

IURISPRUDENTIA

*Collana del Dipartimento
scienze giuridiche
ed economiche*

MONOGRAFIE

10



Daniela Comandè'

L'abuso
del diritto
nel rapporto
di lavoro

Editoriale Scientifica

IURISPRUDENTIA

MONOGRAFIE

Dipartimento di Scienze giuridiche ed economiche
Università degli Studi Suor Orsola Benincasa
Collana diretta da Lucio d'Alessandro e Tommaso Edoardo Frosini

10

Nuova serie

Comitato scientifico

Ilaria Amelia Caggiano, Luca Calcaterra, Lucio d'Alessandro, Marcello D'Amato
Mariavaleria del Tufo, Gaspare Fiengo, Tommaso Edoardo Frosini
Lucilla Gatt, Paolo Ghionni Crivelli Visconti,
Giulia Maria Labriola, Francesco Marone, Vincenzo Omaggio

Daniela Comandè

L'abuso del diritto
nel rapporto di lavoro

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo della Commissione di certificazione e conciliazione dell'Università degli studi della Tuscia.

Il Comitato scientifico sottopone tutti i testi della collana a revisione valutativa con il procedimento del «doppio cieco» (*double blind peer review*).

Tutti i diritti sono riservati

© 2025 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai 39
80138 Napoli
www.editorialescientifica.com
info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-235-0495-6

A Tancredi e Manfredi
A chi mi legge dentro e a chi mi legge fino in fondo

“le leggi vanno assottigliandosi attraverso i gradi di giudizio del nostro ordinamento, fino a raggiungere quella trasparenza formale in cui il merito, cioè l’umano peso dei fatti, non conta più; e, abolita l’immagine dell’uomo, la legge nella legge si specchia”

(L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, Torino, Einaudi, 1990 [1961], p. 93)

INDICE

<i>Prefazione</i> di Raffaele De Luca Tamajo	13
<i>Introduzione</i>	17

CAPITOLO I FONDAMENTI GIURIDICI E AUTONOMIA SISTEMATICA DEL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO

1. Un principio in cerca d'autore: la carenza di un referente normativo specifico del "doppio participio"	21
2. L'araba fenice della figura giuridica dell'abuso: dall'"immobilità dello scontro dogmatico" alla prospettiva di misura del diritto	36
3. Buona fede e abuso del diritto: dalla superfetazione alla differenziazione. Della non sovrapponibilità tra violazione di un dovere e abuso di un diritto	46
4. (segue:) Buona fede e abuso del diritto: la diversità morfologica tra le due figure	55
5. Il ruolo centrale dell'interesse sotteso al diritto quale fulcro della misura di deviazione: dalla relazione 'storica' con gli atti di emulazione (art. 833 c.c.) alla rilevanza della minaccia di far valere un diritto (art. 1438 c.c.) nell'interpretazione del divieto di abuso	59
6. I 'consanguinei' del divieto di abuso: violazione di legge e frode alla legge	68
7. Una nozione a geometria variabile: alla ricerca di un approccio rigoroso tra certezza del diritto e discrezionalità dell'interprete	75
8. L'autonomia privata nel rapporto di lavoro: accenni agli spazi della teoria del divieto di abuso	84

CAPITOLO II
 LA GEOGRAFIA DELL'ABUSO DEL DIRITTO
 NEL SISTEMA GIUSLAVORISTICO:
 L'UTILIZZO ANCIPITE NELLA GIURISPRUDENZA

1. Una lettura euristica della categoria: la funzione di riequilibrio del divieto di abuso 89
2. Il campo largo delle sospensioni dal lavoro: il divieto di abuso oltre la logica diritto/non-diritto 98
3. La bussola della giurisprudenza in materia di abuso delle condotte da parte dei lavoratori 102
4. Il congedo parentale deviato: ricostruzione ed effetti di un istituto 113
 - 4.1. Il frazionamento del congedo: un'ipotesi a rischio di soggettivismo 122
5. Un caso eccentrico di rivalorizzazione dell'elemento soggettivo nel divieto di abuso: la rinnovata ragion pratica della lettura oggettiva 126
6. I limiti 'intrinseci' nello scrutinio sull'abuso e il caso emblematico dell'assistenza ai portatori di *handicap* 133
7. Gli orientamenti giurisprudenziali emergenti su altre prerogative dei lavoratori: i confini tra divieto di abuso e inesistenza del diritto 148
8. Il fenomeno dell'assenteismo: disciplina negoziata e violazione 165

CAPITOLO III
 SFERA DEI POTERI DATORIALI E NOZIONI FLESSIBILI:
 LA SISTEMATIZZAZIONE ATTRAVERSO IL DIVIETO DI ABUSO

1. Il contesto 'ideale' dei poteri datoriali 181
2. Il raggio di azione dell'abuso del potere datoriale oltre gli spazi della tecnica di procedimentalizzazione 189

3. Il controllo giudiziale dei poteri del datore di lavoro: intersezioni e abusi	196
4. La fase conclusiva del rapporto individuale di lavoro alla luce dell'abuso del diritto: il caso chiave del licenziamento per giustificato motivo oggettivo	205
5. Il <i>fil rouge</i> della pretestuosità e il ruolo del <i>repêchage</i>	215
6. La relazione tra arbitrarietà e pretestuosità	227
7. Le maglie larghe dello <i>ius variandi</i> nel trasferimento del lavoratore	234
8. L'area di libera recedibilità	241
9. I criteri di scelta: lo spazio del divieto di abuso nelle procedure selettive	252
<i>Riflessioni conclusive</i>	261
<i>Bibliografia</i>	265

PREFAZIONE

Costituisce scelta originale e coraggiosa la trattazione approfondita di un tema inesplorato come il divieto di abuso del diritto nel rapporto di lavoro.

La ricca elaborazione civilistica del tema si scontra, infatti, con una qualche diffidenza presente nella dottrina del diritto del lavoro, alimentata dal presupposto che l'ampio intervento eteronomo inderogabile non lascia qui spazio per una verifica aggiuntiva, in chiave funzionale, dell'esercizio in concreto dei diritti e poteri attribuiti dall'ordinamento positivo.

Viceversa – osserva puntualmente l'autrice – una nuova frontiera della nostra materia potrebbe disvelarsi se, oltrepassando la dialettica garantismo/flessibilità, che pure rappresenta la cifra essenziale del diritto del lavoro, si valorizzasse un sindacato giudiziale sul rispetto del profilo finalistico innanzitutto dell'esercizio dei poteri attribuiti al datore di lavoro e, talora, anche di alcuni diritti riconosciuti al lavoratore, in chiave di verifica dell'utilizzo abusivo di essi.

Un moderno diritto del lavoro non può, infatti, disinteressarsi di comportamenti di ciascuna delle parti del rapporto di lavoro – e financo delle rispettive associazioni sindacali – che, pur in apparenza rispettosi dell'ordito normativo e contrattual-collettivo, presentano un profilo abusivo e una evidente divaricazione rispetto alla *ratio* attributiva dei singoli poteri e dei singoli diritti.

Il che consentirebbe di sanzionare tutta una serie di atteggiamenti non censurabili per la violazione di norme espresse eppure gravemente viziati quanto al profilo funzionale e a tratti di pretestuosità.

Dopo un primo capitolo destinato all'inquadramento civilistico del divieto di abuso e alla disamina degli istituti "consanguinei" (violazione della buona fede e correttezza, frode alla legge, etc.), la monografia prende in considerazione (nel cap. II) le ipotesi di abuso nell'esercizio di alcuni diritti attribuiti ai lavoratori (congedi e permessi parentali,

sindacali, assenze per malattia, per assistenza a familiari invalidi, etc.) e, successivamente, (cap. III) nell'esercizio di alcuni poteri espressamente riconosciuti al datore di lavoro in tema di risoluzione del rapporto e di procedure selettive tra i lavoratori.

Ne emerge un quadro di particolare fecondità della figura in esame, aperta a utili contributi giurisprudenziali e dottrinali, di cui rappresenta un valido esempio la monografia di Daniela Comandè'.

Il recupero dell'elaborazione fornita dal diritto civile, senza dubbio, consente di sviluppare argomentazioni e schemi logici di sostegno ma permette anche di analizzare e preconizzare innovativi orientamenti giurisprudenziali. L'obiettivo è convincere la comunità scientifica dell'esistenza e della validità di questo principio generale nel diritto del lavoro, presentando e provando a confutare le opinioni contrarie per poi giungere a una proposta solida e ragionata.

Come appena sottolineato, la tecnica che sta dietro all'abuso del diritto riguarda tutti quei casi in cui chi esercita una prerogativa giuridica, di cui è titolare, compie una deviazione rispetto alle finalità per cui l'ordinamento l'ha riconosciuta, creando un'interferenza tra modo di esercizio del diritto/potere e *ratio* sottesa alla norma. Da ciò va distinto il punto di caduta dell'atto deviato, attinente alla dimensione rimediale, che arreca alla sfera giuridica di terzi un pregiudizio ingiustificato e sproporzionato.

Si discute, in prima battuta, della carenza del fondamento positivo, visto il silenzio del Codice civile del 1942. Tuttavia, l'intenso dibattito all'interno dei lavori preparatori al Codice testimonia l'esigenza, favorevolmente considerata, di istituire una norma atta a sancire espressamente il divieto di abuso in termini generali.

Il divieto trova, però, esplicito riconoscimento nell'ordinamento dell'Unione Europea che lo ha codificato, in termini generali, all'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali, parte integrante dei Trattati. La previsione espressa in altri ordinamenti può essere un utile termine di confronto, ma l'affermazione quale principio generale dell'ordinamento giuridico è tradizionalmente ricondotta ad alcune importanti pronunce della Suprema Corte di Cassazione.

Il libro fa tesoro di queste sentenze e si muove lungo un asse interpretativo chiaro: non si tratta della violazione in senso formale, bensì dell'esercizio sostanziale alterato e scorretto dello schema del diritto/potere, preordinato in concreto al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli per i quali la posizione giuridica soggettiva è conferita. È evidente che un simile approccio possa destare qualche perplessità in chiave di applicazione del diritto, in considerazione della latitudine di discrezionalità che un principio generale come quello dell'abuso del diritto – sganciato da referenti normativi declinati per ogni istituto – potrebbe attribuire al giudice. Lo sforzo ermeneutico di quest'opera è indirizzato a configurare il divieto di abuso come struttura di tipo obiettivo e interna all'ordinamento, come limite oggettivo alle prerogative private ovvero come principio di chiusura del sistema giuridico.

La formula giuridica, prima di essere così sintetizzata dalla giurisprudenza, ha subito nel tempo un intenso processo di modifica e di sovrapposizione con modelli simili, con clausole generali e, perfino, di rimozione. E, in effetti, la locuzione “abuso del diritto” in ambito lavoristico non ha goduto di grande successo salvo pregevoli studi in materia, sia pure critici e scettici verso la portata normativa del principio (Del Punta).

In un primo momento, l'abuso è stato considerato in riferimento alla posizione di supremazia del datore di lavoro (Natoli), ma, con il tempo, ha acquisito un autonomo spazio di rilevanza anche rispetto alle facoltà riconosciute alle lavoratrici e ai lavoratori (Vallebona).

Il diritto del lavoro è divenuto così, progressivamente, terreno privilegiato per provare a concettualizzare il divieto di abuso del diritto sia con riguardo alla posizione datoriale sia a quella del prestatore di lavoro. Da tecnica di controllo indirizzata soprattutto ai poteri datoriali, sempre valida ed efficace, ha mostrato fecondità di risultati anche quale strumento di verifica delle forme di esercizio dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori (congedi, permessi, diritti potestativi), spesso ‘piegate’ in modo non conforme agli interessi accordati dall'ordinamento. Del resto, la giurisprudenza in materia di diritto del lavoro ha colto il valore

essenziale del principio ma non sempre lo ha declinato nella maniera più corretta sul piano logico-sistematico, ovvero non ne ha evidenziato la dimensione autonoma rispetto a congegni simili ma differenti (buona fede, correttezza, *exceptio doli generalis*, divieto di atti emulativi, violazione di legge, frode alla legge).

L'analisi fornita dall'autrice si muove lungo un'ottica costruttiva, atteso che l'abuso del diritto/potere, proprio grazie e in virtù della *ratio* delle leggi in materia di lavoro, trova la sua piena determinazione: un principio trasversale, che pervade qualsiasi diritto/potere e il suo esercizio, in cui si rivela proficua la categoria dei "limiti intrinseci" (Zoli). Questi sono deducibili a monte in relazione alla natura e alle ragioni per cui è riconosciuto un determinato diritto o potere e, successivamente, sono verificati a valle rispetto alla specifica condotta per accertare se vi sia una garanzia adeguata degli interessi per i quali è attribuito il diritto/potere.

L'intento è quello di cogliere spazi ordinamentali da colmare con l'ausilio dell'abuso del diritto/potere.

È difficile ipotizzare una chiara descrizione del limite oltre il quale l'esercizio del diritto o del potere diventi abusivo. Ciononostante, la ricca casistica giurisprudenziale ha offerto numerosi spunti per costruire una fisionomia della fattispecie utile a riflettere sulle possibili tecniche di individuazione e sulle modalità di reazione dell'ordinamento rispetto a comportamenti abusivi.

In una stagione contrassegnata da distorsioni e utilizzo abnorme dei diritti e dei poteri, probabilmente il recupero del divieto di abuso nel rapporto del lavoro può costituire uno strumento idoneo ad impedire comportamenti subdoli e di non agevole sanzionabilità, in quanto per dirla con Popper, «non c'è nulla sotto il sole di cui non si possa abusare e di cui non si sia abusato».

RAFFAELE DE LUCA TAMAJO

INTRODUZIONE

La storia recente del diritto del lavoro è contraddistinta da una rinvigorita dialettica tra tutele dei prestatori di lavoro ed esigenze della produzione¹. L'ampliamento e la diversificazione dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori è il frutto del garantismo², cifra distintiva della disciplina, ma si accompagna a fasi di recupero e riespansione della discrezionalità datoriale nell'esercizio dei poteri, ispirata all'ultima stagione di riforme e all'obiettivo di rendere più flessibili i rapporti di lavoro.

Un diritto del lavoro moderno ha l'ambizione di distaccarsi da questa netta antinomia garantismo/flessibilità per adottare altre impostazioni metodologiche, mirate a verificare le situazioni giuridiche soggettive assicurate ai prestatori di lavoro che ne sono titolari e, del pari, controllare le facoltà attribuite ai datori di lavoro attraverso il sistema dei poteri³.

Da un lato, i modelli di garanzia si modificano per dilatarne la portata e rispondere, nel nome della emersione di nuove fragilità, ad istanze sempre nuove e al passo con i tempi; dall'altro, si fa pressante la necessità di preservare l'esercizio di quei poteri datoriali indispensabili alla gestione dell'impresa. Accanto a queste spinte centrifughe sembra opportuno potenziare un differente approccio, atto a valorizzare meccanismi di controllo idonei a precludere l'esercizio abusivo di quei diritti e di quei poteri⁴, attingendo allo strumentario del diritto civile e,

¹ AA.VV., *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, a cura di L. CALCATERRA, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, vv. I e II.

² R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 79 ss.

³ U. ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 3, p. 1049.

⁴ G. FURGIUELE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Napoli, ESI, 2017,

segnatamente, al principio del divieto di abuso del diritto. In questa logica, fermi restando diritti e poteri riconosciuti alle parti, pare utile rivolgere l'attenzione, per un verso, ad evitare l'abuso surrettizio di taluni diritti riconosciuti ai lavoratori subordinati e, per altro verso, precludere l'esercizio straripante dei poteri gestionali.

Da questa angolazione, forse, può essere interessante ricordare che «il diritto del lavoro ed il diritto privato crescono insieme ed insieme sviluppano antidoti, correttivi, riletture se non vere e proprie rifondazioni delle proprie branche specifiche, che sembrano in qualche momento orientare verso l'elaborazione di una sorta di “diritto comune”, nel cui ambito concetti e principi dell'uno e dell'altro sembrano mutuamente interscambiabili»⁵.

Per tale ragione un valido rimedio, un po' sottovalutato nel tempo, è costituito dall'evocato divieto di abuso del diritto, inteso come schema giuridico generale in grado di offrire una prospettiva di risoluzione ai numerosi casi di contrasto con le finalità “intrinseche”⁶ stabilite dai singoli istituti del diritto del lavoro.

Il sistema giuridico si trova di fronte ad una significativa evoluzione dei diritti⁷, rispetto ai quali, talvolta, è davvero difficile ricostruire limiti e perimetri applicativi⁸. Contemporaneamente, l'ordinamento deve misurarsi con nuove forme di supremazia nei rapporti di lavoro, le quali

p. 16: “Quella dell'abuso è, in effetti, suscettibile di realizzarsi rispetto ad un diritto soggettivo che si assuma quale suo presupposto. Può, tuttavia, realizzarsi anche rispetto ad ulteriori figure che si distinguono dal diritto quali particolari aspetti di differenziate situazioni soggettive. Così può essere, fra l'altro, per il potere (...) per la potestà, (...) per la stessa libertà nei suoi vari profili”.

⁵ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, 1, I, p. 42.

⁶ Mutuando l'espressione da C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 159.

⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, spec. pp. 154-155.

⁸ A. BARBANO, *Troppi diritti*, Milano, Mondadori, 2018, spec. pp. 16-24, il quale parla di «dirittismo» come deriva patologica che sgancia i diritti dal loro contenuto ideale per elevarli a mera dimensione potestativa e a forma priva di fondamento nella realtà.

richiedono un aggiornamento delle tecniche di tutela. Non si tratta di moltiplicare il novero dei diritti o di estendere gli spazi di flessibilità in un conflitto senza fine, influenzato dai contingenti equilibri politici.

Più in generale, può essere utile studiare misure idonee ad evitare ogni tipo di abuso nell'esercizio dei diritti dei lavoratori e dei poteri datoriali. Fermo restando che, sullo sfondo, rimane sempre la tensione tra garantismo e flessibilità, una moderna cultura giuridica dovrebbe elaborare modelli per evitare danni che derivano a una parte o all'altra dall'abuso di diritti/poteri: ciò non equivale a riproporre una parità formale dei contraenti, atteso che le differenti situazioni giuridiche protette nel rapporto obbligatorio sono evidenti e, peraltro, non sono elemento esclusivo e tipico del solo contratto di lavoro.

Il nodo cruciale su cui condurre la riflessione non è la negazione o compressione di diritti fondamentali, riconosciuti dalla Costituzione e, prima ancora, dall'*ethos* sociale ed entrati nel patrimonio culturale comune (come la maternità, la non discriminazione, l'assistenza ai disabili, la libertà sindacale ecc.): sono conquiste immodificabili; diversamente, il *focus* è quello di evitare che l'occasione fondamentale di esercizio di queste prerogative si trasformi in un'alterazione dell'interesse che l'ordinamento stesso ha posto come prioritario e, conseguenzialmente, si riverberi come ingiustificato e inutile nocumento, senza contropartita, al funzionamento dell'impresa e all'intera collettività che i costi ha sostenuto.

Sull'altro versante, posto che l'impresa non 'vive' senza il riconoscimento di una serie di poteri che le consentono un'amministrazione e una gestione efficiente, è indispensabile che ci sia un controllo giuridico atto ad evitare che l'imprenditore ne faccia un uso 'abusivo': l'esercizio di queste prerogative non può rivelarsi un'alterazione della *ratio* per cui la prerogativa è stata assegnata e rispetto alla quale si registrano investimenti di risorse collettive (come gli strumenti di sostegno al reddito e all'occupazione).

Per tali ragioni è necessario, da un lato, garantire un esercizio funzionalmente corretto dei diritti, al fine di innescare un meccanismo virtuoso di agibilità e disponibilità nei confronti di chi matura i requisiti per usufruire di quelle posizioni giuridiche. Analogamente, per il lavoratore, l'interesse non consiste nella capacità di inibire l'espletamento dei poteri tipici datoriali (recesso, controllo, disciplinare), bensì nella

certezza che vi possa essere uno scrutinio sul corretto uso dell'autorità privata e, conseguentemente, una censura rispetto a comportamenti arbitrari, pretestuosi, o meglio, abusivi.

E, allora, potrebbe costituire un utile supporto il recupero delle teorie sul divieto di abuso del diritto, coltivate nel diritto civile e trascurate nel diritto del lavoro, a causa della predisposizione di speciali forme di protezione per i lavoratori e della procedimentalizzazione dei poteri del datore di lavoro. Riscoprire il valore generale del principio del divieto di abuso del diritto/potere consente di affinare gli strumenti di contenimento delle alterazioni che attraversano il variegato universo dei diritti/poteri. La struttura del rapporto di lavoro rimane conflittuale, ma l'abuso del diritto/potere, impiegato in via marginale nel diritto del lavoro, assume nella dimensione attuale una rinnovata considerazione. Del resto, l'affermazione *per tabulas* dei diritti e dei poteri può essere accompagnata dallo spazio di valutazione dell'osservanza dei profili finalistici (divieto di abuso) insiti nell'assegnazione della prerogativa e nell'esercizio di tutte le situazioni giuridiche soggettive.