetti che si trovino in relazione di prossimità con il creditore tali da esporli ai medesimi rischi⁷³⁰. L'ultima fase evolutiva della buona fede è quella maggiormente vicina alla concezione attuale che tende a valorizzare i canoni costituzionali. Si dice, infatti, che la buona fede svolge un ruolo integrativo degli obblighi contrattuali caratterizzandoli con connotati protezionistici, non solo a favore del creditore, ma anche a tutela del debitore. Anche il creditore deve esercitare il diritto di cui è titolare in modo congruo, rendendo più facile l'adempimento dell'obbligazione, accettando modifiche al contenuto della prestazione che non alterino in modo significativo il soddisfacimento del suo diritto, non pretendendo la prestazione, se divenuta inesigibile per effetto di sopravvenienze, ricevendo la prestazione quando correttamente adempiuta soprattutto quando tale condotta vada a soddisfare anche l'interesse del debitore. Condotte di segno contrario, invece, concretizzerebbero un esercizio abusivo del diritto di credito che si concretizza quando il creditore solo formalmente esercita delle pretese rientranti nel diritto riconosciutogli, ma in realtà agisce in modo contrario allo spirito della legge.

Par. 1.5: Un esempio di duttilità della clausola di “buona fede”: l’obbligo di informativa precontrattuale.

⁷²⁹ Bianca, Diritto civile, vol. IV, L'obbligazione, Milano, 1993, 87.

⁷³⁰ Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in Giur. It., 1995, I, 1, 318.

La stipulazione di un contratto rappresenta, nella maggior parte dei casi, il punto di approdo di un percorso in cui le parti, in fasi progressive, hanno modo di confrontarsi reciprocamente per definire in modo unitario il loro assetto di interessi dando vita al regolamento negoziale che, da quel momento in poi, disciplinerà i loro rapporti. Questa fase, che anticipa la vera e propria conclusione del contratto, è identificata come precontrattuale. Quest'ultima si caratterizza per il fatto che, nonostante non ci sia ancora un regolamento che imponga alle parti le reciproche modalità comportamentali, i futuri paciscenti non possono considerarsi totalmente liberi poiché su di loro graveranno specifici obblighi che traggono la loro fonte dal principio di buona fede, norma cardine nelle relazioni giuridiche in quanto promanazione della solidarietà sociale di derivazione costituzionale.

Quanto agli appigli normativi in tema di obblighi precontrattuali, il codice civile si presenta piuttosto scarso prevedendo soltanto due disposizioni: l'articolo 1337 c.c., norma ampia nella sua formulazione ed atta ad accogliere nel suo alveo applicativo numerosi comportamenti scorretti, e l'articolo 1338 c.c. che, invece, si riferisce ad una specifica ipotesi relativa all'omessa comunicazione alla controparte di cause di invalidità di cui l'altra parte fosse stata a conoscenza. Quest'ultima ipotesi dà luogo ad una responsabilità precontrattuale poiché una parte, confidando sul fatto che l'altra non avesse gli strumenti atti a conoscere la sussistenza di una causa di invalidità, ha determinato, con la sua condotta omissiva, la stipulazione di un contratto invalido. Questa norma non pone problemi di inquadramento sistematico, se non fosse per il fatto che, parte della dottrina, minoritaria, riconduce questa previsione ad una responsabilità precontrattuale da omessa informazione avente ad oggetto la sussistenza di una causa di invalidità.

Tuttavia dottrina ormai consolidata⁷³¹ è compatta nel ritenere che la categoria degli obblighi di informazione, molto più ampia e generica, debba ricondursi all'articolo 1337 c.c. che prescrive la necessità che le parti nel corso delle trattative si comportino secondo buona fede. La formulazione aperta della norma attraverso il ricorso ad una clausola generale, consente di riempire la previsione di significati via via mutevoli a seconda delle esigenze di tutela, che di volta in volta emergano, con riguardo soprattutto a contraenti che si avvicinano alla fase delle trattative con una consapevolezza inferiore rispetto a quella dell'altra parte. E' proprio questo l'ambito

⁷³¹ Marinetti, Responsabilità precontrattuale e risarcimento dei danni: verso una concezione sempre più estensiva, in *Danno e Resp.*, 2000, 10, 82; Gallo, Responsabilità precontrattuale: la fattispecie, in *Riv.*

principale in cui trovano esplicazione gli obblighi di informazione. Quest'ultimi evocano, infatti, la categoria dei contratti asimmetrici cioè di quei contratti che vengono stipulati tra soggetti tra i quali intercorre una "asimmetria informativa" che l'ordinamento richiede sia colmata dal contraente più forte per far in modo che anche l'altro, più debole, espliciti la sua autonomia negoziale in modo più consapevole⁷³². Al riguardo, occorre tenere presente che la disinformazione di un contraente può derivare tanto da una carenza, totale o parziale, quanto da eccesso di informazione⁷³³. Quest'ultima ipotesi porta ad una alterata percezione della realtà e si sostanzia nel comportamento della parte che fornisce una mole elevata di informazioni al fine di rendere difficile la percezione di quelle concretamente rilevanti. L'eccesso di informazione, pertanto, evidenzia un comportamento subdolo del contraente che si nasconde dietro una tecnica informativa apparentemente innocua e che, viceversa, può essere idonea a viziare il consenso. L'informazione, infatti, deve essere adeguata tanto sotto il profilo della quantità quanto sotto quello della qualità. Quest'ultimo aspetto merita particolare attenzione soprattutto in quei casi in cui vi sia una parte debole che necessiti di difendersi dallo strapotere contrattuale del professionista e che, in primo luogo, necessita di un'informazione che sia trasparente⁷³⁴. E' quello che avviene, ad esempio, nelle stipulazioni tra professionista e consumatore dove il rischio di sperequazione del primo ai danni del secondo, trova fondamento nella circostanza che l'attività contrattuale afferisce ad un campo in cui il professionista è più esperto poiché abitualmente vi svolge la sua attività. E' evidente che questo sia un rischio che l'ordinamento giuridico è tenuto a neutralizzare: non può trascurarsi, infatti, che il nostro ordinamento, improntato al principio personalistico e solidaristico di matrice costituzionale, non possa tollerare che la logica del più forte neutralizzi la libertà di ciascuno ad una contrattazione libera, consapevole e, soprattutto, paritaria. Ecco

Dir. Civ., 2004, 295; Scaglione, Buona fede in contrahendo e ordine pubblico economico nel sistema del diritto privato del mercato, in *Giur. Ital.*, 2008, 1.

⁷³² Perlingieri, L'informazione come bene giuridico, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 327; Jannarelli, La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori, in *Lipari, Diritto Privato Europeo*, II, Padova, 1997, 498 ss.; Zencovich, Profili di uno statuto dell'informazione economica e finanziaria, in *Dir. inf.*, 2005, 929; Greco, Profili del contratto del consumatore, Napoli, 2005, 72. Per una puntuale analisi sul tema delle asimmetrie informative vedi De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

⁷³³ Gentili, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 559 ss..

⁷³⁴ Minervini, *Trasparenza ed equilibrio delle condizioni contrattuali nel Testo unico bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 660; Alpa, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim.*, 2003, I, 465 ss.. Occorre ricordare, altresì, che nel linguaggio giurisprudenziale il termine trasparenza è ricorrente nei settori più disparati; per una puntuale rassegna di tali massime si rinvia a Alpa, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003, I, nota 1.

perché sono posti a carico di chi sia avvantaggiato dall'asimmetria informativa obblighi particolarmente pregnanti volti a riequilibrare le posizioni contrattuali. La conseguenza del mancato rispetto di tali obblighi è prevista nell'articolo 1337 c.c. in quanto è promanazione della buona fede la necessità che, in contrattazioni asimmetriche, il contraente più forte offra all'altro tutte le informazioni necessarie per colmare il divario informativo⁷³⁵. Va altresì sottolineato che il carattere generale e aperto della previsione contenuta nell'art. 1337 c.c., da un lato, ed il collegamento con l'art. 1175 c.c., dall'altro, hanno consentito di estendere il quadro delle fattispecie di illecito precontrattuale fino a ricomprendervi la reticenza o l'inesatta comunicazione con riferimento a circostanze che, se ignorate, precludono o quantomeno ostacolano la possibilità per le parti di formarsi una rappresentazione corretta dell'oggetto delle trattative e di quello che potrebbe essere il contenuto del futuro contratto. Il rispetto del principio di buona fede, pertanto, impone alle parti di non omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto che si intende concludere. Occorre rilevare, inoltre, che pur con le precisazioni prima svolte a proposito delle asimmetrie contrattuali, almeno astrattamente, il bisogno di conoscenza si pone in eguale misura per tutti i soggetti interessati allo svolgimento della fase precontrattuale. Ciascuna parte è tenuta, pertanto, ad attivarsi con l'ordinaria diligenza onde acquisire le informazioni a quel fine necessarie. Ovviamente nel caso in cui una parte possieda specifiche doti di competenza e professionalità, risulta particolarmente sentita l'esigenza di protezione del soggetto sprovvisto di specifiche conoscenze tecniche, e, quindi, incapace di valutare con piena cognizione di causa, le qualità, le potenzialità applicative e l'effettiva rispondenza ai suoi bisogni di un determinato bene. Appare coerente affermare che più aumentano i rischi di abuso della propria posizione di superiorità informativa e più si avverte l'esigenza di operare un riequilibrio⁷³⁶. L'obbligo di informazione in questi casi, infatti, può estendersi alla cd. opportunità o inopportunità tecnica di un determinato bene. La controparte professionale, in tali

⁷³⁵ Benatti, La responsabilità precontrattuale, Milano, 1963, 19 ss.; Turco, Interesse negativo e responsabilità precontrattuale, Milano, 1990, 212 ss.; Grisi, L'obbligo precontrattuale di informazione, Napoli, 1990, 34 ss.. Occorre precisare, tuttavia, che l'unica norma che impone espressamente dei doveri precontrattuali di informazione alla parte è l'art. 1338 c.c.. Sul rapporto tra art. 1337 e art. 1338 c.c. vedi Bianca, Diritto civile, III, Il contratto, 2^a ed., Milano, 2000, 156 ss.

⁷³⁶ Pietrobon, Il dovere generale di buona fede, Padova, 1969; Sacco, Il contratto, in Tratt. dir. civ. Vassalli, Torino, 1975, 798 ss.; Di Majo, Clausole generali e diritto delle obbligazioni, in Riv. crit. dir. priv., 1985, 275 ss.; Castronovo, L'avventura delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1986, 21 ss.; Mengoni, Spunti per una teoria delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1986, 5 ss.; Rodotà, Le clausole generali, in I contratti in generale, diretto da Alpa e Bessone, I, in Giur. sist. civ. comm. Bigiavi, Torino, 1991, 397 ss.; M. Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale, 2006, Torino, 2006, 16 ss.

situazioni, per non incorrere in responsabilità precontrattuale, dovrà evitare di assecondare una scelta tecnicamente inopportuna e dovrà porre la controparte nella condizione di poter valutare al meglio la convenienza di un determinato affare. Appaiono evidenti, quindi, le intrinseche potenzialità della clausola di buona fede che, grazie alla sua duttilità, consente di graduare l'informazione in base alle qualità soggettive delle parti.

Riconosciuta normativamente la sussistenza di una responsabilità precontrattuale per omessa informazione ed individuato il fondamento, occorre analizzare quali siano gli strumenti di tutela, in concreto percorribili, dal contraente svantaggiato. A tal proposito va precisato che l'omessa informazione conduce alla stipulazione di un contratto che è sicuramente valido ma, tuttavia, concluso a condizioni più inique rispetto a quelle che si sarebbero pattuite nel caso in cui gli obblighi informativi fossero stati adempiuti. Da ciò emerge, quindi, che il rimedio utilizzabile non possa essere quello della declaratoria di nullità del contratto così concluso. Altrettanto può dirsi con riguardo al rimedio dell'annullabilità. Per poter considerare un contratto annullabile è necessario che esso sia stato stipulato da un soggetto la cui volontà sia viziata per errore, violenza o dolo e che gli stessi presentino le caratteristiche descritte puntualmente dal legislatore. Diversamente, nel caso in cui siano state omesse le dovute informazioni, non può concretizzarsi un vero vizio della volontà, così come descritto normativamente, ma, piuttosto, un vizio "incompleto" della volontà, espressione coniata dalla dottrina proprio con riferimento a distorsioni della volontà che non presentino le caratteristiche idonee a determinare l'invalidità del contratto. Riferimento normativo a questi casi lo si riscontra nell'articolo 1440 c.c. che fa riferimento all'ipotesi del dolo incidente e cioè a tutti quei raggiri che, pur non essendo stati la causa che ha determinato la manifestazione del consenso, hanno portato ad una conclusione del contratto a condizioni più inique. Conseguenza di tale condotta dolosa che ha inciso sul contenuto del contratto, è il riconoscimento a favore del contraente svantaggiato del risarcimento dei danni patiti da costui collegati alla responsabilità precontrattuale in capo all'altro.

Quanto alla quantificazione del risarcimento dei danni, va precisato che, tradizionalmente, alla responsabilità precontrattuale si ricollega il risarcimento del danno per la lesione dell'interesse negativo nella duplice componente del danno emergente e del lucro cessante. In particolare si dice che il danno emergente

rappresenta l'insieme delle spese che il contraente ha dovuto affrontare per addivenire alla stipulazione contrattuale, mentre il lucro cessante la perdita delle altre occasioni favorevoli perse per dedicarsi ad una contrattazione poi rivelatasi infruttuosa. Questa quantificazione risarcitoria, tuttavia, si presta a compensare un potenziale contraente nell'ipotesi in cui il contratto non sia stato stipulato e cioè nel caso in cui vengano interrotte, senza un giustificato motivo, le trattative o laddove le stesse siano state intraprese senza una seria volontà di impegnarsi. Completamente diversa è l'ipotesi del mancato adempimento degli obblighi di informazione relativamente alla quale un contratto valido è presente e, quindi, la logica del risarcimento del danno da lesione dell'interesse negativo, si presenta del tutto incompatibile. Tuttavia sembra non possa ricorrersi nemmeno ad una tecnica quantificatoria del risarcimento del danno parametrato all'interesse positivo in quanto essa si presta ad operare nell'ipotesi in cui il contraente si dolga del mancato adempimento dell'altro e, quindi, della perdita dei vantaggi che quel contratto regolarmente concluso avrebbe potuto fargli conseguire. A tal fine ha cominciato a farsi strada in dottrina l'idea della possibilità di un risarcimento del danno differenziale parametrato al minor vantaggio o al maggior aggravio che il contraente ha patito per effetto di una contrattazione conclusasi a condizioni più inique di quelle che si sarebbero ottenute in assenza di una condotta omissiva.

Venendo ora ad analizzare le singole tecniche normative utilizzate dal legislatore per tutelare la parte debole della contrattazione, è possibile fare riferimento ad alcune disposizioni codicistiche relative a singoli tipi contrattuali in cui sono previste norme che sanciscono espressamente doveri precontrattuali di informazione. Si pensi, ad esempio, alla disciplina sulla mediazione ed in particolare all'art. 1759, comma 1, c.c. in base al quale il mediatore, in ossequio al generale principio di correttezza, per non incorrere in responsabilità, ha il dovere di non ostacolare le trattative ed è obbligato ad informare le parti sulla valutazione economica dell'affare, sulla solvibilità dei contraenti, sull'eventuale possibilità di concludere il contratto a condizioni diverse. In particolare, il mediatore è tenuto, in positivo, a comunicare le circostanze a lui note e, in negativo, al divieto di fornire informazioni non veritiere⁷³⁷.

⁷³⁷ Minasi, Mediazione (diritto privato), in Enc. dir., XXVI, 1976, 41. Per una dettagliata analisi del comma 1 dell'art. 1759 c.c. vedi Marini, La mediazione, in Comm. Schlesinger, Milano, 1992, 133; Cataudella, Mediazione, in Enc. giur. Treccani, XXII, 1990, 7; Luminoso, La mediazione, in Tratt. Cicu e Messineo, 2^a ed., Milano, 2006, 83.

Spunti di sicuro interesse, inoltre, si ritrovano nella disciplina del contratto di assicurazione⁷³⁸ e, in particolare negli artt. 1892 e 1893 c.c. ove si affronta la delicata questione relativa alle dichiarazioni inesatte e reticenti con e senza dolo o colpa grave dell'assicurato. Gli articoli appena richiamati si segnalano, in particolare, per attribuire peculiari forme di tutela alla parte «forte» del rapporto: com'è noto, infatti, se l'omissione dipende da dolo o da colpa grave dell'assicurato, l'assicuratore può domandare l'annullamento del contratto (art. 1892 c.c.) il risarcimento del danno sulla base dell'art. 1338 c.c.. Se l'omissione non è dolosa e non dipende da colpa grave, l'assicuratore può recedere dal contratto (art. 1893 c.c.).

Il fondamento di tali norme, tuttavia, appare molto dibattuto. A fronte di un orientamento⁷³⁹ che riconduce la disciplina contenuta negli artt. 1892 e 1893 c.c. all'inadempimento di un obbligo di informazione imposto all'assicurato, il quale, peraltro sarebbe l'unico soggetto in grado di conoscere con precisione il rischio da assicurare, si pone un altro orientamento⁷⁴⁰ che ha fortemente criticato tale impostazione. Attualmente, infatti, risulta difficile immaginare l'assicuratore in balia dell'assicurato e quindi meritevole di una tutela «speciale». La giurisprudenza⁷⁴¹, al riguardo, mostrando grande sensibilità per la tutela dell'assicurato, ha affermato che affinché un contratto di assicurazione possa ritenersi annullabile a norma dell'art. 1882 c.c., non è sufficiente qualsiasi inesattezza o reticenza dell'assicurato circa i dati che lo riguardano, richiedendosi che le dichiarazioni non veritiere o la reticenza abbiano, secondo l'apprezzamento riservato al giudice di merito, un'effettiva influenza sul rischio assicurato. Ne consegue, pertanto, che la reticenza dell'assicurato è irrilevante

⁷³⁸ Sangiovanni, Dichiarazioni inesatte, reticenze e annullamento del contratto di assicurazione, in *Assicurazioni*, 2011, 275.

⁷³⁹ Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954, 304 ss.; Buttaro, *Assicurazione (contratto di)*, in *Enc. Dir.*, III, 1958, 485 ss.; Id., *In tema di dolo e colpa grave nella descrizione precontrattuale del rischio assicurato*, in *Riv. trim.*, 1962, 739 ss.; A. Gambino, *Contratto di assicurazione: profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, 10 ss.; Scalfi, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991, 123 ss.. In giurisprudenza vedi Cass., 18.4.1958, n.1270, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 1416; Cass., 11.1.1962, n.23, in *Giust. civ.*, 1962, I, 447.

⁷⁴⁰ Tedeschi, «Misrepresentation» e «Non – Disclosure» nel diritto assicurativo italiano, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 494 ss.; Visintini, *La reticenza nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 423 ss.; Grisi, *L'omessa o inesatta informazione precontrattuale nella disciplina del contratto di assicurazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 743 ss.; Bin, *Informazione e contratto di assicurazione*, in *Riv. trim.*, 1993, 728 ss.. In posizione intermedia Sangiovanni, *op. cit.*, 278-279, ove si osserva che l'asimmetria, a ben guardare, è bilaterale: essa vede come parte debole, sotto certi profili, il contraente, ma – sotto altri profili – l'assicuratore.

⁷⁴¹ Cass., 12.5.1999, n. 4682, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 341 con nota di Dies. Siffatte considerazioni, inoltre, trovano conferma nell'oggettiva difficoltà per l'assicurato di distinguere, nella fase precontrattuale, le circostanze rilevanti da quelle che, viceversa, non sono tali in relazione alla probabilità del verificarsi del rischio (in questa direzione vedi Cass., 4.3.2003, n. 3165 in *Mass. Giur. it.*, 2003; Cass., 12.12.1986, n. 7418, in *Mass. Giur. it.*, 1986).

quando il contraente abbia ommesso di menzionare circostanze che l'assicuratore conosceva o che l'assicurato riteneva fossero a conoscenza dell'assicuratore⁷⁴².

Come già accennato, l'esigenza di elevare il livello di correttezza delle contrattazioni ha spinto il legislatore ad operare una cd. procedimentalizzazione dell'informazione precontrattuale per combattere le situazioni connotate da forte asimmetria informativa. Doveri di informazione assai stringenti sono previsti, al riguardo, anche a favore di quei soggetti che, pur non potendosi qualificare come istituzionalmente deboli, si trovano in posizione di soggezione e debolezza informativa rispetto all'altra parte.

Si pensi, al riguardo, alla legge n. 129/2004 sull'affiliazione commerciale (*franchising*) ed in particolare all'art. 4 che prevede puntuali obblighi precontrattuali di informazione a carico dell'affiliante⁷⁴³. Non meno rilevanti, inoltre, appaiono gli obblighi precontrattuali di comportamento previsti dal successivo art. 6 che completa la fase di leale *disclosure* con una serie di prescrizioni che impongono all'affiliante di tenere un comportamento improntato a lealtà, correttezza e buona fede e fornire tempestivamente all'aspirante affiliato ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessario o utile ai fini stipulazione del contratto di affiliazione commerciale. A tal riguardo, significativo risulta tale riferimento alla buona fede poiché, per un verso, evidenzia la volontà del legislatore di dettare un quadro di comportamenti doverosi che dovrebbero eliminare o, quantomeno, ridurre al minimo i rischi di raggiro o riserva mentale e, per altro verso, mette in luce l'importanza che assume ancora oggi la clausola generale di buona fede. Grande attenzione all'informazione precontrattuale emerge anche dal d.lg. n. 141/2010 che ha attuato la dir. 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori apportando, tra l'altro, rilevanti innovazioni al testo unico bancario⁷⁴⁴.

⁷⁴² In ogni caso, come precisato dalla giurisprudenza, assume rilevanza la sola reticenza volontaria cfr. Cass., 4.7.1997, n. 6039, in Mass. Giur. it., 1997; Trib. Torino, 7.5.1997, in Resp. civ. prev., 1998, 1533, con nota di Dies.

⁷⁴³ In base al richiamato art. 4 della legge 129/2004, l'affiliante deve trasmettere all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere che deve contenere: i dati relativi all'affiliante; l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema; l'illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione; l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati; la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali, promossi nei confronti dell'affiliante. Sulla peculiare valenza dell'art. 4 vedi Bussani, Contratti moderni. Factoring – Franchising – Leasing, in I singoli contratti, IV, in Tratt. Sacco, Torino, 2004, 177 ss.; Briganti, Il franchising: evoluzione dell'istituto e sua tipizzazione normativa, in Notariato, 2004, 563 s..

⁷⁴⁴ Il d.lg. n. 141/2010, tra l'altro, ha abrogato le regole contenute nel d.lg. n. 206/2005 in materia di credito al consumo e ha operato la «concentrazione» della regolamentazione relativa al credito al consumo all'interno del capo II, titolo VI, del T.U.B.. Per una prima ricognizione della nuova disciplina si rinvia a Gorgoni, Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori, in Resp. civ. prev., 2011, 755; De Cristofaro, La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario, in Contratti, 2010, 1041 ss..

Significativo, al fine che qui interessa, risulta il novellato art. 124 del t.u.b. ove si prevede che il finanziatore o l'intermediario del credito forniscano al consumatore le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato e, quindi, operare una scelta consapevole e adeguata alle proprie esigenze. Non meno importante risulta l'art. 124 bis in base al quale, prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del richiedente sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso: si delinea, pertanto, un'informazione precontrattuale del tutto peculiare che impone al finanziatore non solo di dare informazioni ma anche di acquisirle.

Ciò detto, occorre prendere atto che in una materia come quella del credito al consumo, contraddistinta da un certo tecnicismo, la procedimentalizzazione dell'informazione nonché l'implementazione della stessa, non sempre consente di superare effettivamente il *gap* informativo tra i due contraenti. Fornire un *surplus* di informazioni standardizzate non consente automaticamente al consumatore di orientarsi. Un tale rilievo è reso più grave dalla circostanza che, anche in questa materia, il quadro dei rimedi appare carente ed equivoco.

Anche all'interno del Codice del Consumo emerge, in modo evidente, l'importanza che rivestono gli obblighi di informazione all'interno delle contrattazioni e ciò si ricava dalla lettura di una serie di disposizioni. Si pensi, in particolare, all'art. 2 che riconosce ai consumatori e agli utenti come fondamentale il diritto «ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità» ovvero all'art. 5 ove si stabilisce che «le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile⁷⁴⁵». Specifici obblighi precontrattuali di informazione si ritrovano nella disciplina dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali. Si pensi, ad esempio, all'art. 47 ove si prevede che per le proposte contrattuali soggette a tale disciplina, il professionista deve informare espressamente il consumatore del diritto di recesso previsto a suo favore dagli artt. 64-67⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ Rossi Carleo, Sub art. 5, in Codice del consumo, Commentario, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005, 125.

⁷⁴⁶ Più precisamente, ai sensi del 1° co. dell'art. 47 cod. cons. l'informazione deve essere fornita per iscritto e deve contenere: l'indicazione dei termini, delle modalità e delle eventuali condizioni per l'esercizio del diritto di recesso; l'indicazione del soggetto nei cui riguardi va esercitato il diritto di recesso ed il suo indirizzo o, se si tratti di società o altra persona giuridica, la denominazione e la sede della stessa, nonché l'indicazione del soggetto al quale deve essere restituito il prodotto eventualmente già consegnato.

Puntuali obblighi precontrattuali di informazione si rinvengono nella disciplina relativa ai contratti a distanza. Si pensi, in particolare all'art. 52 laddove si prevede che in tempo utile, prima della conclusione del contratto, il consumatore deve ricevere, in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, una serie di informazioni relative: all'identità del professionista; alle caratteristiche essenziali del bene; al prezzo del bene o del servizio; alle spese di consegna; alle modalità di pagamento; all'esistenza di un diritto di recesso; al costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza; alla durata della validità e dell'offerta⁷⁴⁷.

Rilevanti, altresì, appaiono gli obblighi informativi contenuti nella peculiare disciplina riguardante la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. Si pensi, ad esempio, all'art. 67-quater in base al quale «nella fase delle trattative e comunque prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta, gli sono fornite le informazioni riguardanti: il fornitore; il servizio finanziario, il contratto a distanza; il ricorso⁷⁴⁸».

Puntuali obblighi informativi si ritrovano, inoltre, nella nuova disciplina sui contratti di multiproprietà. L'art. 2 del già richiamato d.lg. n. 79/2011, infatti, ha novellato in modo significativo la disciplina dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili contenuta negli artt. 69 ss. del codice del consumo, e ha previsto, rinviando ad un formulario integrativo, numerose e dettagliate informazioni precontrattuali da fornire al consumatore, in modo chiaro e comprensibile, prima della conclusione del contratto⁷⁴⁹.

Questo breve *excursus* all'interno del codice del consumo, consente di cogliere il costante superamento del modello duttile e aperto di matrice codicistica per approdare ad una disciplina dell'informazione che si connota per una dettagliata e rigida articolazione. Il legislatore, infatti, individuando puntualmente le informazioni da

⁷⁴⁷ Importante risulta l'art. 53, 1° co., ove si prevede che «il consumatore, prima della conclusione del contratto, deve ricevere conferma per iscritto o, a sua scelta, su altro supporto duraturo, a sua disposizione ed a lui accessibile, di tutte le informazioni previste dall'art. 52, 1° co.».

⁷⁴⁸ Le informazioni menzionate dall'art. 67-quater sono specificate nei successivi articoli. In particolare, l'art. 67-quinquies detta le informazioni relative al fornitore; l'art. 67-sexies detta le informazioni relative al servizio finanziario; l'art. 67-septies detta le informazioni riguardanti il contratto a distanza e, infine, l'art. 67-octies detta le informazioni da fornire al consumatore con riferimento al ricorso.

⁷⁴⁹ In particolare, il nuovo art. 71 cod. cons. stabilisce che tramite il formulario informativo contenuto all'allegato II-bis si devono fornire al consumatore puntuali informazioni supplementari in merito: ai diritti acquisiti, al bene immobile – già costruito o in costruzione - oggetto del contratto, ai costi connessi al contratto di multiproprietà, alla risoluzione del contratto nonché informazioni supplementari sulle modalità con cui sono organizzate la manutenzione e le riparazioni del bene e l'amministrazione e la gestione dello stesso.

fornire al consumatore a partire dalla fase precontrattuale, finisce con il non lasciare nulla al caso. Tale situazione, in taluni casi, offre sicure garanzie al consumatore che può contare su un numero elevato di informazioni *standard* prima di operare le sue scelte.

Par. 1.5.1: Obblighi di informazione ed intermediazione finanziaria

Non è dato dubitare che uno degli ambiti in cui le situazioni di asimmetria informativa si manifestano in modo più marcato è quello dei mercati finanziari. L'informazione, infatti, in quanto molto costosa, non è distribuita in modo uniforme. Peraltro, gli intermediari hanno accesso diretto ad una vasta messe di informazioni riservate. Inoltre, l'impiego di locuzioni eccessivamente tecniche finisce spesso per rendere l'informazione incomprensibile all'investitore.

L'esigenza di rimuovere tali ostacoli alla conoscenza ha spinto il legislatore a funzionalizzare l'assetto dinamico del regolamento contrattuale attraverso una stringente disciplina di *market transparency* e di regole comportamentali idonee a ridurre il *gap* informativo tra le parti. Ne scaturisce un quadro normativo di riferimento sempre più puntuale ed articolato che impone di accompagnare con molteplici informazioni, veicolate attraverso modalità legalmente imposte, le offerte di servizi finanziari. Non è un caso che tra le molteplici regole di comportamento imposte agli intermediari finanziari nell'espletamento della propria attività, gli obblighi precontrattuali di informazioni svolgono un ruolo centrale. Tutto il quadro normativo, infatti, è ispirato al principio della "simmetria informativa" e si connota per un significativo passaggio dall'autonomia funzionale all'eterodeterminazione.

La fonte principale del diritto dei mercati finanziari, unitamente ai regolamenti di attuazione emanati dalla Consob, è rappresentata dal d.lg. n. 58/1998 (testo unico in materia di intermediazione finanziaria, d'ora in avanti t.u.f.). Di centrale importanza appaiono i doveri di condotta ed i puntuali obblighi informativi previsti dall'art. 21 del t.u.f.. Spunti di rilevanza, inoltre, si rinvengono nel più recente d.lg. n. 164/2007 attuativo della dir. 2004/39/CE (c.d. direttiva MiFID) ed, in particolare, nell'art. 4 che introduce nuovi e più pregnanti *standard* comportamentali in capo agli intermediari finanziari. Le regole di condotta contenute nel t.u.f. trovano, infine, ulteriori specificazioni nel "regolamento intermediari" adottato dalla Consob con delibera n.

16190 del 29.10.2007 che ha sostituito, a far data dal 21.11.2007, il precedente reg. Consob n. 11552/1998. Al fine di colmare, almeno in parte, il divario esistente tra operatore professionale e investitore, la normativa primaria e secondaria sopra richiamata impone a carico degli intermediari regole di comportamento assai stringenti, finalizzate ad assicurare un'adeguata tutela dell'investitore e un corretto funzionamento del mercato finanziario.

In base a quanto previsto dall'art. 21, comma 1 lett. a) del t.u.f., nella prestazione dei servizi di investimento gli intermediari finanziari devono «comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati». Il canone della trasparenza, in particolare, implica il dovere per l'intermediario di fornire informazioni complete ed adeguate anche attraverso l'offerta di un documento informativo idoneo a porre l'utente in condizione di esprimere un consenso pienamente consapevole. La trasparenza, inoltre, assume peculiare valenza nelle situazioni di conflitto di interessi poiché gli intermediari hanno l'obbligo di fornire ai clienti tutte le informazioni relative al conflitto.

Occorre subito chiarire che i canoni comportamentali della diligenza, correttezza e trasparenza operano non solo nel quadro di un rapporto obbligatorio con l'investitore per la tutela del suo interesse, ma anche, più in generale, per garantire il corretto funzionamento dei mercati finanziari⁷⁵⁰. Proprio a tal proposito, dottrina e giurisprudenza hanno messo in luce che la prospettiva da cui muove la disciplina del t.u.f. riguarda, in generale, la regolamentazione del mercato finanziario con particolare attenzione alla tutela degli interessi pubblici sottesi alle regole⁷⁵¹.

La centralità degli obblighi precontrattuali di informazione emerge in modo evidente dall'art. 21, comma 1, lett. b) in base al quale, nella prestazione dei servizi di investimento, gli intermediari finanziari devono «acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati». Tali obblighi informativi costituiscono un'ulteriore specificazione dei criteri di diligenza, correttezza e trasparenza e si sostanziano in un obbligo di informarsi ed in un obbligo

⁷⁵⁰ Trib. Teramo, 18.5.2006, in www.ilcaso.it, 2006. In questa direzione vedi anche Trib. Catania, 21.10.2005, in www.ilcaso.it, 2005. In dottrina, tra gli altri, vedi Calderai, *Mercati finanziari, modelli operativi della clausola generale di buona fede e dicotomie della giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 236; Maffeis, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in www.ilcaso.it, Sez. II, Doc. 158/2009, 23; Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107.

⁷⁵¹ Vedi Trib. Firenze, 18.1.2007 in www.ilcaso.it, 2007. La richiamata pronuncia, peraltro, sottolinea come l'obbligo di correttezza e l'obbligo di trasparenza non abbiano una dimensione protettiva con specifico riferimento alla formazione della volontà, ma «assurgono a un ruolo attivo di conformazione del rapporto, spostandosi così nella definizione di un modello ottimale ed efficiente di scambio».

di informare. La norma appena richiamata, pertanto, pone a carico dell'intermediario puntuali obblighi di *facere*, esigendo, complessivamente, che egli acquisisca dal cliente non solo, in una veste operativa di ricezione passiva, ogni utile informazione, ma si organizzi anche, in senso attivo, in modo tale da assicurare ai clienti trasparenza ed equo trattamento⁷⁵². Si delinea, pertanto, un'informazione precontrattuale «bidirezionale⁷⁵³».

Nel primo flusso di informazioni rientra l'obbligo degli intermediari di acquisire una serie di notizie sulle caratteristiche e sulla propensione al rischio del cliente⁷⁵⁴; nel secondo flusso, invece, rientrano le informazioni da dare al cliente tramite comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti (art. 21, comma 1., lett. c).

Va altresì sottolineato che, nell'ambito della dinamica relazionale che si instaura tra intermediario finanziario e investitore, assume specifica rilevanza la durata degli obblighi informativi: il cliente, infatti, come emerge puntualmente dall'art. 21, comma 1, lett. b), deve essere «sempre» informato durante tutto il rapporto contrattuale. L'informazione, pertanto non si esaurisce nella fase prodromica delle trattative ma si estende all'intera durata del rapporto, al fine di consentire all'investitore l'adozione di decisioni meditate e consapevoli⁷⁵⁵.

⁷⁵² App. Milano, 15.4.2009, in www.il caso.it, 2009

⁷⁵³ Alla stregua di quanto osservato, la menzionata norma può essere scomposta in due parti: nella prima si fa riferimento alle informazioni che vengono trasmesse dall'investitore all'intermediario (obblighi di informazione passiva); nella seconda, viceversa, si fa riferimento alle informazioni che vengono trasmesse dall'intermediario all'investitore (obblighi di informazione attiva). Sugli obblighi di informazione attivi e passivi sia consentito rinviare a F. Romeo, *Informazione e intermediazione finanziaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 663 ss..

⁷⁵⁴ Alla luce delle informazioni acquisite, gli intermediari sono tenuti ad operare una valutazione di «adeguatezza» ossia a valutare se la specifica operazione che si intende consigliare nel quadro della prestazione del servizio di gestione di portafogli «corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente» nonché se l'investitore sia «finanziariamente in grado di sopportare i rischi connessi all'investimento» (art. 40, 1° co.).

⁷⁵⁵ Secondo l'orientamento prevalente gli obblighi di informazione permeano tutte le fasi del rapporto che intercorre tra intermediario e cliente (cfr. App. Milano, 15.4.2009, in www.il caso.it, 2009; Trib. Forlì, 18.11.2008, in www.il caso.it, 2009; Trib. Pisa, Sez. dist. Pontederra, 13.11.2008, in www.il caso.it, 2008. Contra Trib. Torino, 22.12.2010, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1357, con nota di Greco; Trib. Catania, 21.10.2005, in www.il caso.it, 2005. In dottrina vedi Piccinini, *I rapporti tra banca e clientela. Asimmetrie e condotte abusive*, in *Il diritto degli affari*, a cura di Inzitari, Padova, 2008, 217; Morandi, *Prestazione dei servizi di investimento: forma dei contratti e regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 927; Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, IV ediz., Torino, 2008, 123). Si può affermare, pertanto, che l'intermediario assume un impegno di consulenza anche nel periodo successivo all'acquisto dei titoli, con conseguente obbligo di avvertire il cliente dell'aggravamento del rischio (cfr. Trib. Oristano, 23.8.2008, in www.il caso.it, 2008). Si ritiene altresì che, nel caso di pesante ribasso registrato sui mercati del valore degli strumenti finanziari acquistati nell'ambito di un contratto quadro di negoziazione, spetta all'intermediario informare tempestivamente gli investitori per metterli nelle condizioni di prendere consapevolmente le contromisure più adeguate (cfr. App. Brescia, 20.6.2009, in www.il caso.it, 2007; Trib. Roma, 25.5.2005, in www.il caso.it, 2005). L'obbligo dell'intermediario di informare per iscritto l'investitore che le operazioni in strumenti derivati

Ciò premesso, occorre rilevare che il reg. Consob 16190/07 è ricco di disposizioni che vanno ad incidere sul contenuto delle informazioni. In particolare, il comma 2 dell'art. 27 prevede che l'intermediario deve fornire al cliente, o potenziale tale, «informazioni appropriate affinché essi possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari interessati e i rischi ad essi connessi e, di conseguenza possano prendere le decisioni in materia di investimenti in modo consapevole». Il contenuto delle informazioni viene gradualmente precisato nei successivi articoli: la normativa regolamentare, al riguardo, sancisce che gli intermediari devono descrivere «le caratteristiche del tipo specifico di strumento interessato, nonché i rischi propri di tale tipo di strumento, in modo sufficientemente dettagliato da consentire al cliente di adottare decisioni di investimento informate⁷⁵⁶» (art. 31 comma 1). La descrizione, peraltro, deve includere i rischi connessi a tale tipo di strumento finanziario, compresa una spiegazione dell'effetto leva e della sua incidenza, nonché il rischio di perdita totale dell'investimento ed ancora la volatilità del prezzo di tali strumenti ed eventuali limiti di liquidabilità dei medesimi (art. 31, comma 2). La duplice funzione di microprotezione dell'investitore e di difesa metaindividuale del mercato, non sempre ha esiti positivi sulla tutela individuale dell'investitore. Si pensi, al riguardo, al comma 2 dell'art. 27 del reg. Consob 16190/2007: la norma regolamentare, in una logica chiaramente efficientista, che trascende la protezione del singolo cliente, consente all'intermediario di fornire tutte le informazioni attraverso la consegna di un modulo standardizzato. Così operando, infatti, al più, si garantisce la protezione della clientela e non già del cliente individualmente e soggettivamente considerato⁷⁵⁷.

Inoltre, non è dato dubitare che il reg. Consob 16190/2007, nel riempire di contenuto i canoni della diligenza, correttezza e trasparenza (art. 21, comma 1, lett. a), opera una procedimentalizzazione del processo informativo che si connota per un'impronta

hanno generato una perdita effettiva o potenziale superiore al 50% del capitale investito non è assolto dalla comunicazione periodica dell'esito delle operazioni rendendosi necessaria, in tali casi, un'apposita comunicazione (cfr. Cass., 17.2.2009, n. 3773, in www.il caso.it, 2009).

⁷⁵⁶ Per poter assolvere a quest'ultimo obbligo, gli intermediari devono operare un continuo monitoraggio e un'autonoma stima dei titoli che si intendono consigliare ai clienti (vedi Trib. Rimini, 21.11.2006, in www.il caso.it, 2006, ove si rileva che l'intermediario non può basare la propria conoscenza dei prodotti offerti sulla base della semplice consultazione di strumenti di comunicazione di massa come il «Sole 24 ore»).

⁷⁵⁷ Emerge una disciplina orientata a garantire, ancor prima del singolo investitore, l'efficienza del mercato «secondo misure eterodefinite a livello normativo, rigorose quanto si vuole, ma entro le quali si chiuderebbe il cerchio della tutela dell'investitore» (cfr. Cian, *Gli obblighi informativi degli intermediari*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2010, 1200 s.).

protezionistica a vantaggio non solo dell'investitore ma anche dell'intermediario finanziario. Quest'ultimo, infatti, allineando il proprio comportamento a parametri predeterminati e standardizzati, potrebbe rimanere immune da successive censure dimostrando di avere assolto agli obblighi informativi previsti da tali modelli comportamentali.

Evidente, viceversa, appare l'esigenza di una tutela ritagliata sul singolo investitore e quindi capace di guardare oltre l'assolvimento degli obblighi regolamentari. Atteso l'exasperato tecnicismo che connota la materia in esame, infatti, appare pressoché impossibile risolvere l'asimmetria cognitiva tra intermediario e investitore per il tramite di adempimenti meramente cartacei e spesso meramente formali⁷⁵⁸. Come già accennato, non basta fornire, attraverso il prospetto informativo, una mole elevata di informazioni che spesso sono incomprensibili o di difficile lettura per chi non abbia maturato sufficiente esperienza nel settore; occorre, viceversa, garantire all'investitore un'attività di consulenza tesa all'individuazione dei prodotti più adeguati alle reali esigenze del cliente e, soprattutto, capace di garantire una costante attività di assistenza durante l'intero rapporto.

Non si può sottovalutare, al riguardo, la posizione di privilegio informativo in cui si viene a trovare l'intermediario: quest'ultimo, infatti, dispone di informazioni riservate che gli consentono di percepire anche le minime fluttuazioni del mercato e di interpretarne gli effetti. In questa prospettiva non è dato dubitare che in fase di individuazione del prodotto da consigliare, l'intermediario deve sforzarsi di compiere tutte quelle valutazioni necessarie al raggiungimento del miglior risultato possibile per il cliente evitando, in ogni caso, di alimentare situazioni di conflitto di interesse. Fondamentale risulta il ruolo della giurisprudenza che, di volta in volta, ha individuato obblighi informativi integrativi, rispetto a quelli codificati a livello regolamentare, al fine di garantire una tutela effettiva all'investitore individualmente e soggettivamente considerato⁷⁵⁹. L'informazione, per svolgere appieno le sue funzioni, deve essere

⁷⁵⁸ Barcellona, Mercato mobiliare e tutela del risparmio. L'intermediazione finanziaria e le responsabilità di Banche e Consob, Milano, 2009, 6 ss..

⁷⁵⁹ In questa logica si colloca il dato giurisprudenziale più recente: si chiarisce che l'intermediario ha sempre l'obbligo di informare l'investitore delle caratteristiche del singolo strumento finanziario, del rischio ad esso connesso e dell'adeguatezza dell'operazione e ciò a prescindere delle effettive conoscenze in possesso dell'investitore e da quanto avvenuto in occasione di precedenti operazioni (vedi App. Milano, 26.5.2011, in www.il caso.it, 2011; App. Torino, 2.2.2011, in www.il caso.it, 2011; Trib. Verona, 10.3.2011, in www.il caso.it, 2011; Trib. Mantova, 31.3.2009, in www.il caso.it, 2009. Nella stessa direzione Trib. Torino, 26.8.2009, in www.il caso.it, 2009, ove si precisa che l'informazione relativa alla specifica operazione non può consistere in una avvertenza formulata in modo generico. In quest'ottica, con riguardo ad una obbligazione corporate, deve considerarsi insufficiente l'informazione che si limiti ad indicare il rating e la classe di rischio e non faccia nessun cenno all'eventualità del

«elastica, ritagliata sul profilo e sui desideri del cliente, calibrata rispetto alle particolarità del rapporto⁷⁶⁰». Appare evidente, pertanto, che nella disciplina dell'intermediazione finanziaria, l'informazione precontrattuale può dirsi compiutamente assoluta solo quando si realizza attraverso una personalizzazione del contenuto comunicativo.

Quanto appena detto, ovviamente, non implica che all'intermediario sia precluso, in senso assoluto, l'utilizzo di formati standardizzati. Questi ultimi, invero, debbono costituire il punto di partenza verso il raggiungimento di un'informazione adeguata e coerente al bagaglio conoscitivo del singolo investitore⁷⁶¹.

Par. 1.5.2: Buona fede e violazione degli obblighi comportamentali: differenza tra regole di comportamento e regole di validità

mancato rimborso del capitale (vedi Trib. Udine, 5.3.2010, in [www.il caso.it](#), 2010) ove si impone all'intermediario di compilare autonome valutazioni sulla rischiosità del prodotto a prescindere dalle classificazioni operate dalle agenzie di rating che troppo spesso – come confermato dalla prassi – si sono rivelate inattendibili. Contra Trib. Novara, 23.6.2011, in [www.il caso.it](#), 2011). Altresì, risulta insufficiente a mettere in allerta l'investitore in ordine alla perdita del capitale investito l'informazione che si limita a fare riferimento all'affidabilità in senso lato di un determinato paese emittente (Trib. Oristano, 28.1.2010, in [www.il caso.it](#), 2010) ovvero che si limita alla dicitura «titoli di non facile liquidabilità» (Trib. Firenze, 1.3.2010, in [www.il caso.it](#), 2010). In questa direzione vedi anche Trib. Casale Monferrato, 4.3.2011, in [www.il caso.it](#), 2011, ove si afferma che la generica dicitura contenuta sull'ordine di acquisto dalla quale emerge la rischiosità dell'operazione impone all'intermediario di fornire all'investitore specifiche indicazioni sulle caratteristiche dei titoli negoziati ed ai connessi profili di rischio. Vedi da ultimo Trib. Milano, 26.9.2011, in [www.il caso.it](#), 2011, ove si afferma che la dicitura «operazione inadeguata – titolo a rischio» contenuta nell'ordine di acquisto non è idonea a dimostrare l'assolvimento, da parte dell'intermediario, degli obblighi informativi previsti dalla normativa primaria e secondaria in materia di intermediazione finanziaria. Si precisa, in particolare, che le motivazioni correlate all'inopportunità dell'investimento per inadeguatezza di esso non possono essere sufficientemente chiarite sottoponendo al cliente un testo prestampato in cui ci si limiti ad indicare l'operazione come «inadeguata» e i titoli come «rischiosi» essendo necessario, viceversa, che l'intermediario dimostri di aver illustrato al cliente le ragioni dell'inadeguatezza.

⁷⁶⁰ Cass., 25.6.2008, n. 17340, in *Foro it.*, 2009, I,189, con nota di Scoditti, ove si sottolinea l'importanza di fornire all'investitore un'informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente.

⁷⁶¹ La qualificazione dell'investitore come «esperto» di strumenti finanziari non esime l'intermediario dall'adempimento degli obblighi informativi ancorché diversamente calibrati (su tale profilo App. Milano, 19.12.2006, in [www.il caso.it](#), 2007). La stessa sottoscrizione da parte dell'investitore della dichiarazione di consapevolezza sulla rischiosità dell'investimento non sempre appare decisiva al punto che, in talune circostanze, assume la valenza di mera clausola di stile (Trib. Prato, 18.12.2006, in *Resp. civ.*, 2007, 858). La giurisprudenza, altresì, ai fini di valutare l'esperienza in strumenti finanziari non ha dato rilievo alla circostanza in base alla quale l'investitore, nei rapporti con l'intermediario, si era dimostrato particolarmente propositivo nell'acquisto di titoli ad alto rendimento (App. Milano, 26.5.2011, in [www.il caso.it](#), 2011).

Oggetto di particolare dibattito in questi ultimi anni è stato quello relativo alla possibilità di ritenere ancora operante la netta distinzione tra regole di validità e regole di condotta. Sullo sfondo di tale dibattito, l'analisi della possibilità di valutare se la violazione di una regola di condotta, quale quella di non essersi comportati nel rispetto del parametro di buona fede, possa condurre ad invalidare una stipulazione contrattuale⁷⁶². Un moderno orientamento dottrinario opina in senso positivo⁷⁶³. Sul punto, va preliminarmente evidenziata quale sia la differenza tra norme di validità e norme di condotta, secondo la tradizionale dottrina. Le norme di validità sarebbero quelle che vanno a definire i requisiti strutturali che un atto deve presentare, mentre quelle di comportamento sancirebbero degli obblighi reciproci per le parti in ordine all'esercizio dei diritti scaturenti dalla legge o dal contratto⁷⁶⁴. Da ciò ne consegue anche un'ulteriore differenza: le regole di validità si caratterizzano per essere statiche, in quanto si limitano ad indicare le caratteristiche che un atto deve presentare affinché possa essere valido sulla base di un mero giudizio di conformità tra parametro astratto e realtà concreta; le regole di comportamento, invece, guardano al rapporto obbligatorio in una prospettiva dinamica valutando, in base alle circostanze concrete, quali debbano essere gli obblighi comportamentali reciproci delle parti⁷⁶⁵. Infine si mette in evidenza che, mentre le regole di validità sono tipiche, nel senso che è il legislatore ad aver stabilito quali debbano essere i requisiti del contratto in ossequio anche ad una esigenza di certezza del diritto, le norme comportamentali, invece, non possono essere tipizzate in modo aprioristico in quanto è necessario siano calate nella realtà concreta e, pertanto, di volta in volta verranno ad essere individuate in base al concreto atteggiarsi del rapporto obbligatorio. Venendo ad analizzare più da vicino il problema che si è posto in ordine alla possibilità che la violazione di obblighi di comportamento infici la validità del contratto, va dato atto del fatto che di tale questione si è interessata la giurisprudenza in una recente pronuncia riguardante gli obblighi comportamentali degli intermediari finanziari. Una parte minoritaria della giurisprudenza⁷⁶⁶ riteneva che la violazione delle norme di comportamento avrebbe potuto inficiare la validità del contratto. La buona fede, oltre ad essere regola di

⁷⁶² Greco, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, 44 ss.

⁷⁶³ Galgano, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997, 423; Lanzillo, *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*. Corso di diritto civile, Padova, 2003, 5.

⁷⁶⁴ Musio, *La buona fede nei contratti del consumatore*, Napoli, 2001, 82 ss.

⁷⁶⁵ Barcellona, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 234 ss.

⁷⁶⁶ Trib. Venezia, 11 luglio 2005; Trib. Avezzano 23 giugno 2005; Trib. Palermo 16 marzo 2005.

comportamento, è anche regola di validità: essa rappresenta un limite all'autonomia negoziale e strumento di controllo della stessa. Ciò vale a maggior ragione nell'ipotesi di contratti asimmetrici, caratterizzati da un gap informativo tra le parti. Questo deficit informativo, derivante dalla violazione della regola di comportamento che prescrive all'intermediario di fornire all'investitore tutte le informazioni necessarie a renderlo maggiormente consapevole, rende la volontà del contraente più debole viziata. Pertanto una volontà di tal specie, non può che comportare una invalidità contrattuale. Una recente pronunzia della giurisprudenza, invece, conclude in senso completamente diverso, ritenendo dotata di fondamento la distinzione tra norme di comportamento e norme di validità⁷⁶⁷. Si afferma che punto di riferimento fondamentale nel risolvere la questione è rappresentato dal d.lgs. n. 58/98 il quale prevede che l'intermediario, nei rapporti con il cliente, deve comportarsi secondo diligenza, correttezza e professionalità. Il contratto di intermediazione finanziaria (cd. contratto-quadro), assimilabile al contratto di mandato, pone tutta una serie di obblighi intercorrenti tra le parti del contratto. Tale contratto-quadro si trova in stretta connessione con i vari contratti a valle con i quali l'intermediario compirà le operazioni di investimento per le quali ha ricevuto "mandato" e che rappresentano momenti adempitivi del contratto a monte. Tali obblighi comportamentali, afferenti all'informazione ed imposti all'intermediario, si collocano nella fase che precede la stipula del contratto a monte di intermediazione; ve ne sono altri poi, che si collocano in una fase successiva tenendo conto che l'intermediario è tenuto costantemente ad informare il cliente dell'andamento dell'operazione, dei vantaggi conseguiti e dei rischi della stessa. Le disposizioni che impongono all'intermediario di comportarsi secondo correttezza e buona fede hanno carattere imperativo in quanto la loro previsione è finalizzata non solo a tutelare un interesse particolare, quale quello dell'investitore, ma anche un interesse più generale, quale quello afferente alla regolarità dei mercati finanziari. Tuttavia la Cassazione, pur riconoscendo ciò, ritiene che la violazione di tali regole comportamentali non possa comportare l'operatività dell'articolo 1418 c.c. comma 3 in quanto tale sanzione non sarebbe prevista dal legislatore. Si nega operatività anche all'articolo 1418 c.c. comma 2 in quanto gli obblighi informativi della fase precontrattuale non rappresentano gli elementi necessari del contratto e, pertanto, la loro mancanza non potrebbe inficiare la validità del contratto. Anche il comma 1 dell'articolo 1418 c.c. risulta non applicabile tenendo conto che le norme attinenti

⁷⁶⁷ Cass. sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724.

all'informazione precontrattuale sono norme di comportamento completamente diverse da quelle che si riferiscono alla validità del contratto. Residua nel nostro ordinamento la netta separazione tra norme di comportamento e norme di validità: soltanto la violazione delle seconde può dare luogo alla sanzione della nullità. Diversamente la violazione degli obblighi informativi può dare luogo a diversi rimedi a seconda del momento in cui si colloca la violazione: se la mancanza di informazione si colloca nella fase che precede la stipulazione del contratto, la responsabilità è di tipo precontrattuale; diversamente, se si iscrive nel corso dell'esecuzione del rapporto, potrebbe tradursi in un inadempimento contrattuale e dar luogo all'operatività dello strumento risolutorio. La responsabilità precontrattuale, invece, dà diritto esclusivamente ad ottenere il risarcimento del danno patito per aver concluso un contratto a condizioni deteriori rispetto a quelle che si sarebbero potute ottenere stipulando in modo informato⁷⁶⁸. Quanto alla quantificazione del risarcimento dei danni, va precisato che, tradizionalmente, alla responsabilità precontrattuale si ricollega il risarcimento del danno per la lesione dell'interesse negativo nella duplice componente del danno emergente e del lucro cessante. In particolare va precisato che il danno emergente rappresenta l'insieme delle spese che il contraente ha dovuto affrontare per addivenire alla stipulazione contrattuale, mentre il lucro cessante la perdita delle altre occasioni favorevoli perse per dedicarsi ad una contrattazione poi rivelatasi infruttuosa. Questa quantificazione risarcitoria, tuttavia, si presta a compensare un potenziale contraente nell'ipotesi in cui il contratto non sia stato stipulato e cioè nel caso in cui vengano interrotte, senza un giustificato motivo, le trattative o laddove le stesse siano state intraprese senza una seria volontà di impegnarsi. Completamente diversa è l'ipotesi del mancato adempimento degli obblighi di informazione relativamente alla quale un contratto valido è presente e, quindi, la logica del risarcimento del danno da lesione dell'interesse negativo si presenta del tutto incompatibile. Tuttavia sembra non possa ricorrersi nemmeno ad una tecnica quantificatoria del risarcimento del danno parametrato all'interesse positivo in quanto essa si presta ad operare nell'ipotesi in cui il contraente si dolga del mancato adempimento dell'altro e, quindi, della perdita dei vantaggi che quel contratto regolarmente concluso avrebbe potuto fargli conseguire⁷⁶⁹. A tal fine, ha cominciato a

⁷⁶⁸ Nazzaro, *Obblighi di informazione e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; Gentili, *Informazione contrattuale e regole di scambio*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 2004, 555 ss.

⁷⁶⁹ Meruzzi, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, 81 ss.; Meruzzi, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. e Impr.*, 2006, 4-5, 944.

farsi strada in dottrina l'idea della possibilità di un risarcimento del danno differenziale parametrato al minor vantaggio o al maggior aggravio che il contraente ha patito per effetto di una contrattazione conclusasi a condizioni più inique di quelle che si sarebbero ottenute in assenza di una condotta omissiva.

CAPITOLO 2. UNA "IMMAGINE" DEL DIRITTO PRIVATO: L'ABUSO DEL DIRITTO.

SOMMARIO: Par. 2.1: Storia dell'abuso del diritto in Europa con particolare riferimento alla situazione in Spagna – Par.2.2: L'abuso del diritto in Italia: prime elaborazioni dottrinarie – Par. 2.3: Abuso del diritto come sindacato sull'autonomia negoziale delle parti: “caso Renault” – Par. 2.3.1: La posizione della dottrina dinanzi all'“ingresso” nel nostro ordinamento in via pretoria dell'istituto dell'abuso del diritto – Par. 2.3.2: Ulteriori riflessioni sulla pronunzia della Cassazione: abuso del diritto e recesso dal contratto – Par. 2.4: Abuso del diritto e terzo contratto: una lettura in chiave giuridica ed economica – Par. 2.5: L'abuso del diritto nell'interpretazione giurisprudenziale – Par. 2.6: Abuso del diritto ed abuso della libertà contrattuale – Par. 2.7: Abuso del diritto e rimedi

Par. 2.1: Storia dell'abuso del diritto in Europa con particolare riferimento alla situazione in Spagna.

La lunga storia del divieto dell'abuso del diritto in Europa è segnata da una continua dialettica tra una visione "morale" e una visione "solidale". La prima visione trae il suo spunto dalle antiche origini della teoria nel Medioevo, là dove l'abuso era principalmente identificato come un comportamento scorretto dal punto di vista religioso. La seconda è quella che ispira la gran parte dei codici civili del Novecento, che indicano come criterio di giudizio principale di una fattispecie abusiva la difformità del comportamento da quanto imposto dal rispetto della buona fede. Si determina un passaggio dalla visione tradizionale dell'abuso (incentrata su un criterio di giustizia tratto da una fonte interna all'ordinamento giuridico⁷⁷⁰) alla visione odierna decisamente improntata a un criterio di giustizia tratto da una fonte dell'ordinamento giuridico e, al massimo grado, dalla Costituzione. Codificato nell'ordinamento tedesco e svizzero nei primi anni del Novecento, il divieto dell'abuso ha trovato positivo accoglimento negli anni quaranta nell'ordinamento greco, negli anni settanta in quello

⁷⁷⁰ Bobbio, Principi generali di diritto, in Noviss. Dig. Ital., XIII, Torino, 1966, 887, collocava il principio del divieto dell'abuso del diritto nella categoria dei “principi desunti da idee e convinzioni morali affioranti nella società non ancora accolti nel diritto positivo”.

spagnolo e portoghese e negli anni novanta in quello olandese⁷⁷¹. Anche dove il divieto dell'abuso non ha trovato un'espressa codificazione, esso rappresenta un rilevante principio "non scritto", come nell'ordinamento francese, nell'ordinamento belga e in quello italiano. In tutti gli ordinamenti presi in considerazione si riscontra una diffusa tendenza a privilegiare una valutazione oggettiva della condotta abusiva. La funzione del divieto dell'abuso si riassume nel fissare un limite "interno" al diritto soggettivo del singolo, in ragione di istanze etiche "positivizzate" attraverso le clausole generali. Nell'ordinamento giuridico tedesco, ad esempio, sono previste due clausole generali che sanciscono la repressione dell'abuso del diritto⁷⁷². Il §226 BGB prevede che "l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere soltanto lo scopo di provocare danni ad altri". Questa norma trovò nella prassi giurisprudenziale una scarsa applicazione, poiché la dottrina ha preferito poggiare il divieto dell'abuso sulla clausola generale della buona fede e cioè sul §242 BGB a norma del quale "il debitore è tenuto ad adempiere secondo quanto richiesto dalla buona fede dalla correttezza nel rispetto dei doveri della morale sociale". Tale clausola di buona fede esprime un criterio oggettivo ritenuto più saldo e più sicuro di quello rappresentato dal criterio soggettivo dell'*animus nocendi*. Sulla base del parametro oggettivo della conformità alla buona fede, il principio del divieto dell'abuso del diritto costituisce tuttora nell'ordinamento tedesco un efficace mezzo di controllo dell'esercizio del diritto soggettivo.

Di particolare interesse è la situazione che è dato riscontrare in Spagna ove il divieto dell'abuso del diritto è stato espressamente codificato in seguito alla riforma delle disposizioni preliminari del codice civile entrata in vigore nel 1974⁷⁷³. Il nuovo art.7 del Titolo Preliminar del Codice Civile spagnolo recita: "I diritti devono essere esercitati in conformità alle esigenze della buona fede. La legge non protegge l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale dello stesso. Qualsiasi atto od omissione che, per l'intenzione del suo autore, per il suo oggetto o per le circostanze di realizzazione, superi manifestamente i limiti normali di esercizio di un diritto, con danno per i terzi, darà luogo al relativo risarcimento all'adozione di misure giudiziarie o amministrative che impediscano la continuazione dell'abuso". Questa disposizione, adeguatamente interpretata, si deve intendere come contenente le quattro norme seguenti: una norma

⁷⁷¹ Rotondi (a cura di), *Inchieste di diritto comparato*, Vol. VII, Padova, 1979; Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003.

⁷⁷² Ranieri, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1972, 1216 ss.

⁷⁷³ Calvo Sotelo, *La doctrina del abuso del derecho como limitacion del derecho subjetivo*, Madrid, 1917; De Villavicencio, *El abuso del derecho en la doctrina y en la Jurisprudencia espanolas*, in Rotondi (a cura di), *Inchieste di diritto comparato*, Padova, 1979, 75 ss.

di comando relativa all'esercizio dei diritti e che proibisce qualsiasi azione che rappresenti un abuso nell'esercizio degli stessi; una norma che conferisce un potere normativo in base al quale se qualcuno è danneggiato da un'azione abusiva e si rivolge al tribunale, il giudice potrà imporre all'autore della stessa il pagamento di un risarcimento o che siano adottate le misure necessarie per impedire la continuazione dell'abuso; una norma permissiva riferita all'esercizio del potere del giudice a cui si è fatto riferimento; una norma di comando diretta ai giudici che ha come condizione di applicazione l'esercizio del potere in base al quale il giudice ha il dovere di imporre il risarcimento corrispondente e di ordinare l'adozione delle misure necessarie per impedire la continuazione dell'abuso. L'interpretazione della nozione di abuso del diritto non è stata molto agevole in quanto si è prospettata la difficoltà di concretizzare il significato di tale principio generale. Secondo una concezione dottrinarica, ormai largamente superata, si riteneva che il significato dei principi generali e, quindi, anche dell'abuso del diritto, dovesse essere individuato facendo riferimento a valutazioni extragiuridiche che si otterrebbero fondamentalmente dalla morale sociale vigente nel momento preso in considerazione. Si afferma, infatti, che i principi giuridici "trovano il loro fondamento nell'intera comunità, attraverso le convinzioni e credenze di questa, di modo che la comunità stessa è un autentico potere creatore di principi; affinché una norma costituisca un autentico principio generale del diritto basta il suo radicarsi come norma fondamentale nella coscienza sociale". Questa stessa caratterizzazione è considerata valida dagli autori citati per i principi espressi in fonti scritte, come, ad esempio, quelli inclusi nella costituzione; così, dopo aver fatto riferimento alla circostanza che "ciò che è usuale è che le leggi costituzionali moderne proclamino in modo solenne i valori, credenze convinzioni del paese", indicano che tale programma non viene ad essere niente più che una recezione accidentale, che non toglie e aggiunge nulla di sostanziale al principio coinvolto: "dobbiamo insistere sul fatto che il carattere di principio generale del diritto non viene dato ad una norma dalla sua formulazione, né dal rango o dalla categoria del testo che la recepisce, nel caso in cui sia stata recepita. Ciò che dà valore ai principi generali del diritto è la convinzione sociale che è quella che si crea e che in definitiva li mantiene⁷⁷⁴". Per quanto concerne, invece, l'elaborazione dell'istituto in campo giurisprudenziale, occorre far riferimento ad una sentenza del Tribunale Supremo del 14 febbraio 1944. Sembra opportuno riepilogare il

⁷⁷⁴ De Plazo-Gullon, Sistema de derecho civil, XI ediz., Vol. I, Tecnos Editorial, 2004; per una miglior disamina vedi anche: Alchourron-Bulygin, Los limites de la logica y el razonamiento juridico, en Analisis logico y derecho, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1991.

caso. Il consorzio della zona franca di Barcellona ha una concessione amministrativa per estrarre sabbia dalle spiagge del litorale barcellonense. Una società elettrica possiede una centrale per la produzione di energia elettrica situata vicino all'estuario di un fiume e nelle vicinanze di una spiaggia nella quale il consorzio procede all'estrazione della sabbia. L'estrazione della sabbia provoca il venir meno delle difese naturali che proteggono la centrale elettrica dagli straripamenti del fiume e dall'azione del mare. In questa situazione, alcuni temporali particolarmente violenti hanno causato notevoli danni alla centrale elettrica. La società proprietaria della stessa si rivolge al tribunale chiedendo di essere indennizzata dal consorzio, pretesa che i tribunali hanno accolto. L'analisi della questione proposta potrebbe essere svolta in questi termini: in virtù della titolarità della concessione amministrativa per l'estrazione della sabbia, al consorzio era consentito estrarre sabbia in qualsiasi punto del litorale barcellonense; come conseguenza dell'estrazione della sabbia dalla spiaggia adiacente alla centrale elettrica, a questa viene causato un danno, poiché restava priva delle sue difese naturali rispetto ai temporali e non esisteva alcuna regola che proibisse di privare la centrale elettrica di tali difese naturali. L'attribuzione di un diritto di contenuto patrimoniale implica che il titolare dello stesso possa esercitarlo attendendo ai propri interessi, senza dover ponderare ogni volta come la sua azione possa arrecare danno agli interessi altrui. Tuttavia, la centrale elettrica ha sofferto, come conseguenza dell'estrazione della sabbia, un danno che deve considerarsi come ingiustificato, in quanto "eccessivo" o "anormale"; e, pertanto, il carattere ingiustificato del danno determina il sorgere di una nuova regola che stabilisce che, in circostanze siffatte, l'azione di estrarre sabbia è proibita e, conseguentemente, chi l'ha realizzata deve risarcire i danni cagionati come conseguenza della stessa. Da ciò emerge che, secondo l'elaborazione giurisprudenziale spagnola, affinché possa configurarsi una situazione di abuso del diritto è necessaria la coesistenza di alcuni presupposti⁷⁷⁵. In primo luogo occorre che vi sia l'esercizio di un diritto soggettivo che comporti un danno ad un interesse non tutelato da una determinata situazione giuridica (altrimenti si verificherebbe una ipotesi di collisione di diritti e non di abuso). In secondo luogo è necessario che tale danno sia caratterizzato da "immoralità o anche socialità" da intendersi in senso soggettivo (quando il diritto è esercitato con l'intenzione di arrecare pregiudizio o senza una finalità seria e legittima), oppure in senso oggettivo (il danno è conseguenza di un eccesso o di una anormalità nell'esercizio del diritto). Si presuppone, in particolare,

⁷⁷⁵ Atienza-Manero, Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere,

una struttura normativa articolata su due livelli alla luce della quale l'azione, concretizzandosi nell'esercizio di un diritto, appaia ad una prima valutazione consentita ma, successivamente, vietata sulla base di una considerazione complessiva⁷⁷⁶. Secondo tale definizione, il carattere delle azioni permesse *prima facie* proviene da una regola permissiva sotto la quale tali azioni risultano sostenibili. Il loro carattere di azioni proibite in ultima istanza, considerati tutti gli elementi, deriva da una restrizione alla applicabilità della regola, richiesta dai principi che determinano l'ambito giustificato della regola stessa. Si è affermato che l'abuso del diritto rappresenta un meccanismo di auto-correzione del diritto, ossia di correzione dell'ambito di applicazione delle regole giuridiche permissive, il cui destinatario è il titolare di un diritto soggettivo in quanto tale, che opera nel caso in cui l'applicabilità delle stesse venga estesa ad ipotesi in cui la stessa appaia ingiustificata in base ai principi giuridici che determinano l'ambito giustificato delle regole. Altra dottrina, pur configurando l'abuso del diritto alla stregua di una struttura normativa a due livelli, ritiene che esso non costituisca un meccanismo di auto-correzione del diritto ma uno strumento di etero-correzione dello stesso da parte della moralità⁷⁷⁷. L'abuso del diritto, pertanto, opererebbe nelle ipotesi in cui si realizzi un contrasto tra la norma permissiva, che autorizza l'azione in determinate circostanze, e la convinzione morale radicata nella collettività che ritiene che tali condotte non dovrebbero possedere l'avallo giuridico in presenza di quei presupposti. Il ragionamento del giudice non sarebbe, in questa ipotesi, limitato a ragioni fornite dallo stesso diritto, ma si aprirebbe, invece, a tutto ciò che può essere allegato in una controversia morale ordinaria. Il giudice si troverebbe nella posizione di legislatore privo di limiti. Tuttavia, accogliendo l'ultima delle opzioni ricostruttive prospettate, e, quindi, considerando l'abuso come contrasto tra la normativa giuridica e la convinzione morale collettiva, di fronte alla quale si autorizza il giudice a derogare all'applicazione della prima considerando le esigenze della seconda, la controllabilità razionale della correttezza delle decisioni giudiziali viene ad essere enormemente più difficile: le decisioni giudiziali, infatti, potrebbero basarsi su ragionamenti completamente aperti e non limitati alle ragioni fornite dal diritto. Inoltre si aprirebbe una pericolosa falla nel principio di certezza del diritto in quanto tali pronunce

Bologna, 2204.

⁷⁷⁶ Atienza-Manero, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2204.

⁷⁷⁷ Rodriguez Arias, *El abuso de derecho*, Buenos Aires, ediciones Iuridicas Europa-America, 1971, 132; Martin Bernal, *El abuso de derecho*, Madrid, Montecorvo, 1982, 143; Warat, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Buenos Aires, Abeledo- Pierrot, 1969, 56 ss.

potrebbero essere basate non su ragioni giuridiche ma su percezioni personali del giudicante alla luce dei valori che egli percepisce rilevanti in un determinato contesto storico. In realtà, a ben vedere, la divergenza che viene in rilievo non è tanto quella tra normatività giuridica e la convinzione morale collettiva, quanto quella tra l'ambito di certe regole giuridiche e le esigenze dei principi rilevanti del sistema. L'impossibilità di conoscere gli eventi futuri fa sì che non si possano anticipare, caratterizzandole rispettivamente, tutte quelle circostanze nelle quali le regole, alla luce dei principi rilevanti, devono essere derogate. La figura dell'abuso del diritto viene ad essere, così, una sorta di meccanismo di salvaguardia, per casi che presentino proprietà che non è stato possibile anticipare, della coerenza valutativa delle decisioni giuridiche.

Altra questione relativa all'istituto dell'abuso del diritto, che è stata affrontata dalla dottrina spagnola, attiene alla possibilità di estendere l'ambito di applicazione dello stesso in relazione ai diritti fondamentali. Josè Antonio Rovira, autore di una pregevole monografia sul punto⁷⁷⁸, si mostra contrario all'ammissibilità della figura dell'abuso del diritto in relazione ai diritti fondamentali. La preoccupazione principale dell'autore è di ordine pratico e si riferisce al potere che la figura dell'abuso del diritto, benché circoscritta all'ambito del diritto privato, pone nelle mani della magistratura che egli tende a vedere come fortemente conservatrice: "l'effetto reale che l'applicazione della dottrina dell'abuso del diritto produce è l'aumento del potere giudiziario, però dedurre che l'aumento del potere giudiziario porti automaticamente alla socializzazione del diritto è una esagerazione", poiché "il potere giudiziale è il più conservatore dei tre poteri. La dottrina generale dell'abuso del diritto presuppone uno strumento in mano ai giudici che questi possono applicare in modo progressista ovvero conservatore"; considerando che "il potere giudiziario soffre oggi di una organizzazione e di un funzionamento antiquati, essendo il più conservatore dei poteri, non esiste alcuna garanzia che un aumento del potere giudiziario faccia sì, oggi, che il magistrato lo utilizzi in modo progressista". Su queste basi, si intende bene che l'autore si opponga alla missione di quella che chiama "la dottrina generale dell'abuso del diritto" nel campo dei diritti fondamentali. Egli ammette che sia possibile abusare dei diritti fondamentali però ritiene che è possibile prevenire azioni abusive attraverso limiti che abbiano la forma di proibizioni specifiche e le facoltà di sospensione che praticamente tutte le Costituzioni contengono, dal momento che l'introduzione in questo campo della "teoria generale dell'abuso" produrrebbe "la distruzione dell'essenza dei diritti

⁷⁷⁸ Rovira, *El abuso de los derechos fundamentales*, Edicions 62, 1983.

fondamentali" poiché "la reale funzione della teoria generale dell'abuso non è impedire gli usi abusivi nell'esercizio dei diritti, in tal caso dei diritti fondamentali, ma quella di dotare il potere dello Stato di facoltà per il controllo dell'esercizio dei diritti umani". Tuttavia questa impostazione risulta difficilmente accettabile soprattutto in quei casi in cui, al momento di tracciare le regole che concretizzano l'ambito del diritto, il legislatore non sia onnisciente e non può prevedere tutte le combinazioni di caratteristiche che i casi individuali possono presentare. Pensiamo, ad esempio, ad un diritto come quello di sciopero. Sembra che qualsiasi concezione plausibile sul suo ambito come diritto giustificato debba riferirsi al fatto che il riconoscimento del diritto di sciopero è indispensabile per riequilibrare le posizioni reali dei poteri di imprenditori e lavoratori di fronte alla negoziazione delle condizioni di lavoro. Da ciò deriverebbe l'ambito giustificato del diritto di sciopero, il suo contenuto essenziale. Tuttavia ci si può chiedere quali siano le conseguenze nell'ipotesi di uno sciopero che sia fatto da un numero esiguo di lavoratori e che per la loro posizione strategica hanno la capacità di bloccare la produzione di interi settori economici. In questo caso, dinanzi all'assenza di una regola proibitiva nella quale sussumere il caso, sembrerebbe di trovarsi dinanzi ad uno sciopero permesso. Può però considerarsi permessa questa azione alla luce delle ragioni che giustificano, in generale, il diritto di sciopero anche quando la sua realizzazione entri in conflitto con i diritti di terzi previsti da regole? Non sembra possa mettersi in dubbio che ci sono situazioni nelle quali è possibile un uso non giustificato, cioè un abuso, di regole che costituiscono una concretizzazione di diritti fondamentali.

Par. 2.2: L'abuso del diritto in Italia: prime elaborazioni dottrinarie.

Nel nostro ordinamento manca una norma che preveda e, quindi, tipizzi l'abuso del diritto⁷⁷⁹. Tale divieto era previsto nel progetto definitivo del codice civile del 1942, il cui articolo 7 prevedeva "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto". La norma sull'abuso fu successivamente espunta dal testo nella convinzione che la sua previsione potesse inficiare la certezza del diritto. Ci si è chiesti allora se, in assenza di una previsione normativa, possa dirsi immanente al nostro ordinamento giuridico un principio in base

⁷⁷⁹ Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, 63; Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1958, 26 ss.

al quale un diritto non potrebbe esercitarsi per finalità che eccedano i limiti stabiliti dalla legge. Inizialmente si è sostenuto che nel nostro ordinamento vige il principio generale secondo cui il normale esercizio del proprio diritto non può mai recare danno ad altri. L'abuso potrebbe essere sanzionato solo laddove si riscontri nell'ordinamento una previsione espressa che lo stigmatizzi: ammettere la sussistenza di una clausola generale, infatti, comprometterebbe l'esigenza di certezza del diritto. Attualmente si ammette la presenza nel nostro ordinamento dell'istituto: esisterebbe un principio generale in virtù del quale un diritto va tutelato solo laddove venga esercitato nei limiti previsti dalla legge. La formula "abuso del diritto" indica un limite esterno all'esercizio del diritto soggettivo: ogni posizione giuridica soggettiva può essere azionata solo nel momento in cui ciò serva a far conseguire un vantaggio al titolare della stessa e non quando venga strumentalizzata per ledere altrui interessi al solo fine di arrecare danno o molestia.

Risolto questo primo problema, la dottrina si è comunque impegnata nel tentativo di individuare un fondamento normativo all'istituto dell'abuso del diritto. Una opzione interpretativa⁷⁸⁰ lo ha individuato nell'articolo 833 c.c. ai sensi del quale: "Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri". Parte della giurisprudenza e della dottrina, pertanto, ha limitato l'applicazione dell'istituto dell'abuso del diritto all'ambito dei diritti reali: il divieto degli atti emulativi sarebbe, pertanto, un limite esterno posto all'esercizio del diritto di proprietà nell'interesse di un altro privato⁷⁸¹. Questo limite opererebbe solo in riferimento alla tematica dei diritti reali e non sarebbe suscettibile di applicazione analogica al campo dei rapporti obbligatori. Nell'ambito di questo orientamento è dato poi distinguere due diversi filoni interpretativi. Alcuni propendono per ritenere configurato l'abuso del diritto in presenza del solo profilo oggettivo⁷⁸²: ne consegue che il comportamento del proprietario, che non determina alcuna utilità per sé ma solo pregiudizio per i terzi, è giudicato antieconomico e per questo riprovevole. Secondo altra impostazione, invece, si ritiene che, affinché possa dirsi sussistente una situazione configurabile quale abuso del diritto, sarebbe necessaria la compresenza di due elementi: il primo di carattere oggettivo consistente nella totale assenza di utilità dell'atto compiuto per il proprietario; il secondo di carattere soggettivo, il cd. *animus nocendi* ovvero l'intenzione del proprietario di arrecare pregiudizio o molestia ad

⁷⁸⁰ Cass., 20 ottobre 1997, n. 10250, in Foro It., 1998, I, 69 ss.

⁷⁸¹ Rotondi, L'abuso del diritto, in Riv. Dir. Comm., 1923, 105 ss.

altri⁷⁸³. Ciò comporta una restrizione dell'ambito di applicazione dell'istituto che non sarebbe operante laddove l'atteggiamento del proprietario sia soggettivamente rivolto al conseguimento di un vantaggio. Altra tesi ritiene che, al fine di qualificare un atto come emulativo, i presupposti dell'articolo 833 c.c. debbano essere ridefiniti nel modo seguente⁷⁸⁴. L'elemento oggettivo deve consistere in una sproporzione tra il pregiudizio altrui e l'utilità del proprietario; l'indice sintomatico dell'emulazione sarebbe ravvisabile, quindi, nella sproporzione tra il sacrificio patito dal terzo e l'utilità del *dominus*. Lo "scopo" di cui all'articolo 833 c.c. dovrebbe essere interpretato non in chiave soggettiva ma oggettiva, in quanto il tenore letterale della suddetta norma non attribuisce alcuna rilevanza all'*animus nocendi*. Al fine di trovare ulteriori referenti normativi dell'istituto dell'abuso del diritto, va messo in evidenza che in alcuni casi la dottrina si è spinta addirittura a rinvenire dei veri e propri divieti di abusare di un diritto, sanzionati e tipizzati dal legislatore. E' questo il caso, in particolare, delle due norme di cui agli articoli 1015 e 2793 c.c.: la prima dispone che "l'usufrutto può anche cessare per l'abuso che faccio all'usufruttuario del suo diritto alienando i beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni"; la seconda prevede che "se il creditore abusa della cosa data in pegno, il costituente può domandarne il sequestro". In entrambi i casi l'impiego da parte del legislatore della espressione specifica dell'abuso, così come la previsione di un'apposita sanzione, hanno indotto alcuni fautori della categoria dell'abuso a sostenere la vigenza nel nostro ordinamento, come norma implicita, del relativo divieto⁷⁸⁵. Tuttavia, in senso critico, può evidenziarsi che l'analisi non può basarsi sulle formulazioni terminologiche impiegate dal legislatore visto che le due norme offrono indicazioni per capire cosa non può qualificarsi come abuso in quanto costituisce vero e proprio illecito. La disposizione sopra citata, di cui all'articolo 2793 c.c., infatti, parla di "abuso della cosa" che costituisce l'oggetto del diritto del creditore pignoratizio; la norma sanziona l'ipotesi che il soggetto eserciti sulla cosa poteri che non corrispondono al suo diritto, ad esso estranei. La medesima *ratio* giustifica la previsione dell'articolo 1015 c.c.: l'usufruttuario è sanzionato con la cessazione del suo diritto per il caso in cui egli alieni beni, li deteriori o li faccia perire, cioè se compia atti che non rientrano nel contenuto del suo diritto ed anzi risultano in conflitto, in

⁷⁸² Dossetti, Atti emulativi, in Enc. Giur., III, Roma, 1988, 4; Rescigno, Introduzione al codice civile, Bari, 1991, 111.

⁷⁸³ De Martino, Della proprietà, in Comm. Scialoja-Brancaccio, Bologna-Roma, 1976, 152 ss.

⁷⁸⁴ Patti, (voce) Abuso del diritto, in Digesto disc. Priv., Torino, 1987, 4ss.

⁷⁸⁵ Messineo, Manuale di diritto civile e commerciale, VIII ed., Milano, 1954, I, 137 ss.

contraddizione con la causa di esso e con la tutela del diritto di proprietà che gli è connaturata. In entrambi i casi, quindi, risulta che il legislatore utilizza il termine abuso semplicemente per stigmatizzare situazioni nelle quali vi è la materiale disponibilità della cosa ma non vi è alcun corrispondente potere giuridico, alcun diritto di cui si possa abusare. Tali fattispecie, pertanto, non possono offrire alcun valido contributo alla ricostruzione della categoria dell'abuso.

In molti altri casi la dottrina ha riflettuto non tanto allo scopo di ricercare delle fattispecie in cui fosse codificato il divieto di abuso del diritto, piuttosto su norme nelle quali si potesse individuare lo stesso fondamento dell'abuso e cioè la volontà di sottoporre a sindacato l'esercizio della prerogativa da altra norma attribuita. Si pensi, ad esempio, all'articolo 1438 c.c. nel quale il legislatore ha voluto sancire la sua disapprovazione per un utilizzo normale del diritto, creando "un antidoto preventivo allo sfruttamento anti-giuridico dello schermo del diritto allo scopo di evitare che il diritto dia scacco a se stesso"⁷⁸⁶. L'articolo 1438 c.c. interpreta, dunque, una vicenda di abuso del diritto visto che "con la minaccia, il soggetto esercita una facoltà ricompresa nel contenuto del suo diritto non più per conseguire quanto gli spetta, ma per estorcere un contratto che gli consente di appropriarsi di utilità ulteriori. La minaccia di far valere il proprio diritto, cioè, cessa di essere strumento di difesa dei propri interessi, legittima espressione di autotutela, divenendo strumento di prevaricazione. La dinamica che contrassegna la fattispecie risulta essere, dunque, quella di uno sviamento dall'interesse tutelato"⁷⁸⁷.

Anche altra dottrina⁷⁸⁸ dimostra di attribuire particolare importanza alla individuazione di tutte quelle norme legittimanti il controllo dell'esercizio dei diritti alla stregua del criterio dell'abuso. In particolar modo si attribuisce un significato centrale alle disposizioni di cui agli articoli 1345, 1355 e 1359 c.c.; la prima disciplina la rilevanza del motivo illecito nel contratto, le altre due, invece, riguardano peculiari aspetti della disciplina della condizione e possono essere avvicinate all'istituto dell'abuso del diritto in quanto dalle stesse emerge il ruolo cardine attribuito alla valutazione della causa dell'atto e degli interessi meritevoli di tutela. Per quanto riguarda l'articolo 1345 c.c., che regola il motivo illecito comune ai contraenti, l'Autore⁷⁸⁹ osserva che l'indagine sui

⁷⁸⁶ Breccia, L'abuso del diritto, in *Diritto Privato*, 1997, III, 5 ss.

⁷⁸⁷ Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

⁷⁸⁸ Rescigno, L'abuso del diritto, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, 205 ss; e ora in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

⁷⁸⁹ Rescigno, L'abuso del diritto, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, 205 ss; e ora in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

motivi si traduce in una prospettiva oggettiva razionale, in una indagine e ricostruzione degli interessi individuali sottostanti al compimento dell'atto in questione e sulla loro "dignità di tutela" e che, in tal modo, si consente la sindacabilità del motivo illecito individuale. Anche la norma dell'articolo 1355 c.c., appare all'Autore⁷⁹⁰ destinata a segnare un limite all'autonomia privata, desumendo la necessità, per la efficacia dell'atto, della presenza di un interesse non debole di tutela. Si tratta, infatti, della norma relativa alla condizione potestativa che sanziona con la nullità l'assunzione dell'obbligo o l'alienazione del diritto che dipenda dalla mera volontà del debitore o dell'alienante: "l'efficacia del contratto, quando sia rimessa la volontà di un contraente non può dipendere dal suo mero arbitrio; è necessaria la presenza, anche stavolta, di un interesse meritevole di tutela". Infine dall'articolo 1359 c.c., che contempla la cosiddetta finzione di avveramento della condizione, l'Autore deduce la disciplina dell'abuso delle libertà affermando che: "quando l'esercizio della libertà venga compiuto in vista di un risultato vietato, ma ne scaturisca una efficacia che quel risultato trascende, è sufficiente sancire l'improduttività dell'atto in ordine all'effetto vietato e la formulazione legislativa del principio è racchiusa nell'articolo 1359 c.c."⁷⁹¹".

Accanto a questo atteggiamento della dottrina, teso alla ricerca di un fondamento normativo all'istituto dell'abuso del diritto, va registrato, da altra parte, un atteggiamento di chiusura di alcuni autori al riconoscimento dello stesso come categoria autonoma. Due le impostazioni succedutesi nel tempo. Secondo una prima impostazione, va riconosciuta autonomia alla nozione di abuso ritenendolo superfluo o inconcepibile. Si parla di inutilità della categoria in quanto atteggiamenti che potrebbero rientrarvi posso sanzionarsi già sul piano dell'eccesso del diritto e, quindi, con gli strumenti del codice civile⁷⁹². Questa impostazione è stata fortemente criticata da chi ha notato la netta distinzione tra abuso ed eccesso del diritto: quando si parla di eccesso, infatti, si vuole far riferimento all'atteggiamento di chi travalichi, nell'esercitare un diritto di cui è titolare, i limiti riconosciutigli dall'ordinamento giuridico. Differentemente nell'abuso del diritto si profila una situazione in cui il soggetto, pur rispettando i limiti riconosciuti dall'ordinamento nell'esercizio del diritto, lo faccia per finalità frivole o capricciose⁷⁹³. Altra parte della dottrina nega

⁷⁹⁰ Rescigno, *L'abuso del diritto*, in Riv. Dir. Civ., 1965, I, 205 ss; e ora in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

⁷⁹¹ Rescigno, *L'abuso del diritto*, in Riv. Dir. Civ., 1965, I, 205 ss; e ora in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

⁷⁹² Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, IX, Napoli, 1966, 77

⁷⁹³ Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 3 ss.;

fondamento all'istituto dell'abuso osservando che è contraddittorio riconoscere un diritto e non lasciare la libera possibilità del suo esercizio. Se il diritto attribuisce dei poteri per il perseguimento di un certo interesse, ove questo non vi sia in concreto, non vi sarà neppure diritto⁷⁹⁴ Tuttavia neppure questa critica coglie nel segno se solo si pensa che le modalità di esercizio di un diritto vadano valutate in concreto, giudicandone la conformità rispetto all'assetto ordinamentale complessivamente inteso. Solo se si compie un'analisi del singolo caso sarà possibile scorgere i possibili usi distorti della norma. Negli ultimi anni, tuttavia, è dato registrare un netto cambiamento di prospettiva. L'abuso del diritto è stato utilizzato come strumento volto a correggere una interpretazione distorta delle norme giuridiche chiamando l'interprete a svolgere un compito di grande responsabilità: analizzare la funzione della norma oggetto di abuso e verificarne la sua applicazione. L'interprete, pertanto, dovrà prestare attenzione non solo al significato delle norme nei singoli casi ma anche gli interessi che vengono in essere e sono ricercati dalle parti.

L'orientamento moderno tende a collegare la tematica dell'abuso del diritto a quella della buona fede, quest'ultima intesa come criterio per stabilire un limite alle pretese e ai poteri del creditore e, in generale, del titolare del diritto. In questo senso l'applicazione del criterio di buona fede di cui agli articoli 1175 c.c. e 1375 c.c. comporta che la condotta del creditore, che persegue uno scopo diverso da quello che il legislatore intende conseguire attraverso il riconoscimento di quel diritto, esorbita dal perimetro delle facoltà che l'ordinamento riconosce e tutela. L'abuso può essere inteso nel senso di slealtà della condotta in ossequio alla solidarietà sociale di cui all'articolo 2 Cost.: si impone alle parti di agire in un'ottica di bilanciamento di interessi a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali. Sul punto alcuni sottolineano che il parametro potrebbe risultare evanescente in quanto, data la sua potenziale latitudine, potrebbe peccare di mancanza di tassatività anche se non si dubita che la Costituzione preveda chiaramente una gerarchia di valori in base alla quale l'iniziativa economica è subordinata alla tutela della persona. L'abuso del diritto è stato definito quale "principio-ponte" tra le norme codicistiche ed i principi costituzionali: in tal senso questo istituto può diventare un'occasione per rinnovare e ridefinire i limiti degli atti di autonomia privata⁷⁹⁵. Il giudice, infatti, attraverso l'abuso, dovrà valutare la proporzionalità e la ragionevolezza al fine di un'equa

⁷⁹⁴ Bigliuzzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, Diritto civile, I, 1, Torino, 1987.

valutazione degli interessi indicati dalla norma sostanziale: solo in tal modo il richiamo alla buona fede consentirebbe di riscrivere il contratto. In particolare permetterebbe al giudice di scegliere, tra i più possibili significati delle clausole contrattuali, quello volto a garantire un'esegesi corretta degli interessi dei contraenti. Si avrà abuso quando la finalità perseguita dalla parte non sia quella consentita dall'ordinamento.

Par. 2.3: Abuso del diritto come sindacato sull'autonomia negoziale delle parti: "Caso Renault".

Una recente sentenza della terza sezione della Corte di Cassazione⁷⁹⁶ richiama l'attenzione dell'interprete sulla figura dell'abuso del diritto, qui assunta quale strumento di controllo assai penetrante sull'agire privato. È facile immaginare che questa pronuncia possa spingere i giudici di merito ad un sindacato sempre più invasivo e disinvolto sull'autonomia privata, anche nella prospettiva della realizzazione di istanze di giustizia contrattuale: gli esiti di questo intervento della Cassazione, ove esso dovesse costituire l'avvio di un *trend* coerente con le premesse, sarebbero dunque dirompenti.

La questione affrontata dalla Suprema Corte riguarda alcuni ex concessionari che avevano convenuto in giudizio la società produttrice per chiedere la valutazione in termini di abusività dell'esercizio del diritto di recesso da parte di quest'ultima in quanto, nonostante si trattasse di diritto riconosciuto dallo stesso contratto, era stato esercitato con modalità tali da frustrare gli affidamenti ingenerati sulla continuità del rapporto. Tale richiesta era stata ritenuta infondata sia in primo grado⁷⁹⁷ che in grado di appello⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵ Busnelli- Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in Studi in onore di Pietro Rescigno, vol. V, Responsabilità civile e tutela dei diritti, Milano, 1998, 77 ss. e pubblicato altresì in *Diritto Privato* 1997, III, L'abuso del diritto, Padova, 1998, 171 ss.

⁷⁹⁶ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, *Contratti*, 2010, 5ss. con nota di D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede ed abuso del diritto*.

⁷⁹⁷ Trib. Roma 1° giugno 2001: "*quanto poi all'irragionevole affidamento nella prosecuzione del vincolo, non si vede come esso possa essere stato ingenerato dalla richiesta di adeguamento delle strutture e del capitale investito, una volta che non viene neppure dedotto che la richiesta stessa era estranea alla normale gestione del contratto e/o avvenuta con modalità incompatibili, secondo una ragionevole interpretazione, con una sua interruzione a breve termine*". Da ciò emerge, pertanto, che il tribunale non ha ritenuto che gli investimenti abbiano rappresentato un *quid pluris* rispetto agli obblighi previsti nel contratto ma semplicemente una modalità di adempimento di quest'ultimo.

⁷⁹⁸ Appello Roma 28 settembre 2004: "*una volta stabilito che la casa produttrice era titolare del diritto di recesso ad nutum, correttamente il Tribunale ha escluso di poter esercitare un controllo dell'atto di autonomia. Se l'autonomia privata ha riconosciuto la possibilità di recedere dal contratto non è necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere. In altri termini la casa produttrice non*

Gli *ex* concessionari, successivamente, hanno proposto ricorso per Cassazione denunciando: la violazione e falsa applicazione del diritto con riferimento alla clausola generale della buona fede, alla pretesa insindacabilità degli atti di autonomia privata e alla conseguente non applicabilità della figura dell'abuso del diritto nell'esercizio del recesso *ad nutum*; la violazione e falsa applicazione dell'articolo 2043 c.c.; la violazione e falsa applicazione delle disposizioni sul contratto di agenzia. La Cassazione ha accolto i sopra riferiti primi due motivi del ricorso. Ha premesso che: *"l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica. Una volta collocato nel quadro dei valori introdotto dalla Carta Costituzionale il principio deve essere inteso come una specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'articolo 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. Il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo-integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi"*. Criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede sarebbe, secondo la Corte, l'abuso del diritto. Quest'ultimo sarebbe ravvisabile "quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto e il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede". Si precisa che il mancato inserimento nel codice di una specifica norma volta a vietare in generale l'abuso del diritto è dovuto in parte alla cultura giuridica degli anni '30, che fondava l'abuso del diritto, più che su di un principio giuridico, su un concetto di natura etico-morale e in parte alla preoccupazione per la certezza e prevedibilità del diritto in

necessariamente doveva tener conto dell'interesse della controparte o di interessi diversi da quello che essa aveva alla risoluzione del rapporto. L'interesse in questione poteva anche consistere nel determinare la cessazione dei rapporti contrattuali in corso proprio al fine di realizzare una rete di vendita più razionale o più rispondente ai propri interessi. Anche in tal caso trattasi di scelta imprenditoriale visto che era modificato l'assetto di vendita, scelta che non era diretta tanto a creare danno all'altro contraente quanto ad ottenere un risparmio mediante la riduzione del personale collocandolo nella rete distributiva". La Corte d'Appello ha anche aggiunto che: *"non sono presenti nel caso i principi enucleati dalla giurisprudenza in tema di abuso del diritto. Ricorre tale ipotesi, allorché l'esercizio del diritto da parte del titolare si esplicita attraverso l'uso abnorme delle relative facoltà ed è indirizzato ad un fine non solo diverso da quello per cui fu concesso, ma in contrasto con i principi di solidarietà e del neminem laedere connaturali al nostro sistema. La sussistenza di un atto di abuso del diritto postula il concorso di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza di utilità per il titolare del diritto, e di un elemento soggettivo, costituito dall'*animus nocendi*, ossia l'intenzione di nuocere o di recare molestia ad altri. Tali elementi non sussistono nel caso in esame"*.

considerazione della grande latitudine di potere che una clausola generale attribuisce al giudice. Ma, sostengono i giudici della Supremo Collegio, *"in un mutato contesto storico, culturale e giuridico, un problema di così pregnante rilevanza è stato oggetto di rimeditata attenzione da parte della Corte di legittimità"*. In ragione dei diversi precedenti risulterebbe, pertanto, *"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. Deve, con ciò, pervenirsi a questa conclusione. Oggi, i principi della buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto, devono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali (funzione sociale alla luce dell'articolo 42 della Costituzione) e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principi 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 essi sono stati conferiti"*. Alla luce di tali considerazioni i giudici della Suprema Corte passano ad esaminare le affermazioni della sentenza della Corte di Appello. In primo luogo la Cassazione esclude che l'atto di autonomia privata non sia mai soggetto al controllo giurisdizionale. Al giudice, infatti, nell'ipotesi in cui il rapporto evolva in chiave patologica, spetta interpretare il contratto e ciò, ai sensi dell'articolo 1366 c.c., utilizzando anche il criterio della buona fede. In secondo luogo, infatti, si deve tener conto della circostanza che: *"il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento dalla formazione all'esecuzione, ed, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'articolo 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche. La sua violazione, pertanto, costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato. Il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento per il giudice finalizzato al controllo anche in senso modificativo o integrativo dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi. Il giudice, quindi, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi. Ed è su questa base che la Corte di*

merito avrebbe dovuto valutare ed interpretare le clausole del contratto anche al fine di riconoscere l'eventuale diritto al risarcimento del danno per l'esercizio di tale facoltà in modo non conforme alla correttezza e alla buona fede. In sostanza la Corte di merito non poteva esimersi dal valutare le circostanze allegare dai destinatari dell'atto di recesso, quali impeditive del suo esercizio, o quali fondanti un diritto al risarcimento per il suo abusivo esercizio". La Suprema Corte censura quanto affermato dalla Corte d'Appello anche con riferimento all'abuso del diritto: "il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotto tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata. Per questa ragione il giudice, nel controllare ed interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare ed interpretare l'atto anche in funzione del temperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali. Ovvero: posto che si verte in tema di interessi contrapposti, di cui erano portatrici le parti, il punto rilevante è quello della proporzionalità dei mezzi usati. Proporzionalità che esprime una certa procedimentalizzazione nell'esercizio del diritto di recesso. In questo senso, la corte d'appello non poteva esimersi da un tale controllo condotto, secondo le linee guida espresse, anche, quindi, sotto il profilo dell'eventuale abuso del diritto di recesso, come operato. In concreto, avrebbe dovuto valutare se il recesso ad nutum previsto dalle condizioni contrattuali, era stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti. In ipotesi, poi, di eventuale provata disparità di forze tra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa, e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica".

Da quanto sin qui esposto, emerge la necessità di riepilogare i passaggi interpretativi emersi nei vari gradi di giudizio. In primo ed in secondo grado i giudici avevano rigettato le relative domande affermando che il recesso *ad nutum*, previsto nei contratti, non sarebbe sindacabile perché costituisce esercizio di un diritto potestativo non sindacabile ed esercitato mediante il compimento di un negozio unilaterale recettizio che non contrasta con alcun limite né pattizio né legale. Due sono le ragioni addotte a fondamento dell'insindacabilità: la natura potestativa del diritto, la circostanza che quest'ultimo transiti per il compimento di un negozio giuridico. La

Cassazione, pertanto, scompagina completamente questa impostazione affermando che l'esercizio di ogni diritto, anche quello potestativo o quello che si sostanzia nel compimento di un negozio giuridico, conosce, oltre ai limiti tipizzati dal legislatore e dalle parti, un più generale limite di natura funzionale e modale rappresentato dall'esigenza che il diritto non sia esercitato in modo tale da arrecare alla controparte un sacrificio eccessivo o in modo contrastante con lo scopo per il quale è stato attribuito. Sul punto la Cassazione ha modo di precisare che il criterio alla stregua del quale verificare se un diritto sia stato esercitato in modo abusivo, sarebbe quello della buona fede oggettiva. Quest'ultima è oggetto di un autonomo dovere giuridico ed espressione di un generale principio di solidarietà sociale. La rilevanza di tale obbligo si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto sia stabilito da singole norme di legge. La buona fede è lo strumento atto a verificare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale allo scopo di garantire il giusto equilibrio degli opposti interessi. Gli elementi costitutivi del divieto di abuso, così come enucleati dalla giurisprudenza, sono: presenza di un diritto nascente dalla legge o dal contratto, possibilità di esercitare il diritto secondo molteplici modalità, esercizio dello stesso nel modo da produrre, in un'ottica comparativa, un eccessivo sacrificio della controparte non giustificato dal perseguimento di un interesse lecito.

Par. 2.3.4: La posizione della dottrina dinanzi all'"ingresso" nel nostro ordinamento in via pretoria dell'istituto dell'abuso del diritto.

All'indomani della pronunzia della Cassazione varie sono state le reazioni in dottrina. Parte di essa⁷⁹⁹ ha mostrato piena condivisione delle argomentazioni della Corte. Si mette in evidenza che la giurisprudenza, con tale pronunzia, ha sottolineato la necessità di rendere più forte il vincolo contrattuale evitando che una parte possa in ogni caso recedere dallo stesso. Il conferimento al giudice del potere di scrutinare le modalità di un esercizio corretto del potere di recesso sarebbe funzionale ad una più efficace tutela del vincolo contrattuale e non certo ad un indebolimento del medesimo. Si tratterebbe di una tecnica di "governo giudiziario della discrezionalità contrattuale"⁸⁰⁰, utilizzata

⁷⁹⁹ Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e Impr.*, 2011, 311 ss.

⁸⁰⁰ Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855; e su di essa v. il commento di Baraldi, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 501.

anche con riguardo ai contratti ove le parti hanno pari forza negoziale e finalizzata a scrutinare l'equilibrio contrattuale anche facendo ricorso alle clausole generali. A tal fine sarebbe opportuno far riferimento a varie disposizioni normative: l' art. 1322 c.c. in tema di meritevolezza dell' interesse perseguito anche tenendo conto di singole clausole contrattuali, l'art. 1374 c.c. in tema di equità soprattutto in termini correttivi, l'art. 1366 c.c. in tema di interpretazione in buona fede del contratto, criterio cardine e non sussidiario, superando l'assunto che in *claris non fit interpretatio*. Si aggiunga che la sentenza in oggetto si presterebbe anche ad una analisi economica del diritto⁸⁰¹: si passa da una visione quantitativa ad una visione qualitativa della circolazione della ricchezza ed inoltre si tende ad una progressiva valorizzazione del profilo causale articolantesi nelle singole clausole ed idoneo a fornire una giustificazione dello scambio. Si proporrebbe, pertanto, una nuova prospettiva attraverso la quale studiare la giustizia del contratto: essa funge da potente fattore di sviluppo economico in grado di sollecitare la propensione alla contrattazione incrementando la fiducia nel mercato. Il rimedio utilizzabile sarebbe quello di considerare il recesso abusivo non come illecito contrattuale con conseguente obbligo risarcitorio, ma come atto invalido e, quindi, destinato ad essere privato degli effetti, con la conseguenza che il contratto dovrebbe considerarsi ancora in corso nonostante il recesso abusivo. Tuttavia se il rimedio invalidatorio non sarà adeguato, potrà ricorrersi a quello risarcitorio per inadempimento dell'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede. I rimedi vanno calibrati sul caso concreto per garantire il rispetto del principio di effettività della tutela. Sui rapporti tra buona fede ed abuso del diritto, la dottrina maggioritaria⁸⁰² ha condiviso l'impostazione della Corte che ha ritenuto che nel caso sottoposto al suo vaglio vi fosse un abuso modale sindacabile attraverso le clausole generali di correttezza e buona fede. Altra parte della dottrina, prendendo spunto da chi ritiene che i concetti di correttezza e buona fede e quello di abuso del diritto debbano avere un autonomo campo di applicazione come tecniche di controllo dell'autonomia privata, reputa necessario individuare una differenziazione tra le due nozioni, non per annullare l'una o l'altra di esse ma solo per individuarne un diverso modo di operare⁸⁰³. Tutto ciò è indispensabile per costruire strumenti concretamente utilizzabili dal giurista e

⁸⁰¹ Rosenfeld, Interpretazioni. Il diritto tra etica e politica(1998), Bologna, il Mulino, 2000, pp. 48-52; Monateri, Diritto soggettivo, in Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile, vol. IV, Torino, Utet, 1990, pp. 411-433 (spec. p. 420).

⁸⁰² Galgano, Qui iure suo abutitur neminem laedit?, in Contr. e impr., 2011, 311 ss.

⁸⁰³ D'Amico, Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano, Contr., 2011, 653 ss.

soprattutto razionalmente controllabili per evitare il rischio di decisionismo giudiziale. La critica principale mossa all'elaborazione dogmatica dell'abuso del diritto ha evidenziato che ampliando l'ambito di applicazione dell'istituto si determinerebbe una negazione del principio *pacta sunt servanda*. Si dice che all'ampliamento del campo di estensione dell'istituto in questione corrisponderebbe una progressiva restrizione, se non negazione, del suddetto principio⁸⁰⁴.

In realtà l'obiezione è poco persuasiva⁸⁰⁵: non si tratta di mettere in discussione il contenuto della singola clausola quanto piuttosto di operare un controllo sull'esercizio di un diritto, pur esistente in base al contratto. La soluzione va, invece, individuata facendo riferimento all'inadempimento contrattuale: è inadempimento contrattuale l'esecuzione del contratto non effettuata secondo buona fede. In tal modo l'abuso del diritto sarebbe riconducibile ad una forma di inadempimento contrattuale.

Quanto al criterio di valutazione dell'esercizio della facoltà di recesso, è da registrare un contrasto tra quanto affermato dalla sentenza della Cassazione e quanto sostenuto da parte della dottrina. La Cassazione introduce i concetti di abuso modale e di abuso causale e, pur specificando che nel caso in specie ci si trovi dinanzi ad un abuso modale, precisa che entrambi sarebbero sindacabili alla stregua della buona fede. Parte della dottrina⁸⁰⁶, invece, ritiene che l'abuso causale sarebbe sindacabile in base all'abuso del diritto; l'abuso modale in base alle clausole di correttezza e buona fede. In particolare si precisa che la valutazione in ordine all'esercizio in modo abusivo del diritto di recesso, non possa essere effettuata alla luce della causa del contratto. E' un controsenso in quanto il recesso è un atto che contraddice il programma negoziale e, con esso, la causa stessa del contratto. Il controllo sull'esercizio del diritto di recesso si risolve in una verifica della sussistenza delle condizioni a cui tale esercizio è stato subordinato tenendo conto dei limiti previsti dalla legge e dalle parti, nonché delle caratteristiche della complessa relazione negoziale.

Altra parte della dottrina⁸⁰⁷ coglie l'occasione per effettuare una valutazione attenta sulla categoria dell'abuso del diritto chiedendosi non solo se questa figura sia configurabile ma anche se sia utile. Se infatti si sposta la riflessione sul piano dei criteri di valutazione in base ai quali va scrutinato l'esercizio del diritto, appare evidente il rischio di etichettare con il *nomen* di abuso vicende che già trovano

⁸⁰⁴ Palmieri-Pardolesi, Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa, in Foro It., 2010, I, 95.

⁸⁰⁵ D'Amico, Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, Contr., 2010, 1, 15 ss.

⁸⁰⁶ D'Amico, Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, Contr., 2010, 1, 5 ss.

⁸⁰⁷ Restivo, Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto, Milano, 2007.

collocazione e sanzione in altre regole⁸⁰⁸. Questa preoccupazione sembra trovare conferme nella pronuncia in esame: qui le due figure dell'abuso della buona fede sono sovrapposte, quasi costituissero articolazioni alternative della medesima sostanza. Questa compenetrazione sarebbe chiaramente svelata da diversi passaggi della sentenza, nei quali ora si presenta l'abuso quale "criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva"; ora, ribaltando i termini del rapporto, si sostiene che sia la violazione della regola di correttezza a segnalare una ipotesi di abuso nell'esercizio del diritto; infine si evidenzia che le due figure si integrerebbero a vicenda, essendoci tra le stesse un rapporto non più di strumentalità, ma di complementarità⁸⁰⁹.

Inoltre la pronuncia in esame sembrerebbe individuare un abuso in due ipotesi diverse. La prima consiste nello sviamento della condotta dall'interesse sotteso all'attribuzione del diritto. La seconda, invece, si riferisce al momento della interazione tra due realtà giuridiche soggettive e ricorre quando vi è una sproporzione tra il vantaggio conseguito dall'autore della condotta ed il danno arrecato al soggetto sul quale la condotta incide. Pertanto mentre nel primo caso il sindacato da parte del giudice si esaurirebbe interamente entro il cerchio della fattispecie attributiva del diritto, l'abuso, nella seconda ipotesi, delinea una vicenda relazionale che trova fondamento nella vicenda contrattuale e che comporta necessariamente un bilanciamento tra interessi contrapposti. Il quadro, sempre a giudizio dell'autore⁸¹⁰, sembrerebbe reso ancor più contorto dal passaggio in cui si afferma che ricorre un abuso laddove la condotta "anche se formalmente rispettosa della cornice attributiva di quel diritto, sia svolta secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione giuridico o extra giuridico⁸¹¹". Questa affermazione appare pericolosa in quanto il riferimento ad imprecisati criteri di valutazione potrebbe indurre la convinzione che l'abuso offra dimora a qualsiasi sindacato cui l'interprete immagini o pretenda di assoggettare l'esercizio di un diritto. Senza considerare poi il rischio insito nel richiamo a criteri extra giuridici che aprono spazi di indiscussa discrezionalità all'interprete che invece dovrebbe rimanere ancorato necessariamente al dato positivo; si osserva, inoltre, che la

⁸⁰⁸ Monateri, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà* (un saggio di Comparative law and Economics), in *Dir. Priv.*, 1997, 108 ss; Gambaro, voce *Abuso del diritto*. II) *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988.

⁸⁰⁹ Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

⁸¹⁰ Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

⁸¹¹ Nivarra, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 375 ss.

nostra Costituzione ha assorbito, ormai, tutti i valori meritevoli di tutela e di protezione all'interno dell'ordinamento giuridico rendendo, pertanto, superflua una ricerca degli stessi al suo esterno.

Proprio a causa delle perplessità che suscita, la pronuncia in esame fornisce una occasione propizia per domandarsi se sia possibile isolare e riservare alla categoria dell'abuso un criterio di valutazione dell'esercizio del diritto autonomo, cioè irriducibile ai criteri dettati da altre regole⁸¹². Occorre dunque affrontare il nodo dei rapporti tra abuso del diritto e regola di buona fede, al fine di verificare se sia possibile delimitare e distinguere gli ambiti operativi delle due figure⁸¹³. Riprendendo quanto si affermato in precedenza rispetto alle due modalità di interpretare l'abuso del diritto secondo quanto previsto dalla pronuncia in esame, e cioè sviamento dall'interesse e la valutazione comparativa con un interesse contrapposto, giova sottolineare che la seconda vicenda trova la sua forma giuridica, nella materia contrattuale, nella regola di buona fede. La buona fede, infatti, è criterio di gestione del rapporto chiamato a garantire l'aderenza del regolamento negoziale alle circostanze del caso concreto. La realizzazione dell'assetto di interessi convenuto può, infatti, essere compromessa ove le circostanze non contemplate alterino gli equilibri delineati dalle parti. Il ruolo che la buona fede assolve è di orientare il rapporto nella direzione del programma negoziale, contenendo gli scostamenti che possono determinarsi nel suo svolgimento. Essa è un criterio di decisione elastico, che consente al giudice di imporre alle parti, integrando e, persino modulando il regolamento contrattuale, il contegno di volta in volta necessario alla realizzazione dell'assetto di interessi convenuto⁸¹⁴. In particolare, il problema normativo cui la buona fede è chiamata a rispondere, sorge quando le contrapposte posizioni di interesse delle parti, che nel contratto dovrebbero trovare una composizione, si trovano prive di una regola che risolva il conflitto⁸¹⁵. Emerge dunque un dato: l'operazione logica cui la regola di buona fede pone capo consiste nel bilanciamento tra due contrapposti interessi⁸¹⁶. È pertanto inopportuno ascrivere

⁸¹² Patti, voce Abuso del diritto, in Dig. Disc. Priv., sez. civ., I, Torino, 1987, 6.

⁸¹³ Natoli, Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1958, 26ss; Di Majo, Delle obbligazioni in generale, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, 334; Alpa, Pretesa del creditore e normativa di correttezza, in Riv. Dir. Comm., 1971, II, 285 ss; La Torre, Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio, Milano, 2006, 92 ss.

⁸¹⁴ Barcellona, Diritto privato e società moderna, Napoli, 1996, 360 ss; D'Angelo, La buona fede, in Trattato dir. priv., diretto da Bessone, XIII, Il contratto in generale, IV, 40 ss; Uda, La buona fede nell'esecuzione del contratto, Torino, 2004, 46 ss; Spadafora, La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede, Torino, 2007, 239 ss.

⁸¹⁵ Bigliazzi Geri, voce Buona fede nel diritto civile, in Dig. Disc. Priv. Sez. civ., II, Torino, 1988, 72.

⁸¹⁶ Sacco, Cos'è la buona fede oggettiva?, in AA.VV., Il principio di buona fede, Milano, 1987, 48 ss.

all'abuso del diritto una vicenda, quella della sproporzione tra l'utilità perseguita dall'agente e il pregiudizio arrecato, che già trova la sua collocazione nel raggio di azione della regola di buona fede, in quanto riconducibile allo schema della valutazione comparativa dei due interessi.

Vicenda diversa è, invece, lo sviamento dall'interesse che converrà qualificare come abusivo ancor prima, però, occorre chiedersi quale sia il fondamento normativo di un sindacato condotto alla stregua del criterio dell'interesse perseguito. In effetti, manca nel nostro ordinamento una disposizione che codifichi la categoria dell'abuso e, in particolare, che sanzioni, attraverso questa figura, lo sviamento dall'interesse sotteso alla previsione del diritto⁸¹⁷. Tuttavia occorre domandarsi se l'abuso del diritto, individuato nella vicenda dello sviamento dall'interesse, richieda necessariamente una regola che lo codifichi.

A proposito occorre precisare che il contenuto di ogni diritto soggettivo viene determinato dall'ordinamento sulla base di una valutazione aprioristica delle prerogative che, tipicamente, realizzano l'interesse cui si intende dare protezione. Facoltà e poteri però non sono consegnati indiscriminatamente al soggetto, non gli attribuiscono una sfera di mero arbitrio, perché gli competono solo in quanto costui persegua, nel caso concreto, l'interesse assunto dalla norma. L'abuso del diritto si insinua proprio in questo scarto tra la fattispecie normativa ed il fatto concreto, nel quale le stesse prerogative possono essere esercitate in vista di un interesse diverso e da ciò discende la costruzione dell'abuso del diritto come sviamento dall'interesse, suscettibile di accertamento solo in concreto e *a posteriori*⁸¹⁸. L'abuso è, dunque, un riflesso della struttura del diritto soggettivo, del vincolo finalistico che lega le prerogative consegnate al soggetto all'interesse assunto dalla norma. Pertanto non è necessario ricercare nel dato positivo una regola che, sovrapponendosi alla norma attributiva del diritto, elevi la conformità all'interesse quale criterio di giudizio del suo esercizio. Questa regola, infatti, è insita nella stessa fattispecie attributiva del diritto, non è altro rispetto ad essa, perché discende direttamente dalla centralità che riassume l'interesse quale criterio di conformazione del contenuto del diritto.

⁸¹⁷ Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 97; Pugliatti, *Il libro della proprietà*, in *Commentario al codice civile*, diretto da D'Amelio, Firenze, 1942, 140.

⁸¹⁸ Pellizzi, voce *Exceptio doli* (diritto civile), in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1960, 1077.

Par. 2.3.5: Ulteriori riflessioni sulla pronunzia della Cassazione: abuso del diritto e recesso dal contratto.

Analizzando più da vicino lo specifico caso sul quale la Cassazione si è pronunciata occorre risolvere il problema della qualificazione del recesso azionato dalla casa automobilistica. È noto, infatti, che con questo termine vengono designate molteplici figure, rispondenti a funzioni e logiche molto diverse⁸¹⁹. Sul punto dalla decisione emergono indicazioni molto scarse. Due sembrano le ipotesi configurabili: ove risulti che il contratto fosse privo di termine, il recesso avrà natura determinativa; altrimenti sarà un recesso convenzionale. Nei contratti di durata a tempo indeterminato ciascuna delle parti, anche in assenza di una specifica clausola contrattuale, può recedere dal rapporto⁸²⁰. Ciò sulla base di un principio generale ricavabile da molteplici disposizioni normative che rappresentano la risposta ad un problema attinente alla determinazione dell'oggetto del contratto. In effetti la mancata predeterminazione di un termine non implica che le parti abbiano voluto attribuire carattere perpetuo al vincolo negoziale con ciò mettendo in dubbio anche la validità dello stesso; piuttosto, l'assenza di un termine apre una lacuna nel regolamento negoziale, che investe il soggetto poiché nei contratti di durata il *quantum* della prestazione è funzione del dispiegarsi del rapporto nel tempo. Questa lacuna del regolamento negoziale trova nel recesso, detto determinativo, uno strumento di integrazione. In particolare l'oggetto del contratto, almeno per quanto concerne il suo profilo temporale, sarà determinato dalla dichiarazione di recesso di una delle parti⁸²¹. Ciò significa che la fonte dell'effetto giuridico, cioè della cessazione del rapporto, è pur sempre il contratto, non il recesso dichiarato dalla parte il quale rileva quale fatto giuridico che il regolamento assume nella sua materialità per determinare *per relationem* il termine finale del rapporto⁸²². E', dunque, improprio individuare nel recesso un negozio giuridico che si sovrappone al contratto e, secondo lo schema del *contrarius actus*, ne determina il venir meno; piuttosto è il regolamento negoziale, integrato dalla dichiarazione di recesso, a dar luogo alla cessazione del rapporto, essendo questo il *nomen* più appropriato ad una

⁸¹⁹ Gabrielli, Vincolo contrattuale e recesso unilaterale, Milano, 1985; Padovini, Il recesso, in AA. VV., I contratti in generale, a cura di Gabrielli, Torino, 2006, II, 1383 ss.

⁸²⁰ Roppo, Il contratto, in Trattato dir. priv., diretto da Iudica-Zatti, Milano, 2001, 551.

⁸²¹ Sangiorgi, Rapporti di durata e recesso ad nutum, Milano, 1965, 183 ss.

⁸²² Panuccio, Le dichiarazioni non negoziali di volontà, Milano, 1966; Falzea, Atto reale e negozio giuridico, in Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica, Milano, 1997, 805 ss; Falzea, L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici, in Riv. Dir. civ., 1996, I, 1 ss.

vicenda assimilabile al naturale spirare del termine conclusivo apposto al contratto. Se la dichiarazione della parte non è la fonte dell'effetto giuridico, allora non è configurabile un diritto potestativo di sciogliersi dal vincolo contrattuale di cui la dichiarazione di recesso possa essere considerata esercizio. Da ciò discende che, in questo caso, il recesso non può essere assoggettato ad un sindacato diretto a svelare la sua eventuale abusività. La categoria dell'abuso presuppone, infatti, che la condotta sia esercizio di una situazione giuridica di cui il soggetto sia titolare. D'altra parte l'insindacabilità del recesso determinativo trova una conferma nella circostanza che la tutela della parte che lo subisce è affidata ad uno strumento ben diverso: il preavviso. Il diritto di recedere dal contratto, oltre che in una previsione normativa, può avere fonte nella volontà delle parti (art. 1373 c.c.⁸²³). In questa ipotesi presupposti e funzione del recesso sono il frutto della libera determinazione dei contraenti: carattere del recesso convenzionale è l'atipicità del suo atteggiarsi. Quando è slegato dalla ricorrenza di una giusta causa o di circostanze specifiche, il recesso convenzionale è strumento che consente alle parti di sottrarsi liberamente al vincolo contrattuale e si atteggiava, nel senso proprio del termine, quale *ius poenitendi*. Da ciò discenderebbe, secondo quanto avevano espresso i giudici di merito nei precedenti gradi del giudizio, la sua incensurabilità: una prerogativa rimessa alla discrezionalità della parte non si presta, per la sua natura arbitraria, ad un sindacato condotto attraverso la lente dell'abuso del diritto. Tuttavia, prima ancora di chiedersi se e in quali termini l'esercizio di questo diritto di recesso sia assoggettabile ad un sindacato, occorre porsi il problema della validità della clausola che lo attribuisca, configurandolo quale prerogativa arbitraria, funzionale semplicemente ad una diversa valutazione della convenienza del rapporto. L'analisi di questa problematica è molto delicata e la sua soluzione richiede un approfondimento ed un confronto con la disciplina normativa prevista dal legislatore con riferimento alla condizione risolutiva meramente potestativa. Quest'ultimo istituto, tuttavia, pone a sua volta diversi problemi interpretativi⁸²⁴. Il codice, infatti, prevede solo l'ipotesi di una condizione meramente potestativa sospensiva e, com'è noto, ne sancisce la nullità (art. 1355 c.c.). Tale norma è sicuramente sintomatica del disfavore dell'ordinamento dinanzi al mero arbitrio, inteso "come mancanza di motivi ragionevoli dell'agire e quindi di interessi meritevoli

⁸²³ Gabrielli, Vincolo contrattuale e recesso unilaterale, Milano, 1985; Sangiorgi, Rapporti di durata e recesso ad nutum, Milano, 1965.

⁸²⁴ Bonofiglio, La condizione meramente potestativa, in Giust. Civ., 1997, II, 125 ss; Costanza, Della condizione nel contratto, in Commentario al codice civile Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1997, 78.

di tutela da realizzare⁸²⁵". L'ordinamento non pone i propri strumenti al servizio dell'arbitrio privato: l'apposizione di una condizione potestativa, che rimette l'efficacia del contratto alla volontà di una delle parti, deve rispondere ad interessi oggettivamente apprezzabili. In particolare, nel caso di una condizione meramente potestativa sospensiva, il codice considera il contratto nullo visto che il mero arbitrio a cui è sospensivamente condizionato il contratto, è indice dell'assenza di quella volontà di vincolarsi giuridicamente che del contratto è elemento essenziale⁸²⁶. Nel caso di una condizione meramente potestativa risolutiva, invece, la volontà di vincolarsi giuridicamente, è chiara perché le parti hanno reso il contratto immediatamente efficace; non vi è ragione, pertanto, di estendere la nullità della condizione all'intero regolamento anche se si sottrae la cessazione del rapporto al mero arbitrio. La condizione, quindi, *vitiatur sed non vitiat*. Questa soluzione, infatti, riflette la logica sottesa all'individuazione della causa quale elemento essenziale del contratto. L'ordinamento riconosce l'autonomia privata quale fonte di precetti giuridici solo se è regolamento di interessi e cioè se sussiste una causa, categoria che esprime l'esigenza che il contratto sia veicolo di interessi oggettivamente apprezzabili e non pretesto di arbitrii. Da ciò può trarsi una conclusione: il disfavore dell'ordinamento dinanzi al mero arbitrio implica che al potere di risolvere unilateralmente un rapporto debba sempre corrispondere un interesse meritevole di tutela. Il recesso convenzionale, pertanto, non può atteggiarsi, a pena di nullità della clausola, come un potere arbitrario di sottrarsi al vincolo contrattuale, ma deve pur sempre sottendere un interesse giuridicamente apprezzabile, espressamente indicato o desumibile in via interpretativa, allo scioglimento del rapporto. Ovviamente, ove un interesse rilevi, la clausola risulterà valida e il recesso, laddove sia utilizzato per il perseguimento di un interesse diverso rispetto a quello che giustifica l'attribuzione di tale potere, risulterà abusivo. L'aspetto più discutibile della pronuncia della Cassazione, tuttavia, è la continua sovrapposizione tra due piani che occorrerebbe distinguere: da un lato, la valutazione della condotta assunta dalle parti in sede di esecuzione del contratto; dall'altro, la rilevanza della ricaduta, sul contenuto dello stesso, della ritenuta disparità dei rapporti di forza economica e negoziale tra i contraenti. Ciò significa che la valutazione della condotta tenuta dalle parti nello svolgimento del rapporto e, dunque, a valle del contratto, si salda e si confonde a quella relativa alla condotta tenuta dalle parti a

⁸²⁵ Giacobbe, La deducibilità in condizione dell'adempimento della prestazione tra libertà e mera potestatività, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 937 ss.

monte del contratto, ove il problema è accertare se, approfittando di una posizione di maggior forza negoziale, un contraente abbia imposto all'altro condizioni che appaiono al giudice eccessivamente onerose. La sentenza in esame, dunque, si inserisce in quel *trend* giurisprudenziale che ritiene ricavabile dal sistema un principio di giustizia contrattuale⁸²⁷. Non a caso la Corte sottolinea con forza che la regola di buona fede concretizza nella materia contrattuale il principio costituzionale di solidarietà⁸²⁸: argomento funzionale a dimostrare quanto la clausola in parola, in quanto intrisa di valori costituzionali, possa riverberarsi sull'autonomia privata fondando interventi diretti a comporre un giusto equilibrio di interessi tra le parti⁸²⁹. In particolare, laddove le parti si trovino in una posizione di forza negoziale impari, il giudice sarebbe legittimato ad accertare se si sia consumato un abuso di potere contrattuale in danno del contraente debole ed, eventualmente, a correggerlo. Giova considerare, infatti, che abuso del diritto e abuso di potere contrattuale delineano vicende completamente diverse, irriducibili al medesimo schema. Nelle fattispecie normative riconducibili al paradigma dell'abuso di potere contrattuale, non ricorre, nel senso proprio del termine, l'abuso di una prerogativa giuridica intesa quale deviazione dell'atto dall'interesse sottostante al suo riconoscimento; ricorre, piuttosto, l'approfittamento di una situazione contingente che pone una parte in una posizione di maggiore forza contrattuale e le consente di imporre all'altro contraente condizioni particolarmente gravose approfittando della sua posizione. Tuttavia, al di là di ogni valutazione sul suo merito, la condotta del contraente forte che approfitta della debolezza altrui è certamente coerente con la logica del profitto che sempre orienta la libertà negoziale. Nelle ipotesi riconducibili allo schema dell'abuso di potere contrattuale, infatti, il limite posto alla libertà negoziale del soggetto non è proiezione dell'esigenza, cui invece risponde la categoria dell'abuso del diritto, che l'esercizio di questa libertà si attenga alla razionalità ad essa sottesa; questo limite è, invece, il risultato della protezione data alla libertà negoziale dell'altro contraente, minacciata dalle condizioni di particolare debolezza in cui venga a trovarsi. Inoltre le ipotesi normative, tradizionalmente

⁸²⁶ Falzea, voce Condizione. I) Diritto Civile, in Enc. Giur., VII, Roma, 1988; Barbero, voce Condizione (diritto civile), in Noviss. Dig. It., III, Torino, 1967.

⁸²⁷ Smorto, La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 2008, 219 ss.

⁸²⁸ Busnelli, Note in tema di buona fede ed equità, in Riv. Dir. Civ., 2001, I, 544; Castronovo, Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema, in Europa e dir. priv., 2006, 397 ss; Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 2004, 163 ss.

⁸²⁹ Grondona, Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede, in Riv. Trim. dir. proc. Civ., 2004, 733 ss, la buona fede, se costruita in chiave solidaristica, può diventare

ricondotte al paradigma dell'abuso di potere contrattuale, pur prospettando sempre una dinamica di approfittamento della condizione di debolezza in cui versa una delle parti, rispondono alle logiche diverse. Vano sarebbe il tentativo, pertanto, di individuare una categoria unitaria di "contratto con asimmetria di potere contrattuale" perché alla specificità della materia trattata corrispondono, ogni volta problemi diversi e soluzioni differenti⁸³⁰. Se infatti è vero che le fattispecie considerate presentano un minimo comune denominatore nella sussistenza di un' asimmetria tra le parti, è anche vero che questo presupposto è di volta in volta arricchito da elementi ulteriori che qualificano la relazione contrattuale secondo schemi differenti.

Par. 2.4: Abuso del diritto e terzo contratto: una lettura in chiave giuridica ed economica.

La Suprema Corte nella sentenza sul “caso Renault” introduce, tra i parametri di valutazione dell'abuso, anche la posizione di debolezza di una delle due parti. Tuttavia la sentenza mira ad avere una portata più ampia potendosi estendere a tutti i rapporti contrattuali indipendentemente dalla circostanza che siano sbilanciati con la precisazione che, laddove il rapporto risulti sbilanciato dal punto di vista della forza contrattuale, l'indagine dovrà essere più approfondita e puntuale. Lo squilibrio cui fa riferimento la sentenza in oggetto è di tipo economico, diverso da quello asimmetrico tipico dei contratti del consumatore⁸³¹. Ecco perché essa è così utile per svolgere delle riflessioni sul terzo contratto, indispensabili per compiere di quest'ultimo una lettura in chiave economica. Tuttavia, prima di esaminare la questione della tutela dell'impresa debole nell'ambito dei contratti d'impresa asimmetrici, giova, sia pure sinteticamente, tratteggiare le caratteristiche e peculiarità del contratto asimmetrico tra professionista e consumatore (cd. "secondo contratto"). Con il decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206, è stato approvato il codice del consumo che, raggruppando i precedenti interventi

strumento per sindacare, sul piano della giustizia sostanziale, l'assetto economico del rapporto contrattuale, eventualmente modificandolo.

⁸³⁰ Camardi, Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti “reticolari”, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2005, 557 ss; Natoli, L'abuso di dipendenza economica, Napoli, 2004, 82 ss; Zoppini, Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa, e disciplina della concorrenza, in AA.VV., Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore, a cura di Navarretta, Milano, 2008, 355 ss.

⁸³¹ Perlingieri, Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, in Rass. Dir. civ., 2001, 336 ss; Scalisi, Equilibrio e giustizia contrattuale. (Dal controllo dell'atto al controllo del regolamento), in Categorie ed istituti del diritto civile nella transazione al postmoderno, Milano, 2005, 671 ss; Proserpi, Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale, in Rass. Dir. civ., 1999, 639 ss.

normativi, di derivazione comunitaria, pone una tutela del consumatore incentrata sullo *status* dei contraenti, distinguendo diritti ed obblighi contrattuali per realizzare, nelle stipulazioni in cui sia parte un contraente non professionale, un riequilibrio delle posizioni. La disciplina consumistica è fondata sul presupposto di un' asimmetria nel rapporto tra consumatore e professionista nel cui ambito la libertà e l'autonomia contrattuale del consumatore non è uguale alla libertà e all'autonomia del professionista. Tale impostazione è apparsa di difficile compatibilità con la nozione di contratto elaborata dall'articolo 1321 c.c., basata sul dogma della volontà, sul liberismo economico, e, quindi, sull'idea secondo la quale il contratto è il prodotto della libera scelta delle parti di cui il giudice debba prendere atto senza poter sovrapporre il proprio giudizio soggettivo a quello formulato dai contraenti. La difformità dei presupposti ha indotto a distinguere il contratto tra consumatore e professionista, cd. "secondo contratto", dal contratto disciplinato in termini generali dal codice, cd. "primo contratto", che considera intangibile il frutto della libera autonomia contrattuale e non valutabile l'equità dello scambio. Per delimitare l'ambito di applicazione della disciplina consumeristica, la norma individua da un lato la categoria di consumatore o utente, intesa come persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianali o professionale eventualmente svolta, e dall'altro quella del professionista definita quale persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, artigianale o professionale. Il consumatore, riconosciuto contraente debole, riceve una tutela di carattere sostanziale con l'art. 33 comma 1° Cod. Cons. che considera vessatorie le clausole che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, fornendo al comma 2 un'elencazione di clausole che *ex lege* si presumono vessatorie fino a prova contraria. Tali clausole sono, *ex art. 36*, colpite da nullità mentre il contratto resta valido. La tutela accordata al consumatore, quindi, mira ad uniformare il contenuto contrattuale per eliminare l'asimmetria informativa sulla disciplina del regolamento, e a fondare sul prezzo il confronto delle offerte presenti sul mercato. Al riguardo, occorre osservare che la sanzione prevista non opera alla presenza dell'acquisto di un bene di consumo ad un prezzo intrinsecamente e trasparentemente squilibrato, se il contratto è "chiaro e comprensibile", e che la negoziazione individuale rimuove, in ogni caso la vessatorietà della clausola⁸³². Anche i contatti tra imprese possono presentare situazioni di

⁸³² Bianca-Busnelli, Commentario al capo XIVbis del codice civile: dei contratti con il consumatore,

asimmetria ma il fenomeno rileva in termini concettualmente diversi sin dai presupposti rispetto a quello esaminato con riferimento ai contratti di consumatori. Il regolamento contrattuale tra imprese, infatti, avviene tra parti normalmente informate rispetto alle quali il contratto acquista rilievo nel quadro delle reciproche relazioni economiche e delle dinamiche di mercato. L'asimmetria che viene in evidenza nei rapporti tra professionisti è, in effetti, una diseguaglianza economica espressa dalla necessità, per rimanere sul mercato, di mantenere quella relazione commerciale ed economica. In realtà, la condizione di debolezza dell'imprenditore può tradursi anche nella incapacità di negoziare il regolamento contrattuale. In tale contesto, tra imprese economicamente forti e quelle deboli, il rischio di abuso della parte, che ha più forza contrattuale e di mercato, appare ancora più intenso rispetto a quanto avviene nel normale rapporto tra consumatore e professionista. In termini differenziali occorre ancora evidenziare che, mentre nella disciplina consumistica l'inferiorità del consumatore è presunta e, pertanto, si prescinde dalla prova della sua sussistenza, nel rapporto tra professionisti la presunzione è inversa dovendosi ritenere, di norma, che i soggetti versino in una posizione di uguaglianza e simmetria, sicché, la tutela dell'imprenditore debole necessita di una prova adeguata della dipendenza economica e di quella asimmetria patrimoniale che è alla base della disciplina protezionistica. Così pure il parametro correttivo che guida l'intervento del giudice presenta differenze rilevanti in considerazione che il legislatore nella tutela dei consumatori ha mostrato particolare attenzione al profilo generico del contratto, mentre per la protezione dell'imprenditore debole, ha avuto riguardo essenzialmente al profilo gestionale del rapporto contrattuale. Tale circostanza si riflette sulla natura dei rimedi approntati, graduatorie con la previsione della nullità delle clausole squilibranti nei contratti di consumatori, essenzialmente manutentivi e di contrasto dei comportamenti abusivi posti in atto nel corso della gestione del vincolo contrattuale nei rapporti tra imprenditori. L'intervento del giudice sul contratto tra imprenditori è, comunque, condizionato dall'effettiva struttura organizzativa dell'impresa e, in tal senso, depone la circostanza che la disciplina dei contratti tra imprese non si applica quando l'impresa è priva dell'autonomia decisionale e organizzativa, come avviene nei gruppi di società, giacché il fenomeno dei contratti tra imprese presuppone logicamente e normativamente l'impresa concorrente. Nel caso, infatti, di assenza di autonomia decisionale organizzativa la tutela non è realizzata dalle norme che prevedono

l'invalidità ed il potere correttivo del giudice, bensì, dalla disciplina del gruppo di imprese applicabile in presenza di una violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale. Infine, nei contratti asimmetrici tra imprenditori, diversamente da quanto avviene nei contratti tra consumatore e professionista, avrebbero importanza anche elementi esterni al contratto, quali ad esempio la situazione di mercato nel quale l'accordo si colloca ed il rapporto si svolge, e cioè dati estrinseci rispetto a quelli caratterizzanti la struttura del contratto⁸³³.

Conferma di tali affermazioni è possibile rinvenirla nei contratti di distribuzione nei quali la parte più debole, facendo affidamento sul contratto, impegna notevoli capitali ed effettua investimenti specifici difficilmente riutilizzabili nei confronti di altri *partners* contrattuali. Il timore di perdere i guadagni attesi e soprattutto di non riuscire ad ammortizzare gli investimenti compiuti, rende il soggetto particolarmente vulnerabile nei confronti del recesso unilaterale del produttore. Tale rischio è preso in considerazione dall'art. 9 legge n.192/98⁸³⁴ che pone il divieto di abuso di dipendenza economica concretizzantesi nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, sanzionato con la nullità del patto e da tener distinto rispetto all'illegittimo esercizio del diritto di recesso che funge, invece, da inadempimento contrattuale. La legge richiamata poco prima disciplina il contratto di subfornitura che è un contratto tra imprese in base al quale un imprenditore (committente) conferisce ad un altro imprenditore (subfornitore) l'incarico di predisporre parti del prodotto finale o di svolgere talune fasi del processo produttivo, se questo sia scomponibile. La disciplina posta dal provvedimento di legge impone che il contratto sia redatto per iscritto a pena di nullità, con la precisazione che integrano tale requisito di forma le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per telefax o altra via telematica. Il regime della nullità prevede, tuttavia, una eccezione dovendosi considerare *ex lege* concluso per iscritto il contratto nell'ipotesi in cui il subfornitore, omettendo l'espressa accettazione, abbia iniziato a dare esecuzione applicando le condizioni indicate nella proposta. In ogni caso, anche quando il contratto, per difetto di forma, dovesse essere radicalmente nullo, il subfornitore ha

contratti in generale, Torino, 1999, 340 ss.

⁸³³ Delli Priscoli, Consumatore, imprenditore debole e principio di eguaglianza, in *Contr. Impr. Eur.*, 2003, 766; Angelici, La contrattazione di impresa, in *L'impresa. Quaderni romani di diritto commerciale*, I, Milano, 1985, 183 ss; Natoli, L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato, Napoli, 2004, 120 ss; Roppo, Il contratto del duemila, Torino, 2011, 230 ss; Amadio, Il terzo contratto. Il problema, in Gitti-Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Torino, 2008, 13.

⁸³⁴ Caso- Pardolesi, La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?, in *Riv. Dir. Priv.*, 1998, 725 ss

comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate ed al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto. Ulteriori disposizioni riguardano il contenuto del contratto (art.2, comma 4°) ed i termini di pagamento (art.3) e sono posti a tutela del contraente debole, mentre, il divieto di interposizione (art.4) è previsto a tutela del committente, e la responsabilità del subfornitore (art.5) a garanzia di entrambi i contraenti. La norma, tuttavia, di maggior rilievo concerne il divieto di abuso di dipendenza economica (art. 9) che si verifica quando un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità, per la parte che abbia subito l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti⁸³⁵. La disposizione precisa, inoltre, che l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. In ordine agli indici legali forniti dalla norma, per individuare la dipendenza economica è stato autorevolmente affermato che nella mancanza di alternative di mercato risiede il criterio principale, nonostante la formulazione letterale della norma sembrerebbe conferire all'eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi tale ruolo. In tal senso depone, oltre alla considerazione che lo squilibrio è tale se espressivo di una soggezione contrattuale, anche la circostanza che la mancanza di alternative di mercato rappresenta l'unico criterio previsto nelle altre legislazioni (tedesca e francese) che hanno ispirato la disciplina. Sull'ambito di applicazione della disposizione in dottrina⁸³⁶ prevale l'orientamento inteso a ritenere che il divieto abbia portata generale ed operi per tutta l'area della contrattazione asimmetrica tra imprese e non per i soli contratti di subfornitura. La tutela prestata per il contraente debole si fonda sulla nullità del patto o della clausola che ha realizzato l'abuso di dipendenza economica e sulla possibilità, per il contraente che ha subito l'abuso, di agire davanti all'autorità giudiziaria ordinaria per il risarcimento del danno e per ottenere l'inibitoria, cioè un ordine del giudice di cessazione del comportamento abusivo.

Ulteriore criterio per valutare l'abuso sarebbe quello di ricorrere alle leggi economiche: aggregare costi e benefici delle due parti per valutare se il beneficio, che la parte che esercita il recesso ottiene, sia superiore al costo sopportato dalla

⁸³⁵ Gioia, I rapporti di subfornitura, in *Giur. It.*, 1999, 671; De Nova, La subfornitura: una legge grave, in *Riv. Dir. priv.*, 1998,449.

⁸³⁶ Oppo, Impresa e mercato, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, 424 ss.

controparte. Questa analisi va compiuta andando a guardare al momento in cui la parte ha esercitato il diritto di recesso: bisogna valutare, cioè, se la controparte abbia avuto modo di ammortizzare le somme spese recuperando gli investimenti effettuati. In sostanza gli investimenti fatti confidando sulla durata del rapporto andranno sommati alle perdite derivanti dall'interruzione dei rapporti contrattuali tra le parti e messi a confronto con il vantaggio ottenuto dall'altra parte con lo sciogliersi dal vincolo. Nella sentenza⁸³⁷, in particolare, si parla di sproporzione tra beneficio che ottiene una parte dall'esercizio del diritto di recesso e sacrificio che l'altra sopporta per l'interruzione improvvisa dei rapporti commerciali. La questione affrontata dalla sentenza consente, ulteriormente, di compiere delle osservazioni sui contratti di durata in quanto il contratto di concessione di vendita va ascritto certamente a tale categoria. Caratteristica dei contratti di durata è quella di protrarsi nel tempo determinando una serie di problemi nella gestione di eventuali sopravvenienze⁸³⁸. In particolare nel contratto di concessione di vendita si richiede da parte dell'impresa concessionaria l'impiego di capitali ed investimenti facendo affidamento sulla circostanza che la relazione contrattuale si estenderà nel tempo consentendo di ammortizzare gli investimenti effettuati. Ciò comporta che il recesso dal contratto prima della scadenza naturale del rapporto, è comportamento contrario a buona fede in quanto non tiene conto del legittimo affidamento che la parte abbia fatto sulla durata del rapporto contrattuale. Pertanto volendo stabilire se l'esercizio del diritto di recesso possa considerarsi o meno abusivo e contrario a buona fede, si dovrà valutare se l'affidamento della parte creditrice sulla durata del contratto è da considerarsi o meno fondato. Se il comportamento di una delle parti aveva ingenerato nell'altra la legittima aspettativa che il rapporto avrebbe avuto una certa durata, l'esercizio di un diritto, pur contrattualmente previsto, appare contrario a buona fede oggettiva e dunque illecito, abusivo, con conseguente obbligo di risarcire il danno. In particolare si parla di danno da affidamento: investimenti specifici non ancora recuperati e non altrimenti recuperabili.

Par. 2.5: L'abuso del diritto nell'interpretazione giurisprudenziale

⁸³⁷ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

⁸³⁸ Gallo, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; Marasco, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio contrattuale*, Padova, 2006.

- a) Abuso del diritto e frazionamento della domanda giudiziale: Cass. Sez. Un. 15 novembre 2007, n. 23726.

La giurisprudenza ha avuto modo in una recente pronunzia⁸³⁹ di affrontare il problema relativo all'ammissibilità della proposizione di una pluralità di domande con le quali si vogliano ottenere frazioni dello stesso credito evidenziando come una tale condotta vada stigmatizzata in quanto concretizza un abuso del processo e, come tale, è contraria ai principi di buona fede e correttezza, nonché ai canoni di solidarietà sociale e correttezza. In particolare la Cassazione evidenzia che il principio che vieta l'abuso del diritto è di portata generale ed opera pur in assenza di apposita previsione normativa: esso implica il divieto di comportamenti ingiustificatamente vessatori nei confronti della controparte, posti in essere non per il perseguimento di un interesse proprio, meritevole di protezione, ma solo con l'intento di rendere più onerosa o difficile la difesa del convenuto. Una situazione di tal genere concretizzerebbe, pertanto, un abuso del processo. Conseguentemente verrebbe snaturato il principio di cui all'articolo 25 Cost. che fa riferimento al giudice naturale precostituito per legge in quanto si consentirebbe all'attore, attraverso una violazione delle norme sulla competenza per valore, di rivolgersi ad un giudice inferiore, in ragione della porzione di credito residua, e non a quello che sarebbe competente per l'intero ammontare del credito⁸⁴⁰. Sempre dal punto di vista processuale questa condotta rappresenterebbe uno stratagemma processuale per ottenere il giudicato sulla porzione del credito per poi avvalersene nelle richieste successive ed esulerebbe dalla realizzazione di quell'assetto di interessi programmato e pianificato con l'accordo pattizio⁸⁴¹. Né merita considerazione la tesi in base alla quale il convenuto avrebbe potuto proporre, in sede di primo giudizio, domanda riconvenzionale tesa a far accertare la spettanza complessiva del credito, in quanto ciò si risolverebbe in una ingiustificata inversione dell'onere probatorio in quanto il debitore dovrebbe provare l'esistenza del rapporto obbligatorio nella sua interezza. Ad ulteriore conferma della sua impostazione la Cassazione aggiunge che tale condotta, tesa a frazionare l'originaria pretesa creditoria unitaria, sia contraria al principio di economia processuale. Né sarebbero invocabili gli istituti disciplinati dagli articoli 277 e 278 c.p.c. in quanto la loro operatività è

⁸³⁹ Cass. Sez. Un. 15 novembre 2007, n. 23726.

⁸⁴⁰ Minetola, Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi?, in Giur. It., 2001, 1147

subordinata alla sussistenza di un interesse apprezzabile della parte ed inoltre la loro applicazione comporta una mera scissione dell'oggetto del processo e non delle domande giudiziali⁸⁴². La giurisprudenza, nel suo *iter* argomentativo, ha compiuto delle importanti precisazioni sull'istituto dell'abuso del diritto evidenziando che il principio di solidarietà, di cui all'articolo 2 Cost., è uno strumento grazie al quale i principi di correttezza e buona fede sono innalzati al rango costituzionale e la loro violazione si concretizza anche indipendentemente dall'accertamento della presenza di un *animus nocendi*. La condotta volta a frazionare l'unitaria pretesa creditoria, si paleserebbe contraria ai suddetti principi e concretizzerebbe un abuso del diritto. Quest'ultimo si ha quando ad un atto formalmente ineccepibile non si accompagna la congruità sostanziale dello stesso con lo scopo oggettivo per il cui raggiungimento esso è stato riconosciuto dall'ordinamento⁸⁴³. Criteri di giudizio utilizzati dalla giurisprudenza per identificare lo sviamento dagli scopi istituzionali sono stati: difetto di interesse da parte del creditore, scorretta modalità nell'esercizio del diritto di cui si è titolari, bilanciamento tra gli opposti interessi delle parti, verifica in ordine all'eccessivo sacrificio della posizione debitoria non compensata da un interesse creditorio meritevole di tutela. Quanto all'istituto dell'abuso del processo, la Cassazione prende atto del fatto che l'istituto ha un campo di applicazione molto più ampio del tradizionale originariamente utilizzato solo quando si tratti di una lite temeraria o di un atteggiamento della parte teso solo a concretizzare la fattispecie di cui all'articolo 2 l. n. 89/2001. Tuttavia anche se non vi sia una espressa definizione dell'abuso dei mezzi processuali, riprova della necessità di sanzionare condotte che si risolvano in un abuso del processo la ritroviamo anche in alcune norme del codice deontologico forense: l'articolo 6 che prevede l'obbligo di lealtà e correttezza nell'esercizio delle funzioni forensi⁸⁴⁴ e l'articolo 49 che sanziona disciplinarmente l'aggravio, a seguito di onerose o plurime iniziative giudiziali, della situazione debitoria della controparte quando ciò non corrisponda ad effettive ragioni di tutela della parte assistita⁸⁴⁵. Ciò che accomuna le ipotesi di abuso del processo, sarebbe la necessità di compiere una valutazione preliminare di quali siano gli scopi dello strumento processuale che si ritiene sia stato abusato, così da delimitarne l'uso

⁸⁴¹ Cass. 14 novembre 2007 n. 11271, in Corr. Giur., 1998, 540, con nota di Fittipaldi, Clausola generale di buona fede e infrazionabilità della pretesa creditizia rimasta inadempita.

⁸⁴² Menchini, *Regiudicata civile*, in Dig. disc. priv., XVI, Torino 1997, 404 ss.

⁸⁴³ Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in Dig. Civ., II, Torino, 1988, 154 ss.

⁸⁴⁴ Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in Riv. Trim. Dir e proc. Civ., 1998, 126.

improprio, non limitandosi ad un' analisi formale dell'atto dal quale possa evincersi lo scopo tipico, ma spingendosi ad un'analisi della sua utilizzazione nel caso concreto. Quanto agli elementi sintomatici dell'abuso del processo, si è ritenuto che esso presupporrebbe l'analisi dell'elemento volitivo della parte che distorca gli strumenti procedurali a proprio vantaggio ed inoltre l'esistenza di un campo di azione in cui tale volontà possa esplicarsi nel senso che non potrebbe parlarsi di abuso laddove l'atto scorretto fosse l'unica strada percorribile dalla parte per tutelare i propri interessi. Tuttavia le Sezioni Unite precisano che la volontà del soggetto debba essere priva di rilievo essendo sufficiente l'elemento oggettivo e cioè la circostanza che tale condotta abusiva si palesi nociva all'amministrazione della giustizia in generale. Si evidenzia, inoltre, un palese contrasto con l'articolo 111 Cost. che richiama, quale fondamento del giusto processo, la necessità che esso si svolga in tempi rapidi: in questo caso, invece, oltre a non concludersi in tempi rapidi, la vicenda processuale rischia di dar luogo a giudicati contraddittori⁸⁴⁶. Quanto ai poteri attribuiti al giudice per sanzionare l'abuso del processo, stante la mancanza di un'espressa disposizione normativa, si richiama l'articolo 175 c.p.c. che attribuisce al giudice la possibilità di esercitare ogni potere necessario al sollecito svolgimento del procedimento⁸⁴⁷. Da ciò consegue la necessità di una rimediazione del ruolo svolto dagli articoli 88 e 96 c.p.c. (articolo 88 in particolare si ritiene espressione dei principi di correttezza e buona fede). Venendo ad individuare i rimedi prospettati dalla Cassazione, si propende per la reiezione della domanda attraverso il ricorso allo strumento dell'*exceptio doli generalis* evidenziando la non corrispondenza dell'azione segmentata ai valori fondamentali del nostro ordinamento. Ciò comporta il rigetto del ricorso.

b) Abuso del diritto e condominio

Il concetto di "abuso del diritto", dopo aver ampiamente invaso molteplici ambiti dell'ordinamento estende il suo ambito di applicazione anche all'istituto del condominio grazie al contributo di una recente sentenza di merito⁸⁴⁸. La portata di questa "novità", si aggiunge a quelle contenute nella riforma della disciplina

⁸⁴⁵ Ansanelli, Abuso del processo, in Digesto Civ., Agg., I, Torino, 2007.

⁸⁴⁶ Chiarloni, Il nuovo art. 11 Cost. e il processo civile, in Riv. Dir. Proces., 2000, 1010 ss; Proto Pisani, Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile, in Foro It., 2000, V, 241 ss.

⁸⁴⁷ Taruffo, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998; Dondi, A., *Abuso del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, 1 ss.

⁸⁴⁸ App. Firenze 19 settembre 2012, n. 1186.

condominiale⁸⁴⁹ e si manifesta in tutta la sua rilevanza se solo si considerano quelle che sono le specifiche caratteristiche del condominio negli edifici. Infatti, tale ambito dei rapporti giuridici interpersonali possiede delle caratteristiche che interferiscono con la fattispecie dell'abuso del diritto, richiamandone, quasi per "osmosi", l'applicazione, ed anche aumentandone gli "effetti" in correlazione con le peculiarità della fattispecie condominiale.

Due sono le caratteristiche che delineano la fisionomia dell'istituto del condominio: nel condominio esistono ed agiscono plurime situazioni giuridiche che danno luogo alla coesistenza di diritti soggettivi eterogenei, ma anche che, da un'altra parte, la coabitazione forzata di un insieme variegato e mutevole di soggetti favorisce la "strumentalizzazione" di tali situazione⁸⁵⁰. Per quanto riguarda il caso concreto va innanzitutto analizzato il caso concreto, indispensabile per capire l'applicazione in concreto del principio di buona fede.

L'amministratore procedeva alla convocazione dell'assemblea al fine di deliberare la proposizione del ricorso in Cassazione avverso una sentenza della Corte di Appello relativa ad un controversia di cui era, ovviamente, parte il condominio medesimo. Tale avviso perveniva ad un condomino con un preavviso di solo quattro giorni, cioè un giorno di meno rispetto al periodo minimo previsto dall'art. 66 disp. att. cod. civ. A causa di ciò il condomino non partecipava all'assemblea, che, però, veniva regolarmente tenuta, pervenendosi in tale sede alla deliberazione della proposizione del citato ricorso. Successivamente detto condomino proponeva impugnazione ex art. 1137 cod. civ. avverso tale ultima delibera assembleare, eccependo il "mancato" preavviso, nonché altra questione attinente all'ordine del giorno che si presentava alquanto lacunoso ed impreciso. Infine, il condominio, da parte sua, si costituiva nel giudizio di impugnazione, in ovvia contestazione della domanda di annullamento del condomino ricorrente eccependo anche l'applicazione della causa di giustificazione di cui all'art. 2045 cod. civ. nell'intenzione di far respingere l'impugnazione della delibera.

Relativamente a tale specifico aspetto, i giudici di legittimità, con un'argomentazione più che completa, hanno puntualizzato che la disposizione di cui all'art. 2045 cod. civ., dettata in materia di illecito *extracontrattuale*, non risulta applicabile nemmeno in via analogica alla fattispecie, che ha ad oggetto non già una pretesa risarcitoria ma la

⁸⁴⁹ Legge n. 220/2012, in vigore dal 18 giugno 2013.

legittimità delle delibere condominiali assunte in sede di assemblea convocata in violazione delle condizioni stabilite dall'art. 1136 cod. civ. e 66 disp. att. cod. civ. Per di più, il presupposto dell'urgenza riguardante tale norma, risulta espressamente contemplato dalla disciplina del condominio, e segnatamente dall'ultimo comma dell'art. 1135 cod. civ., ma attiene esclusivamente all'ipotesi dell'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria che rivestano tale carattere. Tale ultima previsione che segna i limiti dell'intervento *extra ordinem* dell'amministratore, invero, chiarisce i termini entro i quali possano essere superate le attribuzioni dell'assemblea dei condomini legalmente costituita, alla quale soltanto l'ordinamento riconosce la potestà di deliberare in materia di condominio degli edifici.

Le eccezioni del condominio, senza esito per quanto riguarda lo "stato di necessità", trovano invece accoglimento in merito all'applicazione dei principi della c.d. "buona fede oggettiva".

La Corte di Appello, in primo luogo, ha puntualizzato che la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e che tale dovere prescinde sia dalla previsione di specifici obblighi contrattuali, sia dal vincolo *extracontrattuale* del *neminem laedere*. Tale impegno solidaristico, in particolare, si esplica nell'obbligo di compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendono necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio per la parte⁸⁵¹.

In secondo luogo, la Corte di Appello ha ritenuto che il comportamento del condomino impugnante non appaia improntato a canoni di sufficiente buona fede. Tale valutazione viene fondata dai giudici sulle seguenti circostanze: la convocazione dell'assemblea è pervenuta all'impugnante con un solo giorno di ritardo; tale condomino, invece di partecipare alla riunione, si è limitato a diffidare (a mezzo *fax*) gli amministratori (quello uscente e quello in carica) circa l'invalidità dell'assemblea proprio in ragione della predetta di lui tardiva convocazione; il comportamento del condomino, e in particolare la proposizione dell'eccezione (preventiva) di invalidità dell'eventuale deliberazione, rivelava un palese disinteresse rispetto alle possibili conseguenze in termini di pericolo per il condominio di non poter più impugnare

⁸⁵⁰ Per una compiuta disamina sull'istituto del condominio: Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja-Branca, III, Roma-Bologna, 1965; Girino, *Il condominio negli edifici*, in *Trattato Dir. Priv.*, diretto da Rescigno, 8, II, Torino, 1991.

⁸⁵¹ Cass. 4 maggio 2009, n. 10182.

quella sentenza che lo vedeva soccombente. Si aggiunge, inoltre, che è palese che il condomino avrebbe potuto partecipare alla riunione, perché in realtà ne era a conoscenza esprimendo in quella sede il suo voto eventualmente contrario.

Assodato ciò, i giudici hanno concluso che, comparando l'interesse del ricorrente al rispetto del termine dilatorio per la convocazione dell'assemblea, con il principio solidaristico di salvaguardare gli interessi della controparte nella misura in cui non comportino un proprio apprezzabile sacrificio, il secondo va considerato certamente prevalente.

Infatti, sempre per la Corte di Appello, non è meritevole di tutela il comportamento di quel soggetto che privilegia la prospettiva di fare ricorso al processo per raggiungere una completa soddisfazione del proprio interesse, invece di cooperare per ottenerlo in collaborazione con la controparte. Per di più, ed a maggior ragione, non può essere oggetto di apprezzamento la condotta di colui che, come nel caso di specie, mira addirittura a raggiungere un risultato diverso e maggiore di quello conseguibile attraverso una condotta di buona fede. È evidente, infatti, che il condomino pretende, con la proposizione della domanda di impugnazione, di ottenere giudizialmente l'annullamento della delibera condominiale per vizio di forma, laddove la sua leale partecipazione all'assemblea, della cui convocazione aveva acquisito piena (ancorché non del tutto tempestiva) informazione e l'espressione del suo voto contrario, non avrebbero modificato il risultato della votazione.

In definitiva, si conclude, si tratta di una ipotesi di abuso del diritto che non può ricevere tutela in sede giurisdizionale, posto che, come ha avvertito autorevole giurisprudenza, ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti dall'agente in violazione dell'anzidetto divieto di abuso⁸⁵².

c) Abuso del diritto e risoluzione del contratto.

La Suprema Corte in una recente pronuncia⁸⁵³ si è soffermata sui rapporti tra recesso e ritenzione della caparra da un lato, e risoluzione e richiesta di risarcimento del danno dall'altro. In premessa vengono sottolineate le caratteristiche fondamentali della

⁸⁵² Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

caparra confirmatoria che conviene in questa sede riepilogare. Essa è strumento di rafforzamento del vincolo contrattuale e svolge un ruolo di garanzia, funzione di autotutela e di liquidazione preventiva e forfettaria dell'ammontare del risarcimento del danno⁸⁵⁴.

Quanto alla funzione di garanzia, è evidente che la consegna materiale delle cose fungibili (alla luce della realtà del contratto), attesti la serietà dell'impegno assunto soprattutto se si considerano le conseguenze che il legislatore collega a tale dazione: nel caso di un eventuale proprio inadempimento la parte adempiente è legittimata a trattenere la caparra. A tal proposito può dirsi che la caparra confirmatoria si distingue nettamente dalla caparra penitenziale. Quest'ultima, infatti, pur presentando una disciplina in molti tratti affine alla prima (il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuto *ex* articolo 1386 c.c. comma 2), rappresenta il corrispettivo del diritto di recesso (esercitabile, in conformità alla disciplina normativa sul recesso, finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione a meno che non si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica in base al disposto di cui all'articolo 1373 c.c.) che sia stato previsto nel contratto a favore di una delle parti o di entrambe. L'affinità di disciplina giuridica ha spinto la dottrina⁸⁵⁵ a ricercare un criterio per distinguere in concreto se si tratti di caparra confirmatoria o penitenziale: si ritiene che operi, in tal senso, una presunzione in ordine alla natura confirmatoria della stessa, superabile solo laddove le parti abbiano espresso una esplicita volontà finalizzata a riconoscerne diversa natura.

Relativamente al profilo dell'autotutela, si ritiene che il riconoscimento del diritto di recesso alla parte non inadempiente sia certamente un mezzo più efficace ed immediato di tutela rispetto alla domanda di risoluzione che implica necessariamente l'instaurazione di un giudizio che può essere lungo e costoso producendo l'effetto di spostare troppo in avanti nel tempo l'effetto di scioglimento dal vincolo.

Infine, non può trascurarsi che, come prevalente dottrina sostiene⁸⁵⁶, la caparra rappresenti uno strumento di predeterminazione forfettaria dell'ammontare del risarcimento del danno che non necessita, in deroga all'ordinaria disciplina dell'istituto, della prova da parte del danneggiato dell'*an* e del *quantum*. Ciò significa che la caparra potrà essere trattenuta o dovrà corrispondersi indipendentemente dalla

⁸⁵³ Cass., Sez. II, 30 aprile 2013, n. 10183.

⁸⁵⁴ Bianca, Diritto civile. La responsabilità, 5, Milano, 1994, 360 ss.; Marini, Caparra 1) Diritto civile, in Enc. Giur. Treccani, V; De Nova, Caparra, in Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., II, Torino, 1988, 240.

⁸⁵⁵ Bianca, Diritto civile. La responsabilità, 5, Milano, 1994, 360 ss.

⁸⁵⁶ Bavetta, La caparra, Milano, 1963.

prova della presenza di un effettivo danno patito. In rapporto a tale profilo, pertanto, sembra possa scorgersi una chiara similitudine dell'istituto rispetto alla clausola penale. Il legislatore, infatti, all'articolo 1382 c.c. comma 1 prevede che quest'ultima abbia l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa a meno che non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore; disposizione questa che, secondo prevalente dottrina⁸⁵⁷, andrebbe interpretata nel senso della funzione di limitazione del risarcimento del danno a quanto pattuito. Dottrina minoritaria⁸⁵⁸, tuttavia, ritiene che essa rappresenti un mezzo di coazione all'adempimento per il debitore che sarà tenuto alla sua corresponsione nel caso si astenga dal cooperare al soddisfacimento dell'interesse creditorio (in un'ottica chiaramente sanzionatoria per il comportamento adempiente omesso). Dal raffronto tra la disciplina della clausola penale e quella della caparra confirmatoria, emerge che, pur condividendo entrambe la natura risarcitoria, tuttavia, mentre la prima non consentirebbe di ottenere alla parte adempiente un risarcimento ulteriore, a meno che non vi sia stata una esplicita pattuizione in tal senso, la seconda lascia impregiudicata la facoltà di optare per i rimedi ordinari dell'azione di adempimento e di quella di risoluzione con l'obbligo per il danneggiato di dimostrare l'ammontare del danno secondo le norme generali ed in ossequio alla natura tipicamente riparatoria del risarcimento da responsabilità civile. Ricostruiti i tratti essenziali della disciplina della caparra confirmatoria, i giudici della Corte di Cassazione⁸⁵⁹ hanno affermato l'impossibilità di incamerare la caparra nell'ipotesi in cui si opti per il rimedio risolutorio. Si è evidenziato che il principale effetto conseguente alla risoluzione contrattuale è sicuramente quello restitutorio che implica che, venuto meno il fondamento delle reciproche attribuzioni delle parti, le stesse vadano restituite. La corresponsione di una somma o di una quantità di cose fungibili a titolo di caparra deriva, infatti, da una pattuizione accessoria rispetto al contratto principale e, venuto meno quest'ultimo, non ha ragion d'essere neppure la pattuizione accessoria mancando la giustificazione causale dell'attribuzione patrimoniale effettuata in adempimento di quest'ultima. Si ricostruiscono, pertanto, in termini di facoltatività i rapporti tra i due rimedi specificando l'impossibilità di cumulare domanda di risoluzione del contratto e ritenzione della caparra. Se si opta per il rimedio risolutorio, infatti, la parte danneggiata è tenuta a dimostrare l'ammontare effettivo del danno patito secondo gli ordinari criteri previsti dal legislatore e non può aggirare l'ostacolo

⁸⁵⁷ Bianca, Diritto civile. La responsabilità, 5, Milano, 1994, 360 ss

⁸⁵⁸ Marini, Caparra 1) Diritto civile, in Enc. Giur. Treccani, V;

⁸⁵⁹ Corte di Cassazione, Sez. II, 30 aprile 2013, n. 10183.

rappresentato dalle eventuali difficoltà probatorie riscontrate, rivendicando il diritto alla caparra. L'esonero dalla dimostrazione delle componenti del danno subito potrà operare soltanto laddove le parti abbiano inserito nel contratto una clausola penale che, come noto, in base all'articolo 1382 c.c. comma 2, esclude che la parte adempiente debba dar prova del danno subito ed obbliga alla corresponsione di quanto pattuito anche indipendentemente dalla effettiva presenza dello stesso.

In altra pronuncia, la Cassazione⁸⁶⁰ ha affrontato un diverso aspetto della suesposta problematica soffermandosi sulla possibilità, per l'attore che abbia agito in primo grado chiedendo la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno, di mutare domanda in appello esercitando il diritto di recesso con conseguente ritenzione della caparra. Sul punto la giurisprudenza ha negato la possibilità della *mutatio libelli* osservando la giuridica impossibilità di recedere da un contratto ormai risolto. Se la risoluzione del contratto dà luogo alle reciproche restituzioni tra le parti, in quanto fa venir meno gli effetti del rapporto contrattuale in origine generato dal contratto, non si vede come possa ammettersi una reviviscenza del contratto per il sol fatto che l'attore si sia avveduto del proprio errore nella scelta della strategia processuale. Non può trascurarsi, inoltre, come tale condotta appaia censurabile, anche alla luce dei principi generali che sovrintendono all'ordinamento giuridico, nonchè valutabile alla stregua dell'abuso del diritto. E' chiaro, infatti, che dietro il mutamento della domanda in appello, è dato individuare l'intento della parte di aggirare le difficoltà riscontrate in primo grado nel provare di aver subito il danno. Verificata l'impossibilità di provare quest'ultimo, o appurato che il suo effettivo ammontare sia inferiore rispetto a quanto costituisce oggetto di caparra, l'attore cercherebbe, in tal modo, di assicurarsi un risarcimento del danno ottenendo altresì, con il recesso, il risultato di sciogliersi dal vincolo contrattuale alla stessa stregua di quanto accadrebbe con la risoluzione. Pertanto il mutamento della domanda in appello, in questo caso, si configurerebbe come strumento attraverso il quale la parte tenterebbe di ottenere una ingiustificata locupletazione che, lungi da essere ispirata ad una logica riparatoria, sarebbe orientata solo ad un finalità opportunistica.

Si evidenzia, altresì, che l'azione di risoluzione (che ha natura costitutiva) e l'azione di recesso si caratterizzano per evidenti disomogeneità morfologiche e funzionali: sotto quest'ultimo aspetto, la trasformazione dell'azione risolutoria in azione di recesso nel corso del giudizio lascerebbe in astratto aperta la strada (da ritenersi, invece, ormai

⁸⁶⁰ Cassazione, Sez. Unite, 14 gennaio 2009 n. 533.

preclusa) ad una eventuale, successiva pretesa (stragiudiziale) di ritenzione della caparra o di conseguimento del suo doppio (con evidente quanto inammissibile rischio di ulteriore proliferazione del contenzioso giudiziale).

Le Sezioni Unite⁸⁶¹, peraltro, precisavano pure che la rinuncia all'effetto risolutorio da parte del contraente non adempiente non può ritenersi in alcun modo ammissibile, trattandosi di effetto sottratto, per evidente *voluntas legis*, alla libera disponibilità del contraente stesso e che i rapporti tra l'azione di risarcimento integrale e l'azione di recesso, isolatamente e astrattamente considerate, sono, a loro volta, di incompatibilità strutturale e funzionale.

Come si vede, una posizione molto rigorosa, tesa a differenziare le due azioni non tanto sul piano della natura e degli effetti, quanto ancor prima su quello della loro incompatibilità processuale e rigida alternatività, al punto da precludere ogni possibile mutamento, in corso di causa, della domanda originariamente proposta.

In sintesi, occorre partire dal rilievo per cui il diritto di recesso di cui all'art. 1385 c.c. costituisce una sorta di "mezzo di impugnazione del contratto", messo a disposizione della parte non inadempiente dalla legge⁸⁶² e legato al presupposto dell'inadempimento della controparte⁸⁶³ che abbia i caratteri dell'imputabilità (artt. 1218 e 1256 c.c.) e della non scarsa importanza (ex art. 1455 c.c.).

Si è osservato, inoltre, che, se pure la richiesta di accertamento del recesso si configura come un'"istanza ridotta" rispetto alla risoluzione e, sotto il profilo risarcitorio, si colloca sempre nel medesimo ambito (identica essendo la *causa petendi*, dato che la ragione del domandare si sostanzia in entrambi i casi nell'inadempimento dell'altro contraente), le due domande hanno diverso *petitum*: l'azione fondata sul comma 2 dell'art. 1385 c.c. ha riguardo ad una risoluzione stragiudiziale del contratto che opera come gli altri meccanismi di risoluzione stragiudiziale previsti dal codice e la sentenza, in cui l'azione medesima sfocia, non può avere che natura dichiarativa, mentre è costitutiva, in quanto volta ad ottenere lo scioglimento del vincolo, quella che decide sulla risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c.

Dal che consegue l'impossibilità di chiedere l'accertamento del recesso dopo avere inizialmente chiesto la risoluzione, in quanto, altrimenti opinando, si esporrebbe il contraente inadempiente, ormai condotto sulla via della risoluzione, ad una sorta di

⁸⁶¹ Lamicela, È meglio la caparra o il risarcimento?, in *Dir. giust.*, 2004, 43, 27.

⁸⁶² Gabrielli-Padovini, voce *Recesso*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 32.

⁸⁶³ Cass., 19 febbraio 1993, n. 2032, in *Vita not.*, 1993, 778; Cass., 23 gennaio 1989, n. 398, in *Foro it. Rep.*, 1989, voce *Contratto in genere*, 297.

inopinata reviviscenza del contratto; ciò sarebbe inammissibile e ricavabile dall'art. 1453 c.c. che prevede il divieto di modificare la domanda di risoluzione in domanda di adempimento. In sede di appello, poi, l'impossibilità di convertire la domanda di risoluzione in domanda di accertamento del recesso deriverebbe anche dalle preclusioni processuali prodottesi a seguito della proposizione *sic et simpliciter* della domanda di risoluzione.

Specularmente inammissibile è stata quindi ritenuta anche la domanda di risoluzione giudiziale introdotta dopo essersi avvalsi della tutela ex art. 1385 comma 2 c.c., intanto perché, dopo avere esercitato il diritto di recesso, il contratto è già risolto, ma soprattutto perché, altrimenti, risulterebbe consentito ampliare la pretesa risarcitoria, intraprendendo la via processuale dopo avere incamerato la caparra.

Par. 2.6: Abuso del diritto ed abuso della libertà contrattuale.

I chiarimenti sino ad ora effettuati sulla nozione di abuso del diritto, risultano particolarmente utili per svolgere una riflessione utile in ordine al concetto di "abuso della libertà contrattuale". Al riguardo va intanto osservato che non di rado si è sollevato il dubbio circa la possibilità che il cosiddetto "abuso di libertà" possa essere ricondotto allo schema dell'"abuso del diritto". La risposta affermativa, affidata spesso alla condivisione di una nozione ampia di "diritto soggettivo", comprensiva di tutto ciò che non esprima un obbligo, è oggi largamente acquisita⁸⁶⁴; il che, tuttavia, non elimina del tutto il problema che il concetto di "abuso della libertà" solleva. Problema che, in primo luogo, discende dalla "difficoltà di individuare un contenuto normale della libertà: un contenuto rispetto al quale possa considerarsi anormale o abusiva la condotta del soggetto⁸⁶⁵". Si osserva, inoltre, che in relazione alla "libertà" non è configurabile alcun abuso, poiché suscettibile di abuso sarebbe soltanto "una prerogativa specificamente attribuita⁸⁶⁶". Se così fosse, il fenomeno dell'abuso di libertà sembrerebbe effettivamente non potersi ricondurre al paradigma dell'abuso del

⁸⁶⁴ Breccia, L'abuso del diritto, in *Diritto privato* 1997, III, L'abuso del diritto, Padova, 1998, 77 ss.

⁸⁶⁵ Rescigno, L'abuso del diritto, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, 225 ss. (ora in Rescigno, L'abuso del diritto, Bologna, 1998, 29 ss.).

⁸⁶⁶ Sacco, L'esercizio e l'abuso del diritto, in AA. VV., *Il diritto soggettivo*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2001, 341 ss.

diritto, e presentare piuttosto affinità con le ipotesi in cui l'abuso si atteggia come un fenomeno di fatto. Tuttavia, quando si parla di libertà contrattuale, non sembra che la stessa possa identificarsi con una generica libertà di agire in quanto, seppur generica ed ampia nel suo contenuto, appare giuridicamente regolata come emerge dal limite generale che l'ordinamento pone all'esercizio di tale libertà, richiedendo che essa non sia esercitata in contrasto con il precetto della buona fede (art.1337 c.c.). Un'ulteriore difficoltà nel configurare un'ipotesi di abuso della libertà contrattuale trova fondamento nella circostanza che il contratto è un "accordo", e la presenza dell'accordo sembrerebbe escludere l'abuso, anche perché l'ipotetica lesione dell'altrui sfera giuridica sarebbe comunque "scriminata" dalla presenza del "consenso dell'avente diritto". Esempio di un'ipotesi di abuso della libertà contrattuale lo si è, ad esempio, individuato nel fenomeno delle clausole abusive, inserite nei contratti con i consumatori stipulati sulla base di meccanismi di contrattazione seriale o standardizzata. Il punto di partenza del ragionamento è costituito dagli artt. 1341-1342 c.c., norme con la cui introduzione il legislatore ha preso atto del fenomeno della contrattazione seriale o standardizzata, ed in un certo senso lo ha legittimato. Si è attribuito all'impresa uno speciale potere di autonomia, diverso da quello spettante al contraente "comune", consistente nella possibilità di determinare e rendere vincolante per l'altra parte un contenuto "formalmente contrattuale", ma "sostanzialmente non negoziato"⁸⁶⁷. La possibilità riconosciuta da queste norme, ed oggi anche dagli artt. 33 ss. cod. cons., di una determinazione unilaterale del contenuto del contratto trasfusa nelle cosiddette "condizioni generali", apre la porta alla possibilità di un abuso del diritto che, in questo caso, si atteggia in modo particolarmente singolare. La determinazione del contenuto contrattuale ad opera dell'autonomia privata si risolve essenzialmente nella previsione di deroghe al diritto dispositivo e, pertanto, avere la possibilità di predisporre ed utilizzare condizioni generali di contratto significa in definitiva per l'impresa introdurre unilateralmente deroghe al diritto dispositivo. Finalità da perseguire in questo caso è quella della "razionalizzazione" dell'attività di impresa e del suo agire sul mercato e, pertanto, sono legittimate solo quelle deroghe necessarie al perseguimento dell'obiettivo in questione. Il codice del '42 non prevedeva, tuttavia, alcuna verifica a questo riguardo limitandosi ad una tutela prettamente formale consistente nell'imposizione al predisponente dell'onere di ottenere la specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie da parte

⁸⁶⁷ D'Amico, L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori, in Riv. Dir. Civ., 2005, I,

dell'aderente. Attualmente, in attuazione della direttiva 93/13/Ce, la disciplina normativa è completamente mutata arricchendosi di ulteriori strumenti di tutela per il contraente debole. Tale disciplina prevede infatti che "nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti" (art. 33, comma 1, cod. cons), e soprattutto stabilisce che tali clausole sono nulle (art 36 cod. cons: nullità di protezione). In definitiva, il legislatore ha introdotto un controllo sul contenuto del contratto che, ove il regolamento contrattuale sia stato predisposto unilateralmente attraverso condizioni generali di contratto, comporta la possibilità di effettuare un sindacato di merito sull'esercizio della libertà contrattuale dell'impresa, e dunque la possibilità di verificare l'eventuale abuso di tale libertà. La prima considerazione che può compiersi in relazione al giudizio di nullità per vessatorietà, fa riferimento alla circostanza che lo stesso ha ad oggetto clausole che sono colpite non in quanto si pongano in contrasto con norme imperative (poiché se così fosse, sarebbero senza dubbio nulle, senza alcuna possibilità di effettuare una valutazione giudiziale, quale quella prevista negli artt. 33ss. cod.cons.), ma poiché è dato individuare una deroga al diritto dispositivo. Tuttavia giova considerare che di per sé il diritto dispositivo è per sua natura derogabile e tale possibilità di deroga rientra nella più generale libertà di determinare il contenuto del contratto che l'art. 1322 c.c. consente, una volta che siano rispettati i limiti posti dall'ordinamento e trasfusi in norme imperative⁸⁶⁸. Quando si parla di diritto dispositivo si vuol far riferimento a ciò che è derogabile da entrambe le parti del rapporto contrattuale. L'articolo 1322 c.c., dice chiaramente che "le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto"; e analogamente, numerose norme dispositive, denunciano questa loro natura per la presenza di formule del tipo "salvo che le parti non abbiano diversamente stabilito...". Nel fenomeno della contrattazione standardizzata, accade, invece, che la deroga al diritto dispositivo si determini ad opera della volontà di uno solo dei contraenti. Volontà unilaterale tutelata dall'ordinamento che, attraverso la disciplina delle condizioni generali di contratto, finisce per attribuire all'impresa uno speciale potere di autonomia contrattuale tutelato nei limiti in cui dello stesso non si "abusi". Ciò avverrebbe tutte le volte in cui il medesimo potere venga usato non per la finalità per la quale esso è stato concesso, e cioè quale strumento per

soddisfare l'esigenza di razionalità dell'agire dell'impresa sul mercato, ma piuttosto al fine di vessare le controparti contrattuali, approfittando del potere di deroga unilaterale al diritto dispositivo per avvantaggiarsi imponendo ai consumatori ed agli utenti regolamenti negoziali squilibrati. Il rimedio che la normativa sulle "clausole vessatorie nei contratti dei consumatori" ha introdotto, ossia la nullità di protezione, è uno strumento che si accorda perfettamente con la qualificazione della disciplina delle clausole vessatorie come ipotesi particolare di emersione della figura dell'abuso della libertà contrattuale (a sua volta riconducibile allo schema dell'abuso del diritto⁸⁶⁹). L'abuso del diritto, infatti, presuppone un comportamento che di per sè si muove all'interno di una prospettiva di almeno apparente liceità, come avviene per un regolamento contrattuale che deroghi al diritto dispositivo, il quale è un diritto certamente derogabile.

Par. 2.7: Abuso del diritto e rimedi.

Delineati i tratti caratterizzanti l'abuso del diritto, occorre individuare i rimedi esperibili da parte di chi subisce l'esercizio abusivo del diritto.

L'indagine è relativa alle ipotesi in cui l'abuso attenga ad un rapporto negoziale: al di fuori di questi casi, il rimedio tipico è quello risarcitorio, ai sensi dell'art. 2043 c.c., sempre che sussistano i requisiti richiesti da tale disposizione poiché l'abuso non è condizione sufficiente a far sorgere l'obbligo di risarcire i danni⁸⁷⁰.

Nell'ipotesi in cui il diritto sia esercitato abusivamente nell'ambito di un rapporto negoziale, assume rilievo - nell'individuazione degli strumenti di tutela - il rapporto intercorrente tra il divieto dell'abuso del diritto ed il principio di buona fede. Come si è già avuto modo di sottolineare, la clausola generale di buona fede ha assunto nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale un'importanza sempre crescente: si è assistito alla trasformazione della buona fede da criterio per la valutazione delle condotte a strumento di integrazione degli obblighi nascenti dal contratto in capo alle parti attraverso l'individuazione di ulteriori condotte⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ D'Amico, Nullità virtuale-Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità), in *Contr.*, 2009, 732 ss; Gentili, L'inefficacia delle clausole abusive, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, I, 432 ss; D'Adda, Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto, Padova, 2008, 67.

⁸⁶⁹ Gentili, La "nullità di protezione", in *Europa dir. Priv.*, 2011, 82.

⁸⁷⁰ Caringella, *Studi di Diritto civile*, II, Milano, 2005, 1984.

⁸⁷¹ Caringella-De Marzo, *Manuale di diritto civile*, II, Le obbligazioni, Milano, 2006, 79 ss..

La buona fede, in particolare, obbliga le parti a comportarsi in maniera tale da salvaguardare il ragionevole interesse della controparte contrattuale, qualora ciò non determini a suo carico un apprezzabile ed ingiusto sacrificio⁸⁷².

Altra dottrina ritiene, invece, che gli obblighi ulteriori costituirebbero un *surplus* in quanto sarebbero già inclusi nella prestazione intesa come comportamento esecutivo volto alla realizzazione dell'interesse creditorio⁸⁷³.

E' stato evidenziato che la distinzione tra le due concezioni contrapposte riguarda il punto di osservazione scelto per indagare l'oggetto: coloro che ritengono che la buona fede svolga una funzione integrativa pongono attenzione all'incidenza sulla struttura del rapporto obbligatorio; coloro che, invece, ritengono che la buona fede svolga una funzione correttiva hanno come punto di riferimento l'attuazione del rapporto⁸⁷⁴. La Corte di Cassazione, intervenendo sul rapporto tra abuso del diritto e buona fede, ha affermato la configurabilità della figura dell'abuso del diritto in tutte le ipotesi in cui siano tenute condotte contrarie al principio di buona fede oggettiva e di correttezza⁸⁷⁵.

Tale orientamento è stato sostenuto in origine in una sentenza della Suprema Corte degli anni Sessanta in cui la disposizione concernente la buona fede è stata considerata idonea a reprimere l'abuso del diritto soggettivo⁸⁷⁶.

Negli anni successivi la giurisprudenza di legittimità, in varie pronunce, ha adottato soluzioni non del tutto conformi: talvolta è stata riconosciuta una tutela limitata in caso

⁸⁷² Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 497 ss.; v. Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ. mass*, 2006, 1, secondo cui "La buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico".

⁸⁷³ Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu- Messineo*, XVI, I, Milano, 1974, 12 ss.; Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; Bigliuzzi Geri *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, 172 ss.

⁸⁷⁴ In particolare quest'ultima dottrina ha puntualizzato che ritenere la buona fede fonte di obblighi integratori della disciplina del diritto impedirebbe la configurazione dell'abuso: l'atto ritenuto abusivo contravverrebbe ad un obbligo e sarebbe illecito, configurando così non un abuso del diritto ma un eccesso dal diritto: Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, 153 ss..

⁸⁷⁵ Si ritiene ormai che buona fede e correttezza designano la medesima *regula juris* in quanto è stato superato ogni tentativo volto alla loro distinzione. Si segnala, comunque, il pensiero di Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 68 ss., secondo cui gli obblighi nascenti dalla correttezza avrebbero contenuto negativo — in quanto doveri di protezione della sfera giuridica altrui — mentre gli obblighi nascenti da buona fede avrebbero carattere positivo — in quanto doveri di cooperare nell'interesse altrui.

di lesione di un diritto soggettivo tutelato da una norma giuridica, non avallando l'orientamento che affermava l'applicazione in linea generale del principio di correttezza⁸⁷⁷; mentre in altre occasioni la Suprema Corte ha riconosciuto una valenza ampia al principio di buona fede, costituendo uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni⁸⁷⁸, come il percorso evolutivo giurisprudenziale in materia sembra confermare⁸⁷⁹. L'assimilazione del divieto dell'abuso del diritto in ambito contrattuale alla buona fede comporta che la tutela del soggetto nei cui confronti il diritto è esercitato abusivamente è soltanto risarcitoria.

L'opinione dottrinale prevalente, avallata recentemente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ritiene, infatti, che ci sia una distinzione tra regole di validità, la cui violazione può determinare la nullità del contratto, e regole di comportamento, la cui violazione può comportare responsabilità con obbligo di risarcimento dei danni⁸⁸⁰. Il principio di buona fede è considerato il "prototipo" delle regole di comportamento e la sua violazione determina responsabilità contrattuale o precontrattuale ed

⁸⁷⁶Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in Foro it, 1961, I, 256 con commento di Rescigno; con riferimento al rapporto intercorrente tra l'abuso del diritto e la buona fede.

⁸⁷⁷Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in Foro pad., I, 1283.

⁸⁷⁸Cass., 5 gennaio 1966, n. 89, in Foro pad., 1966, I, 524 secondo cui la buona fede "forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede".

⁸⁷⁹Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in Corr. giur., 1991, 789: nella specie, in applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione dei giudici del merito, che avevano considerato non conforme a buona fede la mancata cooperazione del promittente venditore in favore del promissario acquirente al fine di far conseguire a quest'ultimo un mutuo per il pagamento del prezzo.

⁸⁸⁰ Sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento: Di Majo, La buona fede correttiva di regole contrattuali, in Corr. giur., 2000, 1486; La Corte di Cassazione a Sezioni Unite (23 ottobre — 19 dicembre 2007, n. 26724) in tema di violazione di obblighi di informazione dell'intermediario finanziario ha ritenuto che "la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c."; si ritiene che la violazione della buona fede non dà luogo a nullità.

eventualmente la risoluzione del contratto⁸⁸¹. Tali considerazioni non sono smentite dall'evoluzione legislativa che talora ha previsto la violazione della buona fede come regola di validità poiché dalle norme speciali non è possibile trarre un principio generale⁸⁸². La categoria dell'abuso del diritto sarebbe maggiormente giustificata se consentisse al soggetto, nei cui confronti il diritto viene esercitato abusivamente, di ottenere una tutela reale. Occorre, dunque, verificare se, al di là della tutela risarcitoria, sia possibile neutralizzare l'esercizio abusivo del diritto con strumenti di tutela idonei a ripristinare nei confronti della vittima dell'abuso la situazione antecedente alla condotta abusiva. La tutela reale può realizzarsi attraverso mezzi di tutela volti ad impedire in via preventiva l'esercizio abusivo del diritto o a reagire in maniera specifica ad esso⁸⁸³. In ordine ai mezzi di tutela azionabili in via preventiva, parte della dottrina, dopo aver evidenziato che in Italia si è stati tradizionalmente ostili all'utilizzo della tutela inibitoria, al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge, ha richiamato l'esperienza francese, ove si è ritenuto che il giudice può rifiutarsi di applicare una clausola del contratto poco chiara e precisa, qualora sussistano gli estremi "*d'un abus de nature à lapriver d'effet*"⁸⁸⁴.

Relativamente alla tutela successiva diversa da quella risarcitoria, uno strumento con cui è possibile realizzare una tutela reale è l'*exceptio doli generalis* che attribuisce al titolare la possibilità di opporsi ad un'altrui pretesa o eccezione, astrattamente fondata, ma che, in realtà, costituisce espressione di uno scorretto esercizio di un diritto, volto al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico⁸⁸⁵.

Nell'ambito dei rimedi successivi si richiamano anche alcune disposizioni peculiari del Codice civile tra cui l'art. 1438, che prevede la minaccia di far valere un diritto come causa di annullamento del contratto, qualora sia volta a conseguire vantaggi ingiusti.

Parte della dottrina ha evidenziato che anche la violazione del dovere di buona fede può, talora, determinare conseguenze diverse dal risarcimento del danno, costituenti

⁸⁸¹ Vettori, Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 105.

⁸⁸² Vettori, Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 105.

⁸⁸³ Breccia, *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto Privato*, Padova, 1997, 30 ss., il quale evidenzia che fin dalle sue origini lo studio dell'abuso del diritto è stato legato alla verifica dei presupposti fondanti l'obbligo risarcitorio nella responsabilità extracontrattuale.

⁸⁸⁴ Breccia, *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, in *Diritto Privato*, Padova, 1997, 32 ss, il quale richiama Cass., 6 dicembre 1989, in *Daloz*, 1990, 289.

⁸⁸⁵ Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al commerciale*, Padova, 2005, 429.

un'esecuzione in forma specifica del dovere di comportarsi secondo buona fede⁸⁸⁶. Un'espressa previsione di esecuzione forzata in forma specifica del dovere di buona fede è contenuta nell'art. 1359 c.c., secondo il cui disposto normativo si considera avverata la condizione che non si è verificata per una causa imputabile a colui che aveva un interesse contrario al suo avveramento: in tal caso la violazione della buona fede determina l'efficacia del contratto nonostante la condizione sospensiva a cui era subordinato non si sia verificata.

Per quanto riguarda la buona fede si evidenzia che parte della dottrina ritiene che tale clausola generale costituirebbe una regola la cui violazione inciderebbe sulla validità del contratto⁸⁸⁷. In particolare, è apparso discutibile continuare a ritenere che la violazione del principio di buona fede possa dar luogo soltanto ad un giudizio di responsabilità, soprattutto alla luce del diritto europeo dei contratti per il rilievo in esso attribuito alla buona fede⁸⁸⁸. La questione problematica è, però, verificare se la nullità del contratto o di singole clausole possa derivare, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, dalla mera violazione del principio di buona fede⁸⁸⁹. Occorre a tal fine considerare l'assetto di interessi in gioco e verificare se la violazione della buona fede ad opera di una parte abbia condizionato la conformazione o l'efficacia del regolamento contrattuale, con pregiudizio della controparte: in tal caso dovrebbe operare la nullità poiché non sarebbe adeguato un mero giudizio di responsabilità.

Tra i rimedi diversi da quelli risarcitori possibili in caso di abuso del diritto assume, come già anticipato, particolare rilievo l' *exceptio doli generalis*.

L'*exceptio doli generalis* attribuisce al titolare la possibilità di opporsi ad un'altrui pretesa o eccezione, astrattamente fondata ma che, in realtà, costituisce espressione di uno scorretto esercizio di un diritto, volto al soddisfacimento di interessi non meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico⁸⁹⁰. Tale *exceptio* ha rappresentato nel diritto romano lo strumento processuale utilizzato dal pretore al fine di correggere lo *ius civile* e tutelare interessi e rapporti che apparivano irrilevanti o in contrasto con lo stesso *ius civile*⁸⁹¹.

⁸⁸⁶ Galgano, Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti, I, Obbligazioni in generale. Contratti in generale, Padova, 1999, 560.

⁸⁸⁷ Benatti., Responsabilità precontrattuale, I, (Diritto civile), in Enc. Giur., XVII, Roma, 1991, 7 ss.

⁸⁸⁸ Scalisi, Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia, in Riv. dir. civ., 2007, 853 ss..

⁸⁸⁹ Galgano, Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, in Contr. e impr., 1997, 423.

⁸⁹⁰ Meruzzi, L'*exceptio doli* dal diritto civile al commerciale, Padova, 2005, 429.

⁸⁹¹ Torrente, Eccezione di dolo, in Enc. del diritto, XIV, Milano, 1965, 218.

Nel diritto moderno l'*exceptio doli* si collega alla problematica dei limiti sussistenti nell'esercizio di diritti soggettivi ed è volta alla realizzazione di un adeguamento continuo del diritto alla realtà sociale. Si tratta di uno strumento avente in prevalenza natura difensiva poiché determina la disapplicazione delle norme che vengono invocate in maniera illecita con la conseguente reiezione della domanda. L'*exceptio doli generalis seu praesentis* si distingue dall' *exceptio doli specialis seu preteriti*. Essa, infatti, allude al dolo attuale, compiuto nel momento in cui viene esperita l'azione nel processo; rappresenta un rimedio di carattere generale, volto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne rappresenta la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale basata sullo stesso, qualora l'attore abbia nascosto situazioni sopravvenute al contratto ed idonee a modificare o estinguere il diritto, ovvero abbia presentato richieste di pagamento abusive o fraudolente o abbia violato il divieto di *venire contra factum proprium*⁸⁹².

Diversamente, l'*exceptio doli specialis* si riferisce al dolo compiuto al momento della conclusione dell'atto e mira a far valere l'esistenza di raggiri posti in essere per indurre un soggetto a stipulare un determinato negozio, al fine di ottenerne l'annullamento, ovvero a denunciare la violazione dell'obbligo di comportarsi in base a buona fede durante lo svolgimento delle trattative e la formazione del contratto, rilevante come dolo incidente, qualora gli inganni abbiano inciso sul contenuto del contratto, con relativa responsabilità per i danni cagionati dalla sua condotta⁸⁹³.

Come evidenziato da parte della dottrina, l'*exceptio doli generalis* può essere proposta anche in caso di condotte sleali e non fraudolente e rappresenta, pertanto, un rimedio di natura oggettiva⁸⁹⁴; non deve, necessariamente ricorrere in capo al titolare del diritto una finalità fraudolenta o dolosa, essendo sufficiente la prova della mera conoscenza o della conoscibilità della contrarietà alla correttezza del comportamento posto in essere⁸⁹⁵. Non si rinviene nell'ordinamento una norma che disciplina l'*exceptio doli generalis* ma è possibile individuare nell'ambito del Codice civile alcuni istituti aventi

⁸⁹² Cass., 7 marzo 2007, n. 5273.

⁸⁹³ Cass., 7 marzo 2007, n. 5273.

⁸⁹⁴ Meruzzi, Il fondamento sistematico dell'*exceptio doli* e gli obiter dicta della Cassazione, in *Contr. e impr.*, 2007, 1379.

⁸⁹⁵ Meruzzi, L'*exceptio doli* dal diritto civile al diritto commerciale, Padova, 2005, 468.

la medesima ratio⁸⁹⁶. Proprio per questa ragione, inizialmente, si tendeva ad escludere la possibilità di riconoscere valenza generale a tale rimedio⁸⁹⁷.

Successivamente, invece, dottrina e giurisprudenza hanno valorizzato siffatto strumento di tutela ma il fondamento normativo al quale ricondurlo non è stato identificato in maniera univoca: ora *l'exceptio doli generalis* è stata ricondotta nell'alveo del principio di buona fede, con conseguente operatività limitata all'ambito delle obbligazioni⁸⁹⁸, ora nell'alveo dell'abuso del diritto⁸⁹⁹, ora congiuntamente al divieto di abuso del diritto ed al principio di buona fede. Soluzioni tuttavia criticate evidenziandosi, da un verso che considerare l' *exceptio doli* come mera espressione della buona fede oggettiva comporta la limitazione del suo ambito di applicazione al diritto delle obbligazioni e dei contratti, e da altro verso che il ricorso all'*exceptio doli* non richiede necessariamente l'esistenza di un abuso⁹⁰⁰. Si ritiene, dunque, che — stante l'autonomia delle figure — il denominatore comune della buona fede oggettiva, dell'abuso del diritto e dell' *exceptio doli* è la finalità perseguita⁹⁰¹. Tra le funzioni, in particolare, svolte dalla buona fede si segnala quella di selezione degli interessi concretamente perseguiti dalle parti durante l'esecuzione dei rapporti obbligatori; valorizzando questa funzione selettiva l'*exceptio doli* rappresenta uno strumento attraverso cui si analizzano gli interessi perseguiti dalle parti mediante l'esercizio dei diritti e se gli interessi non sono meritevoli di tutela ne consegue la reiezione della pretesa⁹⁰². L'*exceptio doli* attribuisce al giudice il sindacato sull'esercizio discrezionale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, per accertare la congruità con le finalità insite nel

⁸⁹⁶Si citano a tal proposito a titolo esemplificativo: gli artt. 1241 ss. in materia di compensazione; l'art. 1260, comma 2, per cui le parti non possono opporre al cessionario il patto con cui hanno escluso la cedibilità del credito se non si prova che egli lo conosceva al momento della cessione; l'art. 1359, che prevede la finzione di avveramento della condizione; l'art. 1426 che esclude l'annullabilità del contratto nel caso in cui il minore abbia con raggiuri occultato la sua età; l'art. 1438 concernente la minaccia di far valere un diritto; l'art. 1460, comma 2, che esclude la possibilità di rifiutare l'esecuzione del contratto se il rifiuto è in contrasto con la buona fede e l'art. 1490, comma 2, che dispone l'inefficacia del patto con cui è esclusa o limitata la garanzia per i vizi della cosa venduta nel caso in cui il venditore abbia in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa.

⁸⁹⁷ Pellizzi, *Exceptio doli* (diritto civile), in *Noviss. dig. it.*, VI, 1960, 1075; Romeo, commento a Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *I contratti*, 2007, 980 ss..

⁸⁹⁸ Torrente, *Eccezione di dolo*, in *Enc. del diritto*, XIV, Milano, 1965, 218.

⁸⁹⁹ Nanni, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contr. e impr.*, 1986, 211.

⁹⁰⁰ Meruzzi, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1379.

⁹⁰¹ Meruzzi, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1379.

⁹⁰² Meruzzi, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1390.

loro esercizio⁹⁰³. L'*exceptio doli generalis* assume rilievo in una duplice ottica, ossia come divieto di *venire contra factum proprium* e come esclusione di tutela giuridica per colui che vuole trarre vantaggio da una sua precedente condotta scorretta.

Analizzando la giurisprudenza in materia, si evidenzia che l'*exceptio doli* ha trovato applicazione, in particolare, nell'ambito delle garanzie autonome.

Nell'ambito del contratto autonomo di garanzia, ad esempio, il garante si impegna ad effettuare il pagamento di una determinata somma di denaro in favore del beneficiario della garanzia a semplice richiesta, rinunciando ad opporre eccezioni relative al rapporto che lo lega al debitore principale anche se volte a far valere l'invalidità del contratto dal quale tale rapporto deriva, salvo che non siano fondate sulla nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa; in quest'ultima ipotesi si ritiene che l'invalidità del contratto "presupposto" si comunichi al contratto di garanzia, rendendo la sua causa illecita⁹⁰⁴. Sulla base dell'operatività della buona fede come fonte integrativa degli effetti degli atti di privata autonomia, il garante, in caso di prove evidenti del carattere fraudolento o abusivo della richiesta di pagamento da parte del beneficiario della garanzia, può - e deve - rifiutare il pagamento richiesto⁹⁰⁵. A tal fine si è richiamata l'*exceptio doli generalis*⁹⁰⁶. Ancora in tema di garanzie autonome l'*exceptio doli generalis* è stata recentemente ritenuta proponibile dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel caso in cui appare evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per previa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per un'altra causa⁹⁰⁷.

⁹⁰³ Meruzzi, Il fondamento sistematico dell'*exceptio doli* e gli obiter dicta della Cassazione, in Contr. e impr., 2007, 1392 ss..

⁹⁰⁴ Cass. 17 marzo 2006, n. 5997, in I contratti, 2006, 1115.

⁹⁰⁵ Cass. 24 aprile 1991, n. 4519; Cass. 6 aprile 1998, n. 3552; Cass. 21 aprile 1999, n. 3964; Cass. 1 ottobre 1999, n. 10864 in www.dejure.it.

⁹⁰⁶ Cass. 17 marzo 2006, n. 5997.

⁹⁰⁷ Cass, Sez. Un., 2010, n. 3947, in I contratti, 2010, 440 ss..

CAPITOLO 3. CLAUSOLE GENERALI NEL DIRITTO DEL LAVORO SUBORDINATO COME TECNICA DI SINDACATO DEI POTERI IMPRENDITORIALI.

SOMMARIO: Par. 3.1: Diritto civile e diritto del lavoro a confronto. Un interessante spunto offerto dalle clausole generali – Par. 3.2: L'ammissibilità dell'interesse legittimo nel diritto privato come tecnica di controllo sui poteri discrezionali – Par. 3.3: Clausole generali e potere privato: presupposti e limiti delle prerogative datoriali – Par. 3.3.1: Esercizio dei poteri datoriali ed abuso del diritto – Par. 3.4: Clausole generali e legge n. 183/2010: mera ricognizione della realtà o limitazione della discrezionalità giudiziale? – Par. 3.5: Un esempio di clausola generale nel diritto del lavoro: il giustificato motivo di licenziamento Par. 3.6: Riforma Fornero e giustificato motivo oggettivo di licenziamento – Par. 3.6.1: Indagine su un profilo interpretativo: il significato della locuzione "manifesta insussistenza" alla luce della Riforma "Fornero" – Par. 3.7: Clausole generali e potere disciplinare del datore di lavoro – Par. 3.8: Principio di correttezza e buona fede nelle procedure concorsuali: perdita di chance ed onere della prova – Par. 3.9: Il rispetto del principio di buona fede come "limite" alla fruizione del diritto alle ferie da parte del datore di lavoro.

Par. 3.1: Diritto civile e diritto del lavoro a confronto. Un interessante spunto offerto dalle clausole generali.

Lo studio del diritto del lavoro non può prescindere da un'analisi di alcuni profili apparentemente strettamente attinenti al solo diritto civile. Molti civilisti italiani, infatti, hanno convogliato i loro studi al diritto del lavoro⁹⁰⁸. Renato Scognamiglio, ad esempio, nel concludere un convegno dedicato dai giuslavoristi italiani al tema "Diritto del lavoro e categorie civilistiche"⁹⁰⁹, disse che, mentre il diritto civile "nasce dalla libertà", il diritto del lavoro "cammina verso la libertà". Ciò significa che mentre il diritto civile si fonda sulla libertà della persona che dovrebbe godere effettivamente delle stesse opportunità di cui godono le altre persone con cui essa entra in relazione, il

⁹⁰⁸ Franzoni, Diritto civile e diritto del lavoro a confronto, in Contratto e impresa, 2011, 955 ss.

⁹⁰⁹ Scognamiglio, Conclusioni, in Diritto del Lavoro e categorie civilistiche, atti del seminario svoltosi a Roma il 26 maggio 1990 presso l'Università "la Sapienza", Milano, 1992.

diritto del lavoro, invece, fa riferimento ad un rapporto nel quale una parte difetta della libertà sostanziale, effettiva, senza la quale la libertà formale diventa una inutile finzione. Affermando che il diritto del lavoro "cammina verso la libertà", l'autore intende indicare gli sforzi costanti che l'ordinamento giuridico adopera per riparare a quel difetto di libertà sostanziale di cui soffre la parte debole allo scopo di neutralizzarlo⁹¹⁰, se non addirittura col fine di abolirlo. L'ordinamento, infatti, non si limita, attraverso il ricorso alla norma inderogabile, a prevedere *standards* minimi di trattamento dei lavoratori per correggere le conseguenze del loro difetto di forza contrattuale nei confronti della controparte: esso si propone soprattutto di eliminare le cause di quel difetto. Alla luce del dettato costituzionale, infatti, si desume che compito essenziale della Repubblica è "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana" (art. 3 Cost.). Se questo è il comune punto di partenza di tutti i giuslavoristi, giova considerare che è dato individuare dissensi in ordine al significato dell'espressione "rimuovere gli ostacoli". Ci si chiede, infatti, se essa consista nel sottrarre permanentemente l'autonomia negoziale alla persona che lavora, dovendo essa considerarsi in una condizione di intrinseca ed ineliminabile inferiorità o "soggezione" di fatto, o se, invece, si possa ragionevolmente pensare di emanciparla da quella situazione arrivando a pensare ad un "dialogo paritario" tra i contraenti⁹¹¹. A sostegno della tesi secondo cui l'inferiorità di fatto del lavoratore nei confronti dell'imprenditore è intrinseca ed irreversibile, si sono addotti una serie di argomenti⁹¹². Si è parlato di una asimmetria strutturale del mercato del lavoro considerata non superabile, dell'implicazione necessariamente profonda della persona del lavoratore nel rapporto, per giungere, infine, ad affermare l'inconciliabilità della nozione stessa di subordinazione con quella di contratto, la quale presuppone che le parti possano essere considerate su un piano di parità. Da ultimo si è tratto argomento dal carattere spiccatamente collettivo insito nei rapporti di lavoro⁹¹³. Opinando in tal senso, quindi, appare inevitabile affermare un distacco strutturale e definitivo del diritto del lavoro dal diritto civile. Tuttavia è ragionevole pensare che l'inferiorità nei confronti dell'imprenditore non è condizione peculiare della sola figura del lavoratore

⁹¹⁰ Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967.

⁹¹¹ Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. Dir. lav. Rel. Ind.*, 2006, 195 ss.

⁹¹² Carinci-De Luca Tamajo-Tosi-Treu, *Diritto del Lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2012.

⁹¹³ Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.

subordinato né ad essa intrinseca. Se è vero, infatti, che il diritto del lavoro si pone come eccezione al diritto comune dei contratti per molti aspetti influenzati dalle distorsioni, dalle asimmetrie o particolarità strutturali che caratterizzano il rapporto ed il mercato del lavoro, può dirsi anche che questa situazione è rinvenibile, come già si è ampiamente trattato nei capitoli precedenti, anche in comparti diversi del diritto civile (locazioni abitative, credito al consumo, turismo organizzato, vendita di prodotti finanziari). È in questi settori, infatti, che si assiste alla presenza di una serie di vincoli imposti all'autonomia privata cui corrispondono possibili impugnative e per i casi di mancata osservanza dei vincoli stessi⁹¹⁴. È infatti noto che il contratto funge da veicolo di regolazione eteronoma anche in comparti del diritto civile diversi dal diritto del lavoro⁹¹⁵, soprattutto in riferimento ai rapporti che la dottrina civilistica oggi indica come "asimmetrici". Così come è ormai acquisito lo scarsissimo contenuto di volontà negoziale effettiva attribuibile a certi atti seriali di acquiescenza a condizioni redatte dall'altro contraente o di "consenso informato" che all'utente del servizio o al consumatore vengono quotidianamente fatti sottoscrivere su moduli prestampati. Questa breve ricognizione appare utile per confermare la necessità, anche al di fuori del campo lavoristico, di una limitazione inderogabile degli effetti negoziali conseguibile mediante tali sottoscrizioni. L'eccezione lavoristica al diritto comune dei contratti potrebbe, poi, addirittura considerarsi provvisoria, sul presupposto che la Costituzione stessa impone di non rassegnarsi alla sua perpetuazione. Un'eccezione, dunque, destinata almeno programmaticamente a ridursi, se non addirittura a cadere, nel momento in cui con la rimozione o la riduzione dello squilibrio tra imprenditore e lavoratore, ristabilita quindi la libertà sostanziale di quest'ultimo, il rapporto tra di essi può essere restituito al diritto comune dei contratti. Fermo restando, comunque, che inevitabilmente tale evoluzione dovrà comportare adattamenti progressivi e modifiche parziali della geometria dell'eccezione laborista al principio generale civilistico, costituzionalmente dovuti, in forza degli articoli 2 e 3 della Carta, tenendo conto dei progressi che via via si compiono nella rimozione degli ostacoli al pieno esercizio dell'autonomia negoziale da parte di colui che lavora. Alla luce di ciò, pertanto, questa situazione di debolezza, che implica un irrobustimento della tutela, sarà costituzionalmente legittima solo in quanto contromisura congrua e proporzionata rispetto alla distorsione che si verifica nel mercato del lavoro; ma dove quest'ultima

⁹¹⁴ Ichino, *Il contratto di lavoro*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, ora da Schelesinger, vol. 3, Milano.

venga meno dovrà essere restituita al lavoratore la prerogativa essenziale di libertà della persona costituita dall'autonomia negoziale. Inoltre ove tale distorsione possa essere corretta in modo alternativo, la protezione costituzionale dei diritti della persona impone che si faccia ricorso a misure di diversa natura. Dal quadro sin qui svolto, quindi, emerge la possibilità di considerare rovesciato il rapporto tra diritto civile e diritto del lavoro. Se è vero, infatti, che quest'ultimo si pone quale applicazione specifica del diritto dei contratti al rapporto tra prestatore di lavoro e datore di lavoro, è anche vero che nel campo dei rapporti contrattuali asimmetrici è il diritto del lavoro a fornire al diritto civile paradigmi e tecniche normative suscettibili di applicarsi in modo flessibile in tutti i casi in cui si registrino squilibri di mercato.

Ma non è solo questo il punto di contatto tra diritto civile e diritto del lavoro. Le cd. clausole generali, infatti, assumono un rilievo di primissimo piano anche nella disciplina del rapporto di lavoro. In particolare quelle della correttezza e buona fede (artt. 1175 c.c. e 1375 c.c.), della diligenza nelle sue due versioni, generica e specifica, (art. 1176 c.c. commi 1-2), e della protezione della dignità e sicurezza della persona (art. 2087 c.c.). Tali concetti si rivelano strumenti essenziali per inserire nel rapporto tra datore e prestatore di lavoro contenuti anche di fonte non legislativa, specificamente legati alla particolare natura e struttura del rapporto stesso⁹¹⁶. Così, per esempio, dal principio di correttezza nell'esecuzione della prestazione contrattuale si desumono obblighi "di preparazione" della prestazione che precedono lo svolgimento dell'attività lavorativa e quindi si collocano fuori dell'orario di lavoro⁹¹⁷; oppure, sulla nozione di "contatto contrattuale" fra la persona del prestatore e l'organizzazione del creditore si possono costruire svariati doveri reciproci "di protezione" fra le parti. A tal proposito è degna di menzione l'incredibile portata applicativa che ha avuto la nozione giuridica di diligenza in riferimento al rapporto di lavoro subordinato. Si intende, in particolare, far riferimento non alla specificazione tecnica contenuta nel comma 2 dell'art. 1176 c.c., quanto, piuttosto, alla nozione generalissima della diligenza del buon padre di famiglia di cui al comma 1 dell'art. 1176 c.c. La dottrina giuslavoristica, infatti, liberandosi dall'idea della subordinazione come assoggettamento personale del lavoratore e, riconducendo la fedeltà di cui all'articolo 2105 c.c. a corollario del principio di correttezza, ha sottolineato che usare la diligenza nell'attuazione del proprio obbligo significa, dunque, destinare ad esso le proprie energie e la propria

⁹¹⁵ Mazzotta, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in (a cura di) Mazzotta, *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Milano, 1994.

⁹¹⁶ Suppiej, *La struttura del rapporto di lavoro*, Milano, vol. I, 1957, vol. II, 1963.

attenzione in modo prioritario. Ciò significa che il prestatore di lavoro dovrebbe svolgere le mansioni in azienda con lo stesso impegno, lo stesso amore, che un buon genitore dedica alla cura delle cose e degli interessi propri e dei propri familiari⁹¹⁸. Anche con riferimento a questo profilo, pertanto, si osserva come l'arricchimento ermeneutico del significato della clausola civilistica ben si presti ad applicarsi ad altri contratti nei quali la persona umana sia implicata e nei quali si verifichi uno stretto contatto contrattuale tra i soggetti. Lo stesso discorso, circa l'arricchimento di conseguenze delle clausole generali civilistiche derivante dalla loro applicazione in materia di lavoro, può essere svolto in riferimento alla vicenda giurisprudenziale che ha visto, nel 1989, la Corte Costituzionale desumere dal principio generale di salvaguardia della dignità della persona un principio di *parità di trattamento* non soltanto nei rapporti di lavoro in azienda, ma in generale in tutti i rapporti fra privati⁹¹⁹. Si osservi come la questione, sorta nell'ambito del diritto del lavoro e risolta con il ricorso a una clausola civilistica generale quale quella della salvaguardia della dignità della persona, possa riproporsi in vari settori del diritto civile. Si pensi al caso di un soggetto privato in posizione dominante che si trovi ad esercitare un potere di scelta tra diversi possibili interlocutori il quale, se usato in modo discriminatorio o anche solo capriccioso, rischia di essere potenzialmente lesivo della dignità o della libertà morale. Si osservi, altresì, come questo principio apra uno spazio più o meno ampio al controllo giudiziale sui criteri interni di esercizio del potere privato, cui consegue lo strutturarsi della posizione soggettiva di ciascuno degli interlocutori non più nella forma del diritto assoluto o del diritto di credito, bensì in quella propria dell'interesse legittimo⁹²⁰. Figura, quest'ultima, che è stata oggetto di studi approfonditi da parte dei civilisti, con riguardo all'intera materia del diritto civile, ancorché sempre con un punto di partenza costituito da un problema tipico di diritto del lavoro⁹²¹.

Par.3.2: L'ammissibilità dell'interesse legittimo nel diritto privato come tecnica di controllo sui poteri discrezionali.

⁹¹⁷ Mancini, La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro, Milano, 1957.

⁹¹⁹ Corte Costituzionale, 9 marzo 1989, n.103.

⁹²⁰ Bigliuzzi Geri, Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato, Milano, 1967.

⁹²¹ Di Majo, Incontro di studio civil-lavoristico, in Diritto del lavoro e categorie civilistiche, atti del seminario svoltosi a Roma il 26 maggio 1990 presso l'Università "la Sapienza", Milano, 1992.

Diritto soggettivo ed interesse legittimo sono concetti di teoria generale del diritto, atti a designare diverse modalità di tutela di interessi umani presenti come tali in tutti gli ordinamenti giuridici evoluti. L'assunto non è facilmente comprensibile nella cultura giuridica italiana ove diffusa è la diversa convinzione secondo cui la figura dell'interesse legittimo si giustificerebbe solo in funzione del riparto di giurisdizione e della particolare disciplina di tutela del cittadino contro gli atti della pubblica amministrazione⁹²². Tuttavia la categoria dell'interesse legittimo si presta ad avere anche un campo di applicazione più ampio. Autorevole dottrina⁹²³, infatti, ha espresso giudizio positivo in ordine all'applicazione di una categoria di interesse legittimo anche ai rapporti tra i privati. Ciò risulta particolarmente utile ai nostri fini per sperimentarne l'applicabilità anche nei rapporti tra datore e prestatore di lavoro. Giova precisare che la ricostruzione dogmatica in oggetto ha avuto modo di svilupparsi durante il regime corporativo che, essendo caratterizzato dalla funzionalizzazione dell'attività produttiva al perseguimento dell'interesse unitario dell'economia nazionale, vedeva la categoria dell'interesse legittimo come fondamento alla sindacabilità dei poteri imprenditoriali. L'interesse del prestatore di lavoro era visto come un "interesse occasionalmente protetto", l'attività produttiva era orientata al perseguimento di una finalità pubblica e, quindi, i poteri imprenditoriali erano limitati proprio in vista del raggiungimento di tale finalità. Il prestatore di lavoro non riceveva, quindi, una tutela specifica, ma "occasionale"; ciò perchè la finalità del rapporto di lavoro era identificata in uno scopo di stampo pubblicitario. Successivamente, con la caduta del regime corporativo, si è fatta strada l'idea dell'assenza di una subordinazione della posizione del singolo lavoratore a quella imprenditoriale derivante dall'essere quest'ultima finalizzata al perseguimento del superiore interesse della produzione nazionale. In seguito a questa "parificazione", sia in campo dottrinale che giurisprudenziale, sono stati inaugurati altri percorsi per meglio garantire il prestatore di lavoro nei confronti dell'esercizio dei poteri datoriali. Al fine di sindacare quest'ultimi si è ricorsi, infatti, al criterio dello sviamento della funzione causale dell'atto⁹²⁴. Questa impostazione, sviluppatasi a partire dagli anni '70, partendo dalla funzione tipica dell'atto di gestione del rapporto, giunge ad invalidare quelle

⁹²² Breccia- Brusuglia (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Milano, 2001.

⁹²³ Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967

⁹²⁴ Zoli, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali.*, Milano, 1988.

manifestazioni di volontà che si allontanino da tale scopo. Questa tecnica consentirebbe un controllo di merito sull'atto con conseguente declaratoria di nullità laddove si accerti l'allontanamento dalla finalità cui quell'atto è preordinato. Tuttavia anche questa tecnica presta il fianco ad alcune critiche nella misura in cui si osservi che il merito può avere una sua dimensione nel campo del diritto amministrativo in quanto riconducibile a quel processo di funzionalizzazione teso a realizzare la gestione ottimale dell'interesse pubblico. Tale impostazione non può avere applicazione attualmente nel campo del diritto privato ed in particolare con riferimento al diritto del lavoro in conseguenza del riconoscimento del principio di libertà delle scelte imprenditoriali, che implica l'assenza di un obbligo di comportarsi da buon imprenditore.

Allo stato, tuttavia, la trasposizione della nozione di interesse legittimo presenterebbe un limite. Sicuramente è pregevole da un punto di vista descrittivo nel momento in cui si dice che anche nell'ambito dei rapporti e delle organizzazioni private possono individuarsi posizioni di autorità cui corrispondono situazioni di interesse amministrato dall'esterno e qualificabili come interesse legittimo; tuttavia l'apporto sistematico non appare soddisfacente. Infatti, se dopo aver individuato l'esistenza di interessi legittimi in diritto privato non si costruiscono rimedi generalmente applicabili a tali situazioni ma si lascia alla singola norma il compito di prevederli caso per caso, non si riesce a scorgere l'utilità ricostruttiva della categoria. Mancando in diritto privato il riparto di giurisdizione, il problema della qualificazione di certe situazioni come diritto soggettivo o interesse legittimo appare privo di rilevanza normativa e, quindi, anche di modesto interesse teorico. Il problema, naturalmente, cambia del tutto di significato se l'interesse legittimo viene visto come lo strumento concettuale e sistematico per superare, nel campo della tutela degli interessi particolari che si pongono a fronte di poteri privati, la dicotomia fra "tutela piena del diritto soggettivo", con effetti paralizzanti per l'operato dell'organizzazione privata, e "nessuna tutela". Ed è questo, probabilmente, il filone più interessante da approfondire, laddove si voglia individuare una specifica utilità di questa ricostruzione interpretativa. Il problema più importante sta dunque nel vedere se, una volta individuate anche nell'ambito privatistico situazioni di interesse eterodeterminate, la tutela di queste situazioni di interesse debba esaurirsi nell'ambito dei rimedi speciali di volta in volta previsti dall'ordinamento per tali situazioni, o se invece possa richiamarsi, su un piano di interpretazione sistematica, quel complesso di soluzioni e quella più articolata tutela che, a seguito di una ormai

lunga elaborazione, si è consolidata con riguardo agli interessi legittimi nel diritto pubblico. Il problema trova un suo riferimento già nella Carta Costituzionale: l'articolo 24 Cost. è norma generale sulla tutela giudiziaria dei diritti e degli interessi legittimi; l'articolo 113 Cost. è norma speciale che conferma il principio di piena tutela giudiziaria dei diritti e degli interessi legittimi anche con riguardo ai pubblici poteri.

Par. 3.3: Clausole generali e potere privato: presupposti e limiti delle prerogative datoriali.

Le clausole di correttezza e di buona fede svolgono una funzione di grande rilevanza operativa nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro. Considerando che il contenuto obbligatorio di tale relazione contrattuale si svolge in maniera dinamica, l'applicazione di tali clausole in funzione interpretativo-integrativa è apparsa assolutamente necessaria. La buona fede in particolare, è fonte di obblighi accessori finalizzati a salvaguardare i reciproci interessi di protezione e di sicurezza che rischiano di essere messi in pericolo dal "contatto sociale" che si instaura tra le parti⁹²⁵. Le clausole generali hanno storicamente svolto un ruolo integrativo soprattutto a carico del debitore in conseguenza del diffondersi della cd. concezione fiduciaria del rapporto e dell'esaltazione dell'elemento personalistico che hanno portato ad associare alla correttezza e buona fede un significato associato all'obbligo di collaborazione e fedeltà⁹²⁶. Tuttavia si è costantemente affermato⁹²⁷ che graverebbero anche sul datore di lavoro doveri di protezione della controparte con riferimento, in particolare, agli obblighi di sicurezza tipicamente previsti dalla legge (art. 2087 c.c.). Tuttavia l'evoluzione giurisprudenziale successiva ha dimostrato la possibilità di riconoscere spazi applicativi alle clausole di correttezza e buona fede nella sfera giuridica dell'imprenditore, con riguardo a situazioni che si caratterizzano per l'esercizio di poteri discrezionali da parte di costui. In tale prospettiva, si profila l'impiego delle clausole generali in funzione di limite e/o di controllo delle prerogative private, allo scopo di garantire che l'esercizio di queste ultime sia non solo formalmente rispettoso dei presupposti e delle condizioni stabilite dalla legge o dall'autonomia delle parti, ma risulti altresì corretto e non arbitrario. Si comprende, quindi, quanto sia più complesso

⁹²⁵ Giugni, Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro, Napoli, 1963, 153 ss; Montuschi, I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro, Milano, 1967; Grandi, Rapporto di lavoro, in Enc. Dir., XXXVIII, Milano, 1987, 341 ss.

⁹²⁶ Giugni, Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro, Napoli, 1963, 153 ss;

⁹²⁷ Lambo, Obblighi di protezione, Milano, 2007.

e sicuramente più problematico il sindacato da parte del giudice che non si limiti a scrutinare la formale osservanza delle condizioni cui il legislatore subordina l'esercizio del potere, ma che vada a valutare se siano adeguatamente protetti gli interessi di coloro che sono assoggettati ad un esercizio discrezionale o libero della supremazia aziendale.

Proprio in relazione all'esercizio dei poteri discrezionali da parte del datore di lavoro si è incentrato il dibattito giurisprudenziale sull'ambito di operatività delle clausole di correttezza e buona fede al fine di soddisfare l'esigenza fondamentale di introdurre adeguate forme di tutela degli interessi dei lavoratori. Dapprima, tuttavia, occorre chiarire che si parla di poteri connotati da margini di discrezionalità quando gli stessi non siano puntualmente disciplinati né dalla legge, né dall'autonomia privata, sicché il loro esercizio risulta privo di limiti o di vincoli oggettivi ed esattamente definiti. Ma neppure vanno trascurate le ipotesi in cui l'attuazione dei poteri privati risulta conformata all'osservanza di specifici presupposti o di particolari condizioni legali e/contrattuali. Con riguardo al potere disciplinare, ad esempio, la giurisprudenza ha più volte osservato che, nonostante la previsione di limiti rigorosamente individuati, il datore di lavoro dispone pur sempre di un margine libero di discrezionalità non solo riguardo all'*an*, ma "quanto alla valutazione della gravità dell'infrazione e alla congruità della sanzione da adottare"⁹²⁸. Spetta al giudice, pertanto, verificare se le sanzioni disciplinari siano irrogate nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali espressamente previste e, in ogni caso, se il potere disciplinare sia stato esercitato con l'osservanza delle regole di correttezza le quali operano, secondo il principio generale di cui all'art. 1175 c.c., in relazione alla previsione sia di posizioni passive che di posizioni attive dei soggetti di una relazione sociale giuridicamente rilevante. Non può dubitarsi, infatti, che tipizzando le ipotesi ed i presupposti di legittimità delle prerogative imprenditoriali, la normativa legale e contrattuale consenta di limitare la discrezionalità o la libertà di apprezzamento connessa alla fase decisionale, vincolando il datore di lavoro al rispetto dei fondamentali principi di tipicità e di legalità. Ma è agevole rilevare che spesso la presenza di vincoli eteronomi o pattizi, non è idonea a salvaguardare gli interessi di coloro che vi sono assoggettati da un uso arbitrario o irragionevole dei poteri privati. I lavoratori, infatti, non godono di una protezione diretta ed assoluta, ossia non possono vantare una pretesa esclusiva, affinché il datore agisca in un modo determinato, poiché sarebbe irragionevole esigere

la realizzazione di un risultato o di una utilità finale il cui soddisfacimento sia espressamente riservato alla discrezionalità della controparte e alla sua libera valutazione. Si è prospettata, tuttavia, nell'ambito del rapporto di lavoro, l'esistenza di situazioni soggettive "strumentali"⁹²⁹ di cui sono titolari i lavoratori, il cui rispetto è volto ad ottenere un uso "corretto" della supremazia giuridica e di fatto attribuite all'imprenditore. Il riconoscimento di tali posizioni soggettive si concretizza nell'introduzione di specifici doveri in capo al datore di lavoro i quali sembrano conformare in concreto l'esercizio del potere incidendo sulla sua morfologia ed imponendogli vincoli che ne rendono più complessa l'attuazione. Allo scopo di tutelare tali posizioni soggettive, è parso opportuno il ricorso a parametri o criteri legali provvisti di flessibilità e duttilità adeguati a realizzare tecnicamente un controllo che trascende l'accertamento della legittimità formale. Si spiega in questo modo la rinnovata attenzione per il ruolo integrativo svolto dai principi di correttezza e di buona fede, che dovrebbe consentire un ampliamento degli obblighi e dei comportamenti esigibili dall'imprenditore, finalizzati al rispetto e alla protezione dei contrapposti interessi dei lavoratori. Di conseguenza, si profila il definitivo superamento della diffusa opinione che tende a disconoscere il rilievo normativo autonomo delle clausole generali, configurandole alla stregua di semplici direttive di attuazione o mezzi di rafforzamento dei diritti riconosciuti ai singoli sulla base di esplicite disposizioni normative o contrattuali⁹³⁰. Alla luce di ciò, pertanto, si è abbandonato il problema teorico concernente la puntuale e rigorosa qualificazione giuridica della posizione soggettiva ritenuta meritevole di protezione (diritto soggettivo o interesse legittimo) e si è constatato che la recente evoluzione dell'ordinamento giuslavoristico è contrassegnata da una progressiva estensione del sindacato del giudice sotto il profilo dell'osservanza degli obblighi di correttezza e buona fede, "non potendosi avallare la trasformazione del potere discrezionale imprenditoriale in mero arbitrio"⁹³¹. Va riconosciuta, perciò, la tutela giurisdizionale ai soggetti che vi sono sottoposti, a prescindere dalla pienezza o meno del diritto fatto valere in giudizio. In altre parole, l'ampliamento delle tecniche giudiziali di controllo si

⁹²⁸ Cass. Sez. Lav. 1°luglio 2010, n.15649; Cass. Sez. Lav. 10 marzo 2010, n.5806; Cass. Sez. Lav. 16 febbraio 2010, n.3600.

⁹²⁹ Comporti, Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo, in Riv. Dir. civ., 1970, I; Nicolò, Istituzioni di diritto privato, I, Milano, 1962; Cassarino, Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa, Milano, 1956.

⁹³⁰ Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in Foro It., 1963 e in Foro Pad., 1964, I, con nota critica di Rodotà, Appunti sul principio di buona fede.

⁹³¹ Cass. 6 marzo 1985, n. 1850, in Riv. It. Dir. Lav., 1985, II, 842, con nota di Guarnieri.

rivela molto meno condizionato dalla necessità di individuare a priori un preciso diritto soggettivo o una posizione giuridica assolutamente protetta in capo ai soggetti passivi del potere, mentre si manifesta la propensione dei giudici ad una soluzione che appresti rimedi sostanziali ed effettivi, ovunque se ne ravvisi l'imprescindibile esigenza. In sintesi sembra opportuno svincolare il controllo sull'uso del potere dal problema relativo alla titolarità di una posizione soggettiva qualificata a favore dei lavoratori. La dottrina, tuttavia, ha evidenziato che le cd. "posizioni strumentali" sono pur sempre qualificabili alla stregua di veri e propri diritti soggettivi, sebbene non vada disconosciuta la loro peculiare natura e il loro tipico contenuto sostanziale, che risulta specificamente connesso alla realizzazione di un interesse "finale". Si tratta, infatti, di pretese giuridiche protette in modo diretto ed immediato, aventi ad oggetto l'attuazione di un comportamento razionale e corretto da parte dell'imprenditore⁹³².

L'aspetto più interessante riguarda, tuttavia, la definizione dell'ambito di operatività e di efficacia riconosciuto alle regole di correttezza e di buona fede. Secondo una prima ipotesi interpretativa la sfera d'azione delle clausole generali sarebbe limitata all'accertamento dell'osservanza dei vincoli procedimentali imposti al datore di lavoro nell'esercizio dei poteri riconosciutigli dalla legge come accade, ad esempio, nel caso del potere disciplinare. Opinando in tal senso, dovrebbe escludersi la possibilità che le stesse possano fungere da fonte di veri e propri obblighi integrativi ed accessori, ovvero prefigurare modelli di comportamento concretamente esigibili dall'imprenditore⁹³³.

Si è obiettato, invero, che l'applicazione dei principi di correttezza e di buona fede si propone di individuare una serie di regole di azione e di comportamento che consentono ai prestatori di lavoro una verifica delle modalità e dei criteri con cui siffatte prerogative sono attuate. Come più volte hanno sottolineato i giudici di legittimità, l'applicazione delle clausole generali si specifica concretamente nell'integrazione del comportamento dovuto dall'imprenditore, sicché quest'ultimo deve "ritenersi vincolato non solo a non frapporre ostacoli alla realizzazione dell'interesse dell'altra parte, ma anche a fare tutto esattamente quanto la comune

⁹³² Fanelli, Limiti dei poteri privati nell'esercizio dell'impresa: profili giurisprudenziali, in Studi in memoria di D. Napoletano, Milano, 1986, 323; Rizzo, La giurisprudenza sugli interessi legittimi nel rapporto di lavoro, in Dir. Giur., 1983, 283; Buoncrisiano, Profili della tutela civile contro i poteri privati, Padova, 1986, 163.

⁹³³ Mazzotta, Enti economici e concorsi privati: alla ricerca di una regola di diritto, in Riv. It. Dir. Lav., 1987, I, 216; Cass. 4 aprile 1986, n. 2358, in Giust. Civ. Mass., 1986, 650; Cass. 7 febbraio 1985, n. 986, in Rep. Giur. It., 1986.

valutazione sociale consideri necessario⁹³⁴. Le regole in esame, infatti, non possono ritenersi operative nell'ambito circoscritto dell'esecuzione di un obbligo contrattuale, nè vanno configurate alla stregua di semplici modalità strumentali relative a prestazioni cui il datore sia tenuto in forza di obbligazioni sostanziali. Esse, in particolare, operano in riferimento ad ogni aspetto del rapporto, ponendo regole fondamentali di condotta, capaci di vincolare le parti, che sono tenute perciò a rispettarle in tutte le operazioni e modalità che siano necessarie ad integrare il comportamento esigibile secondo il comune apprezzamento e nei limiti dell'apprezzabile sacrificio.

È necessario a questo punto approfondire la questione circa la possibilità di valorizzare la funzione delle clausole generali pur prescindendo dall'aggancio a specifiche norme collettive regolamentari che introducano limiti alle prerogative dell'imprenditore. Sotto tale profilo, occorre verificare la validità dell'affermazione secondo cui le regole di correttezza e di buona fede non sarebbero altro che formule vuote ed inutili qualora non soccorrano puntuali obblighi giuridici e vincoli sottoposti a sindacato. L'indagine sembra essere motivata dalla necessità di evitare il convincimento che, laddove non siano previste norme contrattuali collettive, ovvero non siano previsti meccanismi e strumenti negoziali di limitazione, l'esercizio dei poteri discrezionali possa acquistare i connotati dell'arbitrio. Si osserva, infatti che possono profilarsi ambiti o spazi d'azione in cui la regolamentazione collettiva manchi o sia inutilizzabile. La dottrina ha sottolineato che giammai il potere privato può sfociare nel libero arbitrio e che, quindi, anche in assenza di specifici appigli normativi, il sindacato da parte del giudice, alla luce del principio di correttezza e buona fede, non può escludersi neppure in questi casi. Si osserva inoltre con riguardo al fenomeno della procedimentalizzazione che esso non elimina la libertà di apprezzamento e di valutazione del suo titolare né l'esigenza di assicurare un effettivo controllo giurisdizionale⁹³⁵. Da ciò emerge, pertanto, che sia nel caso di una regolamentazione normativa delle modalità di esercizio del potere, sia laddove la stessa manchi del tutto, sarà sempre opportuno il sindacato del giudice alla luce dei principi di correttezza e buona fede. Ciò in quanto la presenza dell'intervento del legislatore attraverso la norma non esclude comunque la presenza spazi valutativi da parte del datore di lavoro che si prestano sempre al rischio di eccedere nell'arbitrio. Proprio alla luce di tali considerazioni, emerge l'esigenza di

⁹³⁴ Cass. Sez. Unite, 4 gennaio 1980 n. 1, in Giur. It., 1980, I.

attribuire ai principi di correttezza e di buona fede un ruolo integrativo del comportamento imprenditoriale, mentre risulta inaccettabile la loro applicazione in funzione meramente ausiliaria, cioè al limitato scopo di assicurare il rispetto dei doveri già specificamente e puntualmente previsti. E' lecito concludere, dunque, mutuando le parole della Cassazione, che nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali l'imprenditore è tenuto all'osservanza dei "meccanismi procedurali precostituiti" e, "in ogni caso", ossia prescindendo dall'esistenza e dall'efficacia di questi ultimi, "è vincolato al rispetto delle regole desumibili dalle clausole di correttezza e buona fede"⁹³⁶.

Chiarito che alle clausole generali è affidata una funzione creativa di regole e di obblighi di condotta, diretti ad incidere sulla disciplina delle situazioni libere e discrezionali e capaci di restringere la libertà di scelta del datore di lavoro, occorre delineare i moduli operativi e le concrete modalità di applicazione delle stesse. Tale compito di specificazione è stato svolto principalmente dalla giurisprudenza, tramite l'individuazione ed elaborazione di figure "sintomatiche" espressive di quella generale funzione⁹³⁷. Tuttavia anche la dottrina⁹³⁸ ha svolto un ruolo di fondamentale importanza nel definire le molteplici articolazioni che la buona fede può assumere nella prassi applicativa rintracciando, nel complessivo panorama privatistico, tecniche e strumenti adeguati che ne consentano la concreta attuazione. In tale prospettiva può essere considerata l'introduzione di un obbligo di motivazione dei provvedimenti e degli atti imprenditoriali, il quale risponde ad una esigenza di "esteriorizzazione" delle decisioni adottate. È quello che avviene, ad esempio, con particolare riguardo alla problematica dei licenziamenti per riduzione di personale, alla sospensione dei lavoratori con l'intervento della Cassa integrazione e ai trasferimenti collettivi. Analoghe esigenze di trasparenza e di razionalità delle decisioni imprenditoriali si sono poste, tuttavia, in tutte quelle ipotesi relative all'espletamento di procedure selettive di assunzione e di promozione e, in generale, in quei casi in cui l'esercizio dei poteri discrezionali determini una comparazione fra una pluralità di soggetti e un raffronto dei requisiti personali di questi ultimi. Tuttavia le clausole generali non sono sempre finalizzate alla individuazione di nuove regole di condotta poiché spesso sono volte ad introdurre un mero criterio di qualificazione del comportamento

⁹³⁵ Di Majo, Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa, in Riv. Giur. Lav., 1983, I, 345; Romagnoli, Per una rilettura dell'art. 2086 c.c., in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1977, 1049; Maresca, Diritti individuali del lavoratore e poteri del sindacato, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 1985, 725 ss.

⁹³⁶ Cass., Sez. Unite, 2 novembre 1979, n. 5688.

⁹³⁷ Cass., 27 maggio 1983, n. 3675; Cass., 19 giugno 1982, n. 3773; Cass. 17 marzo 1982, n. 1753.

⁹³⁸ Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 1969.

concretamente adottato dall'imprenditore. Non si tratta di attribuire un diverso significato ai principi in esame quanto, piuttosto, di apprezzarne un diverso ambito applicativo che, per la sua impronta marcatamente etica, presenta grandi affinità e punti di contatto con l'abuso del diritto. In tale prospettiva la buona fede introduce un mezzo di tutela dell'affidamento che permea i rapporti contrattuali⁹³⁹. Si pensi, in particolare, alle fattispecie in cui gli atti o i comportamenti del datore di lavoro si rivelino formalmente legittimi e corrispondenti all'esercizio di un potere riconosciuto dalla legge, ma siano attuati, in realtà, ai soli fini ostruzionistici. In tale ottica si collocano, ad esempio, la semplice inerzia dell'imprenditore, laddove giuridicamente rilevante, l'ipotesi in cui quest'ultimo adotti un comportamento contraddittorio o palesemente contrastante con un atteggiamento precedentemente assunto, e, infine, la problematica della "tolleranza" prestata agli inadempimenti della controparte. Il canone di valutazione della buona fede, pertanto, ha la funzione di delimitare ulteriormente i margini di discrezionalità che contrassegnano le prerogative imprenditoriali riconducendo l'uso di tale libertà di azione all'osservanza di *standards* di coerenza e di proporzionalità dei sacrifici. Di conseguenza, il comportamento eventualmente contrastante con le direttive indicate, configura una fattispecie di responsabilità che priva il suo autore della normale tutela accordata dall'ordinamento e spoglia dei suoi effetti l'atto sostanzialmente lesivo⁹⁴⁰. È ragionevole ritenere, infatti, che nelle ipotesi da ultimo considerate la funzione di limite di controllo svolta dal principio di buona fede si manifesti tendenzialmente attraverso il "diniego di effetti" rispetto ai comportamenti che risultino scorretti e arbitrari. Ciò significa, quindi, che potrà essere negata la facoltà dell'imprenditore di avvalersi dei suoi poteri di autotutela contrattuale, ovvero potrà essere esclusa l'efficacia degli atti unilaterali che siano esplicitazione delle sue prerogative, qualora tale attività si riveli contraria a buona fede.

Par. 3.3.1: Esercizio dei poteri datoriali ed abuso del diritto.

⁹³⁹ Grassetto, L'interpretazione del negozio giuridico, Padova, 1983; Nanni, La buona fede contrattuale nella giurisprudenza, in *Contratto e impresa*, 1986, 501.

⁹⁴⁰ Buoncristiano, Profili della tutela civile contro i poteri privati, Padova, 1986.

Al fine di prevenire e di sanzionare i comportamenti formalmente legittimi ma, in realtà, sostanzialmente contrari alla buona fede, si è fatto appello sovente al criterio dell'abuso del diritto. La giurisprudenza recente, infatti, attraverso l'applicazione del principio di correttezza, ha rivendicato al proprio penetrante sindacato le fattispecie concrete in cui l'esercizio delle prerogative imprenditoriali si rivela incongruo, arbitrario o intempestivo, in relazione alle circostanze fattuali in cui se ne prevede l'esercizio⁹⁴¹.

Poste tali premesse generali, è opportuno esaminare più attentamente le situazioni passive e le relative responsabilità poste a carico dell'imprenditore, in seguito all'applicazione del modulo operativo della buona fede. Come si è detto, con riferimento all'abuso del diritto, gli atti e dei provvedimenti adottati dal datore di lavoro è necessario siano non solo formalmente validi e legittimi, ma altresì ispirati a principi di coerenza, di razionalità e di non contraddizione. In particolare volendo descrivere quella che è condotta esigibile da parte del "buon imprenditore", occorre far riferimento a due profili essenziali: dovere di comportarsi in modo da non creare falsi affidamenti ed obbligo di non cedere o frustrare gli affidamenti già determinati nella controparte. In tal senso va considerata, in primo luogo, l'ipotesi in cui l'eventuale tolleranza o acquiescenza del datore di lavoro⁹⁴², rispetto all'inadempimento inesatto o poco puntuale della prestazione, faccia sorgere nella controparte un legittimo affidamento in ordine alla prosecuzione dell'attività lavorativa nei termini in cui è stata precedentemente prestata e tollerata, nella convinzione che la stessa sia comunque funzionale a consentire il soddisfo dell'interesse sostanziale del creditore. La valutazione secondo buona fede del contegno adottato dall'imprenditore preclude a quest'ultimo la possibilità di reagire tramite l'esercizio del potere di risoluzione del contratto, né gli è concesso di rifiutare l'adempimento, invocando l'applicazione dei principi generali che tutelano il suo interesse ad una corretta esecuzione contrattuale. Non vi è dubbio, infatti, che la tolleranza in precedenza prestata ha un preciso significato sociale e giuridico e, quindi, laddove il datore di lavoro abbia intenzione di mutare la propria condotta, si impone a costui l'onere di avvertire tempestivamente la controparte⁹⁴³. La medesima soluzione, inoltre, sembra essere applicabile con riguardo ad un'altra ipotesi emblematica ed affine a quest'ultima che si verifica laddove il datore di lavoro eserciti il potere disciplinare allo scopo di sanzionare determinate infrazioni

⁹⁴¹ Dell'Aquila, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980, 87 ss.

⁹⁴² Patti, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, I, Torino, 1987.

⁹⁴³ Cass. 30 aprile 1979, n. 2507, in *Arch. Civ.*, 1979, 301.

che aveva precedentemente tollerato. Anche questa condotta è valutabile alla stregua delle regole di correttezza e buona fede. In questo caso, infatti, la buona fede si palesa perfettamente adeguata allo scopo realizzando la protezione degli affidamenti legittimi che l'imprenditore abbia eventualmente ingenerato nella controparte, anche senza l'intenzione di nuocere. Nel contempo, il giudizio formulato alla luce di tale clausola, può consentire di rivelare l'eventuale carattere discriminatorio di un atto o di un comportamento apparentemente valido e legittimo.

A tale problematica, infine, si ricollega una ulteriore figura sintomatica delle clausole generali che si sostanzia nel principio di "immediatezza" nell'esercizio dei poteri imprenditoriali. Si ritiene, infatti, che l'eventuale inerzia del datore di lavoro, ovvero l'eccessivo ritardo nella tutela dei propri interessi, siano fattispecie idonee a suscitare nel prestatore una legittima e ragionevole aspettativa in ordine al mancato esercizio del potere. Pertanto, applicando in maniera rigorosa le regole di correttezza e buona fede, dovrebbe ritenersi inammissibile ed inefficace un uso tardivo delle prerogative discrezionali che contraddica, appunto, tale affidamento⁹⁴⁴. Applicazione concreta di tale principio dell'immediatezza la si è ritenuta configurabile in materia di modalità di contestazione dell'addebito disciplinare. Si è ravvisata, infatti, una violazione delle norme di correttezza e buona fede laddove il procedimento disciplinare si protragga eccessivamente per inerzia del datore di lavoro e nel caso in cui sia consapevolmente ritardata la contestazione dell'addebito⁹⁴⁵, poiché tali comportamenti sembrano idonei ad ingenerare legittimi affidamenti nella controparte. Si rileva, infatti, che l'esercizio tardivo del potere disciplinare ben potrebbe impedire al lavoratore una adeguata possibilità di difesa⁹⁴⁶. La tecnica operativa ritenuta, per definizione, conveniente ed omogenea alla funzione svolta dalle clausole generali, si sostanzia nell'imposizione di doveri integrativi o accessori diretti ad arricchire il contenuto dell'obbligazione e del

⁹⁴⁴ Patti, Abuso del diritto, in Dig. Disc. Priv. Sez. Civ., I, Torino, 1987; Cattaneo, Buona fede obiettiva ed abuso del diritto, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1971; Nanni, La buona fede contrattuale nella giurisprudenza, in Contratto e impresa, 1986.

⁹⁴⁵ Cass., 17 aprile 1987, n. 3845, in Giust. Civ. Mass., 1987, 1094, secondo cui la contestazione degli addebiti disciplinari "deve aver luogo in immediata connessione temporale con il fatto, interpretandosi, peraltro, il requisito dell'immediatezza con estrema elasticità.....ma in maniera da evitare che il datore di lavoro possa ritardare la contestazione, in modo da rendere difficile, se non addirittura impossibile, la difesa del dipendente".

⁹⁴⁶ S'intende che il requisito dell'immediatezza deve essere valutato in modo relativo, ossia considerando il tempo necessario per accertare e soppesare la rilevanza dell'infrazione. Cass., 19 febbraio 1988, n. 1762, in Riv. It. Dir. Lav., 1988, II, 798, con nota di Poso, la quale precisa che il principio di immediatezza della contestazione disciplinare "è compatibile con l'intervallo di tempo necessario al datore di lavoro per collegare tra di loro le diverse inadempienze riscontrate"; Cass., 7 dicembre 1982, n. 6691, in Giust. Civ., 1983, I, 398, con nota di Pera, Immediatezza della contestazione al lavoratore di un comportamento che costituisce infrazione disciplinare solo se si protrae nel tempo.

contratto⁹⁴⁷. L'uso corretto del potere alla stregua di tali principi comporta, anzitutto, l'obbligo di motivare i provvedimenti unilaterali giacché il dovere di giustificazione delle prerogative imprenditoriali risponde all'esigenza di trasparenza delle decisioni adottate al fine di consentire ai lavoratori di operare un controllo sull'osservanza delle norme legali e pattizie. L'obbligo di comunicazione dei motivi assume una portata generale ed espansiva rivelandosi idoneo a svolgere un ruolo non trascurabile nel sindacato giudiziale sui comportamenti e sulle scelte del datore di lavoro. Tuttavia potrebbe essere messa in discussione l'ammissibilità di tale opzione interpretativa riflettendo sulla dubbia sostenibilità di una tesi che ravvisi l'esistenza di un dovere di motivazione rispetto ad atti che siano esplicazione di autonomia negoziale e comportino l'esercizio di un potere privato.

Volendo analizzare il fondamento del dovere di giustificazione degli atti imprenditoriali, esso potrebbe identificarsi in una elementare esigenza di certezza giuridica, diretta a tutelare l'interesse del lavoratore alla conoscenza dei provvedimenti che lo riguardano, essendo destinati a produrre effetti sulla sua sfera giuridica soggettiva. Sotto tale profilo, la funzione dell'obbligo di motivazione appare omogenea a quella propria e tipica dei cd. doveri di informazione che, secondo la prevalente dottrina, sono diretti a "produrre, a vantaggio di una delle parti, uno stato di conoscenza intorno al circostanze ritenute essenziali al fine di salvaguardare l'interesse della stessa, in relazione al contenuto del contratto⁹⁴⁸". È innegabile, infatti, il significato garantistico che assume la motivazione rispetto a tutti quei casi in cui il lavoratore abbia la necessità di esercitare il diritto di difesa, al fine di assicurarsi la possibilità di contraddire con il datore di lavoro anche prima di un eventuale ricorso al giudice. Il contenuto della motivazione, infatti, permette di individuare e di conoscere le ragioni dei presupposti giustificativi dei provvedimenti dell'imprenditore ma, allo stesso tempo, li definisce in modo preciso ed immutabile, fissando i limiti della stessa materia del contendere. L'obbligo giuridico di giustificare l'esercizio dei poteri imprenditoriali, può essere meglio definito quale dovere di mantenere integre le ragioni della controparte, salvaguardando l'interesse di quest'ultima a conoscere i provvedimenti che la riguardano ed eventualmente a contestarne il giudizio la validità

⁹⁴⁷ Benatti, Osservazioni in tema di doveri di protezione, Studi in onore di B. Biondi, IV, Milano, 1965, 457 ss; Castronovo, Obblighi di protezione e tutela del terzo, in Jus, 1976, 143 ss; Minervini, Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale, in Rass. Dir. Civ., 1987, 924 ss.

⁹⁴⁸ Silvagna, Il diritto di informazione nel rapporto di lavoro, Milano, 1977; Visintini, La reticenza nella formazione dei contratti, Padova, 1972; Giugni, Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro, Napoli, 1963, 153 ss.

e la correttezza. Accentuando il valore riconosciuto a tale profilo processuale, si potrebbe ritenere che il rispetto del dovere di motivazione espliciti effetti soprattutto su questo piano consentendo la precostituzione di una presunzione favorevole al datore di lavoro che abbia omesso di comunicare al soggetto interessato le ragioni giustificatrici dei provvedimenti adottati. Tuttavia limitare l'importanza della motivazione ad un'esigenza tipicamente ed esclusivamente processuale, comporta una svalutazione del particolare ruolo svolto da tale obbligo di protezione⁹⁴⁹. L'inosservanza o la sua violazione, infatti, costituirebbero un mero sintomo o un indizio dell'eventuale "scorrettezza" dell'imprenditore nell'attuazione delle prerogative discrezionali. Tuttavia questa impostazione va assolutamente respinta in quanto non mancano posizioni giurisprudenziali volte a ritenere censurabile il contegno del datore di lavoro che, pur avendo adottato validamente un determinato provvedimento, abbia trascurato di comunicare, con ragionevole tempestività, la motivazione ai lavoratori interessati. È sufficiente il mancato rispetto di tale obbligo per dar luogo ad una reazione dell'ordinamento con conseguente applicazione di una sanzione giuridica proprio alla luce della circostanza che una condotta di tal fatta sia censurabile dal punto di vista della violazione dei principi di correttezza e buona fede⁹⁵⁰.

Quanto al profilo sostanziale, la giurisprudenza ha messo in luce che la comunicazione dei motivi deve essere "adeguata, congrua e corretta in applicazione dei principi di buona fede e correttezza"⁹⁵¹. Tale affermazione, tuttavia, si presta ad una duplice interpretazione. Da un lato si potrebbe reputare sufficiente ed adeguata una motivazione che consenta di conoscere tutti gli elementi fondamentali dell'*iter* logico compiuto dal datore di lavoro nell'adozione dei soli provvedimenti discrezionali. Secondo altra impostazione, invece, potrebbe ritenersi congrua la motivazione che sia capace di soddisfare gli scopi e gli interessi per i quali è stata richiesta. Al di là della impostazione alla quale si intenda aderire, va rilevato, comunque, che la concreta sostanza di tale dovere giuridico non sembra riconducibile a schemi generali definibili a priori, in quanto la motivazione potrà assumere un diverso contenuto, oltre che un grado maggiore o minore di specificazione e di analiticità, in relazione alle finalità peculiari che la caratterizzano e alle specifiche circostanze di fatto. Va precisato,

⁹⁴⁹ Centofanti, Provvedimento disciplinare ed obbligo di audizione del lavoratore, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1986, 119 ss.; Cattaneo, Buona fede obiettiva ed abuso del diritto, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1971, 618 ss.

⁹⁵⁰ Cass. 25 febbraio 1988, n. 2015, in Riv. It. Dir. Lav., 1988, II, 956 ss. con nota di Tullini, Correttezza contrattuale e obbligo di motivazione.

⁹⁵¹ Cass., 17 marzo 1982, n. 1753, in Giust. Civ. Mass., 1982, 633.

infine, che il prestatore di lavoro vanta una pretesa puntuale all'esatta osservanza di tale regola di buona fede, sicché pare lecito concludere che la motivazione dovrà risultare, in ogni caso, adeguata al soddisfacimento del suo interesse operando in riferimento ad ogni profilo del potere esercitato dall'imprenditore. Ciò è stato affermato, ad esempio, con riguardo all'ipotesi del licenziamento disciplinare ritenendosi che nel caso in cui il lavoratore adduca delle giustificazioni specifiche, la sanzione non possa essere comminata "sulla base di un generico mancato accoglimento delle stesse, in quanto risulterebbe violato l'obbligo di motivazione"⁹⁵². Nella tematica relativa ai concorsi privati, la giurisprudenza ha definito con maggior chiarezza l'aspetto sostanziale del dovere di giustificazione del potere di scelta del datore, connesso ai differenti meccanismi di selezione dei lavoratori. Si è sottolineato che se "in un sistema comparativo di promozione si richiede una motivazione giustificativa della singola posizione e della graduatoria dei candidati, in un sistema di pura scelta è sufficiente la dimostrazione dell'osservanza dei criteri prestabiliti, senza alcuna comparazione tra i vari soggetti"⁹⁵³. L'imprenditore, tuttavia, è tenuto ad esprimere e a palesare gli elementi presi in considerazione ai fini del giudizio e della scelta. In particolare egli ha il dovere di motivare l'assegnazione del punteggio discrezionale per quegli elementi di giudizio che non rispondano a criteri oggettivamente prefissati. Sulla base di tale complessa ed elaborata motivazione si esplica il sindacato del giudice, teso a verificare la correttezza della valutazione comparativa e della scelta compiuta dal datore. L'esigenza di ricostruire una valida giustificazione delle scelte imprenditoriali, individuando criteri oggettivi provvisti di una generale applicabilità, ha indotto una parte della dottrina a prospettare l'applicazione di una regola di "ragionevolezza" che appare desumibile, quale doveroso comportamento tipico, dal canone sociale della buona fede⁹⁵⁴. Si reputa, infatti, che essa possa fattivamente contribuire alla elaborazione di possibili *standards* o direttive vincolanti per il datore di lavoro nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali. In particolare tale criterio pare destinato a valutare "l'equilibrio, proporzionalità, congruità, pertinenza, idoneità della

⁹⁵² Pret. Rho, 4 gennaio 1988, in Lav. 80, 1988, 495; Pret. Torino, 7 gennaio 1984, in Foro It., 1984, I, 865; Pret. Milano, 25 febbraio 1983, in Rep. Foro It. v. Lavoro (rapporto), n. 2035.

⁹⁵³ Cass. 10 febbraio 1988, n. 1431, in Giust. Civ. Mass., 1988, 344 ss, secondo cui "l'obbligo della motivazione dei relativi provvedimenti giustificativi della posizione e della graduatoria dei candidati è riconducibile, nell'ipotesi di promozione a scelta, alla sola dimostrazione dell'osservanza dei criteri prestabiliti".

⁹⁵⁴ Buoncristiano, Profili della tutela civile contro i poteri privati, Padova, 1986; Cass. 6 dicembre 1985, n. 6158, in Lav. Prev. Oggi, 1986, 117 ss.

soluzione prescelta rispetto alla logica delle cose⁹⁵⁵". Si definisce, in tal modo, un concetto elastico a contenuto plasmabile e parzialmente coincidente con le clausole generali, pur se, a differenza di queste ultime, è indirizzato ad operare al di fuori di ogni giudizio etico. Ciò significa, in pratica, che non si può ritenere "ragionevole" un comportamento che non sia coerente con la morale individuale e con l'ordine sociale, ma "non sempre è stato il contrario"⁹⁵⁶". Nell'ipotesi in cui si profili una situazione di conflitto fra interessi individuali ed esigenze provviste di rilevanza sociale, la ragionevolezza si rivelerebbe l'unico modello di comportamento valido ed accettabile, "proprio perché a misura d'uomo"⁹⁵⁷". Tuttavia si ritiene che le clausole di correttezza e buona fede siano idonee a fornire il titolo o la causa che vada a legittimare l'accoglimento di un siffatto criterio nel sistema positivo. Alla luce di tali precisazioni, ambizioso si palesa l'obiettivo che consiste nell'elaborazione e nella attuazione di un criterio interpretativo che rappresenti il delicato punto di equilibrio fra le opposte pretese delle parti del rapporto di lavoro, individuando il comportamento concretamente esigibile dall'imprenditore.

Volendo, a questo punto, approfondire l'esame del valore assunto da tale criterio, è necessario indagare sul suo significato cercando di emanciparlo dai margini di indeterminatezza e di genericità che lo contraddistinguono. Secondo una prima ipotesi ricostruttiva, il principio in esame potrebbe essere utilizzato a fini ermeneutici in quanto sarebbe in grado di suggerire o giustificare soluzioni razionali ed equilibrate rispetto alle circostanze concrete, ispirandosi sostanzialmente all'idea di equità⁹⁵⁸". Va respinta, tuttavia, quell'impostazione ermeneutica che tende a dare significato ad enunciati e regole giuridiche sulla base del calcolo costo-benefici. Opinando in tal senso, la "scelta ragionevole" sarebbe quella che, alla luce di siffatta analisi, appaia ottimale e preferibile. In tale prospettiva il ricorso alla ragionevolezza, attraverso la quale dovrebbe esprimersi il principio di buona fede, rischia di condurre all'analisi e valutazione del comportamento imprenditoriale sulla base delle scienze aziendalistiche ed economiche. Aderendo a questa impostazione, infatti, si tenderebbe non ad

⁹⁵⁵ Lavagna, Ragionevolezza e legittimità costituzionale, in Boll. Scuola perfez. Univ. Trieste, 1969, 6 ss, secondo cui il principio di ragionevolezza si articola in giudizi di corrispondenza, finalità, pertinenza e congruità; Fasso, La legge della ragione, in Riv. Dir. Civ., 1964, I, 126 ss; Fasso, Società, legge, ragione, Bologna, 1974, 103 ss.

⁹⁵⁶ Criscuoli, Buona fede e ragionevolezza, in Riv. Dir. Civ., 1984, I, 720 ss.

⁹⁵⁷ Sandulli, il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, in Dir. Soc., 1965, 561 ss.; Volpe, L'ingiustizia delle leggi, Milano, 1977, 264 ss; Agrò, Contributo allo studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio di uguaglianza, in Giur. Cost., 1967, 900 ss.

individuare tecniche di protezione sociale dei lavoratori, idonee a salvaguardare gli interessi dei lavoratori, quanto, piuttosto, ad aderire a massime di esperienza relative ad una razionale ed efficace gestione aziendale. In pratica, il criterio di ragionevolezza non è privo di significato o di rilievo pratico nell'ottica del controllo sull'esercizio dei poteri privati, ma qualora si intenda applicarlo alla particolare fase della scelta dei lavoratori, occorre avvertire che esso reca impresso il rischio di privilegiare le ragioni dell'efficienza economica e le esigenze organizzative dell'impresa. A questo punto, accertata la scarsa attitudine del principio di ragionevolezza ad introdurre limiti al potere di scelta del datore di lavoro, occorre volgere l'attenzione ad un ulteriore criterio valutativo, rispetto al quale si è ravvisata l'esigenza di un'intima correlazione con il contenuto delle norme di correttezza e di buona fede. In particolare, nella tematica dei concorsi privati volti assunzione o alla promozione, un indirizzo giurisprudenziale ha prospettato l'applicazione di una regola generale di "imparzialità" nell'esercizio delle prerogative imprenditoriali. Le clausole generali, infatti, potrebbero legittimamente tradursi nel dovere di adottare un comportamento imparziale nello svolgimento dei giudizi comparativi e nella scelta dei lavoratori. Tale conclusione, si aggiunge, può essere avallata dal collegamento con l'art. 97 Cost. che, nonostante sia riferito esclusivamente all'attività della pubblica amministrazione, si ritiene possa essere utilmente richiamato a confermare l'esistenza di un principio di imparzialità immanente nell'interna realtà giuridica. Come è agevole intuire, la costruzione delineata ha suscitato critiche ed obiezioni ad opera degli interpreti. Si è ribadito, in particolare, l'impossibilità di integrare, nel sistema privatistico, tecniche interpretative che rivelino una contaminazione con le categorie pubblicistiche e si nutrano della logica funzionale o finalistica che sostanzia e permea di sé l'attività della pubblica amministrazione⁹⁵⁹. Si è osservato, inoltre, che il canone generale di imparzialità costituisce, a ben riflettere, un vero aspetto o una specificazione del principio di uguaglianza e di parità di trattamento la cui applicazione risulta ancora incerta e controversa nell'ambito dei rapporti privati. Tuttavia volendo individuare uno spazio applicativo per il criterio in oggetto, è plausibile ritenere che lo stesso sia stato

⁹⁵⁸ Tarello, Gli argomenti retorici dei giuristi nell'interpretazione del diritto, in Riv. Dir. Civ., 1977, I, 703 ss.; Roselli, Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali, Napoli, 1983, 141 ss.

⁹⁵⁹ Santoro Passarelli, I concorsi privati: problemi di qualificazione e rimedi, in Problemi giuridici del lavoro bancario, a cura di Mazzotta, Milano, 1987; Ferri, L'Autonomia privata, Milano, 1959, il quale osserva che il "dovere di imparzialità che la Costituzione pone a carico della pubblica amministrazione, non è che una specificazione di quel generale dovere di perseguire l'interesse pubblico che deve indirizzare ogni attività".

utilizzato al solo fine di imporre all'imprenditore l'obbligo di procedere ad una valutazione comparativa fra i lavoratori, utilizzando criteri di scelta oggettivi e controllabili in tutte le ipotesi in cui si ravvisi una situazione conflittuale fra più posizioni soggettive. Ci si troverebbe, infatti, in presenza di una scelta non uniformata a tale canone in tutti quei casi in cui il datore di lavoro abbia attuato le sue decisioni organizzative e adottato provvedimenti collettivi senza aver compiuto il necessario raffronto fra i prestatori di lavoro, ovvero avendo trascurato i risultati del giudizio valutativo.

Par. 3.4: Clausole generali e legge n. 183/2010: mera ricognizione della realtà o limitazione della discrezionalità giudiziale?

Nell'articolato normativo della legge 4 novembre 2010 n. 183, si rinviene una disciplina che ha come scopo principale quello di limitare il sindacato giudiziale sulle "clausole generali"⁹⁶⁰. Secondo il primo comma dell'articolo 30 si rinverrebbero clausole generali tra "le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso". Il vaglio dell'interprete su tali clausole è limitato "all'accertamento del presupposto di legittimità". Viene contestualmente previsto che il controllo giudiziale "non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro"⁹⁶¹. Ad una prima lettura, è evidente come il legislatore per la prima volta nell'ambito del diritto del lavoro, abbia fatto riferimento alla controversa nozione dottrinale di clausola generale; e come, ancor più significativamente, abbia per la prima volta inteso intervenire al fine di porre limiti al sindacato giudiziale. Per capire appieno il significato della norma, occorre risolvere preliminarmente due questioni domandandosi in primo luogo cosa siano le "clausole generali" e quale sia il loro ambito di applicazione, e, in secondo luogo, individuare cosa debba intendersi per "sindacato di merito" in modo da valutare se vi siano delle

⁹⁶⁰ Ferraro, Poteri imprenditoriali e clausole generali, *Dir. Lav. Merc.*, 2009, I, 37 ss; Tiraboschi, Giustizia del lavoro: la riforma del "Collegato", in *Guida al Lavoro*, 2010, 8ss.; Pellacani, Il cosiddetto "Collegato Lavoro" e la disciplina dei licenziamenti, in *Riv. Ital. Dir. Lav.*, 2010, I, 219 ss.

⁹⁶¹ Vallebona, Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010, in *Mass. Giur. Lavoro*, 2010, 4, 211.

restrizioni al sindacato del giudice. Preliminare al problema appare, però, riprendere alcune osservazioni svolte in tema di clausole generali⁹⁶². Le clausole generali non possono essere considerate alla stregua di norme ma sono contenute all'interno delle stesse in modo da delinearne la struttura in modo tale da renderle idonee a svolgere la funzione di “valvola di sicurezza” del sistema giuridico. Caratteristica pregnante della clausola generale è, infatti, quella di essere incompleta e di demandare all'interprete il proprio completamento rifacendosi a dati esterni all'ordinamento, standard sociali o regole sociali di condotta. Le clausole generali sono norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione della norma concreta di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno *standard* sociale. Tali clausole generali vanno tenute distinte dalle norme generali. Queste ultime sono “norme complete costituite da una fattispecie e da un comando, ma la singola fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva”⁹⁶³. Anche tali norme generali, tuttavia, lasciano al giudice un certo margine di discrezionalità, e ammettono un certo spazio di oscillazione della decisione; ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità integrativa o produttiva di norme”. Le clausole generali vanno tenute distinte anche dall'equità⁹⁶⁴: in quest'ultima la regola è creata dal giudice specificamente per la soluzione del caso concreto, mentre nelle clausole generali il giudice la desume dal contesto sociale di riferimento⁹⁶⁵. Quindi le clausole generali sono strutturalmente incomplete e demandano al giudice un'attività integrativa in base a specifici standard di condotta⁹⁶⁶. Ciò accade per una precisa scelta del legislatore che ha messo in conto il rischio di inficiare la certezza del diritto. Laddove si vada ad intervenire sull'applicazione giudiziale delle clausole generali, ciò comporterà un'incisione profonda sulla latitudine delle regole in esse contenute. Tuttavia questo non rappresenta l'esito dell'articolo 30 l. n. 183/2010: in esso l'espressione “clausola generale” è utilizzata in senso ampio, come sinonimo di norma vaga, per indicare, cioè, tutte le disposizioni caratterizzate da elevata genericità. Ciò lo si desume dal fatto che la norma in questione fa riferimento ad una serie di disposizioni che certamente non rappresentano clausole generali in senso proprio in quanto non implicano un'attività integratrice in virtù di regole sociali, ma una mera

⁹⁶² Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 26 ss.

⁹⁶³ Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.

⁹⁶⁴ Varano, *Equità, I) Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, 1989, 9.

⁹⁶⁶ Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, *Riv. Crit. Dir. Civ.*, 1987, 728

interpretazione del dettato normativo. Ma l'aspetto ancor più importante da sottolineare è che neppure il giustificato motivo oggettivo, cioè le "ragioni tecniche, organizzative, produttive" cui la norma fa espresso riferimento per delimitare il sindacato del giudice, costituisce una clausola generale⁹⁶⁷. Ciò perché giammai i giudici si spingono a verificare se l'atto posto in essere dal datore di lavoro risponda a *standard* di comportamento generalmente accettati dalla coscienza sociale. In particolare, esaminando la giurisprudenza in tema di giustificato motivo oggettivo⁹⁶⁸, emerge che l'operazione interpretativa compiuta dai giudici si articola attraverso tre distinte fasi. Nella totalità dei casi va verificato innanzitutto che le esigenze aziendali addotte dal datore siano effettive e non meramente dichiarate; in secondo luogo va verificato che esiste un nesso causale tra la modifica organizzativa e mansioni del lavoratore, nel senso che deve risultare che il provvedimento datoriale colpisce quel lavoratore e non altri perché l'operazione aziendale rende inutile proprio la prestazione di quel lavoratore; infine va assolto il cd. obbligo di *repechage* nel senso che andrà dimostrato che il lavoratore non può essere utilmente impiegato in altra posizione aziendale relativamente alla quale sarebbe richiesta analoga professionalità. In sostanza, attraverso queste operazioni, non si vuole far altro che verificare la conformità della causa del singolo e concreto atto di esercizio di licenziamento alla causa in astratto protetta dall'ordinamento. Il primo passaggio, infatti, vuole appurare se vi sia realmente l'esigenza aziendale addotta dal datore di lavoro; successivamente si tende a verificare se l'interesse organizzativo venga perseguito in concreto dal datore di lavoro attraverso l'esercizio del suo potere secondo le modalità utilizzate; il terzo passaggio mira ad appurare se vi sia altra strada per soddisfare comunque l'interesse del datore di lavoro con il minor aggravio possibile per la posizione del lavoratore. Se è possibile accertare che nell'ambito della compagine aziendale la professionalità del lavoratore sia ancora utilizzabile perché sono presenti o disponibili posizioni che richiedono l'esplicazione di identiche ed analoghe mansioni, è evidente che l'interesse organizzativo del datore potrà trovare egualmente esplicazione senza che si producano effetti negativi nella sfera del lavoratore. Se le osservazioni compiute sono giuste, allora è evidente che il cd. obbligo di *repechage* costituisce un passaggio ineliminabile teso a valutare la sussistenza della causa in concreto dell'atto di recesso datoriale. Pertanto non vi possono essere dubbi sul fatto che tale operazione rientri a pieno titolo in quel controllo di legittimità pacificamente ammesso in generale in tema

⁹⁶⁷ Carinci, Il giustificato motivo oggettivo, Padova, 2004

di giustificato motivo oggettivo che si rinviene nell'articolo 30 comma 1, legge n. 183/2010⁹⁶⁹.

Il vero limite che quest'ultima norma pone è volto ad evitare che il giudice estenda il suo sindacato di merito “sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro e al committente”. In realtà tale norma pare non aggiungere nulla di innovativo rispetto all'orientamento giurisprudenziale ormai consolidatosi. E' molto comune, infatti, che i giudici, nel verificare l'effettiva sussistenza del giustificato motivo oggettivo, propendano per l'insindacabilità nel merito delle decisioni del datore di lavoro, lasciandogli un'assoluta libertà in ordine alle modifiche che intende apportare alla sua organizzazione economica⁹⁷⁰ (in piena conformità con il principio di libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 41 Cost.).

Si dice, infatti, che una volta che si sia accertato che l'atto posto in essere dal datore di lavoro abbia una funzione perfettamente conforme a quanto previsto dall'ordinamento, *rectius* alla funzione a cui dovrebbe essere orientato l'esercizio di quel potere da parte del datore di lavoro, null'altro l'interprete potrebbe fare in quanto, se si comportasse diversamente, il suo operato potrebbe rischiare di porsi in contrasto con la Costituzione⁹⁷¹.

In sostanza, pertanto, può dirsi che la norma non persegue altro scopo se non quello di ricognizione dell'esistente. Va precisato, tuttavia, che nulla impedirebbe al legislatore, in un'ottica *de iure condendo*, di inserire la possibilità per l'interprete di compiere delle valutazioni sull'operato del datore di lavoro secondo un parametro di buona conduzione dell'impresa, senza ovviamente stravolgere il nucleo essenziale di riconoscimento della libertà di impresa.

Par. 3.5: Un esempio di clausola generale nel diritto del lavoro: il giustificato motivo di licenziamento.

⁹⁶⁸ Cass., 23 gennaio 2003, n. 1008, 2003; Cass., 22 giugno 2000, n. 8515.

⁹⁶⁹ Ichino, Il contratto di lavoro, III, Cicu- Messineo (diretto da), Trattato di diritto civile e commerciale, Milano, 2003, 457

⁹⁷⁰ Galgano, Commento all'articolo 41, in Branca (a cura di), Commentario alla Costituzione, Bologna-Roma, 1982, 40ss.

⁹⁷¹ Morbidelli, Iniziativa economica privata, in Enc. Giur. Treccani, 1989, vol. XVII, 3.

La legge n. 604/1966 ha introdotto la regola per cui il licenziamento deve essere sorretto da un motivo giustificato (articolo 1). Tale regola, inoltre, trova conferma anche in fonti sovranazionali quali la Convenzione O.I.L. del 22 giugno 1982 n.158 e l'articolo 30 della Carta dei Diritti Fondamentali proclamata dal Parlamento e dalla Commissione il 7 dicembre 2000⁹⁷².

In particolare l'articolo 3 della legge n. 604/1966 definisce il giustificato motivo di licenziamento alternativamente come “un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali” (cd. giustificato motivo soggettivo) e come una o più “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”: formule, entrambe, estremamente generiche, corrispondenti alla tecnica normativa della “clausola generale”, il cui contenuto precettivo pratico è per sua natura fortemente influenzato dall'orientamento e dalla sensibilità del giudice e dalle circostanze e, quindi, suscettibile anche di mutare nel tempo⁹⁷³.

E' proprio questa la ragione per la quale tutte le osservazioni compiute nei capitoli precedenti sulle clausole generali risultano di grande utilità soprattutto con riguardo al giustificato motivo oggettivo che, alla luce delle recenti riforme, appare l'istituto che necessita una disamina più ampia.

Mentre il giustificato motivo soggettivo risponde all'interesse di natura disciplinare che fa capo al datore di lavoro, cioè quello di dissuadere i lavoratori dal porre in essere condotte che si pongano in contrasto con i doveri dedotti dal contratto, quello oggettivo si basa su una valutazione prognostica e comparativa in ordine alla perdita attesa. In altre parole in questi casi il datore di lavoro dovrà comparare le utilità che gli derivano dalla prosecuzione del rapporto di lavoro con i costi che egli deve sostenere per mantenere quel posto di lavoro. Si tratta, quindi, di una valutazione a carattere spiccatamente economico la quale, tuttavia, non può essere compiuta con assoluta libertà. Ciò significa che non ogni perdita attesa potrà giustificare l'irrogazione del

⁹⁷² Per una disamina in dottrina si veda: Biagi, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Riv. It. Dir. Lav., 2001, III, 3 e segg.

⁹⁷³ Gragnoli, La riduzione di personale tra licenziamenti individuali e collettivi, in Galgano (a cura di) Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Padova, 2005. L'A. precisa l'ambito in cui può esplicarsi il giustificato motivo oggettivo precisando che “non deve, peraltro, necessariamente investire la parte materiale dell'organizzazione (determinare, ad es., un licenziamento tecnologico), ben potendo riguardare la sola componente personale della stessa con la soppressione, la redistribuzione (rispettivamente, tra i lavoratori che rimangono in azienda oppure direttamente in capo al datore di lavoro) o l'esternalizzazione a terzi (contratti d'opera, anche in forma di collaborazione continuativa e coordinata, o di appalto) delle attività svolte dal dipendente licenziato. Possiamo, pertanto, fin d'ora escludere che la disposizione sulle ragioni obiettive rappresenti una sorta di norma procedurale che rinvia al giudice il contemperamento degli interessi contrapposti secondo un modello sostanzialmente equitativo”.

licenziamento per giustificato motivo oggettivo⁹⁷⁴. Se così fosse, infatti, la norma citata risulterebbe priva di ogni effetto limitativo. In linea di fatto la scelta del datore di lavoro di recedere dal rapporto è sempre motivata dalla necessità di evitare una perdita apprezzabile in qualche misura sul piano economico e che ci si attende dalla prosecuzione del rapporto. I problemi che nascono in riferimento a tale tipo di causale giustificativa, tuttavia, sono prevalentemente incentrati sul fatto che la stessa è intimamente connessa a scelte imprenditoriali in parte insindacabili in base a quanto previsto dalla Carta Costituzionale che all'articolo 41 riconosce la libertà di iniziativa economica⁹⁷⁵. Per conservare un effetto limitativo della facoltà di recesso, dunque, la norma deve essere necessariamente letta nel senso che il lavoratore può essere licenziato solo quando dalla prosecuzione del rapporto derivi complessivamente per l'impresa, in termini di valore atteso, una perdita superiore ad una determinata soglia. Ciò significa che, entro un determinato limite, l'impresa deve farsi carico della prosecuzione del rapporto di lavoro anche in perdita⁹⁷⁶.

A questo punto due sono i problemi che occorre esaminare: l'individuazione della perdita futura che, in un momento dato, ci si può attendere dalla prosecuzione del rapporto e la valutazione se essa superi o no la perdita massima di cui all'impresa può ragionevolmente imporsi il carico⁹⁷⁷.

⁹⁷⁴ Ichino, Le questioni aperte in materia di licenziamento per motivo oggettivo, intervento al *convegno dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale – Venezia, 25 maggio 2007*

⁹⁷⁵ Carinci, Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) quale limite a poteri e libertà del datore di lavoro, Cedam, Padova, 2005. L'A. sostiene che il giudice civile non può sindacare il merito (e cioè il motivo imprenditoriale) della modifica organizzativa posta a base del licenziamento, per il semplice dato che quest'ultimo è riconducibile all'autonomia privata del datore di lavoro. L'adozione dell'atto di recesso – a differenza di quanto avviene quando l'atto è connesso al potere amministrativo discrezionale – non risulta vincolata al miglior conseguimento dell'interesse pubblico o, comunque, al raggiungimento di un risultato prefissato dall'ordinamento. Quest'ultimo, essendo ispirato all'economia sociale del mercato, non adotta, insomma, in analogia ai principi indicati dall'art. 97 Cost. per il settore pubblico, il criterio del «buon andamento dell'impresa».

⁹⁷⁶ Ichino, Il contratto di lavoro, Vol. III, Milano, 2003; contra Carinci, Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) quale limite a poteri e libertà del datore di lavoro, Cedam, Padova, 2005.

⁹⁷⁷ Contro la valutazione in termini di perdita futura attesa: Carinci, Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) quale limite a poteri e libertà del datore di lavoro, Cedam, Padova, 2005. L'A. sottolinea come qualsiasi motivo genuino a carattere economico-organizzativo giustificerebbe il licenziamento. In giurisprudenza si veda: Cass. 10 maggio 2007 n. 10672 nella quale leggiamo che il motivo economico idoneo a giustificare il licenziamento può consistere anche in una mera riduzione dei costi, in funzione di un aumento dei profitti aziendali: «le ragioni inerenti all'attività produttiva, possono, dunque, derivare, oltre che da esigenza di mercato, anche da riorganizzazioni o ristrutturazioni, quali ne siano le finalità, e quindi comprese quelle dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti».

Quanto al primo problema, è dato individuare un orientamento giurisprudenziale⁹⁷⁸ in base al quale si configurerebbe un giustificato motivo oggettivo di licenziamento nell'esigenza di ridurre una perdita di bilancio che si registri nell'azienda o in un ramo di essa, ma non nell'esigenza di eliminare la perdita inerente al singolo rapporto di lavoro. Tuttavia questa affermazione risulta difficilmente condivisibile in quanto i due elementi considerati non risultano avvinti da un legame inevitabile. Ciò in quanto l'azienda o un ramo di essa potrebbe aver subito una perdita di bilancio senza che ne consegua un apprezzabile interesse a risolvere un determinato rapporto se non quando dallo stesso ci sia attenda una perdita. Ed un bilancio in passivo non porta inevitabilmente alla conclusione che la continuazione di quel rapporto di lavoro comporterà una perdita.

In numerose altre sentenze⁹⁷⁹ compare l'affermazione secondo la quale il licenziamento sarebbe giustificato soltanto dall'intendimento di evitare una perdita ma non da quello di conseguire un maggior profitto. In realtà la valutazione in ordine all'entità della perdita attesa che può gravare sull'imprenditore richiede la previa comprensione della distinzione tra costo-opportunità e costo contabile. La retribuzione pagata al lavoratore è un costo-contabile, in quanto figura come tale nella contabilità aziendale; se però il mantenere il lavoratore al suo posto impedisce di collocare a quel posto un lavoratore più produttivo o di utilizzare una macchina che consentirebbe di guadagnare di più, questo maggior guadagno perduto costituisce un costo-opportunità e cioè un costo che non figura nei libri contabili, ma non per questo è meno rilevante nella vita dell'azienda. La sopravvivenza dell'impresa in un mercato concorrenziale dipende proprio dalla sua capacità di individuare costantemente i costi-opportunità e perseguire le opzioni che ne riducono al minimo l'entità. La nozione di costo-opportunità assume una importanza centrale nell'esame di un'altra impostazione giurisprudenziale in tema di giustificato motivo oggettivo e cioè quella secondo la quale il licenziamento sarebbe ammissibile quando consegua alla soppressione di un posto di lavoro, ma non quando consegua alla sostituzione di un lavoratore con un altro⁹⁸⁰. La regola così enunciata porta con sé dei rilevanti rischi in quanto si arriverebbe a considerare senza dubbio giustificato il licenziamento motivato dalla sostituzione di un lavoratore con una macchina e a condannare, invece, lo stesso

⁹⁷⁸ Cass., 30 maggio 2001, n.7376, in Nuova Giurispr. Lav.2001, pag. 264 e segg.

⁹⁷⁹ Cass. 24 giugno 1994 n. 6067, Nuova Giur. Lav., 1995, pag 87; Cass. 18 novembre 1998 n. 11646, in Dir. e Lav., 2000, II, pag. 31.

⁹⁸⁰ Cass. 29 marzo 1999, n. 3030, in Nuova Giurispr. Lav., 1999, pag. 434; Cass. 17 marzo 2001, n. 3899, Lav. Giurispr.2001, pag. 786.

licenziamento se motivato con la sostituzione del lavoratore con un altro lavoratore subordinato. In realtà, a ben vedersi, in entrambi i casi la scelta del datore di lavoro è legata all'interesse ad eliminare un costo-opportunità. Questo non significa, tuttavia, che il licenziamento debba considerarsi legittimo in entrambi i casi, né che in entrambi i casi esso debba considerarsi sempre illegittimo, ma soltanto che il criterio non può essere costituito dalla distinzione tra soppressione del posto e sostituzione del lavoratore. In tutti i casi, pertanto, bisogna eliminare ogni forma di automatismo e ragionare sull'entità del vantaggio che l'impresa trae dall'operazione⁹⁸¹. Il giudice, di solito, basa il proprio ragionamento proprio sul costo-opportunità risparmiato dall'impresa con il licenziamento: se quel costo supera una certa soglia ritenuta dal giudice ragionevole il licenziamento è giustificato, altrimenti non lo sarà. Anche nel caso in cui l'impresa sopprima il posto di lavoro, occorre tener presente che non è automatica la conclusione che il licenziamento sarà per forza legittimo. E' ben possibile, infatti, che la scelta sia motivata dalla necessità di evitare una perdita minima e quest'ultima non sarebbe sufficiente a giustificare la risoluzione del rapporto di lavoro.

Tuttavia occorre precisare che non è sufficiente che il datore di lavoro adduca la sussistenza delle ragioni produttive di cui il giudice è chiamato a verificare l'effettività nei termini indicati, ma occorre, altresì che sussista un nesso di causalità tra le ragioni addotte e la scelta di licenziare quel determinato lavoratore. Il licenziamento, quindi, deve dimostrare coerenza e razionalità rispetto alle ragioni addotte in quanto, laddove mancasse qualsiasi legame, si potrebbe invocare l'arbitrarietà della scelta di recedere dal rapporto. Due sono gli interessi che devono essere necessariamente contemperati: da un lato quello del datore che esercita l'iniziativa economica e, dall'altro, quello del lavoratore per il quale il licenziamento, data la radicalità delle conseguenze che comporta, deve porsi come *extrema ratio*.

Proprio queste considerazioni svolte consentono di capire come mai la giurisprudenza afferma che neppure la soppressione del posto di lavoro basterebbe per giustificare il licenziamento, dovendo il datore di lavoro dimostrare altresì di non poter riutilizzare il

⁹⁸¹ Nogler, La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i « Principi » Costituzionali, intervento al *convegno dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale – Venezia, 25 maggio 2007*. L' A. consentirebbe qualsiasi licenziamento sorretto da un "veritiero" motivo economico, da una "genuina" scelta organizzativa dell'imprenditore. Scelta che, peraltro, sarebbe insindacabile quanto alla sua "bontà gestionale" in quanto sarebbe precluso al giudice controllare se essa sia corretta o errata sul piano economico-organizzativo, fondata su previsioni fondate o infondate, dovendo egli controllare soltanto che essa sia compiuta in buona fede e che non nasconda intenti discriminatori o comunque illeciti.

lavoratore in altra posizione, anche di contenuto professionale diverso rispetto alla precedente⁹⁸². Si tratta di una prova molto complessa in quanto la stessa dovrebbe riguardare tutti i comparti dell'azienda. Ecco perché si è affermato che sia sufficiente ricorrere anche ad una prova presuntiva che tenga conto della situazione dell'organico aziendale per come si presenta nella realtà, indipendentemente da eventuali cambiamenti organizzativi finalizzati ad incrementare le possibilità occupazionali.

Un'altra osservazione interessante da compiere riguarda i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Sicuramente il datore di lavoro deve comportarsi in modo conforme al criterio di buona fede optando per un criterio di scelta ragionevole che tenga conto dei lavoratori svolgenti mansioni uguali o simili. Il datore di lavoro, quindi, dovrà giustificare non soltanto la scelta di licenziare un lavoratore svolgente un determinato tipo di mansioni, ma anche il fatto che tra più lavoratori fra loro fungibili in tale posizione la scelta cada su di uno piuttosto che su di un altro, in considerazione del pregiudizio diverso che la perdita del posto può causare all'uno rispetto all'altro soprattutto a causa dell'età e dei carichi di famiglia. Il problema maggiore, in questo caso, nasce dal diverso modo in cui può intendersi la fungibilità. Si può ritenere che un lavoratore sia fungibile rispetto ad un altro soltanto quando possa essergli sostituito immediatamente, senza necessità di alcun periodo di formazione, oppure quando la sostituzione richieda un periodo di formazione breve. Potrebbe, inoltre, farsi riferimento alla produttività e ritenere che un lavoratore sia fungibile rispetto ad un altro soltanto quando possa sostituirlo senza alcuna perdita di produttività, oppure quando la perdita di produttività non superi un certo limite. Ancora una volta, nel silenzio della legge, occorre rifarsi alle interpretazioni della giurisprudenza per individuare quale sia il limite delle scelte dell'imprenditore. Secondo un robusto orientamento si ritiene che la fungibilità sussista solo ove la somma dei costi di formazione e dei costi-opportunità non superi un certo limite. Ma quest'ultimo, a ben vedere, non è individuato in base a parametri oggettivi ma semplicemente in base alla personale propensione del giudice ad attribuire maggior peso alle esigenze aziendali o al pregiudizio sofferto dal lavoratore in conseguenza del licenziamento.

A questo punto occorre approfondire un ulteriore aspetto, in precedenza solo accennato, e relativo alla possibilità di sindacare le scelte compiute dal datore di lavoro

⁹⁸² Si veda fra le tante Cass. 19 luglio 1993, n. 6814, in Mass. Giurispr. Lav., 1993, pag. 464; Cass. 4 settembre 1997 n. 8505, in Dir. Lav., 1998, II, pag. 178, con nota di Della Rocca, oneri probatori nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

visto che sembra essere orientamento consolidato quello che vuole l'insindacabilità delle stesse, dovendo il giudice del lavoro limitarsi a controllare che esse siano state effettivamente attuate e che il licenziamento ne costituisca una conseguenza necessaria⁹⁸³. Si è già detto che l'atto di recesso datoriale è comunque legato ad una valutazione prognostica circa una perdita economica apprezzabile conseguente alla prosecuzione del rapporto, e l'intervento del giudice, in applicazione della regola del giustificato motivo oggettivo, non può che appuntarsi su quella valutazione prognostica, consistendo proprio nel controllo della sua idoneità a costituire motivo giustificato di licenziamento. Conciliare il controllo di quella valutazione prognostica con la sempre proclamata insindacabilità delle scelte dell'imprenditore è difficile⁹⁸⁴. Molto spesso, infatti, all'affermazione della insindacabilità delle scelte del datore di lavoro si accompagna, comunque, la necessità da parte di quest'ultimo di fornire la prova circa l'effettività delle stesse e del nesso causale con la scelta espulsiva e, quindi, la libertà datoriale risulterebbe nei fatti fortemente limitata. Il controllo giudiziale che deve essere compiuto in ordine alla legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo inevitabilmente investirà in qualche misura anche le scelte organizzative o di indirizzo produttivo dell'imprenditore. Tuttavia la presenza dell'articolo 41 della Costituzione e cioè l'affermazione del principio della libertà dell'iniziativa economica privata, obbliga l'interprete a non eludere la questione e ad esaminare quale sia il limite entro il quale il giudice può sostituirsi all'imprenditore nelle sue valutazioni e nelle sue scelte. Volendo schematizzare la situazione si potrebbe affermare che i problemi che si pongono al giudice sono di due tipi: innanzitutto accertare che il datore di lavoro non metta in conto anche utilità illecite ed inoltre accertare che egli non dichiari una perdita maggiore di quella che effettivamente prevede solo per sottrarsi all'obbligo che la legge gli impone di sopportare la perdita fino ad un certo limite.

⁹⁸³ Cass. 30 marzo 1994 n. 3128, in Riv. It. Dir. Lav., 1995, II, pag. 173, con nota di Bolego, Licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed insindacabilità delle scelte organizzative dell'imprenditore.

⁹⁸⁴ Nogler, La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i « Principi» Costituzionali, intervento al convegno dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale – Venezia, 25 maggio 2007 in cui l'A. mette in evidenza che il giudice, in tema di sindacato giudiziale sul recesso per motivo oggettivo, il giudice deve, innanzitutto, controllare che l'atto non contrasti con un divieto posto da una legge speciale; deve inoltre controllare che esso sia "veritiero", cioè veramente motivato da scelte organizzative effettive, corrispondenti a quelle enunciate.

Quanto a quest'ultimo punto è necessario verificare la sincerità della dichiarazione dell'imprenditore circa la perdita attesa e ciò può compiersi solo accertando quanto l'imprenditore stesso è disposto a pagare per ottenere la cessazione del rapporto. L'ammontare di ciò che l'imprenditore è disposto a pagare è, infatti, sicuramente inferiore all'entità della perdita da lui attesa in conseguenza della prosecuzione del rapporto. Pertanto, una volta conosciuto quell'ammontare, sarà possibile accertare con sicurezza se la perdita attesa supera quello che il giudice considera come limite massimo di perdita ragionevolmente accollabile all'impresa.

Par. 3.6: Riforma Fornero e giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

La disciplina normativa del licenziamento è stata interessata da una serie di interventi legislativi. Dall'art. 2118 c.c., alla legge n. 604 del 1966 sui licenziamenti individuali, all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, riformato anche dalla legge n. 108 del 1990, alla legge Monti n.92 del 2012⁹⁸⁵. Tutti gli interventi citati, hanno comportato la necessità per il legislatore di contemperare due interessi in conflitto: da una parte quello del datore di lavoro che preferisce la temporaneità del vincolo contrattuale, dall'altra quello del lavoratore alla continuità e alla stabilità del rapporto di lavoro. Se è vero che l'art. 2118 c.c. e la legge del 1966 privilegiano l'interesse del datore in quanto il primo consente il recesso *ad nutum* con il solo obbligo del preavviso, mentre la seconda permette al datore di scegliere alternativamente se riassumere il lavoratore o corrispondergli una somma risarcitoria, l'art. 18 Stat. Lav. privilegia sicuramente l'interesse del lavoratore alla continuità del rapporto poiché il licenziamento ingiustificato è considerato invalido, il rapporto continua, e la sanzione è la reintegrazione. La legge 28 giugno 2012 n. 92 continua a stabilire che il licenziamento privo di giusta causa e di giustificato motivo è illegittimo, ma a fronte di questa illegittimità, non prevede un'unica sanzione, e cioè la reintegrazione, ma la reintegrazione in determinate ipotesi e la sanzione risarcitoria in altre. Il vero problema, tuttavia, è stato individuato nello stabilire in quali casi debba essere irrogata

⁹⁸⁵ Per un primo commento v. Ichino, La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori, intervento, in Il dibattito sulla riforma del mercato del lavoro, in *csdlee.unict*. 7 maggio 2012, 12-17; Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, 415ss.; Carinci, Miscione (a cura di), Commentario alla riforma Fornero, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, I, 803ss.; Magnani, Tiraboschi (a cura di) *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012.

la reintegrazione e quando la sanzione del risarcimento, in quanto la disposizione normativa si presenta, sul punto, alquanto incerta. Inoltre anche nella più grave ipotesi di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo legato a motivi economici (e cioè nell'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento), il legislatore prevede che il giudice "può" scegliere discrezionalmente se applicare o meno la sanzione della reintegrazione non sussistendo, sul punto, alcun obbligo. Da quanto sin qui esposto, quindi, è chiaro quale sia stato l'obiettivo perseguito dal legislatore. In linea generale, infatti, lo "slogan" di cui sarebbe portatrice la riforma è dato dalla combinazione di due fattori: necessità di un incremento di produttività nelle nostre aziende; convinzione che tale risultato si raggiunga riducendo i casi in cui è ammessa, a favore del lavoratore illegittimamente licenziato, la tutela reintegratoria. Lo strumento attraverso il quale raggiungere un tale risultato dovrebbe portare, in primo luogo, ad una razionalizzazione della flessibilità in entrata, ribadendo l'idea che il contratto di lavoro a tempo indeterminato sia il "contratto dominante" e contrastando, in tal modo, l'uso improprio e strumentale dei contratti flessibili via via introdotti nel sistema. In secondo luogo, inoltre, sarebbe richiesta una rimodulazione della flessibilità in uscita nella convinzione che una riduzione delle tutele possa favorire l'occupazione invogliando maggiormente il datore di lavoro ad assumere. In questo modo, si dice, verrebbe agevolata l'osmosi tra chi è dentro e chi è fuori dalla "cittadella dell'impiego" impedendo che fasce caratterizzate da scarsa produttività continuino a mantenere la stabilità del posto di lavoro. Pertanto la riconosciuta necessità di rendere più flessibile la disciplina del licenziamento ha portato a considerare il risarcimento la sanzione ordinaria e la reintegrazione la sanzione eccezionale rispetto al licenziamento ingiustificato.

Passando ad esaminare, a questo punto, i presupposti indicati dalla nuova disciplina per applicare la sanzione della reintegrazione nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e per determinare, di conseguenza, l'ambito della tutela risarcitoria, pare opportuno richiamare la definizione del giustificato motivo oggettivo contenuta nell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, secondo cui questo è costituito da "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa". Da questa definizione si sono individuati gli estremi del giustificato motivo oggettivo di licenziamento ed in particolare: la presenza di ragioni che hanno determinato la soppressione del posto, il nesso di causalità tra le suddette

ragioni e licenziamento del lavoratore addetto a quel posto soppresso, la prova, a carico del datore di lavoro, dell'inevitabilità del licenziamento.

Quanto al primo dei suddetti requisiti va precisato che il controllo operato dal giudice sulle motivazioni che hanno spinto il datore di lavoro alla soppressione di quel posto, non implica un sindacato di merito sulle scelte del datore di lavoro ma soltanto una verifica sulla loro effettiva sussistenza e sulla relativa veridicità⁹⁸⁶. Questo controllo svolto dal giudice, si precisa, non consiste in una semplice ratifica della decisione datoriale e ciò lo si desume dalla circostanza della necessità di verificare l'efficienza causale (secondo presupposto) di tale scelta rispetto all'allontanamento dal contesto aziendale proprio di quel lavoratore licenziato. Quanto, infine, all'ultimo dei presupposti indicati il datore sarà tenuto a dimostrare non solo di non poter adibire il prestatore di lavoro a mansioni equivalenti, ma neppure a mansioni inferiori⁹⁸⁷ anche in altre sedi dell'azienda⁹⁸⁸. A tal proposito si parla di obbligo di *repechage*, requisito di derivazione esclusivamente giurisprudenziale ma che costituisce, allo stato, diritto vivente. A questo proposito deve essere ricordato un orientamento giurisprudenziale recente, secondo cui il datore di lavoro non è tenuto a fornire la prova dell'impossibilità di ricollocazione del lavoratore che impugni il licenziamento se quest'ultimo non allegghi l'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli può essere utilmente reimpiegato⁹⁸⁹. In chiave critica, tuttavia, va osservato che aderendo a questa impostazione, l'obbligo di *repechage* risulterebbe fortemente "attenuato grazie ad una diversa distribuzione degli oneri probatori⁹⁹⁰". Secondo questa giurisprudenza, infatti, se il lavoratore non introduce in giudizio la questione del *repechage*, il giudice non sarebbe tenuto ad esaminarla ai fini della sussistenza del giustificato motivo oggettivo.

In ogni caso, comunque, il giudice dovrà accertare, in primo luogo, l'eventuale insussistenza del fatto (cioè l'inesistenza e la non veridicità delle ragioni che hanno determinato la soppressione del posto) ed, in secondo luogo, la presenza del nesso di causalità tra le ragioni adottate dal datore di lavoro ed il licenziamento del lavoratore addetto al posto soppresso. Quanto a questi due aspetti è il datore di lavoro che ha l'onere della prova. Se invece il datore di lavoro dimostra l'esistenza del fatto e cioè la veridicità delle ragioni e del nesso di causalità, il giudice potrà escludere la sanzione

⁹⁸⁶ Ponterio, Il licenziamento per motivo economico, in Arg. Dir. Lav., 2013, 78.

⁹⁸⁷ Cass. 18 marzo 2009, n. 6552, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2009, 507.

⁹⁸⁸ Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, in Riv. Giur. Lav., 2011, I, 182.

⁹⁸⁹ Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040, in Rep. Foro It., Voce Lavoro (Rapporto), 2011, n. 1245; più di recente Cass. 15 maggio 2012, n. 7512.

⁹⁹⁰ Magnani, Genesi e portata di una riforma del lavoro, in La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92, a cura di M. Magnani - M. Tiraboschi, Milano, 2012, pag. 11.

reintegratoria ma dovrà accertare, prima di dichiarare la legittimità del licenziamento, se il datore di lavoro ha provato l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore nell'ambito della sua azienda. Laddove si scorga la mancata prova da parte del datore di lavoro dell'impossibilità di ricollocare utilmente il lavoratore, si determinerà l'illegittimità del licenziamento ed il venir meno di uno degli estremi del giustificato motivo oggettivo con la conseguenza che a questo licenziamento illegittimo si applicherà il regime risarcitorio di cui all'articolo 18 comma 7 Stat. Lav., terzo periodo, come novellato dalla legge n. 92 del 2012⁹⁹¹. In conclusione, quindi, ad una prima verifica da parte del giudice che ha come oggetto l'accertamento dell'insussistenza delle ragioni che hanno determinato la soppressione del posto e della insussistenza del nesso di causalità tra le ragioni ed il licenziamento con onere della prova a carico del datore di lavoro e che produce come sanzione la reintegrazione, segue, quando invece il fatto posto a base del licenziamento sia sussistente, un ulteriore accertamento che ha come oggetto l'adempimento dell'obbligo di *repechage*. E nel caso in cui il datore di lavoro non dia la prova di aver adempiuto a questo obbligo, il licenziamento è illegittimo, e il giudice dichiarerà risolto il rapporto con effetto dalla data del licenziamento e condannerà il datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria onnicomprensiva tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità, tenuto conto dei criteri di cui all'articolo 8 legge n. 604 del 1966, nonché "delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di conciliazione obbligatoria di cui all'articolo 7 della legge n. 604 del 1966" (art. 18, comma 7, Stat. Lav.).

3.6.1: Indagine su un profilo interpretativo: il significato della locuzione “manifesta insussistenza” alla luce della riforma “Fornero”.

L'analisi della suddetta questione necessita di essere preceduta da alcune considerazioni in merito al regime sanzionatorio introdotto dalla riforma riguardo i licenziamenti illegittimi. Volendo schematizzare, può dirsi che la tutela “forte” di matrice reintegratoria (a cui è associato un risarcimento commisurato al lavoro perduto per effetto del licenziamento e, comunque, non inferiore alle 5 mensilità), rimane riconosciuta nell'ipotesi in cui il datore abbia proceduto a licenziare il lavoratore per

⁹⁹¹ Trib. Milano ord. 28 nov. 2012, in Boll Adapt, 2013, n. 1 e in Dir. Rel. Ind., 2013.

un motivo discriminatorio, oppure illecito o, infine, quando il licenziamento è definito nullo dallo stesso legislatore in presenza di situazioni in cui si riconosce una tutela alla conservazione del posto per un certo tempo (es. licenziamento intimato durante il periodo di comporto). La reintegra, associata ad un risarcimento del danno che non potrà superare il tetto massimo delle 12 mensilità, verrà, invece, riconosciuta al prestatore di lavoro in presenza di una totale insussistenza del fatto contestatogli e addotto a fondamento del licenziamento (cd. licenziamento per motivo illecito occulto o meramente arbitrario). Fino a questo punto le aree coperte dalla tutela reintegratoria accompagnata da quella risarcitoria, seppur diversamente modulata dal punto di vista quantitativo. Residuano, infine, due ulteriori casi in cui va corrisposta solo una tutela indennitaria che può essere compresa tra le 12 e le 24 mensilità (se il motivo addotto dal datore sia insufficiente), o tra le 6 e le 12 mensilità laddove il licenziamento sia affetto da vizi formali.

Da quanto sin qui esposto, pertanto, emerge un capovolgimento di prospettiva rispetto a quanto accadeva in precedenza: regola generale è divenuta la tutela indennitaria, eccezione quella reintegratoria.

In questo quadro così delineato, i primi commentatori della riforma si sono soffermati soprattutto sull'analisi dell'ipotesi di recesso del datore di lavoro motivato da "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3 l. 104/'66). Con riguardo a questi casi, il legislatore ha riconosciuto la tutela reintegratoria nella sola eventualità in cui vi sia la manifesta insussistenza del fatto contestato. Questa previsione apre il campo a molteplici dubbi. Tradizionalmente, infatti, è noto che in presenza di un giustificato motivo oggettivo addotto dal datore di lavoro, il giudice non può spingersi a valutare l'opportunità della scelta produttiva o aziendale rimanendo preclusa una tale indagine dal disposto di cui all'articolo 41 Cost. che tutela la libertà di iniziativa economica privata. Residua, come è noto, la necessità di indagare sull'effettività delle ragioni addotte e sul nesso causale tra le stesse ed il licenziamento intimato, nonché sulla possibilità di adibire il lavoratore a diverse mansioni all'interno dell'unità produttiva, anche difformi da quelle precedentemente svolte. Se questo è il percorso razionale demandato al giudice in sede di verifica della legittimità del licenziamento intimato per ragioni oggettive, è comprensibile che si palesi il rischio di una eccessiva discrezionalità del giudice nel valutare la manifesta insussistenza del motivo addotto, proprio a causa di una

formulazione così ampia tale da permettergli un sindacato sull'opportunità delle scelte datoriali, di regola sottratto al giudice, e che, tra l'altro, verrebbe effettuato in assenza di validi parametri di riferimento che solo la prassi potrà fornire nel corso del tempo. Tuttavia non può negarsi che l'aggiunta dell'aggettivo "manifesta", ferma restando la necessità di individuarne la sua precisa portata semantica, sembrerebbe restringere fortemente l'ambito di applicazione della fattispecie, facendola assurgere ad *extrema ratio*, ad ipotesi residuale.

Una prima interpretazione potrebbe condurre alla conclusione che l'aggettivo non aggiungerebbe nulla al sostantivo insussistenza poiché, rispetto a ciò che non esiste, non ha alcun senso distinguere tra inesistenza e manifesta inesistenza e, di conseguenza, esso non potrebbe essere considerato un criterio selettivo per applicare la sanzione della reintegrazione quando il fatto sia manifestamente insussistente ed escluderla quando la insussistenza del fatto non sia manifesta. Un secondo percorso ricostruttivo, invece, potrebbe far ritenere che l'aggettivo, riferito all'insussistenza delle ragioni, esprimerebbe un elevato grado di evidenza della prova sulla mancanza del giustificato motivo oggettivo volendo affermare, con ciò, che il datore potrebbe addurre ragioni talmente fantasiose e non veritiere da non richiedere alcuna indagine o approfondimento. A questo punto sorge spontaneo chiedersi se nel caso di insussistenza non manifesta la sanzione rimanga la reintegrazione o diventi, invece, il risarcimento. A questo interrogativo si può rispondere, secondo alcuni interpreti⁹⁹², considerando l'aggettivo "manifesta" la scriminante per applicare la sanzione della reintegrazione, nel senso che se l'insussistenza del fatto è manifesta, la sanzione è la reintegrazione; se la insussistenza non è manifesta la sanzione dovrebbe essere quella risarcitoria. Tuttavia va rilevato che il discorso sull'importanza dell'aggettivo "manifesta" ai fini dell'applicazione della sanzione della reintegrazione, può essere drasticamente ridimensionato se si considera che il comma 7 dell'art. 18 Stat. Lav. prevede "può altresì applicare la medesima disciplina nell'ipotesi in cui accerta la manifesta insussistenza del fatto". Ciò starebbe a significare che la sanzione potrebbe essere di tipo risarcitorio anche in caso di manifesta insussistenza del fatto, poiché il giudice può e di conseguenza non è obbligato, anche in questa ipotesi, ad applicare la reintegrazione⁹⁹³. Tuttavia parte della dottrina, a dispetto dell'interpretazione letterale

⁹⁹² Cester, Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, in Arg. Dir. Lav., 2012, 576-577.

⁹⁹³ Pisani, L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova, in Mass. Giur. Lav., 2012, 10, 745 ss.; Marazza, L'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori, in Arg. Dir. Lav., 2012, 625.

di quest'ultimo dato normativo, ed in ossequio ad un'interpretazione sistematica che riduce il già ampio grado di discrezionalità riconosciuto al giudice, ritiene che quest'ultimo, quando accerti l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, debba applicare la sanzione della reintegrazione⁹⁹⁴.

Di conseguenza, nel suddetto contesto normativo, assumerà rilevanza centrale in sede giurisprudenziale l'individuazione di una univoca nozione e di precisi indici della "manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo".

In primo luogo occorrerà soffermarsi sulla nozione di "fatto posto alla base del licenziamento" di cui verificare la manifesta insussistenza. Quest'ultima nozione sembra, come si è visto, interpretabile in modi molto diversi che potrebbero enormemente sminuire, o viceversa amplificare, la portata applicativa della tutela indennitaria. Partendo dal presupposto che l'art. 18, comma 7, Stat. Lav., secondo capoverso fa riferimento all'insussistenza del "fatto posto alla base del licenziamento", potrebbe dirsi, secondo una prima ricostruzione, che il "fatto" di cui verificare l'insussistenza manifesta, ai fini dell'applicazione della tutela reale, potrebbe non identificarsi con la nozione di g.m.o. valido per la legittimità del recesso, ma coincidere con una nozione più circoscritta al suo interno, limitando l'applicazione della tutela reale ad ipotesi più gravi, tra tutte le ipotesi di licenziamento ingiustificato per g.m.o. Il riferimento esclusivo della nozione di "fatto" al fatto materiale potrebbe limitare l'applicazione della tutela reale ad ipotesi marginali⁹⁹⁵ e comporterebbe il rischio di considerare sussistente un fatto materiale pretestuosamente addotto a giustificazione del recesso. Quindi, l'interpretazione più opportuna da utilizzare della nozione di "fatto", è quella che identifica tale nozione con l'effettività e non arbitrarietà della scelta organizzativo-produttiva addotta a giustificazione del recesso, affinché risulti "suffragata da elementi oggettivi"⁹⁹⁶ e non corrisponda "ad una

⁹⁹⁴ Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, I, 415ss.

⁹⁹⁵ Alleva, Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 5 e 6, il quale sottolinea che il g.m.o. di licenziamento spesso non viene associato ad alcun fatto materiale, ma si basa su una valutazione prognostica (se non speculativa).

⁹⁹⁶ In questo senso Cass., 14 maggio 2012, n. 7474, in Dir. Prat. Lav., 2012, 27, 1220 ss., secondo cui «La valutazione da parte del giudice della legittimità di un licenziamento di tale genere (soppressione del posto di lavoro, N.d.A.) implica, quindi, necessariamente ... un'analisi della organizzazione aziendale, ma tanto ... sta a significare ... la verifica, sul piano della effettività, della causa giustificatrice posta a base del licenziamento».

predeterminazione delle circostanze di fatto⁹⁹⁷". Va sottolineato che l'accertamento della arbitrarietà o predeterminazione della ragione addotta, come in passato, non deve mai sconfinare in una valutazione di congruità della decisione economica che equivarrebbe ad un sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro, principio sancito *ex art.* 41 Cost., espressamente escluso dall'art. 30, comma 1, legge n. 183/2010, norma integrata dall'art.1 comma 43, mediante l'aggiunta di un capoverso che rafforza tale divieto, stabilendo che "la violazione di tale divieto costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto". Si pensi al caso di un lavoratore licenziato per soppressione della posizione lavorativa, basata su un sopraggiunto mutamento tecnologico, o sulla decisione imprenditoriale di riorganizzare un reparto e le mansioni lavorative ivi assegnate, o ancora ad un licenziamento intimato in conseguenza di uno stato di crisi o di riduzione dell'attività. Il giudice dovrebbe verificare la sussistenza in concreto di un intercorso mutamento tecnologico o organizzativo nell'unità in cui il lavoratore è impiegato. Allo stesso modo, l'effettività della ragione addotta a giustificazione del licenziamento si avrebbe con la prova dell'accertamento dello stato di crisi o di riduzione delle commesse di un'impresa, dell'effettiva riduzione dell'attività e della prova della mancata assunzione di altri lavoratori nel reparto⁹⁹⁸. Secondo questa prima interpretazione, pertanto, se non è dimostrata l'effettività, veridicità e non pretestuosità della ragione tecnico- organizzativa e se tale mancanza emerge in modo "manifesto", il giudice può applicare la tutela reale di cui all'art. 18, comma 4, Stat. Lav. In quest'ottica il giudice dovrebbe obbligatoriamente applicare in tutte le "altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del g.m.o. oggettivo di licenziamento", la sola tutela indennitaria di cui al comma 5.

Una seconda interpretazione, invece, ricomprende nel "fatto" di cui valutare l'insussistenza anche il nesso causale tra le ragioni organizzativo- produttive, poste alla base del licenziamento, e la concreta intimazione del provvedimento espulsivo al singolo lavoratore⁹⁹⁹. Il "fatto", per essere posto "alla base del licenziamento" *ex art.* 18, comprenderebbe anche il nesso causale tra la scelta organizzativa e lo specifico

⁹⁹⁷ Cass., 30 gennaio 1998, n. 938, in Riv. It. Dir. Lav., 1998, II, 610 ss.; Id., 11 luglio 2011, n. 15157, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2011, 707ss.; Id., 6 luglio 2005, n. 14215, in Riv. It. Dir. Lav., 2006, II, 412. Nel merito v. Trib. Trieste, 2 novembre 2011, che indica come compito dei magistrati il controllo della «reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore, e quindi l'effettività e non pretestuosità del riassetto organizzativo operato».

⁹⁹⁸ Varva, Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2011, 33, 131, 455-6; Cass., 11 maggio 2009, n. 11720, in Rep. Foro It., 2009 ; Cass., 16 maggio 2003, n. 7717, in Riv. It. Dir. Lav., 2003, II, 819.

provvedimento espulsivo. Potrebbe risultare illogico, infatti, sanzionare con la tutela reale l'insussistenza o la pretestuosità della ragione addotta, e sanzionare con tutela di tipo indennitario la mancanza del nesso di causalità tra le ragioni e la soppressione della specifica posizione lavorativa. Si fa riferimento al caso in cui sia effettivamente intercorso un mutamento tecnologico nella produzione e il datore di lavoro abbia attuato il mutamento organizzativo, ma non vi sia alcun nesso tra tale fattore e l'intimazione del licenziamento al lavoratore interessato. Secondo questa ricostruzione, per ritenere il "fatto" sussistente non sarebbe sufficiente provare l'effettività della decisione aziendale o l'esistenza del fatto che l'ha determinata, ma occorrerebbe necessariamente anche la dimostrazione del nesso di causalità (svolgimento delle mansioni sopresse da parte del lavoratore all'interno del reparto). Viceversa, l'assenza di anche uno solo tra tali elementi, non consentirebbe di ritenere integrato il fatto posto alla base del licenziamento e quindi dovrebbe, nei casi più clamorosi, permettere al giudice di condannare alla reintegrazione. Quindi, per non incorrere nella potenziale applicazione della tutela reale, il datore di lavoro dovrebbe provare anche il nesso causale tra la ragione addotta a giustificazione del recesso ed il licenziamento dello specifico lavoratore, mentre la tutela risarcitoria sarebbe limitata alle ipotesi di impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni anche diverse. Tuttavia, anche accogliendo questa interpretazione, permane il problema di qualificare il nesso di causalità. Esso potrebbe configurarsi, infatti, come rapporto di causalità necessaria determinando una scelta da parte del datore di lavoro che funga come unica strada percorribile¹⁰⁰⁰ oppure, in termini di maggiore opportunità, determinando, in quest'ultimo caso, un'interpretazione del nesso di causalità alla luce della causalità logica in cui la scelta di licenziare è una delle scelte percorribili¹⁰⁰¹.

Infine, secondo ultima lettura, la più estensiva, anche la violazione dell'obbligo di *repechage* potrebbe essere ricondotta alla "insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento", se intesa come un elemento sintomatico dell'insussistenza *ab origine*

⁹⁹⁹ Vallebona, La riforma del lavoro 2012, Torino, 2012.

¹⁰⁰⁰ Cass., 20 dicembre 1995 n. 12999, in Riv. It. Dir. Lav., 1996, II, 632 e segg., con nota di Nannipieri; Id., 13 novembre 2001 n. 14093, ivi, 2002, II, 613 e segg., con nota di Ogriseg, e in dottrina Carinci M.T., Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato: ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da Galgano, XXXVI, Padova, 2005, 89.

¹⁰⁰¹ Pera, Relazione, in AA.VV., I licenziamenti nell'interesse dell'impresa. Atti delle giornate di studio Aidlass di Firenze, 27-28 aprile 1968, Milano, 18 e Minervini, Relazione, ivi, 60; Liso, La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale, Milano, 1982, 87.

della ragione giustificatrice del recesso¹⁰⁰². Secondo tale ragionamento, i tre requisiti dello schema di controllo sulla legittimità del licenziamento, costituirebbero soltanto articolazioni di una fattispecie unitaria di cui verificare l'esistenza, ossia, sul piano concreto e con il conforto di parte della giurisprudenza¹⁰⁰³, l'incompatibilità della professionalità del lavoratore licenziato con il nuovo assetto organizzativo dell'azienda¹⁰⁰⁴. Tuttavia, la stessa dottrina che individua nel rispetto dell'obbligo di *repechage* un requisito di legittimità imprescindibile, riconosce che si tratti di un requisito ulteriore rispetto alle effettività delle ragioni economiche e al rispetto del nesso di causalità¹⁰⁰⁵, e che tale requisito "non limita le scelte dell'imprenditore, ma si pone a valle di esse¹⁰⁰⁶". Quindi la decisione del datore di lavoro si potrebbe ritenere già perfezionata una volta determinata la ragione organizzativo-produttiva nonché il nesso eziologico per la soppressione del posto di lavoro. Risulterebbe quindi sufficiente rispettare questi ultimi due requisiti per garantire la sussistenza del "fatto posto alla base del licenziamento¹⁰⁰⁷". Pertanto, seguendo questo ragionamento, a fronte di un licenziamento illegittimo per violazione dell'obbligo di *repechage* o, più in generale, del principio secondo cui il licenziamento deve essere *l'extrema ratio*, sarebbe applicabile la tutela indennitaria. Argomentare in modo diverso, peraltro, renderebbe estremamente difficile individuare le "altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo", suscettibili di sanzione esclusivamente risarcitoria. Il disposto risulterebbe pressoché inapplicabile, a meno che non si ritenga che il "fatto" si identifichi totalmente con il "motivo oggettivo di licenziamento" (comprensivo, oltre che del rispetto del nesso di causalità, anche del rispetto dell'obbligo di *repechage*) e che la funzione selettiva per l'applicazione della tutela reale sia totalmente basata sulla manifesta insussistenza del motivo.

Oltre alla nozione di "fatto", ai fini dell'applicazione della reintegrazione o della tutela risarcitoria, può essere determinante la qualificazione di "manifesta" insussistenza del fatto stesso. L'attributo "manifesta" non trova riferimenti nel diritto del lavoro, ma

¹⁰⁰² Cass., 23 giugno 2005, n. 13468, in Orient. Giur. Lav., 2005, 647; Id., 17 luglio 2002, n. 10356, ivi, 2002, 935.

¹⁰⁰³ Cass., 22 ottobre 2009, n. 22417, in Giur. It., 2010, 357 e segg., con nota di Napolitano; Id., 14 maggio 2012, n. 747.; Id., 26 settembre 2011, n. 19616, in Mass. Foro It., 2011, 762; Id., 1 luglio 2011, n. 14517, in Not. Giur. Lav., 2011, 638.

¹⁰⁰⁴ Carinci, Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice, in Mazzotta, Il diritto del lavoro dopo il "collegato", Temi, IusMaster, 2010, 19 ss.

¹⁰⁰⁵ Zoli, La tutela delle posizioni "strumentali" dei lavoratori, Milano, 1988, 157 ss.

¹⁰⁰⁶ Carabelli, I licenziamenti per riduzione di personale in Italia, in AA.VV., I licenziamenti per riduzione di personale in Europa, Bari, 2001, 215

¹⁰⁰⁷ Tatarelli, Articolo 18, al giudice la decisione sul reintegro nei casi di manifesta insussistenza del motivo oggettivo, articolo del 18 aprile 2012 in www.diritto24.ilsole24ore.com.

viene utilizzato nella giurisprudenza per qualificare la fondatezza delle questioni di costituzionalità non meritevoli di rimessione al giudice delle leggi. I primi interpreti hanno rilevato che il requisito risulta estremamente vago nei suoi contorni, e, in quanto tale, destinato ad aumentare il tasso di discrezionalità e di incertezza delle parti in causa, ad onta delle intenzioni del legislatore. Oltre alla nozione di “fatto”, ai fini dell’applicazione della reintegrazione o della tutela risarcitoria, può essere determinante la qualificazione di “manifesta” insussistenza del fatto stesso.

L’attributo “manifesta” non trova riferimenti nel diritto del lavoro, ma viene utilizzato nella giurisprudenza per qualificare la fondatezza delle questioni di costituzionalità non meritevoli di rimessione al giudice delle leggi¹⁰⁰⁸.

I primi interpreti hanno rilevato che il requisito risulta estremamente vago nei suoi contorni, e, in quanto tale, destinato ad aumentare il tasso di discrezionalità e incertezza per le parti in causa, ad onta delle intenzioni del legislatore¹⁰⁰⁹.

È stato inoltre rilevato che l’attributo “manifesta” «aggiunge poco, sul piano sostanziale, alla rilevazione materiale dell’insussistenza del fatto che si individua in quanto tale¹⁰¹⁰» e che «l’attributo manifesta enfatizza, più che rinforzare, il sostantivo insussistenza: riguarda la percezione, non la sostanza dei fatti, che esistono o non esistono¹⁰¹¹». In quest’ottica l’attributo “manifesta” non inciderebbe, se non in modo marginale, sulla nozione sostanziale del “fatto” di cui verificare l’inesistenza.

D’altra parte l’introduzione di un attributo aggiuntivo, che non si registra nella disciplina dei licenziamenti per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, indica una fattispecie di “manifesta insussistenza” necessariamente distinta dall’ipotesi di (mera) “insussistenza” del fatto. In effetti, l’attributo “manifesta” non avrebbe utilità, se riferito solo ad ipotesi-limite di inesistenza o non veridicità della ragione addotta, ma può assumere rilevanza qualora nella nozione di sussistenza del “fatto” sia compreso anche il nesso eziologico fra le scelte aziendali, insindacabili nel merito, e

¹⁰⁰⁸ Vallebona, La riforma del lavoro 2012, Torino, 2012.

¹⁰⁰⁹ Magnani, La riforma del mercato del lavoro, intervento in Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro, in csdle.unict.it, 19 aprile 2012, 6; Papaleoni, Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: “Mons tremuit, et mus parietur”, *ivi*, intervento del 24 aprile 2012.

¹⁰¹⁰ Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, 415ss.

¹⁰¹¹ Carinci, Complimenti dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, in Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro, in csdle.lex.unict.it, 17 aprile 2012. *Contra v.* le argomentazioni di Ichino, La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori, in Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro, in csdle.unict.it, 7 maggio 2012, 15-7

l'individuazione del singolo lavoratore da licenziare¹⁰¹². Occorrerebbero, però, criteri obiettivi ed univoci, attraverso i quali sia possibile distinguere un'insussistenza del nesso causale "manifesta" rispetto ad ipotesi in cui il nesso causale non risulta manifestamente insussistente. Mediante criteri di questo tipo si avrebbe certezza del diritto, evitando un sindacato di merito sulle scelte aziendali vietato al giudice.

Sul punto, il riferimento a «criteri oggettivi di normalità tecnico-organizzativa», pur recentemente indicato dalla Corte di cassazione¹⁰¹³, si scontra con l'impossibilità, da tempo segnalata, di individuare un modello generale e costante di organizzazione tecnica del lavoro¹⁰¹⁴. L'attributo "manifesta", per svolgere una funzione selettiva che non sconfini in valutazioni soggettive o nel merito, potrebbe indicare l'evidenza logica dell'insussistenza del nesso causale. Per essere "manifesta", ai fini dell'applicazione della tutela reale, tale insussistenza dovrebbe emergere all'esito dell'accertamento processuale senza denotare alcun rapporto di causa ed effetto, in termini di sufficienza logica, tra la ragione addotta e la soppressione del posto di lavoro.

Di converso, in tutte le ipotesi di violazione dell'obbligo di *repêchage* o, più in generale, di impossibilità di configurare il provvedimento espulsivo ed il relativo nesso di causalità in termini di *extrema ratio*, il licenziamento risulterebbe comunque illegittimo.

Non sarebbero infatti integrati tutti gli estremi richiesti dalla giurisprudenza per un legittimo licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Tuttavia tale licenziamento, non essendo connotato dalla «manifesta insussistenza del fatto», risulterebbe soggetto all'applicazione della sola tutela indennitaria tra 12 e 24 mensilità.

Altro profilo di peculiare interesse è dato dal riferimento contenuto nel comma 1 dell'articolo 18 Stat. Lav. al "motivo illecito determinante" senza però che si specifichi che esso debba essere "esclusivo". Quest'ultimo requisito è espressamente richiesto dalla norma civilistica che, per poter operare, implica, imprescindibilmente, che il motivo illecito sia comune ad entrambe le parti e rappresenti la ragione esclusiva che le ha indotte alla contrattazione. Il motivo illecito si identifica con una finalità vietata dall'ordinamento, poiché contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine

¹⁰¹² Cester, Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, in Arg. Dir. Lav., 2012, 576-577.

¹⁰¹³ Cass., 11 maggio 2011, n. 10346, in Dir. Prat. Lav., 2011, 46, 2772, sul tema della valutazione della legittimità del ricorso alla clausola di durata piuttosto che al contratto a tempo indeterminato.

¹⁰¹⁴ Minervini, Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata, in Riv. Dir. Civ., 1958, I, 634-5, con considerazioni poi sviluppate anche da Persiani, in Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro, in Dir. Lav., 1995, I, 142ss.

pubblico o del buon costume, ovvero poiché diretta ad eludere, mediante detta stipulazione, una norma imperativa. Quanto al primo aspetto (comunanza ad entrambe le parti del motivo illecito), non si pongono particolari problemi in quanto, come noto ex art. 1324 c.c., è ben possibile che le norme dettate per gli atti unilaterali si estendano anche ai contratti, in quanto compatibili. In questo caso, quindi, non si pone alcun ostacolo all'applicazione della norma anche nell'ipotesi in questione in quanto il recesso del datore di lavoro dal rapporto, pur essendo atto unilaterale, se finalizzato al perseguimento di scopi riprovevoli ed antisociali, andrà comunque sanzionato. Quanto al secondo aspetto, relativo all' "esclusività" dello stesso, non sembra possa affermarsi che la riforma sui licenziamenti abbia posto una deroga alla disciplina generale civilistica e, pertanto, sembrerebbe essere imprescindibile che il datore si sia risolto per il licenziamento ponendo alla base dello stesso esclusivamente tale motivazione illecita. Tuttavia si potrebbe anche arrivare a concludere che nel diritto del lavoro si potrebbe scorgere una nuova ipotesi di nullità per motivo illecito in cui, rispetto alla generale disciplina civilistica, si oblitera il requisito dell'esclusività. La tematica in questione rappresenterebbe l'aspetto più innovativo della riforma ed anzi, a dispetto delle intenzioni iniziali, potrebbe comportare un allargamento dell'applicazione del meccanismo reintegratorio anche a casi in cui, precedentemente, non poteva applicarsi tale rimedio. Non va dimenticato, infatti, che, in presenza di motivo illecito determinante, verrebbe meno qualsiasi distinzione in base ai limiti dimensionali dell'unità produttiva, operando indifferentemente la tutela reale. Pertanto, al fine di venire incontro alle esigenze dei lavoratori, sarebbe opportuno optare per una interpretazione particolarmente estesa dell'espressione in questione, quasi suggerendo al giudice una interpretazione evolutiva della stessa, volta ad ampliare l'ambito applicativo dell'articolo 18 Stat. Lav.

Per completezza espositiva occorre evidenziare, allo stato attuale, quali sono state le ipotesi che la giurisprudenza¹⁰¹⁵ ha ricondotto nel motivo illecito di licenziamento. La maggior parte dei casi affrontati dalla giurisprudenza¹⁰¹⁶ ha riguardato le ipotesi di licenziamento di lavoratori sindacalmente attivi, il cui licenziamento è stato definito ritorsivo e, in quanto tale, dotato di motivo illecito e, quindi, nullo. In particolare, sul punto, si è precisato che l'onere della prova ricade sul lavoratore il quale dovrà dimostrare che l'intento discriminatorio e di rappresaglia per l'attività svolta ha avuto

¹⁰¹⁵ Tribunale Bologna, Sez. Lav. Civ., ordinanza 19 novembre 2012, in Riv. It. Dir. Lav., II, 2012

¹⁰¹⁶ Cass., sez. lav., 26 marzo 2012, n. 4797; Cass., sez. lav. 8 agosto 2011, n. 17087; Cass., sez. lav., 18 marzo 2011, n. 6282.

efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso. In particolare, ai fini dell'accertamento del carattere ritorsivo del licenziamento, non è sufficiente la deduzione dell'appartenenza di un lavoratore al sindacato, o la sua partecipazione attiva ad attività sindacali, ma è necessaria la prova della sussistenza di un rapporto di causalità tra tali circostanze e l'asserito intento di rappresaglia, dovendo, in mancanza, escludersi la finalità ritorsiva del licenziamento. Nell'ambito del motivo illecito, tradizionalmente, si è fatto rientrare anche il licenziamento discriminatorio. Quest'ultimo è un licenziamento motivato esclusivamente da ragioni attinenti a motivi religiosi, di sesso, di razza, di opinioni politiche, di affiliazione sindacale e, pertanto, suscettibile di ledere il principio costituzionale di uguaglianza a cui si ricollega l'esigenza della spersonalizzazione del rapporto di lavoro. Questa forma di licenziamento continua ad esser considerata affetta dalla sanzione della nullità e rimane suscettibile della più ampia tutela reintegratoria di cui all'articolo 18 Stat. Lav.

Par. 3.7: Clausole generali e potere disciplinare del datore di lavoro.

Il potere disciplinare,¹⁰¹⁷ nell'ordinamento positivo, è sintomatico della sussistenza di un rapporto di supremazia per cui un soggetto può, con suo atto unilaterale, determinare conseguenze in senso lato negative nella sfera soggettiva di un altro, in ragione di un comportamento negligente o colpevole di quest'ultimo. Il potere disciplinare riceve riconoscimento normativo nell'articolo 2106 c.c. e compiuta disciplina, in ordine alle modalità del suo esercizio, nell'articolo 7 Stat. Lav. La norma del codice civile è, quindi, la fonte normativa fondamentale del potere disciplinare del datore di lavoro: in breve, il potere disciplinare è legittimamente esercitato solo se volto a sanzionare la violazione di un obbligo del lavoratore derivante dal contratto di lavoro. Il datore di lavoro, che intende esercitare tale potere in presenza di un comportamento del lavoratore censurabile sotto il profilo disciplinare, deve rispettare il procedimento contemplato dall'articolo 7 legge n.

¹⁰¹⁷ Assanti, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, 7ss; Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973; Lega, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, 1956; Papaleoni, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Napoli, 1966; Mattarolo, *Il potere disciplinare*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato*, a cura di Cester, 750 ss.

300/70, diretto a garantire la difesa dell'interessato e la congruità della sanzione e a prevedere che l'esercizio del potere disciplinare e l'irrogazione dell'eventuale sanzione debbano avvenire nel rispetto di limiti e condizioni prestabiliti. Occorre, a tal proposito, tenere in considerazione la diligenza ed il dovere di obbedienza del lavoratore. Nel valutare l'adempimento del primo, occorre tener conto della concreta natura delle mansioni affidate al lavoratore, della difficoltà delle stesse e delle particolari esigenze dell'organizzazione in cui il rapporto si inserisce (art. 1176 c.c.). L'obbligo di obbedienza del lavoratore, invece, ha per oggetto le prescrizioni e gli ordini impartiti dal datore di lavoro o dai superiori gerarchici in relazione all'organizzazione del lavoro, alla disciplina ed alla vita di relazione in azienda. Occorre poi considerare la predeterminazione delle norme disciplinari, le quali sono contenute nel "codice disciplinare", che è un documento che prevede nel dettaglio i comportamenti vietati, costituenti *ab origine* inadempimento contrattuale, e, pertanto, passibili di specifiche sanzioni, anch'esse compiutamente delineate in corrispondenza di ciascuna infrazione, in pieno ossequio al principio di proporzionalità. Tale codice disciplinare deve essere predeterminato, cioè definito precedentemente all'infrazione, secondo il disposto dell'articolo 25 Cost. ed, inoltre, deve ricevere apposita pubblicità attraverso l'affissione¹⁰¹⁸. Quest'ultima non può avvenire con mezzi equipollenti e, laddove manchi, il datore di lavoro non potrà sanzionare il lavoratore in quanto costui non è stato posto in condizione di conoscere le possibili condotte illecite e le relative sanzioni che possono essere irrogate. Non è necessario che il codice disciplinare contenga una precisa e sistematica previsione delle singole infrazioni e delle corrispondenti sanzioni, essendo sufficiente una correlazione tra ipotesi di infrazione, sia pure di carattere schematico e non dettagliato, e le corrispondenti previsioni sanzionatorie, anche se suscettibili di attuazione discrezionale ed adattamento secondo le concrete ed effettive inadempienze del lavoratore. Tutto ciò dovrà avvenire nel rispetto del principio per cui le sanzioni disciplinari devono avere un grado di specificità sufficiente ad escludere che la collocazione della condotta del lavoratore, nella fattispecie disciplinare, sia interamente devoluta ad una valutazione unilaterale ed ampiamente discrezionale del datore di lavoro. Pertanto, affinché possa riscontrarsi la validità del codice disciplinare, è sufficiente, in primo luogo, che esso sia redatto in forma tale da

¹⁰¹⁸ Cass. 18 luglio 1985, nn. 4245 e 4247, in Riv. It. Dir. Lav., 1986, II, 591 con nota di Papaleoni, Il codice disciplinare: contenuto minimo e pubblicità; Zoli, L'esercizio del potere disciplinare, Quad. dir. Lav. e Relaz. Ind., 1991, 9, 68ss.

rendere chiare le ipotesi di infrazione, anche se schematica e non dettagliata; in secondo luogo è necessario che indichi le previsioni sanzionatorie, anche se in modo ampio e suscettibile di adattamento secondo le concrete ed effettive inadempienze. Ulteriore garanzia procedimentale è costituita dalla necessaria contestazione dell'addebito: essa dovrà essere specifica, immediata ed immutabile (il datore di lavoro non potrà porre a sostegno delle determinazioni disciplinari circostanze nuove rispetto a quelle contestate tali da implicare una diversa valutazione dell'infrazione). Per potersi procedere alla contestazione disciplinare, inoltre, non sarebbe necessaria la certezza del fatto addebitato, ma sufficiente una realtà che consenta di ritenere ragionevolmente sussistenti i fatti da addebitare. Tale ragionevolezza, tuttavia, non solo giustifica la contestazione, conferendo all'atto datoriale la veste della serietà ed escludendo un comportamento arbitrario, ma è necessaria quale regola del comportamento datoriale per rendere quest'ultimo conforme al principio di correttezza e buona fede. A partire dal momento in cui è effettuata la contestazione, decorre il *dies a quo* per la valutazione della tempestività. Oggetto della contestazione è il fatto nei suoi elementi materiali e non le specifiche norme legali o clausole contrattuali violate: non richiede particolari formalità ma solo l'esposizione dei dati e degli aspetti essenziali del fatto materiale sanzionabile per via disciplinare. Tale contestazione deve avvenire in forma scritta, requisito considerato imprescindibile per esigenze di certezza ed immutabilità: il lavoratore entro 5 giorni può presentare le sue giustificazioni scritte od orali e, sempre nel rispetto del termine di 5 giorni dalla ricezione della contestazione, può presentare a sua difesa giustificazioni scritte e/o chiedere di essere sentito oralmente. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato. La Corte di Cassazione, già in una risalente pronuncia¹⁰¹⁹, aveva chiarito che il datore di lavoro ha il dovere di sentire il lavoratore sottoposto a procedimento disciplinare solo se questi ne faccia richiesta nel termine di 5 giorni dalla contestazione dell'addebito, non incombendo sullo stesso un autonomo dovere di convocazione del dipendente per l'audizione orale ma solo un obbligo correlato alla manifestazione di volontà del lavoratore di essere ascoltato. Entro il termine assegnato le controdeduzioni del lavoratore devono pervenire al datore di lavoro: è possibile, tuttavia, che il lavoratore richieda un supplemento di difesa anche se la stessa si sia già svolta con l'audizione personale o con la presentazione di

¹⁰¹⁹ Cass., 3 agosto 2001, n. 10760.

giustificazioni scritte, ma solo ove la stessa risponda ad esigenze di difesa non altrimenti tutelabili, in quanto non sia stata possibile la piena realizzazione della garanzia apprestata dalla legge.

Proprio di recente la Suprema Corte¹⁰²⁰ ha affrontato il problema in ordine alle modalità con cui il datore di lavoro possa procedere all'esercizio del potere disciplinare precisando che è illegittimo il licenziamento disciplinare del dipendente se il datore di lavoro non usa il suo potere nel rispetto delle regole di "correttezza" e "buona fede". Quanto al fatto, una società di capitali aveva intimato ad una sua dipendente il licenziamento disciplinare che veniva opposto dalla stessa per il fatto che non aveva avuto modo di essere ascoltata a sua difesa, in considerazione della vicinanza temporale tra la convocazione ed il giorno fissato per la stessa. Sia in primo che in secondo grado, i giudici si erano pronunciati per l'illegittimità del licenziamento intimato secondo tali modalità in quanto non si era dato ascolto alla richiesta della lavoratrice di un rinvio del giorno fissato per l'audizione motivato dalla difficoltà riscontrata ad approntare una difesa adeguata nei tempi ristretti indicati (la convocazione era pervenuta sabato 3 dicembre per la mattina del 5 dicembre o al massimo del 6 dicembre; la dipendente, invece, aveva chiesto l'incontro il 13 dicembre). La richiesta veniva disattesa e la dipendente licenziata. Avverso la decisione di secondo grado, la società propone ricorso in Cassazione lamentando violazione dell'articolo 7 Stat. Lav. nonché degli articoli 1366, 1374 e 1375 c.c. che prevedono che il contratto debba essere eseguito ed interpretato secondo il principio della buona fede. La società precisa di essersi comportata in modo ineccepibile in quanto avrebbe provveduto a convocare la lavoratrice rimettendo alla stessa la libera scelta tra due date indicate, entrambe disertate dalla stessa. Pertanto l'irrogazione del licenziamento sarebbe stata la naturale conseguenza della conclusione del procedimento disciplinare, svoltosi regolarmente, anche se la lavoratrice, per sua scelta, non aveva colto la possibilità di essere ascoltata. La Cassazione, disattendendo i rilievi del datore di lavoro e confermando gli esiti del giudizio di primo e secondo grado, ha ricordato che l'articolo 7 dello Statuto dei Lavoratori stabilisce, innanzitutto, che il procedimento di irrogazione di una sanzione disciplinare nei confronti di un dipendente è legittimo solo se vi sia stata previa contestazione degli addebiti, al fine di consentire al lavoratore di esporre le proprie tesi difensive in relazione al comportamento contestatogli. Tuttavia, anche se la

¹⁰²⁰ Cass. sez. lav., 18 ottobre 2011, n. 21485

richiamata disposizione non comporta per il datore di lavoro un dovere autonomo di convocazione del dipendente per l'audizione orale, ma solo un obbligo collegato alla tempestiva richiesta dell'incolpato di essere sentito di persona entro il quinto giorno, si presuppone che il potere disciplinare, al pari di tutti i comportamenti negoziali, sia sottoposto ai principi di correttezza e buona fede, e, quindi, esercitato con modalità tali da non ingenerare equivoci nel dipendente destinatario della contestazione. In tale evenienza l'onere del lavoratore è quello di provare nel relativo giudizio la sua tempestiva richiesta, trattandosi di elemento costitutivo a lui favorevole della fattispecie procedimentale: il datore di lavoro che intenda adottare una sanzione disciplinare nei confronti del dipendente non può omettere l'audizione del lavoratore incolpato che ne abbia fatto espressa ed inequivocabile richiesta contestualmente alla comunicazione.

Nel caso specifico, la Suprema Corte ha evidenziato che il licenziamento disciplinare è illegittimo allorquando non viene data una effettiva possibilità al lavoratore di giustificare il proprio comportamento, considerato che deve ritenersi tale ogni modalità che renda eccessivamente difficoltoso l'esercizio di tale facoltà da parte del dipendente. Il datore di lavoro, infatti, pur non avendo un dovere autonomo di convocazione del dipendente per l'audizione verbale, ma solo un obbligo correlato alla richiesta dell'incolpato, ha, comunque, il dovere di gestire il potere disciplinare "secondo i principi di correttezza e buona fede e, quindi, con modalità tali da non ingenerare equivoci nel dipendente cui si riferisce la contestazione". La Sezione Lavoro, pertanto, sottolineando che la normativa vigente subordina la legittimità del procedimento disciplinare alla effettiva possibilità concessa al lavoratore di esporre la sua difesa in relazione agli addebiti contestatigli, ha ritenuto non corretto e non rispettoso del principio di buona fede il comportamento del datore di lavoro. Il potere disciplinare del datore di lavoro, al pari di tutti i comportamenti negoziali, soggiace ai principi di correttezza e buona fede, e deve essere esercitato salvaguardando l'interesse della controparte, *rectius* consentendo al lavoratore di essere ascoltato a sua difesa. D'altro canto non può trascurarsi che anche sul lavoratore gravino tali obblighi di comportamento secondo i principi di correttezza e buona fede. Conferma di ciò è data dalla circostanza che l'inadempimento idoneo a giustificare il licenziamento deve essere individuato in ogni comportamento che, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali.

Realmente rilevante, ai fini della valutazione di proporzionalità fra addebito e sanzione, è l'influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare la condotta del lavoratore che, per le sue concrete modalità e per il suo contesto di riferimento, ponga in dubbio la fiducia nei successivi corretti adempimenti denotando una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi di correttezza e buona fede. Ancora una volta, pertanto, si ha conferma della bilateralità degli obblighi di correttezza e buona fede e, quindi, della loro operatività per entrambe le parti del rapporto di lavoro¹⁰²¹. Ciò vale, a maggior ragione, per il datore di lavoro che è parte di un rapporto contrattuale che è tendenzialmente caratterizzato da un'asimmetria di poteri.

In altra pronuncia della Suprema Corte¹⁰²², i giudici recuperano in premessa un consolidato orientamento secondo il quale la giusta causa di licenziamento esiste soltanto quando la "specifica mancanza" del lavoratore, considerata nella sua portata oggettiva (ovvero in relazione alle «circostanze e condizioni in cui è posta in essere, ai suoi modi, ai suoi effetti») e soggettiva (ovvero in relazione «all'intensità dell'elemento psicologico»), risulti talmente grave da ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario sul quale è fondato il rapporto di lavoro. Sulla base di ciò, la stessa sentenza dichiara l'illegittimità del licenziamento per giusta causa di un lavoratore che, pur avendo "strattonato" altro lavoratore al fine di impedirgli l'ingresso in fabbrica nel corso di uno sciopero, non avrebbe, nei fatti, tenuto un comportamento «di tale intensità [...] da mettere in pericolo o ledere l'incolumità fisica degli altri dipendenti». Nel decidere la questione, la giurisprudenza ha colto occasione per compiere interessanti riflessioni sulle clausole generali ed, in particolare, sulla nozione di giusta causa. Innanzitutto si osserva che l'art. 2119 c.c. e l'art. 1 della legge n. 604/'66 prevedono al loro interno «norme elastiche», in quanto formulate con espressioni giuridiche essenzialmente generiche. Ciò perché l'art. 2119 c.c. descrive il licenziamento senza preavviso come una "generica" situazione di gravità, determinata da una «causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto». Espressioni che, per poter essere applicate, quindi, richiedono un'opera di specificazione, prima, da parte del datore di lavoro nell'esercizio dei poteri previsti dal comma 1 dell'articolo 7 legge n. 604/'66, e, successivamente, da parte del giudice preposto al controllo in ordine al corretto uso di quei poteri. Peraltro,

¹⁰²¹ Cass., Sez. Lav.14 giugno 1999, n. 5891; Cass., Sez. Lav. 2 novembre 1998, n.10940.

¹⁰²² Cass. 30 marzo 2010, n.7518.

quell'attività di interpretazione (e, quindi, di applicazione) risulta ancor più complessa laddove, a mente dell'articolo 3 delle legge n. 604/'66, sorge l'ulteriore problema di individuare "la linea di confine" tra il notevole inadempimento del lavoratore sanzionabile con il licenziamento per giustificato motivo e la più grave giusta causa di licenziamento di cui all'articolo 2119 c.c. Problema, quest'ultimo, tutt'altro che irrilevante, in quanto, a seconda del modo in cui viene risolto, graverà o meno sul datore di lavoro l'obbligo di dare il preavviso ovvero di corrispondere la relativa indennità sostitutiva. L'applicazione delle suddette disposizioni richiede, dunque, il compimento di un'attività ermeneutica tesa a specificare il loro contenuto e, quindi, ad accertare se, nei fatti (e, cioè, in considerazione di tutte le circostanze, oggettive e soggettive, del caso concreto), il comportamento del lavoratore sia idoneo a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario alla base del rapporto di lavoro, integrando la giusta causa di licenziamento che, come già accennato, è prevista dall'articolo 2119 c.c. Pertanto, il giudice, nel momento in cui decide se il licenziamento del lavoratore sia o meno legittimo, concorre anche attivamente alla individuazione del concetto della giusta causa, nel senso che riempie quel concetto di significato tentando di bilanciare gli interessi del lavoratore con quelli dell'impresa datrice di lavoro in ossequio al principio della proporzionalità di cui all'articolo 2106 c.c. La seconda argomentazione sulla quale è fondata la motivazione della sentenza è che il giudice, nella sua opera di interpretazione-integrazione della generica nozione di giusta causa, deve tener conto della valutazione eventualmente già compiuta dalla contrattazione collettiva in ordine alla gravità dell'addebito contestato al lavoratore per poi verificare qual è la sanzione da applicare a quell'addebito.

Ciò non sta a significare che la nozione legale di giusta causa debba essere identificata *tout court* con quella eventualmente prevista dalla contrattazione collettiva con riferimento a determinati comportamenti, in quanto il giudice è pur sempre tenuto ad accertare, nel caso sottoposto al suo esame, l'entità e la gravità dell'infrazione (o delle infrazioni) contestata (o contestate) al lavoratore, nonché a verificare l'esistenza del rapporto di proporzionalità tra quell'infrazione e la sanzione irrogata. In particolare, il giudice deve accertare se, in base alle circostanze di tempo e luogo in cui la condotta è stata posta in essere ed alle qualità personali del lavoratore, quella condotta sia effettivamente caratterizzata da una gravità tale da non consentire la prosecuzione, neppure temporanea, del rapporto di lavoro. Pertanto, il giudice è vincolato alle tipizzazioni dei comportamenti (e alle relative sanzioni)

previste dalla contrattazione collettiva soltanto quando quest'ultima preveda, per determinati comportamenti, sanzioni meno gravi rispetto a quella del licenziamento per giusta causa. Ed infatti, in coerenza con il principio dell'indisponibilità anche da parte della contrattazione collettiva del diritto del lavoratore ad essere licenziato soltanto per giusta causa o per giustificato motivo, il giudice non potrebbe essere vincolato ad accertare l'esistenza di una giusta causa soltanto perché ricorre una situazione prevista dalla contrattazione collettiva mentre, nei fatti, il comportamento posto in essere dal lavoratore meriterebbe, in applicazione della legge, una sanzione meno grave.

In questo contesto, il ruolo del giudice è, dunque, di fondamentale importanza, in quanto è proprio quest'ultimo a dover, da un lato, valutare la gravità del comportamento del lavoratore in base alle circostanze del caso concreto e, dall'altro a dover, eventualmente, indicare le ragioni per le quali il "giudizio di gravità", formulato dal contratto collettivo in ordine all'entità di quel comportamento, deve essere disatteso.

Nel caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte, era emerso che il contratto collettivo applicabile al caso in specie, non prevedeva, fra le condotte sanzionabili, il comportamento contestato al lavoratore scioperante (consistente nello "strattonamento" di altro lavoratore per impedirgli l'ingresso in fabbrica nel corso di uno sciopero). Pertanto, i giudici della suprema Corte sono pervenuti alla declaratoria di illegittimità del licenziamento per giusta causa intimato al lavoratore, sulla base di una propria valutazione oggettiva e soggettiva dell'inadempimento contestato a quest'ultimo. Ed infatti quei giudici, seguendo uno schema oramai tradizionale hanno utilizzato come "metro di valutazione" del comportamento contestato al lavoratore licenziato la natura, la qualità e la durata del rapporto di lavoro, l'assenza di precedenti sanzioni disciplinari a carico dello stesso lavoratore, le circostanze di fatto in cui il comportamento è stato posto in essere, nonché l'inesistenza di danni arrecati al datore di lavoro e ad altri lavoratori (c.d. valutazione oggettiva). Inoltre, in seguito gli stessi giudici hanno anche preso in considerazione il c.d. elemento intenzionale ovvero il grado di colpevolezza (dolo o colpa) del lavoratore licenziato per giusta causa (c.d. valutazione soggettiva). Peraltro i giudici della suprema Corte hanno formato il proprio convincimento, in ordine all'illegittimità del licenziamento, anche sulla base della maggior gravità delle sanzioni previste dal contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro *de quo*, per comportamenti diversi dallo

"strattonamento" di un dipendente non scioperante. Ed infatti, nella motivazione della sentenza in commento, si legge che quel contratto «sanziona con il licenziamento infrazioni connotate da livelli di gravità ben maggiori (tra le quali, la "rissa") rispetto a quella» in esame.

Par. 3.8: Principio di correttezza e buona fede nelle procedure concorsuali: perdita di *chance* ed onere della prova.

La Corte di Cassazione¹⁰²³ è stata chiamata a dirimere la controversia tra una lavoratrice dipendente delle Poste Italiane S.p.a. e l'Ente di appartenenza in merito all'esclusione della stessa dalla selezione per l'accesso all'Area funzionale superiore. La lavoratrice ha asserito di essere stata illegittimamente esclusa dalla selezione in quanto la relativa procedura sarebbe stata espletata in violazione dei principi di buona fede e correttezza da parte del datore di lavoro ed ha chiesto il risarcimento del danno per la perdita di *chance* consistente nella asserita possibilità di conseguire un risultato utile e favorevole¹⁰²⁴.

Il Tribunale di Bologna, in prima istanza, ha accolto il ricorso, ma la Corte di Appello, in riforma della sentenza del primo giudice, ha rigettato la domanda della lavoratrice - nonostante la palese illegittimità della procedura di selezione - in quanto la stessa non ha provveduto a dimostrare la concreta probabilità di essere selezionata perché in possesso di titoli più validi di quelli dei dipendenti prescelti. La lavoratrice, infatti, non

¹⁰²³ Cass.civ., Sez lav., 23 gennaio 2009, n. 1715.

¹⁰²⁴ Pontecorvo, La responsabilità per perdita di *chance*, in Giust. Civ., 1997, II, 447.

ha provato di avere i requisiti idonei a dimostrare che il regolare svolgimento delle procedure selettive avrebbe comportato la concreta probabilità di promozione.

Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza del grado di Appello che ha respinto la domanda della lavoratrice volta ad ottenere la declaratoria di illegittimità della sua esclusione dalla selezione all'accesso a qualifica superiore di quadro e la condanna del datore di lavoro al risarcimento dei danni subiti per la perdita di *chance*, affermando che non è sufficiente l'inosservanza, da parte del datore, dei principi di correttezza e buona fede nella procedura selettiva, giacché occorre pure che l'interessata fornisca la prova, nella specie mancante, di avere una concreta probabilità di essere selezionata in base al possesso di titoli più validi di quelli posseduti dai dipendenti promossi¹⁰²⁵. Venendo a ricostruire la vicenda dal piano concreto a quello più squisitamente tecnico- giuridico, occorre evidenziare che la pubblicazione di un bando, che contenga tutti gli elementi essenziali al fine dell'espletamento di un concorso interno per coprire una determinata qualifica, integra un'ipotesi di offerta al pubblico che vincola l'azienda stessa al rispetto delle norme da essa stabilite per regolare la propria discrezionalità e impegna il datore di lavoro all'adempimento dell'obbligazione secondo i generali principi di correttezza e buona fede. Il rispetto di tali principi è sindacabile dal giudice e non comporta nessuna limitazione della libertà d'iniziativa economica privata ma è diretto al controllo degli obblighi liberamente assunti. Anche la giurisprudenza di merito, sulla scia dell'orientamento della Suprema Corte di Cassazione, ha affermato che la progressione in carriera dei pubblici dipendenti rientra nell'attività gestionale di rapporti di lavoro già costituiti, disciplinata dal diritto privato con la conseguenza che "attraverso il bando l'amministrazione formula una offerta al pubblico valida come proposta contrattuale, con la quale assume l'obbligo di procedere alla selezione secondo i criteri indicati nello stesso bando e/o nel contratto collettivo, e comunque nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza di cui agli art. 1175 e 1375 c.c., sicché il comportamento tenuto in sede di operazioni concorsuali costituisce oggetto di obblighi che trovano la fonte in un contratto di diritto privato"¹⁰²⁶. I principi cui deve attenersi il datore privato nell'espletamento delle procedure concorsuali dirette ad assumere o promuovere il personale, devono rispondere a criteri di ragionevolezza ed adeguatezza restando sottratto al giudice, invece, qualunque forma di controllo relativa al discrezionale potere del datore di

¹⁰²⁵ Bocchiola, Perdita di una "chance" e certezza del danno, in Riv. Trim. dir. Civi., 1976, 55; Busnelli, Perdita di una "chance" e risarcimento del danno, in Foro it., 1965, IV, 47

¹⁰²⁶ App. L'Aquila, 17 marzo 2005, in Giust. Civ., 2006, 7-8, 1622

lavoro di regolamentare le specifiche e concrete modalità di espletamento del concorso, con il solo limite del comportamento secondo i principi di buona fede e correttezza¹⁰²⁷.

Nello stesso senso altra pregressa pronuncia ha ritenuto che "in relazione alle procedure concorsuali per l'assunzione o la promozione del personale, rimane sottratta a qualsiasi controllo del giudice e lasciata al potere discrezionale del datore di lavoro la regolamentazione delle specifiche e concrete modalità di espletamento del concorso, con i limiti costituiti dal rispetto dei canoni di comportamento secondo correttezza e buona fede, e sempre che le determinazioni dell'imprenditore rispondano a criteri di adeguatezza e ragionevolezza¹⁰²⁸".

I principi di correttezza e buona fede indicati si specificano nei doveri di imparzialità e trasparenza delle procedure concorsuali per gli avanzamenti di carriera con la conseguenza che sorge in capo al singolo candidato una posizione soggettiva, oltreché di credito, anche di interesse legittimo di diritto privato. Diversa è l'ipotesi in cui la scelta del personale per un livello professionale superiore avvenga attraverso il sistema della c.d. attribuzione per "scelta pura" e non per concorso. In questo caso la giurisprudenza di merito ha affermato che "l'unico requisito necessario per la legittimità del provvedimento di promozione è il rispetto del dovere del datore di lavoro di comportarsi secondo correttezza e buona fede del quale costituisce particolare estrinsecazione la motivazione del provvedimento con la esternazione dei criteri - sindacabili sotto il profilo della coerenza - seguiti nel promuovere alcuni dipendenti e nell'escludere la promozione di altri, essendo, invece, irrilevante l'accertamento della circostanza che i lavoratori promossi nell'occasione possedessero o meno requisiti di merito superiori a quelli posseduti dai dipendenti non promossi¹⁰²⁹".

Per quanto attiene alle posizioni della dottrina, non sussiste una posizione univoca. Secondo un primo orientamento la fonte pattizia dei poteri ordinativi e comparativi esercitati dalle pubbliche amministrazioni nelle progressioni in carriera disciplinate dalla contrattazione collettiva, esclude l'esistenza di una supremazia "speciale" di

¹⁰²⁷ Cass., Sez. lav., 9 marzo 2005, n. 5140, in Giust. Civ. Mass., 2005, 3.

¹⁰²⁸ Cass., Sez. lav., 29 gennaio 2003, n. 1382, in Giust. Civ. Mass., 2003, 221; Cass., Sez. lav., 4 marzo 2004, n. 4462, in Orient. Giur. Lav., 2004, I, 2004, I, 92.

¹⁰²⁹ Tribunale Reggio Emilia, 2 giugno 1998, in Orient. Giur. Lav., 1998, I, 291.

diritto pubblico ed impone una ricostruzione, in termini di attività di gestione, da ricondurre interamente al campo di applicazione del diritto civile¹⁰³⁰.

Altra dottrina, invece, esclude che le progressioni verticali siano riconducibili alla disciplina propria ed esclusiva della gestione del rapporto privatistico di lavoro¹⁰³¹. La giurisprudenza amministrativa, in armonia con il primo degli orientamenti esposti, qualifica l'attività in oggetto in termini gestionali di diritto privato con la conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione ordinaria¹⁰³². Anche in ambito pubblicistico la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata nel senso che, nell'ambito del rapporto che si instaura fra il candidato al concorso pubblico e l'amministrazione, quest'ultima è tenuta ad osservare, oltre le norme ed i principi di legittimità che riguardano gli atti, le clausole generali di correttezza e buona fede che investono il comportamento complessivo e l'uso del potere esercitato nelle operazioni concorsuali¹⁰³³.

Per ciò che attiene alle norme contenute nel contratto collettivo o integrativo, la giurisprudenza di legittimità si è espressa nel senso che "il contratto individuale di lavoro stipulato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni deve conformarsi al contratto collettivo il quale, a sua volta, demanda al contratto collettivo integrativo dell'ente l'attuazione delle sue disposizioni" con la conseguenza che "l'adeguamento del contratto individuale a quello collettivo implica, senza necessità di specifici richiami, l'adeguamento anche al contratto collettivo integrativo, che rappresenta un modo per conformare il patto individuale alle regole collettive nazionali. Pertanto, ove sussista un obbligo (previsto dal contratto collettivo) sulla cui portata non sorgono incertezze, e tale obbligo venga adempiuto, non vi è ragione di invocare i principi di buona fede e di correttezza che non operano come fonti autonome ed ulteriori di diritti se non nei limiti della previsione contrattuale¹⁰³⁴".

Quanto all'esame dei profili risarcitori, occorre evidenziare che la *chance integra* una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato e non deve considerarsi una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale

¹⁰³⁰ Sordi, Il giudice ordinario e le procedure selettive e concorsuali nel lavoro pubblico, in Lav.p.a., 2005, 302; Sgroi, Disciplina contrattuale dei concorsi interni e giurisdizione amministrativa, in Lav. p.a., 140.

¹⁰³¹ Tenore, Riparto di giurisdizione sui concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni, in Foro amm., 2001, 1975; Oliveri, Riflessioni sulla giurisdizione relativa alle vertenze per le "progressioni verticali", in www.lexitalia.it.

¹⁰³² Tar Lazio, Roma, sez. III, 23 settembre 2004, n. 9678, in Foro amm.-Tar, 2004, 2585; Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 maggio 2004, n. 3756, in I Tar, 2004, I, 479.

¹⁰³³ Consiglio di Stato, sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5495, in Foro amm. CDS, 2003, 2628.

¹⁰³⁴ Cass. Sez. Lav., 4 luglio 2007, n. 15039, in Giust. Civ. Mass., 2007, 7-8.

a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione. Da ciò consegue che la sua perdita, consistente nella impossibilità di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale. La perdita di *chance* consiste nella privazione della possibilità di sviluppi o progressioni nell'attività lavorativa e integra l'ipotesi di un danno patrimoniale risarcibile in presenza di un pregiudizio certo - anche se non determinato nel suo preciso ammontare - consistente non in un lucro cessante, bensì nel danno emergente dalla perdita di una possibilità attuale, suscettibile di essere valutato qualora sia possibile accertare, anche utilizzando elementi presuntivi, la ragionevole probabilità della esistenza di detta *chance* intesa come attitudine attuale. Essa, come mera possibilità di conseguire un risultato favorevole, va ritenuta sussistente nell'ipotesi della promozione a seguito della partecipazione ad un concorso. La perdita di *chance* deve ritenersi cosa diversa dal danno futuro che riguarda un pregiudizio di là da venire, soggetto a ristoro purché certo ed altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto. La perdita di *chance*, invece, costituisce un danno attuale che non si identifica con la perdita di un risultato utile ma con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a parere della giurisprudenza, “che siano posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato, ossia una probabilità di successo maggiore del 50% statisticamente valutabile con giudizio prognostico *ex ante* secondo l'*id quod plerumque accidit* sulla base di elementi forniti dal danneggiato¹⁰³⁵”. Al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una *chance*, è, quindi, necessario per il danneggiato dimostrare, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegare, la realizzazione, in concreto, almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta. In senso diverso, per la qualificazione in termini di danno futuro della perdita di *chance*, si è pronunciata la giurisprudenza amministrativa affermando che “il danno patrimoniale da perdita di *chance* è, un danno futuro, consistente non nella perdita di un vantaggio economico, ma nella perdita della mera possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione *ex ante* da ricondursi, diacronicamente, al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale¹⁰³⁶”.

¹⁰³⁵ Cons. stato, sez. IV, 4 luglio 2008, n. 3340, in Red. Amm. CDS, 2008, 7; T.A.R. Toscana, sez. II, 12 febbraio 2008, n. 174, in Foro amm. TAR, 2008, 2, 465.

¹⁰³⁶ Cass. sez. III., 17 aprile 2008, n. 10111, in Giust. Civ. Mass., 2008, 4

In caso di violazione, da parte del datore di lavoro dell'obbligo di predeterminare i criteri di selezione dei lavoratori per la promozione a qualifica superiore, incombe sul singolo lavoratore non promosso ed attore in giudizio per il risarcimento del danno da perdita della possibilità di promozione (perdita di *chance*), l'onere di provare il nesso di causalità tra il detto inadempimento del datore ed il danno, ossia la concreta sussistenza della probabilità di ottenere la superiore qualifica.

La giurisprudenza di legittimità ha affermato che "quando il lavoratore lamenta la violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di osservare, nell'espletamento di una procedura concorsuale per la promozione ad una qualifica superiore, criteri di correttezza e buona fede in ordine allo svolgimento delle procedure e al rispetto della *par condicio* fra gli aspiranti, chiedendo il risarcimento dei danni derivanti dalla perdita della possibilità di conseguire la promozione - la c.d perdita di *chance* - ha l'onere di provare anche gli elementi atti a dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità che egli avrebbe avuto di conseguire la promozione, atteso che la valutazione equitativa del danno, ai sensi dell'art. 1226 c.c., presuppone che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile che ne sia conseguenza immediata e diretta¹⁰³⁷".

La valutazione equitativa del danno, ai sensi dell'art. 1226 c.c., infatti, presuppone che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile. Poiché il datore di lavoro, come sopra precisato, nello svolgimento delle procedure concorsuali indette con un bando per l'assunzione di soggetti esterni deve attenersi ai doveri di correttezza e buona fede, l'impresa ha l'obbligo di svolgere il concorso e di designare i vincitori attenendosi ai predetti criteri che divengono un limite alla discrezionalità del debitore nell'adempimento dell'obbligazione con la conseguenza che, in caso di inadempimento o di inesatto adempimento, è configurabile, in favore dei soggetti esclusi, il diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c.. Anche la giurisprudenza amministrativa afferma, come evidenziato, che ai fini del risarcimento della *chance*, il ricorrente ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, pur se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità che egli avrebbe avuto di conseguire il risultato sperato, atteso che la valutazione equitativa del danno, ai sensi dell'art. 1226 c.c., presuppone che risulti comprovata l'esistenza di un danno

¹⁰³⁷ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7943, in *Giuda dir.*, 2008, 18, 78; cass., Sez. lav., 6 giugno 2006, n. 13241, in *Foro it.*, 2006, 12, 3384.

risarcibile¹⁰³⁸. Più in particolare, in materia di illegittima aggiudicazione di una gara o di un concorso pubblico, allorché sia domandato il risarcimento del danno in relazione alla perdita di *chance*, la lesione della possibilità concreta di ottenere un risultato favorevole presuppone che sussista una probabilità di successo (nella specie, di vedersi aggiudicato l'appalto o di vincere il concorso) almeno superiore al 50 per cento, poiché, diversamente, diventerebbero risarcibili anche mere possibilità di successo, statisticamente non significative. In tema di danno da perdita di *chance*, il contenuto della relativa prova varia da fattispecie a fattispecie. Le lesioni subite in un incidente stradale non sono di per sé sufficienti a sostenere un danno da perdita di *chance* lavorative future in quanto, mentre in un concorso per titoli va dimostrato il grado di probabilità di conseguire il risultato favorevole, in un concorso per esami, nel quale non rilevi un punteggio di ammissione e nessuno possa prevedere il risultato finale, è la stessa esclusione illegittima alla partecipazione che comporta l'impossibilità di vittoria, e, quindi, la perdita della relativa *chance* che legittima una valutazione equitativa del danno, commisurata al grado di probabilità del risultato favorevole o, come nel caso da ultimo citato, alla perdita di *chance* in sé¹⁰³⁹.

Nelle ipotesi in cui, per la promozione ad una qualifica superiore sia previsto l'espletamento di procedure concorsuali, deve distinguersi il danno da mancata promozione da quello da perdita di *chance* con la conseguenza che "nel primo caso, il lavoratore, che agisca per il risarcimento del danno, deve provare sia l'illegittimità della procedura concorsuale sia che, in caso di legittimo espletamento, sarebbe stato certamente incluso nell'elenco dei promossi; nel secondo caso - sul presupposto della irrimediabile perdita di *chance* in ragione dell'irripetibilità della procedura con le stesse modalità e gli stessi partecipanti di quella ritenuta illegittima - si fa valere il danno associato alla perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile. Ne consegue che, mentre il danno da mancata promozione può trovare un ristoro corrispondente in pieno con la perdita dei vantaggi connessi alla superiore qualifica (non solo di natura economica, ma anche normativa) il danno da perdita di *chance* può solo commisurarsi, ma non identificarsi, alla perdita di quei vantaggi, in ragione del grado di probabilità - esistente al momento della illegittima esclusione - di conseguire la promozione¹⁰⁴⁰". Il risarcimento dovuto - ove ne sia fornita la prova - deve comprendere ogni altro pregiudizio che si riflette sulla persona del dipendente

¹⁰³⁸ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 2 aprile 2008, n. 1807, in Foro amm. TAR, 2007, 3, 903; T.A.R. Toscana, sez. I, 5 giugno 2008, n. 1570, in Giust. Civ., 2008, 10, 2291.

¹⁰³⁹ Cass. Sez. lav., 27 giugno 2007, n. 14820, in Guida dir., 2007, 22.

come conseguenza del mancato riconoscimento della promozione quale la perdita di conoscenze, di esperienze e di professionalità scaturenti dalla qualifica non conseguita, ovvero il mancato raggiungimento di una situazione di maggior prestigio per i riflessi nell'ambiente di lavoro e nel contesto sociale, ed, infine, possibili menomazioni all'integrità psico-fisica ricollegabili alla negazione delle legittime aspettative del dipendente. Come già illustrato, il danno da perdita di *chance* non è una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, economicamente e giuridicamente suscettibile di autonoma valutazione, di cui l'interessato ha l'onere di provare, sia pure in modo presuntivo secondo il calcolo di probabilità, i presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta. Il danno, quindi, va calcolato tramite il ricorso ad un calcolo delle probabilità che evidenzii i margini di possibile raggiungimento del risultato sperato, mentre è legittima, da parte del giudice di merito, una valutazione equitativa di tale danno, commisurata al grado di probabilità del risultato favorevole. È pertanto legittima una valutazione equitativa del danno commisurata al grado di probabilità del risultato favorevole o alla perdita della *chance* in sé. Quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva e di calcolo probabilistico, dell'esistenza di una *chance* di conseguimento di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica, la perdita di tale *chance* è risarcibile come danno alla situazione giuridica di cui trattasi, indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della *chance* avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato il raggiungimento del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità dello stesso. L'idoneità della *chance* a determinare presuntivamente o probabilmente l'obiettivo vantaggioso è, viceversa, rilevante, soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno, da effettuarsi eventualmente in via equitativa. Il sostegno probatorio da parte del soggetto interessato è determinante ai fini della valutazione del danno in oggetto e della sua conseguente valutazione equitativa da parte del giudice. E deve essere supportato da presunzioni e calcoli probabilistici. La liquidazione del danno da perdita di *chance*, se non può essere provata nel suo ammontare preciso, infatti, deve avvenire in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.¹⁰⁴¹

¹⁰⁴⁰ Cass., Sez. lav., 23 gennaio 2002, n. 734, in Not. Giur. lav., 2002, 319.

Par. 3.9: Il rispetto del principio di buona fede come “limite” alla fruizione del diritto alle ferie da parte del lavoratore

Ulteriore ambito applicativo dei principi di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro, ha riguardato le modalità di fruizione dei periodi di ferie riconosciuti al prestatore di lavoro subordinato. In particolare, con una recente pronuncia¹⁰⁴², la Cassazione ha valutato se fosse legittimo un licenziamento disciplinare per giusta causa intimato ad un lavoratore che, per aver soggiornato in un'isola africana, nel corso di quattro distinti periodi feriali, aveva contratto, in ciascuno dei suddetti periodi, la stessa malattia tropicale, prolungando, così, per quattro volte l'assenza dal posto di lavoro. Gli addebiti posti a fondamento del licenziamento, intimato a conclusione del quarto e, quindi, ultimo periodo feriale erano sostanzialmente due.

Il primo addebito consisteva nel fatto che il lavoratore aveva chiesto di godere del suddetto periodo feriale adducendo motivazioni diverse da quelle reali. Egli aveva, infatti, motivato quella richiesta sostenendo di dover assistere la madre asseritamente malata e, invece, si era recato a soggiornare in un paese tropicale per "il disbrigo" di questioni economico-personali.

Il secondo addebito consisteva nella circostanza, accertata medicalmente, che il lavoratore, soggiornando in quel paese, aveva contratto una nota malattia tropicale, venendosi a trovare nella completa impossibilità di svolgere la sua prestazione di lavoro a conclusione del periodo feriale. Situazione, quest'ultima, ulteriormente aggravata poichè il lavoratore aveva contratto quella stessa malattia già nel corso dei tre precedenti periodi feriali, tutti trascorsi nella medesima località.

Pertanto, la società datrice di lavoro, a seguito della presentazione dell'ennesimo certificato medico, da parte del lavoratore, nel quale veniva attestata «la sua inidoneità al lavoro per un periodo di riposo e cura di tre mesi», aveva deciso di irrogare al suo dipendente la più grave sanzione espulsiva del licenziamento disciplinare per giusta causa.

La sentenza in questione prende le mosse dai «principi di correttezza e buona fede posti dagli artt. 1175 e 1375 c.c. che devono presiedere all'esecuzione anche del

¹⁰⁴¹ Cass., Sez. lav., 6 giugno 2006, n. 13241, in Giust. Civ. Mass., 2006, 6.

¹⁰⁴² Cass. Sez. lav., 25 gennaio 2011, n. 1699.

contratto di lavoro» per affermare la legittimità del licenziamento disciplinare del lavoratore in questione¹⁰⁴³.

Il comportamento complessivamente tenuto dal lavoratore, infatti, è stato considerato dai giudici di legittimità contrario ai suddetti principi e, comunque, lesivo «dell'interesse del datore di lavoro a ricevere regolarmente la prestazione lavorativa dedotta in contratto».

Ciò perché quel lavoratore, nonostante il pericolo di ammalarsi a ragione delle ricadute morbose determinate dai suoi (tre) precedenti viaggi nell'isola africana si era, per la quarta volta, esposto volontariamente al rischio di contrarre una malattia che non gli aveva consentito di riprendere il servizio, una volta terminato il periodo feriale. La questione decisa dai giudici di legittimità è rilevante perché solleva due importanti e ricorrenti problemi più volte affrontati dalla dottrina giuslavoristica¹⁰⁴⁴.

Il primo problema è quello di sapere se la tutela *ex art.* 2110 c.c., ai sensi del quale il lavoratore «in caso di [...] di malattia» ha diritto alla conservazione del posto di lavoro e alla corresponsione della "retribuzione" o di "un'indennità", è garantita anche nel caso in cui lo stato di malattia sia derivato da una grave violazione degli obblighi di correttezza (art. 1175 c.c.) e di buona fede (art. 1375 c.c.) e, quindi, da un comportamento gravemente colposo del lavoratore.

Orbene, stante il tenore letterale del comma 1 dell'art. 2110 c.c., si dovrebbe pervenire alla conclusione che il rischio della temporanea impossibilità della prestazione lavorativa, grava sul datore di lavoro, indipendentemente dalla circostanza che il lavoratore abbia contratto la malattia per aver tenuto un comportamento colposo o, nella più grave delle ipotesi, doloso.

E infatti, in assenza di qualsiasi eccezione e/o precisazione da parte del legislatore, la tutela *ex art.* 2110 c.c. sembrerebbe condizionata esclusivamente dall'esistenza dell'evento morboso inabilitante, indipendentemente dal fatto che tale evento sia stato determinato da un comportamento che costituisca una grave violazione, da parte del lavoratore, dei doveri di diligenza e di correttezza derivanti dal contratto di lavoro, con l'inevitabile conseguenza che il datore di lavoro potrebbe recedere soltanto a conclusione del c.d. periodo di comporto.

¹⁰⁴³ Castelvetti, Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, 237ss; Montuschi, Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, 723 ss; Persiani, Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro, in *Dir. Lav.*, 1995, 135 ss.

¹⁰⁴⁴ Pera, Eccessiva morbilità ed accertamenti sanitari, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1983, 306ss; Cistaro, La malattia del lavoratore. Diritti e doveri delle parti., Milano, 2012.

Tuttavia interpretando l'art. 2110 c.c. in combinato disposto con gli artt. 1175 e 1375 c.c., si è pervenuti alla diversa, ma più ragionevole, conclusione per la quale «il rischio della temporanea impossibilità lavorativa» grava sul datore di lavoro soltanto «entro certi limiti».

In particolare, secondo i giudici di legittimità, qualsiasi comportamento tenuto dal lavoratore va, pur sempre, valutato alla stregua dei principi generali di correttezza (art. 1175 c.c.) e di buona fede (art. 1375 c.c.). Al riguardo, si potrebbe, infatti, sostenere che tali principi, proprio a ragione del loro carattere generale, contengono «una delega implicita al giudice affinché attinga valori fuori del territorio del diritto positivo» e, nel caso di specie, oltre il tenore letterale dell'art. 2110 c.c.¹⁰⁴⁵

Principi, questi ultimi, dai quali, dunque, prendono le mosse i c.d. doveri di protezione e, cioè, gli obblighi la cui osservanza è imposta sia al creditore che al debitore di qualsiasi rapporto obbligatorio al fine di preservare la propria sfera giuridica da eventuali comportamenti illegittimi posti in essere dall'altra parte. Del resto i principi generali di correttezza e di buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. devono essere osservati nell'esecuzione di qualsiasi rapporto contrattuale, essendo espressione del generale dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost. Dovere che, dunque, grava su entrambe le parti del rapporto obbligatorio, a prescindere dall'esistenza di ulteriori, specifici obblighi contrattuali o, comunque, di quanto espressamente stabilito dalle norme di legge. Con la conseguenza che, da un lato, ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio è tenuta ad agire in modo da preservare gli interessi della controparte, dall'altro il giudice deve procedere ad una valutazione unitaria e comparativa dei comportamenti, tenendo conto soprattutto dei rapporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite, della loro incidenza sulla funzione economico-sociale del contratto, e quindi, degli interessi che le parti perseguono nella stipula. Sulla base di tali premesse, i giudici di legittimità hanno affermato che il comportamento del lavoratore licenziato è lesivo degli interessi del datore di lavoro derivanti dal contratto di lavoro, nella misura in cui il primo non ha conservato, nel corso del periodo feriale, la propria capacità di adempiere alle obbligazioni di lavoro. In particolare, secondo i giudici di legittimità, il comportamento del lavoratore è stato "pervicace", in considerazione della consapevole, volontaria e, soprattutto, reiterata scelta di esporsi al pericolo non di

¹⁰⁴⁵ Cass. sez. lav., 22 febbraio 1995, n. 2019; Cass. sez. lav., 17 marzo 1987, n.2707; Cass sez. lav., 7 maggio 1983, n. 3142.

"mera eventualità", ma di "altissima probabilità" di contrarre una patologia tropicale che non gli avrebbe consentito di svolgere, neppure in parte, la prestazione di lavoro. Scelta che, quindi, denota, se non l'esistenza di un comportamento doloso, quanto meno l'esistenza di un comportamento gravemente colposo e, pertanto, contrario ai già richiamati doveri di protezione gravanti su entrambe le parti del rapporto di lavoro. Con la conseguenza che il lavoratore, a fronte di tale comportamento, perde il diritto alla conservazione del posto di lavoro e alla tutela di cui all'art. 2110 c.c.

E infatti, secondo tali principi, se è vero che l'eventuale colpa del lavoratore, dovuta ad imprudenza, negligenza o imperizia nell'esecuzione della prestazione lavorativa, non interrompe il nesso di causalità tra il lavoro e l'infortunio, è altrettanto vero che quel nesso non può esistere quando il lavoratore, di sua iniziativa, ponga in essere comportamenti che escludano ogni connessione, anche quella occasionale, tra l'esposizione al rischio e il lavoro (c.d. rischio elettivo).

Allo stesso modo, sembra ragionevole ritenere che la tutela *ex art. 2110 c.c.* non possa essere applicata quando il lavoratore, con dolo o con colpa grave, si esponga volontariamente e consapevolmente al rischio di contrarre una patologia o, comunque, prolunghi lo stato della malattia già contratta.

Quanto sin qui esposto risulta, inoltre, coerente con quanto previsto al comma 1 dell'art. 32 Cost. E infatti, ai sensi di tale disposizione, la salute non forma soltanto oggetto di un diritto individuale costituzionalmente garantito, bensì anche di un interesse pubblico, appartenente all'intera collettività. Pertanto, il lavoratore che, con il suo comportamento, contragga volontariamente, o prolunghi, lo stato di malattia, finisce per pregiudicare tale interesse. Ciò in quanto la malattia del lavoratore è pur sempre "un costo" per la collettività e, in particolare, per l'Inps che, in caso di domanda da parte del lavoratore, è tenuto ad erogare l'indennità economica di malattia, in sostituzione della retribuzione, per il periodo stabilito dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

La sentenza solleva anche un ulteriore problema che è quello di sapere se l'obbligo del lavoratore, *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*, di astenersi dal porre in essere comportamenti idonei a pregiudicare la propria capacità di adempiere in danno del datore di lavoro, sussista o meno anche durante il periodo feriale. Sul punto può dirsi che il diritto del lavoratore di organizzare e di utilizzare il proprio tempo libero deve, comunque, essere bilanciato con l'interesse del datore di lavoro di ricevere la prestazione lavorativa a conclusione del periodo feriale. Onde il lavoratore, nel

corso del periodo feriale, può svolgere qualsiasi attività idonea al recupero delle energie psico-fisiche perdute, purché tali attività non pregiudichino l'interesse del datore di lavoro a ricevere la corretta esecuzione della prestazione lavorativa, a conclusione di quel periodo. Quanto esposto, infatti, sembrerebbe coerente con la circostanza che il diritto alle ferie deve, pur sempre, essere esercitato in coerenza con le "esigenze dell'impresa" (comma 2 dell'art. 2109 c.c.). Esigenze, peraltro, richiamate anche dal comma 1 dell'art. 2104 c.c. secondo il quale «il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta [...] dall'interesse dell'impresa». E infatti, Il consolidato orientamento dottrinario¹⁰⁴⁶ dà una definizione soggettiva dell'interesse dell'impresa, indentificato con l'interesse dell'imprenditore all'esercizio del potere di organizzazione del lavoro alle proprie dipendenze e, cioè, con quello di ricevere ed utilizzare la prestazione dovuta in un determinato contesto organizzativo. Peraltro, le conclusioni alle quali sono pervenuti i giudici di legittimità sono coerenti anche con quell'orientamento dottrinale¹⁰⁴⁷ secondo il quale le regole di correttezza (art. 1175 c.c.) e di buona fede (art. 1375 c.c.) richieste al lavoratore nell'adempimento delle proprie obbligazioni riguardano non soltanto la corretta esecuzione della prestazione lavorativa in senso stretto, ma anche la realizzazione della funzione propria del rapporto di lavoro generalmente considerato. Trattasi dei c.d. obblighi preparatori rispetto all'esecuzione della prestazione che, in questo caso, rilevano nella loro accezione negativa e, cioè, come dovere di astenersi dal porre in essere comportamenti lesivi dell'interesse datoriale alla corretta esecuzione della prestazione lavorativa. Al riguardo, si è affermato che «il dovere preparatorio [...] è qualcosa di più del semplice divieto delle azioni incompatibili con l'adempimento, comportando la prescrizione di evitare tutti i comportamenti semplicemente pericolosi per l'adempimento stesso, dei quali cioè è probabile od anche soltanto possibile che derivi un'impossibilità di adempiere¹⁰⁴⁸». Le conclusioni alle quali sono pervenuti i giudici di legittimità sembrano, poi, ancora più ragionevoli laddove si prenda in considerazione la *ratio* della disciplina legale e costituzionale del diritto alle ferie che, analogamente a quella del riposo settimanale, consiste nella necessità di garantire al prestatore di lavoro un'adeguata protezione delle energie psicofisiche. Le ferie hanno, infatti, la specifica funzione di consentire il recupero delle energie

¹⁰⁴⁶ Suppiej, Il rapporto di lavoro, in Enc. Giur. del lavoro, Diretta da Mazzoni, Padova, 1982, vol. IV; Persiani, Contratto di lavoro e organizzazione, Padova, 1966.

¹⁰⁴⁷ Mancini, La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro, Milano, 1966, 147 ss.

¹⁰⁴⁸ Mancini, La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro, Milano, 1966, 147 ss.

disperse a ragione del continuativo svolgimento della prestazione di lavoro, nonché quella di soddisfare esigenze ricreative, culturali o legate alla vita di relazione familiare e sociale.

Nel corso degli anni questo principio è stato ampiamente valorizzato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, soprattutto, della Corte costituzionale¹⁰⁴⁹.

E infatti quest'ultima, in più occasioni, ha avuto modo di affermare che, in base a quel principio, la scelta dell'imprenditore in merito al periodo in cui le ferie devono essere fruite dal lavoratore, non può mai vanificare la finalità per la quale le ferie sono godute. Insegnamento, quest'ultimo, che ha come suo corollario quello di consentire la monetizzazione delle ferie soltanto quando il rapporto di lavoro si estingue anticipatamente, rendendone oggettivamente impossibile la fruizione. In considerazione di ciò, la sentenza della Cassazione menzionata ha correttamente affermato che la *ratio* del diritto alle ferie non può essere vanificata neppure da parte del titolare di tale diritto e, cioè, da parte del lavoratore. E ciò proprio perché quel diritto è irrinunciabile e, quindi, indisponibile. Pertanto, il lavoratore resta libero di decidere autonomamente dove, come e quali attività svolgere nel corso del periodo feriale, a patto che dette attività consentano, effettivamente, il recupero delle normali energie psico-fisiche. E, nel caso di specie, l'aver contratto, per ben quattro volte, una grave patologia tropicale in occasione di quattro distinti periodi feriali, non lascia dubbi in ordine al fatto che il lavoratore non abbia goduto di quei periodi in coerenza con la funzione per la quale gli stessi erano stati concessi¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁹ Corte Cost., 16 dicembre 1987, n. 616; Corte Cost., 14 giugno 1990 n. 297.

¹⁰⁵⁰ Cass. sez. lav., 18 gennaio 1999, n. 434 e Cass sez. lav., 22 ottobre 1998, n. 10514, in Foro It., 1999, 6, I, 1891-1922, con note di Fabiani, Sindacato della corte di Cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento e Cristofaro, Sindacato di legittimità sull'applicazione dei "concetti giuridici indeterminati" e decisione immediata della causa nel merito.

CAPITOLO 4. ABUSO DEL DIRITTO E DIRITTO DEL LAVORO: IL "MOBBING"

SOMMARIO: Par 1: Il mobbing: inquadramento generale del fenomeno e analisi delle diverse tipologie – Par. 2: La definizione di mobbing nella psicologia del lavoro – Par. 3: Tutela giuridica del lavoratore vessato e responsabilità contrattuale del datore di lavoro – Par. 4: Mobbing e profili risarcitori – Par. 4.1: Mobbing come fattispecie e a formazione progressiva e risarcimento del danno patrimoniale – Par. 4.2: Quantificazione dei danni patrimoniali da mobbing con particolare riferimento – Par.5: Mobbing e Unione Europea – Par. 5.1: I principali esempi di disciplina normativa del mobbing nel panorama europeo.

173

Par. 1: Il *mobbing*: inquadramento generale del fenomeno e analisi delle diverse tipologie

Il termine “mobbing” designa quella particolare situazione lavorativa che vede un lavoratore fatto oggetto di comportamenti aggressivi e vessatori, ripetutamente posti in essere, da parte di colleghi, superiori o sottoposti, allo scopo precipuo di allontanare la vittima dall’ambiente lavorativo o comunque da emarginarla¹⁰⁵¹. Tale situazione è stata originariamente individuata, in letteratura scientifica, soprattutto nell’ambito della psicologia del lavoro che ha rilevato come nella pratica essa sia normalmente connotata dalla ricorrenza di alcuni elementi: la verifica dei fatti in un ambiente di lavoro, la reiterazione di condotte moleste a carico di un lavoratore caratterizzate da aggressività crescente, la volontà degli autori delle condotte di procurare molestia, l’induzione della vittima in stato di emarginazione. In ordine al primo degli elementi citati, si può rilevare come la ricorrenza delle condotte mobbizzanti in un contesto

¹⁰⁵¹ Hege, *Mobbing, conoscerlo per vincerlo*, Milano, 2001, 66ss.; Vallebona, *L’edonismo d’assalto di fronte alle Sezioni Unite: il danno alla persona del lavoratore*, in *Il danno alla persona del lavoratore*, Milano, 2007, 399; Casilli, *Un approccio sistemico al mobbing e logiche di risposta*, dagli atti del seminario della Camera del Lavoro di Milano del 31 maggio 2000 su “Mobbing: un male oscuro”.

lavorativo è probabilmente da ascrivere al fatto che l'ambiente di lavoro da una parte favorisce, nel soggetto autore della condotta di *mobbing*, l'insorgere di insani propositi, dall'altra ne facilita l'esecuzione. Nell'ambiente di lavoro, infatti, i colleghi sono obbligati a confrontarsi diverse ore al giorno: tale frangente costituisce terreno fertile per l'insorgenza di invidie nei confronti di coloro che si distinguono per le loro capacità lavorative, ma è parimenti idoneo ad esasperare gli animi di coloro che, dovendo ricorrere alla collaborazione di un collega, non riescono a pervenire a risultati per l'incapacità o l'inadeguatezza di quest'ultimo nell'espletamento delle proprie mansioni. Infine si deve tener conto che il confronto continuato sul luogo di lavoro può risultare sgradito a quei lavoratori che, senza correre il rischio di perdere il posto di lavoro, di essere trasferiti o di perdere determinati privilegi, vedono nel collega un soggetto in grado di privarli dell'ascendente esercitato su altri lavoratori. Trattasi, in tutti i casi, di situazioni idonee a creare squilibri in grado di far scattare dinamiche comportamentali irreversibili, finalizzate alla neutralizzazione e all'eventuale allontanamento del lavoratore troppo bravo, troppo inetto, troppo onesto o troppo autorevole. Il *mobbing* si caratterizza per l'assenza di aggressioni fisiche dirette in quanto si concretizza nell'assumere comportamenti subdoli ed apparentemente innocui a danno della vittima che sarà indotta a cedervi. Di ciò va tenuto conto nel momento in cui si vanno ad individuare i casi in cui il datore di lavoro può esser chiamato a rispondere di *mobbing* per azioni allo stesso non direttamente ascrivibili, venendo in considerazione condotte programmate proprio per non essere percepite come pericolose. Le condotte ascrivibili a fattispecie di *mobbing* vengono integrate da una serie di azioni ripetute le quali, singolarmente considerate, possono anche essere lecite ed inoffensive. Si può affermare che l'insidiosità del *mobbing* sta proprio nel fatto che spesso l'attacco al soggetto mobbizzato avviene attraverso comportamenti che egli non ha ragione di percepire come offensivi perché in realtà, di per sé considerati, non sono tali. La vittima, pertanto, non mette in atto naturali meccanismi di difesa di modo che il soggetto mobbizzato comincerà a porsi delle domande solo quando le azioni mobbizzanti cominceranno, per frequenza e/o per loro intrinseca idoneità lesiva, ad arrecargli un evidente disagio. Ecco perché in letteratura si afferma che non è sufficiente una sola azione a perfezionare il *mobbing* in quanto le modalità di aggressione sono tali per cui di fatto essa non produce alcun effetto visibile se non dopo essere stata reiterata per un significativo numero di volte, evidentemente

nell'arco di un periodo di tempo diversificato a seconda delle modalità di aggressione¹⁰⁵². In questo senso può dirsi che il *mobbing* è una fattispecie di evento, e non di pura condotta, richiedendosi per il perfezionamento di essa che il comportamento del soggetto autore della condotta abbia prodotto un minimo di conseguenze, ossia la induzione nella vittima del dubbio di essere oggetto di molestie. Il *mobbing* è caratterizzato dall'intento di provocare, mediante molestie, l'emarginazione della vittima, con la conseguenza che il comportamento posto in essere dall'autore della condotta di *mobbing* assume rilevanza in considerazione non solo della reiterazione delle singole condotte, ma anche dell'elemento soggettivo di cui sono connotate e dal loro intrinseco collegamento funzionale. Volendo ricorrere alla terminologia propria del diritto penale, si può affermare che la condotta posta in essere dal soggetto mobbizzante è connotata dal dolo intenzionale, nel senso che l'emarginazione della vittima dal contesto lavorativo costituisce realizzazione dell'evento che costui si era prefigurato ed al cui fine si è indotto ad agire. Non costituisce, invece, oggetto di dolo intenzionale diretto, la circostanza che, per effetto della condotta mobbizzante, la vittima riporti anche delle conseguenze psico-fisiche: all'autore del *mobbing* interessa emarginare la vittima, espellerla dal contesto, anche a costo di provocarne il licenziamento, e a tal fine, pone in essere, da solo o con altri soggetti, la serie di azioni moleste cui si è fatto riferimento¹⁰⁵³. Il *mobbing* può essere di diverse tipologie: si parla di *mobbing* verticale quando le vessazioni sono realizzate dal datore di lavoro o, più in generale, da un capo nei confronti di un suo sottoposto. Quando ciò avviene in attuazione di una subdola strategia espulsiva, quando cioè il dirigente fa in modo di rendere la vita impossibile al lavoratore "scomodo" per costringerlo alle dimissioni, ci si trova dinanzi ad un'ulteriore specificazione del fenomeno, il cosiddetto *bossing*. Un'altra tipologia, invece, è il *mobbing* orizzontale, ovvero quello posto in essere dai colleghi della vittima; in questo caso non sempre c'è una ragione specifica che origina l'emarginazione, ma è sufficiente un'antipatia, un'incompatibilità caratteriale o un'ideologia politica differente; o ancora può accadere che il gruppo, anche inconsapevolmente, scelga un certo soggetto come capro espiatorio sul quale scaricare le tensioni lavorative. Infine, assai raro, abbiamo il

¹⁰⁵² Gilioli (a cura di), *Cattivi capi, cattivi colleghi. Come difendersi dal mobbing e dal nuovo capitalismo selvaggio*, Milano 2000; Gulotta, *Il vero e il falso mobbing.*, Milano, 2007; Hirigoyen, *Molestie morali. La violenza perversa nella famiglia e nel lavoro.*, Torino, 2000.

¹⁰⁵³ Maier, *Il Mobbing e lo stress organizzativo*, Edizioni Il ponte Vecchio, Cesena, 2002; Marini-Nonnis, *Il mobbing. Dal disagio al benessere lavorativo*, Roma, 2006; Pozzi (a cura di) *Salute mentale e ambientale di lavoro. Conoscere e tutelare dal disadattamento al mobbing*, Milano 2008; Spaltro - Piscicelli, *Psicologia per le organizzazioni*, Roma, 2002.

mobbing ascendente, termine usato per indicare le vessazioni portate avanti dai dipendenti, spesso in gruppo, nei confronti del superiore per delegittimarlo, come in una sorta di ammutinamento.

Par. 2: La definizione di *mobbing* nella psicologia del lavoro.

In Italia, allo stato, non esiste una definizione giuridica del termine *mobbing*, perciò si ricorre alle scienze sociali ed in particolar modo alla psicologia del lavoro. Il primo a realizzare studi consistenti sul fenomeno in questione fu, negli anni '80, lo psicologo svedese Heinz Leymann¹⁰⁵⁴, considerato il “padre del *mobbing*”. Per lo studioso, il *mobbing* è definito come: “*il terrore psicologico sul luogo di lavoro che consiste in una comunicazione ostile e contraria ai principi etici, perpetrata in modo sistematico da una o più persone principalmente contro un singolo individuo che viene per questo spinto in una condizione di impotenza e impossibilità di difesa e qui costretto a restare da continue attività ostili. Queste azioni sono effettuate con un’alta frequenza (almeno una volta alla settimana) e per un lungo periodo (per almeno 6 mesi). A causa dell’alta frequenza e della lunga durata, il comportamento ostile dà luogo a seri disagi psicologici, psicosomatici, sociali*”. Nel panorama italiano la figura più importante è lo psicologo Harald Ege, fondatore dell’associazione PRIMA (Associazione italiana contro Mobbing e Stress Psico-Sociale), che ha tradotto gli studi di Leymann e li ha rielaborati in modo da renderli applicabili alla situazione sociale italiana. Secondo Ege il *mobbing* è “*una situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente ed in costante progresso, in cui una o più persone vengono fatte oggetto di azioni ad alto contenuto persecutorio da parte di uno o più aggressori in posizione superiore, inferiore o di parità, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità. Il mobbizzato si trova nell’impossibilità di reagire adeguatamente a tali attacchi e a lungo andare accusa disturbi psicosomatici, relazionali e dell’umore che possono portare anche ad invalidità psicofisiche permanenti di vario genere*”. In particolare Ege ritiene che, affinché si possa parlare di *mobbing*, debbano essere presenti tutti i seguenti presupposti. In primo luogo è necessario che tali comportamenti vessatori si svolgano all’interno dell’ambiente lavorativo. Pur essendo possibile che il disagio si ripercuota nella sfera privata della vittima (il cd. doppio *mobbing*), quando il conflitto

¹⁰⁵⁴ Leymann, in .Ege, La valutazione peritale del danno da mobbing, Milano, 2002.

sorge e si sviluppa in altri settori della vita del soggetto, non saremo in presenza del fenomeno in oggetto. In secondo luogo è necessaria la sussistenza di un dislivello tra antagonisti. I soggetti coinvolti sono due, il *mobber* ed il mobbizzato, cioè l'aggressore e la vittima. Non si tratta obbligatoriamente di due soggetti singoli (è possibile, infatti, che le vessazioni siano portate avanti da un gruppo di persone); ciò che è indispensabile, infatti, è che ci sia una contrapposizione di ruoli, caratterizzata da una disparità di forze. Se infatti i due soggetti si fronteggiano ad "armi pari", saremo dinanzi ad una semplice conflittualità sul lavoro. In terzo luogo è necessario che il conflitto di forze abbia una durata minima semestrale, specificando che, nel caso del cd. *quick mobbing* (vessazioni dalla frequenza quotidiana e, quindi, dall'effetto particolarmente devastante), la durata possa abbassarsi a tre mesi. Infine è necessario che tali azioni ostili si ripetano almeno una volta al mese. Bisogna evitare, infatti, che vi siano ricompresi anche episodi isolati di conflittualità, che risultano, invece, fisiologici all'interno dell'ambiente lavorativo. Anche in questo caso è possibile individuare una eccezione, ovvero la condizione del "sasso nello stagno" che sussiste quando "si rileva la presenza di una singola azione ostile portante, i cui effetti si ripercuotono sulla persona quotidianamente ed internamente, anche dopo che la prima azione si è esaurita¹⁰⁵⁵". Quanto alla tipologia di condotte astrattamente riconducibili alla nozione di *mobbing*, si è soliti annoverarle in cinque distinte categorie: attacchi ai contatti umani (critiche e rimproveri ingiustificati, limitazione delle capacità espressive, interruzione continua dei discorsi), isolamento sistematico (assegnazione di una posizione lavorativa fisicamente lontana ed isolata, negazione di informazioni fondamentali per lo svolgimento del lavoro, divieto per i dipendenti di comunicare con la vittima), modificazione *in peius* delle mansioni svolte in precedenza (attribuzione di compiti insignificanti, dequalificanti, umilianti, di livello inferiore o nocivi alla salute), attacchi alla reputazione (calunnie, ridicolizzazioni, offese, insulti anche basati sulle differenze razziali, sessuali, religiose, politiche), condotte violente o minacce di violenza (molestie sessuali, minacce di violenza fisica, attribuzione a ruoli nocivi per la salute). Con riguardo all'intento persecutorio, va precisato che le motivazioni all'origine del *mobbing* possono essere le più diverse, come la gelosia, l'invidia, l'antipatia, le differenze culturali, politiche, sessuali. In ogni caso, però, è necessaria la presenza di un "chiaro scopo negativo nei confronti della vittima", la volontà di colpirla, ferirla, isolarla. Perseguire l'allontanamento del lavoratore dall'azienda è un

¹⁰⁵⁵ Rosiello, *Mobbing: definizione e fonti di responsabilità per il datore di lavoro*, in *Pianeta Lavoro* e

quid pluris, una ragione ulteriore alla base delle vessazioni che individua la particolare fattispecie del *bossing*; non è invece un requisito fondamentale per la sussistenza del *mobbing*.

Ege individua sei fasi attraverso le quali si snoda lo sviluppo della condotta mobbizzante, precedute da una cosiddetta “condizione zero”. Quest’ultima è definita come una pre-fase che si riferisce a quella situazione di conflitto generalizzato sentito come fisiologico all’interno dell’azienda. Non si può ancora parlare di *mobbing*, ma di certo queste tensioni costituiscono “terreno fertile per il suo sviluppo”. In questa condizione iniziale, non è ancora individuabile una vittima specifica. Si tratta, piuttosto, di un conflitto “tutti contro tutti” che si sviluppa solo all’interno dell’ambito lavorativo, senza estendersi alle relazioni personali. Non sussiste ancora la volontà di distruggere l’avversario, ma l’obiettivo è distinguersi, primeggiare all’interno del gruppo. La prima fase è quella del “conflitto mirato” nella quale si opera la scelta di dirigersi verso una vittima ben precisa, iniziando a coinvolgere anche aspetti della vita privata. Si esce dall’ambito della competizione e lo scopo diventa la distruzione dell’avversario. Nella seconda fase, la vittima comincia a percepire un inasprimento nelle relazioni con i colleghi ed i superiori, subendo veri e propri attacchi che, tuttavia, ancora non causano malattie psico-somatiche ma solo un forte disagio. Nella terza fase il disagio psicologico inizia a riflettersi sul piano fisico ed il mobbizzato accusa i primi sintomi psico-somatici che causano ripetute assenze dal lavoro con conseguente calo del rendimento. Nella quarta fase il *mobbing* diventa di pubblico dominio e tende a comportare errori ed abusi da parte dell’amministrazione del personale. Quest’ultima, insospettata dalle frequenti assenze del mobbizzato e dal calo del suo rendimento lavorativo, interviene sottoponendo il lavoratore a continui controlli e richiami disciplinari. La quinta fase è caratterizzata da un serio aggravamento della situazione psico-fisica del mobbizzato che origina sindromi depressive con necessità di terapia farmacologica che, però, funziona solo da palliativo in quanto la situazione lavorativa non dà cenni di miglioramento, anzi peggiora di giorno in giorno. I richiami dell’amministrazione proseguono, sommandosi agli attacchi del *mobber/mobbers*, al punto che “la vittima inizia a convincersi di essere essa stessa la causa di tutto o di vivere in un mondo di ingiustizie contro cui nessuno può nulla, precipitando ancor più nella depressione”. Nella sesta fase, infine, si assiste alla fuoriuscita del lavoratore dall’azienda. La vittima, non reggendo più la pressione psicologica, può cedere e

dimettersi oppure presentare richiesta di prepensionamento; può accadere anche che le vessazioni culminino in un licenziamento, magari a seguito di qualche errore commesso dal lavoratore, dovuto al forte stato di *stress* in cui si trova. Possono verificarsi, purtroppo, anche esiti traumatici: invalidità permanenti, sviluppo di manie ossessive, suicidio, omicidio, vendetta nei confronti del *mobber*.¹⁰⁵⁶

Par. 3: Tutela giuridica del lavoratore vessato e responsabilità contrattuale del datore di lavoro.

E' opportuno operare un'analisi della tutela giuridica offerta alle vittime del *mobbing*, argomento molto interessante soprattutto alla luce della totale assenza di disciplina legislativa. Il diritto civile si occupa da anni del fenomeno e dei suoi effetti, avendo maturato un efficace profilo repressivo, fondato sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, e individuando gli articoli 2087 e 2043 del codice civile come cardini del sistema. Come anticipato, manca tuttora una norma che individui e sanzioni il fenomeno del *mobbing*. Un passo molto importante è stato il riconoscimento del fenomeno da parte di dottrina e giurisprudenza: si è così identificato un comune denominatore sotto il quale riunire una serie di fenomeni inizialmente considerati solo in modo isolato e si è giunti ad un notevole ampliamento della tutela dei soggetti vessati. Elemento indispensabile, affinché si integri una condotta mobbizzante, è dato

¹⁰⁵⁶ Ege, *Stress e mobbing*, Pitagora Editrice, Bologna, 1998, 32; Ege, *Il mobbing in Italia*, Pitagora Editrice, Bologna, 1997, 47; Ege, *I numeri del mobbing*, Pitagora Editrice, Bologna, 1998, p. 9; Rosiello, *Dal mobbing al benessere organizzativo: l'intervento del sindacato nella prevenzione dello stress da lavoro*, Note informative, n. 45, ottobre 2009 il quale precisa E' fondamentale utilizzare la giusta precisione ed evitare di classificare come mobbing ogni tipo di vessazione sul lavoro. Esistono, infatti, diverse situazioni di conflittualità lavorativa, che si differenziano tra loro non solo per le caratteristiche ma soprattutto per la tutela giuridica ed il regime probatorio. Lo *straining* è "una situazione di stress forzato sul posto di lavoro, in cui la vittima subisce almeno un'azione che ha come conseguenza un effetto negativo nell'ambiente lavorativo, azione che oltre ad essere stressante, è caratterizzata anche da una durata costante. La vittima è in persistente inferiorità rispetto alla persona che attua lo *straining*". Per la sussistenza di questo fenomeno, quindi, non sono necessari due dei parametri richiesti per il mobbing e cioè la reiterazione delle condotte e l'andamento secondo fasi progressive in quanto esso può verificarsi anche attraverso una singola azione che abbia effetti prolungati nel tempo, come ad esempio un forte demansionamento, marginalizzazioni o svuotamento di mansioni¹⁰⁵⁶. Per quanto riguarda la tutela giuridica, nel caso di *straining* la responsabilità del datore di lavoro potrà ricondursi oltre che all'articolo 2087 c.c., anche all'articolo 2103 c.c., che tutela il lavoratore dal demansionamento. L'onere della prova, invece, risulta in questo caso più favorevole rispetto a quanto previsto per il mobbing: il lavoratore dovrà allegare l'inadempimento, indicando le mansioni precedentemente ricoperte, il livello di inquadramento e gli incarichi degradanti ai quali è stato poi assegnato; il datore di lavoro, invece, dovrà dimostrare di aver adempiuto correttamente alle proprie obbligazioni o dovrà provare che non si è verificata la dequalificazione oppure che si sia trattato di un giustificato esercizio dei poteri datoriali.

dalla ripetizione nel tempo dei comportamenti vessatori¹⁰⁵⁷. L'importanza della reiterazione emerge dal fatto che essa permette di dare rilevanza giuridica anche a comportamenti che, considerati singolarmente, sarebbero legittimi ma che, alla luce di una visione globale, risultano fortemente lesivi; in più, può risultare fondamentale ai fini del calcolo della prescrizione considerando che il termine per far valere l'azione giudiziale sarà calcolato a partire dall'ultima delle vessazioni subite. L'assenza di una apposita disposizione normativa è probabilmente dovuta alla complessità della fattispecie in questione, caratterizzata da una notevole eterogeneità nelle condotte, al punto da comprendere anche comportamenti di per sé leciti, e dalla varietà degli scopi (non solo espulsivi ma anche di vessazione, umiliazione, emarginazione della vittima). Per ovviare al vuoto normativo, è stato necessario utilizzare le fonti già esistenti. In particolare, per tutelare le vittime del *mobbing*, si può ricorrere all'art. 2087 c.c., coordinato, di volta in volta, con l'art. 2103 c.c. (in caso di demansionamento), con le varie norme dello Statuto dei Lavoratori, relative, ad esempio, al potere disciplinare e di controllo del datore di lavoro, oppure con la normativa antidiscriminatoria. Il termine *mobbing* comparve per la prima volta nella sentenza del Tribunale di Torino del 16 novembre 1999, nella quale i giudici sancirono che il datore di lavoro è tenuto, alla luce dell'art. 32 Cost. e dell'art. 2087 c.c., al risarcimento del danno psichico subito dal dipendente rimasto vittima di pratiche di *mobbing* messe in atto dal capoturno; nel caso in questione il datore di lavoro è stato ritenuto responsabile del comportamento del diretto superiore della vittima, consistente in ripetute molestie sessuali, nonché in frasi offensive ed incivili, e culminate nell'aver confinato la vittima in una postazione di lavoro angusta impedendole qualsiasi contatto con gli altri colleghi di lavoro. La giurisprudenza di legittimità, invece, cita per la prima volta il *mobbing* nella sentenza della sezione lavoro 8 gennaio 2000, facendo riferimento a tale fenomeno in relazione ad un caso di molestie sessuali realizzate dal datore di lavoro ai danni di una lavoratrice e, a seguito del rifiuto della vittima, sfociate in comportamenti discriminatori, persecutori ed emarginanti, causativi di una forte sindrome depressiva. Come anticipato, la giurisprudenza ricorre principalmente all'art. 2087 del codice civile che impone al datore di lavoro un obbligo di sicurezza nei confronti di tutti i lavoratori. Secondo la norma in questione "l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che secondo la particolarità del lavoro l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di

¹⁰⁵⁷ Cimaglia, Riflessioni su mobbing e danno esistenziale, Riv. Giur. del Lav. e della Prev. Soc., 2011,

lavoro". Il *mobbing*, ed in generale le vessazioni sul lavoro, costituirebbero una violazione di tale obbligo, rendendo il datore di lavoro inadempiente e responsabile del risarcimento dell'eventuale danno alla luce dell'articolo 1218 c.c. L'articolo 2087 c.c., quindi, non solo impone al datore di lavoro l'obbligo positivo di adottare tutte le misure necessarie a garantire la sicurezza dei lavoratori, ma anche un obbligo negativo di astenersi dal creare situazioni rischiose per la salute degli stessi. L'obbligo di sicurezza è posto a tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei prestatori di lavoro, preservandone, quindi, non solo la salute psico-fisica ma anche la dignità, proibendo gli atti molesti e le vessazioni psicologiche. Un problema rilevante concerne l'interpretazione del concetto di "misure necessarie" contenute nell'art. 2087 c.c. Originariamente la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie richiama la nozione di "massima sicurezza tecnologicamente possibile", secondo la quale il datore di lavoro dovrebbe "adottare tutte quelle misure che siano idonee, secondo le acquisizioni delle più avanzate scoperte scientifiche o della migliore tecnologia, ad eliminare o, se questo non è possibile, a ridurre i rischi per la salute dei lavoratori, imponendogli un continuo adeguamento al progredire della scienza e della tecnica". La Corte Costituzionale, però, non ha condiviso tale interpretazione e, per limitare la discrezionalità dell'interprete, nel 1993 ha sostenuto che “ *laddove parla di misure concretamente attuabili, il legislatore si riferisce alle misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti*”. Alla luce di tale orientamento, pertanto, sarebbe censurata soltanto la deviazione dei comportamenti dell'imprenditore dagli *standards* di sicurezza propri, in concreto e al momento, delle diverse attività produttive.

Una delle problematiche che più di tutte ha affascinato dottrina¹⁰⁵⁸ e giurisprudenza¹⁰⁵⁹ in tema di *mobbing*, è stata quella di individuare quale sia il tipo di responsabilità ascrivibile in capo al datore di lavoro. Nessun dubbio si pone quando sia proprio il datore di lavoro a porsi quale autore delle “condotte mobbizzanti” laddove egli abbia preso parte attiva, condividendo il programma di emarginare la vittima, magari al fine di sopperire all'impossibilità di licenziarla legittimamente. In tal caso, ove pure le singole azioni mobbizzanti non integrino fatti di reato, al datore di lavoro sarà

II, 88.

¹⁰⁵⁸ Sprini (a cura di) *Mobbing: fenomenologia, conseguenze ed ipotesi di prevenzione.*, Milano 2007; Tosi (a cura di) *Il mobbing.*, Giappichelli, 2004.

¹⁰⁵⁹ Cass., Sez. lav., 17 febbraio 2009, n. 3785, in *Mass. Giust. Civ.*, 2009, 2, 252; Cass. Sez. lav., 6 marzo 2006, n. 4774, in *Mass. Giust. Civ.*, 2006, 2038.

ascrivibile una responsabilità civile sia contrattuale che extracontrattuale (sempre che si sia verificato un danno, nell'ottica riparatoria cui è ispirato il nostro sistema di responsabilità civile). Una responsabilità contrattuale del datore di lavoro può, dunque, ravvisarsi in relazione alle singole azioni mobbizzanti per le quali si possa allegare la non conformità alla disciplina pattizia o legale; ad esempio le norme che disciplinano la turnazione, il lavoro notturno, l'applicazione di misure disciplinari, la determinazione del periodo di ferie, le trasferte e le missioni. Va a proposito precisato che quanto più la gestione del rapporto sia stata formalmente corretta, tanto più sarà necessario dare una prova decisiva dell'intento persecutorio, perché sarà proprio esso a consentire di verificare se, in concreto, il soggetto mobbizzato abbia dovuto subire condotte integranti un corretto ricorso ai poteri datoriali ovvero abuso degli stessi. Il vero problema, tuttavia, si pone quando il datore di lavoro non prende parte attiva alla azione mobbizzante. In tal caso occorre distinguere tra l'ipotesi in cui egli sia consapevole del programma persecutorio ideato e posto in essere a danno di uno dei suoi dipendenti, e non fa nulla per impedire all'azione di progredire, ed il caso in cui il datore di lavoro non sia a conoscenza dell'azione mobbizzante. Nel primo caso deve rispondere degli esiti dell'azione mobbizzante come se vi avesse preso parte, e ciò in quanto l'articolo 2087 c.c. pone a suo carico l'obbligo di impedire ogni evento pregiudizievole per l'integrità fisica e per la personalità morale del lavoratore. Pertanto, sia che vengano in considerazione fatti di reato, sia che le singole azioni mobbizzanti si risolvano in fatti di per sé leciti ma che in concreto hanno cagionato alla vittima un danno all'integrità fisica o alla personalità morale, egli deve risponderne come di fatto proprio in forza del principio statuito dall'articolo 41 comma 2 c.p., a mente del quale "Non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo". Il datore di lavoro risponderà, in tal caso, sia a livello civile, sia a livello penale, degli eventuali fatti di reato commessi dai *mobbers*. Rimane da affrontare, infine, il titolo di responsabilità cui può essere chiamato a rispondere il datore di lavoro che nulla sappia in ordine al complotto ordito ai danni di un suo dipendente da altri. Non è così semplice affermare che anche in questo caso il datore di lavoro debba rispondere in forza degli obblighi di protezione che l'articolo 2087 c.c. pone a suo carico. Occorre, quindi, in tal caso, che la vittima sia in grado di allegare e dimostrare la sussistenza di una colpa del datore di lavoro: ad esempio per non aver correttamente vigilato sugli autori delle condotte mobbizzanti. Trattasi di negligenza passibile di sanzione, in quanto esplicitazione degli obblighi di protezione evincibili

dall'articolo 2087 c.c., e di buona fede che devono essere osservati nel corso dell'esecuzione del contratto ai sensi degli articoli 1175 c.c. e 1375 c.c. Tuttavia emerge da subito che non sia così agevole fondare la responsabilità del datore di lavoro: la prova della *culpa in vigilando* è estremamente difficile da fornire a meno di non volerla ritenere in *re ipsa* e da ammettere, perciò, che la responsabilità del datore di lavoro sia oggettiva. In aggiunta va ricordato che, oltre al profilo di colpa, va dimostrata, da parte delle vittime, la sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta attesa dal datore di lavoro e la sua possibilità di impedire l'evento: ciò sarebbe impedito dalla circostanza che l'azione mobbizzante, per un significativo lasso di tempo, non viene percepita neppure dal soggetto interessato e che, pertanto, anche il datore di lavoro può bene essere giustificabile per non essersi avveduto in tempo del processo in atto. Pertanto, laddove non sia possibile dimostrare che il datore di lavoro era a conoscenza dell'intento persecutorio, la sua responsabilità per fatti di *mobbing* passerà attraverso la dimostrazione che per colpa egli è rimasto all'oscuro della situazione.

Venendo ad una considerazione più approfondita degli aspetti attinenti al riparto dell'onere probatorio, va sottolineato che la vittima di *mobbing* potrà agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti e ricorrere anche ad altre azioni, come l'annullamento di atti illegittimi (sanzioni disciplinari, trasferimenti, atti di demansionamento) o la declaratoria di illegittimità di un licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo. Sicuramente l'azione più diffusa è quella che mira al risarcimento dei danni *ex* articolo 2087 c.c. Per essere accolta, la suddetta domanda giudiziale deve essere accompagnata dalla prova dei seguenti fatti. In primo luogo occorre dimostrare l'esistenza del contratto, elemento indispensabile per far valere la responsabilità contrattuale del datore di lavoro. In secondo luogo va provata la condotta vessatoria e, laddove le vessazioni siano state poste in essere dai colleghi della vittima, per ottenere il risarcimento del danno dal datore di lavoro, è necessario provare che questi ne fosse a conoscenza o che potesse esserlo utilizzando la comune diligenza. Quanto all'elemento soggettivo, invece, dalla lettera dell'articolo 1218 c.c. risulta come, nella responsabilità contrattuale, la colpa sia presunta e quindi non debba essere provata dall'attore creditore. Ciò ovviamente non realizza una ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto spetta al debitore convenuto liberarsi, provando la non imputabilità a suo carico. Unica situazione nella quale è l'attore che deve provare l'elemento soggettivo, si ha quando la domanda concerne il

risarcimento dei danni non prevedibili: *ex* articolo 1225 c.c., infatti, "se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione". Quindi l'unico modo per ottenere il risarcimento è che il creditore provi il dolo del debitore. Per quanto concerne il profilo del danno, fondamentale e indispensabile è la prova dello stesso, subito dalla vittima, a seguito delle condotte vessatorie. Il danno può essere patrimoniale o non patrimoniale. Quest'ultimo, in particolare, può essere suddiviso in tre tipologie (danno biologico, danno morale e danno esistenziale), valevoli ai soli fini descrittivi ma risarcibili, tuttavia, come unica voce a seguito della sentenza del 2008 delle Sezioni unite della Cassazione. Per quanto concerne, infine, il nesso di causalità tra condotta e danno, lo stesso si riterrà provato quando vi sia un legame causale tra le condotte poste in essere dal datore di lavoro e gli effetti lesivi cagionati, da valutarsi alla luce del dato cronologico relativo all'inizio della patologia. Il datore di lavoro, invece, deve dimostrare come il danno non sia a lui imputabile, in quanto egli ha adottato tutte le misure di sicurezza idonee *ex* art. 2087 c.c. L'aspetto più complesso della questione riguarda, tuttavia, la prova della condotta illecita e cioè la prova del *mobbing* vero e proprio. La giurisprudenza, infatti, ha adottato una definizione molto puntuale del fenomeno: "*per mobbing si intende comunemente una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, sistematica e protratta nel tempo, avvenuta nei confronti del lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si risolve in sistematici e reiterati comportamenti ostili, che finiscono per assumere forme di prevaricazione o di persecuzione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale e l'emarginazione del dipendente, con effetto lesivo del suo equilibrio fisico-psichico e del complesso della sua personalità. Ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro sono pertanto rilevanti i seguenti elementi: a) la molteplicità dei comportamenti a carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, che siano stati posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente con intento vessatorio; b) l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore; d) la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio¹⁰⁶⁰".* Alla luce di quanto riportato, emerge come sia necessario, per la prova dell'elemento oggettivo, dimostrare la reiterazione delle condotte, la durata delle stesse e come

¹⁰⁶⁰ Cass. Civ., Sez. Lav., 17 febbraio 2009 n. 3785, in MGL, 2009, 683.

queste rientrano in un'unica strategia vessatoria perpetrata dal *mobber*. Tutto ciò non risulta affatto semplice. Innanzitutto, può succedere che il lavoratore non si accorga, nell'immediato, di essere oggetto di vessazioni: è possibile che inizialmente li consideri come atti isolati sperando in un loro "riassorbimento automatico", senza quindi la necessità di dar luogo ad azioni in sede giudiziale. Per questo motivo la vittima non prenderà nota, in modo puntuale e preciso dei fatti, rendendone così impossibile la prova in giudizio. Un secondo fattore problematico riguarda la difficoltà di trovare dei colleghi disposti a testimoniare: molto spesso costoro temono ritorsioni da parte del superiore, temono di perdere il lavoro o di diventare a loro volta dei mobbizzati. Altre volte non è la paura a fermarli: accade sovente che colleghi siano infatti i complici silenziosi del *mobber*. Da ultimo, possono esservi complicazioni relative al recupero di prove documentali conservate in archivi aziendali inaccessibili al lavoratore, o alla precisione dei resoconti dei testimoni, i cui ricordi ovviamente rischiano di sbiadire con il passare del tempo.

La questione più complessa è quella relativa all'elemento soggettivo, cioè alla dimostrazione della presenza del dolo del datore di lavoro. Dalla definizione del fenomeno individuata dalla Cassazione richiamata in precedenza, emerge come sia indispensabile, per l'accoglimento del ricorso, provare l'intento persecutorio da parte del *mobber*: ciò pone il lavoratore in seria difficoltà, dal momento che si tratta di una prova estremamente complessa da allegare. Difatti, molte recenti sentenze di merito e di legittimità¹⁰⁶¹ hanno rigettato le domande mirate al risarcimento del danno provocato dal *mobbing*, in quanto mancava l'allegazione di tutti presupposti, ed in particolare poiché l'attore non era riuscito a dimostrare pienamente l'intento

¹⁰⁶¹ Trib. Milano, 30 luglio 2010, est. Lualdi, inedita: "La molteplicità e la successione di fatti e comportamenti meramente emulativi posti in essere dal datore di lavoro necessari per integrare la fattispecie del mobbing non può infatti evidentemente coincidere con i reiterati richiami al rispetto delle regole da osservarsi sul posto di lavoro né con l'eclatante, ma circoscritto, episodio da ultimo descritto in premessa e posto alla base del licenziamento per giusta causa. In altre parole, difetta negli episodi descritti dai testi escussi, la reiterazione di singoli comportamenti persecutori di cui peraltro sia sufficientemente ravvisabile l'unico intento emulativo, l'esistenza di molteplici comportamenti estranei all'organizzazione aziendale e non giustificati da finalità produttive, la condotta vessatoria reiterata e duratura, la volontà di nuocere o infastidire o svilire un compagno di lavoro al fine ultimo di forzarne l'allontanamento dall'impresa"; Cass. Civ., Sez. Lav., 23 febbraio 2012 n. 2711, in Guida al Lavoro-Il Sole 24 Ore, 16/2012, 17: "La corte territoriale ha congruamente motivato la propria decisione di rigetto della domanda risarcitoria basata su tale asserito fenomeno persecutorio, ponendo in evidenza che attraverso la stessa domanda non si descriveva un elemento intenzionale della parte datoriale, non si rendevano i nomi delle persone autrici di comportamenti illeciti e non si delineava un insieme di atteggiamenti ostili, idoneo per la quantità, qualità e ripetitività degli stessi ad integrare la lamentata situazione di mobbing. In definitiva è stato correttamente posto in rilievo che era preciso onere del lavoratore, il quale lamentava di aver subito un danno alla salute per effetto del supposto comportamento datoriale persecutorio, provare l'esistenza di un tale danno ed il nesso causale tra lo

persecutorio. Un altro filone giurisprudenziale, invece, ritiene ultronea la prova dell'elemento soggettivo, adottando una tesi cd. oggettivistica in quanto ritiene sufficiente la dimostrazione dell'idoneità delle condotte a ledere la dignità e la personalità morale del lavoratore, con conseguente prova del danno da esse cagionato. La Corte di Cassazione, infatti, con sentenza 9 luglio 2008, n. 12.735, critica la corte d'appello di Torino che aveva rigettato una domanda di risarcimento danni da *mobbing*. Si evidenzia, in particolare, come sia irragionevole rigettare tale domanda risarcitoria basandosi sulla mancata prova della intenzionalità e della finalizzazione della condotta al nocimento della vittima. A tal fine si precisa quanto risulti superfluo andare alla ricerca di un atteggiamento doloso la cui sussistenza avrebbe rilievo in sede di accertamento dell'integrazione di una condotta penalmente rilevante, mentre sarebbe inutile con riguardo alla responsabilità contrattuale¹⁰⁶². Dall'analisi dei due orientamenti riportati, risulta chiaro come sia necessario prestare molta attenzione alla redazione del ricorso, cercando di utilizzare riferimenti normativi precisi e di allegare tutte le prove richieste. Fondamentale è, infatti, basare la domanda di risarcimento sull'articolo 2087 c.c., dimostrando il verificarsi e la reiterazione di condotte vessatorie ed intimidatorie, i danni subiti ed il nesso di causalità che collega condotta e danno. A questo punto, con la prova dei suddetti fatti, in special modo con la dimostrazione dell'idoneità concreta di tali condotte alla creazione di un clima ostile, denigratorio, umiliante e con la prova del danno da essa cagionato, seppur non si è dimostrato il dolo del *mobber*, ci sarebbero le basi affinché operi l'inversione della prova ex articolo 1218 c.c., con la conseguenza che sarà quindi il datore di lavoro ad allegare la prova liberatoria. Infine, un espediente per superare le difficoltà legate all'allegazione delle prove può essere quello di ricorrere, in alternativa al *mobbing*, alle altre disfunzioni dell'organizzazione lavorativa, come ad esempio lo *straining*. Un lavoratore

stesso e la denunciata condotta datoriale, vale a dire i fatti ostili che avrebbero dovuto caratterizzarla, oltre che la loro sistematicità".

¹⁰⁶² Cass. civ. Sez. Lav., 9 luglio 2008, n. 12735, in *Diritto e Giustizia*, 2008: "Ritenendo il mobbing un fenomeno unitario caratterizzato dalla reiterazione e dalla sistematicità delle condotte lesive e dalla intenzionalità delle stesse in direzione del risultato perseguito di isolamento ed espulsione della vittima dal gruppo in cui è inserita, la corte territoriale ne ha escluso la ricorrenza per l'assenza di tali caratteristiche di reiterazione, sistematicità ed intenzionalità delle condotte denunciate. Senonché, il nostro ordinamento giuridico non prevede una definizione nei termini indicati di condotte rappresentative del fenomeno del mobbing, come un fatto tipico, a cui connettere conseguenze giuridiche anch'esse previste in maniera tipizzata. Ciò che pertanto il ricorrente con l'espressione riassuntiva *mobbing* riferita alle condotte del datore di lavoro poste in essere nei suoi confronti aveva sottoposto alla valutazione dei giudici di merito, ai fini del richiesto risarcimento dei danni, era la violazione da parte di costui degli obblighi gravanti sull'imprenditore a norma dell'articolo 2087 c.c., da accertare alla stregua delle regole ivi stabilite per il relativo inadempimento contrattuale, le quali prescindono dalla necessaria presenza del dolo".

emarginato, privato delle mansioni e isolato dalle comunicazioni aziendali, è più correttamente definibile come vittima di *straining*, piuttosto che di *mobbing*. Giova considerare, infatti, che la tutela giuridica di questa fattispecie è meno complessa, dal momento che non richiede la reiterazione, la frequenza o la durata delle condotte, in quanto può essere perfettamente integrata da un singolo atto, né tanto meno richiede la prova della *intentio* persecutoria. Per concludere, come sottolinea parte della dottrina, *"nei ricorsi non andrebbe mai menzionato o enfatizzato il termine sociologico mobbing per non imbattersi in rifiuti da parte di magistrati comodamente ancorati a fattispecie sociologiche di incerta o controversa configurazione. Le richieste risarcitorie di danno da vessazioni, mortificazioni e persecuzioni vanno avanzate in quanto inadempimento agli obblighi contrattuali di tutela della personalità morale sanciti dall'articolo 2087 c.c. Quantomeno fintanto che non vi sarà una legge che giuridicizzi, correttamente, la nozione di mobbing"*¹⁰⁶³.

Par. 5: Mobbing e profili risarcitori a carattere non patrimoniale

Il *mobbing*¹⁰⁶⁴ e le altre disfunzioni lavorative possono cagionare al lavoratore, vittima delle vessazioni, diverse tipologie di danni. Tra tutti, sicuramente il danno patrimoniale è quello che crea meno problemi dal punto di vista probatorio. I fattori che possono dare origine al danno in questione, causando cioè una diminuzione patrimoniale, sono diversi: il pagamento di spese mediche, l'impoverimento della capacità professionale, la perdita di *chances*, la perdita del posto di lavoro¹⁰⁶⁵. Quanto al pagamento di spese mediche, esso è chiaramente conseguenza di un contemporaneo danno biologico, cioè di un danno alla salute del lavoratore imputabile all'inadempimento del datore di lavoro. L'impoverimento della capacità professionale, invece, solitamente è la conseguenza di episodi di dequalificazione o demansionamento: assegnare un lavoratore ad una mansione qualitativamente inferiore a quella per la quale egli è stato assunto, nonché estranea alle sue competenze, può ledere il valore delle sue abilità professionali, non consentendone un impiego proficuo. La Cassazione afferma come

¹⁰⁶³ M. Meucci, Per risarcire il cd. danno da mobbing è ultroneo il riscontro del requisito dell'intenzionalità. Nota a Cass. Sez. Lav., 20 maggio 2008 n. 12735, in "Filodiritto" www.filodiritto.it, 2008.

¹⁰⁶⁴ Bona-Monateri-Oliva, La responsabilità civile nel mobbing, Ipsoa, Milano, 2002, 34 ss.

¹⁰⁶⁵ Carinci, Il mobbing: alla ricerca della fattispecie, Quad. di dir. del lav. e relaz. Ind., 2006, 29, 39.

sia necessario, al fine di ottenere il risarcimento di tale tipologia di danno, dedurre "l'esercizio di un'attività soggetta ad una continua evoluzione, e comunque caratterizzata da vantaggi connessi all'esperienza professionale destinati a venir meno in conseguenza del loro mancato esercizio per un apprezzabile periodo di tempo"¹⁰⁶⁶. La perdita di *chances*, invece, è un danno patrimoniale riconducibile al lucro cessante, deriva dallo svuotamento del ruolo del lavoratore e consiste nella perdita di opportunità di carriera o di possibilità di guadagno. Anche per questa fattispecie, le Sezioni Unite nella sentenza sopra citata, hanno ritenuto necessaria l'allegazione delle aspettative "che sarebbero state conseguibili in caso di regolare svolgimento del rapporto di lavoro".

Per quanto concerne il danno non patrimoniale da *mobbing*, giova anteporre all'analisi del problema alcune considerazioni sul danno non patrimoniale. Quest'ultimo, a differenza del danno di matrice patrimoniale, inerisce alla lesione di interessi afferenti alla persona e non caratterizzati da un rilievo economico¹⁰⁶⁷. Tale danno, anticipando quando verrà descritto più dettagliatamente nel prosieguo, è caratterizzato da unitarietà nel senso che, pur sussistendo varie voci di danno non-patrimoniale, esse non rappresentano delle autonome sotto-categorie, bensì rivestono rilevanza sotto il punto di vista meramente descrittivo. Altra peculiarità del danno non patrimoniale è data dalla circostanza che lo stesso si presenta di difficile quantificazione, in ragione della sua inerenza a valori la cui lesione è difficilmente traducibile in termini economici, in rapporto anche alle difficoltà probatorie rappresentate dall'assenza di sicuri indici di riferimento per il giudice. Ecco perché la giurisprudenza ammette l'utilizzo della prova presuntiva operante attraverso una deduzione logica che consenta, partendo dal fatto noto, di dedurre circostanze ignote. Inoltre, anche al fine di quantificare l'ammontare del danno patito dal danneggiato, si registra l'utilizzo diffuso della logica equitativa, stante l'impossibilità di quantificare ciò che rimane difficile da scrutare perché afferente all'interiorità del soggetto. Si è registrato nel corso del tempo, altresì, una enorme difficoltà a livello di tipizzazione in ragione della necessità di individuazione dei valori della persona suscettibili di essere tutelati, differentemente dai meri fastidi o cd. "danni bagattellari", la cui sopportazione rientra nell'ambito del principio di solidarietà.

¹⁰⁶⁶ Cass. Civ. Sez. Unite, 24 marzo 2006, n. 6572, in *Giuris. Italiana*, 2006, 11, 2042 ss.

¹⁰⁶⁷ Catronuovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Eur. E Dir. Priv.*, 2003, 123; Mengoni, voce *Diritto Vivente*, in *Dig. Civ.*, Torino, 1990, VI, 445; Salvi, *La responsabilità civile*, in *Iudica-Zatti*, Trattato di diritto privato, Milano, 1998, XII, 28 ss.

Tali premesse trovano puntuale conferma nell' *iter* evolutivo della nozione di danno non patrimoniale che, in una prima fase di stampo liberale, ha conosciuto una generica risarcibilità per poi subire, successivamente, una battuta d'arresto sotto la vigenza del codice del 1942 c.c. In questo periodo, infatti, si è affermato un principio di stretta tipicità, limitandosi il risarcimento del danno ai soli casi previsti dalla legge e, più precisamente, in virtù di una lettura combinata dell'articolo 2059 c.c. e dell'articolo 185 c.p., ai soli casi di reato. L'inefficienza del sistema esplose con il "caso Gennarino" che dimostrò come la lesione alla salute dell'individuo dovesse ricevere un adeguato risarcimento per il pregiudizio patito ed in sé considerato, indipendentemente da quanto la stessa fosse idonea ad incidere sulle prospettive reddituali attuali o potenziali del soggetto (trattandosi del figlio di un calzolaio, si desumeva che le sue prospettive di guadagno sarebbero state fortemente limitate). Questa incongruenza ha sollecitato il dibattito dottrinario conducendo la Corte Costituzionale¹⁰⁶⁸ ad inaugurare la cd. "tecnica del travaso" al fine di aggirare la strettoia rappresentata dall'ottica tipizzante dell'articolo 2059 c.c. In base a tale meccanismo, si registrava un trasferimento del "bene salute" nella sfera patrimoniale dell'individuo con conseguente operatività dell'articolo 2043 c.c., norma cardine in tema di illecito aquiliano e caratterizzata da una generale apertura a ricomprendere nel suo alveo protettivo una serie di pregiudizi di carattere patrimoniale e non predeterminati da alcuna norma di legge. Tuttavia tale sistema, delineato dalla Consulta, è entrato ben presto in crisi, riflettendosi sull'inopportunità di restringere la corresponsione del risarcimento alla sola lesione del bene "salute". Si scorge, infatti, la presenza di altri valori facenti capo all'individuo ed egualmente pregnanti che, allo stato, rimarrebbero sforniti di idonea tutela. Si fa strada, pertanto, l'idea della possibile configurabilità di un danno esistenziale inteso come pregiudizio che l'individuo subisce per effetto della lesione di altri interessi inerenti al soggetto, idonea a cagionare un ridimensionamento della possibilità di svolgere attività realizzatrici della persona in corrispondenza della sua "agenda di vita"¹⁰⁶⁹. Tale dibattito ha trovato corrispondenza nell'orientamento della giurisprudenza di Cassazione che, con le cd. "sentenze gemelle" del 2003, ha optato per una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 c.c. da leggere in combinazione con l'articolo 2 Cost. Quando l'articolo 2059 c.c. richiama i "casi previsti dalla legge", nulla impedisce di interpretare questo riferimento come

¹⁰⁶⁸ Corte Cost., 14 luglio 1985 n.184, in Foro It., 1986, I, 134 con nota di Ponzanelli.

¹⁰⁶⁹ Cassano, Cenni sul danno esistenziale, in Resp. Com. e impresa, 2001, 503; Ziviz, La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale, Milano, 1999.

comprendente anche le norme costituzionali, considerate la “legge fondamentale” del nostro ordinamento giuridico. Quindi, attraverso l’emersione del danno esistenziale, concretizzatasi con la lettura combinata delle due disposizioni normative sopra citate, viene meno la prima ragione di criticità avverso il danno non patrimoniale rappresentata dalla sua eccessiva restrittività. La seconda ragione di criticità, viene meno quando la giurisprudenza della Cassazione riconosce autonomia tra l’illecito civile e l’illecito penale. Opinando in tal senso, pertanto, quando bisogna quantificare il danno non patrimoniale derivante da reato, non è necessario utilizzare in sede civile la medesima tecnica di accertamento utilizzata per il reato, considerandosi pienamente ammissibile anche una prova per presunzioni, fermo restando il tradizionale rigore in campo penalistico in base al quale l’ascrivibilità del reato al suo autore implica che la prova sia stata raggiunta al di là di ogni ragionevole dubbio¹⁰⁷⁰. Dal quadro interpretativo sin qui delineato, emerge, pertanto, che il danno non patrimoniale presenta una certa poliedricità in quanto è possibile scorgere un danno morale, un danno biologico ed un danno esistenziale. Quanto al primo, esso è associato alla commissione di un fatto penalmente rilevante e si definisce quale danno interiore attinente al sentire di ognuno di noi e caratterizzato dall’essere passeggero, transeunte. Il danno biologico, invece, è la lesione alla salute ed è suscettibile di accertamento medico-legale mentre il danno esistenziale è la conseguenza della lesione di interessi inerenti alla persona.

Su questo quadro intervengono le Sezioni Unite nel 2008 inaugurando una nuova stagione per il danno non patrimoniale e delineando una nuova fisionomia dello stesso¹⁰⁷¹. Innanzitutto si dice che il danno non patrimoniale deve intendersi in modo unitario in quanto le eventuali specificazioni dello stesso, pure emerse sia in dottrina che in giurisprudenza, per esigenze di tutela dei soggetti danneggiati, hanno solo una funzione descrittiva di diverse forme o cause della sofferenza e non fungono da autonome categorie di danno. La differenza tra danno morale e danno esistenziale, infatti, è solo fittizia: in quest’ultimo non viene risarcito il *non facere* ma la sofferenza che esso produce. Inoltre non è così scontato che il danno morale sia per definizione transeunte, potendosi, invece, propagare per un arco temporale indeterminato e calibrato sulla sensibilità della vittima. Si aggiunge quanto sia inutile e dannosa l’elaborazione della categoria del danno esistenziale. E’ inutile in quanto è nata in un momento storico in cui dominava una lettura restrittiva dell’articolo 2059 c.c. mentre

¹⁰⁷⁰ Cass. Sez. III, sent. n. 7281-7282-7283, 2003, in CED.

ora è stato ampiamente riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale in relazione a tutte le conseguenze esistenziali della lesione dei diritti fondamentali. E' pericolosa in quanto si rischia di far divenire il danno esistenziale un danno atipico e si contraddice la premessa secondo la quale il danno non patrimoniale ha comunque una caratterizzazione rigorosamente tipica, pur secondo una tipicità meno rigida che in passato. Si aggiunge che la categoria del danno esistenziale non presenta apprezzabile utilità non solo in rapporto al danno morale, come prima si è evidenziato, ma anche rispetto al danno biologico in quanto con quest'ultimo non si risarcisce più la lesione alla salute in sé considerata bensì le conseguenze che la stessa ha prodotto nell'agenda esistenziale della persona, nella vita di relazione e nelle abitudini concernenti lo svolgimento delle attività realizzatrici della persona umana. Ciò emerge palesemente anche leggendo l'art. 138 del Codice delle Assicurazioni: è danno biologico il danno da lesione dell'integrità psico-fisica che esplica una incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali. Un ulteriore chiarimento è fatto da queste sentenze con riguardo alla perimetrazione del danno non patrimoniale per stabilire se esso sia tipico oppure atipico. Sul punto, si precisa che il danno ingiusto deve essere inteso come quello che si subisce per effetto della lesione di interessi costituzionalmente rilevanti, indipendentemente da un esplicito ancoraggio costituzionale, essendo sufficiente il riferimento all'articolo 2 Cost. inteso come clausola aperta e suscettibile di tutelare tutti i diritti inviolabili che la sensibilità sociale ritenga meritevoli di una specifica protezione. Tuttavia nella perimetrazione del danno da risarcire si evidenzia la necessità che la lesione subita dal soggetto debba superare un certo limite di tollerabilità poiché è necessario tener ben separato il vero danno da risarcire dalle mere turbative o molestie superabili in conformità al principio di solidarietà. Quanto agli aspetti probatori, va aggiunto che, muovendoci comunque nell'ambito dell'illecito aquiliano, è necessario che il soggetto dia prova sia del danno evento che del danno conseguenza. In particolare costui dovrà provare il danno-evento, e cioè la lesione sufficientemente grave di un interesse costituzionalmente rilevante, ed il danno-conseguenza cioè le conseguenze negative che si sono prodotte sulla sua sfera giuridica soggettiva per effetto dell'interesse leso. Ciò in quanto, indipendentemente dalla tipologia dei pregiudizi che dalla lesione siano derivati, sia che essi siano di tipo patrimoniale che non patrimoniale, comunque è necessario, nell'ottica riparatoria cui è improntato l'illecito civile, che dalla lesione siano derivate delle conseguenze

¹⁰⁷¹ Cass. sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972-26973-26974-26975, in CED.

pregiudizievoli da risarcire. Opinando diversamente, si rischierebbe un'indebita sovrapposizione tra l'illecito civile e l'illecito penale mutuando da quest'ultimo l'ottica sanzionatoria e facendo perdere al primo la sua naturale vocazione più attenta alla vittima che all'autore del fatto illecito. Per quanto riguarda, infine, il *quantum* del risarcimento del danno, si sottolinea la necessità di utilizzare un meccanismo equitativo rimesso al prudente apprezzamento del giudice.

Nell'ambito del *mobbing* e delle altre disfunzioni dell'organizzazione lavorativa, è possibile affermare che i descritti arresti giurisprudenziali non comportino gravi modifiche per quanto riguarda il risarcimento del danno. In un passaggio della pronuncia, la Suprema Corte cita l'inadempimento dell'obbligo di cui all'articolo 2087 c.c (nella parte in cui riconosce la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale, rendendo superfluo il meccanismo del cumulo delle azioni) come possibile fonte di pregiudizio per la salute del lavoratore (diritto tutelato dall'art. 32 Cost.) e per la sua dignità professionale (artt. 2,4,32 Cost.). Le vessazioni sul lavoro, quindi, sono potenzialmente lesive dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti e possono quindi dare luogo al risarcimento del danno non patrimoniale. In merito all' apparato probatorio, per dimostrare appieno la presenza del danno biologico, è solitamente necessario un accertamento medico-legale, per attestare la patologia ed il nesso causale, e per quantificare la percentuale del danno stesso. Per quanto riguarda invece il danno morale e il danno esistenziale, è possibile ricorrere ad una perizia secondo il metodo "LIPT Ege", valida come prova documentale e utilissima per attestare tali tipologie di danno, oppure, ad una consulenza tecnica di ufficio. Infine, è la Cassazione stessa a riconoscere l'importanza fondamentale del ricorso alla prova presuntiva, specialmente quando il pregiudizio attenga ad un bene immateriale, affermando che tale mezzo di prova possa anche essere l'unica base del convincimento del giudice. È possibile, invece, riscontrare qualche modifica nella fase di quantificazione del danno. Prima delle "sentenze gemelle", infatti, il danno morale era quantificato, per automatismo, in misura pari a metà o un terzo del danno biologico, mentre per il danno esistenziale si ricorreva al criterio equitativo, moltiplicando la retribuzione mensile per il periodo di durata delle vessazioni o riferendosi al risarcimento erogato a seguito di un licenziamento illegittimo. Successivamente, invece, sono state varate, da alcuni importanti tribunali italiani, nuove tabelle contenenti l'aggiornamento dei criteri di liquidazione del danno non patrimoniale in conformità con quanto sancito dalle Sezioni Unite. Tali tabelle

prevedono un valore di liquidazione unitario per le varie voci di danno non patrimoniale, unificando quindi il danno conseguente a lesione dell'integrità psicofisica ed il danno derivato dalle sofferenze morali connesse a tali patologie (voci che prima corrispondevano rispettivamente al danno biologico ed al danno morale). Le tabelle redatte dagli Uffici Giudiziari di Milano hanno individuato un valore monetario medio, corrispondente alla lesione *standard*, ed una percentuale di aumento di tale valore qualora il caso concreto presenti delle peculiarità, allegare e provate dal danneggiato in un'ottica, quindi, di personalizzazione delle conseguenze del pregiudizio sofferto.

Par. 5.1: Mobbing come fattispecie a formazione progressiva: il riconoscimento della risarcibilità del danno patrimoniale

Una prima considerazione di ordine generale in tema di conseguenze patrimoniali da *mobbing* è che *mobbing* e danno patrimoniale non sono propriamente conseguenti. È sufficiente scorrere le sentenze sul *mobbing*, dall'origine ad oggi, per verificare che, nella maggior parte dei casi, quest'ultimo viene considerato solo in rapporto ad una lesione all'integrità psicofisica oppure ad un danno morale o esistenziale, comunque non patrimoniale¹⁰⁷² (anzi, si potrebbe dire che è stata proprio questa fattispecie a contribuire all'evoluzione ed all'ampliamento stesso della nozione di danno non patrimoniale).

La fattispecie "*mobbing*", come si è visto nei paragrafi precedenti, è di origine prettamente giurisprudenziale, sostanzialmente ricondotta all'art. 2087 c.c. ed all'art. 2043 c.c., norme "a fattispecie aperta", in quanto non delineano in maniera tassativa i "casi" compresi nella tutela giuridica accordata, lasciando all'interprete definire i confini della tutela (anche in relazione all'acquisizione di avvertite nuove esigenze di tutela). La prima norma, come si è già evidenziato, prevede l'obbligo "contrattuale" di adozione, nell'esercizio dell'impresa, delle "misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la

¹⁰⁷² Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 359, che considerando le conseguenze del *mobbing* parla di "incidenza che gli atti vessatori possono avere sulla salute fisica e psichica del lavoratore". Cass. n. 4774/2006 mette a fuoco la condotta illecita "che concreta, per le sue caratteristiche vessatorie, una lesione dell'integrità fisica e personalità morale del prestatore di lavoro"; Cass. n. 22858/2008 parla di "dipendente di cui viene lesa la sfera professionale o personale, intesa nella pluralità delle sue espressioni (sessuale, morale, psicologica o fisica)"; Cass. n. 3785/2009 individua l'evento lesivo in quello "della salute o della personalità del dipendente".

personalità morale dei prestatori di lavoro"; la seconda sancisce, invece, l'obbligo "aquiliano" di risarcimento per "qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto", con riferimento, nel caso di specie, al danno alla persona (all'integrità psicofisica ed alla sua dignità) attuato con modalità mobbizzanti.

Inizialmente, la giurisprudenza ha sempre ammesso la concorrenza delle due distinte azioni di responsabilità. Se però si procede ad una analisi delle sentenze della Corte di cassazione sul *mobbing*, ci si accorge che la fattispecie è ricostruita sempre in relazione all'art. 2087 c.c. ed in termini di responsabilità contrattuale; la lesione che viene ricollegata a detta violazione contrattuale è sempre un danno alla persona, alla sua salute e/o alla sua personalità, e dunque ad un bene non suscettibile di valutazione economica. Sin dalla "prima" pronuncia del gennaio 2000, il *mobbing* è stato definito come "*l'aggreddire la sfera psichica altrui*", consistendo in comportamenti "*che possono ledere la personalità morale*" e che hanno come conseguenza "*la lesione dell'integrità psicofisica dei prestatori d'opera subordinati*".

Si introduce qui, allora, il primo elemento di riflessione: la fattispecie *mobbing*, così come delineata dalla giurisprudenza, in particolare in connessione all'art. 2087 c.c., ha per oggetto di tutela un interesse non patrimoniale, relativo alla persona in sé e per sé considerata, indipendentemente dalla sua idoneità a soddisfare bisogni economici, e dunque un interesse relativo ad un bene non patrimoniale, non suscettibile di per sé di mera valutazione economica. Il comportamento mobbizzante produce un danno alla persona come conseguenza risarcibile e quindi, in via primaria e diretta, un danno non patrimoniale¹⁰⁷³.

D'altra parte la norma (art. 2087 c.c.) è nata essenzialmente come obbligo di rispetto, da parte del datore di lavoro, delle singole norme antinfortunistiche specifiche, in particolare quelle di prevenzione e di igiene. Poi, si è affermato che, per adempiere al precetto normativo, non è sufficiente rispettare la legislazione "tipica", dovendo invece il datore di lavoro adottare tutte quelle misure di sicurezza, anche non specificatamente previste dalla legge e quindi non tipizzate, suggerite comunque dallo sviluppo dell'esperienza, dalla prassi e dalla tecnica e, comunque, tutte quelle cautele che risultano necessarie (i c.d. standard di sicurezza, individuati sulla base del rischio

¹⁰⁷³ Secondo la definizione in negativo proposta dal De Cupis: "non possono farsi rientrare nell'ambito patrimoniale beni interiori della persona". "Patrimoniale, dunque, non è a dirsi qualsiasi bene di cui l'uomo può godere, ma solo quello che presenta i cennati caratteri di esteriorità, valutabilità pecuniaria, rispondenza a bisogno economico. Non possono quindi farsi rientrare nell'ambito patrimoniale beni interiori della persona, aventi natura contrastante colla possibilità di stima pecuniaria, sforniti di diretta utilità economica". A. De Cupis, *Danno (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XI, 1962.

specifico di infortunio che si intende evitare). Si può anche aggiungere che la norma ha avuto una applicazione sostanzialmente "limitata" alla configurabilità di obblighi riconducibili alla tutela del primo dei due beni oggetto di tutela (l'integrità fisica)¹⁰⁷⁴. La portata applicativa della norma, tuttavia, è stata nel tempo notevolmente ampliata. Si individua un obbligo "generale" di sicurezza, comprendente il divieto di ogni possibile condotta (non predeterminabile a priori) individuata sulla base della sua intrinseca idoneità "offensiva" e quindi "lesiva della personalità morale del lavoratore". Rispetto a questo secondo binomio tutelato dall'art. 2087 c.c. (personalità morale del prestatore di lavoro), non esiste una normazione "tipica" di prevenzione e protezione (come nel caso delle regole comportamentali, anche desunte dall'esperienza, a protezione dell'integrità fisica del lavoratore, che delimitano il *quantum* di diligenza esigibile dal datore di lavoro-debitore e che rappresentano quel c.d. "rischio specifico" che predetermina la potenzialità lesiva della condotta)¹⁰⁷⁵. L'obbligo di sicurezza, nel caso di *mobbing*, si sostanzia in misure c.d. "innominate", ovvero non predeterminate, non tipizzate, ove l'inadempimento si verifica in presenza di "modalità" e "caratteristiche" della condotta tali da fare ritenere quest'ultima lesiva rispetto al bene tutelato della personalità morale del prestatore di lavoro (idoneità offensiva), in base ad un giudizio prognostico, in concreto operato dal giudice sulla base dell'*id quod plerumque accidit* (ossia di ciò che accade nella maggior parte dei casi).

¹⁰⁷⁴ Quindi il datore di lavoro è responsabile anche dell'omessa o inadeguata vigilanza sull'applicazione delle misure di tutela, così come della scelta circa l'idoneità dei propri dipendenti a svolgere, in condizioni di sicurezza, le mansioni ricoperte o le nuove assegnate, nonché dell'informazione sui rischi e le cautele da adottare ed infine della loro adeguata formazione. Per quanto interessa la fattispecie di *mobbing* è stato affermato l'obbligo dell'adozione di misure "preventive" idonee ad evitare l'evento dannoso *mobbing*, non bastando dedurre iniziative di tipo meramente repressivo (come il deferimento al collegio dei probiviri del responsabile del *mobbing*) (Cass. n. 12445/2006).

¹⁰⁷⁵ Di regola, la cernita delle condotte inadempienti all'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. viene operata in relazione alla mancata posa in essere di tutte quelle misure preventive, ricavabili dall'ordinamento e dalla tecnica, a protezione del bene tutelato (con particolare riferimento all'integrità fisica del lavoratore). Difatti, l'individuazione della condotta vietata (e delle misure di sicurezza richieste) avviene, di regola, attraverso una valutazione preventiva dei rischi specifici rispetto al bene salute. Diverso è il caso delle misure di sicurezza cosiddette "innominate" (e quindi non preventivamente enucleate), ove la valutazione in concreto operata dal giudice è legata alla loro idoneità, secondo l'*id quod plerumque accidit* (anche in ragione delle conoscenze tecniche acquisite) a determinare come conseguenza la lesione all'integrità fisica ed alla personalità morale, di talché anche dette misure rientrano nel comportamento diligente e quindi esigibile dal datore di lavoro-debitore. Una violazione dell'obbligo generale di sicurezza attuato mediante "mobbing" - la cui individuazione è ricondotta, come visto, alle modalità e caratteristiche "offensive" della condotta - non può che rientrare tra le c.d. misure di sicurezza innominate, la cui individuazione è rimessa alla valutazione concreta del giudice in ragione della potenzialità lesiva della condotta e della sua idoneità (secondo l'*id quod plerumque accidit*) a determinare come conseguenza la lesione della personalità morale del lavoratore.

In sostanza, per quanto riguarda le ipotesi di *mobbing*, la lesione della personalità morale del lavoratore, oltre che rappresentare l'evento non voluto, funge, soprattutto, da criterio per individuare il contenuto concreto dell'obbligo, consistente, appunto, nel divieto di compiere e/o nell'impedire - in via generale - qualsiasi condotta dotata di "idoneità offensiva" e, per questo, "lesiva della personalità".

Deve concludersi che, se il datore di lavoro non adotta le misure idonee ad evitare la lesione (che ha ad oggetto il bene della personalità morale del prestatore), o ne è lui stesso l'autore, il danno "*diretto*" conseguente in via immediata alla violazione dell'obbligo di sicurezza ha ad oggetto un interesse che non è suscettibile di diretta valutazione economica (e le cui conseguenze risarcibili, compatibili e coesenziali all'interesse pregiudicato, vanno dalla lesione all'integrità, soprattutto psichica, alle sofferenze morali, ai cambiamenti di vita connessi alla lesione del prestigio e della reputazione, ossia si sostanziano in quel danno non patrimoniale, ora ricostruito unitariamente attorno all'art. 2059 c.c.)¹⁰⁷⁶. Per riconoscere la risarcibilità anche di danni patrimoniali nel caso di *mobbing*, va osservato come possa parlarsi di plurioffensività della condotta posta in essere in violazione dell'art. 2087 c.c. Sembra opportuno allora distinguere tra: a) conseguenze coesenziali alla stessa violazione contrattuale; e b) conseguenze occasionali ed indirette. Le prime (lesione all'integrità fisica e/o alla personalità morale), si è visto, costituiscono una *conditio sine qua non* per la stessa configurabilità della fattispecie, nel senso che dette conseguenze costituiscono l'oggetto stesso della tutela posta dalla norma contrattuale, gli eventi lesivi che si vuole che non si verificino, mediante l'obbligo di sicurezza imposto al datore di lavoro. Le seconde sono eventuali e secondarie.

È stato affermato che, comunque, "danno patrimoniale e danno non patrimoniale possono congiuntamente verificarsi in dipendenza di un *unico fatto*", in quanto "da un bene patrimoniale può derivare la possibilità di conseguire un diverso bene non patrimoniale, e viceversa". A tal proposito è stata quindi utilizzata la figura tipo del "danno patrimoniale indiretto", consistente nella "compromissione dell'interesse patrimoniale collegato all'interesse non patrimoniale direttamente leso" ("*il fatto che lede l'interesse relativo a un bene non patrimoniale, può ledere anche un interesse*

¹⁰⁷⁶ "La sussistenza della lesione del bene protetto e delle sue conseguenze dannose deve essere verificata considerando l'idoneità offensiva della condotta del datore di lavoro, che può essere dimostrata, per la sistematicità e durata dell'azione nel tempo, dalle sue caratteristiche oggettive di persecuzione e discriminazione, risultanti specialmente da una connotazione emulativa e pretestuosa, anche in assenza di una violazione di specifiche norme di tutela del lavoratore subordinato" (Cass. 6 marzo 2006, n. 4774).

patrimoniale - e, così, produrre un danno patrimoniale indiretto - in quanto lo stesso bene non patrimoniale abbia un riflesso patrimoniale, per la sua attitudine a far conseguire altro bene, di natura patrimoniale").

Nella fattispecie *mobbing*, si può ben dire che il danno patrimoniale sia indiretto, consistendo nella compromissione dell'interesse patrimoniale collegato (anzi, occasionalmente collegato) all'interesse non patrimoniale direttamente leso (ad esempio, il danno da perdita della capacità lavorativa potrà individuarsi come danno patrimoniale indiretto, occasionalmente collegato al danno biologico conseguenza di *mobbing*).

Detto criterio, tuttavia, appare "insufficiente". Vi sono infatti danni patrimoniali, in ipotesi di *mobbing*, che non paiono affatto collegati, neppure occasionalmente, all'interesse non patrimoniale tutelato (basti pensare all'interesse al ristoro della *chance* lavorativa persa a causa del comportamento ritorsivo del *mobber*, che non pare avere alcun collegamento con l'interesse primario all'integrità psico-fisica del lavoratore mobbizzato). Vi sono danni che paiono del tutto estranei rispetto all'interesse primario non patrimoniale tutelato dalla fattispecie di *mobbing*. Al fine di illustrare al meglio tale profilo pare utile ricorrere alla descrizione del fenomeno come "*fattispecie a formazione progressiva*". Con detto termine si intende una situazione giuridica soggettiva che "si realizza attraverso stadi successivi", per dire che "il risultato si realizza per gradi, progressivamente (prima l'aspettativa, poi il diritto) e l'aspettativa attribuita al singolo costituisce un effetto preliminare o prodromico o anticipato della fattispecie".

In sostanza, la fattispecie giuridica può consistere in un solo fatto giuridicamente rilevante, ma può anche essere costituita da una pluralità di fatti giuridici, ciascuno dei quali può, a sua volta, produrre effetti prodromici od anche autonomi rispetto alla fattispecie complessiva in via di formazione.

Questo è il caso del *mobbing*, che è costituito da una serie reiterata di atti, alcuni di per sé leciti, altri già illeciti di per sé, uniti dalla medesima finalità di aggressione alla personalità morale del prestatore di lavoro, ciascuno potenzialmente produttivo a sua volta, in via anticipata o autonoma, di effetti lesivi¹⁰⁷⁷. La verifica completa della fattispecie a formazione progressiva è idonea a determinare il danno non patrimoniale della lesione all'integrità fisica e/o alla personalità morale del prestatore

¹⁰⁷⁷ Sapone, I danni nel rapporto di lavoro, Milano, 2009, 219.

di lavoro. Ciò non toglie che, negli *step* intermedi di formazione della fattispecie, si determinino altre conseguenze risarcibili, ciascuna secondo le caratteristiche proprie.

Diversi sono infatti i comportamenti datoriali illeciti attuati o non impediti che si definiscono potenzialmente *mobbizzanti* (licenziamento illegittimo, trasferimento ingiustificato, dequalificazione, sanzioni disciplinari illegittime, singole violazioni contrattuali, lesioni personali, offese e ingiurie, ecc.), ed essi possono ricorrere insieme o a gruppi, insieme anche ad atti che di per sé non sarebbero illeciti; oppure singolarmente ma ripetutamente. Ognuna di queste condotte ha una sua regolamentazione e propri effetti giuridici (reintegratori, ripristinatori, sanzionatori, risarcitori, penali). Esse possono rilevare in sé e per sé come illecito autonomo, ma anche come condotte mobbizzanti, qualora, insieme ad altri comportamenti dotati di "idoneità offensiva" e ad altri "attacchi" subiti dal lavoratore, siano elementi determinanti di un medesimo "intento persecutorio".

In questo secondo caso, il singolo illecito non perde le proprie caratteristiche autonome ed i propri effetti giuridici, che rappresenteranno dunque anch'essi eventi dannosi indiretti e connessi occasionalmente al *mobbing*.

In questo senso può dirsi che il *mobbing* di solito causa anche danni patrimoniali, a volte consistenti: per esempio, una compromissione di possibilità di carriera futura (se realizzato mediante una dequalificazione o una mancata promozione), oppure una perdita di indennità o di emolumenti retributivi (se realizzato mediante un mutamento di mansioni comportanti la perdita di indennità prima percepite oppure il mancato riconoscimento di premi ad altri concessi), od anche maggiori spese (se realizzato mediante un trasferimento che comporti allontanamento dalla propria residenza, oppure arrecando un infortunio o provocando una malattia richiedenti spese mediche specialistiche) e, addirittura, mensilità non percepite (se realizzato mediante un licenziamento ingiurioso), ecc.

Dunque, utilizzando il concetto di fattispecie a formazione progressiva, si può anche dire che l'interesse relativo al bene dell'integrità fisica e della personalità morale del prestatore di lavoro, oggetto di danno non patrimoniale, può essere leso mediante una *serie di fatti* a loro volta produttivi di danni anche patrimoniali, ossia aventi ad oggetto interessi suscettibili di valutazione economica. Trattasi di danno patrimoniale indiretto o meglio occasionalmente presente nell'*iter* formativo di quello principale di natura non patrimoniale. In conclusione, può dirsi che i danni patrimoniali in ipotesi di *mobbing* sono secondari, in quanto accessori e connessi al danno primario da *mobbing*

che è di natura non patrimoniale. Il *mobbing* ha infatti ad oggetto la tutela del bene della personalità morale del prestatore di lavoro, di natura non patrimoniale. La lesione dell'interesse corrispondente, di natura non patrimoniale, è l'oggetto primario del danno da *mobbing*. I danni patrimoniali, invece, sono secondari in quanto conseguenti ad alcuni fatti costitutivi della fattispecie progressiva caratterizzante il *mobbing* e, dunque, occasionalmente inseriti nella serie fattuale integrante la stessa.

La loro autonoma presenza non è significativa né presuntiva di una lesione della personalità morale del lavoratore in cui si sostanzia il *mobbing*, occorrendo quella idoneità offensiva (ripetitività, durata degli illeciti) e/o quell'intenzionalità persecutoria tipiche della fattispecie. Quando ciò si verifica la lesione dell'interesse corrispondente al bene leso è di natura non patrimoniale, così come l'oggetto finale del danno da *mobbing*, di cui eventuali danni patrimoniali costituiscono corollari occasionali.

Si potrebbe anche sostenere che laddove si accerti, per esempio, un mutamento di mansioni dequalificante, comportante un mero danno patrimoniale alla professionalità, senza ripercussioni non patrimoniali legate alla sfera psichica o morale della persona o alla sua dignità personale, non si dovrebbe arrivare a qualificare al tempo stesso la vicenda come *mobbing*, la cui qualificazione presuppone - come detto - l'inserimento di quel comportamento specifico (in tal caso dequalificante) in una condotta reiterata aggressiva dell'integrità morale del prestatore di lavoro che caratterizza la fattispecie. Non che il comportamento dequalificante allora non sia illecito e non conduca a responsabilità parimenti risarcitorie. Solo che rimarrà un singolo atto in violazione dell'art. 2103 c.c., senza assurgere a comportamento mobbizzante (il cui accertamento partirà invece dalla verifica di conseguenze non patrimoniali, accompagnate o meno, eventualmente, da altre conseguenze lesive di natura patrimoniale). In conclusione, non pare possano configurarsi ipotesi di *mobbing* con conseguenze di natura solo ed esclusivamente patrimoniali. L'esistenza di un mero danno patrimoniale non pare sufficiente né idoneo a definire la vicenda in termini di *mobbing*, che comporta invece sempre danni collegati in via diretta e primaria all'interesse non patrimoniale connesso alla tutela del bene dell'integrità della personalità morale del lavoratore.

Par. 5.2: Problemi di quantificazione del danno patrimoniale da *mobbing* con particolare riguardo all'ipotesi di demansionamento

Per quanto riguarda il risarcimento dei danni patrimoniali da *mobbing*, occorrerà, peraltro, riferirsi ai principi generali del codice civile. Così, ad entrambe le responsabilità, si applica la norma fondamentale sul risarcimento costituita dall'art. 1223 c.c., secondo la quale "il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la *perdita subita* dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta"¹⁰⁷⁸.

Inoltre, il risarcimento viene ridotto in caso di "concorso colposo del creditore" ed è escluso per i "danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza" (art. 1227 c.c.). Ad esempio, è escluso che si configuri una ipotesi di *mobbing*, e quindi nemmeno la possibilità di un risarcimento, quando i conflitti in ufficio, pur riconosciuti ricorrenti, siano attribuibili a problemi caratteriali del dipendente e, in particolare, ad un suo disagio esistenziale.

Una interessante sentenza di merito¹⁰⁷⁹, in tema di *mobbing* nel pubblico impiego perpetrato mediante provvedimenti amministrativi, riconduce l'omessa impugnazione in termini di questi ultimi (inerzia del dipendente che va riguardata come "implicita acquiescenza ai provvedimenti amministrativi") a concorso di colpa del danneggiato, in quanto dalla loro rimozione *ope judicis*, essendo "certamente illegittimi", sarebbe "conseguito il pieno ripristino della posizione giuridica lesa"; ciò "ha certamente aggravato il danno, rendendolo irreversibile" (anche se l'omessa proposizione di azioni giudiziali è da riportarsi più al dovere di evitare il danno che al concorso colposo del danneggiato). Infine il danno viene liquidato dal giudice con valutazione equitativa "se non può essere provato nel suo preciso ammontare" (art. 1226 c.c.). Anche in tal caso si è precisato che "il ricorso al criterio equitativo per la liquidazione del danno patrimoniale previsto dall'art. 1226 c.c. presuppone sempre che il pregiudizio economico, del quale la parte reclama il risarcimento, sia certo nella sua esistenza ed è consentito al giudice soltanto in presenza di un'impossibilità ovvero di una oggettiva difficoltà per la parte interessata di provare l'esatto ammontare del danno" . Così, non è possibile alcun risarcimento se non si dia certezza della perdita di *chance*, ossia della

¹⁰⁷⁸ È stato anche detto che, mentre il danno emergente "coincide con la perdita o la necessaria utilizzazione di valori economici già esistenti nel patrimonio del danneggiato" (Cass. 23 dicembre 1993, n. 12759), il lucro cessante "corrisponde alle utilità che sarebbero state acquisite al patrimonio del danneggiato, ma che non lo sono state per il verificarsi del fatto dannoso" (Cass. 27 febbraio 1965, n. 339).

¹⁰⁷⁹ T.A.R. Veneto-Venezia 18 luglio 2007, n. 2503.

perdita (non del risultato) ma della possibilità di conseguirlo. Ciò premesso, va sottolineata la medesima funzione riparatoria e non sanzionatoria del risarcimento del danno (che non mira alla punizione del danneggiante, quanto a soddisfare il danneggiato), cosicché con il risarcimento del danno patrimoniale si giunge ad una "compensazione economica della perdita subita", in quanto con esso "si realizza la funzione di redistribuzione dei costi economici che il giudizio di responsabilità svolge a fronte di danni patrimoniali"¹⁰⁸⁰. Detta "compensazione del danno" può assumere l'aspetto di una vera e propria compensazione pecuniaria (nel risarcimento per equivalente) o di una sua rimozione diretta (nel risarcimento in forma specifica)¹⁰⁸¹.

Il danneggiato ha così diritto di chiedere, quando ciò sia possibile, che il risarcimento avvenga "in forma specifica", ossia mediante il ripristino della situazione materiale preesistente oppure ripristinando a spese del danneggiante la situazione *quo ante*, salvo che la riparazione non comporti una spesa eccessivamente gravosa (*ex art. 2058 c.c.*). Altrimenti ha diritto al risarcimento "per equivalente", ossia ad una somma di denaro corrispondente alla perdita subita o al mancato guadagno determinato dall'inadempimento o dall'illecito. Come è evidente, la differenza tra le due forme di riparazione del danno patrimoniale subito consiste nel fatto che "nel primo caso la somma di denaro è calcolata sui costi di riparazione o di ripristino in genere della situazione materiale, mentre nel secondo è computata sulla base della diminuzione patrimoniale subita (differenza di valore del bene prima e dopo la lesione)"¹⁰⁸².

In ipotesi di *mobbing*, non sempre è possibile il risarcimento in forma specifica, qualora non sia più possibile il ripristino della situazione precedente (come nell'ipotesi in cui ad una mancata promozione a cui si aveva diritto segua la soppressione del più elevato posto di lavoro). Esso, inoltre, non sempre copre l'intero danno, operando solo per il futuro, ossia sana la situazione giuridica compromessa dal fatto illecito o dall'inadempimento solo a far tempo dalla sua attuazione, e non pone rimedio al pregiudizio verificatosi *medio tempore*, tra il momento del fatto illecito e quello della rimessione in pristino (come nell'ipotesi di arbitraria revoca dell'uso dell'auto aziendale come *fringe benefit*, ove il ripristino dell'uso, o la corresponsione dell'indennità corrispondente, non copre le spese nel frattempo sostenute per l'utilizzo dell'auto propria). Senza dirsi che non è operabile alcun ripristino in ambito di danni non patrimoniali. Ciò spiega il maggior ricorso al risarcimento per equivalente, per la sua

¹⁰⁸⁰ Salvi, Risarcimento del danno, in Enc. dir., Milano, XL, 1989.

¹⁰⁸¹ Bianca, Diritto civile, vol. V, La responsabilità, Milano, 1994, 111.

¹⁰⁸² Cass. 4 marzo 1998, n. 2402.

completezza e comodità anche in relazione all'impiego della somma risarcita, in quanto il creditore, una volta ottenuta la completa reintegrazione del suo patrimonio, ben può disporre dell'importo ricevuto nel modo che ritenga più opportuno, senza vincolo di destinazione. In ogni caso, ciò che viene in rilievo è il principio di "riparazione integrale" del danno. La giurisprudenza, conformemente, ritiene che il risarcimento del danno patrimoniale debba avere a riferimento non solo il bene danneggiato ed il suo correlativo valore, bensì "l'intero pregiudizio subito dal soggetto danneggiato e derivato al creditore, in quanto il risarcimento è diretto alla completa *restituito in integrum* (in forma specifica o per equivalente) del patrimonio del danneggiato"; in altri termini, oggetto del risarcimento patrimoniale è "la differente situazione patrimoniale in cui il soggetto danneggiato si sarebbe trovato se il fatto in questione non si fosse verificato"¹⁰⁸³. In sostanza, il risarcimento deve reintegrare il danneggiato-mobbizzato nella situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato se non si fosse verificato il fatto lesivo, tenendo conto delle perdite di utilità già acquisite al patrimonio, come del mancato guadagno, in quanto siano conseguenze necessarie (immediate e dirette) dell'atto lesivo. La ricostituzione della situazione patrimoniale *quo ante* avviene ai sensi dell'art. 1223 c.c., che prevede che il risarcimento del danno patrimoniale per l'inadempimento "deve comprendere sia la perdita subita dal creditore sia il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta". Viene quindi in rilievo, da una parte, il c.d. "danno emergente", ossia ogni perdita di beni o di valori che devono considerarsi già acquisiti al patrimonio, in quanto utilità che il danneggiato ha diritto di ricevere, e quindi tutto quanto di economicamente apprezzabile esca dal suddetto patrimonio. Il danno emergente designa, quindi, la diminuzione della sfera patrimoniale del creditore conseguente all'inadempimento.

Dall'altra, rileva il "lucro cessante", ossia l'incremento patrimoniale netto (guadagno) che il danneggiato avrebbe conseguito se l'obbligazione fosse stata adempiuta o il bene non fosse stato oggetto di lesione. Il lucro cessante designa quindi il guadagno patrimoniale netto che viene meno al creditore a causa dell'inadempimento.

Le ipotesi più frequenti di danni patrimoniali da *mobbing* sono quelle legate alla professionalità o alla possibilità di carriera del dipendente; e quelle legate alla sua capacità lavorativa futura. Si individuano così due tipologie di danno costituite dalla "perdita di professionalità" a seguito di dequalificazione; e dalla "perdita o diminuzione di capacità lavorativa" a seguito di lesione dell'integrità psico-fisica.

¹⁰⁸³ Cass. 18 luglio 1989, n. 3352.

Con riguardo alla perdita di professionalità¹⁰⁸⁴, i dati statistici soccorrono nell'affermare che una buona percentuale di lavoratori mobbizzati, in corso o all'esito della vicenda lavorativa di *mobbing*, sono stati costretti loro malgrado a dimettersi, o a richiedere la mobilità o il prepensionamento, ovvero in casi estremi sono stati licenziati (soprattutto per eccessiva morbilità): il tutto con serie ed oggettive difficoltà successive per reinserirsi *ex novo* nel mercato del lavoro, riciclarsi nella propria professionalità ed affrontare la disoccupazione forzata e/o l'arrivo dell'età pensionabile ancora lontana. La dequalificazione è una ritorsione spesso utilizzata al fine di attuare ipotesi di *mobbing*. La prevalente giurisprudenza, specie di merito, è orientata al riguardo nel riconoscere una mensilità di retribuzione, o una percentuale della stessa, per ogni mese di demansionamento. La Corte di cassazione, seguita anche da giudici di merito, frequentemente procede ad una liquidazione in via equitativa *ex artt. 1226 e 2056 c.c.* (parte di dottrina e giurisprudenza riconduce detto danno alla categoria dei danni non patrimoniali, anche se sul punto pare aver detta una parola definitiva in senso patrimonialistico la sentenza della Cassazione n. 6572/2006).

Si può operare una prima distinzione tra comportamenti dequalificanti del datore di lavoro ed altri comportamenti pregiudizievoli delle capacità professionali comportanti una perdita di possibilità di guadagno; ossia tra impoverimento o mancato arricchimento delle proprie capacità professionali ed invece perdita di una occasione di lavoro a causa di un fatto illecito qualsiasi, non legato a dequalificazione, ma, per esempio, ad una mancata promozione, oppure ancora ad un fatto invalidante¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁴ Trib. Torino 30 dicembre 1999 (fattispecie in cui durante un periodo di malattia di una dipendente, il datore di lavoro assume altra dipendente alla quale affida una posizione di lavoro pressoché sovrapponibile a quella della ricorrente, la quale al suo ritorno in azienda dalla malattia viene assegnata a mansioni diverse che, pure rientrando astrattamente nell'ambito dell'inquadramento di appartenenza, non assicurano la professionalità pregressa). Medesimo oggetto si ha in Trib. Ravenna, ord., 29 ottobre 2007, n. 2863, resa nel procedimento R.G. n. 649/2007, che ordina la reintegra del dipendente sostituito in periodo di malattia e poi licenziato.

¹⁰⁸⁵ "In caso di illegittima esclusione del lavoratore dalla prova-selezione di accertamento professionale indetta dal datore di lavoro e di conseguente domanda di risarcimento del danno, occorre distinguere tra il danno da mancata promozione e quello da perdita di chance, in quanto, mentre nel primo caso il lavoratore deve provare sia l'illegittimità della procedura concorsuale sia che, in caso di legittimo espletamento, sarebbe stato certamente incluso nell'elenco dei promossi, nel caso di richiesta di risarcimento da perdita di chance si fa valere il danno associato alla perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile ed il ricorrente ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, pure se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo delle probabilità, la possibilità che avrebbe avuto di conseguire il superiore inquadramento" (T.A.R. Sicilia - Palermo 3 marzo 2009, n. 436).

La dequalificazione professionale ha infatti quale fulcro normativo l'art. 2103 c.c., che stigmatizza il divieto per il datore di lavoro di assegnare al lavoratore mansioni inferiori a quelle per le quali è stato assunto o a quelle da ultimo effettivamente svolte. Quale termine di riferimento dell'equivalenza delle mansioni è necessario far riferimento al *contenuto professionale* delle stesse (anche indipendentemente dal riferimento formale alla categoria o al livello di assegnazione).

Un caso interessante¹⁰⁸⁶ è quello relativo alla dequalificazione di un dirigente medico attuata mediante smantellamento organizzativo della struttura sanitaria assegnata, progressivamente ridotta sia di funzioni, sia di personale medico, sino all'azzeramento di unità mediche assegnate (le restanti confluite in altra struttura operativa). In tal caso il giudice ha riconosciuto il danno non patrimoniale e non quello specifico alla professionalità. Si segnala, inoltre, una vicenda che ha visto coinvolto un dipendente bancario¹⁰⁸⁷, in un caso di progressiva sottrazione di funzioni (da titolare di Agenzia bancaria, a sottoposto di un collega di cui prima era responsabile, ad impiegato assegnato alle fotocopie), con sostanziale inattività del dipendente e suo successivo licenziamento per superamento di periodo di comporto a seguito delle infermità causate. Alla fine, è stato riconosciuto il risarcimento del danno alla professionalità, in questa vicenda, che in primo grado era stata qualificata come *mobbing*, con risarcimento di danno esistenziale puro. Peraltro, si è già accennato al fatto che "una illegittima dequalificazione professionale non è idonea di per sé ad essere valutata come condotta mobbizzante, occorrendo a tal fine una pluralità di comportamenti ostili che, nell'insieme, siano volontariamente diretti a mortificare e isolare il dipendente nell'ambiente di lavoro". La circostanza è espressamente affermata in una sentenza¹⁰⁸⁸ riguardante una vicenda di *mobbing* subito da un ingegnere dipendente comunale, titolare della posizione organizzativa relativa ai "lavori pubblici", con coordinamento di diversi tecnici geometri addetti alle sue dipendenze. La posizione organizzativa gli è stata tolta ed assegnata ad altri (motivata per scelte politiche), con altre vessazioni (attribuzione dell'indennità di risultato nella misura del 90%, rifiuto di autorizzazione ad incarico di CTU, privazione di ogni collaborazione dei tecnici subordinati, mancato invito a riunioni di settore). Dopo aver precisato che "il demansionamento o dequalificazione costituiscono fenomeni lesivi autonomi", anche quali esercizio legittimo dello *jus variandi* quale *extrema ratio* per conservare il rapporto di lavoro,

¹⁰⁸⁶ Trib. Forlì 8 luglio 2009.

¹⁰⁸⁷ Trib. Forlì, sent., 15 marzo 2001 e da App. Bologna, sent., 22 febbraio 2010, n. 1115.

¹⁰⁸⁸ Trib. Montepulciano 9 novembre 2006.

sia in virtù di patto di demansionamento sia in virtù di demansionamento ad iniziativa unilaterale datoriale, così come "ben possono manifestarsi condotte mobbizzanti non accompagnate da profili di demansionamento o dequalificazione", la decisione precisa che "sia al demansionamento o dequalificazione, sia al mobbing possono conseguire, oltre alla necessità di eliminazione della condotta illecita nonché di reintegrazione delle ordinarie condizioni di lavoro, danni patrimoniali o non patrimoniali": *"In relazione al danno patrimoniale, la vessatoria privazione della posizione organizzativa, il volontario impedimento all'inserimento nella nuova struttura di settore, il maggior impegno di energie fisiche per l'espletamento di attività materiali, il parziale demansionamento costituiscono limitazioni al pieno sviluppo della professionalità del dipendente, da cui, in futuro, potranno conseguire limitazioni alle opportunità lavorative"*. In tale ipotesi, è stato liquidato in via equitativa il danno patrimoniale alla professionalità, così accertato, nella misura di circa 1/3 dell'incremento di stipendio perso per il mancato conferimento della posizione organizzativa; ed il danno patrimoniale pari alla "differenza tra indennità di risultato nella misura massima e quella effettivamente corrisposta", quell'indennità che per ripicca era stata corrisposta solo al 90%; nonché il danno non patrimoniale (biologico ed esistenziale).

La sentenza è stata oggetto di parziale riforma in appello che - pur confermando che i comportamenti abbiano integrato una fattispecie di *mobbing* - ne ha risarcito il danno patrimoniale, maggiorandolo, escludendone il danno non patrimoniale.

Per quanto riguarda il danno patrimoniale conseguente all'assegnazione pretestuosa della P.O. ad altro dipendente (danno liquidato in primo grado tutto come danno alla professionalità), è stato scisso in due parti: è stato riconosciuto sia il danno da perdita di *chance* (ritenuto provato con giudizio prognostico, nella concreta possibilità da parte del mobbizzato di mantenere la posizione organizzativa, assegnata invece al collega, tenuto conto che due soli dipendenti erano aspiranti all'incarico, ed il ricorrente aveva maggior anzianità e maggiore esperienza, e quindi con *chance* di acquisizione della posizione almeno nella misura del 50%), sia il danno da perdita della professionalità.

Con riguardo a quest'ultimo, premesso che la dequalificazione è fonte di responsabilità risarcitoria, salvo che "possa ravvisarsi una causa giustificativa del comportamento del datore di lavoro connessa all'esercizio di poteri imprenditoriali, ovvero di poteri disciplinari, ed anche quando l'inadempimento derivi da causa non imputabile all'obbligato, fermo restando che, in base alla generale previsione dell'art. 1218 c.c.,

l'onere della prova della sussistenza di tali ipotesi grava sul datore di lavoro", la decisione sottolinea, nella fattispecie, "la perdita di professionalità conseguente all'isolamento lavorativo, alla mancanza di operoso confronto con gli altri tecnici della struttura comunale (si pensi ai mancati inviti alle riunioni), in un settore strategico e soggetto a continue evoluzioni tecniche e modifiche normative come quello dei lavori pubblici". Stima equa una percentuale del 30% del trattamento retributivo in godimento per il periodo di *mobbing*.

Il risarcimento del danno, determinato in via equitativa *ex art. 1226 c.c.*, è di regola parametrato sulla base della retribuzione mensile percepita (per l'intero in caso di inattività o in percentuale al grado di dequalificazione attuata e di conseguente diminuzione di capacità professionale) e del periodo di dequalificazione.

Par. 7: Mobbing e Unione Europea

All'interno dell'ordinamento comunitario esistono molti principi sui quali possa fondarsi una strategia di lotta al *mobbing*. La Carta di Nizza del 2000, che elenca i diritti fondamentali dell'Unione Europea, riconosce infatti il diritto alla inviolabilità e al rispetto della dignità umana (art.1), il diritto all'integrità psico-fisica della persona (art.3), la libertà professionale e il diritto al lavoro (art.15) e, infine, il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque, cioè sane, sicure e dignitose (art. 31). Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), inoltre, all'articolo 151 pone come obiettivi dell'Unione "la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto consentire un livello occupazionale elevato duraturo e la lotta contro l'emarginazione". Negli ultimi anni però c'è stata una sensibilizzazione nei confronti del *mobbing* che ha portato all'adozione di una Risoluzione del Parlamento europeo, intitolata "Mobbing sul posto di lavoro". Con questo documento le istituzioni comunitarie rilevano come vi sia un'ampia diversità nell'approccio dei vari Stati membri in relazione al fenomeno in questione, dovuta alla maggiore sensibilizzazione presente in alcune nazioni e alla differenza dei sistemi culturali e sociali. Sottolineano, inoltre, come le vessazioni sul lavoro abbiano conseguenze deleterie non solo per i lavoratori, incrementando l'ansia e

lo stress sul posto di lavoro, ma anche per i datori di lavoro, dato che provocano assenteismo e riduzione della produttività dei lavoratori, nonché la necessità di erogare indennità per i dipendenti licenziati. Di conseguenza, il Parlamento richiama gli Stati membri affinché tutti adottino, laddove non ne siano già dotati, una legislazione *ad hoc* per combattere il fenomeno dell'*harassment at workplace*, individuandone una definizione standardizzata che possa essere finalmente riconosciuta a livello europeo. Raccomanda, inoltre, che le parti sociali, i poteri pubblici e le imprese adottino misure di prevenzione idonee a creare un ambiente di lavoro sano e sereno, nonché individuino una struttura di sostegno e aiuto per le vittime del *mobbing*. A questa risoluzione segue una Comunicazione della Commissione dell'Unione Europea, che ha sostanzialmente ripreso le linee guida in materia di salute e benessere sul luogo di lavoro individuate dal documento parlamentare. La risoluzione parlamentare però, a causa del suo carattere non precettivo, non è stata accolta dalla maggior parte degli Stati membri, che si trovano tuttora privi di una legislazione specifica per il fenomeno del *mobbing*. E' proprio per questa ragione che si auspica l'intervento di una direttiva specifica che, quindi, obblighi gli Stati a dotarsi di una legislazione puntuale ed uniforme.

Par. 7.1: I principali esempi di disciplina normativa del *mobbing* nel panorama europeo.

La Svezia è stato il primo paese europeo ad adottare una legislazione in materia di *mobbing*. Nel 1993, infatti, il *National Board of Occupational Safety and Health* (Ente Nazionale per la Sicurezza e la Salute sul Lavoro), ha emanato un'ordinanza in materia di *mobbing* rubricata “*Ordinance of the Swedish National Board of Occupational Safety and Health containing Provisions on measures against Victimization at work*¹⁰⁸⁹”. Tale l'ordinanza non fornisce una disciplina puntuale del *mobbing*, né tantomeno sancisce una precisa responsabilità del *mobber*, ma offre, invece, una panoramica del fenomeno, indicando le conseguenze che ne possono derivare ed i rimedi da adottare. Pur rimanendo valida in termini giuridici, tale ordinanza è molto importante perché rappresenta la prima legislazione sull'argomento, sottolineandone l'importanza e incrementando il dibattito su tale fenomeno. Il maggior pregio di tale

¹⁰⁸⁹ “Ordinance of the Swedish National Board of Occupational Safety and Health containing Provisions on measures against Victimization at work” emanata il 21 settembre 1993 dal National Board of Occupational Safety and Health.

documento è senz'altro l'aver fornito per la prima volta una definizione legale del *mobbing*. La prima sezione dell'ordinanza sancisce, infatti, che "per persecuzione si intendono ricorrenti azioni riprovevoli o chiaramente ostili intraprese nei confronti di singoli lavoratori, in modo offensivo, tali da determinare l'allontanamento di questi lavoratori dalla collettività che opera nei luoghi di lavoro". Nelle sezioni successive, si sottolinea l'importanza della prevenzione, stabilendo che il datore di lavoro ha l'obbligo di istituire misure di prevenzione adeguate. Inoltre, non appena si verifichi un caso di *victimization at work*, il titolare del rapporto di lavoro ne deve essere informato e deve indagare per accertare se la causa di tale fenomeno possa individuarsi nel modello di organizzazione del lavoro, dovendo, in caso di risposta affermativa, apportare le opportune modifiche. Da ultimo, si afferma la necessità di fornire immediato aiuto e supporto ai lavoratori versati.

Nel 2002 la Francia adotta la *Loi de modernisation sociale*, che introduce il reato di *harcelement moral* nel codice penale, oltre ad integrare anche numerose disposizioni del *Code du Travail*. Nell'ordinamento francese, quindi, la disciplina delle molestie morali corre su un doppio binario, essendo sanzionata sia in ambito civile, nel codice del lavoro, sia con un apposito reato introdotto nel codice penale. La definizione adottata nei due codici è praticamente la stessa, ma vi è una notevole differenza nella sanzione che l'accompagna. Il *Code du Travail* prevede, infatti, che la condotta di molestie morali sia punita, alternativamente, con un anno di reclusione o con € 3750 di multa, mentre il *Code Penal* prevede l'applicazione congiunta della reclusione, sempre nella misura di un anno, e della multa, del valore di € 15.000. Questa distinzione è data dal diverso ambito di applicazione delle due norme: la norma giuslavoristica, ha infatti una portata più ristretta, applicandosi solo a quei soggetti che ricoprono la qualifica di lavoratore subordinato, escludendo, quindi, dalla sua applicazione, le forme di *mobbing* verticale ascendente, cioè quelle vessazioni perpetrate dal lavoratore subordinato ai danni del suo superiore; la norma penale invece non presenta questo limite ed è perciò applicabile a tutte le tipologie di *mobbing*¹⁰⁹⁰.

Venendo più da vicino ad analizzare la disciplina dettata in Francia all'interno del *Code du Travail*, va precisato che al suo interno, (oltre alla presenza di una definizione affine a quella contenuta nel codice penale), è stabilito che "nessun lavoratore possa essere sanzionato o licenziato né potranno essergli applicate misure discriminatorie per

¹⁰⁹⁰ Nadalet, La legislazione francese sull' Harcelement moral, in Carinci-De Luca Tmajo-Tosi-Treu (a cura di) *Mobbing, organizzazione, malattia professionale*, Milano, 2006; Monteiro, Le concept de

aver subito, o per aver rifiutato di subire, comportamenti integranti appunto le molestie morali”. È necessario fare attenzione a non confondere le molestie morali con le manifestazioni del potere direttivo del datore di lavoro, sebbene non sia cosa facile a causa dell'ampia portata della definizione di *harcelement moral*. In ogni caso, la giurisprudenza tende a non applicare questa norma alle consuete tensioni aziendali né tanto meno alle vicende in cui il potere disciplinare è usato in maniera ingiustificata o irregolare, stabilendo che sia più opportuno applicare la disciplina *ad hoc* prevista per questi casi dal legislatore. Un'altra norma del *Code du Travail* impone al datore di lavoro l'obbligo di dotare la struttura aziendale delle opportune misure di prevenzione, modificandone l'organizzazione e le condizioni di lavoro per ridurre i rischi legati all'*harcelement moral*; inoltre, nel caso di *mobbing* orizzontale, sarà onere del datore di lavoro adottare le opportune sanzioni disciplinari. Quanto all'onere della prova originariamente era prevista una parziale inversione dell'onere della prova, stabilendo che il lavoratore molestato dovesse dimostrare gli elementi di fatto che lasciassero supporre l'esistenza di *harcelement* e che spettasse al convenuto dimostrare che non si trattava di elementi costitutivi di questa fattispecie, oltre a dover dimostrare l'assenza di finalità persecutorie. In questo modo il rischio della prova gravava in maniera maggiore sul convenuto e pertanto, nel 2003, il testo è stato modificato. Ora invece la norma stabilisce che il lavoratore debba "dimostrare i fatti che permettono di presumere" l'esistenza di *harcelement*, dovendo almeno provare in giudizio "elementi tangibili e indiscutibili a dimostrazione di atteggiamenti rivolti contro la sua persona", mentre spetta datore di lavoro, una volta provati tali elementi, dimostrare che i fatti non sono riconducibili ad un'azione di *harcelement moral* e che invece esistono delle motivazioni obiettive che giustificano tali comportamenti. Per quanto riguarda, infine, i rimedi civilistici che possono essere adottati, l'ordinamento francese individua come rimedio principale la nullità del licenziamento, prevedendo inoltre l'erogazione di un'indennità corrispondente alle mensilità non versate dal momento del licenziamento al momento della reintegrazione nel posto di lavoro. Al lavoratore che si rifiuti di essere reintegrato spetteranno poi le indennità di cessazione del rapporto ed il risarcimento del danno subito a causa dell'illegittimo licenziamento. Da ultimo, le dimissioni che siano state rassegnate dal dipendente a causa della situazione lavorativa

harcelement moral dans le code penal et le code du travail, in *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, 2003, 2, 283.

diventata intollerabile possono essere riqualficate dal giudice come licenziamento illegittimo, dando origine ai corrispondenti risarcimenti¹⁰⁹¹.

Venendo ad analizzare la situazione in Germania¹⁰⁹², va osservato che, in questo ordinamento non esiste una normativa specifica per il *mobbing*, né a livello centrale né a livello dei singoli *Lander*. Inoltre non vi sono tendenze a livello politico volte ad elaborare una disciplina *ad hoc* e neppure in dottrina sono molti gli studiosi che chiedono interventi in tal senso. La tutela dei lavoratori mobbizzati è offerta dal codice civile, che impone al datore di lavoro l'obbligo di tutelare il lavoratore dipendente contro i rischi per la sua vita e la sua salute. Alla luce di questa norma, il datore di lavoro è "obbligato a garantire, tramite atti di direzione e di organizzazione, un ambiente di lavoro sereno in cui si riduce o è minimo il rischio di danni alla salute dovuti al *mobbing*". Di conseguenza, se è il datore di lavoro l'autore delle vessazioni, sarà responsabile a titolo di responsabilità contrattuale, per aver violato l'obbligo di sicurezza di cui è titolare nei confronti del prestatore di lavoro, obbligo che comprende anche la salute psicofisica. Se invece il *mobbing* è realizzato da un preposto del datore di lavoro, questi sarà comunque responsabile in base alla norma secondo la quale "il debitore deve rispondere per colpa del proprio rappresentante e delle persone cui si avvale per l'adempimento della sua obbligazione nella stessa misura nella quale risponde per propria colpa". Se, infine, il *mobber* è un collega della vittima, il datore di lavoro sarà responsabile in forza della regola per la quale "chi commissiona ad un altro un'attività è obbligato al risarcimento dei danni che l'altro arreca illecitamente ad un terzo". In ognuno di questi casi, la vittima di *mobbing*, avrà diritto al risarcimento dei danni subiti. Ha inoltre la possibilità di interrompere il rapporto di lavoro senza fornire il necessario preavviso, essendo presente una giusta causa, e se tale "disdetta senza preavviso" è dovuta al comportamento vessatorio del datore di lavoro, questi risarcirà il danno derivante al lavoratore dalla cessazione del rapporto di lavoro. Infine, ricordiamo che il gruppo tedesco *Volkswagen* è stato una delle prime aziende ad adottare un codice di condotta che mira alla creazione di un ambiente di lavoro sereno, mettendo al bando le molestie sessuali, il *mobbing* e le discriminazioni di ogni tipo, in quanto si tratta di comportamenti che violano la dignità e la *privacy* individuale ed ostacolano il raggiungimento dell'obiettivo che l'accordo si è prefissato. L'azienda, quindi, si impegna a prevenire in ogni modo il verificarsi di tali fenomeni,

¹⁰⁹¹ Ravisy, *Le harcèlement moral au travail*, Paris, 2004; Kolb-Leturmy, *Droit Penal General*, Gualino editeur, Paris, 2010, 144 ss.

sensibilizzando i dipendenti sull'argomento e stabilendo misure disciplinari in caso di violazione di tali divieti.

La situazione spagnola, infine, è molto simile a quella presente nel nostro ordinamento. Data la mancanza totale di una disciplina specifica, sia in campo penale che civile, è stata la giurisprudenza¹⁰⁹³ ad occuparsi di garantire una tutela ai lavoratori mobbizzati. Anche in questo caso la definizione giuridica di *mobbing* è mutuata dalla psicologia: il fenomeno viene definito dalle Corti come "la sistematica e prolungata pressione psicologica che si esercita su una persona nello svolgimento del suo lavoro, con lo scopo di distruggere la sua relazione con gli altri e attaccando la sua dignità con il fine di ottenere che, turbata la sua vita lavorativa, si allontani da questa provocando la sua autoesclusione". Affinché si possa parlare di *mobbing*, è necessario che la persecuzione sia sistematica, reiterata, con una certa durata nel tempo e con l'intenzione di minare l'autostima del lavoratore, nonché con lo scopo di allontanarlo dall'ambiente lavorativo. Chiaramente tale condotta deve aver luogo nell'ambiente di lavoro come conseguenza del rapporto di lavoro stesso e deve, inoltre, ledere gravemente l'integrità morale e la dignità del lavoratore. Tali diritti sono protetti sia a livello costituzionale, dato che l'art. 10 riconosce la dignità della persona come "fondamento dell'ordine politico e della pace sociale" e l'art. 15 sancisce il diritto all'integrità morale del lavoratore, sia dallo *Estatuto de los Trabajadores*¹⁰⁹⁴, che riconosce il diritto del lavoratore "alla sua integrità fisica, al rispetto alla sua intimità e alla considerazione dovuta alla sua dignità, compresa la protezione di fronte ad offese verbali, fisiche o di natura sessuale". Vanno analizzate, a questo punto, quali sono le possibili tutele offerte al lavoratore vessato. Sul piano civilistico, potrà innanzitutto denunciare il comportamento del *mobber* presso l'Ispettorato del lavoro, che agirà tramite diffide, raccomandazioni, vertenze e, nel caso in cui queste non siano sufficienti, tramite il procedimento sanzionatorio previsto dalla Legge sulle infrazioni e sanzioni nell'Ordine sociale. La seconda strategia consiste nel procedimento speciale di protezione dei diritti fondamentali. In questo caso, è necessario che il lavoratore vessato apporti indizi sufficienti a dimostrare la lesione del diritto fondamentale, perché solo in presenza di tale allegazione, opererà l'inversione dell'onere della prova

¹⁰⁹² Runggalder, Il mobbing: il caso della Germania, in Carinci-De Luca Tamajo-Tosi-Treu (a cura di) *Mobbing, organizzazione, malattia professionale*, Milano, 2006, 268.

¹⁰⁹³ Tribunal Supremo, 7° sala, sentencia 10-11-2005.

¹⁰⁹⁴ L' "Estatuto de los Trabajadores" riconosce il diritto dei lavoratori "a su integridad fisica" (art.4.2 d) e "al respeto de intimidad y a la consideracion debida a su dignidad, comprendida la proteccion frente a ofensas verbales o fisicas de naturaleza sexual" (ART. 4.2 e).

che graverà, quindi, sul *mobber*. Se è dimostrata una condotta illecita, la sentenza ordinerà la cessazione del comportamento persecutorio, il ripristino della situazione precedente e la riparazione delle conseguenze da esso derivate. Infine, l'ultima via civilistica è la risoluzione del contratto per grave inadempienza contrattuale e con colpa del datore di lavoro *ex art. 50 dello Estatuto de los Trabajadores*, che comporta il diritto al risarcimento in misura corrispondente a quella garantita in caso di licenziamento illegittimo.

CAPITOLO 5. LE APPLICAZIONI DELLA CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE IN SPAGNA NEL RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO.

SOMMARIO: Par.1: Funzione della clausola generale di buona fede nelle diverse fasi del rapporto di lavoro subordinato: una prima riflessione. - Par. 2: L'equilibrio della relazione tra il datore di lavoro ed il lavoratore come obiettivo della clausola di buona fede. - Par. 3: La buona fede come limite all'esercizio dei diritti delle parti nel contratto di lavoro. - Par. 4: Doveri contrattuali di buona fede ne rapporto di lavoro. Il carattere di reciprocità nell'applicazione della clausola generale. - Par. 5: La buona fede del prestatore di lavoro nella esecuzione del contratto. - Par. 6: Le concrete esplicazioni del principio di buona fede. Il dovere di cooperazione, di informazione e di segretezza. - Par. 7: Dovere di cooperazione e flessibilità della condotta esigibile dal prestatore di lavoro. Il dovere di fiducia. - Par. 8: Il dovere di buona fede del datore di lavoro. Obbligo di informazione e dovere di dare occupazione effettiva. - Par. 9: Limiti alla discrezionalità del datore di lavoro. Obbligo di rinegoziazione delle condizioni contrattuali e di motivazione delle sue scelte. - Par. 10: Il potere disciplinare e di controllo dell'imprenditore. Tutela dei diritti fondamentali del lavoratore con particolare riguardo alla tutela della privacy.

Par.1: Funzione della clausola generale di buona fede nelle diverse fasi del rapporto di lavoro subordinato: una prima riflessione.

Il rapporto contrattuale di lavoro è di natura sinallagmatica, ed è connotato da una serie di caratteri, alcuni particolari ed altri di tipo generale, che, da una parte lo differenziano e dall'altra lo avvicinano ad altri tipi di contratti.

In primo luogo rileva il carattere personale di questo rapporto (cd. *intuitus personae*) che comporta che, nel contratto di lavoro, essendoci l'implicazione della persona del lavoratore nello svolgimento della prestazione, è necessario garantire a costui il rispetto dei diritti che gli spettano, sia come lavoratore che come persona. A titolo meramente esemplificativo, può farsi riferimento al diritto alla libertà o a non subire discriminazioni. In secondo luogo, altra caratteristica del contratto di lavoro (rilevante anche per comprendere gli effetti dell'incidenza del principio di buona fede nel rapporto che unisce il datore di lavoro al lavoratore), può cogliersi nella circostanza che si tratta di un contratto ad esecuzione continuata, i cui effetti non si esauriscono al momento stesso della stipulazione del contratto, ma si prolungano nel tempo. Pertanto sarà necessario proteggere e promuovere valori come la fiducia, l'onestà e la cooperazione al fine di rafforzare il rapporto tra il datore di lavoro e il lavoratore in vista dell'esecuzione normale e pacifica del contratto di lavoro per tutta la sua durata. Non possiamo dimenticare, infatti, che la vocazione naturale del contratto di lavoro è di essere a tempo indeterminato per quanto le attuali circostanze di precariato e temporalità dell'occupazione, causino spesso la dimenticanza di questa massima nell'ambito del contratto di lavoro.

Altro aspetto significativo di questo rapporto ad esecuzione continuata è dato dalla posizione di subordinazione in cui viene a trovarsi il lavoratore: ciò implica la sua soggezione ai poteri datoriali che hanno un certo margine di libertà nell'esplicazione concreta e che, necessariamente, dovranno coordinarsi con la buona fede. Va precisato, inoltre, che, seppur l'oggetto delle mansioni del lavoratore sia generalmente concordato al momento dell'instaurazione del rapporto in sede individuale o, collettivamente, attraverso la contrattazione collettiva, residua un margine di autonomia che l'imprenditore ha quando esercita il potere di direzione e organizzazione dell'impresa che giammai, nel suo esercizio in concreto, potrà porsi in contrasto con la buona fede.

In terzo luogo, la subordinazione essendo nota essenziale del contratto di lavoro, (l'articolo 1.1 E.T. così specifica, ponendo il lavoratore sotto l'ambito di organizzazione e direzione dell'imprenditore), comporta che i poteri e i diritti che competono all'imprenditore, come direttore della sua impresa, dovranno essere esercitati in un contesto adeguato e regolare. Sotto questo profilo può ampiamente scorgersi l'importanza che ha da sempre avuto il principio di buona fede e che ha ancora oggi sin dal momento della stipulazione contrattuale e per tutta la durata del rapporto stesso e, cioè, nella sua fase esecutiva⁴¹⁸.

Nel rapporto di lavoro, infatti, è evidente la particolare necessità di osservare regole speciali per mantenere la parità del sinallagma contrattuale nel periodo in cui dura tale relazione⁴¹⁹. Le tre caratteristiche tipiche del contratto di lavoro, di cui si è accennato e cioè, il carattere personale, la continuità nel tempo e la subordinazione, non sono monadi ma sono connesse tra loro⁴²⁰.

D'altra parte, anche se la prestazione dovuta dal lavoratore è stata già stabilita in forma generale nel contratto, integrato dalla contrattazione collettiva del settore merceologico cui il lavoratore appartiene, sarà necessaria comunque una fase di concretizzazione e l'adattamento della stessa al momento preciso in cui debba essere eseguita. Il contratto di lavoro subordinato è un contratto di scambio che si proietta in un futuro incerto e, poiché una pianificazione dettagliata risulterebbe impossibile da mettere in pratica, e alle volte anche sconsigliabile, le parti contrattuali confidano nella esecuzione in buona fede del contratto affinché si attui quanto previamente concordato nelle sue linee generali. Il principio di buona fede ha la funzione di dare effettività alle intenzioni delle parti ed è finalizzato a proteggere le loro ragionevoli aspettative. Gran parte della concretizzazione del contratto di lavoro si effettua attraverso il potere di direzione, esercitato dal datore di lavoro e subito dal prestatore. Tuttavia l'esercizio di tali prerogative da parte del datore di lavoro deve essere presieduto da correttezza e buona fede. Lo stesso vale per i diritti e i doveri che corrispondono all'esercizio delle prerogative che competono al lavoratore. E' evidente come nel rapporto di lavoro si stabilisce un incrocio di situazioni, in forma di diritti e di obblighi reciproci, che vanno da una parte all'altra e viceversa. Il principio di buona fede, quindi, assume un ruolo rilevante nella relazione di reciprocità stabilita nel contratto di lavoro.

Bisogna tener conto che tanto i diritti quanto gli obblighi dell'imprenditore e del lavoratore devono adattarsi al quadro costituzionale e statutario, recependo i valori fissati in entrambe

⁴¹⁸ Nogueira Guastavino, La prohibition de competencia desleal en el contrato de trabajo, Pamplona, 1997.

⁴¹⁹ Santos Fernandez, El contrato de trabajo como limite al poder del empresario, Albacete, 2005.

⁴²⁰ Montoya Melgar, La buena fe en el derecho del trabajo. Madrid, 2001.

le fonti, per configurare un contenuto corretto della relazione giuridica di lavoro⁴²¹. La buona fede è parte essenziale del contratto di lavoro sotto due profili essenziali: in primo luogo, consente la fusione dei reciproci e contrapposti interessi delle parti contrattuali controllando le sopravvenienze e permettendo che il vincolo *inter partes* sia ispirato ad un certo equilibrio delle relazioni; in secondo luogo serve come meccanismo di protezione dei diritti e delle libertà che, come cittadini, competono ai contraenti, con particolare attenzione a quelli del lavoratore⁴²².

Lo sviluppo del principio della buona fede nel contratto si è realizzato secondo tre distinte modalità. In primo luogo, come creazione ed espansione dei doveri contrattuali; in secondo luogo, in quanto limite all'esercizio dei diritti e infine, come adeguamento del contratto stesso⁴²³. A ben vedere, quindi, tre sono le funzioni tipiche svolte dal principio di buona fede: integrativa del contenuto fissato dalle parti, quella di limite all'esigibilità di alcune prestazioni divenute eccessivamente onerose, quella di interpretazione di quanto previsto pattiziamente. Sotto questo profilo sembra cogliersi, pertanto, una evidente affinità di funzioni che la clausola svolge come in Spagna così in Italia.

Par. 2: L'equilibrio della relazione tra il datore di lavoro ed il lavoratore come obiettivo della clausola di buona fede.

Il legislatore regola le relazioni umane e sociali che si producono in maniera spontanea tra gli uomini, attraverso la figura giuridica del contratto che funge da strumento di composizione degli interessi individuali delle parti.

Quando viene raggiunta la composizione degli interessi reciproci inizia la relazione contrattuale che richiederà, dal punto di vista della sua esecuzione, lo scambio di quanto pattuito. Ciò significa che le parti accettano con il consenso libero e responsabile non solo l'inizio del rapporto contrattuale, ma anche un determinato programma contrattuale. La soddisfazione di quest'ultimo ci fa capire che siamo nella fase dinamica del contratto. Nel caso del contratto di lavoro, la fase esecutiva comporta da una parte, la presenza di un soggetto, il lavoratore tenuto fondamentalmente a prestare lavoro, e, dall'altra, quella del datore di lavoro tenuto a corrispondere la retribuzione. Quindi il contratto di lavoro implica

⁴²¹ Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.

⁴²² Martínez Sarrion, *Moderna Orientacion de las relaciones obligacionales*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXXII, 1992.

⁴²³ Rodríguez-Pinero y Bravo-Ferrer, *Poder de direccion y derecho contractual*, RR.LL, n. 19/20, 2005.

una contrapposizione di prestazioni, connotato tipico del contratto sinallagmatico di scambio. Si verifica così una corrispondenza o interdipendenza che costituisce la causa stessa del contratto, e che si traduce in un complesso di vantaggi e svantaggi per il debitore e per il creditore. Pertanto la prestazione di ciascuna parte ha la sua giustificazione in quella dell'altra⁴²⁴.

Tradizionalmente, e nell'ambito dei contratti onerosi, l'idea di equivalenza è stata intesa come elemento caratterizzante il rapporto che, grazie alla buona fede, sarà ispirato sempre ad una ragionevole equazione di valori tra prestazioni e controprestazioni. Da un punto di vista concettuale, il termine equivalenza dà idea di proporzionalità, correlazione, reciprocità o corrispondenza tra due elementi o prestazioni⁴²⁵. Nei contratti di scambio, sinallagmatici o bilaterali, come ad esempio quello di lavoro, ciascuna parte deve ottenere per la sua prestazione una controprestazione adeguata e corrispondente al valore della prima. Le parti del contratto, pertanto, intendono conseguire qualche vantaggio da esso, ricevere dalla controparte una prestazione che sia il più proporzionata possibile rispetto a quella offerta.

Tuttavia, il principio di equivalenza ha avuto ed ha seri problemi ad essere realmente efficace. La causa principale di questa difficoltà sta nella mancanza di una scala oggettiva che quantifichi l'equilibrio, vale a dire, risiede nella impossibilità di valutare quantitativamente le prestazioni di ciascuna per sapere se risultino effettivamente equilibrate tra loro. Le posizioni del datore di lavoro e del lavoratore nel rapporto contrattuale di lavoro non sono, già dall'inizio, sullo stesso piano. Gli stessi caratteri che definiscono e caratterizzano la relazione di lavoro lo evidenziano, come ad esempio la dipendenza e la subordinazione. Ovvio constatare che il datore di lavoro è la parte del rapporto che si trova in una posizione di preferenza o di maggiore forza rispetto al lavoratore. Tale circostanza emerge non solo se la analizziamo da un punto di vista prettamente economico ma anche se si fa riferimento alla stessa nozione e natura del contratto di lavoro.

In Spagna lo Statuto dei Lavoratori, oltre a costituire un insieme di norme che regolano il rapporto di lavoro, mira anche a proteggere e salvaguardare la posizione debole che occupa il lavoratore nella menzionata relazione, ad equilibrare, da un punto di vista qualitativo, le posizioni giuridiche delle parti⁴²⁶. Alla carenza di mezzi contrattuali dei quali dispone il lavoratore subordinato e del quasi inesistente ambito esplicativo riconosciuto alla volontà individuale, si contrappone una rete di protezione che rappresenta il contrappeso alla

⁴²⁴ Lopez Jacoiste, Sobre la aporia de la equivalencia contratual, Estudios juridicos en homenaje al Profesor Federico de Castro, II, ed Tecnos, 1976.

⁴²⁵ Arechederra Aranzadi, La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual, Madrid, 1978.

⁴²⁶ Montoya Melgar, La buena fe en el derecho del trabajo. Madrid, 2001.

menzionata debolezza⁴²⁷. Anche i contratti collettivi svolgono un'importante ruolo relativamente a tale aspetto in quanto, oltre a regolare gli aspetti concreti del settore professionale in cui il lavoratore è inserito, mirano a proteggere la posizione debole quale è quella che occupa il lavoratore nel contesto aziendale. Ciò significa che la correzione dello squilibrio contrattuale nella relazione di lavoro è stata ed è un compito quotidiano, sia nell'ambito legislativo, sia a livello collettivo e sia in sede di contrattazione individuale. Inoltre l'equilibrio contrattuale nel contratto di lavoro è raggiunto attraverso un sapiente uso della clausola generale di buona fede. Precisamente essa è capace di equilibrare sul piano economico e normativo gli interessi delle parti che si trovano in una posizione non simmetrica, come accade nel rapporto di lavoro subordinato ove vi è una parte debole, il prestatore di lavoro, ed una forte, l'imprenditore. Inoltre essa rappresenta il parametro di valutazione per il giudice per assicurare che sia ripristinata una proporzione adeguata tra gli interessi in gioco⁴²⁸.

Il sistema di equilibrio fondato sulla buona fede, infatti, respinge l'arricchimento della parte forte del rapporto a spese della parte debole e mira ad uniformare gli interessi delle parti sia nella fase preliminare del contratto di lavoro, sia nella fase esecutiva invitando ciascuna delle parti ad adattare il proprio comportamento non solo all'interesse personale ma anche a quello di controparte. La mancanza di equilibrio tra le prestazioni si mostra veramente rilevante quando lo scambio è alterato da dolo o violenza perpetrata da una delle parti a danno dell'altra. In questo caso, tuttavia, ciò che realmente si ripudia non è tanto la mancanza di equilibrio nella relazione quanto l'esistenza di una fonte di responsabilità previamente prevista dalla legge come tale. Tuttavia, bisogna tener conto che la mancanza di equilibrio non sempre è motivo di atto illecito, almeno non come condizione necessaria.

Non è sostenibile, infatti, nell'ambito dei contratti, una equivalenza obiettiva, nel senso matematico del termine, perché si minerebbe la libertà di negoziare e contrattare che prevale in qualsiasi sistema giuridico democratico: ciò significherebbe sacrificare eccessivamente l'autonomia privata⁴²⁹. Il principio del libero mercato è sostenuto oggi dalla società moderna sebbene il suo funzionamento non sia perfetto. Il diritto non può né deve imporre criteri di equivalenza tra ciò che è diverso ed eterogeneo per natura ma deve occuparsi di far rispettare il principio di buona fede, sia al momento della determinazione del contenuto contrattuale e sia nella fase esecutiva. La clausola generale della buona fede, come meccanismo bilanciante della relazione contrattuale, costituisce un chiaro limite alla autonomia

⁴²⁷ Martin Valverde, Rodriguez-Sanudo Guterrez, Garcia Murcia, Derecho del Trabajo, Madrid, 2005.

⁴²⁸ Rodriguez Pinero, Bravo Ferre, Poder de direccion y derecho contractual, Relaciones Laborales, n. 19/20, 2005.

⁴²⁹ De Cossio, Frustraciones y desequilibrios contractuales, Granada, 1994.

contrattuale nel suo senso stretto. La volontà contrattuale, nella sua concreta esplicazione, quindi, incontra non solo limiti esterni (art 1255 c.c.), ma anche dei limiti interni di equità, proporzionalità e buona fede. Ciò ha creato nella logica del contratto una sorta di ordine pubblico interno che assicura un minimo di equilibrio delle prestazioni tra le parti, evitando una sproporzione evidente nelle obbligazioni e nei diritti derivanti dal contratto e prevenendo abusi o eccessi della parte contrattuale che occupa una posizione egemonica o dominante⁴³⁰.

Il raggiungimento dell'equilibrio e della proporzionalità nella relazione di lavoro è una esigenza costituzionale, in quanto fattore chiave sia della giustizia sociale che di quella contrattuale: ciò è importante anche dal punto di vista comunitario, interessato non tanto all'equilibrio della relazione giuridica, quanto, piuttosto, al rispetto dei diritti della persona. Attraverso il contratto, e la relazione giuridica che si instaura tra le parti, si realizza un equilibrio causale che la buona fede contribuisce a mantenere integro, garantendo, anche nella fase esecutiva, il giusto e mutuo adattamento degli interessi in gioco. Ciò che si vuol perseguire non è una certezza formalista e finta, ma la garanzia di instaurare delle relazioni giuridiche giuste.

Il giudice, infatti, può porre rimedio ad un contratto obiettivamente squilibrato se è conseguenza della violazione da parte del contraente, che occupa la posizione forte, del principio generale della buona fede che risulta rispettato solo se si tiene conto degli interessi della parte opposta⁴³¹. Questa logica di pensiero conduce ad andare alla ricerca di un equilibrio delle prestazioni posto che l'ordinamento giuridico non impone una uguaglianza reale delle prestazioni, dal momento che, scegliendo questa opzione, si limiterebbe, in maniera pericolosa, l'autonomia privata. Ciò che il giudice può fare, quindi, è misurare ciò che si può chiamare una sproporzione tollerabile e, nel fare ciò, egli non può intaccare la volontà delle parti ma limitarsi ad adottare quegli accorgimenti necessari per assicurare il perseguimento dell'obiettivo di riequilibrio di diretta ispirazione costituzionale. Storicamente, il principio di equivalenza ha giocato un ruolo importante nell'ambito del contratto di lavoro in quanto ha ampliato la sfera delle obbligazioni sociali di protezione del datore di lavoro nei confronti del prestatore per compensare quest'ultimo della sua forte implicazione personale nel rapporto di lavoro, non sembrando sufficiente la sola remunerazione corrisposta⁴³². Anche oggi il diritto del lavoro cerca di proteggere il lavoratore e lo fa attraverso la creazione dei cosiddetti diritti irrinunciabili, quelli sui quali non può esserci contrattazione e dei quali non sarà possibile privare il lavoratore. Lo Estatuto de los Trabajadores, all'art. 3, subito dopo aver enumerato le fonti principali del

⁴³⁰ Rodriguez Pinero, Buena fe y ejercicio de poderes empresariales, RRL, n. 17, 2003.

⁴³¹ Arechederra Aranzadi, La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual, Montecorvo, 1978.

⁴³² Montoya Melgar, Derecho del Trabajo, Derechi del Trabajo, Madrid, 2005.

rapporto di lavoro, al comma 1 lett. c) stabilisce: “ma in nessun caso possono stabilirsi a danno del lavoratore condizioni meno favorevoli o contrarie alle disposizioni di legge e ai contratti collettivi”. Il comma 5 dello stesso articolo aggiunge che i lavoratori non potranno disporre dei loro diritti che siano riconosciuti dalle disposizioni di legge. Da ciò emerge che la legge accorda alla parte debole del rapporto un certo grado di protezione dinanzi ad una possibile violazione dei suoi diritti da parte di chi si trova in una posizione di preminenza o di forza che è quella che occupa il datore di lavoro nella relazione contrattuale.

Il legislatore, già a priori e in alcuni casi specifici (tra cui in materia di retribuzione del lavoratore), proporziona ed equilibra le prestazioni dovute dalle parti del contratto di lavoro, curando, in particolar modo, gli interessi della parte debole, in quanto fissa e prevede annualmente un salario minimo interprofessionale (SMI), valido per qualsiasi settore o ramo di attività e per qualsiasi lavoratore indipendentemente dalla sua età, capacità o abilità, dal tipo di contratto o da qualsiasi altra circostanza. Il lavoratore ha un diritto, riconosciuto costituzionalmente, ad una remunerazione sufficiente a soddisfare le sue necessità e quelle della sua famiglia (art. 35 co.1 della Costituzione Spagnola). L'applicazione dello SMI all'ambito contrattuale lavorativo, pone le basi per l'equilibrio delle prestazioni dovute tra il datore di lavoro e il lavoratore, in quanto non permette una remunerazione inferiore a quella fissata per legge per il lavoratore per garantire la realizzazione di valori di dignità e giustizia. A partire da questo limite legale, le parti sono libere di stabilire i propri obblighi a condizione che si faccia ciò in modo cosciente e rispettoso della legge. E' questo un esempio di armonizzazione del principio dell'autonomia privata e del principio di giustizia contrattuale in chiave compensativa che dovrebbe ispirare l'intera vita del contratto in tutte le sue fasi con il riconoscimento anche della necessità di tornare a rinegoziare il contratto al fine di adattarsi alle nuove circostanze sopravvenute⁴³³.

Ciò consentirebbe, di conseguenza, anche il rispetto del principio di proporzionalità contribuendo decisamente alla realizzazione della giustizia, cardine essenziale per un ordine democratico del potere. Tale principio, infatti, assume una connotazione marcatamente sociale manifestando una grande forza modellatrice degli interessi delle parti nel contratto verso un equilibrio sostanziale e dinamico delle posizioni giuridiche soggettive dei contraenti nel rispetto dei valori che caratterizzano l'ordinamento giuridico.

⁴³³ Pertinez Vilchez, *Las clausolas abusivas por un defecto de transparencia*, Pamplona, 2004.

Par. 3: La buona fede come limite all'esercizio dei diritti delle parti nel contratto di lavoro.

Tutti i sistemi giuridici contemporanei prevedono strumenti diretti ad assicurare, in un modo o in un altro, la moralità dell'esercizio dei diritti e la loro giustificazione dal punto di vista giuridico. Come è stato scritto tante volte, un diritto non è assoluto ma è sintomatico di un rapporto giuridico che conferisce un potere limitato nel suo contenuto e nel suo diritto⁴³⁴.

Nessun tipo di diritto può essere esercitato in forma illimitata, nè dal punto di vista quantitativo né qualitativo. Ci sono almeno tre tipi di limiti all'esercizio di qualsiasi diritto: limiti estrinseci (quelli che promanano dai diritti altrui), limiti intrinseci (quelli che derivano dall'esercizio del proprio diritto come previsto dall'art. 7 c.c.), limiti temporali (tutti i diritti, salvo eccezioni, hanno un tempo per il loro esercizio)⁴³⁵. Tra i limiti intrinseci all'esercizio dei diritti soggettivi c'è il principio generale della buona fede. L'esercizio di un diritto soggettivo è contrario alla buona fede quando non si utilizza in conformità allo scopo oggettivo o funzione economica o sociale per il quale è stato attribuito al suo titolare, o quando si utilizza ingiustamente, secondo le regole della coscienza sociale. La buona fede che intercorre tra le parti di un rapporto di lavoro si erge a limite aggiuntivo all'esercizio dei diritti derivanti dal contratto, al di fuori del quale tale esercizio rischia di divenire illegittimo. Pertanto una delle funzioni del principio di buona fede nell'ambito del diritto del lavoro è quella di servire come criterio di limitazione e controllo nell'esercizio dei diritti soggettivi. La buona fede, quindi, guida l'esercizio dei diritti soggettivi e ne vieta l'abuso secondo quanto previsto dall'articolo 7 co. 1 c.c., quando dispone che i diritti devono essere esercitati in conformità ai requisiti di buona fede. Ugualmente, si respinge il loro abuso o l'esercizio antisociale dello stesso⁴³⁶ (art. 7. 2 c.c.). In Spagna, quindi, il codice civile fa riferimento, dal punto di vista teorico, a due concetti giuridici differenti, quali la buona fede e l'abuso del diritto. La prima si dispiega principalmente nei rapporti obbligatori, ed il secondo è proprio dei diritti reali anche se, inevitabilmente, sono destinati ad interagire in ragione degli elementi in comune che presentano. La dottrina⁴³⁷ dell'abuso del diritto risponde, anche se con carattere proprio e autonomo, allo stesso principio di attuazione della buona fede⁴³⁸. Nell'articolo 7 c.c. viene fatta menzione esclusivamente dei diritti, ma è indiscutibile che tale norma vada applicata anche all'esercizio dei doveri, giacchè tanto gli uni come gli altri sono

⁴³⁴ Ferreira Rubio, *La buena fe. El principio general en el derecho civil*, Madrid, 1984.

⁴³⁵ Moro Almaraz, Sanchez Cid, *Nociones basicas de derecho civil*, Madrid, 1999.

⁴³⁶ Rivero Hernandez, *Comentarios al codigo civil (Titulo Preliminar)*, Barcelona, 2000.

⁴³⁷ Diez- Picazo Ponce De Leon, *La doctrina de los propio actos. Un estudio critico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963.

⁴³⁸ Gete Alonso y Carrera, *Comentarios all Codigo civil y compilaciones forales. Tomo I, vol. I*, Madrid, 1992.

aspetti complementari. I diritti devono essere esercitati secondo buona fede e gli obblighi devono essere adempiuti in buona fede⁴³⁹. I diritti, i poteri ed doveri degni di protezione, devono dispiegarsi nel rapporto contrattuale conformemente al principio di buona fede, e questo non genera un dovere complementare di condotta, né conseguenze non previste, in quanto è normale esigere da un contraente una condotta corretta e ragionevole nella fase dell'esecuzione del rapporto contrattuale⁴⁴⁰. La buona fede stabilisce i limiti all'esercizio dei diritti che sono stati conferiti dal contratto, in modo da rendere compatibile l'interesse della controparte con il proprio, e con l'interesse per il quale la libertà contrattuale è stata conferita. Non oltrepassare il limite nell'esercizio di un diritto implica adeguarsi al vero spirito ed alla più profonda finalità della norma giuridica che lo attribuisce: ecco perchè non sarebbe permesso porre in essere atti di esercizio che, sebbene rientrino nelle facoltà teoriche del titolare, si discostino dal canone di lealtà richiesto nei rapporti sociali.

Le norme etiche devono guidare l'esercizio dei diritti e, in questo modo, il principio di buona fede, stabilito per l'esercizio dei diritti soggettivi in generale dall'art. 7. co.1 c.c., e per i rapporti obbligatori in particolare dall'art. 1258 c.c., permea tutto l'ordinamento giuridico impedendo interpretazioni che conducono ad un risultato contrario al menzionato principio. Ciò avrebbe luogo quando il potere nel quale il diritto soggettivo si concretizza, viene utilizzato con una finalità economico-sociale diversa da quella per la quale è stato attribuito o esercitato e cioè in circostanze che lo rendono ingiusto, secondo le regole che la coscienza sociale impone⁴⁴¹. Ciò sta a significare che, sulla base dell'art. 7 co.1.c.c., e data l'applicazione generale del precetto in tutti i settori dell'ordinamento, sia il lavoratore che il datore di lavoro devono esercitare lealmente i loro diritti attenendosi non solo ai limiti formalmente fissati nel contratto ma anche alla funzione di ordine sociale per la quale tali diritti sono stati riconosciuti⁴⁴².

La buona fede, ispiratrice di criteri volti a conformare le condotte e a consentire l'adeguato esercizio dei diritti e la fedele esecuzione dei doveri, è criterio previsto sia dall'art. 7 c.c. che dall'art. 1258 c.c. e, come tale, è pienamente applicabile ai rapporti di lavoro subordinato. Tuttavia esistono anche precetti specifici afferenti proprio alla relazione tra datore di lavoro e lavoratore che ricordano alle parti l'obbligo di conformare la propria condotta al criterio in oggetto⁴⁴³.

Lo Statuto dei Lavoratori, infatti, sottopone imprenditori e lavoratori, al momento

⁴³⁹ Martin Bernal, *El abuso del derecho*, Madrid, 1982.

⁴⁴⁰ Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.

⁴⁴¹ Lasarte Alavarez, *Principios de Derecho civil*, 1, Madrid, 1995.

⁴⁴² Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.

⁴⁴³ Lasarte Alvarez, *Principios de derecho civil*, I, Madrid, 1995.

dell'esecuzione delle loro prestazioni reciproche, al rispetto di tale principio (art. 20 co. 2 ET) e dà la facoltà di estinzione del contratto al dipendente, nel caso in cui si modifichino sostanzialmente le condizioni di lavoro in modo tale da pregiudicare la sua posizione o si rischi di compromettere la sua dignità (art. 50 co.1. lett.a ET), e all'imprenditore, quando la condotta del prestatore comporti trasgressione della buona fede contrattuale (art. 54 co.2. lett.d ET). Le forme di abuso di un diritto sono varie e risultano difficilmente tipizzabili; in linea generale può dirsi che manca la buona fede quando si va contro le conseguenze dei propri atti o si realizza un atto equivoco per beneficiarsi intenzionalmente del suo dubbio significato o si crea un'apparenza giuridica per contraddirla, in seguito, in pregiudizio di colui che ha posto in essa la sua fiducia.

Il principio di buona fede tende, prima di tutto, a garantire la coerenza tra ciò che è delineato dalle parti nel contratto e l'effettiva esecuzione della prestazione oggetto dello stesso. Esso agisce come regola di governo della discrezionalità privata, come controllo del potere privato⁴⁴⁴. E' criterio che mira alla coerenza tra quanto previamente stipulato dalle parti nel contratto e la sua piena effettività e allo stesso tempo garantisce che tale operazione tra privati sia conforme alla finalità generale perseguita dall'ordinamento giuridico. Sono, pertanto, evidenti le funzioni di equilibrio e di razionalizzazione che svolge il principio di buona fede nell'ambito della contrattazione⁴⁴⁵.

Par. 4: Doveri contrattuali di buona fede ne rapporto di lavoro. Il carattere di reciprocità nell'applicazione della clausola generale.

Nel contratto di lavoro le parti del rapporto concordano, in forma espressa, le condizioni in cui si svilupperà il menzionato rapporto inserendo nel contratto tutto quanto sia necessario per la validità dello stesso⁴⁴⁶. Allo stesso tempo in ogni contratto c'è un patto tacito nel quale le parti si promettono di non fare nulla che possa recare danno o pregiudizio al diritto della controparte il che significa che in ogni contratto c'è un patto implicito con cui ci si impegna a comportarsi secondo correttezza e buona fede. La buona fede contrattuale, quindi, fa riferimento anche ad un insieme di obbligazioni incorporate nel rapporto di lavoro in modo

⁴⁴⁴ Vasquez De Castro, Determination del contenido del contrato: Presupuestos y limites de la libertad contractual, Tirant Lo Blanch, Coleccion Privada, 58, 2002.

⁴⁴⁵ Alguer, El concepto de la buena fe en la genesis y en la tecnica del derecho privado. Contribucion al estudio de la norma juridico-civil, Revista Juridica de Cataluna, 1927.

⁴⁴⁶ Gyl y Gyl, El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador, Aranzadi Social, 13, 2003.

implicito. Essa, infatti, integra il contenuto pattizio espressamente stipulato e da ciò si desume la funzione di integrazione che le compete⁴⁴⁷. Il menzionato principio, nella fase esecutiva del contratto di lavoro, non si limita a verificare la conformità della condotta al regolamento contrattuale ma precisamente indica un comportamento ulteriore e specifico, non espressamente previsto nel regolamento inizialmente stabilito dalle parti. Ciò è perfettamente conforme a quanto previsto dal legislatore in quanto l'art. 1258 c.c. stabilisce che le parti si obbligano non solo a quanto meramente pattuito ma anche a tutto ciò che è dovuto secondo buona fede. D'altra parte, il ricorso al principio generale risulta giustificato data l'impossibilità di determinare a priori le azioni o le condotte che le parti sono tenute ad osservare nella esecuzione del contratto: la condotta, infatti, va plasmata alla luce degli interessi che possono emergere in un determinato momento del rapporto. La buona fede in senso oggettivo, quindi, è portatrice dell'idea di un comportamento leale e corretto, dove correttezza significa essenzialmente rispetto delle aspettative dell'altro e, pertanto, adeguatezza delle proprie azioni nell'ambito del rapporto contrattuale. Ci troviamo di fronte ad una fonte normativa autonoma da cui si deducono una serie di comportamenti che sono precisati uno ad uno in ciascun caso concreto alla luce delle circostanze, della qualità delle parti, del tipo contrattuale scelto e dell'oggetto del contratto. La buona fede è di per se stessa una norma vitale nel diritto dei contratti e la sua funzione risulta più significativa proprio con riguardo agli effetti che produce sul comportamento delle parti contrattuali. Essa acquista nella esecuzione del contratto due funzioni fondamentali. In primo luogo svolge un ruolo integrativo, in quanto aggiunge doveri complementari di condotta non imposti espressamente dalla stessa norma disciplinante la fattispecie concreta. In secondo luogo una funzione correttiva, limitativa e di controllo, in quanto obbliga ad un determinato comportamento, ad un adempimento conforme ed adeguato alle rispettive obbligazioni⁴⁴⁸.

La clausola generale della buona fede, quindi, tende a garantire la coerenza del regolamento contrattuale stabilito dalle parti e l'effettivo adempimento della prestazione patrimoniale e, allo stesso tempo, si erge a criterio che garantisce la stessa coerenza tra le prestazioni dedotte nel regolamento pattizio e la finalità generale perseguita dall'ordinamento giuridico⁴⁴⁹. Va precisato, inoltre, che in virtù della inderogabilità del principio di buona fede, sarebbe nullo qualsiasi patto che affermasse la sua non applicabilità al contratto in quanto essa svolge il ruolo fondamentale di distribuire le responsabilità per i rischi e i danni tra le parti

⁴⁴⁷ Lastra Lastra, Principios Ordenadores de òas relaciones de trabajo, Revista Espanola de Derecho del Trabajo, 104, 2001.

⁴⁴⁸ Miquel Gonzalez, La buena fe y su Concrecion en el ambito del Derecho Civil, Anales de la Academia Matritense del Notariado, XXIX, 1986.

⁴⁴⁹ Molleda, La presuncion de buena fe, Revista de Derecho Privado, 1962.

contrattuali, al fine di conseguire l'equilibrio economico del rapporto⁴⁵⁰. Si presenta, pertanto, come uno strumento destinato ad assicurare una globale razionalità della contrattazione.

La realizzazione del programma contrattuale esorta i soggetti coinvolti ad eseguire la prestazione ed esercitare i loro diritti secondo il canone della buona fede: ciò significa che le parti sono tenute ad astenersi dal realizzare qualsiasi azione che abbia per effetto quello di impedire o pregiudicare la realizzazione delle finalità e degli obiettivi che le parti si sono prefissate al momento della conclusione del contratto.

Si tratta di una regola giuridica di comportamento che impone alle parti il dovere di agire rettamente senza dolo, violenza o frode, che impone il dovere di dire la verità, di eseguire la prestazione come pattuito, di non promettere ciò che si è cosciente di non poter mantenere, di non trarre in inganno l'altro. In tal modo, il cosiddetto obbligo di buona fede contrattuale avrà in primo luogo, un carattere negativo, in quanto determina l'astensione da determinati comportamenti considerati contrari a buona fede o propri di una condotta di mala fede; in secondo luogo, porta con sé un carattere positivo, in quanto le parti devono esercitare determinate azioni generali o specifiche purchè dirette ad assicurare l'utilità oggettiva dedotta nel contratto⁴⁵¹. La buona fede nella fase dell'esecuzione del contratto manifesta, indubbiamente, la sua vocazione di reciprocità e comporta l'obbligo di lealtà di comportamento tra le parti: prova di questo è rinvenibile nello stesso Statuto dei Lavoratori il quale stabilisce che il lavoratore e l'imprenditore dovranno rispettare nelle loro prestazioni reciproche le esigenze di buona fede (art 20 co.2 ET). Il carattere della reciprocità della buona fede lega col principio di equilibrio e proporzionalità contrattuale, sempre essenziale nel rapporto di lavoro ed il cui obiettivo risiede nel trovare una pari valutazione oggettiva tra i vantaggi e i sacrifici rispettivi delle parti, per la quale risulta imprescindibile distinguere la valutazione economica della prestazione, dagli interessi, a volte non patrimoniali, che caratterizzano il contratto⁴⁵². Non si tratta di raggiungere un'equivalenza matematica tra gli interessi delle parti ma di evitare una sproporzione esagerata e ingiustificata tra questi. La natura giuridica del principio di buona fede genera diritti e obblighi per entrambe le parti del rapporto. Il dovere di reciproca lealtà e rispetto tra le parti è una esigenza di comportamento etico giuridicamente protetto e richiesto anche nell'ambito del contratto di lavoro. La buona

⁴⁵⁰ Naranjo De La Cruz, Los limites de los derechos fundamentales entre particulares: la buena fe, Boletín Oficial del Estado, 2000.

⁴⁵¹ Molina Navarrete, Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-laborales, Relaciones Laborales, 8, 11, 1992.

⁴⁵² Mendez Pidal, La lealtad en el contrato de trabajo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, XLII, 1961.

fede non può intendersi in una sola direzione ma presuppone, al contrario, l'esistenza di due parti che necessariamente cooperino tra loro⁴⁵³. Tradizionalmente si è stabilito nel rapporto obbligatorio un ruolo preferenziale dell'interesse del creditore; tuttavia, un nuovo approccio della questione attribuisce rilevanza anche all'interesse del debitore perché non si giustificerebbe in altro modo la richiesta di un comportamento improntato a buona fede anche al creditore rappresentato, in questo caso, dalla figura dell'imprenditore. Inoltre, opinando in tal senso, si può assegnare allo strumento della cooperazione la soluzione del possibile conflitto tra gli interessi contrapposti delle parti, in quanto la buona fede oggettiva può svolgere la funzione di regola di governo nella esecuzione del rapporto contrattuale individuando quali interessi sono meritevoli di tutela collocandosi in posizione preminente rispetto ad altri. Le posizioni del creditore (imprenditore) e del debitore (lavoratore), in un approccio attento al profilo teleologico, non si riducono alla sola pretesa dal lato attivo ed al semplice dovere dal lato passivo, essendo rilevanti i doveri positivi e negativi tanto per la figura del creditore quanto per quella del debitore. Ciò in quanto nel rapporto di lavoro corrispondono a ciascuna delle parti una serie di diritti, poteri e doveri ciascuno dei quali dovrà essere esercitato in buona fede, vale a dire, in modo leale e con consapevolezza dei limiti insiti negli stessi⁴⁵⁴. La reciprocità è un carattere naturale del principio di buona fede, è consustanziale alla sua stessa esistenza e si erge come un dovere di ciascuna delle parti a cui corrisponde la pretesa dell'altra. Il *quid* della questione sta nel fatto che nel contratto di lavoro il dovere di buona fede dell'imprenditore si manifesta in un modo differente rispetto a quello del lavoratore, ma ciò non vuol dire che la buona fede perda il suo carattere reciproco ma indica semplicemente la necessità che il principio si adatti a questa eterogeneità di posizioni concretizzandosi in prestazioni di diversa natura⁴⁵⁵. Oggi non ci sono dubbi circa la condizione reciproca o i mutui doveri che il principio di buona fede comporta, anche nel contratto di lavoro. La reciprocità che caratterizza la buona fede contribuisce a dotare di equilibrio e proporzione il contratto di lavoro alla stessa stregua di come avviene per qualsiasi rapporto giuridico obbligatorio. Essa si manifesta come strumento volto a definire il "come" le prestazioni debbano essere eseguite dalle parti nella esecuzione del contratto di

⁴⁵³ Monzon, La fidelidad y la buena fe en el contrato de trabajo, Derecho del Trabajo, IX, 1949.

⁴⁵⁴ Palomeque Lopez, Derechos fundamentales generales y relacion laboral: los derechos laborales inespecificos, en AA.VV. El modelo en la Constitucion Espanola de 1978, MTASS, 2003.

⁴⁵⁵ Escudero, Frigola, Corbella, El principio de buena fe en el contrato de trabajo, Barcelona, 1996.

lavoro: in questo caso non vengono generati doveri accessori ma modulati quelli già richiesti dalla norma o dalla pattuizione contrattuale⁴⁵⁶.

Par. 5: La buona fede del prestatore di lavoro nella esecuzione del contratto.

Il comportamento richiesto al debitore parte di un rapporto di lavoro subordinato è, in primo luogo, quello di adempiere la prestazione di lavoro alla quale si è vincolato al momento della conclusione del contratto di lavoro; in secondo luogo, da tale prestazione principale derivano altri doveri accessori o secondari che rientreranno, comunque, nell'oggetto dell'obbligazione; in terzo luogo, è altamente probabile che nel tempo questa prestazione, definita nel contratto, debba essere integrata attraverso l'esercizio del potere di organizzazione e direzione da parte del datore di lavoro; in quarto luogo bisogna aggiungere l'obbligo di effettuare qualsiasi altra attività o comportamento che, sulla base della buona fede, tenda alla soddisfazione dell'interesse del creditore⁴⁵⁷.

Il primo dovere del lavoratore che viene in rilievo è sicuramente quello di diligenza. Esso è postulato come uno dei doveri di lavoro basilari per il lavoratore. Lo Statuto dei lavoratori, infatti, obbliga il lavoratore ad adempiere agli obblighi dedotti nel contratto in conformità alle regole della buona fede e diligenza (art. 5 lett.a ET) anche al fine di contribuire al meglio all'incremento della produttività (art. 5 lett.e ET). Il lavoratore è obbligato, in base al contratto di lavoro, a realizzare la prestazione al cui adempimento si è vincolato, soddisfacendo così l'interesse del datore a ricevere il prodotto del lavoro. Ciò significa che la sua obbligazione consisterà non nel lavorare in qualsiasi modo, ma in modo da garantire la miglior esecuzione possibile della prestazione in vista anche della soddisfazione dell'interesse del creditore. La diligenza come qualificazione del modo di essere della prestazione consta di un elemento soggettivo, che è dato dallo sforzo della volontà, e di un elemento oggettivo che risponde al raggiungimento di un risultato⁴⁵⁸; unendo entrambi gli elementi, la diligenza consiste nell'adeguato impiego di energie o di mezzi orientati alla realizzazione di un determinato fine. Nei rapporti giuridici obbligatori il dovere di diligenza impone un adeguato sforzo volitivo e tecnico affinché sia soddisfatto l'interesse del creditore e si conseguano determinati risultati che saranno più o meno quantificabili in

⁴⁵⁶ Garcia Vina, El despido por transgresion de la buena fe contractual, Cuadernos de Jurisprudencia Laboral y de Seguridad Social, Valencia, 1999; Garcia Vina, La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador, Madrid, 2001.

⁴⁵⁷ Lastra Lastra, Principios ordenadores de las relaciones de trabajo, REDT, 104, 2001; Aguilera Izquierdo, Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia, Pamplona, 1997.

⁴⁵⁸ Montoya, Derecho del Trabajo, Madrid, 2005.

relazione al tipo di attività. D'altra parte, è ovvio che per ottenere un minimo di risultati, non servirà solo dedicare uno specifico impegno o essere volenteroso, ma bisognerà avere la competenza adeguata per la realizzazione di una determinata attività di lavoro, vale a dire le abilità o attitudini richieste dalla natura della prestazione.

La diligenza è destinata ad assicurare il risultato utile della prestazione e rappresenta un parametro di valutazione dell'esattezza della stessa. Il dovere di diligenza richiede al lavoratore un'attitudine e un'idoneità determinate. Una attitudine, intesa come volontà di soddisfare l'interesse del datore di lavoro riflesso nel contratto di lavoro, e una idoneità, determinata e necessaria, per poter effettuare dal punto di vista tecnico la specifica prestazione.

La determinazione del dovere di diligenza ha luogo attraverso l'art. 20 co.2 ET che prevede che, nell'adempimento dell'obbligazione di lavoro assunta nel contratto di lavoro, il lavoratore deve comportarsi con diligenza conformemente a quanto stabilito dal legislatore, dai contratti collettivi, dalle istruzioni e dagli ordini del datore di lavoro nell'esercizio delle sue facoltà di direzione e, in mancanza, dagli usi e costumi. La previsione normativa mostra una cascata di fonti giuridiche che vanno a determinare il contenuto della diligenza dovuta dal lavoratore al datore nel rapporto di lavoro e alle quali è necessario aggiungere le stesse pattuizioni contenute nel contratto. Mentre è certo che negli ultimi anni si osserva una crescente dedizione dei contratti collettivi che cercano di definire e realizzare il rendimento dovuto dal lavoratore.

Lo ET si allinea al Codice Civile nel preferire un concetto oggettivo di diligenza: l'art. 1104 c.c., nel delineare il contenuto dell'obbligo di diligenza, fa riferimento a quella che richiede la natura della obbligazione in conformità alle circostanze di tempo e luogo⁴⁵⁹. Quando l'obbligazione non specifica il *quantum* di diligenza che deve prestarsi nell'adempimento, si richiederà quella del buon padre di famiglia che fa riferimento all'uomo medio e razionale: da ciò si deduce, pertanto, che la diligenza ha carattere variabile⁴⁶⁰.

La dottrina ha individuato due tipologie di diligenza: una di tipo professionale e l'altra di tipo comune⁴⁶¹. La differenza che è dato riscontrare tra la diligenza del debitore comune e quella del professionista non rileva dal punto di vista quantitativo ma si basa esclusivamente sul diverso piano sul quale incide in quanto la diligenza del debitore è sempre definita in relazione ad un parametro di normalità. Dal punto di vista giuridico, non si richiede una

⁴⁵⁹ Garcia Fernandez, El rendimiento debido en la relacion de trabajo, Revista Espanola de Derecho del Trabajo, 3, 1980.

⁴⁶⁰ Barreiro Gonzalez, Diligencia y negligencia en el cumplimiento, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

⁴⁶¹ Barreiro Gonzalez, Diligencia y negligencia en el cumplimiento, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

diligenza maggiore nel primo caso e minore nel secondo. Ad entrambi l'ordinamento giuridico richiede l'uso di una misura di diligenza normale, ma qualificata da un diverso livello di perizia conformemente al grado di professionalità richiesto da quella prestazione e proprio della categoria cui appartiene il prestatore di lavoro. Il concetto di diligenza, sotto alcuni aspetti, si trova in stretta connessione con quello di buona fede e ciò è confermato da quanto previsto nello Statuto dei Lavoratori.

Il binomio diligenza e buona fede dell'art 5 co. 1 lett. a) ET, infatti, si ispira ad una tradizione risalente nel tempo⁴⁶² in quanto la *fides* è nozione che completa quella della *diligentia* e la rafforza ed insieme formano un criterio unitario volto ad evitare la frustrazione del contratto. La buona fede e la diligenza obbligano il lavoratore ad eseguire la prestazione, non secondo qualsiasi modalità, ma a determinate condizioni, vale a dire, con una certa cura e attenzione e nelle circostanze di tempo e di luogo convenute. La connessione tra diligenza e buona fede è evidente in quanto entrambi i doveri del lavoratore sono orientati all'adempimento dello scopo del contratto. Il lavoratore, infatti, dovrà effettuare tutto ciò che è necessario per raggiungere il risultato utile della prestazione cui si è impegnato col suo datore di lavoro. Tuttavia, sono due concetti che non vanno confusi, essendoci tra essi varie differenze.

In primo luogo la diligenza si caratterizza per un minor numero di applicazioni e, pertanto, c'è una maggiore facilità di delimitazione oggettiva, se lo paragoniamo al dovere di buona fede.

In secondo luogo la buona fede è stata ed è un concetto il cui contenuto non è determinato a priori ma attraverso l'osservazione e lo studio della realtà sociale nel singolo momento storico: raramente il dovere di buona fede è dotato di un contenuto concreto in quanto esso è plasmato ed adattato in conformità alla singola realtà contrattuale.

Inoltre si dice che il dovere di buona fede sia una condizione insita nella prestazione di lavoro e che sia sprovvisto di indipendenza o autonomia rispetto alla prestazione principale⁴⁶³; non esisterebbe, quindi, una dissociazione tra il dovere di eseguire la

⁴⁶² Garcia Vina, La buena fe en el contrato de trabajo, Consejo Economico y Social, 2001; Garcia Vina, Buena fe presente en todo el ordenamento juridico. Especial referencia al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Revista de Derecho Privado, Julio-agosto, 2001.

⁴⁶³ Garcia Murcia, Falta de diligentia y trasgresion de la buena fe contractual I y II, Actialidad Laboral, 24, 1990.

prestazione dedotta nel contratto e quello di essere diligente⁴⁶⁴. Al contrario, il dovere di buona fede genera una serie di obbligazioni complementari ed implica un maggior impegno per il lavoratore che si concretizza in compiti supplementari finalizzati alla maggior soddisfazione dell'interesse creditorio.

La buona fede, come si è potuto notare, non è un concetto unidimensionale ma ha diverse funzioni sul piano operativo. Da un lato, la funzione integrativa che consiste nella creazione di determinati doveri secondari di condotta⁴⁶⁵, come ad esempio, il dovere di segretezza o il divieto di concorrenza sleale; dall'altro lato il principio di buona fede funziona come criterio di interpretazione e come limite nell'esercizio dei diritti e dei doveri derivanti dal rapporto di lavoro. Come, ad esempio, quando si richiede al lavoratore un adempimento della prestazione efficace, ragionevole e rispettoso dell'interesse della controparte. Il dovere di diligenza, invece, si limita a "moralizzare" il prestatore di lavoro, senza generare doveri autonomi anche se, in quanto riveste una funzione descrittiva delle modalità in cui dovrà eseguirsi la prestazione di lavoro, implica il riferimento ad una serie di cure e cautele, finalizzate all'adempimento efficace del compito affidato al prestatore di lavoro. Inoltre, mentre la diligenza mira a salvaguardare l'economicità del contratto, la buona fede, in quanto strumento di integrazione, si concretizza in una serie di obblighi specifici relativi al funzionamento sinallagmatico, diretti a perseguire la finalità proposta dal contratto e ad impedire che il contratto non sia in grado di funzionare o produca effetti aberranti in pregiudizio di un contraente. La buona fede, in tal modo, delinea con maggior precisione il contenuto del regolamento contrattuale trasformando in vincolante, per una o anche le due parti del rapporto, una determinata condotta non prevista al fine di ripristinare l'economia del contratto. Ciò determina che, mentre il dovere di buona fede si estende ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio senza distinzione tra soggetto attivo e passivo, il dovere di diligenza, invece, attenendo strettamente alla prestazione di lavoro, ha come unico destinatario il prestatore di lavoro. Infine, buona fede e diligenza sono regole di condotta che concorrono alla definizione della prestazione di lavoro e che allo stesso tempo prendono strade diverse: la prima determina l'estensione della prestazione dovuta, la seconda descrive le modalità del suo adempimento. Il campo di influenza della buona fede, infatti, copre l'intero rapporto di lavoro prevedendo anche obbligazioni accessorie ed aggiuntive, mentre la diligenza si limita alla prestazione di lavoro. E' da registrare, tuttavia, quanto risulti difficile distinguere quando si sia di fronte ad un comportamento contrario al dovere di buona fede o a quello di diligenza. I tribunali includono nella sanzione della trasgressione

⁴⁶⁴ Montoja Melgar, Dirección de la actividad laboral, en Comentarios a las leyes laborales., V, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.

⁴⁶⁵ Ferreira Rubio, La buena fe. El principio general en el Derecho Civil, Madrid, 1984.

della buona fede contrattuale (art. 54 co. 2 lett.d ET) la mancanza di diligenza del lavoratore, nonostante ci sia una previsione normativa specificamente dedicata a tale ipotesi (art 54 co.2. lett.e) che indica come causa di licenziamento il ridimensionamento del rendimento volontario e continuativo da parte del prestatore di lavoro. Dall'articolo 54 ET emerge che il collegamento tra diligenza e buona fede è dato dal concetto di colpevolezza che, unito al grave carattere della mancanza, è requisito imprescindibile per procedere al licenziamento disciplinare. La mancanza di diligenza del lavoratore non è contemplata come un possibile modo di inadempimento o una delle possibili strade di imputazione di responsabilità, ma piuttosto come inadempimento stesso dell'obbligo di agire in buona fede. Tanto il dovere di buona fede come quello di diligenza sono finalizzati ad orientare il comportamento del lavoratore in direzione della tutela dell'interesse oggettivo dell'imprenditore: la diligenza lo fa in modo immediato, attraverso la realizzazione dell'oggetto principale del contratto, la buona fede, dal canto suo, segue un cammino trasversale in quanto, normalmente, non condiziona l'adempimento diretto dell'obbligazione principale, ma di quelle accessorie e non specificamente previste nel contratto.

Par. 6: Le concrete esplicazioni del principio di buona fede. Il dovere di cooperazione, di informazione e di segretezza.

Il principio di buona fede, nella sua operatività in concreto, può atteggiarsi secondo due diverse modalità. Con riguardo al momento della formazione del contratto, le parti devono obbligatoriamente avere un comportamento ispirato alla lealtà; relativamente alla fase di esecuzione del contratto, la buona fede impone a ciascuna parte la salvaguardia degli interessi dell'altra. Quest'ultima condizione si potrà realizzare soltanto laddove sia presente per tutta la durata del contratto di lavoro un grado apprezzabile di cooperazione. Il dovere di buona fede può definirsi come il dovere di comportarsi in modo leale e cooperativo nei confronti dell'altro soggetto con il quale si entra in contatto al fine di soddisfare le aspettative dell'altra parte⁴⁶⁶. Il dovere di cooperazione, di collaborazione, detto anche di salvaguardia dell'altrui sfera giuridica, costituisce una conseguenza pratica del dovere di buona fede nel rapporto di lavoro: è una conseguenza deducibile direttamente dal dovere di buona fede che riguarda il lavoratore nel rapporto di lavoro (art. 5 lett.a ET) e che trova

⁴⁶⁶ Godreau, Lealtad y buena fe contractual, Revista Critica de Derecho Inmobiliario, 609, 1992.

attuazione quando si stabilisce che il lavoratore è tenuto ad una condotta diligente e collaborativa in conformità con le disposizioni legali, i contratti collettivi, gli ordini e le istruzioni adottati nell'esercizio regolare delle facoltà di direzione, e, in loro mancanza, secondo gli usi e costumi (art 20 co.2 ET). L'imprenditore e il lavoratore, indipendentemente dai conflitti che possono presentarsi alle parti del contratto di lavoro, sono vincolati da un compromesso leale⁴⁶⁷. Il dovere di collaborazione è ben rappresentativo della natura apparentemente contraddittoria dei rapporti tra imprenditori e lavoratori: da un lato è evidente che gli interessi degli uni e degli altri si contrappongono all'interno nel contratto, dall'altro coincidono in quanto sono orientati a garantire la sussistenza e la prosperità dell'impresa.

La buona fede, quindi, specifica il proprio contenuto normativo nel riconoscimento di un dovere generale di cooperazione⁴⁶⁸. Quest'ultimo è un aspetto del principio di buona fede che si presenta nell'ambito dei contratti di tipo sinallagmatico e non solo nel contratto di lavoro; si tratta di un dovere imposto dalla legge attraverso il riferimento alla buona fede. Tuttavia, il dovere di collaborazione riveste un ruolo particolare nei contratti di tipo personale e di durata: è il caso del contratto di lavoro. Questo dovere di collaborazione non può specificamente concretizzarsi al momento della firma del contratto in virtù della estensione nel tempo del vincolo contrattuale e per l'ampiezza e varietà del contenuto di cooperazione possibile. Collaborare letteralmente significa lavorare congiuntamente, lavorare con un'altra persona nella realizzazione di un'opera o di un fine comune. Pertanto, si tratta di un dovere di natura reciproca o bilaterale, che incombe sia sull'imprenditore che sul lavoratore: la collaborazione di entrambi si basa su obiettivi comuni individuati nel contratto di lavoro⁴⁶⁹. Ma il dovere di collaborazione racchiude in sé qualcosa in più del semplice significato etimologico della parola: collaborare non è solo lavorare con l'altro, ma lavorare avendo cura dell'interesse dell'altro, salvaguardando le sue aspettative e, allo stesso tempo, l'utilità comune e l'obiettivo contrattuale dichiarato dalle parti al momento della nascita del vincolo. L'esigenza di collaborazione, infatti, sorge dall'assunzione del vincolo contrattuale e da un progetto comune oggetto del contratto medesimo. L'utilità comune, quindi, è precisamente l'oggetto principale del dovere di cooperazione. Nel contratto entrambe le parti hanno concordato un obiettivo che deve essere realizzato e che non può effettuarsi senza che il datore di lavoro e il lavoratore cooperino in questo.

⁴⁶⁷ Montoya Melgar, *Ideologia y lenguaje en las leyes laborales de Espana*, Madrid, 1992.

⁴⁶⁸ Menendez Pidal, *La lealtad en el contrato de trabajo*, *Revista general de Legislacion y Jurisprudencia*, XLII, 1961.

⁴⁶⁹ Mella Mendez, *La formalizacion del despido disciplinario: un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, Granbad, 1999.

Il concetto di collaborazione implica, infatti, il superamento del conflitto di uno o più interessi dei quali sono titolari le parti del contratto e l'esistenza di un fine o obiettivo comune: esso, pertanto, non è solo espressione del principio di buona fede ma anche promanazione del dovere di solidarietà contrattuale. Il termine solidarietà, infatti, ben si adatta ad esprimere questo tipo di interdipendenza e di sostegno reciproco che concretizza l'obbligo di cooperare con la controparte.

Cooperazione e solidarietà, infatti, sono le massime espressioni del valore della giustizia, aspirazione primaria di tutto l'ordinamento giuridico ed essa solo attraverso il veicolo della buona fede può essere concretizzata nella pratica contrattuale⁴⁷⁰. Tale dovere di collaborazione per il passato è stato caratterizzato da una sorta di fervore spirituale, quasi una consacrazione del prestatore di lavoro volta a salvaguardare ogni interesse dell'imprenditore. Secondo tale concezione, il momento veramente significativo per il lavoratore non è quello della stipula di un contratto di lavoro ma il suo inserimento nell'organizzazione produttiva e, a sua volta, nella grande macchina della produzione nazionale: è solo allora che il rapporto di lavoro si è veramente configurato⁴⁷¹. La fedeltà si deve all'impresa intesa come comunità e non all'imprenditore⁴⁷². Essa era fonte ausiliaria di obbligazioni per il lavoratore che era obbligato a cooperare, a compiere tutto quanto fosse necessario per soddisfare l'imprenditore e ad astenersi dal realizzare qualsiasi azione che lo potesse pregiudicare, incluse tutte quelle che implicassero l'esercizio di un diritto, salvo che la legge lo autorizzasse espressamente.

Oggi questa connotazione va dimenticata al fine di dare alla cooperazione un senso più attuale in quanto va inquadrata nel rapporto contrattuale che viene stabilito tra imprenditore e lavoratore. Tuttavia, il fatto di superare questa impostazione che ha regnato per lungo tempo nel mondo del diritto del lavoro, non implica l'abbandono di tutto il suo contenuto. Il contratto di lavoro, infatti, determina comunque la nascita di un rapporto tra imprenditore e lavoratore che porta sempre determinate conseguenze per le parti che non sono rintracciabili nell'ambito strettamente contrattuale. Il dovere di cooperazione costituisce una premessa imprescindibile per l'integrazione del lavoratore nell'organizzazione di lavoro: essa si concretizza nel prestare il proprio lavoro, intellettuale o manuale, alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore. Il dovere di cooperazione implica la predisposizione del lavoratore all'esecuzione dei compiti affidatigli in virtù del contratto di lavoro:

⁴⁷⁰ Garcia Amigo, Consideraciones a la buena fe contractual, Actualidad Civil, 1, 2000.

⁴⁷¹ Gracia Valverde, Los elementos esenciales del contrato de trabajo: vision jurisprudencial, Documentation Laboral, 45, 1995.

⁴⁷² Martin Valverde, Ideologias Juridicas y contrato de trabajo, en Ideologias Juridicas y relaciones de trabajo, Universidad de Sevilla, 1978.

l'adempimento della prestazione dedotta nel contratto, infatti, fa considerare adempiuto l'obbligo di cooperazione. Tuttavia, il dovere di cooperazione non si limita ad un asettico adempimento del menzionato obbligo contrattuale in quanto può verificarsi che la prestazione dedotta nel contratto sia adempiuta mentre risulti insoddisfatto il dovere di cooperazione con un conseguente *vulnus* al principio di buona fede. Collaborare, infatti, significa anche eseguire, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, tutte quelle condotte ulteriori laddove le stesse siano funzionali a garantire il miglior soddisfacimento dell'interesse imprenditoriale.

L'obbligo di buona fede del lavoratore, pertanto, può considerarsi soddisfatto non solo quando costui esegua le mansioni concordate nel contratto di lavoro secondo le modalità stabilite, ma anche quando egli agisca compatibilmente con le aspettative create alla luce delle proprie competenze o esperienze professionali. Infine è ben possibile che la buona fede del lavoratore consista nel prendere l'iniziativa esercitando una certa capacità decisionale per andare anche oltre rispetto a quanto espressamente pattuito. Il dovere di collaborazione, come espressione del principio generale della buona fede nel contratto di lavoro, raggiunge due obiettivi: il primo, l'adempimento dell'oggetto del contratto, cioè, la soddisfazione del programma contrattuale prestabilito dalle parti, il secondo, la salvaguardia dell'interesse della controparte e cioè dell'imprenditore. Per il passato si tendeva ad identificare l'interesse dell'imprenditore con l'interesse dell'impresa e questo, a sua volta, con l'interesse nazionale⁴⁷³; il dovere di fedeltà comportava un irrobustimento del vincolo contrattuale del lavoratore fino ad arrivare ad una intensa implicazione personale della persona del debitore. Attualmente, invece, il dovere di collaborazione del lavoratore non implica un totale assoggettamento agli ordini dell'imprenditore né una subordinazione assoluta, ma il semplice rispetto dei suoi interessi, desumibili implicitamente o esplicitamente nel contratto di lavoro. Indubbiamente, il dovere di cooperazione del lavoratore deve relazionarsi con il potere di organizzazione dell'imprenditore (art. 20 co.1 e 2 ET). Tale circostanza, tuttavia, non costituisce ostacolo alcuno per il mantenimento dell'equilibrio tra gli interessi propri e quelli della controparte in quanto il dovere di collaborazione che compete al lavoratore non implica rinuncia agli interessi o ai diritti che la norma giuridica gli garantisce e né può comportare che l'esercizio dei poteri che competono all'imprenditore si risolva in un pregiudizio nella posizione giuridica del lavoratore. Nel contratto di lavoro, in particolare, il dovere di cooperazione porta con sé una rinegoziazione continua del contratto, la necessità di comprensione, di riadattamento del contenuto pattuito alle circostanze sopravvenute, un costante riequilibrio delle singole clausole oggetto del comune accordo; tutto ciò,

⁴⁷³ Montoya Melgar, El poder de dirección del empresario, REDT, n. 100. El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después, 2000.

ovviamente, salvaguardando da una parte il legittimo esercizio delle prerogative datoriali e dall'altra l'interesse del lavoratore a non essere pregiudicato nei suoi diritti per effetto del nuovo accordo rinegoziato.

Il dovere di collaborazione costituisce il massimo esponente del dovere di buona fede nel contratto di lavoro e ricade su entrambe le parti del rapporto. Spesso il concetto di collaborazione è stato inteso in senso così estensivo da portare a confonderlo con il dovere di diligenza e a confondersi con quello di obbedienza arrivando addirittura a manifestarsi come la più eloquente prova del rispetto del dovere di fedeltà. Da questa prospettiva il dovere di collaborazione del lavoratore nel rapporto di lavoro ha contribuito decisamente al potenziamento del dovere di buona fede contrattuale convertendolo in obbligazione di fedeltà verso il datore di lavoro. Si è verificata, pertanto, un'unità concettuale tra i termini buona fede e fedeltà arrivando a definire la prima, come espressione di fedeltà al vincolo in virtù del quale una delle parti del rapporto obbligatorio sarebbe disposta a soddisfare le aspettative che la controparte nutre nell'adempimento della prestazione.

Il dovere di cooperazione da parte del lavoratore è un elemento di vitale importanza nella relazione di lavoro. In primo luogo perché, come in ogni rapporto di tipo obbligatorio o contrattuale, è richiesto un dovere di esecuzione utile della prestazione da parte dei contraenti; in secondo luogo considerando che tale dovere di collaborazione tende a rafforzarsi in virtù del vincolo di fiducia che caratterizza il legame dalle parti in un contratto di lavoro; in terzo luogo in quanto il lavoratore è destinatario dell'obbligo legale di rispettare gli ordini del suo imprenditore e ciò rappresenta la più evidente concretizzazione del dovere in questione. Il lavoratore, pertanto, ha il dovere di rispettare le direttive dell'imprenditore e la disubbidienza alle stesse si concretizza in un inadempimento alle obbligazioni dedotte da contratto e, quindi, in una violazione delle regole di buona fede e diligenza⁴⁷⁴. Tale dovere di collaborazione, oltre a imporre l'esecuzione leale delle obbligazioni in vista del raggiungimento del risultato contrattuale, richiede una certa flessibilità da parte del lavoratore al quale si richiede l'adempimento anche di prestazioni diverse da quelle strettamente pattuite, se ciò sia necessario alla maggiore soddisfazione degli interessi dell'altra parte del rapporto di lavoro. Tale dovere di collaborazione del lavoratore si completa reciprocamente con quello dell'imprenditore che ha l'obbligo di facilitare l'esecuzione della prestazione da parte del soggetto passivo del rapporto obbligatorio non aggravando la posizione del debitore, peggiorandola inutilmente o aggiungendo sacrifici inutili. La relazione concettuale tra buona fede, diligenza, collaborazione e subordinazione, anche se massimizzata in chiave di fedeltà, può essere accettata anche oggi. La menzione

⁴⁷⁴ Perez Del Rio, *La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida*, TL, 8-11, 1986-87.

diretta del dovere di collaborazione del lavoratore è prevista dall'art. 20 co. 2 E.T. Esso si ritiene indissolubilmente unito al dovere di diligenza del lavoratore come elemento imprescindibile dell'adempimento dell'obbligazione. Tale dovere di collaborazione del lavoratore è strettamente connesso al potere di direzione dell'imprenditore in quanto al momento in cui il lavoratore presta consenso al contratto di lavoro, accetta anche una determinata posizione giuridica di soggezione al potere direttivo del suo datore. La buona fede, infatti, come obbligo di cooperazione, richiede un esercizio dei poteri o diritti imprenditoriali sempre caratterizzato da una certa dose di discrezionalità a cui corrisponde un atteggiamento positivo della parte contraente, in questo caso il lavoratore, volto a garantire l'ottenimento del risultato contrattuale. Può dirsi, quindi, che la buona fede realizza la sua funzione integrativa nel contratto di lavoro attraverso il dovere di cooperazione che implica una interpretazione in senso dinamico e positivo del principio, in quanto fonte di doveri di comportamento che garantiscono il conseguimento del risultato e si specificano in molteplici obbligazioni che possono essere classificate in diverse forme. Le principali manifestazioni dell'obbligo di cooperazione del lavoratore sono costituite dai cosiddetti doveri accessori quali il dovere d'informazione o avviso, il dovere di salvaguardare l'utilità della controparte, obbligazioni di non fare⁴⁷⁵.

Il dovere di cooperazione, in particolare, si concretizza in: a) dovere di eseguire eventuali prestazioni che non sono state previste, in base alle quali ciascuna parte deve porre in essere quegli atti giuridici o materiali che, anche se non previsti nel contratto, sono necessari per salvaguardare o tutelare gli interessi della controparte se da quello non deriva un sacrificio apprezzabile per il debitore; b) dovere di modificare il proprio comportamento rispetto a quello concordato con lo scopo di salvaguardare l'interesse della controparte con il persistente limite del sacrificio apprezzabile; c) tolleranza della modifica delle prestazioni ad opera della controparte che si traduce in un atteggiamento di comprensione verso la stessa laddove esegua la prestazione in modo diverso da quanto previsto se ciò non pregiudica in modo rilevante il proprio interesse; d) dovere di avvisare l'altra parte nel caso in cui sorgano circostanze rilevanti per l'esecuzione del contratto in modo da consentire a quest'ultima di evitare un danno o di eseguire una prestazione inesatta; e) dovere di esercitare i poteri discrezionali conferiti, in modo da garantire l'interesse della controparte e sempre che ciò non ostacoli il proprio interesse e nel rispetto degli interessi per i quali sono stati conferiti tali poteri. Quest'ultimo dovere fa riferimento chiaramente all'atteggiamento dell'imprenditore, razionale, proporzionato e regolare, di fronte all'uso dei poteri di

⁴⁷⁵ Valdes Dal Re, Libertad Ideologica y contrato de trabajo: una aproximación al Derecho comparado, *Relacion Laborales*, 14, 2004; Valdes Dal Re, Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador, *Relaciones Laborales*, 1990.

organizzazione, direzione e disciplinari che la legge gli ha conferito. Il dovere di cooperazione costituisce un complesso di azioni positive e negative dirette a soddisfare gli interessi del datore di lavoro e ha come obiettivo quello di orientare le parti a rispettare quanto stabilito nel contratto convertendo in obbligazione dovuta l'esecuzione di determinate prestazioni differenti dalla principale, che, alla stregua di quest'ultima, conducono comunque al soddisfacimento dell'interesse del datore di lavoro.

Ulteriore promanazione del principio di buona fede è rappresentata dal dovere di avviso che altro non è che un'applicazione più estesa del dovere d'informazione e comunicazione che compete alle parti del contratto di lavoro. Il dovere di informazione fa parte del rapporto contrattuale, sia all'inizio che nel corso della sua esecuzione successiva, e consente all'imprenditore di organizzare la sua impresa e la prestazione di lavoro nei termini a lui più convenienti. Esso è una derivazione del dovere di collaborazione contrattuale che comporta l'obbligo di avvertire la controparte di tutti quegli eventi che alla stessa interessa sapere in vista della normale o adeguata esecuzione del contratto di lavoro. Il lavoratore, quindi, dovrà comunicare qualsiasi fatto che metta in pericolo l'effettivo adempimento della prestazione di lavoro, e, quindi, laddove rimanesse in silenzio, ciò andrebbe a pregiudicare direttamente l'interesse dell'imprenditore facendogli perdere le utilità che ha diritto di percepire dal contratto. L'intensità del dovere d'informazione dipenderà dal ruolo che occupa il lavoratore nell'organizzazione dell'impresa e dal tipo di lavoro che costui esegue in essa. Non si tratta di un'obbligazione nuova per il lavoratore, ma del dovere di avviso richiesto ai sensi della legge del contratto di lavoro del 1931 che, all'articolo 74, stabiliva un analogo obbligo di informazione laddove fossero sopraggiunti impedimenti e ostacoli nell'esecuzione della prestazione dedotta nel contratto. Negli stessi termini si esprimeva la legge del contratto di lavoro del 1944. Tuttavia questa espressione concreta del principio di buona fede nel contratto di lavoro scompare nello ET del 1980; ciò non equivale alla scomparsa del menzionato obbligo di avviso da parte del lavoratore ma, al contrario, il legislatore ha eliminato il riferimento esplicito ritenendo, tuttavia, che tale obbligo sia implicitamente compreso in quelli esplicitamente espressi a carico del lavoratore. Tuttavia la violazione di tale dovere di avviso non comporta un inadempimento contrattuale nel senso stretto del termine in quanto non qualsiasi trasgressione della buona fede provoca la rottura del rapporto contrattuale di lavoro, cioè causa il licenziamento, in quanto quest'ultimo si avrà solo nell'ipotesi in cui si verifichi una grave mancanza nella condotta del contraente e cioè

quando vi siano azioni che, essendo contrarie alle esigenze di comportamento onesto e corretto, ostacolano l'esecuzione normale del contratto di lavoro⁴⁷⁶.

Espressione ulteriore del principio di buona fede è costituita dal dovere di segretezza che incide sulla tutela del patrimonio immateriale dell'impresa indipendentemente dall'esistenza di un danno diretto o di un beneficio per il lavoratore. La legge 11/94, che ha inciso su molte disposizioni dello ET, pur avendo eliminato l'esplicito riferimento a tale dovere, non ha determinato l'abolizione dello stesso all'interno del rapporto contrattuale. E' proprio dal dovere di buona fede, infatti, che se ne deduce la sua sopravvivenza come aspetto imprescindibile del rapporto di lavoro indipendentemente dalla sussistenza di un riferimento normativo ed esplicito. Il dovere di riservatezza consiste nel mantenere la dovuta discrezione su informazioni conosciute dal lavoratore in ragione del suo inserimento nell'impresa. Ovviamente si tratta di non rivelare informazioni considerate rientranti nell'ambito di riservatezza, per cui non vi è un obbligo che riguarda tutte le informazioni ottenute in un'impresa e conosciute dal lavoratore e non si estende a irregolarità, frodi o delitti rispetto ai quali il lavoratore ha l'obbligo di informare chi di competenza a pena di connivenza negli stessi. Il dovere di riservatezza, quindi, dovrà essere una questione da verificare caso per caso. Sicuramente non tutta la conoscenza acquisita, attraverso il contatto con l'imprenditore e la sua impresa o l'esecuzione della prestazione di lavoro, si può considerare contenuto riguardante il dovere di segretezza⁴⁷⁷. La demarcazione del limite, tra ciò che è riservato e ciò che non lo è, pone particolari difficoltà all'interprete impegnato nell'individuazione del campo di applicazione oggettivo del dovere di segretezza in quanto è necessario individuare quali siano i dati e le informazioni di reale rilievo per lo svolgimento dell'attività e su quali ci sia un fondato interesse alla non divulgazione a terzi. Qualsiasi utilizzo di materiale riservato, infatti, sarebbe, oltre che riprovevole eticamente, sanzionabile dal punto di vista legale come trasgressione della buona fede o anche come abuso di fiducia. Quando si fa riferimento al dovere di segretezza si comprende, oltre al divieto di divulgare informazioni a carattere tecnico o scientifico, anche quello di rispettare il diritto all'onore e all'immagine dell'imprenditore nonché della sua impresa e dei prodotti o servizi che offre al pubblico. Pensiamo, ad esempio, ad un lavoratore che scredita l'impresa in cui lavora quando parla con disprezzo della stessa ai potenziali clienti descrivendo la cattiva qualità del prodotto o il suo prezzo troppo elevato in relazione al suo valore. Il dovere di segretezza, quindi, costituisce un chiaro limite alla libertà di espressione del lavoratore e rappresenta un esempio di

⁴⁷⁶ Gomez Calle, *Los Deberes precontractuales de informacion*, Madrid, 1994; Rebollo Vargas, *Los otros limites al ejercicio de los derechos a la libertad de expresion e informacion: buena fe, Honor de la empresa y deber de lealtad al empresario*, Cuaderno de Derecho Publico, 4, 1998.

⁴⁷⁷ Torres, *Aspectos referidos a los deberes de fidelidad y de no concurrencia*, DT, 9, 1995.

modulazione dei diritti fondamentali del cittadino laddove quest'ultimo si trovi ad essere parte di un contratto di lavoro. Particolari obblighi di segretezza sono posti in capo a quel lavoratore che, oltre a svolgere attività lavorativa all'interno dell'impresa, abbia funzione di rappresentanza dei lavoratori. In nessun caso, infatti, i documenti e le informazioni di cui costui sia venuto a conoscenza nell'esercizio della sua funzione di rappresentante, possono essere diffusi al di fuori di tale ambito ed utilizzati per fini diversi rispetto a quelli di tutela della posizione del lavoratore. È necessario, infatti, che in questo caso venga rispettato non solo l'interesse patrimoniale dell'imprenditore, ma anche la privacy dei lavoratori all'interno dell'impresa. Si noti che tale obbligo di segretezza si mantiene nonostante il lavoratore cessi di essere rappresentante pur rimanendo a servizio dell'impresa. Nello ET è dato rinvenire un riferimento puntuale al dovere di segretezza relativamente alla rappresentanza del personale della pubblica amministrazione (art. 8 comma 3 lett. b).

Par. 7: Dovere di cooperazione e flessibilità della condotta esigibile dal prestatore di lavoro.
Il dovere di fiducia.

Il dovere di cooperazione, come si è delineato nei paragrafi precedenti, implica una necessità di flessibilità che, in un contratto ad esecuzione periodica come quello di lavoro, diventa imprescindibile. Risulterebbe materialmente impossibile, nonchè anche poco utile, individuare con precisione quali siano le attività del lavoratore nel corso della durata del contratto. Le parti, pertanto, devono adattarsi alle circostanze che si succedono e, quindi, il lavoratore dovrà adattarsi alle nuove esigenze di lavoro.

La flessibilità nel comportamento del lavoratore deve garantire l'adempimento dell'interesse legittimo del creditore e l'utilità comune prevista nel contratto di lavoro, non pregiudicandolo nei suoi interessi. Il comportamento al quale sarà tenuto il lavoratore comprenderebbe non solo le attività richieste dall'imprenditore nell'ambito del suo potere di organizzazione, ma anche quelle azioni dovute dal lavoratore se consideriamo l'integrazione del programma contrattuale ispirato alla buona fede. Il lavoratore, dunque, dovrà, nello svolgimento della sua prestazione di lavoro, cooperare per realizzare tutto ciò che sia necessario per soddisfare l'interesse del datore. Il dovere di cooperare implica una certa flessibilità nel comportamento del lavoratore che sarà tenuto ad eseguire prestazioni non contenute nel contratto.

Quanto al dovere di fiducia, è una specificazione della clausola generale di buona fede. Il principio di buona fede, infatti, si basa sulla considerazione che non è possibile una convivenza pacifica in una comunità se la fiducia viene delusa. Nell'ordinamento giuridico spagnolo, la buona fede, oltre ad essere un principio generale, deve essere applicata

nell'adempimento delle obbligazioni assunte dalle parti in ambito contrattuale. Essa è richiesta all'imprenditore e al lavoratore dal momento che entrambi sono tenuti ad un atteggiamento corretto e leale e la fiducia, pertanto, è un requisito vitale per il buon esito contrattuale. Nel contratto di lavoro il dato patrimoniale e quello personale, inseparabili tanto da dover essere considerati un tutto inscindibile, fanno sì che il lavoratore non deluda la fiducia del datore. Nel rapporto di lavoro coesistono due concezioni di "lavoro" in quanto bene di scambio, avente un prezzo di mercato, e manifestazione della personalità del lavoratore. Ed è proprio questa seconda considerazione che il dovere di fiducia mette in rilievo. L'imprenditore confida nel fatto che il lavoratore terrà un comportamento leale e, quindi, determinati doveri di buona fede possono essere inquadrati nell'ambito di questo dovere di fiducia (es. divieto di concorrenza sleale). Il dovere di fiducia è tanto importante nel contratto di lavoro da determinare, in caso di violazione, il licenziamento per abuso di fiducia (art. 54 co. 1 lett. d ET).

Quest'ultimo è concepito come un comportamento sleale che danneggia il rapporto interpersonale nato con il contratto di lavoro ed è un comportamento tanto grave da essere vietato dall'ordinamento giuridico del lavoro⁴⁷⁸. Il rispetto del dovere di fiducia da parte del lavoratore è particolarmente richiesto in lavori come quello di alta direzione, come nel rapporto di lavoro domestico, in quanto il rispetto della privacy del datore di lavoro sulla famiglia è necessario per stabilire un rapporto di fiducia tra dipendente e datore tanto che, in mancanza, si ha il licenziamento in modo quasi automatico.

Par. 8: Il dovere di buona fede del datore di lavoro. Obbligo di informazione e dovere di dare occupazione effettiva.

Il principio di buona fede nel contratto di lavoro rispetto all'imprenditore, assume la funzione di limite o di controllo⁴⁷⁹. L'unico riferimento alla buona fede dell'imprenditore è contenuto nell'articolo 20 co. 2 ET dove si stabilisce che lavoratore e imprenditore dovranno rispettare la buona fede nelle loro prestazioni reciproche. Il riferimento alla buona fede del lavoratore, invece, avviene in tre occasioni: quando vengono stabiliti i doveri del lavoratore (art. 5 lett. a ET), con riferimento all'esercizio del potere di direzione e controllo dell'attività lavorativa per cui il lavoratore deve mantenere un'adeguata diligenza, e quando si determina la trasgressione della buona fede e l'abuso di fiducia come causa di licenziamento.

⁴⁷⁸ Sanchez-Uran Azana, Cargo de confianza y extincion del contrato de trabajo por voluntad del empresario, AS, 1998.

⁴⁷⁹ Garcia Vina, La regulacion actual de la buena fe en la figur del empresario, AS, 22, 2001.

A questo squilibrio si è trovato riscontro nella realtà, nel senso che i doveri di buona fede richiesti al lavoratore sono stati maggiori rispetto a quelli richiesti all'imprenditore e questo perché la buona fede, applicabile alla condotta dell'imprenditore, ha trovato riscontro solo in seguito alla promulgazione dello ET. Quanto alle applicazioni della buona fede contrattuale in capo alla parte datoriale, può farsi riferimento in primo luogo alla necessità di rispettare le aspettative indotte nella controparte a seguito del proprio comportamento, dovere mutuo e reciproco in quanto spetta anche al lavoratore e, pertanto, si abbandona l'idea che la relazione di lavoro implica un soggetto passivo ed uno attivo e si fa spazio ad una situazione giuridica di maggior equilibrio tra le parti. La buona fede impone un *quid pluris* nel comportamento contrattuale dell'imprenditore che non si limita a non recare danno agli interessi della parte contraria ma impone un atteggiamento recettivo verso tali interessi mirando alla soddisfazione della controparte nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio. Non è irragionevole affermare che all'imprenditore compete, in qualche modo, un dovere di promozione dei diritti e degli interessi del lavoratore che è alle sue dipendenze dal momento che, in un contratto sinallagmatico, se ad una parte si chiede di eseguire la prestazione in modo efficace e diligente implicando la sua stessa persona, come avviene nel contratto di lavoro, è ragionevole che si richieda alla controparte un comportamento equivalente. L'imprenditore, in qualità di creditore della prestazione di lavoro, non può limitarsi ad esigere tale attività di lavoro ma deve collaborare con il lavoratore affinché la prestazione possa essere adempiuta correttamente cioè deve facilitare al debitore l'esecuzione delle sue obbligazioni. Ci sarà, pertanto, una mancanza di cooperazione dell'imprenditore non solo nell'ipotesi che il lavoratore sia completamente impossibilitato ad eseguire la prestazione di lavoro, ma anche quando la sua inerzia determini un semplice aggravamento della posizione del debitore. In questo modo si supera, anche solo parzialmente, il tradizionale approccio per cui l'imprenditore è il *dominus* assoluto del rapporto giuridico e l'obbligato è relegato ad una posizione del tutto subalterna⁴⁸⁰. Il dovere di cooperazione dell'imprenditore si sostanzia, dunque, nel potere-dovere di dirigere la collaborazione della controparte e di esercitare l'azione disciplinare, nell'obbligazione di facilitare l'esecuzione dell'attività di lavoro, nel diritto-dovere di tutelare le condizioni di lavoro e anche nel rispetto integrale degli interessi del lavoratore.

Ulteriore espressione della buona fede nel contratto di lavoro dal lato imprenditoriale, è data dall'onestà nel corso delle trattative e durante l'esecuzione del contratto. Secondo questo obbligo generale il rapporto di lavoro deve essere improntato alla trasparenza e, a questo

⁴⁸⁰ Luque Parra, Los limites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, Barcelona, 1999.

proposito, molta importanza ha l'attività informativa dell'imprenditore⁴⁸¹. Il dovere di informazione è un obbligo di esecuzione continuata nel senso che avrà luogo tante volte quante variazioni l'imprenditore introduca nel contenuto della prestazione di lavoro, essendo particolarmente utile in settori come la sicurezza e la salute nel lavoro, per quanto riguarda la tutela dell'integrità fisica e della vita del lavoratore. In questo modo il lavoratore ha un interesse giuridicamente protetto a sapere cosa aspettarsi e ottenere diretta informazione dal suo datore di lavoro sul contenuto del contratto stesso e sulle condizioni di lavoro poiché non tutto è compreso nell'informazione collettiva o sindacale⁴⁸². La finalità del dovere di informazione è una migliore salvaguardia e protezione dei diritti del lavoratore in seno al rapporto di lavoro e la facilitazione nell'adempimento delle obbligazioni e nell'esercizio dei diritti.

Altro dovere che è possibile considerare di natura cooperativa, è il dovere di dare occupazione effettiva al lavoratore. L'imprenditore dovrà garantire l'occupazione effettiva del lavoratore nel luogo di lavoro in adempimento dell'art. 4 co.2 a) ET. Il dovere di occupazione si riferisce normalmente al contenuto della prestazione di lavoro, cioè, ai compiti specifici per i quali il lavoratore è stato assunto. Il datore di lavoro è obbligato a facilitare, per quanto possibile, l'effettività di tali compiti, cooperando così al raggiungimento dello scopo contrattuale. Il dovere di occupazione può essere lecitamente violato solo per cause eccezionali o inevitabili (forza maggiore), per motivi di sciopero o conflitto collettivo o, in generale, per cause non imputabili all'imprenditore. Il lavoratore ha diritto alla messa a sua disposizione dei mezzi materiali o tecnici imprescindibili e necessari per svolgere opportunamente il lavoro che gli è stato assegnato; in poche parole ha non solo l'obbligo, ma anche il diritto di lavorare. L'occupazione effettiva del lavoratore è un obbligo dell'imprenditore anche nel rispetto della dignità del lavoratore. Esso risulta una concretizzazione degli obblighi dell'imprenditore di prestare la dovuta considerazione alla dignità del lavoratore e di rispettare gli obblighi di buona fede; inoltre serve da presupposto per l'esercizio del diritto alla promozione e formazione professionale del lavoratore⁴⁸³. Il lavoratore che vede violato il suo diritto a occupare il posto di lavoro, ha a sua disposizione due rimedi: chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento o chiedere che sia

⁴⁸¹ Gil y Gil, Principio de buena fe y poderes del empresario, Consejo andaluz de Relaciones Laborales, 19, 2004; Rodríguez Pinero y Bravo Ferrer, El deber del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo, Relaciones Laborales, 17, 2003.

⁴⁸² Rodríguez Pinero, El derecho del trabajador a ser informado sobre los elementos esenciales de su contrato de trabajo, RRL, 19, 1998.

⁴⁸³ Guanche Marrero, El derecho de trabajador a la ocupación efectiva, Madrid, 1993; Oliver Maestre, La protección jurisdiccional del derecho de ocupación efectiva, Saberes. Revista de estudios Jurídicos, económicos y sociales, 1, 2003.

imposto all'imprenditore il rispetto di un comportamento adempiente, ferma restando la possibilità di essere indennizzato a titolo di risarcimento per i danni prodotti.

Par. 9: Limiti alla discrezionalità del datore di lavoro. Obbligo di rinegoziazione delle condizioni contrattuali e di motivazione delle sue scelte.

La tradizionale regola, di applicazione generale a tutti i contratti, *pacta sunt servanda*, è temperata attraverso l'obbligo dell'imprenditore di rinegoziare il contratto di lavoro nel caso in cui l'adempimento del contratto risulti eccessivamente oneroso, come conseguenza della situazione originaria nel cui contesto è stato concluso il contratto⁴⁸⁴.

Nella rinegoziazione del contratto si coniugano il principio *pacta sunt servanda* e quello di buona fede; quest'ultimo garantisce la possibilità di negoziare di nuovo il contenuto del contratto a seguito di un sopravvenuto sbilanciamento del contratto che implichi che una parte sia tenuta ad adempiere l'obbligazione pattuita ad un costo eccessivamente oneroso.

La buona fede obbliga l'imprenditore ad avviare il processo di negoziazione, previa richiesta della parte colpita dal cambiamento delle circostanze, e a fare gli sforzi per consentire l'accordo nel rispetto della dignità del lavoratore e nel riconoscimento della sua persona e dei suoi interessi. Le circostanze che obbligano ad una rinegoziazione o ad un riadattamento del contratto possono essere di varia natura: il manifestarsi di una circostanza che colpisce i diritti fondamentali del lavoratore, la produzione di un cambiamento dello stato occupazionale nell'impresa o il sopraggiungere di una nuova situazione che obbliga a conciliare la vita familiare e lavorativa del lavoratore. La prima circostanza si riferisce ad un cambiamento sul piano ideologico, politico, religioso o etico nelle credenze del lavoratore che si sia prodotta successivamente alla conclusione del contratto. In questo caso bisogna adattare queste nuove convinzioni personali al lavoro svolto, sempre nel limite di quello accettabile dall'imprenditore in funzione dell'organizzazione dell'impresa. La seconda situazione deve avere carattere progressivo, perché è facile che si determini in diversi momenti in virtù dell'evoluzione tecnologica che influisce notevolmente sull'impresa. La terza delle circostanze esposte obbliga l'imprenditore a tener conto della nuove esigenze della vita familiare del lavoratore adattandole alla prestazione lavorativa, e ciò potrà

⁴⁸⁴ Gil y Gil, El deber del empresario de renegociar el contrato de trabajo, RRL, 19, 2004.

comportare, secondo i casi, un diritto a ridurre la giornata di lavoro, il riconoscimento di un'aspettativa dal lavoro o una sospensione del contratto con riserva del posto⁴⁸⁵.

Da quanto sin qui espresso, la buona fede costituisce, nella esecuzione di qualsiasi contratto, un limite all'esercizio della discrezionalità che il contratto stesso può attribuire ad una delle parti. Quest'ultima può esercitarla determinando elementi del contratto o almeno aspetti concreti di esso. Se, al contrario, il comportamento discrezionale è assunto per una ragione illegittima o contraria a buona fede, ciò costituirà un inadempimento contrattuale.

L'esecuzione di buona fede si verifica quando la parte esercita la sua discrezionalità per una finalità coerente con le ragionevoli aspettative delle parti al momento della formazione del contratto, mentre l'inadempimento si verifica, abitualmente, quando la parte, che ha la menzionata discrezionalità, la esercita per riappropriarsi delle opportunità perse con la conclusione del contratto. La buona fede assume la principale funzione di governo della discrezionalità dell'imprenditore, che deve essere valutata con attenzione guardando al nesso di causalità tecnico- funzionale tra il comportamento dell'imprenditore e la possibile realizzazione del suo interesse organizzativo- produttivo. La discrezionalità nella esecuzione può estrinsecarsi in due modi: quando le parti rinviando ad un momento successivo la decisione su alcuni aspetti particolari, conferendo il potere di decisione ad una di esse, o perché tale discrezionalità è frutto della mancanza di chiarezza o precisione del testo contrattuale. La buona fede dell'imprenditore deve permeare non solo le decisioni discrezionali ma anche quelle di tipo causale ed in tal modo tale principio generale del diritto condiziona l'esercizio regolare dei diritti e poteri dell'imprenditore dal primo all'ultimo⁴⁸⁶. Tuttavia, la buona fede ha maggior forza di azione in quei campi dove il potere discrezionale dell'imprenditore è maggiore, come per esempio nel campo dello *ius variandi*, in materia di promozione professionale o dell'esercizio del potere disciplinare.

Delle due parti del rapporto contrattuale, è l'imprenditore il principale detentore del potere di discrezionalità ed è, quindi, responsabile di dirigere e controllare l'attività lavorativa nella sua impresa. Il lavoratore è, dal canto suo, legalmente obbligato a realizzare il lavoro convenuto sotto la direzione dell'imprenditore (art 20 co.1 ET), al quale deve diligenza e collaborazione. Di conseguenza la prestazione di lavoro subordinato si adegua alla soddisfazione dell'interesse dell'imprenditore e ciò integra e specifica il contenuto e la modalità della prestazione che deve eseguire il lavoratore, che non è sempre la stessa, ma dovrà adattarsi alle circostanze produttive dell'impresa e al fine economico che persegue. L'imprenditore, nell'esercizio concreto della sua posizione di supremazia nel rapporto di

⁴⁸⁵ Montoya Melgar, El poder de dirección del empresario, Madrid, 1965.

⁴⁸⁶ Rodríguez Pinero y Bravo Ferrer, Buena fe y ejercicio de poderes empresariales, Relaciones Laborales, 17, 2003.

lavoro, ha il potere di definire, alla luce delle esigenze produttive - organizzative del momento e nei limiti dell'attività e categoria professionale convenute in sede contrattuale, il contenuto della specifica prestazione di lavoro.

Il diritto di credito che esercita l'imprenditore nei confronti del lavoratore comprende due aspetti: il diritto a disporre del lavoro, che a sua volta corrisponde al dovere del lavoratore di mettersi a disposizione dell'imprenditore, e quello a che la prestazione del lavoratore si sviluppi in accordo con i principi di buona fede e diligenza⁴⁸⁷. L'imprenditore gode, attraverso il potere di direzione e organizzazione che gli è legittimamente attribuito, di una posizione di supremazia e controllo che deve essere filtrata dal principio di buona fede. Pertanto l'imprenditore deve esercitare il potere di direzione nei limiti stabiliti dalla legge e dal contratto collettivo, non essendo permesso che eserciti le sue facoltà in pregiudizio del lavoratore e della sua persona. Il limite della buona fede, pertanto, impedisce all'imprenditore di prendere decisioni abusive o fraudolente che ledano i diritti legittimi dei lavoratori in quanto il potere di direzione dovrà essere sempre esercitato in modo razionale, coerente ed imparziale. Pertanto la buona fede si trasforma in strumento inestimabile di correzione e controllo dei poteri discrezionali dell'imprenditore⁴⁸⁸ e allo stesso tempo di garanzia per il lavoratore come parte debole e soggetta al potere discrezionale datoriale attribuendogli la protezione necessaria di fronte alla supremazia dello stesso⁴⁸⁹.

Dobbiamo tenere in conto che, data la stretta interdipendenza funzionale che si instaura tra la sfera giuridica dei due soggetti del rapporto, è infatti, inevitabile che la condotta dell'imprenditore incida immediatamente sulla situazione giuridica del lavoratore: ecco perchè l'esercizio di un potere, che l'ordinamento conferisce all'imprenditore per l'autotutela dei suoi interessi contrattuali, deve realizzarsi in accordo coi principi generali del diritto, in particolare quello di buona fede.

Il potere di direzione dell'imprenditore, quindi, deve essere esercitato secondo buona fede e in modo regolare motivando le decisioni adottate in ogni momento, rispettando l'esigenza di esteriorizzazione e proceduralizzazione delle azioni intraprese. Il requisito della regolarità opera come controllo dell'osservanza delle norme legali pattuite e permette al giudice di procedere contro l'abuso o cattivo uso del potere attribuito⁴⁹⁰. Il fenomeno descritto come proceduralizzazione comprende tutti quei vincoli normativi che modellano l'azione

⁴⁸⁷ Montoya Melgar, *El poder de direccion del empresario*, Madrid, 1965.

⁴⁸⁸ Luque Parra, *Los limites juridicos de los poderes empresariales en la relacion laboral*, Barcelona, 1999.

⁴⁸⁹ Gil Y Gil, *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993.

⁴⁹⁰ Loi, *Las diversas racionalidades de los limites procedimentales en el ejercicio de los poderes empresariales*, in AA. VV., *El poder de direccion del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, 2005.

dell'imprenditore con l'obiettivo di fissare determinati limiti di natura procedurale per l'esercizio del potere di direzione e organizzazione.

Il dovere di motivazione obbliga l'imprenditore a rendere conoscibili, in qualsiasi momento, le ragioni per le quali ha adottato una decisione a favore o contro determinati lavoratori⁴⁹¹ tenendo presenti criteri oggettivi e razionali. Impegna l'imprenditore a dare l'adeguata pubblicità agli ordini che emette (ciò a maggior ragione se questi riguardano la generalità dei lavoratori) e ad adempiere al dovere di preavviso conformemente a quanto richiesto dallo ET.

Par. 10: Il potere disciplinare e di controllo dell'imprenditore. Tutela dei diritti fondamentali del lavoratore con particolare riguardo alla tutela della privacy.

Il potere disciplinare è espressione del potere di direzione dell'imprenditore: è riconosciuto nell'art 58 co.1 ET che stabilisce la possibilità di essere sottoposti a sanzione per i lavoratori inadempienti. Questo potere disciplinare, tra l'altro, deve esercitarsi secondo regole predeterminate e previste dallo ET e da altre disposizioni legali nonché in conformità al contratto collettivo che si applica al settore di cui si tratta⁴⁹². L'imprenditore deve attenersi al principio di proporzionalità della sanzione in relazione alla mancanza commessa, nell'applicazione della sanzione e con riguardo al diritto di difesa del lavoratore: tutte garanzie dirette a evitare l'abuso o l'uso arbitrario del diritto concesso e che a loro volta costituiscono manifestazioni di buona fede contrattuale dell'imprenditore. L'imprenditore dovrà comunicare per iscritto al lavoratore gli addebiti qualificati come gravi, indicando la data precisa dei fatti che li hanno motivati tenendo presente che non potrà mai applicare come sanzione una riduzione delle vacanze o del tempo di riposo. La buona fede agisce anche nell'esercizio del potere disciplinare dell'imprenditore imponendo la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo per l'applicazione della sanzione, nonché richiedendo, prima della formale applicazione della stessa, che il lavoratore abbia avuto la possibilità di interloquire a sua difesa con l'imprenditore. Alla luce di quanto sin qui esposto, emerge che il potere disciplinare non può esplicarsi in modo irregolare o a sorpresa. Ciò significa che non si può mostrare tolleranza di fronte ad azioni che siano successivamente costitutive di sanzioni disciplinari e, pertanto, l'imprenditore si comporterà secondo buona

⁴⁹¹ Luque Parra, *Los Limites Juridicos de los poderes empresariales en la relacion laboral*, Barcelona, 1999.

⁴⁹² Molina Navarrete, Olarte Encabo, *Limites constitucionales a la libertad de empresa y derechos fundamentales inespecificos del trabajador*, RFDUG, n. 2, 1999.

fede quando quella azione, che non costituiva mancanza e che poi lo è divenuta, sia stata previamente aggiunta al regolamento stabilito nel corrispondente contratto collettivo.

Il datore di lavoro deve agire conformemente a parametri di equità nel senso che a uguali mancanze deve imporre uguali sanzioni, tanto agli uni quanto agli altri lavoratori, con l'obiettivo di salvaguardare il principio di non discriminazione. Lo Statuto dei Lavoratori stabilisce regole concrete che segnano un limite temporale alla applicazione di sanzioni e cioè l'immediatezza nell'esercizio del potere disciplinare che è estrinsecazione in concreto della buona fede contrattuale⁴⁹³. Il principio di buona fede non richiede solo l'adempimento puntuale nei termini di legge alla luce di quanto espresso nell'articolo 60 co. 2 ET, ma obbliga l'imprenditore a non prolungare intenzionalmente o colpevolmente la messa a conoscenza dell'azione disciplinare al soggetto sanzionato⁴⁹⁴.

La buona fede, inoltre, può assumere un compito di grande importanza all'interno del rapporto di lavoro, quale quello di fungere da parametro per l'equilibrio tra le prestazioni che derivano dal contratto di lavoro consentendo al lavoratore l'esercizio dei suoi diritti e libertà fondamentali. Ciò in quanto il lavoro deve essere inteso come valore etico-giuridico essenziale, come mezzo di realizzazione della persona e non solo come mezzo di soddisfacimento dell'interesse datoriale. Quando l'imprenditore inizia una relazione di lavoro persegue un interesse economico e mantiene questo obiettivo durante tutta la fase esecutiva del contratto, mentre la posizione del lavoratore è diversa, in quanto il suo interesse non è puramente patrimoniale ma si arricchisce di profili ulteriori rispetto a quello meramente economico. La scoperta della persona, cioè, della individualità del lavoratore è rappresentata come una delle cause, insieme ad altre⁴⁹⁵, del processo attuale di riconoscimento dei diritti fondamentali nell'ambito del rapporto di lavoro. Il lavoratore entra a far parte del contratto di lavoro con un elenco di diritti che gli sono attribuiti come persona. Tra di essi si trovano in una posizione preponderante i diritti fondamentali, e cioè quelli che gli individui reclamano di fronte e contro la società e i poteri che la governano, quelli che plasmano ogni ordine giuridico dal momento che il lavoratore non smette di essere cittadino nel momento in cui entra in contatto con l'organizzazione imprenditoriale. In particolare i diritti fondamentali dei lavoratori sono universali, indisponibili e riconosciuti mediante regole generali e astratte.

⁴⁹³ Terradillos Ormaechea, *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantias*, Valencia, 2004.

⁴⁹⁴ Garcia Fernandez, *Libertad de organizacion y exigencias del principio de igualdad*, en *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993.

⁴⁹⁵ Valdes Dal re, *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicacion de su ejercicio*, RR.LL., n. 20, 2003.

Dobbiamo tener presente che, in caso di collisione del diritto dell'imprenditore a dirigere e controllare la sua impresa (art. 20 ET) e l'esercizio da parte del lavoratore dei diritti fondamentali che gli sono attribuiti come persona, bisogna dare attenzione soprattutto a questi ultimi in quanto riconosciuti direttamente dalla costituzione, a differenza del primo che è previsto da una legge ordinaria quale è lo Statuto dei Lavoratori. Il principio di buona fede da parte dell'imprenditore e del lavoratore⁴⁹⁶, può servire come mezzo per l'equilibrio e proporzione quando i diritti dell'uno e dell'altro siano compromessi nell'esecuzione del rapporto di lavoro⁴⁹⁷. In tal modo entrambi devono cooperare per il conseguimento reale del valore della giustizia nel rapporto di lavoro. L'imprenditore non è legittimato ad effettuare restrizioni ai diritti fondamentali del lavoratore basate esclusivamente su una logica economica che presti attenzione solo alla condizione di "lavoratore" prescindendo dalla sua dignità come "persona"⁴⁹⁸. Sebbene è certo che nel diritto spagnolo l'imprenditore non è incaricato formalmente di promuovere i diritti fondamentali del lavoratore, tuttavia, è obbligato a tenerne conto in ogni momento, sempre che ciò non metta in pericolo il buon funzionamento della impresa e non ci sia altro modo possibile e ragionevole per procedere al loro soddisfacimento.

Tra i diritti fondamentali che vengono in gioco nel rapporto di lavoro subordinato, degno di particolare attenzione è certamente quello alla privacy. Lo Statuto dei Lavoratori fornisce alcuni esempi della necessità del rispetto dello stesso a tutela del prestatore di lavoro: l'art. 4 co. 2 lett.e) ET che riconosce il diritto del lavoratore ad essere rispettato nella sua privacy e dignità; l'art 8.3 a) ET che manifesta l'inviolabilità della persona del lavoratore; l'art 20 ET che esige il rispetto della dignità del lavoratore nell'esercizio del potere di direzione e controllo da parte del datore di lavoro e, in ultimo luogo, l'art 50 ET che prevede l'estinzione del contratto di lavoro da parte del lavoratore quando la modifica delle condizioni di lavoro pregiudichi la sua dignità. Tuttavia il diritto fondamentale alla riservatezza del lavoratore non è, come non lo è nessun diritto dell'ordinamento giuridico, un diritto assoluto, ma deve essere inteso in correlazione con altri diritti che convergono nel campo della relazione contrattuale. La protezione della privacy del lavoratore può riguardare sia fatti strettamente attinenti alla vita privata del lavoratore, sia circostanze che vengano in rilievo nel corso del

⁴⁹⁶ Montoja Melgar, *La buena fe en el derecho del trabajo*, Madrid, 2001.

⁴⁹⁷ Rodriguez-Pinero y Bravo-Ferrer, *La integracion de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo*, en Sempere Navarro, *El modelo social en la Constitucion Espanola del 1978*, MTASS, 2003.

⁴⁹⁸ Rivero Lamas, *Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional*, en *El trabajo y la Constitucion. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. Academia iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, 2003.

rapporto di lavoro visto che è ben possibile che nel corso di quest'ultimo si acceda ad informazioni sulla vita privata e familiare del lavoratore che possono risultare lesive del diritto alla intimità personale.

Tuttavia la linea di separazione tra la vita lavorativa ed extra-lavorativa del lavoratore non è tanto chiara. Va tenuto conto, infatti, che la condotta del lavoratore fuori l'orario di lavoro può avere ripercussioni per quanto concerne l'esatta esecuzione della prestazione: è quello che si verifica, ad esempio, quando si proibisce la concorrenza sleale che implica che il lavoratore ponga in essere anche al di fuori del luogo di lavoro un determinato comportamento adempiente invadendo, sotto questo profilo, la sua sfera privata. Tuttavia il lavoratore gode del diritto alla privacy anche durante la giornata lavorativa: si pensi al diritto alla protezione dei dati personali o di carattere intimo personale o familiare dei quali l'imprenditore sia venuto a conoscenza al fine di costituire il rapporto di lavoro. Con riguardo a quest'ultimi è dovere dell'imprenditore non rivelarli perché solo una condotta di tal genere si rivela rispettosa del canone di buona fede.

Il diritto alla privacy rischia di essere sacrificato soprattutto al cospetto dell'esercizio del potere di controllo da parte del datore di lavoro. L'imprenditore, infatti, ha il dovere e diritto di proteggere il patrimonio dell'impresa e dei lavoratori alle sue dipendenze. Alla luce di ciò, pertanto, gli è permesso fare controlli negli armadietti e tra gli effetti personali del lavoratore (art. 18 ET) ma al solo scopo di tutelare l'azienda e sempre nel rispetto di determinate garanzie. Il controllo deve effettuarsi nei luoghi di lavoro e nelle ore di lavoro e deve essere assistito da un rappresentante legale dei lavoratori o, se è possibile, da altro lavoratore dell'impresa se il primo non sia presente sul posto. Si prevede che le misure di controllo scelte debbano essere coerenti col fine perseguito, necessarie (perché non c'è altro modo per conseguire l'obiettivo proposto o più efficace) equilibrate e ponderate. Ciò significa che l'interesse imprenditoriale deve essere debitamente documentato, non essendo sufficiente una generica motivazione a sacrificare il diritto fondamentale⁴⁹⁹.

In definitiva, gli equilibri e limitazioni reciproche che derivano per entrambe le parti del contratto di lavoro, comportano che anche le facoltà organizzative imprenditoriali sono limitate dai diritti fondamentali del lavoratore che il datore di lavoro è obbligato a rispettare⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Feranandez Villalon, *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Pamplona, 2003.

⁵⁰⁰ Mateu Carruana, *Facultades de control fuera del centro del trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador*, en AA.VV., *El control empresarial en el ambito laboral*, Valencia, 2005.

Attualmente, le nuove tecnologie hanno costituito un mezzo efficace di controllo imprenditoriale della condotta del lavoratore⁵⁰¹ e, allo stesso tempo, un potenziale strumento di attacco alla privacy, onore e immagine del lavoratore. Se bisogna ammettere che i mezzi telematici ed informatici ottimizzano e semplificano la realizzazione dei compiti di lavoro, è certo che essi sono capaci di accumulare un gran numero di dati tali da consentire la conoscenza anche di aspetti intimi attinenti alla persona del lavoratore⁵⁰².

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

La disamina della tematica affrontata nel lavoro in oggetto è stata analizzata partendo da una iniziale ricognizione sullo stato dell'arte in materia di clausole generali. Per molto tempo,

⁵⁰¹ Arufe Varela, Nuevas tecnologías informáticas y poder de dirección y control del empresario a propósito de reclamaciones por despido del trabajador, Anuario de facultade de Dereito de Universidade da Coruña, n. 8, 2004.

⁵⁰² Segoviano Astaburuaga, El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores, RJCL, n. 2, 2004.

infatti, vi è stato un atteggiamento di netta chiusura rispetto al loro utilizzo, motivato dalla necessità di evitare un *vulnus* alla certezza del diritto. Si temeva che nella fase di concretizzazione delle stesse si sarebbe potuto attribuire al giudicante un eccessivo potere discrezionale difficilmente controllabile e che facilmente si sarebbe potuto trasformare in arbitrio.

Successivamente questa reazione si è stemperata: la testimonianza di tale rinnovato atteggiamento è possibile rinvenirla soprattutto analizzando l'evoluzione che ha avuto nel nostro ordinamento la clausola di buona fede. Inizialmente essa è stata utilizzata soprattutto in chiave valutativa, allo scopo, cioè, di accertare se le pattuizioni contrattuali fossero realmente ispirate al principio senza prevedere, tuttavia, la possibilità di incidere in chiave modificativa sulle stesse. In una seconda fase il ruolo della clausola si è ampliato assumendo un connotato precettivo fino ad arrivare ad integrare il programmato assetto contrattuale con pattuizioni ed obblighi ulteriori. Se inizialmente questi obblighi erano previsti solo in capo al debitore, nei limiti del suo apprezzabile sacrificio ed allo scopo di meglio soddisfare l'interesse del creditore, l'evoluzione giurisprudenziale successiva ha condotto ad estendere l'applicazione del principio anche alla sfera del creditore imponendogli comportamenti solidaristici volti ad evitare di abusare del suo diritto di credito.

Comincia a farsi strada, quindi, l'idea della possibilità di applicare l'istituto dell'abuso del diritto anche nei rapporti obbligatori che si consolida con la nota sentenza della Suprema Corte sul caso "Renault" che ho elevato a punto centrale della mia trattazione. E' stato proprio lo studio di tale pronuncia che mi ha spinto a riflettere sulla possibilità di esportare quel principio nel campo del diritto del lavoro indagando sulle sue possibili applicazioni.

Nella sentenza della Cassazione si definisce con chiarezza cosa debba intendersi per "abuso del diritto". Si fa riferimento ad un diritto riconosciuto dall'ordinamento giuridico e che può essere esercitato secondo diverse modalità e si stigmatizza la scelta del titolare di esercitarlo secondo quella che, in un'ottica comparativa, gli apporta un minimo vantaggio a fronte del pregiudizio che si produce nella sfera giuridica della controparte. In particolare nella sentenza la Suprema Corte estende il suo sindacato ad una prerogativa riconosciuta alla parte in via contrattuale, abbattendo il dogma dell'insindacabilità dell'autonomia negoziale. Si dice, infatti, che il diritto di recesso era stato esercitato con modalità tali da renderlo abusivo in quanto era stato preceduto dalla creazione nella controparte di false aspettative in ordine alla prosecuzione del rapporto, di fatto contraddette.

In questo caso la constatazione che il diritto di recesso era stato esercitato in modo abusivo, funge da indice sintomatico della violazione dei principi di correttezza e buona fede. Nonostante tale pronuncia sia stata oggetto di alcune critiche da parte della dottrina in quanto si è detto che verrebbero introdotti i concetti di abuso causale e modale ritenendoli entrambi

sindacabili alla stregua della buona fede. Se alcuni sostengono, infatti, che probabilmente sarebbe più corretta una lettura che vede l'abuso causale sindacabile alla stregua dell'abuso del diritto e quello modale attraverso il filtro della correttezza e buona fede, non ci sono dubbi sul fatto che la pronunzia abbia avuto degli effetti dirompenti.

Ciò lo si coglie soprattutto se si riflette sul fatto che si sono superati completamente i dubbi e le titubanze espresse da chi, rimanendo vincolato all'unica disposizione normativa che sembra evocare l'abuso del diritto – l'articolo 833 c.c. in tema di atti emulativi – riteneva l'istituto riferibile ai soli diritti reali.

Partendo da tali premesse, ho cercato di applicare l'istituto dell' "abuso del diritto" anche al campo del diritto del lavoro verificando, a mio giudizio, che vari potrebbero essere gli spunti di riflessione. Innanzitutto sono partita da un inquadramento del rapporto di lavoro subordinato per concludere che esso nasce come "naturalmente" squilibrato poiché la parte datoriale è titolare di poteri che la pongono in una posizione di superiorità rispetto alla controparte. La clausola di buona fede, quindi, potrebbe essere un valido strumento di riequilibrio della posizioni giuridiche soggettive poiché consentirebbe al giudice un sindacato sulle scelte datoriali.

Il problema, a questo punto, è quello di individuare i presupposti ed i limiti di tale sindacato. A titolo meramente esemplificativo, cito una pronunzia sul potere disciplinare che, pur costituendo un orientamento assolutamente minoritario in giurisprudenza, mi sembra interessante per capire quali potrebbero essere gli spazi applicativi della clausola di buona fede. In tale sentenza si ammette la possibilità di sindacare un potere discrezionale del datore di lavoro, e cioè quello disciplinare, il cui esercizio sarebbe contrario a buona fede perché si riferisce ad un addebito analogo ad un precedente, commesso da altro dipendente ma, in quella occasione, non sanzionato. Avanza l'idea, quindi, di ipotizzare il sindacato sul potere datoriale, nonostante lo stesso sia stato esercitato in conformità a quanto previsto dalla legge, sull'assunto della frustrazione dell'affidamento ingenerato nel lavoratore su un presunto atteggiamento di tolleranza del datore di lavoro.

Altro settore in cui ho avuto il pregio di apprezzare l'utilizzo della clausola di buona fede è stato quello delle procedure concorsuali interne in cui, pur non essendo sindacabile la modalità scelta per l'espletamento della procedura, va sottolineato che il potere del datore di lavoro in merito, non può essere totalmente arbitrario ed incontrollato. Si osserva, infatti, che la scelta dei criteri richiesti per accedere alla procedura, nonché le modalità concrete di svolgimento della selezione, devono necessariamente rispondere ad adeguatezza e ragionevolezza. Pertanto la condotta del datore di lavoro sarà valutabile attraverso il filtro della buona fede e nei limiti dei parametri indicati.

Tuttavia, nonostante la clausola generale di buona fede, a mio giudizio, abbia delle potenzialità esplicative di pregio nell'ambito del diritto del lavoro, ho constatato che il settore dove forse è dato riscontrare maggiori difficoltà applicative è quello relativo al *mobbing*.

Ciò accade in quanto il fenomeno presenta ancora dei contorni nebulosi in quanto, nonostante ci siano stati degli apprezzabili sforzi da parte della giurisprudenza, è inevitabile constatare che la mancanza di una definizione normativa rappresenta un limite all'effettività della tutela. E' indubbio che far riferimento alla nozione di *mobbing* elaborata dalla psicologia del lavoro apre notevoli problemi in sede giuridica in quanto completamente diversi sono gli interrogativi a cui sono chiamate a rispondere le due discipline. Emergono, pertanto, enormi difficoltà probatorie in riferimento alla continuità degli atti vessatori in quanto raramente si riesce a dimostrare la "sistematicità" delle condotte datoriali e la loro direzione finalistica verso l'emarginazione del lavoratore. Senza contare, poi, le difficoltà che si riscontrano nel dimostrare che quelle condotte vessatorie hanno avuto efficienza causale nel determinare l'insorgere della patologia che, tra l'altro, dovrà essere idoneamente documentata.

E' palese, quindi, come in questo ambito nemmeno la clausola di buona fede riesca ad estendere il sindacato del giudice sulle condotte datoriali, a meno di non voler contraddire il dettato normativo dell'articolo 2697 c.c. che prevede che chi agisce in giudizio deve dimostrare i fatti a fondamento della relativa pretesa.

Tutto ciò non esclude, tuttavia, che in futuro, laddove si raggiunga una maggiore certezza in ordine ai profili giuridici del *mobbing*, si possa trovare un autonomo spazio applicativo alla clausola di buona fede.

L'esperienza del dottorato, inoltre, mi ha permesso di svolgere alcune riflessioni sulle clausole generali e sull'istituto dell'abuso del diritto permettendomi di studiarle sotto una nuova ottica e di affinare un nuovo metodo di ricerca: quella comparatistica. Il mio soggiorno in Spagna è stato l'occasione per confrontarmi con una nuova realtà giuridica che, se per alcuni aspetti si presenta simmetrica a quella del nostro attuale ordinamento giuridico, per altri, se ne differenzia notevolmente. Innanzitutto il motivo per il quale ho scelto di confrontarmi con il diritto spagnolo. Mi ha colpito molto il fatto che nel Codice Civile spagnolo all'articolo 7 esista una disposizione specifica che vieta l'abuso del diritto. Preciso che tale norma è inserita nel *Titulo Preliminar*: questa scelta, personalmente, mi è sembrata sintomatica dell'importanza che si è voluta attribuire al principio connotandolo per la sua attitudine generale in quanto idoneo a plasmare qualsiasi rapporto giuridico patrimoniale.

Questa scelta del legislatore spagnolo – mi sia consentito il paragone apparentemente improprio – mi ha ricordato il metodo adottato nella nostra Costituzione che si apre con una

enunciazione dei principi fondamentali, quelli cioè che plasmano il nostro ordinamento e che sono intoccabili perfino da fonti di matrice europea.

Oserei dire che il divieto di abuso del diritto in Spagna è assunto a vera *Grundnorm* del sistema. Ciò trova conferma oltre che dalla collocazione della norma, come già evidenziato in precedenza, anche dal fatto che le altre previsioni normative che la precedono sembrano, a mio giudizio, avere una natura e delle caratteristiche completamente diverse. Si parla, infatti, di quali debbano essere considerate le fonti del diritto, di come le stesse vadano interpretate, con particolare riguardo soprattutto all’analogia, si disciplina il computo del termine, si indica l’impossibilità di elusione delle norme imperative.

Da quanto detto, pertanto, non mi sembra azzardato dire che i primi sei articoli del codice civile spagnolo avrebbero una valenza eminentemente “tecnica”, il settimo si distinguerebbe per un ruolo spiccatamente “programmatico”.

L’ordinamento spagnolo è chiaro: i diritti vanno esercitati secondo la buona fede, esercitare un diritto secondo la buona fede significa rispettarne condizioni e limiti, se manca il rispetto degli stessi la conseguenza è che si configurerà una ipotesi di esercizio abusivo del diritto.

Anche in tema di conseguenze giuridiche all’esercizio abusivo non sembrano emergere dubbi: due sono i rimedi a tutela del terzo leso dall’esercizio del diritto in modo abusivo da parte del suo titolare. In primo luogo la norma parla di *indemnizacion*. Sul punto occorre chiarire che non si intende con questa espressione il classico “indennizzo” che, nel nostro ordinamento, è collegato alle conseguenze di un atto lecito.

Si vuole, invece, sancire che, nel caso vi sia una condotta abusiva, l’autore della stessa è nel campo dell’illecito e deve risarcire chi ha subito le conseguenze della sua condotta. Ma non basta. L’ordinamento spagnolo, come ogni altro ordinamento deve uniformarsi al principio di effettività della tutela: questa può esistere solo se si adottano delle opportune misure inibitorie che impediscano la persistenza dell’abuso. Pertanto la reazione dell’ordinamento spagnolo all’abuso è la seguente: adozione di misure che rimuovano la condotta abusiva e corresponsione di una somma a titolo risarcitorio per i danni fino ad allora cagionati. E’ evidente, quindi, che sin dal 1974 (anno in cui l’articolo 7 delle disposizioni preliminari del codice civile spagnolo è stato riformato), esiste una specifica disposizione che stigmatizza le condotte abusive e tipizza la reazione dell’ordinamento.

Principalmente è questa la ragione per la quale ho scelto di confrontarmi con l’ordinamento spagnolo: volevo capire a quali esiti è giunta la giurisprudenza spagnola in tema di abuso del diritto rispetto alla nostra, pur essendo la prima avvantaggiata dalla presenza di una norma di carattere generale applicabile in tutti i campi del diritto civile.

Ho potuto constatare che in Spagna manca completamente una porzione del dibattito che ha agitato la dottrina nostrana. Non si discute, infatti, sull’ambito di applicazione dell’istituto

dell'abuso come invece è accaduto nel nostro ordinamento che ha visto, in una prima fase, nell'articolo 833 c.c. un limite alla generalizzazione dell'istituto. Tuttavia la seconda fase del dibattito avvicina i due ordinamenti. E' necessario, infatti, definire cosa sia l'abuso del diritto. Non basta, infatti, riconoscerlo, seppur espressamente con una norma *ad hoc*, per rendere concretamente operativo l'istituto. In cosa consiste, quindi, l'abuso del diritto? Quali criteri e parametri dovrà utilizzare l'interprete per individuarlo?

Sul punto è dato individuare un enorme sforzo profuso sia dalla dottrina che dagli stessi giudici. Secondo la giurisprudenza spagnola è necessario che coesistano l'esercizio di un diritto soggettivo, il danno arrecato ad un interesse non tutelato da una determinata situazione giuridica (altrimenti ci si troverebbe dinanzi ad una ipotesi di collisione di diritti) ed, infine, l'immoralità e l'antisocialità del danno. La giurisprudenza italiana, invece, probabilmente conscia del fatto che doveva sopperire alla mancanza di una norma che riconoscesse a chiare lettere il divieto di abuso, ha profuso uno sforzo maggiore nell'individuazione degli estremi dello stesso e, nel fare questo, più che ricorrere a criteri evocativi della morale o di ciò che è socialmente approvabile, ha utilizzato le clausole generali ed in particolare quella della buona fede.

Di recente, infatti, si è detto che l'abuso del diritto sarebbe criterio rivelatore della violazione del principio di buona fede oggettiva e si sono identificati i criteri rivelatori dello stesso. Questi risultano essere: la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto, la possibilità dell'esercizio dello stesso in base ad una pluralità di modalità non predeterminate, la circostanza che l'esercizio, formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto con modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione giuridico, ed infine la sproporzione ingiustificata tra il beneficio ottenuto dal titolare del diritto ed il sacrificio che deve subire la controparte.

Come si può immaginare da quanto sin qui detto, i risultati applicativi cui sono giunti i due ordinamenti, sembrano essere tendenzialmente identici, pur avendo a disposizione diversi dati normativi che li distanziavano "alla partenza".

Tuttavia la mia indagine, essendo multidisciplinare, non si è fermata all'analisi dell'istituto dell'abuso del diritto e delle clausole generali nel solo diritto civile ma le conclusioni raggiunte in questo ambito sono state per me il punto di partenza per approfondire anche aspetti strettamente attinenti al diritto del lavoro. Esiste l'abuso del diritto in Spagna con riferimento all'esercizio delle prerogative datoriali? Ebbene mi è dispiaciuto constatare che, nonostante le mie aspettative fossero animate da quella previsione espressa nell'articolo 7 del codice civile spagnolo, la ricerca mi ha condotto ad esiti diametralmente opposti.

La dottrina spagnola ed anche la giurisprudenza faticano ad avallare ricostruzioni innovative. Nei testi che ho consultato ho rinvenuto tesi già note, molte delle quali di paternità nostrana.

Mi ha sorpreso, inoltre, come proprio in una delle tematiche più spinose del diritto del lavoro, mi riferisco al fenomeno del *mobbing*, dottrina e giurisprudenza non abbiano utilizzato proprio quell'articolo 7 per trarre spunto al fine di definire specificamente il fenomeno (e le sue relative conseguenze sul piano giuridico).

Ho constatato, pertanto, una situazione simmetrica sia in Spagna che in Italia. In entrambi gli ordinamenti vi è stato il tentativo di procedere ad individuare una disciplina autonoma del fenomeno ma esso è fallito. Per quanto concerne la definizione giuridica di *mobbing*, essa risulta sempre mutuata dalla psicologia e, pertanto, è identica in entrambi i sistemi giuridici.

Il fenomeno viene definito come “la sistematica e prolungata pressione psicologica che si esercita su una persona nello svolgimento del suo lavoro, con lo scopo di distruggere la sua relazione con gli altri e attaccando la sua dignità con il fine di ottenere che, turbata la sua vita lavorativa, si allontani da questa provocando la sua autoesclusione”.

Quanto ai rimedi, non mi è sembrato che l'ordinamento spagnolo presenti molti appigli normativi in più per stigmatizzare il fenomeno. Se è vero che nel nostro ordinamento esiste come unico riferimento normativo l'articolo 2087 c.c., che estende l'obbligo di sicurezza non solo a quanto concerne la salute fisica del lavoratore ma anche a quella psichica, l'ordinamento spagnolo rimane sul vago richiamandosi agli articoli 10 e 15 dello Statuto dei Lavoratori che si limitano a riconoscere tutela alla dignità ed alla integrità morale del lavoratore. Si tratta, infatti, di valori assolutamente generici e, peraltro, già dotati di un solido appiglio nella Costituzione Spagnola.

Lo Statuto dei Lavoratori, quindi, si limiterebbe a ribadire quanto già previsto in chiave più generale e non esplicherebbe nessuna portata innovativa rispetto alla tematica di cui si discute.

Anche sotto il profilo dell'onere probatorio dei comportamenti vessatori, è dato riscontrare anche nell'ordinamento spagnolo le stesse difficoltà che si ritrovano nel nostro, soprattutto alla luce del fatto che il lavoratore, gravato dell'onere della prova, non sempre sarà in grado di assolverlo, in ragione della difficoltà di cogliere in concreto quando una condotta sia realmente vessatoria (gli episodi, infatti, potrebbero collocarsi ad una certa distanza temporale o, comunque, non essere immediatamente percepibili).

L'unico aspetto in cui l'ordinamento spagnolo mi è sembrato avvantaggiato è stato quello della quantificazione dell'ammontare del risarcimento del danno nel caso le condotte mobbizzanti risultino realmente provate. In quest'ultimo caso, infatti, secondo quanto previsto dall'articolo 50 dello Statuto dei Lavoratori, sarà attribuito un risarcimento in misura corrispondente a quella garantita in caso di licenziamento illegittimo.

In conclusione della mia ricerca, quindi, ho constatato una netta simmetria dei due ordinamenti circa gli approdi cui sono pervenuti, pur evidenziando quanto nel nostro

ordinamento sia stato maggiormente prezioso l'apporto offerto dalla giurisprudenza nella ricostruzione dei profili degli istituti da me analizzati nel lavoro.

BIBLIOGRAFIA PARTE I

- Alleva P., Sui principi di immediatezza ed immutabilità nei licenziamenti per giusta causa e per giustificati motivi, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1970.
- Alpa G., La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea a cura di L. Garofalo, Cedam, Padova, 2003.
- Alpa G., I principi generali, in Tratt. di Dir. Priv. a cura di G. Iudica- P.Zatti, Giuffrè, Milano, 1993.
- Alpa G., L'interpretazione del contratto, Giuffrè, Milano, 2002.
- Angelici L., Sulla intensificazione contrattuale della tutela del lavoratore nel procedimento disciplinare, in nota a Cass. 21 marzo 1994 n. 2663, in Riv. It. Dir. Lav., 1995.
- Angiello L., Il trasferimento dei lavoratori, Cedam, Padova, 1986.
- Angiello L., La parità di trattamento nei rapporti di lavoro, Giuffrè, Milano, 1979.
- Bano F., La configurabilità del mutamento di mansioni come sanzione disciplinare, in nota a Cass. 19 novembre 1997 n. 11520, in Riv. It. Dir. Lav., 1998.
- Barassi L., Teoria generale delle obbligazioni, Giuffrè, Milano, 1948.
- Bartalotta S., Sulle nozioni di giustificato motivo e di unità produttiva rilevanti in materia di trasferimento del lavoratore, in nota a Cass. 26 maggio 1999, n. 5153, in Riv. It. Dir. Lav., 2000.
- Benatti F., Osservazioni in tema di doveri di protezione, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., Giuffrè, Milano, 1960.
- Betti E., Teoria generale delle obbligazioni, Giuffrè, Milano, 1953.

- Barcellona M., Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra Codice Civile e diritto europeo, Giappichelli, Torino, 2006.
- Bianca C. M., La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, in Riv. Dir. Civ., 1983.
- Bigliazzi Geri L., Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, 1967.
- Boselli U., La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, Unione tipografico- editrice torinese, Torino, 1952.
- Breccia U. , Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, Giuffrè, Milano, 1968.
- Buoncristiano M., Profili della tutela civile contro i poteri privati, Cedam, Padova, 1986.
- Burton S. J., L'esecuzione del contratto secondo buona fede, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1984.
- Busnelli F. D. , Note in tema di buona fede ed equità, in Riv. Dir. Civ., 2001.
- Busnelli F. D.- Navarretta E., Abuso del diritto e responsabilità civile, in Studi in onore di Pietro Rescigno, Giuffrè, Milano, 1998.
- Cabella Pisu L. – Nanni L. (a cura di), Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta, Cedam, Padova, 1998.
- Cappelletti M., Riflessioni sulla creatività delle giurisprudenza nel tempo presente, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1982.
- Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro, Utet, Torino, 2011.
- Castronovo C., L'avventura delle clausole generali, in Il principio di buona fede, a cura di F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 1987.
- Cattaneo G., Buona fede oggettiva ed abuso del diritto, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ, 1971.
- Cessari A., Verso una disciplina unitaria dei licenziamenti individuali, in Dir. Lav., 1980.
- D' Andrea S., L'offerta di equa modificazione del contratto, Giuffrè, Milano, 2006.
- D'Angelo A., La buona fede, in Trattato Bessone, Giappichelli, Torino, 2004.

- De Luca Tamajo R.- Rusciano M., Brevi note sulle tecniche giuridiche di limitazione del potere imprenditoriale a tutela del lavoratore subordinato, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di N.Lipari, Cacucci, Bari, 1974.
- Del Punta R., I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e nella cassa integrazione guadagni, in *Giorn. Lav. Rel. Ind.*, 1983.
- Del Punta R., Sul trasferimento del lavoratore da un'unità produttiva ad un'altra, in *Giust. Civ.*, 1986.
- Del Punta R., I licenziamenti collettivi, in *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, in M.Papaleoni, R.Del Punta, M. Mariani, Cedam, Padova, 1993.
- Di Majo A., *Obbligazione. I. Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990.
- Di Majo A., Le forme di tutela civile contro i c.d. "poteri privati", in nota a Cass. 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. It.*, 1980.
- Di Majo A., Clausole generali e diritto delle obbligazioni, in *Riv. Critica Dir. Lav.*, 1984.
- Di Majo A., Cassa integrazione, poteri dell'imprenditore e scelta di lavoratori, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1983.
- Di Majo A., Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa, in *Riv. Giur. Lav.*, 1983.
- Dossetti M., Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto, in *Giur. It.*, 1969.
- Fabiani E., *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Utet, Torino, 2003, XXII-792.
- Fabiani E., Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole generali, in *Riv. dir. civ.*, 2004.
- Falzea A., Gli standards valutativi e la loro applicazione, in *Riv. dir. civ.*, 1987.
- Falzea A., I principi generali del diritto, in *Riv. dir. civ.*, 1991.
- Fanelli O., Limiti dei poteri privati nell'esercizio dell'impresa: profili giurisprudenziali, in *Studi in memoria di D. Napoletano*, Giuffrè, Milano, 1986.
- Ferraresi M., Procedimento disciplinare e clausole generali, in nota a Cass. 3 agosto 2001 n. 10760, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002.

- Franzoni M., Degli effetti del contratto, vol.II, Integrazione del contratto, in Commentario Schlesinger, Giuffrè, Milano.
- Galantino L., Il profilo dell'abuso di diritto nella disciplina della Cassa integrazione, in Riv. It. Dir. Lav., 1982.
- Galgano F., Equilibrio contrattuale e buona fede dei contraenti, in Diritto privato europeo e categorie civilistiche, a cura di N. Lipari, Esi, Napoli, 1998.
- Galgano F., Funzione creativa di diritto della giurisprudenza, in Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta, Cedam, Padova, 1998.
- Gallo P., Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto, in Riv. dir. civ., 2002.
- Gallo P., Trattato del contratto, Utet, Torino, 2010.
- Gambaro A., Abuso del diritto. II) diritto comparato e straniero, in Dig. disc. priv., Sez. civ., 1989.
- Gazzoni F., Equità ed autonomia privata, Giuffrè, Milano, 1970.
- Grezzi G., La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese ed il sistema contrattuale delle informazioni e della consultazione del sindacato, in Riv. Giur. Lav., 1978.
- Giorgianni F., L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, Milano, 1963.
- Gitti G. – Villa G., Il terzo contratto, Il Mulino, Bologna, 2008.
- Ichino P., Il contratto di lavoro, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A.Cicu, F.Messineo e L.Mengoni, continuato da Schlesinger, II, Milano, 2002.
- Lombardi G., Potere privato e diritti fondamentali, Giappichelli, Torino, 1970.
- Macario F., Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine, Jovene, Napoli, 1996.
- Mancini G. F., La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro, Giuffrè, Milano, 1957.
- Mandrioli C., Controllo giurisdizionale sull'esercizio di alcuni poteri discrezionali del datore di lavoro, in Riv. It. Dir. Lav., 1983.

- Manganello E., Legge e autonomia collettiva nella disciplina dei criteri di scelta per la riduzione di personale: la Consulta introduce il controllo di ragionevolezza, in nota a C. Cost. 30 giugno 1994 n. 268, in Riv. It. Dir. Lav., 1995.
- Mannacio G., Legittimità costituzionale della normativa sui contratti collettivi che individuano i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, Mass.Giur. Lav., 1994.
- Mazzotta O., Diritto del lavoro e Diritto civile, Giappichelli, Torino, 1994.
- Mengoni L., Spunti per una teoria delle clausole generali, in Riv. Critica Dir. Priv., 1986.
- Meruzzi G., L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale, Cedam, Padova, 2005.
- Meruzzi G., La trattativa maliziosa, Cedam, Padova, 2002.
- Minervini E., Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale, in Rass. Dir. Civ, 1987.
- Minervini E., Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata, in Riv. Dir. Civ., 1958.
- Montuschi L., Il diritto di sciopero ed il cd. danno ingiusto, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1968.
- Montuschi L., Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla legge 223/1991, in Riv. It. Dir. Lav., 1991.
- Montuschi L., Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato, Giuffrè, Milano, 1973.
- Muggia S., Il principio dell'immediatezza della contestazione disciplinare ed il relativo onere della prova, in nota a Cass. 21 aprile 2001 n. 5947, in Dir.&Lav., 2001.
- Nanni L., La buona fede contrattuale nella giurisprudenza, in Contr. e Impr., 1986.
- Nannipieri L., Trasferimento del lavoratore e obbligo di valutare le condizioni personali e familiari dell'interessato, nota a Cass. 26 gennaio 1995 n. 909, in Riv. It. Dir. Lav., 1995.
- Natoli U., Adempimento e "non collaborazione", in Riv Giur. Lav., 1949- 50.
- Natoli U., Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di Cassazione, in Legge, giudici, giuristi, Milano, 1982
- Natoli U., L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza, in Banca, borsa, tit. cred., 1961, I, p. 157 ss.

- Natoli U., Limiti costituzionali all'autonomia privata nel diritto del lavoro, Milano, 1955.
- Oppo G., Sui principi generali del diritto privato, in Riv. dir. civ., 1991.
- Patti S., (voce) Abuso del diritto, in Digesto delle discipline privatistiche, Utet, Torino, 1987.
- Pedrazzoli M., Democrazia industriale e subordinazione, Milano, 1985.
- Perlingieri P., Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, in Rass. Dir. Civ., 2001, 2, 334.
- Perlingieri P., Il diritto civile nella legalità costituzionale, Esi, Napoli, 2006.
- Persiani M., La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, in Nuovo trattato di diritto del lavoro diretto da Rita Sanseverino e Mazzoni, II, Padova, 1971.
- Persiani M., Contratto di lavoro e organizzazione, Cedam, Padova, 1966.
- Pino G., L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica, in Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica, a cura di G. Maniaci, Giuffrè, Milano, 2006.
- Rescigno P., Appunti sulle "clausole generali", in Scritti in onore di Romagnoli, Milano 2000.
- Rescigno P., L'abuso del diritto, Il Mulino, Bologna, 1998.
- Rescigno P., Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giudiziale, in Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta, Cedam, Padova, 1998.
- Rodotà S., Le fonti di integrazione del contratto, Giuffrè, Milano 1969.
- Rodotà S., Il tempo delle clausole generali, in Riv. crit. dir. priv., 1987, 709.
- Rodotà S., La tecnica legislativa per clausole generali in Italia, in L. Cabella Pisu – L. Nanni Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni 90, Cedam, Padova, 1998.
- Roselli F., Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali, Jovene, Napoli, 1983.

- Roselli F., Le clausole generali oggi, in *Dir. rom. att.*, 2003.
- Sacco R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949.
- Sacco R., L'esercizio e l'abuso del diritto, in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri, U. Mattei, P.G.Monateri, R. Sacco, in *Il diritto soggettivo*, Utet, Torino, 2001
- Saffioti M. T., *Le clausole generali di correttezza e buona fede e la posizione del lavoratore subordinato*, Giappichelli, Torino, 1999.
- Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Bologna, 1998.
- Scarpelli F., *Autonomia collettiva e rappresentatività sindacale tra funzione "gestionale" e funzione normativa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987.
- Smuraglia C., *Licenziamenti collettivi, interesse alla conservazione del posto ed esigenze dell'impresa nell'individuazione dei lavoratori da licenziare*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1968.
- Terranova C. G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il codice civile, Commentario diretto da P. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1995.
- Treu T., *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, F. Angeli, Milano, 1974.
- Treu T., *Chi, come scegliere: i limiti alla discrezionalità del datore di lavoro*, in *Corr. Giur.*, 1985.
- Tullini P., *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini, 1990.
- Tullini P., *Motivazione e controllo giudiziale del trasferimento del lavoratore*, in nota a Cass. 23 febbraio 1998 n.1912, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994.
- Tullini P., *Poteri privati dell'imprenditore ed esercizio di autotutela contrattuale*, in nota a Cass. 7 dicembre 1991 n. 13187, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992.
- Vallebona A., *Clausole generali e controllo della Cassazione*, in *Dir. lav.*, 2004.
- Zoli C., *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, in *Giust. Civ.*, 1984.
- Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988.

BIBLIOGRAFIA PARTE II

- Aguilera Izquierdo, Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia, Pamplona, 1997.
- Alguer, El concepto de la buena fe en la genesis y en la tecnica del derecho privado. Contribucion al estudio de la norma juridico-civil, Revista Juridica de Cataluna, 1927.
- Alonso Olea, Casas Baamonde, Derecho del Trabajo, Madrid, 2005.
- Arechederra Aranzadi, La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual, Madrid, 1978.
- Arufe Varela, Nuevas tecnologias informaticas y poder de direccion y control del empresario a proposito de reclamaciones por despido del trabajador, Anuarui de facultade de Dereito de Universidade da Coruna, n. 8, 2004.
- Auvergnon, Poder de direccion y respeto a la persona asalariada, RR.LL, n. 19/20, 2005.
- Barreiro Gonzalez, Diligencia y negligencia en el cumplimiento, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- De Cossio, Frustraciones y desequilibrios contractuales, Granada, 1994.
- Diez- Picazo Ponce De Leon, La doctrina de los propio actos. Un estudio critico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Barcelona, 1963.
- Duran Lopez, Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa, en El Estatuto de los Trabajadores, V, Madrid, 1985;
- Feranandez Villalon, Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, Pamplona, 2003.
- Ferreira Rubio, La buena fe. El principio general en el Derecho Civil, Madrid, 1984.
- Garcia Amigo, Consideraciones a la buena fe contractual, Actualidad Civil, 1, 2000.

- Garcia Fernandez, El rendimiento debido en la relacion de trabajo, Revista Espanola de Derecho del Trabajo, 1980.
- Garcia Fernandez, Libertad de organizacion y exigencias del principio de igualdad, en La reforma del mercado de trabajo, Madrid, 1993.
- Garcia Murcia, Falta de diligencia y trasgresion de la buena fe contractual I y II, Actialidad Laboral, 24, 1990.
- Garcia Vina, El despido por trasgresion de la buena fe contractual, Cuadernos de Jurisprudencia Laboral y de Seguridad Social, Valencia, 1999;
- Garcia Vina, La buena fe en el contrato de trabajo, Consejo Economico y Social, 2001;
- Garcia Vina, La regulacion actual de la buena fe en la figur del empresario, AS, 22, 2001.
- Gianni, El dominio ejercido sobre el trabajador, RR.LL, n. 19/20, 2005.
- Gil Y Gil, Autotutela privada y poder disciplinario en la imprea, Centro de publicaciones del Ministerio de Justitia, 1993.
- Gil y Gil, El deber del empresario de renegociar el contrato de trabajo, RRL, 19, 2004.
- Gil y Gil, Principio de buena fe y poderes del empresario, Consejo andaluz de Relaciones Laborales, 19, 2004;
- Godreau, Lealtad y buena fe contractual, Revista Critica de Derecho Inmobiliario, 609, 1992.
- Gomez Calle, Los Deberes precontractuales de informacion, Madrid, 1994;
- Gracia Valverde, Los elementos esenciales del contrato de trabajo: vision jurisprudencial, Documentation Laboral, 45, 1995.
- Guanche Marrero, El derecho de trabajador a la ocupacion efectiva, Madrid, 1993; Jordano Fraga, La responsabilidad contractual, Madrid, 1987.
- Lasarte Alavarez, Principios de Derecho civil, 1, Madrid, 1995.
- Lastra Lastra, Principios ordenadores de las relaciones de trabajo, REDT, 104, 2001;

- Loi, Las diversas racionalidades de los limites procedimentales en el ejercicio de los poderes empresariales, en AA. VV., El poder de direccion del empresario: nuevas perspectivas, La Ley, 2005.
- Lopez Jacoiste, Sobre la aporia de la equivalencia contractual, Estudios juridicos en homenaje al Profesor Federico de Castro, II, ed Tecnos, 1976.
- Luque Parra, Los limites juridicos de los poderes empresariales en la relacion laboral, Barcelona, 1999.
- Martin Valverde, Ideologias Juridicas y contrato de trabajo, en Ideologias Juridicas y relaciones de trabajo, Universidad de Sevilla, 1978.
- Martin Valverde, Rodriguez-Sanudo Guterrez, Garcia Murcia, Derecho del Trabajo, Madrid, 2005.
- Martinez Fons, El poder de control del empresario en la relacion laboral, Madrid, 2002.
- Martinez Sarrion, Moderna Orientacion de las relaciones obligacionales, Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XXXII, 1992.
- Mateu Carruana, Facultades de control fuera del centro del trabajo: medidas de control sobre las conductas extralaborales del trabajador, en AA.VV., El control empresarial en el ambito laboral, Valencia, 2005.
- Mella Mendez, La formalizacion del despido disciplinario: un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, Granbad, 1999.
- Mendez Pidal, La lealtad en el contrato de trabajo, Revista General de Legislacion y Jurisprudencia, XLII, 1961.
- Miquel Gonzalez, La buena fe y su Concrecion en el ambito del Derecho Civil, Anales de la Academia Matritense del Notariado, XXIX, 1986.
- Molina Navarrete, Hacia una revision constiutcional de la funcion de la buena fe contractual en las relaciones juridico-laborales, Relaciones Laborales, 8, 11, 1992.
- Molina Navarrete, Olarte Encabo, Limites constitucionales a la libertad de empresa y derechos fundamentales inespecificos del trabajador, RFDUG, n. 2, 1999.

- Molleda, La presuncion de buena fe, Revista de Derecho Privado, 1962.
- Montoja Melgar, Direccion de la actividad laboral, en Comentarios a las leyes laborales., V, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.
- Montoja Melgar, La buena fe en el derecho del trabajo, Madrid, 2001.
- Montoya Melgar, Derecho del Trabajo, Madrid, 2005.
- Montoya Melgar, El poder de direccion del empresario, Madrid, 1965.
- Montoya Melgar, El poder de direccion del empresario, REDT, n. 100. El Estatuto de los Trabajadores. Veinte anos despues, 2000.
- Montoya Melgar, Ideologia y lenguaje en las leyes laborales de Espana, Madrid, 1992.
- Montoya Melgar, La buena fe en el derecho del trabajo. Madrid, 2001.
- Montoya, Derecho del Trabajo, Madrid, 2005.
- Monzon, La fidelidad y la buena fe en el contrato de trabajo, Derecho del Trabajo, IX, 1949.
- Moro Almaraz, Sanchez Cid, Nociones basicas de derecho civil, Madrid, 1999.
- Naranjo De La Cruz, Los limites de los derechos fundamentales entre particulares: la buena fe, Boletin Oficial del Estado, 2000.
- Nogueira Guastavino, La prohibition de competentia desleal en el contrato de trabajo, Pamplona, 1997.
- Palomeque Lopez, Derechos fundamentales generales y relacion laboral: los derechos laborales inespecificos, en AA.VV. El modelo en la Constitucion Espanola de 1978, MTASS, 2003.
- Pedrajas Moreno, Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitucion como marco y como limite de su ejercicio, AL, 4, 2000.
- Perez Del Rio, La regularidad del ejercicio del poder empresarial y la obediencia debida, TL, 8-11, 1986-87.
- Pertinez Vilchez, Las clausolas abusivas por un defecto de transparencia, Pamplona, 2004.
- Rivero Hernandez, Comentarios al codigo civil (Titulo Preliminar), Barcelona, 2000.

- Rivero Lamas, Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional, en El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea. Academia iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, 2003.
- Rodríguez Pinero y Bravo Ferrer, Buena fe y ejercicio de poderes empresariales, Relaciones Laborales, 17, 2003.
- Rodríguez Pinero y Bravo Ferrer, La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional, La Ley, 1998-II.
- Rodríguez Pinero, Buena fe y ejercicio de poderes empresariales, RRL, n. 17, 2003.
- Rodríguez Pinero, El derecho del trabajador a ser informado sobre los elementos esenciales de su contrato de trabajo, RRL, 19, 1998.
- Rodríguez-Pinero y Bravo-Ferrer, La integración de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, en Sempere Navarro, El modelo social en la Constitución Española del 1978, MTASS, 2003.
- Rodríguez-Pinero y Bravo-Ferrer, Poder de dirección y derecho contractual, RR.LL, n. 19/20, 2005.
- Salcedo Beltrán, El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores, Valencia, 2000.
- Sánchez-Uran Azana, Cargo de confianza y extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario, AS, 1998.
- Santos Fernández, El contrato de trabajo como límite al poder del empresario, Albacete, 2005.
- Segoviano Astaburuaga, El difícil equilibrio entre el poder de dirección del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores, RJCL, n. 2, 2004.
- Terradillos Ormaechea, El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías, Valencia, 2004.
- Torres, Aspectos referidos a los deberes de fidelidad y de no concurrencia, DT, 9, 1995.

- Valdes Dal Re, Libertad Ideologica y contrato de trabajo: una aproximacion al Derecho comparado, Relacion Laborales, 14, 2004;
- Valdes Dal re, Los derechos fundamentales de la persona del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicacion de su ejercicio, RR.LL., n. 20, 2003.
- Vasquez De Castro, Determination del contenido del contrato: Presupuestos y limites de la libertad contractual, Tirant Lo Blanch, Coleccion Privada, 58, 2002.