RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO
ISSN 0393-2494
Anno XXXIV Fasc. 1 - 2015

Adalberto Perulli

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DEI POTERI DELL'IMPRENDITORE TRA EVOLUZIONE LEGISLATIVA E DIRITTO VIVENTE

Estratto

MVLTA PAVCIS AG

Milano • Giuffrè Editore

ADALBERTO PERULLI
Ordinario di diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari di Venezia

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DEI POTERI DELL'IMPRENDITORE TRA EVOLUZIONE LEGISLATIVA E DIRITTO VIVENTE

Sommario: 1. Le ambivalenze del potere direttivo e la nuova tirannia dei valori economici. — 2. I limiti al potere direttivo (esterni ed interni). — 3. Il dibattito circa il valore da attribuirsi alle clausole generali. — 4. Buona fede e abuso di diritto. — 5. Il principio di proporzionalità. — 6. La presunta "diversità" del giudice del lavoro. — 7. Gli spazi del controllo giudiziale: dal "Collegato lavoro" ... — 8. ... al *Jobs Act*. — 9. Il problema del controllo giudiziario del licenziamento dalla legge Fornero al *Jobs Act*. — 10. Sindacato di merito ed errore di diritto (art. 1, co. 43, l. n. 92/2012). — 11. Conclusioni.

1. *Le ambivalenze del potere direttivo e la nuova tirannia dei valori economici*. — È un fatto indubitabile tanto sul piano storico-sociologico quanto su quello giuridico-dogmatico: il potere dell'imprenditore permea il rapporto di lavoro subordinato al punto da costituire la *raison d'être* del diritto del lavoro. In questa funzione fondante il potere imprenditoriale applicato al rapporto di lavoro si nutre di una sostanziale ambivalenza. Da un lato rappresenta l'elemento tipico della fattispecie di subordinazione, che consente di operare in concreto il *discrimen* tra *locatio operis* e *locatio operarum*, ossia, per usare il linguaggio della *law and economics*, di discernere le transazioni di "mercato" dalle relazioni gerarchiche (1). D'altro lato il potere costituisce lo strumento tipico di cui il datore di lavoro dispone per amministrare il rapporto di lavoro, ossia il mezzo tecnico attraverso il quale egli esprime la propria

(1) Cfr. R. Coase, *La natura dell'impresa*, in *Impresa, Mercato e Diritto*, il Mulino, 1995, 73 ss.

razionalità organizzativa adattando la prestazione lavorativa ai mutevoli assetti aziendali (2).

Il primo aspetto attiene ad un profilo statico-definitorio della subordinazione, mentre il secondo, che è quello che qui più interessa, considera il potere direttivo come strumento di organizzazione del lavoro e concerne, quindi, il profilo dinamico-attuativo della subordinazione, con cui il datore di lavoro realizza le scelte gestionali di flessibilità funzionale. In questa seconda prospettiva la supremazia istituzionale riconosciuta all'imprenditore dall'art. 2086 c.c. riflette, ancor oggi, la vischiosità dell'immagine dell'azienda come «un minuscolo ordinamento autoconcluso, un istituzione con un proprio legislatore, un proprio giudice, proprie regole di comportamento» (3).

La seconda ambivalenza riguarda la natura giuridica (*rectius*, il fondamento) del potere direttivo dell'imprenditore. È chiaro che esso (e mi riferisco, in particolare, al potere direttivo o di conformazione della prestazione) viene mediato dal contratto di lavoro, che ne rappresenta un primario strumento di controllo e di limite (4); ma va *oltre* il contratto perché è connaturato con l'esigenza di pianificare e attuare la gestione aziendale. Tant'è che nelle fattispecie in cui si opera una scissione tra datore di lavoro formale e utilizzatore della prestazione (come accade nella somministrazione) il lavoratore è sottoposto al potere direttivo dell'utilizzatore non in ragione del contratto di lavoro (che infatti intercorre con l'agenzia) bensì direttamente in virtù di una disposizione di legge (5).

La visione che riconosce nel potere una radice organizzativa (vale a dire un aspetto del potere di gestione aziendale applicato al fattore lavoro) è stata a lungo screditata, in Italia, da una dottrina pervicacemente contraria a riconoscere qualsiasi elemento rico-

(2) Su questa ambivalenza di funzione del potere direttivo cfr. R. De Luca Tamajo, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, *ADL*, 2005, 467 ss.

(3) U. Romagnoli, *Art. 1 St. lav.*, *Comm SB*, 1979, 4.

(4) Sulla natura del potere direttivo cfr. da ultimo V. Ferrante, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato). Art. 2086*, in *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2012; sia consentito anche il rinvio a A. Perulli, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1991.

(5) Cfr. A. Perulli, *Contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in A. Gentili (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Cedam, 1999, 136 ss.

struttivo del potere capace di legittimare una "funzionalizzazione" dell'impresa. Ma questa chiusura anti-funzionalistica, seppur giustificabile nell'ottica anti-corporativistica tipica della dottrina post-costituzionale, non coglie appieno l'arcano del problema giuridico attinente al fondamento del potere direttivo, in cui spiegazione contrattualista e organizzativa coesistono e si completano vicendevolmente, cogliendo ciascuna una parte della verità (ossia il *fatto organizzativo* che si innesta su una *base negoziale*). Del resto in altri ordinamenti, come quello francese, è la stessa giurisprudenza a ricondurre il potere direttivo al «principio fondamentale della libertà d'impresa» (6), mentre la migliore dottrina italiana di matrice contrattualistica riconosce che il potere organizzativo si colloca sul piano in cui vengono compiute le scelte di gestione dell'impresa, e benché riconducibile alla fonte contrattuale «si pone a monte di quest'ultima», in quanto attiene e trova il proprio fondamento nell'art. 41, co. 1, della Costituzione (7).

A prescindere dalla complessa e mai completamente sopita discussione dottrinale circa la natura delle prerogative imprenditoriali, è altrettanto indubitabile che il tema del potere, nella sua dimensione relazionale, richiami immediatamente la tematica dei suoi limiti, intesi a vario titolo quali meccanismi di regolazione dell'esercizio del potere direttivo, delle sue modalità e delle sue finalità, in una prospettiva di riequilibrio simmetrico del potere nell'impresa. Convergono, in questa direttrice, sia esigenze costituzionali di tutela del prestatore, vieppiù rafforzate da imperativi giuridici di rango sovranazionale e da una ricca elaborazione, anche giurisprudenziale, in tema di diritti fondamentali (8); ma pure, al contempo, contrapposte esigenze di discrezionalità azien-

(6) Cass. Soc. 13 luglio 2004, *Bull. Civ. V*, n. 205.

(7) C. Zoli, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, *DLRI*, 2014, 710; e già le problematiche pagine di P. Tullini, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, 1990, 123 ss., ove si riconosce che i poteri organizzativi dell'imprenditore eccedono lo schema dell'esercizio del diritto soggettivo, ovvero delle prerogative di vantaggio spettanti al creditore di una prestazione contrattuale (p. 127). Per una prospettiva rigorosamente contrattualistica v. invece M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Roma La Sapienza, Cedam, 2002.

(8) Cfr., con particolare riferimento alla giurisprudenza della CEDU, F. Dorssemont - K. Lorcher - I. Schomann, *The European Convention on Human*

dale refrattarie ad ogni invasione di campo, specie giudiziale, in relazione al merito delle scelte aziendali, agli scopi e ai moventi perseguiti dall'attore economico tramite l'esercizio del potere direttivo ed organizzativo. In questa dialettica le forze dell'ordinamento hanno prodotto significative oscillazioni e finanche vistosi mutamenti di prospettiva, in una direzione legislativa tendenzialmente volta a premiare la seconda delle rammentate esigenze, nel quadro di un più generale riassetto dei poteri sociali ed economici che caratterizza l'attuale scenario del diritto del lavoro, non solo italiano.

La tesi di fondo che può essere sostenuta, al riguardo, attiene al progressivo assoggettamento del diritto del lavoro ad una nuova "tirannia" dei valori economici, che si sviluppa lungo tre assi direttamente collegati al potere dell'imprenditore ed ai suoi limiti. Il primo asse riguarda la concezione della norma giuridica nel suo contenuto precettivo e nella sua dimensione rimediale, con una netta inversione di tendenza a favore della teorica degli inadempimenti efficienti (*efficient breach*) e dei meccanismi di ristoro monetari (v. infra, par. 6); il secondo attiene alla riduzione drastica degli spazi di valutazione nell'interpretazione della norma, con conseguente evitamento della discrezionalità giudiziale (cfr. par. 7); il terzo asse si snoda lungo la creazione di argini normativi all'incertezza applicativa, come testimoniato dall'inedito disposto, contenuto nel cd. *Jobs Act*, finalizzato alla «abrogazione delle norme interessate da rilevanti contrasti interpretativi, giurisprudenziali o amministrativi» (art. 1, co. 6, lett. *b*, l. n. 183/2014) (cfr. *infra* par. 8). È evidente come l'azione sinergica di queste direttrici ridefinisca, in misura sensibile, gli spazi di valutazione giudiziale della discrezionalità datoriale in funzione della tutela del prestatore di lavoro. Si tratta, peraltro di tendenze non del tutto lineari, che presentano, anzi, alcuni non secondari tratti di ambiguità, nonché una serie di controtendenze di cui il diritto vivente, pur nelle sue diverse componenti ed orientamenti, rappresenta il naturale sismografo.

2. *I limiti al potere direttivo (esterni ed interni).* — La dimensione dinamica del potere direttivo come lato attivo della subor-

---

Rights and The Employment Relation, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013.

dinazione, cui corrisponde una soggezione in senso tecnico del lavoratore potenzialmente in grado di incidere su beni e valori di rango costituzionale, richiama immediatamente la tematica dei limiti e del controllo giurisdizionale degli atti di esercizio del potere.

È noto che il diritto del lavoro ha seguito, nella sua evoluzione storica, un principio essenziale di tipicità degli atti unilaterali dell'imprenditore, quale criterio al tempo stesso di legittimazione del potere e di limitazione delle prerogative di supremazia del datore di lavoro. Questo concetto sostanziale di tipicità è stato descritto in dottrina come un aspetto applicativo del principio di legalità in senso lato (9).

In tal modo il diritto del lavoro, anche grazie ad un fondamentale formante giurisprudenziale, ha ordito una trama normativa in cui si sommano — talvolta integrandosi nella stessa norma, talaltra sedimentandosi nell'evoluzione della disciplina — limitazioni del potere imprenditoriale fondate su due distinte prospettive. La prima riguarda il riconoscimento di prerogative tecnico-funzionali (basti pensare al riconoscimento dello *ius variandi*, o al potere di trasferimento vincolato alle comprovate ragioni, o ancora al licenziamento per giustificato motivo oggettivo); la seconda attiene a congegni di tutela riconducibili direttamente alle esigenze di protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori, che rappresentano altrettanti limiti costituzionali della libertà economica (il divieto di adibizione a mansioni inferiori, nonostante le esigenze dell'impresa, nello *ius variandi*, a garanzia della professionalità del prestatore; il divieto di utilizzo impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei prestatori, a tutela della dignità della persona che lavora; il divieto di discriminazione, a tutela dei diritti fondamentali della persona umana; ecc.).

Nella prima prospettiva i mezzi di cui dispone l'imprenditore devono essere sorretti da una *causa tipica* che li giustifica. Questo profilo causale presuppone un vaglio di corrispondenza funzionale con l'interesse creditorio in vista del quale il potere ha trovato riconoscimento giuridico (il nesso di causalità, ad esempio, nella

(9) G. Ghezzi - U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli.

formulazione originaria dell'art. 2103 c.c., tra le esigenze dell'impresa ed il provvedimento di mutamento delle mansioni, o di trasferimento di quel dato lavoratore), ovvero un controllo di congruenza con le regole di normalità tecnico-organizzativa, vale a dire con criteri obiettivi alla cui stregua valutare la legittimità dei poteri dell'impresa (ad esempio quando la norma richiede che il potere risponda ad un ordinamento di giustificazione: "ragioni" o "motivi" dell'atto unilaterale).

In questa dimensione causale-funzionale il potere trova un limite nella stessa *razionalità strumentale* che impone adeguatezza e congruenza tra i mezzi ed i fini dell'azione, affinché l'amministrazione del rapporto di lavoro si svolga in maniera corretta, equilibrata, funzionale, secondo vincoli interni di razionalità teleologica: è questo, a mio parere, il celebre richiamo statutario al "giusto alveo" in cui devono essere ricondotti i poteri imprenditoriali. La dimensione della razionalità strumentale del potere interessa anche i dettami derivanti dall'impiego di tecniche civilistiche di controllo del potere fondare sul ricorso alle clausole generali di correttezza e buona fede, lette in chiave di regole che impongono un agire razionale, non arbitrario e secondo opportunità, nonché di tecniche importate dal diritto amministrativo, e ormai entrate a far parte del corredo dei principi generali del diritto, come l'abuso del diritto o del potere riferito ad un atto mancante di giusti motivi o basato su scopi devianti rispetto alla funzione causale del potere (v. *infra*).

Nella seconda prospettiva le prerogative imprenditoriali vengono limitate in ragione dell'impianto assiologico del diritto del lavoro, che, in quanto fondato su valori di rango costituzionale, perimetra *ab externo* il campo del potere, onde evitare la lesione di diritti del lavoratore garantiti da norme di legge o di contratto collettivo; in casi particolari il legislatore prospetta addirittura una prevalenza dei diritti fondamentali del lavoratore sul potere dell'imprenditore, ma sempre, comunque, in una logica di ponderazione e di proporzionalità. Ciò che viene in rilievo, in questa dimensione, non è la razionalità strumentale, ma quella che Max Weber definì agli albori del secolo scorso la *razionalità in valore,* che prescinde dalla scelta dei mezzi in rapporto al fine, e contempla unicamente il fine in sé: nel nostro caso il rispetto dei diritti fondamentali del lavoratore, come accade, ad esempio, nel caso

della normativa antidiscriminatoria, laddove nessun motivo strumentale di ordine aziendale può essere invocato per sanare l'illiceità di atti basati su discriminazioni politiche, sindacali o religiose. Diverso è il caso della parità di trattamento, che, almeno nel nostro ordinamento, non è assurto a principio operativo capace di essere fatto valere in ogni caso nei confronti del potere privato.

In questa seconda dimensione del controllo si parla usualmente di limiti esterni nella misura in cui tutelano interessi altri (ed antagonistici) rispetto a quelli del detentore del potere, imponendo al potere di conformarsi ad un modello di azione diverso da quello dell'attore economico standard: vale a dire un soggetto razionale che massimizza la propria utilità (secondo un unico "sistema di preferenze", per ricordare l'analisi su razionalità e giustizia condotta da Amartia Sen (10)).

Su questa duplice base è maturata la teorica dei limiti *intrinseci* e dei limiti *estrinseci* ai poteri imprenditoriali, benché, a stretto rigore, tutti i limiti siano da considerare estrinseci nella misura in cui provengono *ab externo*, cioè sono posti da norme eteronome che indirizzano l'azione.

Tali limiti sono innanzitutto quelli posti dalla legge e dall'autonomia collettiva (limiti esterni), nel rispetto delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali collegati alla sfera personale del lavoratore. In tale ottica, il provvedimento datoriale è legittimo solo se corrisponde allo schema normativo prestabilito in astratto a garanzia delle posizioni giuridiche soggettive dei prestatori. Il controllo rimane quindi esterno ai motivi ed ai fini dell'azione, i quali sono considerati irrilevanti (e quindi legittimi e razionali in sé).

Vi sono, tuttavia, a causa delle molteplici sfaccettature che può assumere il rapporto di lavoro, situazioni non tipizzate, in cui manca una disciplina normativa specifica, laddove le prerogative di supremazia dell'imprenditore non sono circoscritte da norme che predeterminano la tipologia di atti adottabili secondo il rammentato principio di tipicità. In tali ipotesi, nondimeno, sorge la necessità di esercitare un controllo al fine di evitare che il margine

(10) A. Sen, *L'idea di giustizia*, Mondadori, 2010. Una lettura in chiave giuslavoristica di quest'opera è stata proposta, con la consueta acutezza, da R. Del Punta, *Leggendo "The idea of Justice" di Amartya Sen*, *DLRI*, n. 138, 2013, 2, 197 ss.

di discrezionalità che permane in capo al datore di lavoro sia tale da incidere negativamente sulla sfera personale del lavoratore. Questo tipo di controllo è stato reso possibile dal flusso delle clausole generali di correttezza e buona fede *in executivis*, che, integrando il regolamento contrattuale ed ampliando il contenuto delle obbligazioni delle parti, pongono *limiti* all'esercizio del potere imponendo all'imprenditore di porre in essere atti giuridici compatibili con gli equilibri generali dell'ordinamento giuridico.

Le clausole generali, quali la correttezza e la buona fede nell'esecuzione del contratto, il buon costume, ecc., contengono enunciazioni di massima o riferimenti a criteri di valutazione del comportamento delle parti che vanno precisate in sede di interpretazione. Il giudice, pertanto, esercitando il proprio potere interpretativo, agisce in forza di una delega già implicita nella clausola generale.

La clausola di buona fede rappresenta, da un lato, un limite che affianca le previsioni esistenti, implicando un controllo distinto ed autonomo rispetto al sindacato condotto sulla base di limiti esterni, dall'altro agisce laddove manchino esplicite disposizioni normative che impongono limiti causali/funzionali, al fine di ricondurre entro margini di ragionevolezza e di contemperamento degli interessi il potere datoriale.

Le clausole di correttezza e buona fede recepiscono, infatti, valori etici e sociali e principi costituzionali, costituendo il collegamento normativo attraverso cui far penetrare nell'ordinamento giuridico — in funzione di completamento del sistema stesso — regole di proporzionalità e razionalità; in tal modo rappresentano norme penetranti di conformazione del rapporto contrattuale sia con riferimento al modo in cui le parti si sono atteggiate nell'esecuzione del contratto sia sotto il profilo teleologico del diritto e delle relative prerogative, per come in concreto esercitate.

3. *Il dibattito circa il valore da attribuirsi alle clausole generali.* — In verità, l'accoglimento del ruolo operativo della buona fede *in executivis* in ambito giuslavoristico ha polarizzato la dottrina, e la stessa giurisprudenza, tra quanti screditano la funzione della clausole generali e coloro che, invece, ne enfatizzano le virtù, riconoscendo alle stesse finanche un ruolo integrativo, volto a generare obblighi diretti ad arricchire il contenuto dell'obbligazione.

Secondo una prima tesi, la buona fede si limiterebbe a registrare obbligazioni già esistenti, risolvendosi in un mero sussidio interpretativo privo di qualsivoglia ruolo integrativo, ossia uno strumento utile ad individuare quali siano i comportamenti prescritti da una norma specifica (11). In tale prospettiva di sostanziale marginalizzazione delle clausole generali si è giunti ad affermare che «il ricorso dei giudici del lavoro al principio di buona fede, quando non è andato oltre l'esibizione di formule verbali o di stile, ha, assai spesso, consentito soltanto di formulare una motivazione qualsiasi a decisioni irresponsabili, in quanto fondate esclusivamente su preconcetti ideologici» (12). La mancanza di *standard* di comportamento social-tipici cui la collettività attribuisca il valore di norme sociali, alla cui stregua accertare l'eventuale esistenza di atti anormali e, quindi, contrari a buona fede perché considerati riprovevoli della coscienza sociale (13), sarebbe alla base dell'arbitrarietà delle decisioni giudiziarie in materia di controllo delle prerogative manageriali. La limitazione dei poteri imprenditoriali, si afferma, compete unicamente ad una scelta legislativa o all'azione della contrattazione collettiva, e non può essere il frutto di una decisione giudiziale, seppur pronunciata invocando i principi costituzionali.

Un diverso orientamento, in relazione al quale la clausola generale rivestirebbe un ruolo integrativo, ritiene invece che la buona fede non si limita a riaffermare obblighi già esistenti e vincolanti, bensì produce essa stessa obblighi diretti ad arricchire il contenuto dell'obbligazione (14). Questa funzione integrativa

---

(11) Tale tesi, che sembra essere stata superata dalla recente giurisprudenza, è stata sostenuta, tra le altre, dalla Cass. 20 luglio 1977, n. 3250, in cui la Suprema Corte ha ritenuto che la violazione dei doveri di correttezza e buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.), ove non siano considerati in forma primaria e autonoma da una norma, costituisce solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti, con la conseguenza che un comportamento ad essi contrario non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica.

(12) Cfr. M. Persiani, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, ***DL***, 1995, 138.

(13) M. Persiani, *op. cit.*, 147.

(14) A tale proposito, la recente dottrina si è espressa in termini critici nei confronti della sentenza della Cassazione n. 6/2013, la quale ha confermato l'illegittimità del licenziamento irrogato nei confronti di una lavoratrice, rappre-

della buona fede, ampiamente riconosciuta dalla dottrina civilistica e dalla giurisprudenza, è tanto più estesa quanto più la disciplina legale o convenzionale appare carente (15). In particolare, le clausole generali consentono di filtrare le scelte discrezionali dell'imprenditore alla luce di principi di solidarietà sociale, ragionevolezza, congruità e logicità, al fine di correggere un uso del potere lesivo delle altrui posizioni soggettive.

La rammentata tesi volta ad attribuire un ruolo interpretativo marginale alle clausole generali si fonda su alcuni presupposti contestabili e riconducibili, per usare una efficace sintesi, al culto della legalità formale ancorata a fattispecie tipiche, come se, a fronte delle esigenze di un nuovo equilibrio fra istanze sociali e imperativi dell'economia, si potesse far rivivere l'illusione settecentesca di «eliminare i difetti della giurisprudenza e ridurre il compito del giudice ad un puro calcolo» (16). In realtà, siccome l'interpretazione non è mai puramente dichiarativa, il concetto di clausola generale ha senso nella misura in cui designa un'area di discrezionalità dell'interprete del tutto peculiare, «diversa o maggiore» rispetto a quella ordinaria (17), in base alla quale operare l'integrazione valutativa; ed è chiaro che negare tale funzione, in nome del culto della legalità formale ancorata a fattispecie tipiche rappresenta, quantomeno nella variante giuslavoristica del tema, non già un baluardo contro l'affermazione del «diritto del più

---

sentando la violazione, da parte del datore di lavoro, del principio di buona fede contrattuale. Lo stesso, infatti, non avrebbe adempiuto all'obbligo di informare preventivamente la lavoratrice del fatto che il suo posto di lavoro sarebbe stato soppresso. Pertanto, la Cassazione, in tema di esercizio del potere di recesso, sosterrebbe la sussistenza, in capo al datore di lavoro, di due obblighi: l'obbligo di informare con largo anticipo il dipendente che si accinge a perdere il posto di lavoro per giustificato motivo oggettivo, nonché l'obbligo di reperire altra occupazione in mansioni equivalenti nell'ambito aziendale. Sul punto cfr. F. Bianchi D'Urso - G. Cinque, *Certezza del diritto e nomofiliachia separate in casa*, *q. Riv.*, 2013, II, 498, secondo cui vi sarebbe un'eccessiva dilatazione dei canoni di correttezza e buona fede adoperati in funzione integrativa.

(15) Cfr. F. Gambino, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso di diritto)*, *RDPriv*, 2011, 1, 68.

(16) Cfr. G. Ghezzi, *Osservazioni sul metodo dell'indagine giuridica nel diritto sindacale*, *RTDPC*, 1970, 407.

(17) Cfr. A. Gentili, prefazione a V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, 2010.

forte» (18), quanto una posizione in larga misura connotata ideologicamente, nel senso di orientare la limitazione degli spazi di discrezionalità giudiziale (e a favore della tipicità) a garanzia delle logiche dell'impresa e del mercato.

Tali prospettazioni ripropongono, quindi, con una ormai aperta connotazione ideologica, superate visioni del giudice come *bouche de la loi*, trascurando del tutto l'ineliminabile funzione creativa della giurisprudenza. La denunciata carenza di tipi normali di comportamento contrasta con le più accreditate riflessioni della dottrina civilistica, la quale, lungi dal formulare astratte ed aprioristiche definizioni del contenuto delle regole di buona fede, ossia forme di esercizio "normale" del potere direttivo in quanto rientrante in un improbabile "tipo normale di comportamento", ritiene più opportuna l'elaborazione di *indici di apprezzamento* della buona fede, ossia parametri di giudizio controllabili e prevedibili nel loro impiego, secondo "standards valutativi" che prescindono dai rigidi confini dell'ordinamento positivo e attingono alla sfera dei "valori", il cui contenuto non si esaurisce nella norma legislativa (pena il ridurre il diritto alla politica) attingendo, come riconosce la dottrina civilistica, vuoi a parametri interni al sistema (come la proporzionalità), vuoi extra-giuridici (19).

Per usare le insuperate riflessioni di Luigi Mengoni, grazie alle «norme di direttiva che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale» (20), si realizza quella «validità giuridica» che, secondo Jürgen Habermas

(18) Cfr. A. Baratta, *Responsabilità civile e certezza del diritto*, *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1965, 28 ss.

(19) S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, 2013, 56. Nello stesso senso P. Rescigno, *Una nuova stagione per le clausole generali*, *GI*, 2011, 1698. La questione circa lo standard valutativo cui si riallaccia il giudizio di valore dell'interprete, è stata affrontata anche da V. Velluzzi, secondo cui «l'integrazione della clausola generale non comporta necessariamente un rinvio a parametri esterni al diritto, bensì a volte il rinvio a parametri interni al diritto, ed in quest'ultimo caso l'integrazione stessa consisterebbe in una normale attività di interpretazione», cfr. V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., 87.

(20) L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *RCDP*, 1986, 13.

va senz'altro al di là delle singole decisioni del legislatore, collegandosi ad un livello post-tradizionale della coscienza morale (21).

Applicate al rapporto di lavoro, le clausole generali si prestano a molteplici condizioni d'uso, come congegni tecnici di produzione normativa in funzione correttiva dell'originario squilibrio di posizioni giuridiche soggettive che caratterizza la fattispecie di subordinazione, con spiccata attività integrativa, anche al di là dei limiti positivi di natura procedimentale o sostanziale. Si pensi, ad esempio, agli specifici obblighi datoriali di aggiornamento professionale del lavoratore, che sorgono per effetto delle clausole generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, allorché, per effetto di scelte imprenditoriali, vengano introdotte radicali innovazioni dei sistemi e dei metodi produttivi tali da incidere, modificandoli, sugli originali contenuti dell'oggetto della prestazione lavorativa (22). Si pensi, in tema di esercizio del potere di recesso per giustificato motivo oggettivo, al riconoscimento, in capo all'imprenditore di obblighi di informazione e di *repêchage*, finalizzati ad adibire il prestatore in mansioni equivalenti o inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale, nell'ambito aziendale (23), dovendo altresì il datore provare la ragionevolezza, in termini organizzativi, delle assunzioni di nuovo personale successive al licenziamento (24). L'esecuzione del contratto secondo correttezza e buona fede impone inoltre l'applicazione dei criteri di scelta previsti dall'art. 5, l. n. 223/91, per l'individuazione dei lavoratori da licenziare per giustificato motivo oggettivo qualora la ragione del recesso consista in una generica esigenza di riduzione del personale omogeneo e fungibile, laddove la buona fede, richiamando l'istituto dell'*analogia iuris*, opera un'integrazione nella logica del contratto di un principio giuridico di proporzionalità nell'esercizio del potere, consistente nell'applicare il criterio social-

(21) J. Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, 1992, 63 ss.

(22) Cass. 7 maggio 2008, n.11142, *q. Riv.*, 2008, n. 1, II, 81, e *MGC*, 208, 5, 670, secondo cui le clausole generali di correttezza e buona fede fondano l'obbligo dell'impresa di predisporre strumenti di formazione idonei a consentire il necessario aggiornamento professionale del dipendente.

(23) Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037.

(24) Cass. 1 agosto 2013, n. 18416.

mente più mite, vale a dire «improntato a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati» (25).

Si pensi, ancora, all'obbligo di motivazione degli atti unilaterali dell'imprenditore, prospettato da originali elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali secondo le quali laddove il potere sia esercitato con un ampio margine di discrezionalità grava sul datore il dovere di esteriorizzazione delle decisioni adottate (26). Allo stesso modo, il datore di lavoro ha l'obbligo di motivare le valutazioni e le note di qualifica, in modo tale da consentire l'accertamento dell'eventuale sussistenza di intenti discriminatori o di ritorsione, motivi illeciti o irragionevoli (27). La verifica giudiziale dei provvedimenti datoriali legati al rendimento del lavoratore si svolge, del pari, alla luce di una verifica di ragionevolezza, veicolata dalla buona fede, finalizzata ad affermare la razionalità della valutazione e l'impiego di le misure e procedure trasparenti e non pretestuose (28).

4. *Buona fede e abuso di diritto*. — Nel corso degli anni '80 del secolo scorso una vigorosa tendenza espansiva delle clausole gene-

(25) Cass. 2 gennaio 2013, n. 4; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, *GDir*, 2011, n. 21, 43.

(26) Cfr. per tutti P. Tullini, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, cit. A titolo di esempio, «in materia di procedure concorsuali di assunzione e promozione del personale, il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere datoriale può essere esercitato nei casi in cui esso non sia rispettoso dei canoni generali di correttezza e buona fede, o sia affetto da manifesta inadeguatezza o irragionevolezza oppure arbitrarietà, sicché la valutazione delle prove concorsuali con criteri diversi da quelli indicati nel bando, da ritenersi predefiniti e vincolanti, inficia il diritto soggettivo dei singoli concorrenti al rispetto di tali criteri, a prescindere dall'accertamento del rapporto di causalità tra il corretto svolgimento della prova e l'utile collocazione fra gli idonei dei candidati interessati»: Cass. 28 maggio 2013, n. 13176, *MGC*, 2013; Cass. 18 gennaio 2011, n. 1075, *MGC*, 2011, 1, 73, Cass. 3 marzo 2010, n. 5119, *MGC*, 2010, 3, 319.

(27) In particolare, «le valutazioni del datore di lavoro non sono insindacabili in giudizio, poiché il datore di lavoro è soggetto ai limiti posti da eventuali criteri obiettivi previsti dal contratto collettivo ed agli obblighi contrattuali di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c.; inoltre, l'indagine giudiziale sulla correttezza di tali valutazioni costituisce accertamento di fatto riservato al giudice soggetto unicamente al controllo di idoneità della motivazione da parte della Cassazione»: Cass. 11 febbraio 2008, n. 3227, *MGC*, 2008, 2, 204, nello stesso senso Cass. 20 giugno 203, n. 9898, *MGC*, 2003, 6.

(28) Cfr. F. Pantano, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Cedam, 2012, 93 ss.

rali in funzione di governo della discrezionalità dell'imprenditore (e più in generale dei cd. poteri privati) ha caratterizzato lo scenario giuslavoristico, giungendo alle sistematizzazioni giurisprudenziali cui s'è accennato nel paragrafo precedente, accompagnate da una puntuale opera di ricostruzione dottrinale (29). Tuttavia, dopo un periodo caratterizzato da un'elevata attività applicativa della giurisprudenza, si è sviluppata, fra le pieghe del sistema, una singolare discrasia, che sembra allontanare *in parte qua* le dinamiche giuslavoristiche dalle più generali tendenze in ambito civilistico: da un lato, infatti, la critica sempre più serrata all'impiego delle clausole generali nel diritto del lavoro si è sommata ad una linea di contrasto, testimoniata anche da inediti interventi legislativi, nei confronti dell'attività giurisprudenziale di controllo dei poteri imprenditoriali connessi all'applicazione di norme generali o elastiche (v. *infra*, par. 7) (30); dall'altro, la giurisprudenza della Suprema Corte, confermando la funzione della buona fede come strumento di governo della discrezionalità privata, valorizza, in sede civile, la figura dell'abuso del diritto come strumento di risoluzione di controversie scaturenti dall'uso inappropriato che un altro privato faccia del suo diritto (31). Lungo questa linea di evidente disconnessione si registra il diverso impatto delle clausole generali in ambito civilistico e giuslavoristico: il primo caratterizzato da una «nuova stagione per le clausole generali» (32), nel quadro di una razionale costituzionalizzazione del diritto privato finalizzata alla tutela del contraente debole ed alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico, il secondo connotato da un ridimensionamento del loro storico flusso in funzione di limitazione dei poteri imprenditoriali, a favore di un "razionalismo economico" che richiede di immunizzare i meccanismi di controllo giudiziale

(29) Rimangono fondamentali le opere di P. Tullini, cit., e di C. Zoli, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè, 1988.

(30) Cfr. P. Campanella, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, Relazione alle Giornate di Studio Aidlass, Roma 2014, 43 (del dattiloscritto).

(31) L'abuso del diritto deve essere tenuto distinto dall'eccesso di diritto. In particolare, mentre nell'ipotesi dell'abuso del diritto il soggetto non viola limiti imposti dalla legge, bensì utilizza gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per scopi diversi da quelli previsti, nell'ipotesi di eccesso di diritto il soggetto viola limiti esterni realizzando fattispecie illegittime.

(32) Cfr. Aa.Vv., *Le clausole generali nel diritto privato*, *GI*, 2011, 1689 ss.

dalla vitalità dei principi costituzionali (33), tra i quali emerge la variante dell'abuso del diritto. Con tale espressione ci si riferisce al comportamento del soggetto che, pur in assenza di divieti formali, eserciti le proprie prerogative con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti (34). Il paradigma dell'abuso del diritto, in quanto volto ad implementare principi etico-politici (35), opera al contempo quale «dispositivo di correzione etica delle soluzioni apprestate dal diritto» e come «dispositivo di autointegrazione dell'ordinamento» (36). Questa prospettiva interna/esterna aperta dalla teoria dell'abuso ha trovato consacrazione nel diritto vivente ad opera della Cassazione (n. 20106/2009), la quale, mutando i precedenti principi in tema di correttezza e buona fede, fornisce continuità al moderno indirizzo secondo cui le suddette clausole generali devono essere intese in senso oggettivo, esprimendo un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost.; esplicando la loro rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere

(33) Cfr. la condivisibile analisi di G. Loy, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile nella prospettiva del datore di lavoro*, Relazione alle Giornate di Studio Aidlass, Roma 2014, 28 (del dattiloscritto).

(34) «Si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso. (In applicazione di tale principio, è stata cassata la decisione di merito la quale aveva ritenuto insindacabile la decisione del concedente di recedere *ad nutum* dal contratto di concessione di vendita, sul presupposto che tale diritto gli era espressamente riconosciuto dal contratto)» (Cass. 20106/2009).

(35) C. Salvi, voce *Abuso del diritto, I) Diritto Civile*, ***EGT***, 1988, 1.

(36) M. Barcellona, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, ***RDC***, 2014, 473.

dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*. Nel caso di specie, la questione affrontata dalla Corte di legittimità verte sulla sindacabilità delle ragioni con cui sarebbe stato in concreto esercitato il diritto di recesso *ad nutum*, previsto dal contratto di concessione di vendita. L'atto di autonomia privata — statuisce il Supremo Collegio —, «anche nel caso in cui consista in un recesso *ad nutum*, è sempre soggetto al controllo giurisdizionale. Il giudice, nel controllare e interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare e interpretare l'atto anche in funzione del contemperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali attraverso un giudizio, di natura giuridica e non politica, di ragionevolezza in ambito contrattuale. Il giudice di merito deve, allora, valutare in termini di conflittualità se il recesso *ad nutum* previsto dalle condizioni contrattuali sia stato attuato con modalità (buona fede) e per perseguire fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti (abuso del diritto). L'indicato giudizio deve essere più ampio e rigoroso là dove vi sia una provata disparità di forze fra i contraenti». Si verifica, quindi, una scissione tra il dato formale (per cui il comportamento è consentito dalla legge) ed il dato funzionale (per cui le finalità del soggetto entrano in conflitto con il fine principe, che, solo, giustifica la creazione del diritto, e con essa, la meritevolezza della sua tutela da parte dell'ordinamento). Di conseguenza è «abusivo l'esercizio *ad libitum*, e cioè senza proporzionalità dei mezzi usati rispetto agli interessi contrapposti, che si esprima nella procedimentalizzazione attraverso trattative o riconoscimento di indennità al concessionario, del diritto di recesso *ad nutum* dal contratto di concessione di vendita» (37).

Sensibile all'esigenza di controllo dell'autonomia privata, l'orientamento giurisprudenziale in esame ha dunque affrontato il

(37) Il codice civile italiano è privo di una norma che sanzioni l'abuso del diritto, ad eccezione dell'art. 833 c.c., relativo al divieto di atti emulativi, intesi come atti che hanno il solo fine di molestare l'altrui diritto senza produrre alcun vantaggio. Alla luce dell'art. 833 c.c. si sono sviluppati due orientamenti, riassumibili sostanzialmente nella separazione tra coloro che ritenevano si trattasse di norma speciale priva di qualsivoglia portata generale e coloro che, diversamente, ritenevano si trattasse di una norma idonea a generare, in via interpretativa, un principio generale di abuso di diritto.

delicato problema del rapporto tra la libertà contrattuale, da un lato, e la sindacabilità dei comportamenti dei contraenti in termini di abusività (38), cui è conseguito un acceso dibattito dottrinale circa l'applicabilità della clausola generale di correttezza e buona fede non tanto sul piano dei rapporti tra le parti, quanto piuttosto sul piano del complessivo assetto degli interessi sottostanti al singolo rapporto obbligatorio. E così come in ambito giuslavoristico, anche in questa proiezione strettamente civilistica del dibattito sulle clausole generali le opinioni divergono sensibilmente. Da una parte si sostiene che il criterio della buona fede è un principio generale del diritto, in quanto tale suscettibile di applicazione universale (39): la clausola generale è quindi correttamente posta dalla giurisprudenza a fondamento dell'abuso del diritto, il quale si configura laddove un diritto venga esercitato per conseguire obiettivi diversi rispetto a quelli per il cui conseguimento il diritto è riconosciuto (40).

Le opinioni sfavorevoli ad una valorizzazione delle clausole di correttezza e buona fede nella misura espressa dalla Suprema Corte, dal canto loro, osservano che le clausole generali riguardano la formazione, l'interpretazione e l'esecuzione del contratto, non i contenuti negoziali, onde sarebbe del tutto errato sia affermare che

---

(38) Per quanto riguarda l'iter argomentativo seguito dalla Cassazione sul caso *Renault*, cfr., tra i molti, Macario, *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*, in G. Vettori (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, 2010, 56, secondo cui «l'impressione è allora che la Cassazione intenda cogliere lo spunto offerto dalla vicenda in esame, il cui esame nel merito le sarebbe stato precluso, per ribadire e valorizzare una tendenza giurisprudenziale dei nostri giorni, esprimibile nell'ammissibilità del controllo giudiziale sugli atti di autonomia privata che transiti senza ipocrisie e falsi pudori attraverso le norme generali sulla buona fede nell'esecuzione del contratto e nell'adempimento delle obbligazioni». Il nesso tra gli inderogabili doveri di solidarietà sociale e le clausole di correttezza e buona fede consente infatti alla Corte di affermare che «disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato» e che «la buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione».

(39) Cfr. F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, *CI*, 2011, 318.

(40) Nel caso di specie, il diritto di recesso dal contratto di concessione di vendita sarebbe stato esercitato per conseguire un obiettivo del tutto estraneo alla causa del contratto, ossia, in altri termini, non sarebbe stato esercitato per la ristrutturazione della rete di distribuzione, bensì per la riduzione a costo zero del personale dirigente interno.

la regola negoziata debba essere equa, sia attribuire al Giudice la funzione di mutare lo statuto negoziale voluto dalle parti (41). Anche a livello sovranazionale, parte della dottrina civilistica ha sollevato il dubbio che l'eccessivo ricorso a clausole "valvola" (ad esempio la buona fede, il *fair dealing*, lo standard del *reasonable*...), all'interno del *Draft Common Frame of Reference*, così come nella proposta di regolamento per il diritto comune della vendita, possa mettere in pericolo la certezza del diritto. Se da un lato le formulazioni vaghe consentono una maggior convergenza di consensi da parte degli studiosi appartenenti ai differenti ordinamenti giuridici, proprio per la facilità di superare le differenze di regolamentazione riscontrabili nei diversi sistemi giuridici, dall'altro non sempre il ricorso alla medesima clausola generale equivale ad applicazione della medesima regola. In altre parole, il ricorso a formule elastiche rischierebbe di mettere in pericolo l'effettiva armonizzazione del diritto privato europeo (42). A tale opinione, tuttavia, può essere opposto che i processi di globalizzazione, con il conseguente ridimensionamento della funzione statuale del diritto, aprono il campo a concezioni neo-istituzionali del diritto (***Reflexives Recht***) ed alla formazione giudiziale del diritto, in una prospettiva di "eteronomia non autoritaria" coerente con le concezioni etiche relative ad un determinato contesto sociale; e a tale esigenza non si sottrae neppure il diritto europeo, come dimostrano le rammentate proposte di disciplina europea del contratto che fanno ampiamente ricorso alla buona fede (43). Le clausole generali, così come il concetto di ragionevolezza, sono quindi saldamente penetrate tanto nell'ordinamento interno, quanto in quello sovranazionale. Il diritto vivente, i testi normativi ed i progetti di codice civile europeo, dimostrano un ricorso crescente alle clausole

(41) A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, ***RCP***, 2010, 2, 354. Tra le altre opinioni contrarie F. Macario, *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, ***CG***, 2009, 1576; F. Gambino, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto)*, ***RDP***, 2011, 61.

(42) Sul punto v. S. Patti, *op. cit.*, 3.

(43) Cfr. A. Nicolussi, *Etica del contratto e "contratti di durata per l'esistenza della persona"*, in L. Nogler - U. Reifner (Eds.), *Life Time Contracts*, Eleven International Publishing, 2014, 137 ss.

generali ed al criterio della ragionevolezza (*reasonable*) (44) quale componente imprescindibile del sistema giuridico, della decisione giudiziale nonché dell'accordo contrattuale (45). Con questa tendenza del diritto privato generale, che si collega alla più complessa tematica della cd. *social justice of contracts*, il diritto del lavoro, anche nella sua componente collettiva (46), deve necessariamente confrontarsi, pena una paradossale adesione all'individualismo metodologico ed alla riduzione del rapporto a puro sinallagma, svincolato da ogni qualificante prospettiva assiologica.

5. *Il principio di proporzionalità.* — In questo contesto problematico matura l'esigenza di ricostruire un modello affidabile di inquadramento operativo delle clausole generali di correttezza e buona fede nell'ambito del controllo giudiziale dei poteri del datore di lavoro, onde evitare una eccessiva frammentazione dei principi regolativi e dei relativi giudizi. Questo modello potrebbe utilmente sintetizzarsi nel riconoscimento operativo di un principio di "razionalità/proporzionalità" applicato agli atti unilaterali di esercizio del potere, il cui fondamento costituzionale viene veicolato, nel-

(44) S. Patti, dopo essersi soffermato sui possibili inquadramenti sistematici della ragionevolezza (come clausola generale piuttosto che come regola di giudizio o criterio di valutazione), ritiene che la stessa sia uno strumento «per individuare la soluzione più adatta ai tempi ed alle circostanze, più logica e rispondente alle esigenze economico-sociali del momento, senza eccessive preoccupazioni di conformità della soluzione incentrata sul dato positivo e di obbedienza delle regole di interpretazione della legge» (S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali* cit., 8). In altri termini, riprendendo la definizione di S. Rodotà, si tratterebbe di uno strumento idoneo a garantire «l'equilibrio tra disciplina giuridica e dinamiche reali senza il bisogno dell'intervento continuo del legislatore», S. Rodotà, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto. Raccolte da Andrea Orestano*, Giappichelli, 2009, 103.

(45) S. Patti evidenzia come l'attuale fortuna del termine "*reasonable*" sia imputabile alla globalizzazione del diritto, ossia all'influenza esercitata dal common law, e come molte delle norme europee in cui compare il termine "*reasonable*" siano state tradotte utilizzando termini più familiari al giurista italiano, quali buona fede e diligenza. L'A. ritiene, tuttavia, che il diritto non può che rispondere a criteri di ragionevolezza, la quale non presenta un'autonomia concettuale comparabile con quella delle clausole generali, bensì un criterio di valutazione per quanto riguarda il comportamento, nonché una base di ragionamento per quanto concerne la sentenza e l'interpretazione della legge (S. Patti, *op. cit.*, 22).

(46) Ma vedi, per una diversa prospettiva, S. Bellomo, *Autonomia collettiva e clausole generali*, Relazione alle Giornate di studio Aidlass, Roma 2014, *passim*

l'ambito del rapporto di lavoro, dall'operare delle clausole generali correttezza e buona fede *in executivis* (47).

Il principio di razionalità/proporzionalità, mutuato dall'ordinamento tedesco ed ampiamente adottato dalla Corte di Giustizia dell'UE e dalla corte CEDU, costituisce un criterio ampliamente applicato in diversi sistemi giuridici europei anche ai rapporti interprivati. Nel nostro ordinamento il principio di proporzionalità permea l'art. 2106 c.c., che testualmente impone il rispetto di un canone di razionalità/proporzionalità nell'esercizio delle prerogative imprenditoriali, secondo una logica della giusta misura e dell'adeguatezza delle sanzioni al caso concreto. Lo standard di proporzionalità/razionalità è entrato a far parte del nostro patrimonio giuridico anche grazie all'art. 3, co. 6, del d.lgs. 216/2003, secondo il quale, «nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza», nell'ambito dei rapporti di lavoro o nell'esercizio dell'attività di impresa, un atto che presenta effetti discriminatori indiretti non è illegittimo se la differenziazione di trattamento «sia giustificata oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari». Il co. 3 del medesimo articolo legittima invece la differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata ad uno qualunque dei motivi di discriminazione vietati «qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata si tratta di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima».

La proporzionalità costituisce quindi un criterio giuridico di ponderazione degli interessi e di riequilibrio di posizioni soggettive di entrambe le parti contrattuali e presenta un'ambivalenza intrinseca, in quanto costituisce, al tempo stesso, limite e legittimazione del potere datoriale. Importanti filoni giurisprudenziali hanno effettuato un controllo di proporzionalità sulla legittimità dell'esercizio delle prerogative datoriali laddove esse comportino una riduzione dello spazio di libertà individuale, alla luce di tre elementi di giudizio: l'adeguatezza dell'atto, la necessità dell'atto e la proporzionalità del sacrificio imposto dall'atto per la realizzazione del fine tutelato.

---

(47) Per ulteriori riferimenti cfr. A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, ***DLRI***, 2005, 1 ss.

Il controllo di adeguatezza (o di idoneità) mira a verificare la sussistenza del nesso di causalità tra le scelte datoriali ed il fine cui le stesse sono preordinate; si tratta di un controllo di legittimità sulla coerenza tecnico-organizzativa degli atti in cui si esplica il potere datoriale, consistente nel verificare se la scelta del datore di lavoro (ad esempio il licenziamento per ragione economica del lavoratore, piuttosto che il suo trasferimento), sia effettivamente coerente, dal punto di vista del nesso di causalità, con il fine che il datore di lavoro si è prefissato (ad esempio la riduzione dei costi). Il controllo di necessità fa invece riferimento alle reali esigenze che giustificano l'atto datoriale, che deve presentare i caratteri della indispensabilità ed infungibilità rispetto al fine perseguito, come accade, ad esempio, quando la giurisprudenza richiede che il licenziamento per motivo economico sia fondato su una seria ragione di utile gestione dell'impresa, o su un'effettiva necessità di riduzione dei costi.

Il controllo di proporzionalità in senso stretto, infine, richiede la ponderazione di beni, valori ed interessi in gioco e consiste nel verificare se il medesimo risultato pratico cui è finalizzato l'esercizio del potere possa conseguirsi sacrificando in misura minore gli interessi soggettivi contrapposti, richiedendo al datore di lavoro di utilizzare il mezzo più mite per raggiungere lo scopo prefissato. La giurisprudenza che censura il comportamento del datore di lavoro che avrebbe potuto, nel rispetto dell'assetto organizzativo più conveniente all'impresa, adibire il lavoratore ad una diversa attività, compatibile con la residua capacità lavorativa, effettua un giudizio di proporzionalità, posto che la misura del licenziamento in questo caso è illegittima in quanto lede in misura sproporzionata un bene comunque dotato di protezione giuridica.

Un altro esempio di applicazione del giudizio di proporzionalità riguarda il trasferimento del lavoratore, laddove la preferenza da attribuire ad un soggetto piuttosto che ad un altro dovrà determinarsi non solo nel rispetto del limite esterno della non discriminazione, «ma anche secondo criteri di ragionevolezza e correttezza, alla stregua delle clausole generali di cui agli articoli **1175** e **1375** c.c., attribuendosi rilevanza alle diverse situazioni soggettive che possono rendere il provvedimento datoriale più

gravoso per alcuni lavoratori rispetto ad altri» (48). Pertanto, il giudice deve effettuare un bilanciamento tra i costi che l'attuazione dell'atto comporta in termini di sacrificio per i lavoratori ed i benefici organizzativi che la stessa scelta datoriale realizza, alla luce del sistema aperto di valori costituzionali e del diritto positivo (49). In questa prospettiva, fortemente ancorata alla tutela dei valori sociali e al ruolo dei diritti fondamentali nell'interpretazione assiologicamente orientata, il ruolo del giudice risulta essenziale al fine di garantire il rispetto dei principi costituzionali, quale figura essenziale di «estremo terminale della giustizia (del singolo caso) ed insostituibile mediatore sociale e culturale» (50).

6. *La presunta "diversità" del giudice del lavoro.* — La delicatezza della materia in esame, ancor più enfatizzata dall'attuale crisi economica e dai suoi effetti drammatici sul piano sociale e occupazionale, ha registrato una nuova torsione nel dibattito scientifico e nello stesso dialogo fra dottrina e giurisprudenza, richiamando immediatamente un confronto, negli ultimi anni sempre più teso, tra il diritto del lavoro nella sua fondazione assiologica e le ragioni dell'individualismo metodologico.

Come abbiamo visto sin qui, il diritto del lavoro ha costruito

---

(48) Cass. 18 ottobre 1996, n. 9086, *MGL*, 1997, 204.

(49) L. Mengoni sostiene che i valori fondamentali della Costituzione si atteggino diversamente da quelli del diritto positivo, in quanto non valgono in quanto posti, ma per se stessi. Infatti, i valori costituzionali «vincolano il diritto positivo a "valori metalegislativi", a misure di "diritto giusto", a principi regolativi dell'attività di formazione delle leggi e dell'attività giurisprudenziale di sviluppo del diritto positivo per la soluzione di nuovi problemi di decisione» (L. Mengoni, *Diritto e valori*, il Mulino, 6 s.). Sul punto, V. anche O. Mazzotta, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico*, *q. Riv.*, 2013, 239, secondo cui il lavoro del giurista interprete «deve contribuire al processo di integrazione della norma fondamentale nel sistema giuridico. Le conseguenze per l'interprete possono consistere o in una presa d'atto che il legislatore ha inteso procedere in modo inequivocabile ad un certo bilanciamento di contrapposti valori scritti nella norma fondamentale (ad es. spostando in avanti — a favore dell'impresa — la frontiera mobile fra capitale e lavoro) ovvero — ove tale conseguenza non sia enucleabile con chiarezza dal diritto positivo — nella necessità di porre un argine ad una legislazione che cerchi di scardinare il sistema in modo incongruo. Ed è inutile sottolineare come, in quest'opera di ricucitura, il ruolo del giudice del lavoro è essenziale come estremo terminale della giustizia (del caso singolo) ed insostituibile mediatore sociale e culturale».

(50) O. Mazzotta, *op. cit.*, 239.

un importante meccanismo di controllo della razionalità economica dell'imprenditore e delle sue scelte di gestione che si inscrive in un più generale processo di differenziazione sistemica del *nomos* giuridico rispetto a quello economico. Sottoponendo a controllo l'esercizio delle prerogative unilaterali dell'imprenditore, il diritto del lavoro ha contrastato un duplice postulato di base dell'economia neoclassica: da un lato l'applicazione indifferenziata della logica economica a tutti gli universi d'azione (51), compreso quello giuridico (52), dall'altro l'"inconoscibilità" del processo che porta gli attori economici, per definizione razionali, a realizzare una dinamica virtuosa degli interessi e, per questa via, a realizzare il bene generale della società. Il postulato esclude in radice sia un intervento della legge sia, *a fortiori*, un controllo giudiziale sulla razionalità economica dell'imprenditore. Condizionato dalla legislazione giuslavoristica, che ha sottoposto il potere del datore di lavoro ad un'esigenza di giustificazione razionale (53), e dalla giurisprudenza pratica, pronta ad adottare una postura garantistica divergente con la linea di "modernizzazione" del diritto del lavoro (54), il postulato dell'individualismo metodologico è stato rinvigorito dall'analisi economica del diritto, che richiede la sostituzione del controllo giudiziale con un mero surrogato patrimoniale. Questa prospettiva è del tutto coerente con la tesi, espressa dalla dottrina giuseconomica della «rottura efficace del contratto» (*efficient breach of contract*) (55) secondo cui la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno di

(51) Cfr. P. Bordieu, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Seuil, 1994, 159, che ricorda, con estrema acutezza, come l'economismo dimentichi che la stessa economia si è costruita a partire da un processo di differenziazione rispetto alle leggi dell'economia domestica.

(52) G. Teubner, *Diritto policontesturale*, La città del sole, 1999, 33 ss.

(53) Cfr. da ultimo E. Gragnoli, *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, *RGL*, 2011, 511 ss., nell'ambito di un'argomentazione volta a dimostrare che, in termini giuridici, il potere, oltre a dovere essere esercitato «in modo leale» (p. 535), «è un'autorità regolata e razionale», 541.

(54) Cfr. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Control sudicia y despido*, in *Relaciones Laborales*, 2010, 10, 1 ss., con un giudizio, relativo alla giurisprudenza spagnola, che ben può essere esteso a Francia e Italia.

(55) Cfr. R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 2007, 119 s e 127 s.; A. Schwartz - D. Markovits, *The Myth of Efficient Breach*, (2010), *Faculty Scholarship Series*, Paper 93, Yale Law School.

specific performance (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria. Sulla scorta di questi argomenti, e comunque complice un clima culturale di progressiva messa in discussione del ruolo del giudice in funzione di esigenze di efficienza economica, recenti dibattiti dottrinali hanno messo in luce il pregiudizio ideologico di cui si renderebbe responsabile la magistratura del lavoro, la quale si connoterebbe per una certa "diversità" nella misura in cui orienterebbe le proprie scelte nella direzione di valorizzare la difesa dei diritti dei lavoratori, trascurando l'ampiezza dello scenario in cui devono giocarsi le singole scelte decisionali. Il giudice del lavoro, a causa della intrinseca parzialità della disciplina lavoristica, avrebbe maturato un'errata percezione di sé quale garante dei diritti dei lavoratore, riducendo le garanzie di terzietà e laicità che dovrebbero connotare la funzione giurisdizionale; auspicandosi, di conseguenza, un giudice "un po' meno diverso", "più laico", ossia più incline ad interiorizzare, accanto alle ragioni di ordine sociale, le ragioni dell'economia (56).

Vale la pena di soffermarsi su tale asserita diversità del giudice del lavoro. Infatti, se è vero che il diritto del lavoro si connota per alcune peculiarità, anzitutto di rito, è altrettanto vero che la presunta diversità del giudice del lavoro non può essere sostenuta adducendo l'ampiezza dei poteri istruttori allo stesso attribuiti, in quanto poteri ancor più estesi sono rilevabili in altri settori dell'ordinamento, come, ad esempio, nel diritto fallimentare. Del resto, i più ampi poteri istruttori attribuiti al giudice nulla hanno a che vedere con le garanzie di terzietà ed imparzialità del magistrato (57). Ma l'aspetto più discutibile della tesi sulla diversità del

(56) Cfr. R. Del Punta, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, *q. Riv.*, 2012, I, 461, nonché, con riferimento al dibattito che ne è generato, U. Romagnoli, *Le parole sono pietre*, *q. Riv.*, 2013, 233; O. Mazzotta, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico tra metodo e merito*, *q. Riv.*, 2013, 235; B. Caruso, *Giudici, giuristi e legislatori davanti alla crisi per un manifesto ermeneutico*, *q. Riv.*, 2013, 245; M. Magnani, *Il giudice e la legge*, *q. Riv.*, 2013, 777.

(57) Per quanto riguarda la specialità del rito, essa non ha nulla a che vedere con le garanzie di terzietà e di imparzialità che devono contraddistinguere tutti gli appartenenti all'organo giurisdizionale. In particolare, il fatto che al Giudice del lavoro siano attribuiti poteri istruttori più ampi rispetto a quelli attribuiti agli altri giudici ordinari non ha ovviamente alcuna rilevanza dal punto

giudice del lavoro riguarda l'importante funzione valutativa dell'agire privato attribuita alla magistratura all'interno del sistema giuridico privatistico. Ed è ancora il diritto civile che, forse sviluppando una sensibilità giuslavoristica (58), vuoi nell'ottica di tutelare il contraente "debole", vuoi nella prospettiva della cd. giustizia contrattuale, ha accentuato i poteri, anche officiosi, di intervento del giudice sul regolamento contrattuale in chiave correttiva, alla luce di criteri quali l'equità/iniquità, l'equilibrio dello scambio, la correttezza dei contegni (59).

Oggi il diritto civile rappresenta quindi, più dello stesso diritto del lavoro, il terreno fertile per «declinare in modo adeguato la valutazione etica dei comportamenti che vengono svolti nell'ambito di un'organizzazione imprenditoriale» (60), come dimostra un legislatore che esprimendo un principio di giustizia legato alla persona richiede al giudice di non appiattirsi sulla mera logica degli affari. Ciò si verifica, ad esempio, in tema di tutela dei consumatori, laddove spetta al giudice l'indagine sulla vessatorietà delle clausole non negoziate dal consumatore, alla quale consegue la nullità relativa. In tal caso, l'indagine deve essere condotta alla stregua della concreta economia dell'affare e tenendo conto, altresì, dei contratti collegati a quello in questione. Una prospettiva analoga riguarda l'abuso di dipendenza economica, laddove si prevede che, in sede di accertamento, il giudice debba valutare l'eccessività dello squilibrio tenendo in considerazione tutte le circostanze che attengono all'economia dell'affare. Nell'ambito del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti l'impiego della clausola generale di buona fede in funzione applicativa di un principio di abuso del diritto ha aperto una breccia nel formalismo

---

di vista dell'equidistanza che lo stesso deve dimostrare rispetto alle parti contrattuali. La specialità del rito, infatti, non è idonea a recare alcun danno al datore di lavoro, il quale può sempre presentare deduzioni rispetto alle prove ammesse d'ufficio. Inoltre, se è vero che uno degli effetti della specialità del rito del lavoro è una maggiore celerità, la stessa giova tanto al lavoratore quanto al datore di lavoro, tant'è che quest'ultimo si avvale del medesimo rito qualora ricorra egli stesso contro il lavoratore che gli abbia, ad esempio, recato danno.

(58) Cfr. L. Nogler, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, ***EDP***, 4/2013, 959 ss.

(59) Cfr. S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, ***EDP***, 2010, 601 ss.

(60) A. Nicolussi, *op. cit.*, 152.

del sistema giuridico, al punto da ritenere ormai operante — quale massima estrinsecazione della nozione di buona fede — un obbligo di esercitare i diritti conformemente agli scopi per i quali sono stati attribuiti, con conseguenze importanti, ad esempio, in materia di recesso (v. *retro*) e di doveri di protezione.

Ne discende una nuova visione del diritto dei contratti, sempre più dominata dal dovere di solidarietà sociale e «sempre più improntata all'esigenza di evitare, e se del caso correggere, ogni indebita distorsione dei poteri riconosciuti dall'ordinamento ai privati» (61).

Alla luce di queste considerazioni di carattere sistematico l'argomento della presunta diversità del giudice del lavoro risulta fortemente ridimensionato. Il giudice del lavoro non è certo l'unico organo giurisdizionale chiamato a confrontarsi con un congenito squilibrio di poteri tra le parti di un rapporto giuridico, onde delle due l'una: o si riconosce, con una postura di pura analisi economica del diritto, che le esigenze di contenimento degli abusi di mercato e di solidarismo negoziale viziano l'attività giudiziale nell'intero ambito del diritto delle obbligazioni, connotando (negativamente) il ruolo del giudice come garante dei diritti dei contraenti più deboli; oppure si riconosca che la presunta diversità del giudice del lavoro è frutto di una sottovalutazione del ruolo di terminale della giustizia contrattuale giocato (positivamente) dal controllo giurisdizionale nella più ampia arena dei rapporti giuridico-economici.

7. *Gli spazi del controllo giudiziale: dal "Collegato lavoro"...* — La tensione manifesta tra ruolo del giudice e dinamiche del mercato del lavoro si è infine condensata in ben noti interventi legislativi tesi a ricondurre entro stretti margini di legittimità il controllo giudiziale.

Per quanto riguarda, in particolare, il cd. Collegato Lavoro (legge n. 183/2010), tale obiettivo è stato perseguito attraverso l'introduzione di nuove regole, dirette a contenere il ruolo del giudice, nonché a ridurre l'alea derivante dall'interpretazione giu-

(61) Cfr. A. Nigro, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, *GC*, 11, 2010, 2547.

diziale (62). L'art. 30, co. 1, del Collegato Lavoro indica i limiti del controllo giudiziale nell'ambito di una serie indeterminata di materie disciplinate da norme di legge contenenti clausole generali, «ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso», stabilendo che «il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità con i principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente». La norma non è passata inosservata, anche al di fuori del perimetro scientifico del diritto del lavoro. Critiche severe sono giunte dalla dottrina civilistica nei confronti di un legislatore «che non si distingue per coerenza e cultura, e che ha "scoperto" in una singolare prospettiva le clausola generali e cerca di soffocarne la portata e il senso»; un legislatore che si esprime «con la lingua della festa, come si diceva dei contadini meridionali quando cercavano di sostituire alla parlata dialettale un improbabile italiano», di cui «non sappiamo se debba deplorarsi l'approssimativa erudizione o mettersi a nudo la furbesca malizia. Nel dubbio, tutte e due le cose» (63).

Obiettivo della norma è palesemente quello di limitare il controllo giudiziale rispetto all'esercizio dei poteri datoriali laddove siano presenti "clausole generali". Rispetto alla disposizione in questione, tuttavia, prevale una valutazione dottrinale che vi ravvisa una mera enunciazione di carattere ideologico, non innovativa ed insuscettibile di modificare assetti interpretativi consolidati: l'articolo in questione si limiterebbe a giustificare formule di stile già consolidate in sede giurisprudenziale, confermando e generalizzando linee di indirizzo già presenti nella legislazione setto-

(62) Cfr. A. Perulli, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in *Rapporto individuale e processo del lavoro, Il nuovo diritto del lavoro*, diretto da L. Fiorillo - A. Perulli, II, Giappichelli, 2014, 279 ss.; G. Ferraro, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinelli - G. Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, 2011, 8 ss.; M. T. Carinci, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, *CSDLE, It, n. 114/2011*; S. Nadalet, *La certezza del diritto nella riforma del mercato del lavoro*, *LD*, 2013,1, 61 ss.

(63) P. Rescigno, *op. cit.*, 1690.

riale e nel diritto vivente. Deve evidenziarsi, peraltro, che il legislatore del Collegato Lavoro ha utilizzato il termine "clausole generali" per riferirsi alle "norme" o "clausole elastiche", compiendo in tal modo un'imprecisione concettuale (64). Mentre le clausole generali, quali la correttezza e la buona fede nell'esecuzione del contratto, il buon costume, ecc., contengono enunciazioni di massima o riferimenti a criteri di valutazione del comportamento delle parti che vanno integrate in sede di interpretazione valutativa (v. retro), le norme elastiche (o clausole elastiche) sono norme complete che hanno un contenuto meno generico delle clausole generali, e che contengono formulazioni idonee ad identificare non una precisa fattispecie ma una ipotesi-tipo, un modulo generico da applicare alla singola fattispecie concreta in via interpretativa. Ricorrendo alla tecnica legislativa delle norme elastiche, il legislatore manifesta quindi un'intenzionale indeterminatezza e la volontà di delegare la soluzione all'autorità giudiziaria (si pensi, ad esempio, alla giusta causa o al giustificato motivo di licenziamento).

Chiarita questa distinzione, l'art. 30 si riferisce alle disposizioni di legge nelle materie di cui l'art. 409 c.p.c., nonché a quelle sul pubblico impiego privatizzato, le quali non contengono clausole generali, ma norme elastiche. A tale proposito, si sono contrapposte due tesi antitetiche. Secondo una prima visione, che valorizza la distinzione concettuale tra clausole generali e norme elastiche, l'art. 30, co.1, fa riferimento a materie (instaurazione di rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso) in cui non sono presenti clausole generali bensì norme

(64) In merito all'art. 30 del Collegato Lavoro, P. Rescigno ha sottolineato come, facendo riferimento ai concetti di "clausole generali" e di "tipizzazione", il legislatore abbia fatto propri termini e formule che, tradizionalmente, appartengono al linguaggio della dottrina, chiamata a costruire concetti e categorie e a tentarne un ordine sistematico. In questo senso, secondo Rescigno, il legislatore italiano dell'ultima stagione sarebbe «un legislatore che non si distingue per coerenza e cultura e che ha "scoperto" in una singolare prospettiva le clausole generali e cerca di soffocarne la portata e il senso" ed inoltre "risulta trasparente il disegno di limitare gli spazi di creativa attività rimessa al giudice attraverso regole flessibili e di orientare la tipicità non già a tutela di un soggetto debole (come accade, ad esempio, con la riduzione all'affitto delle molteplici figure di contratti agrari), ma a garanzia dell'impresa e del mercato» (P. Rescigno, *op. cit.*, 1689-1690).

elastiche, onde la disposizione in esame deve ritenersi sostanzialmente inutile. Seguendo un ragionamento sostanzialistico, un altro orientamento ritiene che il legislatore abbia inteso ridurre il margine di discrezionalità dei giudizi di valore espressi dal giudice in sede di controllo dei poteri datoriali e, in tal senso, il concetto di clausola generale includerebbe anche quello di disposizione elastica. Il controllo del giudice, pertanto, deve essere circoscritto ad un controllo di legittimità, consistente nel verificare la sussistenza materiale del presupposto che legittima l'esercizio del potere (la ragione legittimante), nonché del nesso causale tra la causa/ragione e l'atto di esercizio del potere, risultando invece impedita la possibilità di sindacare il merito o l'opportunità della scelta.

Invero, questa seconda prospettazione sembra aprire più interrogativi che fornire risposte operative fondate su solide basi logico-normative. Infatti, non è sempre chiara la linea di confine tra il sindacato di legittimità, consentito *ex* art. 30 co. 1, del Collegato Lavoro, ed il sindacato di merito sulle scelte del datore di lavoro, escluso ai sensi del medesimo articolo. Questione cardine, in questa materia, è l'insindacabilità delle valutazioni aziendali nel licenziamento per motivo oggettivo, rispetto alla quale si manifestano due opposti orientamenti. Da un lato la Cassazione afferma l'irrilevanza del fatto che la scelta economica datoriale di soppressione del posto di lavoro sia imposta dal mercato oppure sia decisa dal datore per ragioni di convenienza o per incrementare i profitti; dall'altro è la medesima Suprema Corte, mutando orientamento, ad affermare che sarebbe ingiustificato il licenziamento per motivo oggettivo laddove la soppressione del posto non sia necessaria a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti, bensì diretta ad incrementare i profitti (65). Ma la distinzione tra merito e

(65) «In tema di valutazione della legittimità di un licenziamento, il giudice del merito non travalica i limiti del proprio sindacato quando non si mette a valutare la congruità della scelta imprenditoriale di sopprimere i posti di lavoro, ma si limita ad accertare, nell'ambito del sindacato che gli è proprio, la non effettività delle ragioni addotte a motivo della dedotta soppressione del posto di lavoro (nella specie, la Corte ha considerato corretta la decisione dei giudici del merito quanto all'illegittimità del licenziamento di due lavoratori, in quanto non poteva costituire giustificato motivo di licenziamento un calo di fatturato modesto o, tenuto conto di una cessione in favore di una società collegata, addirittura inesistente)», Cass. 4 dicembre 2012, n. 21712, *D&G On line*, 2012, 5 dicembre; nello stesso senso Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282, *MGC*, 2006, 10. «L'insindacabilità

legittimità lascia perplessi per motivi teorici generali che ne sconsigliano l'adozione quale punto di riferimento operativo per l'interprete. Come è stato magistralmente chiarito in dottrina con riferimento al giustificato motivo oggettivo, quando il giudice controlla se il negozio posto in essere sia conforme o meno alla

---

del merito della scelta imprenditoriale non è di ostacolo alla verifica in concreto, da parte del giudice, della effettività della scelta operata dall'imprenditore, della non pretestuosità della stessa e della non mera strumentalità della medesima soltanto ad un incremento del profitto. In altre parole ed in sostanza, il giudice deve pur sempre riscontrare nel concreto, seppure senza ingerenza alcuna nelle valutazioni di congruità e di opportunità economico-gestionale, quella "inerenza" della scelta imprenditoriale e delle "ragioni" del conseguente licenziamento, all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa richiesta dall'art. 3 L. 604/66» (T. Taranto, ord., 3 aprile 2013). In senso contrario: «Nel concetto di giustificato motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva rientra anche l'ipotesi del riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'impresa, senza che sia necessario che siano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere soltanto diversamente ripartite. Si tratta di una scelta che costituisce espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'articolo 41 comma primo della Costituzione, dovendosi quindi escludere che esuli dal concetto di giustificato motivo oggettivo l'esigenza di una miglior redditività dell'impresa raggiunta attraverso una mera redistribuzione fra altri dipendenti delle mansioni del lavoratore licenziato. Resta tuttavia fermo che spetta al giudice del merito verificare il rapporto di congruità causale fra la scelta imprenditoriale e il licenziamento, nel senso che non basta che i compiti un tempo espletati dal lavoratore licenziato risultino essere stati poi distribuiti ad altri, ma è necessario che tale riassetto sia all'origine del licenziamento anziché costituirne effetto di risulta», Cass. 21 novembre 2011, n. 24502; nello stesso senso Cass. 579/2013, Cass. 7 luglio 2001, n. 9310, *MGC*, 2001, 1363. «Non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto di lavoro cui era addetto il dipendente licenziato, anche se la riorganizzazione sia attuata per una più economica gestione dell'impresa, e senza che la necessaria verifica dell'effettività delle scelte comporti un'indagine in ordine ai margini di convenienza e di onerosità dei costi connessi alla suddetta riorganizzazione, con il solo limite del controllo della reale sussistenza delle ragioni poste dall'imprenditore a fondamento delle proprie scelte e della effettività e non pretestuosità del riassetto organizzativo operato», Cass. 3 agosto 2011, n.16925, *q. Riv.*, 2012, II, 362. Sul punto A. Vallebona sostiene che limitare la possibilità di recesso per motivo oggettivo ai casi in cui la scelta della soppressione del posto sia necessaria a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti sia contrario agli art. 30 co. 1 Collegato Lavoro, nonché agli art. 41 co. 1 Cost. e 3 L. 604/1966. Lo stesso infatti ritiene che ciò contrasterebbe con il principio secondo cui le valutazioni economico-organizzative dell'imprenditore sarebbero insindacabili ad opera del giudice. Vallebona auspica, pertanto, l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, cfr. A. Vallebona, *Licenziamento e valutazioni aziendali insindacabili*, nota a Cass. 9 luglio 2013, n. 16987, *MGL*, 2013, 861.

fattispecie legale esercita un controllo di legittimità, poiché deve accertare la validità dell'atto (cioè la sua conformità alla fattispecie legale); ma per far questo il giudice non solo deve accertare l'esistenza del fatto, ma anche la sua sussunzione nella fattispecie legale, onde deve apprezzare "nel merito" i fatti per stabilire se essi integrino gli estremi del giustificato motivo, se cioè costituiscono ragioni risolutive. Il giudizio comporta dunque anche un vaglio di merito, ineliminabile nell'ambito del processo di applicazione valutativa della norma (66).

Il legislatore del Collegato lavoro non ha tenuto conto di alcune acquisizioni di teoria generale del diritto fondamentali per la materia in esame: in particolare, che le espressioni descrittive, o formule elastiche, contenute in un enunciato legislativo implicano sempre un'attività di interpretazione e non una applicazione puramente meccanica, bensì richiedente — in misura maggiore o minore — un apporto valutativo, in senso generico, da parte dell'interprete. Per esempio il sintagma "motivo legittimo" di cui all'art. 1206 c.c. che stabilisce quando il creditore può essere costituito in mora, evoca un giudizio di valore, rimesso al giudice. Lo stesso può dirsi per il giustificato motivo di licenziamento, con una duplice possibile soluzione: da un lato si può ritenere che, differentemente dalle clausole generali, il disposto non richiede una vera e propria integrazione valutativa alla stregua di criteri extralegali, perché il giudice deve trarre il significato della norma in base alle strette indicazioni di legge (che tuttavia sono intrinsecamente carenti, proprio per la natura della norma elastica); ovvero si può ritenere che anche queste locuzioni siano "clausole generali", facendo in tal modo rientrare in gioco criteri di giudizio extranormativi. Questa sembra essere la soluzione offerta da due famose sentenze della Cassazione a S.U. emanate tra il 1998 e il 1999, laddove si afferma espressamente che nel porre in essere il giudizio di valore richiesto dall'applicazione di una norma elastica il giudice di merito compie un'attività di integrazione giuridica — e non meramente fattuale — della norma stessa, nello svolgimento del quale egli deve «conformarsi oltre che ai principi dell'ordinamento, individuati dal giudice di legittimità, anche ad una serie di stan-

(66) Cfr. M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980.

dards valutativi esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, ed in materia di rapporti di lavoro la cd. civiltà del lavoro».

Il giudice è quindi sempre giudice di "merito", e come tale, nel controllare i poteri dell'imprenditore, apprezza, anzitutto, dei fatti, ossia delle condotte umane nel loro storico accadere, condotte singolari e irripetibili, conguagliandole alla regola di riferimento. Il giudice deve operare e guidare un processo di qualificazione del fatto, il che implica un giudizio storico, interpretativo, classificatorio: il diritto, infatti, non conosce il significato del fatto «se non per quel tanto di significato che è riconducibile alla norma valutante» (67). Nel far ciò il giudice guarderà al comportamento datoriale sotto due distinte angolazioni: l'una è quella regolata dalla fonte legale-tipica, l'altra attiene al criterio della buona fede: e non è una qualità occulta (o peggio l'orientamento ideologico del giudice) a modificare il significato giuridico dell'atto unilaterale del datore, ma la diversa configurazione logica della fattispecie che, grazie all'impiego della clausola generale, si apre ad una nuova valutazione della fattispecie. In questa prospettiva l'argomento della insindacabilità nel merito delle scelte del datore di lavoro si pone in contraddizione, anzitutto, con la questione della valutazione dell'attività imprenditoriale secondo buona fede, che non attiene alla giuridicità dell'atto secondo il parametro legale (o di autonomia privata), ma ha per oggetto il comportamento esecutivo. Come dire che è in relazione al fatto del recedere, del trasferire, ecc. e non al diritto di recedere, trasferire, ecc., che la buona fede entra in gioco nella formulazione del nuovo giudizio di valore, che è un giudizio di integrazione valutativa. La tesi dell'insindacabilità nel merito collide inoltre con la questione dell'attitudine delle norme elastiche ad essere oggetto — proprio per la loro struttura logica — di un altro genere di integrazione valutativa, secondo la normale attività di interpretazione. Nel processo di qualificazione del fatto che porta il giudice a valutare la sussistenza della causale giustificativa dei poteri è lo stesso parametro legale ad estrinsecarsi nella valutazione di "merito" della ragione addotta, onde, sotto questo essenziale profilo, «legittimità e merito sono

(67) Cfr. N. Irti, *Rilevanza giuridica*, in Id., *Norme e fatti*, Giuffrè, 1984, 53.

talmente intersecati da confondersi» (68). Tale penetrazione del controllo sulle ragioni economiche non equivale a una violazione delle prerogative della libertà economica, trovando un suo preciso fondamento giuridico-assiologico nella stessa norma costituzionale che contempla la libertà d'iniziativa economica (art. 41, co. 2), la quale giustifica l'applicazione del principio di razionalità/proporzionalità al potere dell'imprenditore, peraltro secondo un indirizzo presente in molti ordinamenti, anche di *common law* (69).

Più in generale, la limitazione delle prerogative giudiziali in merito all'accertamento dei poteri datoriali, limitato ad un controllo di legittimità, pare contrastare con i diritti fondamentali previsti dalla Costituzione. Privare il giudice del potere di compiere una valutazione di merito significa privarlo del potere di compiere il controllo di proporzionalità e, conseguentemente, vanificare il valore assiologico delle clausole generali. Parlare di controllo di legittimità escludendo il merito è un controsenso, giacché, come si detto, valutare la rispondenza dell'atto alla norma implica la conoscenza del merito (in senso processual-civilistico: per esempio, il fatto organizzativo, le sue caratteristiche, le circostanze soggettive ed oggettive che lo qualificano anche sotto il profilo del «tempo storico» (70), ecc.), e solo tale vaglio consente al giudice di effettuare un controllo circa la complessiva adeguatezza dell'atto compiuto dall'imprenditore.

8. *... al Jobs Act.* — La crescente diffidenza del legislatore nei confronti della magistratura del lavoro viene ampiamente confer-

(68) Così G. Ferraro, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinelli - G. Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, 2011, 8.

(69) Cfr. P. Y. Verkindt, *Le raisonnable en droit du travail*, in B. Teyssié (sous la direction de), *Standards, Principes et Méthodes en Droit du Travail*, Economica, Paris, 2011, 43 ss.; F. Bousez, *La proportionnalité en droit du travail*, ivi, 121 ss. In una prospettiva solo parzialmente diversa, ma convergente nella critica alla tesi dell'illegittimità di un controllo di merito, si pone L. Nogler, *Prime considerazioni sulla disciplina legislativa delle "Clausole generali" in materia di diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, II, Giuffrè, 2010, 932, secondo il quale, in presenza di diritti fondamentali di preminente importanza rispetto al principio di libertà d'iniziativa economica «il legislatore ben può prevedere che il giudice possa ingerirsi anche nell'opportunità, organizzativa e/o economica, delle decisioni adottate».

(70) Cfr. E. Gragnoli, *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, *RGL*, 2011, 2, 51 ss.

mato, ed anzi in parte accentuato, dal *Jobs Act* renziano. La legge delega n. 183/2014 prevede anzitutto una "semplificazione" delle procedure di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro, nonché in materia di igiene e sicurezza sul lavoro, da attuarsi anche mediante «norme di carattere interpretativo, o abrogazione delle norme interessate da rilevanti contrasti interpretativi, giurisprudenziali o amministrativi» (art. 1, co. 6, lett. *b*). Si tratta di una previsione del tutto inedita, che si traduce in una «licenza più o meno libera di una espropriazione della giurisprudenza» al fine di «impedire il maturare di una interpretazione consolidata nei tempi e nei modi fisiologici previsti dal sistema» (71). In quanto riferita alla costituzione ed alla gestione dei rapporti di lavoro, la norma in esame attiene *de plano* alla materia del controllo giudiziale sui poteri datoriali: il legislatore delegato, laddove si avveda di un contrasto giurisprudenziale in tema di esercizio del potere direttivo, ben potrebbe abrogare la norma interessata. L'insofferenza verso la mediazione giudiziale non potrebbe essere espressa in termini più netti, "armando" il legislatore delegato di una sorta di rasoio di Occam funzionale ad una visione puramente meccanicistica dell'applicazione della legge. In nome della semplificazione, insomma, il legislatore è autorizzato a negare l'interpretazione, nel senso proprio di attribuzione di significato agli enunciati normativi, la quale naturalmente si nutre anche di contrasti, accreditando il punto di vista (puramente ideologico) dell'imparzialità scientifica della norma (72).

Ma la pretesa di neutralizzare l'attività interpretativa del giudice e, più in generale, la funzione stessa dell'interpretazione giudiziale e della sua autorità, viene sconfessata dallo stesso *Jobs Act* laddove, articolando le linee direttive per il legislatore delegato in materia di revisione della disciplina delle mansioni e dei controlli a distanza (art. 1, co. 7, lett. *e* ed *f*), riflette una logica di ponderazione degli interessi che non può non richiamare l'attività valutativa ed interpretativa del giudice. Quanto alla disciplina delle mansioni appare evidente, da un lato, che la norma recupera e formalizza un orientamento consolidato della giurisprudenza, già adusa ad interpretare in modo flessibile il divieto di adibizione a

(71) F. Carinci, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, 2014.

(72) Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, *Tratt CM*, 1980, spec. Cap. II, dedicato all'attività interpretativa.

mansioni inferiori in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o riconversione aziendale tali di imporre il licenziamento. Dall'altro la delega richiama la necessità di "criteri oggettivi" e, soprattutto, di un contemperamento tra l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del prestatore alla tutela del posto di lavoro, alla professionalità e alle condizioni di vita ed economiche: in tal modo il legislatore apre alla funzione giudiziale, risolvendosi il contemperamento degli interessi in un "tipico lavoro da giudici" (73). Del pari, il contemperamento tra esigenze produttive ed organizzative dell'impresa e la tutela della dignità e riservatezza del lavoratore prospettata in materia di revisione della disciplina sui controlli a distanza (art. 4 St. lav.) richiama un bilanciamento degli interessi che difficilmente potrà prescindere — comunque la norma verrà in concreto plasmata — dall'intervento giurisprudenziale.

9. *Il problema del controllo giudiziario del licenziamento dalla legge Fornero al Jobs Act.* — In controtendenza con l'intento restrittivo del Collegato lavoro si pone la riforma Fornero, nella parte in cui ha riformato l'art. 18 St. lav. La novella, lasciando inalterate le cause di giustificazione del recesso, ha operato una gradazione delle sanzioni per il licenziamento illegittimo, adottando un criterio logico-sistematico basato sulla valutazione giudiziaria del "fatto" (imputato al lavoratore nel gms o posto a base del licenziamento nel gmo) che sembra ampliare, e non depotenziare, il ruolo interpretativo del giudice.

La dottrina non si è risparmiata di attribuire giudizi oltremodo negativi alla stesura del testo finale, frutto di compromessi legislativi e sindacali, che, giungendo ad un'articolazione esasperata delle fattispecie sanzionatorie, associata a concetti elastici ed indeterminati e, quindi, imprevedibili (74), attribuisce ampi poteri discrezionali al giudice, il quale rischia di divenire il "vero legislatore" nel

(73) F. Carinci, *op. cit.*

(74) S. Nadalet, *op. cit.*, 67. Secondo l'A. la critica non verte interno all'inflazione normativa, in quanto un testo molto dettagliato può rilevarsi alla lunga anche più efficace, bensì intorno alla capacità del legislatore di dettare regole chiare, coordinandole, in modo tale che siano utilizzabili nella prassi rispetto allo scopo perseguito.

definire con le sue decisioni l'ambito di operatività della tutela reale (75).

In altre parole, se da un lato il sindacato giudiziale non dovrebbe estendersi al merito delle scelte imprenditoriali, potendo il giudice solo valutare la concreta esistenza della scelta e la sussistenza del nesso di causalità, dall'altro residuano, in sede di accertamento, ampi spazi di discrezionalità. Particolarmente evidente di tale discrezionalità valutativa è la distinzione tra la «insussistenza del fatto», a cui consegue una tutela reale, e gli altri casi in cui il «fatto», pur sussistente, non integra le causali giustificative del recesso, ove si applica la tutela risarcitoria. Tale discrezionalità sussiste soprattutto sotto il profilo dell'interpretazione del fatto (materiale o giuridico) con esiti operativi diametralmente opposti in termini di ampiezza del rimedio reintegratorio rispetto a quello risarcitorio (76); ed il potere discrezionale del giudice è oltremodo ampliato laddove, nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in presenza del requisito della manifesta insussistenza, previsto per la tutela reintegratoria, il giudice "*può*" reintegrare (o meno) il lavoratore (77).

Tali incertezze interpretative hanno provocato ricadute negative nella gestione del contenzioso, con una sostanziale imprevedi-

---

(75) In tal senso G. Vidiri, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, *q. Riv.*, 2012, 624. V. inoltre O. Mazzotta, *op. cit.*, 241, secondo cui «ancora una volta il legislatore non potrà lamentare indebite intromissioni nell'area a sé riservata da parte dei giudici del lavoro: sarà questa un'ennesima occasione in cui si consumerà un conflitto tra poteri, altrimenti evitabile».

(76) Sul punto, *ex multis*, e senza pretesa di completezza, si rinvia esemplificativamente alle tesi di A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, *q. Riv.*, 2012, I, 415 ss.; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, *ADL*, 2012, 612 ss.; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, *ADL*, 2013, I, 1 ss. (favorevoli ad una lettura del fatto in senso materiale); A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. Lav.* Ratio *ed aporie dei concetti normativi*, *ADL*, 2013; V. Speziale, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma* cit., M.T. Carinci, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito determinante alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, *RGL*, 2012, 4, 654 ss. (favorevoli ad una lettura del fatto in senso giuridico).

(77) Cfr. V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, *q. Riv.*, 2012, 558.

bilità sull'esito delle controversie in tema di licenziamento (78). È vero che la prima pronuncia della Cassazione ha affermato che la verifica giudiziaria sulla sussistenza/insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento deve essere svolta «senza margini per valutazioni discrezionali» in relazione all'esistenza o meno del fatto, il quale deve intendersi come «fatto materiale», con conseguente eliminazione di ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato (79). Ma non è affatto detto che l'interpretazione fornita dalla Suprema Corte in questa prima sentenza sia destinata a fare giurisprudenza, chiudendo un conflitto interpretativo molto acceso sia in dottrina sia nell'ambito della magistratura di merito. Non a caso il legislatore si è altrimenti attrezzato, ed il quadro sin qui descritto è destinato ad un brusco mutamento di prospettiva, secondo la nuova, ed assai più radicale filosofia del *Jobs Act*. Fondata su evidenti presupposti di *law and economics* volti a rovesciare definitivamente la prospettiva rimediale, la legge delega dispone infatti per le nuove assunzioni, da realizzarsi con il «contratto di lavoro a tutele crescenti», una drastica limitazione del diritto alla reintegrazione, la quale, del tutto esclusa per i licenziamenti economici — ove risulta rimpiazzata da un indennizzo monetario crescente con l'anzianità di servizio —, viene fortemente limitata nell'ambito dei licenziamenti per motivi soggettivi. In sintesi, la tutela reintegratoria risulterà operante solo in caso di licenziamento nullo e discriminatorio, nonché per «specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato», quest'ultime da individuare legislativamente (art. 7, lett. *c*, l. n. 183/2014) e non, come sarebbe stato preferibile, mediante il rinvio alle tipizzazioni della contrattazione collettiva (80). La discrezionalità valutativa del giudice si riduce, di conseguenza, spostandosi dalla scelta del tipo di tutela (reintegrazione o indennizzo) al *quantum* di monetizzazione del recesso ingiustificato. Eppure, l'impianto del *Jobs*

(78) G. Vidiri, *op. cit.*, 649.

(79) Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, *GI*, dicembre 2014, nt. L. Fiorillo, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del "fatto materiale"*.

(80) L'autonomia collettiva già esplica un'importante funzione regolativa predeterminando le ipotesi di inadempimento sanzionabili con provvedimenti conservativi, a fronte dei quali l'irrogazione del licenziamento comporta la reintegrazione.

Act potrebbe non raggiungere pienamente lo scopo, in ragione della perdurante funzione di controllo giudiziario in punto di giustificato motivo e di giusta causa del licenziamento, che il legislatore non ha modificato. Si prenda, ad esempio, la materia del licenziamento economico: qui la reintegrazione dovrebbe escludersi del tutto e, con essa, ridursi drasticamente la discrezionalità giudiziale. Ma poiché il licenziamento rimane nella sua struttura giuridica un atto causale, necessariamente sorretto da un giustificato motivo oggettivo, la magistratura continuerà la propria attività di controllo circa la sussistenza di valide ragioni economiche ed organizzative, in mancanza delle quali il recesso potrebbe dissimulare un motivo pretestuoso o fraudolento, o peggio discriminatorio, che merita la riqualificazione del vizio e della relativa sanzione; onde il controllo dei motivi del licenziamento potrebbe continuare a veicolare l'opzione reintegratoria almeno in quei casi in cui il giudice accerti, su domanda del lavoratore, la natura "occulta" del recesso (81). Tale possibilità, già prevista dall'art. 18, co. 7 dello St. lav., non può certo essere esclusa dalla riforma del *Jobs Act*, che pur negando in caso di mancanza di giustificato motivo il rimedio della reintegrazione, non elimina, di converso, la possibilità della diversa qualificazione giudiziale dell'atto di recesso; in tal caso, in base alle regole generali sull'onere della prova (art. 2697 c.c.) spetterà al lavoratore dimostrare che l'atto datoriale è fondato su motivi diversi, ad esempio *lato sensu* disciplinari, mentre al datore toccherà l'onere di provare la sussistenza di una giusta causa e/o di un giustificato motivo soggettivo, rimanendo quindi impregiudicata la questione della sanzione del licenziamento illegittimo. Anche nel caso in cui venisse normata la fattispecie, di ascendenza francese, di risoluzione consensuale con corresponsione di indennità risarcitoria predeterminata — la *rupture conventionnelle* introdotta in

(81) In termini, seppure con riferimento alla disciplina dell'art. 18 nella versione novellata dalla legge n. 92/2012, C. Cester, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. Carinci - M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Ipsoa, 2012, 32; V. Speziale, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, *CSDLE, It, n. 165/2012*, 24. Nello stesso senso di cui al testo cfr. L. Perina - S. Visonà, *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo: dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art. 18*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, diretto da L. Fiorillo-A. Perulli, IV, *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2014, 221 ss., con particolare riferimento al concetto di "pretestuosità" e di "abuso del diritto" (226 ss.).

Francia dalla legge di modernizzazione sociale 2008-596 —, non potrà essere precluso il controllo giudiziale sulla validità del patto di rottura, per escludere vizi di nullità legati alla manifestazione del consenso, o a dissimulate ragioni discriminatorie (82), ovvero, come accade nell'ordinamento d'oltralpe, a carenze di omologazione amministrativa del patto medesimo.

10. *Sindacato di merito ed errore di diritto (art. 1, co. 43, l. n. 92/2012).* — Allo scopo di rafforzare la previsione normativa e di ribadire l'obiettivo di contenimento del sindacato giudiziale rispetto alle decisioni imprenditoriali, il co. 1 dell'art. 30 è stato integrato dall'art. 1 co. 43 della l. n. 92/2012, con la previsione di impugnativa in Cassazione per violazione di norme di diritto nell'ipotesi in cui il giudice, in violazione dello stesso co. 1, si pronunci sul merito (83). Giova ricordare, d'altro canto, che la motivazione in punto di fatto del giudice di merito è ormai quasi insindacabile poiché, salvo casi eccezionali di "omessa" motivazione, il controllo della Cassazione sulla motivazione "insufficiente" o "contraddittoria" circa un fatto decisivo per il giudizio è stato abrogato ad opera della l. n. 134/2012 (art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c.). Pertanto, l'unico rimedio consiste nell'intervento nomofilattico della Cassazione che, *ex* art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c., controlla gli errori di diritto nella qualificazione dei fatti operata dai giudici di merito in base alle norme generali, rispettando i canoni ed i criteri desumibili da quelle stesse disposizioni e dagli standard conformi ai valori dell'ordinamento elaborati dalla stessa giurisprudenza di legittimità.

Ci si interroga, quindi, sul rapporto tra la restrizione della sindacabilità delle ragioni di fatto in Cassazione ed il riformato art. 30 co. 1 del Collegato Lavoro, il quale sembra ampliare, almeno nelle intenzioni del legislatore, la possibilità di ricorso per Cassazione per errore di diritto concernente l'interpretazione di una norma a precetto generico (art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c.) (84). In altre

(82) Cfr. L. Zoppoli, *Tutele crescenti? Si, per le imprese*, *EL on line*, 14.12.2014.

(83) P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, *q. Riv.*, 2013, I, 168.

(84) Sul punto cfr. le differenti opinioni espresse in *Il controllo della Cassa-*

parole, nel caso in cui il giudice operi un controllo sul merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, si configura un vizio di diritto puro, denunziabile come tale ai sensi dell'art. 360, co. 1, n. 3), c.p.c. (85).

Le specificazioni giurisprudenziali di norme generali sono controllabili in sede di legittimità sotto il profilo della violazione di legge (86). In tal prospettiva sembra quindi formarsi un distinguo tra l'interpretazione della norma generale in senso stretto (come tale soggetta a controllo di legittimità *ex* art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c.) e la sussunzione della fattispecie concreta sotto la norma generale interpretata (soggetta a controllo di legittimità *ex* art. 360, co. 1, n. 5), c.p.c.). Mentre in sede di legittimità potrebbe sempre essere verificata la corrispondenza tra la specificazione ed il parametro di riferimento ai sensi dell'art. 360 co. 1 n. 3) c.p.c., l'applicazione in concreto del canone integrativo potrebbe essere sindacata solamente per omesso esame di un fatto decisivo del giudizio che sia stato oggetto di discussione tra le parti.

Alcuni autori sottolineano come il ragionamento giuridico debba articolarsi attorno ad una premessa maggiore (la norma), una premessa minore (il fatto) ed una conclusione (la regola del caso concreto): tale sussunzione deve ritenersi un giudizio di diritto (*quaestio iuris*) e non un giudizio di fatto (*quaestio facti*). In particolare, in presenza di clausole generali, sia l'interpretazione

---

zione sulle norme generali, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 1/2013.

(85) Sul punto, v. Aa.Vv., *Il controllo della Cassazione sulle norme generali*, in *Colloqui giuridici sul lavoro* cit.

(86) «La giusta causa di licenziamento, quale fatto "che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto", configura una norma elastica, in quanto costituisce una disposizione di contenuto precettivo ampio e polivalente destinato ad essere progressivamente precisato, nell'estrinsecarsi della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, fino alla formazione del diritto vivente mediante puntualizzazioni, di carattere generale ed astratto. A tale processo non partecipa invece, la soluzione del caso singolo, se non nella misura in cui da essa sia possibile estrarre una puntualizzazione della norma mediante una massima di giurisprudenza. Ne consegue che, mentre l'integrazione giurisprudenziale della nozione di giusta causa a livello generale ed astratto si colloca sul piano normativo, e consente, pertanto, una verifica di legittimità sotto il profilo della violazione di legge, l'applicazione in concreto del più specifico canone integrativo, così ricostruito, rientra nella valutazione di fatto devoluta al giudice di merito, e non è censurabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione insufficiente o contraddittoria», Cass. 12 agosto 2009, n. 18247, *MGC*, 2009, 9, 1258.

della norma che la sussunzione del fatto nella norma rientrino in un giudizio di diritto (87). Il rafforzamento della funzione nomofilattica è dimostrato dalla formulazione di principi generali suscettibili di essere utilizzati in futuro come precedenti nelle ipotesi in cui il caso concreto presenti caratteri sufficientemente tipici e quindi ripetibili. Tale aspetto richiama alla mente gli ordinamenti di *Common Law*, laddove il precedente è vincolante e l'evoluzione avviene mediante differenziazione del caso più recente contrassegnato da un elemento nuovo (88). L'interprete, infatti, nel momento in cui applica una norma generale, compie un'attività creativa, la quale «non avviene nel vuoto, bensì all'interno del campo delimitato dal legislatore tramite l'indicazione di un dato — e sia pure non autosufficiente, in mancanza della specificazione giudiziale — parametro normativo». In questo senso, l'affermazione, ad opera del nuovo testo dell'art. 30, co. 1, l. n. 183/2010, che la violazione del principio dell'insindacabilità del merito delle scelte imprenditoriali, qualora queste siano sottoposte a limiti dettati dalle norme generali, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto, avrebbe una mera portata ricognitiva di una posizione già acquisita dalla giurisprudenza (89).

---

(87) A. Vallebona, *Il controllo della Cassazione sulle norme generali*, in *Colloqui giuridici sul lavoro* cit., 88. L'Autore sottolinea peraltro come, secondo la maggior parte della dottrina, la presenza di clausole generali all'interno dell'ordinamento esalterebbe la funzione nomofilattica della Cassazione. Infatti, «fin dagli anni '90, la Suprema Corte ha, così, interpretato le clausole generali facendo riferimento sia ai criteri e ai valori che la stessa norma tacitamente richiama, sia agli standard valutativi conformi ai principi dell'ordinamento anche costituzionale elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, sia alla coscienza generale».

(88) R. Del Punta, *Il controllo della Cassazione sulle norme generali*, in *Colloqui giuridici sul lavoro* (a cura di A. Vallebona), 1/2013, 23. In tal prospettiva si sostiene che, se è vero che «con la riscrittura dell'art. 360 co. 1 n. 5), è stato quasi abolito il controllo del giudice di legittimità sulla motivazione, e dunque, sulla correttezza dell'iter logico-giuridico seguito dal giudice di merito in punto di accertamento dei fatti di causa», tuttavia l'applicazione di una norma elastica è «pienamente assoggettabile a controllo per violazione di norme di legge».

(89) R. Del Punta, *op. cit.* Secondo Ferrante, *Il controllo della Cassazione sulle norme generali*, in *Colloqui giuridici sul lavoro* cit., 23, si deve ritenere che «il ridursi dell'area del vizio di cui al n. 5) determini, per così dire in via di compensazione (secondo gli esatti termini in cui si esprime il quesito), un ampliamento del novero delle ipotesi che ricadono nell'area coperta dal n. 3)». Infatti, «per tutte le ipotesi in cui si lamenti un errore nella motivazione, comunque, appare corretto (...) ricondurre i vizi della motivazione sul fatto al n. 3 dell'art. 360 co. 1 c.p.c., valutando quindi l'errata qualificazione dei fatti alla stregua di

11. *Conclusioni*. — Il diritto del lavoro, contrariamente a quanto spesso si afferma, non ha mai assolutizzato i propri fondamenti assiologici: dalle sue origini, e a tutte le latitudini, è una materia convenzionale e reversibile: Gerard Lyon-Caen, parlava, evocando Vico, di una *Pénélope devenue juriste*» (90), e Simon Deakin definisce oggi le soluzioni apprestate dal diritto del lavoro come «*space-and time-specific*» (91). È evidente che il tema del controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore, principale baricentro della materia, partecipi a questa natura precaria e reversibile delle tutele. È vero — come è stato opportunamente ribadito anche di recente — che il giudice, nel nostro come in altri ordinamenti, risulta essenziale per garantire il rispetto dei valori costituzionali e riveste il ruolo di «estremo terminale della giustizia (del

una violazione delle norme di diritto, là dove la legge impone alla sentenza di essere motivata». In ogni caso, secondo l'Autore, l'art. 30, co. 2, l. 183/2010 non vale a sanare completamente il *vulnus* della modifica del n. 5, in quanto vi sono casi in cui il giudice si mantiene entro i limiti che l'ordinamento gli assegna in ordine alla qualificazione del fatto, ma, semplicemente, non esercita correttamente i suoi poteri. Anche S. Magrini e S. Cassar, *Il controllo della cassazione sulle norme generali* cit., 50, ravvisano la «tendenza legislativa e giurisprudenziale ad ampliare l'area del controllo di legittimità sulla violazione di legge *ex* art. 360 n. 3 c.p.c. — attraverso il potenziamento delle clausole generali, quale veicolo per l'inserimento nell'ordinamento di "standard valutativi esistenti nella realtà sociale, riassumibili nella nozione di civiltà del lavoro" (così già Cass. S.U. 16 luglio 1999, n. 434, ed ora, con riferimento, ad un caso davvero peculiare di giusta causa di licenziamento negata dalla Corte territoriale, Cass. 15 luglio 2013, n. 17315) — assume il ruolo di un mezzo di compensazione della riduzione (salve eccezioni) del controllo di legittimità sull'apprezzamento dei fatti, spostando il controllo sul terreno delle norme di diritto in senso lato, comprensive di regole sociali recepite dall'ordinamento legale attraverso le clausole generali». Alla luce di tale presupposto, gli Autori sollevano alcune criticità. Innanzitutto la norma non avrebbe portata innovativa, bensì solo confermativa di affermazioni giurisprudenziali indiscusse. Inoltre, vengono sollevati dubbi in relazione all'opportunità di attribuire al giudice del potere di attingere le ragioni delle decisioni dalla realtà o dalla coscienza sociale. Infine, secondo gli Autori risulterebbe potenziata la discrezionalità dei giudizi di Cassazione, in quanto ciò che è «finalmente uscito dalla porta del n. 5 dell'art. 360 potrebbe rientrare, e più pericolosamente, dalla finestra del n. 3».

(90) G. Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, 1995.

(91) S. Deakin, *The Contribution of Labour Law to Economic and Human Devepolment*, in G. Davidov & B. Langille (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, 174.

singolo caso) ed insostituibile mediatore sociale e culturale» (92). Sono tuttavia i termini di questa mediazione che si stanno progressivamente alterando, sul presupposto, in definitiva ideologico, «che il controllo giudiziale della legittimità del licenziamento e le sanzioni previste per il licenziamento illegittimo costituirebbero un'indebita invasione nell'area dei poteri riservati al datore di lavoro onde scoraggerebbero, se non impedirebbero, nuove assunzioni» (93). In questa prospettiva si è aperta una nuova stagione di riforme che interessa i paesi europei alla ricerca di opportunità di crescita, affidata alla ricetta della *law and economics*. Un esempio eclatante, per richiamare una significativa esperienza comparata, è offerto dalla riforma spagnola dei licenziamenti economici, che, con una coerenza assai maggiore di quella espressa dal legislatore italiano, batte in breccia proprio l'attitudine del controllo giudiziario mediante la riformulazione della nozione di causa economica del licenziamento, abolendo espressamente il controllo di razionalità; di conseguenza, l'imprenditore non è più tenuto a «*justificar la razonabilidad de la decision extintiva para preservar o favorecer su posicion competitiva en el mercado*».

Il legislatore italiano, con i rammentati interventi in materia di controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore, non ha saputo affrontare secondo una logica razionale e giuridicamente fondata la questione del controllo giudiziario delle prerogative imprenditoriali, creando nuovi interrogativi ermeneutici e defatiganti controversie applicative. Una limitazione generale delle funzioni del giudice in materia di accertamento del legittimo esercizio dei poteri datoriali, disposta dal comma 1 dell'art. 30, l. n. 183/2010, ha sollevato una serie di ulteriori dibattiti interpretativi, anche di ordine costituzionale, ed appare più una norma ideologica che un criterio direttivo idoneo a contrastare l'asserito decisionismo giudiziario; comunque, la sua portata innovativa è stata del tutto derubricata dalla dottrina maggioritaria ad una mera ripetizione di principi già acquisiti dal diritto vivente.

Altri importanti interventi legislativi, come quello riguardante

(92) O. Mazzotta, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, *q. Riv.*, 2013, 239.

(93) Così M. Persiani, *Premessa*, in M. Persiani - S. Liebman, *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Utet, 2013, 9.

l'art. 18 dello St. lav., sembrano aver piuttosto ampliato, in un quadro di generale incertezza, le prerogative discrezionali del giudice, specialmente in relazione all'accertamento del "fatto" ed alle sue conseguenze rimediali. La riforma del *Jobs Act* consegnerà all'interprete del contratto "a tutele crescenti" nuove questioni interpretative, pur in una logica di marginalizzazione della reintegrazione e di una ulteriore riduzione del protagonismo giudiziale, che tuttavia difficilmente potrà attuarsi «più di tanto» (94). Resta sullo sfondo l'insopprimibile esigenza di ristabilire l'equilibrio delle prerogative e delle responsabilità nell'impresa, soprattutto di fronte all'impotenza del discorso economico dominante «*à saisir la dimension politique de l'entreprise*» (95), e quella di fornire al controllo dei poteri dell'imprenditore un quadro giuridico coerente con un sistema giuridico realmente autonomo, non asservito alla tirannia dei valori economici e all'individualismo metodologico. In conclusione, non potrà imputarsi alla magistratura del lavoro se rimane controverso, e legislativamente irrisolto, il problema dell'equilibrio tra poteri del datore e certezza del diritto, da una parte, e tutela dei diritti fondamentali del lavoratore e valutazione giudiziaria, dall'altra parte: equilibrio, in cui si risolve, in ultima analisi, il problema giuridico-sistematico che ho cercato sin qui di riassumere.

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DEI POTERI DELL'IMPRENDITORE TRA EVOLUZIONE LEGISLATIVA E DIRITTO VIVENTE. — Riassunto. *Il saggio ripercorre il tema del controllo giudiziario dei poteri dell'imprenditore, identificando le varie tecniche di controllo (tipicità degli atti, clausole generali, proporzionalità). Negli ultimi anni la tendenza a limitare la discrezionalità del giudice ha ridotto i margini del controllo, lasciando maggiore libertà ai poteri dell'imprenditore.*

THE JUDICIAL CONTROL OF EMPLOYERS' POWERS BETWEEN LEGISLATIVE EVOLUTION AND LIVING LAW. — Summary. *The essay deal with the control of managing power by the Courts, identifying the different techniques of control (law, general clauses, proportionality). In the last years the tendency to limit discretionary of the judges reduced the ability to control, giving more freedom to the employer's power.*

(94) Cfr. F. Carinci, *Jobs Act, atto II* cit., 8 (del dattiloscritto).

(95) O. Favereau, *Note critique sur le droit, l'économie et le "marché" du travail*, ***RDT***, 2012, 486.