

PREFAZIONE

Il libro del prof. Franza merita di essere letto, perché parte da un tema classico, come il ruolo della giurisprudenza nel diritto del lavoro, per giungere a uno sviluppo originale, incentrato sul rilievo conoscitivo del precedente e sulla protezione dell'affidamento rispetto alle innovazioni delle decisioni. Come ho detto in una altra occasione, introducendo un volume sui licenziamenti, quanto più l'analisi teorica richiama il "diritto vivente" e finisce o per prenderlo come presupposto della ricerca o, addirittura, per illustrarlo e per difenderlo, tanto più delega alla giurisprudenza la comparazione non solo fra gli interessi, ma fra i valori, e riduce l'originalità delle sue indagini. Il dialogo segue spesso i temi e i modelli proposti dalle pronunce, centro propulsivo di quella applicazione della norma che assurge a elemento fondativo dell'intero sistema. Se è cruciale l'area coperta dal "diritto vivente", tale considerazione deve essere avanzata con preoccupazione, non con soddisfazione.

Questa riflessione è l'indice di un ripiegamento della dottrina su traiettorie periferiche e di rinuncia al suo ruolo di guida, in grado di trasformare il "diritto vivente" nel "diritto ... cambiante". In difetto, il confronto fra dottrina e giurisprudenza corre il rischio di tradursi nell'ispirazione della prima alla seconda, con la valorizzazione del caso e dell'esemplare manifestazione in tale ambito delle ragioni delle parti, scolpite nel fatto e proposte alla *quaestio iuris*. Per quanto il processo faccia emergere compatti principi, imperniati sul ripetersi delle situazioni, la fiducia nella giurisprudenza mette in luce una abdicazione della dottrina a un suo auspicabile ruolo di indirizzo. Lo spazio crescente del diritto vivente riequilibra le competenze e le conseguenze dello studio teorico e di quello applicativo, a vantaggio del secondo e con una tendenza stabile, e non poco preoccupante per chi, formatosi nei riti e nel perimetro della cultura universitaria tradizionale, debba assistere all'annunciarsi del suo declino.

Lo studio del prof. Franza parte dal riconoscimento della centralità

delle indicazioni giurisprudenziali nell'esperienza giuridica e si chiede se e quale protezione possa avere l'affidamento incolpevole di fronte alla variazione del precedente, come si sottolinea nel secondo capitolo. Con una soluzione a mio avviso equilibrata, l'Autore trova "limiti intrinseci alla ir-retroattività dell'interpretazione giudiziale rispetto al diritto sostanziale", con una analisi attenta ai contributi di altre aree del diritto e alle ricadute operative di questa tesi, peraltro difesa con puntiglio e con consapevolezza per i suoi presupposti teorici.

Considerazioni di notevole respiro sono dedicate nel terzo capitolo alle ragioni del rilievo culturale delle decisioni rispetto all'evoluzione del diritto del lavoro, con una significativa valutazione dell'incidenza del fatto sull'interpretazione e con attenzione anche alla lettura del contratto collettivo e alle sue clausole ambigue. La seria e impegnata ricerca passa attraverso una ricostruzione di molti conflitti giurisprudenziali nel quarto capitolo, così dando una base conoscitiva adeguata alle riflessioni teoriche e fondandolo su una piena padronanza delle categorie della nostra disciplina e del suo metodo.

Queste sono le premesse dello sforzo innovativo degli ultimi due capitoli, nei quali, con attenzione per molte e note vicende (per esempio quella sul licenziamento disciplinare dei dirigenti e quella delle ultime evoluzioni della giurisprudenza di legittimità sul giustificato motivo oggettivo), si ragiona dei limiti e del significato teorico di una possibile protezione dell'affidamento, senza alcuna meccanica applicazione dei noti principi sul cosiddetto *overruling*. Come potrebbe dire chi si dedica alla professione, di una qualche considerazione per l'affidamento vi è spesso una avvertita necessità, e il tema è attuale.

Non spetta alla prefazione prendere posizione sulla soluzione data al quesito, anche perché il ragionamento è articolato, sofisticato e attento a evitare soluzioni impressionistiche o approssimative e merita leggere le conclusioni nella loro complessità e nel loro meritorio sforzo di giungere a esiti ragionevoli e attenti a ogni possibile ricaduta. La prefazione deve solo garantire il lettore del fatto che il libro merita di essere letto e lo faccio volentieri, perché mi ha molto stimolato e ho colto uno sforzo costruttivo importante, anche per la considerazione delle indicazioni (spesso opinabili) della Corte di giustizia e della Corte europea. Spero che abbia soddisfazione chi avrà la bontà di seguire il mio consiglio e di studiare il prof. Franza nella sua densa prosa, a proposito della definizione dei modi e dei limiti in cui possa esistere una qualche salvaguardia dell'affi-

damento, di fronte alle frequenti e inevitabili trasformazioni delle indicazioni giurisprudenziali. Poiché siamo destinati a convivere con queste ultime e la dottrina non le può né evitare, né condizionare oltre misura, sarà necessario chiedersi se vi sia qualche limite al diritto pretorio. Oltre a dare contributi originali su un tema impegnativo, il libro conferma la crisi della capacità del nostro pensiero di influire sull'evoluzione delle pronunce. Di ciò non ci possiamo rallegrare, ma è un elemento da esaminare con oggettività.

ENRICO GRAGNOLI

Capitolo I

SIGNIFICATO DEL PRECEDENTE E QUALIFICAZIONE DELL’AFFIDAMENTO NELL’ORDINAMENTO INTERNO

Sommario: 1. *Stare decisis* e precedente argomentativo. – 1.1. Principi di diritto e nomofilachia per «precedenti conformi». – 2. La formazione del precedente nell’ordinamento di diritto positivo: *case law vs. caso conforme*. – 2.1. *Distinguishing vs. integrazione della fattispecie*. – 2.2. *Material facts*, caso analogo e diverso significato dell’*overruling*. – 3. Precedente, certezza del diritto e affidamento. – 3.1. Evoluzione del concetto di affidamento nella relazione tra privati e col potere pubblico – 3.2. (segue) e sua posizione come bene protetto nel contesto delle “fonti” di norme retroattive. – 3.2.1. Legislazione retroattiva, interpretazione retrospettiva e limite costituzionale di ragionevolezza. – 4. Parità di trattamento e affidamento individuale. – 4.1. Contrasti giudiziari apparenti ed elementi fattuali distintivi. – 4.2. Contrasti reali sincronici e affidamento bilaterale. – 4.3. Contrasti diacronici e affidamento sostanziale qualificato. – 4.4. La tutela dell’affidamento nel sistema dei contrasti giurisprudenziali.

1. *Stare decisis e precedente argomentativo*

Il tema del precedente costituisce un importante oggetto della scienza comparatistica, interessando il raffronto tra due sistemi processuali evolutisi diversamente sulla base di una cultura giuridica comune¹. Senonché, il diffuso utilizzo del termine “precedente” nel nostro linguaggio giuridico ha, da tempo, finito per coinvolgere tutti i settori del diritto il cui sviluppo è caratterizzato dal ruolo determinante delle decisioni giudiziali².

¹ N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 101 ss.; A. GIULIANI, *Dalla litis contestatio al pleading system (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 961 ss.; M. LUPOI, *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 431 ss.

² Sul tema cfr. almeno, in generale, F. GALGANO, *L’interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 701 ss.; G. DE NOVA, *Sull’interpretazione del prece-*

Il tema risulta dunque ineludibile pure, se non soprattutto, per il diritto del lavoro. Ancora di recente si è infatti osservato che il dialogo tra dottrina e giurisprudenza sul versante giuslavoristico, sebbene talora «negletto o poco frequentato [...] per una tendenziale reciproca diffidenza culturale», si palesa invece particolarmente proficuo perché «consente alla prima di arricchire le proprie ricostruzioni nel confronto con fattispecie concrete e con una realtà applicativa quanto mai ricca e variegata; alla seconda di proiettare la soluzione delle singole vicende nel prisma di più ampie direttrici sistematiche e teoriche e di misurarsi con ricostruzioni meno incalzate dall'urgenza decisionale del singolo caso»³. È stato altresì ricordato come teorici e filosofi del diritto identifichino nel diritto del lavoro l'esempio emblematico di un "diritto giurisprudenziale", perché «diversamente dai contratti aventi ad oggetto beni patrimoniali, nel contratto di lavoro è impossibile far corrispondere in tutto e per tutto alle regole astratte il concreto adempimento, soggetto persino alla variabilità di emozioni personali imprevedibili»⁴.

Come si dirà, il legislatore nazionale ricorre al termine «precedenti» nell'ambito della disciplina processuale, ma non ne fornisce una definizione. È certo, pertanto, che a questi «precedenti» vengono ricondotti effetti almeno quali fatti giuridici, benché sia altrettanto sicuro che essi non trovano collocazione tra le fonti del diritto⁵.

dente giudiziario, in *Contr. impr.*, 1986, p. 779 ss.; M. BIN, *Precedente giudiziario, "ratio decidendi" e "obiter dictum"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 1004 ss.; G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988; G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, XVII, p. 2 ss.; M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 411 ss.; G. SARTOR, *Il precedente giudiziale*, in *Contr. impr.*, 1995, p. 1300 ss.; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 149 ss.

³ R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Torino, 2017, p. 19. Ma nello stesso senso già U. PROSPERETTI, *L'evoluzione del diritto del lavoro nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1966, 9, V, c. 57 ss., secondo cui «mentre è prevalentemente la dottrina a delineare gli effetti che derivano dall'ingresso di nuove norme nell'ordinamento, per le implicazioni dogmatiche che ne derivano, è la giurisprudenza quella che avverte, nel multiforme complesso della casistica pratica, l'affiorare degli originali svolgimenti del diritto nel fluire della realtà quotidiana, che è sempre più ricca di ogni pur brillante previsione teorica».

⁴ M. RUSCIANO, *Il controllo della Cassazione sulle norme generali*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, Milano, 2013, p. 70.

⁵ Cfr., da ultimo, Cass. SU 3 maggio 2019, n. 11747.

In dottrina, il precedente è descritto come una «decisione giudiziaria anteriore, considerata nel suo valore orientativo rispetto all'attuale giudizio, in ordine alla stessa questione o ad altra che renda utile un raffronto»⁶. Tuttavia non si è mancato di osservare come l'uso del termine sia «corrispondentemente ambiguo, potendo far riferimento, talvolta al caso, talvolta alla questione, talvolta alla sua soluzione, talvolta alla sola *ratio decidendi*»⁷.

Partendo da queste premesse, è innanzitutto necessario svolgere alcune riflessioni che consentano di delineare le persistenti differenze con il diritto a base casistica di origine anglosassone e poi anche di verificare, rispetto all'indagine sul tema dell'affidamento, in che modo il diritto giurisprudenziale contribuisca all'evoluzione dell'ordinamento interno ma perché, al contempo, sia foriero di ripetuti contrasti interpretativi. Al riguardo, non sembra ancora indispensabile approfondire la distinzione, suggerita sempre in dottrina, tra precedenti preclusivi e argomentativi⁸, mentre è opportuno chiarire subito il valore di tale secondo carattere.

È nota la distinzione topica, seppur da tempo contestata⁹, tra precedente vincolante e precedente meramente persuasivo, rispettivamente identificativi dei sistemi di *common* e *civil law*. Analisi più approfondite hanno peraltro evidenziato che i due modelli astratti trovano applicazione variabile nei singoli ordinamenti nazionali, soprattutto quando indagati in relazione al grado di forza esercitata dal vincolo¹⁰. Altrettanto diffusa è l'ipotesi che le differenze tra i due sistemi si stiano attenuando, soprattutto in ragione della penetrazione del provvedimento legislativo (*statute law*) nel primo¹¹ e lo sviluppo, nell'altro, di teorie (e dottrine) dell'inter-

⁶ V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, p. 871 ss.

⁷ G. SARTOR, *Il precedente giudiziale*, cit., p. 1306.

⁸ N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, Padova, 2017, p. 12.

⁹ M. TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, cit., p. 411 ss.

¹⁰ U. MATTEI, *Precedente giudiziario*, cit., p. 150 ss.; A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo "Stare decisis"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 567 ss.; da ultimo L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, p. 195 ss.

¹¹ Per una recente analisi, in cui comunque resterebbe confermata la preminenza del ruolo del *judge lawmaker* nell'applicazione dei provvedimenti legislativi al fine di definirne la portata applicativa, cfr. E.A. IMPARATO, *Common law v civil law. Tra formanti, canoni ermeneutici e giurisprudenza quali contaminazioni?*, in *Federalisimi.it*, 2016, 4.

pretazione che danno sempre più rilievo al ruolo del giudice nella formazione del diritto.

Qui interessa evidenziare come la ricordata distinzione tra precedente vincolante e persuasivo spesso si confonda con uno stereotipo – cioè l'idea che il secondo costituisca un *minus* in termini di effettività – che rischia di pregiudicare la piena comprensione del fenomeno. Invero, almeno sul piano teorico, cioè prescindendo dalle ragioni storiche e dal contesto culturale in cui ha trovato compimento la dogmatica del *case law*, occorre rilevare che la forza del precedente vincolante è, in effetti, inversamente proporzionale alla sua solidità argomentativa. Infatti, se il giudice del caso successivo fosse convinto della validità delle ragioni già poste a fondamento di un caso identico o simile, se quindi le condividesse, il vincolo imposto dal precedente sarebbe inutile, perché quel giudice perverrebbe autonomamente allo stesso convincimento¹². E, non a caso, secondo i modelli estremi del giuspositivismo il precedente non ha alcuna utilità, in quanto rispetto a questioni riconducibili alla stessa regola di diritto la soluzione possibile sarebbe soltanto una¹³.

Questa prospettiva, in cui la forza vincolante del precedente si manifesta come obbligo di rispettare la decisione di un altro giudice anche qualora la si ritenga ingiusta, da un lato spiega perché, nei paesi di *common law*, il dogma del precedente ha compiuto il suo percorso di assestamento nel periodo liberale e borghese¹⁴ inverando la regola dello *stare decisis* nella sua valenza finalistica (*quieta non movere*), salvo poi misurarsi con le esigenze del cambiamento e le annesse nuove teoriche sul metodo del ragionamento giuridico; dall'altro consente di valorizzare, invece che sminuire, la rilevanza dell'efficacia meramente persuasiva che si vuole attribuita al precedente nei paesi di *civil law*. A differenza di quello vincolante, il precedente è persuasivo proprio perché convince sul piano dell'argomentazione¹⁵; sicché la sua

¹²S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 118 ss. Nello stesso senso anche G. SARTOR, *Il precedente giudiziale*, cit., p. 1323, che in richiamo a Gorla preferisce l'espressione precedente "di fatto" o dotato di valore morale. In senso parzialmente diverso v. però S. CHIARLONI, *Un mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 616 ss.

¹³A. MANIACI, *Il precedente giudiziale*, cit., p. 568.

¹⁴A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2017, p. 45.

¹⁵G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 661.

osservanza non è imposta da un ordinamento impermeabile al cambiamento ma si giustifica, in termini di effettività, per la coerenza intrinseca e potenzialmente diacronica dell'ordinamento medesimo, che a sua volta trae legittimazione dalla verifica, da parte del giudice successivo, della correttezza o persistente validità di una decisione anteriore. In sintesi, mentre il precedente vincolante è un argomento di autorità, cioè istituzionale, quello persuasivo costituisce un argomento di tipo logico.

1.1. *Principi di diritto e nomofilachia per «precedenti conformi»*

La rilevanza attribuibile alla forza persuasiva del precedente, tuttavia, non risolve il problema – che si colloca a monte ed è ben più gravoso – della sua effettiva consistenza. Come anticipato, negli ultimi anni il tema ha ripreso vigore in senso “normativo”, impegnando soprattutto gli studiosi del diritto processuale a seguito delle riforme introdotte in materia a partire dal 2006. In questa sede pertanto non interessa, trattandosi di discipline risalenti, né l'efficacia vincolante attribuita al giudicato interno (art. 2909 c.c.), né quella verticale che investe il giudice del rinvio, tenuto ad uniformarsi al principio di diritto della Cassazione (art. 384, co. 2, c.p.c.)¹⁶ che a sua volta, salvo eccezioni, si auto-vincola a quel principio. Rileva, invece, l'esplicito utilizzo del termine «precedenti», significativamente declinato al plurale, che compare sia nell'art. 118 disp. att. c.p.c., in relazione alla possibilità di motivare la sentenza «anche con riferimento a precedenti conformi», sia nell'art. 348-ter c.p.c., in ordine alla dichiarazione di inammissibilità dell'appello motivabile, pure in questo caso, col «riferimento a precedenti conformi»¹⁷.

È opinione diffusa, benché non scevra di critiche in chiave di politica del diritto¹⁸, che il precedente o, meglio, i precedenti a cui si riferiscono

¹⁶Per l'esclusione del contrasto tra tale disposizione e l'art. 101, co. 2, Cost., già Corte cost. 25 marzo 1970, n. 50.

¹⁷In precedenza analoga formula era stata adottata per la motivazione della sentenza nel rito societario, poi abrogato (art. 16, co. 5, d.lgs. n. 5/03). Ancora prima l'art. 9, l. n. 205/00, modificando l'art. 26, l. n. 1034/71, aveva introdotto per le decisioni in forma semplificata nel processo amministrativo la possibilità di riferirsi «se del caso, ad un precedente conforme». La modifica è poi confluita nell'art. 74, d.lgs. n. 104/10, mentre il successivo art. 88, co. 2, lett. d), prevede che la sentenza possa rinviare a «precedenti cui intende conformarsi».

¹⁸M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 3, p.

queste disposizioni abbiano poco a che vedere con l'omonimo "istituto" di *common law*, consistendo invece nell'enunciazione, da parte degli organi giurisdizionali, di norme di carattere generale e astratto, cioè in definitiva di regole che – al netto del noto problema delle tecniche di massimizzazione delle sentenze¹⁹ e della discussa distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dicta* – corrisponderebbero quantomeno nella sostanza, prescindendo dalla specifica funzione processuale, ai principi di diritto enunciati dalla Cassazione ai sensi degli artt. 363, 374, e 384 c.p.c.²⁰

Più specificamente, si tratterebbe di quelle regole di diritto condivise da più pronunce e assimilate nel tempo, al punto da giustificarne la qualificazione in termini di orientamento o indirizzo consolidato, o perlomeno dominante, o anche di precedente giurisprudenziale (per tale intendendosi quello che proviene non dal singolo giudice, ma appunto dalla giurisprudenza), se non addirittura, soprattutto quando intervenga l'*imprimatur* della Consulta, di diritto vivente.

Del resto, se la disciplina dell'art. 374, co. 3, c.p.c. ha indotto ad ipotizzare che l'obbligo di rimessione della decisione dalle sezioni semplici a quelle unite, seppure solo procedimentale e comunque privo di sanzione²¹,

709 ss.; ID., *Note sparse sul precedente giudiziale*, già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 110 ss., ed ora col titolo *Note sul precedente giudiziale* in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018, p. 105 ss.

¹⁹Per una disamina cfr. M. CROCE, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 1126 ss.

²⁰Così già A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in A. SCIALOJA, M. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1977, p. 536. Lo stesso G. GORLA, *Precedente giudiziale*, cit., parla di «precedenti giudiziali della Cassazione [...] costituenti giurisprudenza costante». Al notevole valore di precedente attribuito alle massime si riferisce G. DE NOVA, *Sull'interpretazione*, cit., p. 782; ed ora ai principi di diritto in G. DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto*, in *juscivile*, 2016, 5, p. 419; nello stesso senso F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente*, cit., p. 702. Più di recente cfr., tra i molti, R. RORDORF, *Lo studio del precedente giudiziario e la funzione delle riviste giuridiche*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, p. 536, che parla espressamente di decisioni che «per il loro marcato respiro argomentativo o per la loro ripetizione costante nel tempo (la giurisprudenza consolidata) sono davvero in grado di orientare le decisioni di ogni successivo interprete»; G. AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, Intervento al Seminario *L'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro*, Roma, 12 aprile 2017, pp. 1-2. Per l'esplicita identificazione del precedente con il principio di diritto a cui si uniforma il giudice successivo v. adesso Cass. SU n. 11747/19, cit.

²¹M. TARUFFO, *Note sul precedente giudiziale*, cit., p. 119.

costituisca riconoscimento di un circoscritto valore legale del precedente²² (nonostante il termine, utilizzato dalla legge delega, sia poi mutato in quello di principio di diritto, onde prevenire dubbi di legittimità per violazione dell'art. 101 Cost.)²³, neppure si è mancato di osservare che l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge (art. 363 c.p.c.) e nei casi in cui la Corte «decide» (e non più solo «accoglie») il ricorso, ovvero risolve una questione di diritto di particolare importanza (art. 384, co. 1, c.p.c.), risponde ad una funzione qualitativamente diversa da quella originaria e strumentale al giudizio di rinvio, rivolgendosi potenzialmente a tutti i giudici allo scopo di garantire l'esatta osservanza, intesa come interpretazione e non come mera applicazione, della legge²⁴.

Nella medesima prospettiva neanche può trascurarsi che l'art. 360-*bis* c.p.c., modificato nel 2009, stabilisce l'inammissibilità²⁵ del ricorso in Cassazione «quando il provvedimento impugnato ha deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa»; con ciò inequivocabilmente sostituendo il concetto di «precedenti», introdotto dalla stessa riforma per la motivazione di ogni sentenza, con quello di giurisprudenza o orientamento di legittimità. Ove poi si consideri che la modifica dell'art. 348-*ter* c.p.c., in cui si torna ad utilizzare il concetto di precedenti conformi per l'inammissibilità dell'appello, è stata apportata nel 2012, è apparso evidente l'intento legislativo di caratterizzare la materia in senso direzionale e discendente, attribuendo alla Cassazione il compito di fare, ed anzi di selezionare, i precedenti, intesi come i suoi orientamenti²⁶. Tanto più che, almeno stando alla lettera delle modifiche, alla sola giurisprudenza della Cassazione (che d'altronde, in tempi risalenti, era la vera «riconosciuta» giurisprudenza) viene consentito di

²² R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 284.

²³ L'art. 1, co. 3, della legge delega n. 80 del 2005, chiedeva infatti che si formalizzasse «il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite».

²⁴ L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., p. 14 ss., che utilizza al riguardo il concetto di giurisprudenza «consultiva».

²⁵ Cass. SU 21 marzo 2017, n. 7155, ha peraltro precisato, anche in relazione all'art. 111, co. 7, Cost., che si tratta di una valutazione di merito di manifesta infondatezza a cui tuttavia il legislatore collega un regime processuale di inammissibilità.

²⁶ L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., p. 256 ss.; AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, cit., p. 8.

valutare la sopravvenienza di motivi idonei a giustificare un ripensamento, sicché ai giudici d'appello non resterebbe che pronunciarsi per l'inammissibilità investendo della questione di diritto il giudice sovraordinato. A ciò si aggiunga, a scapito dello *jus litigatoris*, la rarefazione della componente fattuale del giudizio di legittimità a seguito della nota modifica apportata, sempre nel 2012, all'art. 360, n. 5, c.p.c., e poi la più recente riforma del giudizio di Cassazione introdotta col decreto legge n. 168 del 2016, conv. l. n. 197/16. In ogni caso, poiché un orientamento si consolida quando è avallato dal giudice di legittimità, che ne controlla l'esattezza in punto di diritto per violazione o falsa applicazione di legge, è convinzione pressoché univoca che con l'utilizzo dei «precedenti conformi» si persegua l'obiettivo di accentuare la funzione nomofilattica della Cassazione²⁷, in cui si inserisce a pieno titolo, seppur con le peculiarità che andranno esaminate, anche quella accelerata dell'art. 420-*bis* c.p.c. (II, 1.1; III, 6.1).

Resta, peraltro, il dubbio più profondo che tale cambiamento non risponda soltanto, e forse neppure parzialmente, all'esigenza di imporre una rigida uniformazione dell'interpretazione delle norme, soddisfacendo invece quella, ben diversa, di fronteggiare il fenomeno della crisi della legge, cioè individuando nella nomofilachia la «nuova soluzione all'ormai strutturale disordine dei sistemi giuridici» e quindi attribuendo alla giurisdizione di ultima istanza un vero e proprio ruolo di «sistema fonte», quale «specchio riparatore dei difetti irrimediabili della normazione»²⁸. La questione non è di poco momento, poiché può condurre a conclusioni perfino opposte a quelle che usualmente si collegano al valore del precedente rispetto al tema della sicurezza giuridica; ma proprio per questo consente di essere apprezzata soltanto all'esito di una verifica «sul campo», vale a dire dopo avere individuato gli elementi formanti dell'analisi ed averli applicati alla materia del lavoro.

In questa logica ed in primo luogo, dato che la conformazione delle decisioni successive ad una specifica interpretazione giudiziale non può essere confusa con la sua formazione, presupponendone anzi l'esistenza, è necessario indagare ulteriormente il significato del precedente anche alla luce del concetto, oramai acquisito nell'ordinamento interno, di princi-

²⁷ Per tutti v. C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 567 ss.

²⁸ G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in *Federalismi.it*, 2018, 19, p. 12 ss.

pio di diritto. Quest'ultimo, d'altra parte, non si identifica con una regola fondamentale, rispondendo piuttosto al suo significato basilare di "inizio" di un'azione o entità distribuita nello spazio e nel tempo, sicché ben si presta ad essere coniugato con l'idea di un processo interpretativo di consolidamento o sviluppo di un dato preesistente²⁹.

2. La formazione del precedente nell'ordinamento di diritto positivo: case law vs. caso conforme

In proposito, l'indagine muove inevitabilmente ed ancora una volta dallo studio del precedente nei sistemi di *common law*, innanzitutto per capire se sia in qualche modo possibile identificarlo con il concetto penetrato nel linguaggio giuridico e nelle stesse disposizioni legislative del sistema nazionale.

Ancora oggi gli studi comparatistici avvertono sulle difficoltà di tale identificazione, focalizzando l'attenzione sia sulle differenze storico-istituzionali (a partire dall'idea, di origine medioevale, che il diritto sia, almeno sul piano della produzione normativa, un fenomeno autonomo dalla politica), culturali (si pensi allo studio universitario incentrato sull'analisi dei "casi")³⁰ e tecniche che caratterizzano il processo nel *case law* (esclusione di una conoscenza officiosa dei potenziali precedenti da parte del giudice; obbligo morale degli avvocati di evidenziare l'esistenza di precedenti contrastanti; rilevanza delle *dissenting opinions*), sia e soprattutto sulla questione del metodo. Nel *common law* quest'ultimo consiste nella ricerca, da parte del giudice successivo, della *ratio decidendi* del caso anteriore, vale a dire delle ragioni per cui una regola giuridica è stata applicata a quello specifico caso³¹. Tale indagine insiste dunque, in modo imprescindibile, sulla esatta conoscenza dei fatti concreti che caratterizzano il caso

²⁹ Sul punto, da ultimo, L. ROVELLI, *Certezza del diritto, crisi della nomofilachia e potenzialità della cooperazione tra le giurisdizioni*, in AA.VV., *La nomofilachia e le tre giurisdizioni. Corte Suprema di cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei conti*, Bologna, 2019, p. 113.

³⁰ Sull'evoluzione dei metodi di studio, collegati al mutamento del concetto di precedente, v. L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 596 ss.

³¹ E. CALZOLAIO, *Riforma del processo di cassazione e precedente giudiziale: riflessioni nella prospettiva della comparazione "civil law-common law"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1017; M. TARUFFO, *Note sul precedente giudiziale*, cit., p. 110 ss.

già deciso, onde verificare se essi siano identici o analoghi a quelli che interessano la futura decisione e dunque se la regola di diritto applicata a quei fatti possa davvero costituire un precedente³². Dal che, in funzione evolutiva dell'ordinamento, l'ampio utilizzo della tecnica del *distinguishing* e, in corrispondenza, la assoluta residualità dell'*overruling*, che interviene solo quando, nonostante i fatti materiali non presentino alcuna significativa diversità, si ritenga comunque indispensabile mutare la regola da applicare nel nuovo giudizio.

Questo "modello" giudiziale, che è in definitiva un modo – nel senso di uno dei modi – di rendere giustizia, è pertanto connotato, almeno in un sistema o sottosistema di *case law* puro, dall'assenza di una regola di carattere astratto e generale. Infatti la soluzione elaborata dal *judge law-maker* si riferisce solo a quel caso concreto, appunto quale regola del caso e senza finalità nomopoietiche³³.

Le cose stanno diversamente nei sistemi di *civil law*, per tali intendendosi – a costo di semplificare – quelli strutturati su un diritto di origine legislativa. L'oggetto della trattazione, in uno coi suoi limiti, non consente e non richiede un'analisi del ragionamento giuridico per comprendere se, sullo stesso piano della teoria pura, il c.d. metodo sillogistico debba ormai considerarsi almeno parzialmente superato in forza delle critiche mosse dalle varie dottrine ermeneutiche, o se piuttosto si stia assistendo ad una sua cauta rivalutazione dopo l'esasperata esaltazione dei modelli induttivi³⁴. Rileva, semmai, la circostanza che nella pratica giudiziaria il ragionamento sussuntivo – ovviamente inteso come attività di qualificazione, cioè qualcosa di più complesso del mero sillogismo automatico³⁵ – è quello tuttora utilizzato, come è, del resto, generalmente predicato nella formazione accademica (anche se non altrettanto può dirsi per le "scuole di diritto"). A ben vedere, non si tratta soltanto di un retaggio culturale, bensì del processo di giustificazione interna (ovvero di razionalità) della

³² M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 711 ss.

³³ Per il rilievo v. ancora L. PASSANANTE, *Il precedente*, cit., p. 257.

³⁴ C. SALAZAR, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule antiche (forse non troppo) per un processo "nuovo" (ma non troppo)?*, in A. RUGGIERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 308.

³⁵ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977, p. 94; L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 69.

decisione giudiziale che, come è stato efficacemente spiegato, trova un esplicito fondamento nell'art. 113 c.p.c. «quale disposizione chiave che struttura il nostro processo civile»³⁶. D'altronde, quando si discorre di giudizio interpretativo, incentrando la riflessione sulla distinzione tra quello astratto del legislatore e del giurista e quello applicativo dei giudici, sovente si dimentica – in totale antitesi con le avvertenze dei comparatisti rispetto al *trial* del *common law* – che il giudizio decisorio è comunque l'esito di un contraddittorio in cui gli avvocati selezionano fatti e ne propongono una qualificazione³⁷, seppure in senso “conflittivo”³⁸, proprio in base al modello per sussunzione; e ciò non solo perché si attendono che il giudice ricorra a quel modello sulla scorta delle sue stesse indicazioni (ovviamente qui intese come “precedenti” giurisprudenziali), ma soprattutto perché non potrebbero fare altrimenti, essendo loro preclusa, già a livello cognitivo, la dialettica argomentativa (su cui pure andrebbe ripensato un efficiente percorso educativo)³⁹ con un ragionamento giudiziale che sia invece fondato su diversi e incontrollabili processi inferenziali⁴⁰, a maggior ragione se svolti sulla scorta di dottrine che «sembrano negare la stessa possibilità di un processo interpretativo condotto secondo regole definite a priori»⁴¹.

³⁶ L. NOGLER, *Agorà. L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, p. 114 ss.

³⁷ In questo senso, nell'ottica del c.d. positivismo moderato, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 2016, p. 425.

³⁸ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 66.

³⁹ L. NOGLER, *Sul pensiero giuslavoristico in tema di interpretazione*, in *Lav. dir.*, 2014, 2/3, p. 258 ss.

⁴⁰ Dal che potrebbe anche prefigurarsi la relegazione del ruolo dell'avvocato a mero latore di fatti, se non fosse che una siffatta idea – oltre a poggiare su una concezione arcaica del canone *dabo tibi ius*, come tale indicativo della completa scissione del giudizio nelle sue due note componenti – imporrebbe di rimeditare il principio dispositivo e l'annesso sistema di preclusioni che informa il nostro processo civile. Ed inverso – senza scomodare il canone *quod non est in actis non est in mundo* – se i fatti rilevanti sono quelli selezionati dagli avvocati, risulta poi complicato giustificare, sullo stesso piano della ragionevolezza o dei valori, in contrapposizione a quello della razionalità, gli approdi più estremi dei modelli scettici o antiformalistici in ordine al ragionamento giudiziale. Il rilievo ovviamente non collide con la rilevanza del ruolo del giudice nella formazione dei fatti del caso, individuato nella rimozione del loro status epistemologico di incertezza, attraverso la conoscenza dei fatti e la decisione finale: M. TARUFFO, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 798 ss.

⁴¹ V. SPEZIALE, *Il “declino” della legge, l’“ascesa” del diritto giurisprudenziale e i limiti*

Ad ogni modo, riportando il discorso nell'ambito strettamente teorico, resta l'inevitabile constatazione per cui gli ordinamenti di *civil law* sono caratterizzati dall'esistenza di disposizioni di fonte legislativa (per il diritto del lavoro, anche contrattuale collettiva) che interferiscono in modo decisivo con la rilevanza attribuibile ai fatti di un caso. Infatti in tali ordinamenti preesistono norme generali astrattamente applicabili ad un numero indefinito di fattispecie concrete. Sicché il giudice, nell'indagare la *ratio decidendi* di un caso precedente – anche ammettendo che dalla relativa sentenza possa ricostruire compiutamente i fatti concreti che lo identificano – non incontra in quei fatti il solo limite al suo convincimento, dovendo comunque verificare la relazione che intercorre tra di essi e la fattispecie astratta che li regola⁴².

In tale relazione Irti ancora ravvisa, in richiamo a Leibniz (*casus definitur factum in ordine ad jus*), l'essenza della conformità tra precedente e susseguente, individuando la «continuità del criterio unitivo» nella «continuità della fattispecie, la quale viene utilizzata, così dal precedente come dal susseguente, per conferire forma giuridica al fatto e convertirlo in caso». Pertanto, in forza di una indagine di riconoscimento, le sentenze conformi sarebbero tutte collocate in quell'ordine e si ritroverebbero «nell'applicazione di una medesima norma generale, che sta fuori e prima di esse»⁴³. Non è difficile scorgere, dietro questa impostazione, la stessa dicotomia leibniziana tra verità di ragione e verità di fatto, e dunque la concezione del diritto come scienza del dover essere, in evidente contrasto con le dottrine del realismo.

In una prospettiva di temperamento, pur riconoscendo la crisi della fattispecie legale⁴⁴ e l'inevitabile discrezionalità del processo interpretativo, anche la teoria dell'argomentazione giuridica ammette che l'inter-

all'interpretazione giudiziale, in *Costituzionalismo.it*, 2018, 1, p. 193, in esplicita critica alle note posizioni di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto allo specchio*, Einaudi, Torino, 2017, e P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1 ss.

⁴²F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, p. 585 ss.; L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., p. 251.

⁴³N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 1542-3.

⁴⁴Su cui v. ancora P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Questione Giustizia*, 2018, 4, p. 17 ss., peraltro anche in richiamo a N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 41.

pretazione è comunque vincolata a fattori oggettivi, come appunto il testo di legge o le stesse regole ermeneutiche, intese quali canoni procedurali prestabiliti e conoscibili prima dell'applicazione concreta e che, per tali ragioni, da più ambiti si assumono oramai elevate a rango di diritto vivente⁴⁵ come «piattaforma metodologica dell'interpretazione sostenibile»⁴⁶. Pertanto anche in tale prospettiva sembra necessario riconoscere che, se una cosa è l'attività giudiziale che produce una norma interpretando un testo normativo preesistente, ed altro è quella del legislatore, che produce una norma formulando un testo *ex novo*⁴⁷, così l'interpretazione giudiziale non può prescindere dalla fattispecie astratta – nella misura in cui lo stesso “contesto” è caratterizzato anche dalla prevalente interpretazione che di un determinato testo è stata riconosciuta⁴⁸ – ricavando dal solo fatto materiale la norma individuale da applicare al caso.

2.1. Distinguishing vs. *integrazione della fattispecie*

Questo tuttavia non significa che in un ordinamento di *civil law*, e comunque in quello nazionale, i fatti del caso concreto non incidono sull'elaborazione della regola di diritto. Semplicemente, lo fanno in modo diverso. Senza imbattersi nella disputa sulle possibili interazioni tra interpretazione e applicazione del diritto⁴⁹, il principale elemento di rottura con gli ordinamenti di *case law* va infatti individuato, in una logica davvero fedele alla teorica del precedente anglosassone, nell'utilizzo della capil-

⁴⁵ Da ultimo, per il diritto del lavoro, cfr. V. SPEZIALE, *Il “declino” della legge*, cit., p. 213 ss., ed ivi tutti i necessari riferimenti bibliografici; ma già in precedenza ID., *Le regole interpretative nella giurisprudenza*, in *Lav. dir.*, 2007, 2/3, p. 273 ss. Del resto, oltre un secolo fa si evidenziava come le regole ermeneutiche vincolano e permettono di controllare l'interprete, che non può decampare dalle regole stesse senza commettere un errore di diritto (G. MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, p. 153 ss.).

⁴⁶ V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 26.

⁴⁷ N. PICARDI, *La funzione del giudice nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Giust. civ.*, 2003, 9, p. 366.

⁴⁸ N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 20; ma nello stesso senso già M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., p. 433.

⁴⁹ Per una recente ricostruzione del dibattito v. M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, p. 41 ss.

lare e sofisticata tecnica del *distinguishing* contrapposta a regole generali e astratte che, per essere tali, si fondano sulla necessaria selezione, anche per esigenze di semplificazione processuale, degli elementi essenziali di ogni fattispecie⁵⁰, nella consapevolezza che il precedente (qui inteso nella sua valenza basilare, come ciò che si è verificato anteriormente) non si ripete mai eguale. Ciò che vale soprattutto per il diritto del lavoro, che governa milioni di rapporti di durata sulla base di un unico, o comunque ampiamente preponderante, schema negoziale (III, 1).

In questo senso il nostro diritto giurisprudenziale, inteso quale fonte *lato sensu* produttiva di norme, consente un'evoluzione fisiologica dell'ordinamento, in relazione non solo al contenuto di quelle c.d. generali (IV, 1), ma ad ogni circostanza che, non essendo immediatamente o con certezza riconducibile ai fatti costitutivi della fattispecie astratta, permette di specificarne l'ambito applicativo o di integrarla con l'elaborazione di una regola derivata, spesso qualificata come sub-norma o paradigma di fattispecie. Si tratta, come noto, del ricorso all'interpretazione estensiva, al procedimento analogico – fondato sul ritrovamento di una o più disposizioni o di uno o più principi giuridici che consentono di regolare un caso sulla scorta della relazione di somiglianza con alcuni elementi della fattispecie espressamente regolata – o comunque a numerose altre tecniche, peraltro variabili a seconda che si indaghi il significato della legge o del contratto collettivo (III, 3 e 6), di modo che lacunoso potrebbe dirsi l'ordinamento legislativo, ma mai quello giuridico (anche se poi, a causa delle trasformazioni che lo Stato costituzionale riversa sull'ordine sistematico intessuto nella sola legge, quello stesso processo di integrazione deve adesso misurarsi con vuoti legislativi in grado di destabilizzare l'ordinamento e che possono richiedere un'opera di concretizzazione diretta dei principi sovraordinati)⁵¹.

Ad ogni modo, calando l'affermazione nella nostra materia – per ora in senso meramente descrittivo e ai fini comparatistici – un tipico esempio di tale processo di rielaborazione della regola di diritto è offerto dalla

⁵⁰ Sul punto cfr. S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente*, cit., p. 139, che parla di «determinazioni categoriali bastevolmente ristrette per far rilevare le peculiarità rilevanti del caso».

⁵¹ G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, 1, p. 65 ss.; nello stesso senso, tra i molti, G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 237.

disciplina del superamento del periodo di comporto. La regola giuridica ricavabile dal testo legislativo (art. 2110 c.c.) si limita a stabilire che è consentito il licenziamento del lavoratore quando la durata della sua malattia ecceda un periodo di tempo massimo, individuato (allo stato) dal contratto collettivo applicato al rapporto. Senonché, l'esperienza giudiziaria ha fatto emergere situazioni di fatto potenzialmente idonee ad alterare questo schema e la collegata valutazione sussuntiva⁵², determinando la necessità di un'interpretazione additiva sull'estensione del suo ambito applicativo (ritenuto inclusivo del comporto per sommatoria anche in assenza di apposita regola collettiva)⁵³, ovvero in relazione agli obblighi di correttezza che gravano il datore di lavoro (ritenuto non soggetto a comunicazioni nell'imminenza del superamento del comporto)⁵⁴; oppure la necessità di un'interpretazione integrativa rispetto alla tolleranza del datore di lavoro, valutabile diversamente a seconda della ripresa o meno del servizio⁵⁵, o ancora rispetto a circostanze potenzialmente sospensive del decorso del comporto (il godimento di ferie maturate)⁵⁶ a sua volta ulteriormente declinata per il contemperamento delle reciproche posizioni obbligatorie (necessità di una richiesta di godimento delle ferie, purché compatibile con le esigenze organizzative e comunque preventiva rispetto al superamento del periodo di comporto)⁵⁷.

⁵²In questo senso, proprio in relazione alla fattispecie in esame, già L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 83 ss.

⁵³Cass. SU 29 marzo 1980, n. 2072; poi, dopo un acceso contrasto soprattutto in relazione alle ricadute nella stessa patologia, Cass. 11 aprile 1985, n. 2388; Cass. 12 aprile 1985, n. 2432; Cass. 8 maggio 1985, n. 2868.

⁵⁴Cass. 10 novembre 2004, n. 21385; Cass. 28 giugno 2006, n. 14891; Cass. 22 aprile 2008, n. 10352; Cass. 24 febbraio 2016, n. 3645.

⁵⁵Per il caso del rientro in servizio, con necessaria verifica del tempo minimo trascorso tra la ripresa del servizio e l'esercizio del potere di recesso, cfr. Cass. 23 maggio 2016, n. 10666; Cass. 11 maggio 2010, n. 11342; Cass. 23 maggio 2008, n. 1438. Da ultimo Cass. 15 novembre 2018, n. 29402, anche se l'argomento della ripresa del servizio non è qui coltivato separatamente rispetto a quello della automatica operatività del superamento del comporto, intesa come irrilevanza di altre motivazioni ai fini del recesso. Per il caso opposto della persistenza della malattia, con conseguente esclusione di ogni tolleranza del datore di lavoro, cfr. Cass. 25 novembre 2010, n. 23920; Cass. 25 novembre 2011, n. 24899; Cass. 19 ottobre 2017, n. 24739.

⁵⁶Cass. 30 marzo 1990, n. 2608; Cass. 6 luglio 1991, n. 6431; Cass. 14 maggio 1997, n. 4217; Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031.

⁵⁷Cass. SU 12 novembre 2001, n. 14020; Cass. 10 novembre 2004, n. 21385; Cass. 22

È vero, dunque, che anche nel sistema di *civil law* la regola di diritto si adatta al particolarismo del caso⁵⁸, richiedendo ai giudici di merito l'analisi della *ratio decidendi* delle precedenti pronunce. E così, nell'esempio ora riportato è possibile che un giudice debba stabilire se sia consentito sospendere il decorso del comparto attraverso il godimento di istituti diversi dalle ferie, come i permessi maturati in grande quantità; oppure se la richiesta delle ferie, presentata ma non accolta, possa considerarsi utile a sospendere il comparto nonostante la quantità di ferie maturate e non concesse fosse comunque inferiore alla prosecuzione della malattia per il tempo eccedente il limite del comparto. Raffrontando questi casi con la *ratio* di quelli già decisi, in base ai quali le ferie sono idonee a sospendere il decorso del comparto perché permettono il recupero delle energie psico-fisiche per un lasso di tempo non circoscritto, si dovrebbe pertanto pervenire ad una soluzione negativa per la prima questione, giacché i permessi non assolvono la stessa funzione, mentre per la seconda potrebbe rilevare, in senso positivo, la circostanza per cui le ferie, sostituendosi alla malattia ed al suo regime dei controlli, garantiscono almeno in potenza le condizioni per una più celere guarigione.

Questo tipo di operazione ermeneutica presenta apparenti affinità con la tecnica del *distinguishing*, ma se ne differenzia per due aspetti decisivi.

In primo luogo, come già rilevato, nel compiere tale attività il giudice di *civil law* resta vincolato, quando esiste, alla regola di base dettata dal testo legislativo, quantomeno nel senso che non può prescindere da quanto l'ordinamento ritiene legittimo rispetto alla generalità dei casi⁵⁹. Tornan-

aprile 2008, n. 10352; Cass. 15 dicembre 2010, n. 29317; Cass. 7 giugno 2013, n. 14471; Cass. 18 luglio 2013, n. 17580; da ultimo Cass. 17 aprile 2019, n. 10725.

⁵⁸In argomento, per la materia del lavoro è inevitabile il riferimento allo studio di L. GALANTINO, *Formazione giurisprudenziale dei principi di diritto del lavoro*, Milano, 1979, soprattutto p. 67 ss., la quale osserva come «il fatto si scontra dunque col diritto e il diritto è illuminato dal fatto».

⁵⁹Come osserva esattamente G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto tra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, nt. 3, «non si comprende appieno la differenza con il nostro sistema, se non si riflette su ciò che il giudice di *common law* ha da valutare il precedente e la sua razionalità e/o equità, là dove il giudice italiano deve valutare la “conformità” del precedente alla regola di giudizio fissata dalla legge (una valutazione, quindi, che ha come criterio un dato esterno e sovraordinato). Da ciò deriva che il primo – ponendosi la sua decisione (*recte*: regola) sullo stesso livello di quella da soppiantare – debba e possa porsi il problema dell'affidamento sulla “regola” precedente, là dove il secondo deve fare ricorso

do all'esempio, il giudice italiano deve necessariamente collocare il problema del godimento delle ferie all'interno di una regola che consente il licenziamento al superamento del compito, mentre un giudice soggetto alla sola regola del caso potrebbe ritenere che il fatto concreto al suo vaglio, costituito dal licenziamento nonostante l'esistenza di ferie maturate e non godute, non sia affatto assimilabile a quello esaminato da una precedente sentenza, in cui le ferie risultavano integralmente fruite; sicché potrebbe affermare che la sola esistenza di un rilevante montante di ferie esclude comunque il diritto di recesso dell'altro contraente⁶⁰. La differenza permette di apprezzare il senso dell'affermazione per cui, in un sistema caratterizzato dalla separazione dei poteri (per quanto, come ormai si riconosce, non specializzata ma tendenziale), il bilanciamento degli interessi compete, nei limiti di ragionevolezza, al legislatore e non all'interpretazione⁶¹, mentre il giudizio secondo equità resta confinato alle ipotesi espressamente consentite dallo stesso legislatore. Semmai, una maggiore contiguità con il *case law* può ravvisarsi nell'ipotesi in cui, rispetto a situazioni peculiari, anche nell'ordinamento di *civil law* difetti una qualsiasi disposizione di legge, risolvendosi l'intera indagine alla stregua dei soli principi dell'ordinamento⁶². D'altra parte, vale anche il fenomeno opposto, per cui l'innesto di elementi legislativi nel *common law* infragilisce il valore dei precedenti, quantomeno imponendone un raffronto si-

ad altri criteri, attraverso i quali "neutralizzare" gli effetti dell'applicazione non di una regola, ma della legge (malamente interpretata e applicata in passato)».

⁶⁰In casi come quello astrattamente ipotizzato, infatti, riemergerebbe la sovrana prerogativa del giudice di fare una scelta (O.W. HOLMES, *The Theory of Torts*, in *Collected Works*, University of Chicago Press, 1995, p. 327), poiché il precedente, pur pertinente, non sarebbe specifico.

⁶¹R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 134 ss.

⁶²Ed infatti per queste situazioni, in cui la giurisprudenza elabora una norma senza trarre fondamento da quelle scritte, aderisce alla tesi della giurisprudenza creativa anche G. DE NOVA, *La giurisprudenza fonte di diritto?*, cit., p. 412 ss. ed ivi le esemplificazioni più recenti per il diritto civile. Diverso è invece il caso delle c.d. clausole generali o elastiche, per le quali si rinvia al prosieguo della trattazione (IV, 1), senza per questo rinunciare ad evidenziare, in questa sede, che nessun settore del diritto, e quindi neanche il diritto del lavoro, si riduce all'utilizzo di tali tecniche di normazione. Sul punto anche E. SCODITTI, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Questione giustizia*, 2018, 4, p. 29 ss., che appunto distingue tra la concretizzazione realizzata mediante le clausole generali ed il bilanciamento dei principi costituzionali.

stematico con i dati letterali della disposizione, come accaduto nell'esperienza statunitense⁶³.

Tuttavia la differenza più rilevante consiste nella elaborazione di una nuova regola di diritto⁶⁴, integrativa o specificativa di quella di legge, che il giudice, anche se di merito, enuncia come astrattamente applicabile ad altre situazioni giuridiche⁶⁵, al contempo affidando al sistema delle impugnazioni la verifica della correttezza del suo enunciato. Né sembra che l'identificazione del precedente con una regola di diritto generale e astratta, ovviamente intesa come risultato del processo di individuazione di una *ratio decidendi* applicabile ad ogni situazione incentrata su fatti identici o analoghi, sia alterata dall'incidenza delle fonti sovraordinate, i cui principi e perfino valori possono condizionare, nel senso di orientare, il giudice nell'elaborazione di questa regola (si pensi, per riprendere l'esemplificazione, al principio di irrinunciabilità delle ferie), ma non il processo di integrazione dell'ordinamento in sé considerato, come sopra descritto (III, 3).

Ed è in questo modo che l'esigenza di adattare la regola al caso concreto si intreccia con il compito nomofilattico della Cassazione, che ben può essere inteso, come indica Taruffo, quale «garanzia della legalità della decisione nei singoli casi concreti»⁶⁶, senza per questo escludere l'utilità della funzione uniformante della giurisprudenza. Il che – va allora precisato – può legittimamente comportare l'adozione di un concetto di “precedente” difforme da ciò che è o è stato in altri sistemi (cioè la «modalità con cui una regola giuridica è stata applicata ai fatti concreti di un singolo caso»)⁶⁷. Occorre infatti e forse banalmente riconoscere che, sul

⁶³ Per la disamina v. A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., p. 132 ss.; A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrect*, Milano, 1995, p. 46.

⁶⁴ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2^a ed., Bologna-Roma, 2011, p. 707, che parla di «casi in cui attraverso l'operazione interpretativa si viene a creare, o quanto meno ad individuare, una norma almeno testualmente nuova».

⁶⁵ Già T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1247 ss., rilevava come l'interpretazione attiene «direttamente a una nuova posizione della norma interpretata in virtù di un costante riordinamento delle norme nel sistema e di una costante rideterminazione della fattispecie astratta, assolvendo proprio perciò la sua funzione nella perenne adeguazione di un *corpus juris* dato, ma secondo un criterio di continuità».

⁶⁶ M. TARUFFO, *Note sul precedente giudiziale*, cit., p. 122.

⁶⁷ M. TARUFFO, *ivi*, p. 125. Sul punto, peraltro, non possono neanche ignorarsi le av-

piano semantico, il rapporto arbitrario tra significante e significato, in uno col carattere convenzionale delle lingue e delle parole che le compongono, consente di attribuire al termine “precedente”, per l’uso corrente affermatosi nel linguaggio giuridico del nostro ordinamento (e, per quanto sopra osservato, plausibilmente anche legislativo), un significato suo proprio e diverso da quello consolidatosi altrove⁶⁸.

2.2. Material facts, caso analogo e diverso significato dell’overruling

Il raffronto tra la tecnica del *distinguishing* e quella dell’integrazione non consente soltanto di rilevare le differenze con cui il diritto giurisprudenziale contribuisce all’adattamento del sistema normativo di un dato ordinamento, ma permette anche di evidenziare, in una prospettiva che ci avvicina ulteriormente alla tematica dell’affidamento, come alla base delle due tecniche vi sia un’applicazione molto difforme dello stesso ragionamento giudiziale.

Nel processo di *case law* esso ha infatti ad oggetto tutte le circostanze concrete (*material facts*) analiticamente selezionate nel *pre-trial*, cioè una fase preliminare completamente separata dalla vera e propria *judicial phase*, secondo una distinzione risalente all’*ordo iudicarius* ed alla concezione del diritto coincidente con la *actio* tendente a realizzarlo. Questa netta separazione, in due momenti processuali, tra *issue of facts* e *issue of law* (che include il momento probatorio)⁶⁹, amplifica dunque la possibilità di

vertenze dei comparatisti sui rischi di una imitazione reciproca dei modelli, soprattutto considerando che l’importazione nei Paesi di *civil law* del sistema anglosassone «non trova al fondo né la tradizione, né il sentimento giuridico né, *last but not least*, gli strumenti propri» di quel sistema (E.A. IMPARATO, *Common law v civil law*, cit., p. 33).

⁶⁸ D’altra parte – a proposito di linguaggio convenzionale – è stato anche rilevato come, all’inizio dell’ottocento, nel sistema inglese il *King’s Bench* individuava nello *stare decisis* il fondamento dell’intero *common law*, identificando ancora il concetto nell’esistenza di una serie di decisioni talmente «solida e uniforme» da non consentire al giudice successivo alcuna valutazione delle ragioni su cui si fondava. Così come nel sistema statunitense il passaggio dalla serie di precedenti all’attenzione sul singolo caso si realizzò solo alla fine dell’ottocento, con l’avvento delle teorie incentrate sul darwinismo sociale (per i rilievi v. ancora A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale*, cit., rispettivamente p. 39 ss. e p. 100 ss., ed ivi i riferimenti in materia). In alternativa, è ben possibile negare al significante “precedente” il significato attribuitogli nel testo, fermo restando che l’impostazione cambierebbe il titolo dell’opera, ma non l’oggetto della trattazione.

⁶⁹ Rileva A. GIULIANI, *Dalla litis contestatio*, cit., p. 207, come il *pleading-system* risulta inaccessibile al giurista continentale che non sia disponibile ad accantonare la con-

individuare le differenze fattuali tra una vicenda processuale e quella che la precede, consentendo un ampio ricorso al *distinguishing*. Del resto, sebbene la dottrina di *common law* si sia divisa sull'incidenza dei *material facts* rispetto alle ragioni di diritto ai fini della corretta individuazione e generalizzazione della *ratio decidendi*⁷⁰, non è casuale che anche chi identifica quest'ultima con una regola universale evidenzi come gli studiosi di quel sistema rimarchino, invece, l'esigenza di «limitare il livello di generalità delle *rationes decidendi*»⁷¹. Il che altro non significa che limitare l'ambito di applicazione di un precedente rispetto a questioni future.

Al contrario il giudice di *civil law*, decidendo il fatto secondo una preesistente regola di diritto, applica le tecniche dell'interpretazione al caso, come d'altronde prevede espressamente l'art. 12, co. 2, preleggi, consentendo il riferimento «alle disposizioni che regolano *casi simili* o materie analoghe». Qui si comprende in tutta la sua portata l'affermazione per cui «la qualifica giuridica [...] converte il fatto in caso»⁷²; ciò significa che il ragionamento giudiziale non ignora i singoli fatti, ma li esamina, ed anzi deve esaminarli, nel loro complesso, in quanto caso o fattispecie concreta comunque riconducibile – può aggiungersi, anche se in chiave problematica – ad uno *jus* che già esiste⁷³. Ne deriva, tra l'altro, l'estensione dell'ambito analogico, perché nei processi di integrazione delle lacune lo stesso uso regolativo della dogmatica «assume una funzione ermeneutica orientata dal *topos* dell'argomento *a similibus*»⁷⁴; per converso, si riduce l'area di

trapposizione questione di fatto / questione di diritto, sostituendo la terminologia con la più duttile dicotomia fatti materiali / fatti probatori.

⁷⁰ Il riferimento è alle contrapposte posizioni di A.L. Goodhart e J. Stone. Per la ricostruzione del dibattito v. M. SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 357 ss. Più in generale sull'analisi giudiziale dei fatti materiali come momento essenziale dell'indagine del giudice del caso successivo, v. P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1995, p. 124 ss.

⁷¹ G. SARTOR, *Il precedente giudiziale*, cit., p. 1335, che parla anche di «una sorta di presunzione a favore di un'interpretazione restrittiva» del precedente in relazione all'attenzione per i fatti del caso.

⁷² N. IRTI, *Sulla relazione logica*, cit., p. 1541.

⁷³ La conclusione, peraltro, sembra condivisa anche da M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, cit., p. 712, secondo cui «i testi che costituiscono la nostra giurisprudenza non includono i fatti che sono stati oggetto di decisione, sicché l'applicazione della regola formulata in una decisione precedente non si fonda sull'analogia dei fatti, ma sulla sussunzione della fattispecie successiva in una regola generale».

⁷⁴ L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, ora in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Problema e sistema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino 2017, p. 104.

rilevanza di potenziali elementi fattuali distintivi. In breve, il fatto che non è analogo o simile nel *case law* può invece esserlo, una volta collocato nel caso, nel giudizio di *civil law*⁷⁵.

Questo diverso esito del ragionamento – per ora descritto in funzione comparatistica, cioè prescindendo dall'impatto della Costituzione sulla dogmatica delle regole di interpretazione – ha conseguenze dirompenti sul problema dell'*overruling* del precedente, che nel nostro sistema va inteso, per le conclusioni indicate, come mutamento di un orientamento giurisprudenziale consolidato, in senso lato definito anche *revirement*. Invero, se nel *common law* il rovesciamento del precedente è raro perché è estesissimo il ricorso al *distinguishing* con la creazione di una norma individuale differente per il caso successivo, nell'ordinamento nazionale il mutamento di interpretazione della sola norma generale e astratta, sia essa primaria o ricavata attraverso il procedimento estensivo o di integrazione, incide su tutti i casi ad essa riconducibili. E poiché questa interpretazione è inevitabilmente condizionata dall'evoluzione economica e dalle trasformazioni sociali, che generano nell'ordinamento le cosiddette lacune sopravvenute⁷⁶, si spiega perché nel nostro ordinamento proliferino, in modo quasi fisiologico, contrasti e ribaltamenti giurisprudenziali anche in relazione a casi che non presentano alcuna sostanziale difformità da quelli in precedenza decisi in senso opposto⁷⁷. Dal che la necessaria verifica, soprattutto in un settore sovraesposto a tali evoluzioni socio-economiche, oltre che alle indicazioni di fonte sovranazionale⁷⁸, di quali rimedi l'ordi-

⁷⁵ Il rilievo incide anche sulla tecnica di massimazione delle sentenze, rispetto alla quale spesso si ipotizza, a carico dell'Ufficio del Massimario e non solo delle riviste specializzate, l'opportunità di esplicitare sempre il caso trattato, se non addirittura di affidare l'elaborazione del testo al giudice estensore della relativa sentenza. È evidente, tuttavia, che anche simili accorgimenti non produrrebbero effetti equivalenti all'esposizione dei fatti dei singoli casi contenuta nei repertori dei sistemi di *common law*.

⁷⁶ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria dogmatica e generale*, Milano, 1971, p. 45 ss.

⁷⁷ G. SARTOR, *Il precedente*, cit., p. 1343, che opportunamente rileva come nel nostro ordinamento manchi «l'effetto generale tipico dell'*overruling*, effetto consistente nell'abrogazione del precedente revocato». Il rilievo consente anche di evidenziare come il problema dell'affidamento si ponga in modo diverso a quanto accade nei sistemi incentrati sul *case law*, nei quali è infatti l'esasperata tecnica del *distinguishing* a rendere sostanzialmente impenetrabile alla maggior parte della collettività, tramite la moltiplicazione delle regole, la prevedibilità della decisione del singolo caso.

⁷⁸ Si tratta, assieme agli errori per incuria, dei due fattori già individuati da G. GORLA, *Precedente*, cit., p. 6, come generatori di mutamenti giurisprudenziali.

namento apprestati o possa apprestare rispetto ai rapporti già diversamente “regolati” dall’interpretazione giudiziale.

3. *Precedente, certezza del diritto e affidamento*

Sebbene al precedente possano attribuirsi varie funzioni, tutte in qualche modo collegate, è possibile distinguere quelle riferibili al singolo giudizio – come, ad esempio, l’orientamento della decisione del giudice successivo, il cui ragionamento potrebbe essere stimolato in senso critico o, al contrario, facilitato dall’esistenza di una decisione conforme – ed altre di interesse generale⁷⁹, tra cui in particolare la garanzia della certezza del diritto⁸⁰.

Quest’ultima è sovente considerata un principio generalissimo⁸¹ e condiviso in ambito sovranazionale⁸², se non addirittura immanente ad ogni ordinamento in quanto costitutivo dell’idea stessa del diritto, o almeno di una sua specifica concezione⁸³, ma sul piano positivo non trova un riconoscimento esplicito. In effetti appare indubbio che, proprio per la sua astrattezza concettuale, la certezza del diritto si presta ad essere scrutinata in molte accezioni, a seconda che la si consideri in senso oggettivo, cioè in termini di necessaria chiarezza del diritto e prevedibilità, intesa sia come attendibilità che come diffusione⁸⁴, oppure soggettivo, e quindi in chiave di tutela o sicurezza delle singole posizioni giuridiche⁸⁵;

⁷⁹ Per la disamina S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente*, cit., p. 120 ss.; M. CROCE, *Precedente giudiziale*, cit., p. 1115 ss.

⁸⁰ S. COTTA, *La certezza del diritto. Una questione da chiarire*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 319; S. MAZZAMUTO, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di enforcement del precedente*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 157 ss.

⁸¹ In argomento già P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 341 ss.; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, p. 81 ss.; più di recente L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, II, p. 274 ss.; A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto. II) Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, VI, p. 2 ss.

⁸² E. CASTORINA, «Certezza del diritto» e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio «comune», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 1194 ss.

⁸³ N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 150; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro, 2002, p. 68.

⁸⁴ G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.

⁸⁵ Per la concezione del principio come certezza ed al contempo possibilità dell’a-

o ancora in senso statico, quale canone ermeneutico o procedurale contro l'arbitrio⁸⁶, oppure in senso dinamico, come fine perseguito dall'ordinamento⁸⁷ che, pur evolvendosi, appresta al riguardo gli strumenti necessari, tollerando solo inevitabili margini di incertezza.

In tali accezioni trova comunque riscontro il concetto di affidamento, che appunto consiste sia nello stato di fiducia, sicurezza o garanzia, determinato dalla prevedibilità del diritto, sia nell'atto di riporre tale fiducia su una certa situazione⁸⁸, cioè un atto che può così esplicitarsi nella dimensione della legittimità, quale limite alle possibili deroghe alla certezza, con conseguente tutela di diritti quesiti o almeno costituzione di aspettative. Dunque può dirsi che l'affidamento – tanto nella sua dimensione collettiva quale stato di fiducia, quanto in quella individuale quale atto di fiducia – non rappresenta un mero corollario o sotto-principio della certezza del diritto, bensì il modo stesso in cui essa si manifesta nelle sue diverse possibili declinazioni.

Peraltro, va qui necessariamente anticipato che la riconduzione della tematica dell'affidamento a quella della certezza del diritto è strettamente funzionale al tema dell'indagine, cioè al suo collegamento con il precedente giurisprudenziale il quale, a sua volta, presuppone la disamina dell'affidamento nella relazione che intercorre tra il singolo e i mutamenti normativi.

Più in generale, non può invece sottacersi come al riconoscimento del principio dell'affidamento nei diversi ambiti del diritto, e quindi rispetto alle relazioni del privato con altri soggetti privati o pubblici, hanno contribuito e tuttora contribuiscono differenti modelli, tra cui anzitutto quello incentrato sulla decisiva rilevanza della buona fede, che consente all'affidamento, qui inteso come l'atto di riporre fiducia su un soggetto, di esplicitarsi nella dimensione della incolpevolezza, con conseguente costituzione di posizioni di opponibilità o risarcibilità. In questa logica la buona fede va intesa nella sua portata oggettiva, non essendo sufficiente l'ignoranza di ledere l'altrui diritto ed occorrendo, al contrario, la fiducia generata dall'altrui comportamento. Per motivi analoghi può parlarsi di

zione v. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, nuova ed. Milano, 1968, p. 52 ss.

⁸⁶ L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., p. 277; S. BERTEA, *Certezza del diritto*, cit., p. 295 ss.

⁸⁷ G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, p. 12 ss.

⁸⁸ V. PIETROBON, *Affidamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, I, p. 1 ss.

affidamento, in tali ambiti, soltanto a fronte di una apparenza (almeno) colposa, che presuppone un comportamento imputabile al soggetto nei cui confronti l'apparenza è invocata.

3.1. *Evoluzione del concetto di affidamento nella relazione tra privati e col potere pubblico*

La concezione più risalente dell'affidamento riguarda, infatti, i soli rapporti tra privati, ed è storicamente riconducibile allo strumento processuale dell'*exceptio doli* e, in seguito, all'elaborazione del canone *venire contra factum proprium nemo potest*. Il riconoscimento costituzionale di questa espressione dell'affidamento può, oggi, essere rinvenuto nel dovere generale di solidarietà, inclusivo degli obblighi di cooperazione, latamente inteso come protezione da condotte o pretese arbitrarie esercitate da altri soggetti privati.

Ad ogni modo, tramite la clausola della buona fede la tutela dell'affidamento nei rapporti individuali conosce numerose applicazioni nella legislazione ordinaria, a partire da quelle codicistiche in tema di trasferimento di beni mobili (art. 1153 c.c.), responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.), acquisto dei terzi in buona fede dall'erede apparente (art. 537 c.c.) o dal titolare apparente del diritto (art. 1415 c.c.). Nell'impiego privato, oltre ai casi di responsabilità precontrattuale nelle trattative prodromiche all'assunzione⁸⁹ e perfino in quelle sindacali⁹⁰, la tutela dell'affidamento, almeno inteso in senso lato, ha riguardato, attraverso un'incessante elaborazione giurisprudenziale del concetto di tempestività, le posizioni di tolleranza o acquiescenza del datore, soprattutto rispetto all'esercizio del potere disciplinare (IV, 5.1) o, come già ricordato, in relazione al superamento del compito. Un'ulteriore importante ipotesi di affidamento può inoltre essere rinvenuta nella tematica dell'abuso di diritto, almeno per chi lo ritenga configurabile come categoria generatrice di diritti e

⁸⁹ Cass. 25 gennaio 2012, n. 1051; Cass. 25 febbraio 1994, n. 1897. Diversa è l'ipotesi della mancata assunzione a fronte di uno specifico obbligo in tale senso, qui discutendosi sulla possibilità di costituzione *ope iudicis* del rapporto ex art. 2932 c.c.

⁹⁰ Cfr. M. ESPOSITO, *La valutazione delle condotte sindacali nella prospettiva delle clausole generali di correttezza e buona fede*, in AA.VV., *Clausole generali e diritto del lavoro*, in Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Roma 29-30 maggio 2014, Milano, 2015, p. 467, anche in relazione alle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 231 del 2013 della Consulta (V, 2.1.1.).

obblighi, distinta e dalla buona fede *in executivis* e dalla teoria dello sviamento della funzione del diritto soggettivo, cui segue la qualificazione della condotta come normale inadempienza⁹¹. L'analisi, in ogni caso, finisce inevitabilmente per intrecciarsi con la più ampia tematica dell'applicazione ai rapporti di lavoro delle clausole generali di buona fede e correttezza (IV, 1).

L'avvento dello Stato di diritto, con l'affermazione dell'originaria concezione del principio di legalità, ha imposto la ricerca di nuovi equilibri nei rapporti tra i privati ed i poteri pubblici, oramai espunti dalla logica dell'autoritarismo autoreferenziale e finalizzati alla tutela dell'interesse generale. Nonostante tra i diritti fondamentali dell'uomo possa annoverarsi quello alla sicurezza anche nei confronti delle autorità pubbliche, come può inferirsi dalla combinata lettura degli artt. 2 e 23 della nostra Costituzione, nell'ambito del diritto amministrativo la questione della tutela dell'affidamento dei privati ha però tardato ad affermarsi, plausibilmente perché assorbita dalla ritenuta prevalenza dello stesso interesse pubblico.

Tuttavia, soprattutto grazie alla giurisprudenza comunitaria⁹², ma anche in virtù del ricorso della p.a. a strumenti consensuali di natura privatistica, il problema è infine penetrato nell'ordinamento interno⁹³, trovando in ultimo una parziale regolamentazione, oltre che nello statuto del contribuente⁹⁴, nelle recenti modifiche apportate alla legge n. 241 del 1990, il cui art. 21-*quinquies* prevede, in caso di interesse pubblico so-

⁹¹ Per la ricostruzione come abuso cfr. Cass. 2 ottobre 2018, n. 23891; Cass. 16 giugno 2008, n. 16207; Cass. 8 settembre 1995, n. 9501. Sul tema si v. le numerose e differenti impostazioni riportate in AA.VV., *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, Milano, 2010.

⁹² Per una recente disamina della giurisprudenza comunitaria sul fenomeno della revoca *ex tunc* di atti "amministrativi" illegittimi v. S. BASTIANON, *La Corte di giustizia e le fonti retroattive*, in C. PADULA (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Torino, 2018, p. 39 ss. Sul tema e sulla necessità di distinguerlo da quello dell'affidamento alla giurisprudenza eurounitaria, si rinvia comunque al cap. V, par. 3.1.

⁹³ Cfr., ad es., W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, 2016.

⁹⁴ L'art. 10, l. n. 212/2000, disciplina espressamente la tutela dell'affidamento e della buona fede, peraltro considerati come una sorta di endiadi, in particolare escludendo sanzioni qualora la violazione dipenda «da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria o quando si traduc[a] in una mera violazione formale senza alcun debito di imposta».