Di prossima pubblicazione in A. Perulli, L. Fiorillo "*Il nuovo diritto del lavoro*" Giappichelli Editore Torino, 2013.

Il ruolo e le prerogative del giudice nella conciliazione giudiziale, certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore

Premessa: la critica economica e dogmatica al ruolo del giudice del lavoro.

Uno dei temi ricorrenti, e per certi versi "fondativi" del diritto del lavoro, riguarda il ruolo e le funzioni del giudice, il cui ufficio risulta decisivo sia nell'ottica *pro-labour* del garantismo individuale e collettivo, sia in una prospettiva maggiormente orientata alla tutela dell'interesse imprenditoriale[1]. Tutti gli istituti del diritto del lavoro risultano profondamente influenzati dalle decisioni della magistratura: capace di conformare il modello stesso di tutela proposto dal diritto del lavoro, l'intervento giudiziale gioca un ruolo decisivo nell'ambito del controllo circa il corretto impiego dei poteri datoriali, così come nel vaglio delle ragioni poste a base del licenziamento. Divenuto responsabile della conservazione e della promozione di interessi finalizzati da obiettivi socio-economici, il giudice incarna una funzione ormai irriducibile a quella tradizionale, proposta con l'immagine del magistrato "*bouche de la loi*", per diventare addirittura, in settori dell'ordinamento particolarmente sensibili agli aspetti gestionali, come nel diritto societario, un vero e proprio giudice-*manager*[2].

Nel diritto del lavoro, imperante una *nuovelle vague* di modernizzazione degli istituti e di ridefinizione degli orientamenti garantistici, il ruolo del giudice è stato percepito come un ostacolo al rinnovamento e posto sotto accusa per l'uso ideologico ed "intrusivo" delle sue prerogative, con particolare riferimento alla materia del licenziamento per motivo economico, ove, secondo le prescrizioni dell'analisi economica del diritto, lo stesso controllo del giudice andrebbe sostituito da un mero filtro monetario: come se, a fronte delle esigenze di un nuovo equilibrio fra istanze sociali e imperativi dell'economia, si potesse nuovamente far rivivere l'illusione settecentesca di

---

[1] Per l'orientamento tradizionale, cfr. F. Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1969, p. 18, secondo il quale «la conoscenza della giurisprudenza è d'importanza essenziale per lo studio approfondito del dirtto del lavoro» ; nella dottrina giuslavoristica più recente, R. Del Punta, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, I, p. 461 ss.

[2] Cfr. A. Lecourt, *Le juge et l'economie*, Paris, 2004. V. anche C. Hannoun, *Le juge commercial et la décision de gestion*, in *Le juge et l'acte de gestion*, Paris, Dalloz, 2010, p. 91 ss.

"eliminare i difetti della giurisprudenza e ridurre il compito del giudice ad un puro calcolo"[3]. Quest'illusione settecentesca combacia, per vero, con la moderna aspirazione della *Law & Economics*, che tende a ridurre l'ordinamento giuridico ad un sistema di costi, precalcolabile in una logica di pure efficienza economica, rispetto al quale il giudice dovrebbe rivestire un ruolo puramente notarile e la sua attività interpretativa dovrebbe connotarsi eminentemente in guisa "dichiarativa" del *dictum* legale, piuttosto che "creativa" di nuove regole ed obbligazioni. Il diritto del lavoro, si afferma da più parti, deve essere più *efficace* in una accezione aziendalistica (non giuridica) del termine[4]: deve essere più coerente, anche nei suoi profili applicativi, con gli imperativi di competitività del sistema economico, assecondando le esigenze di flessibilità delle imprese coinvolte in una competizione globale, pena l'ampliarsi di macrofenomeni controintuitivi che incidono negativamente non solo sulle dinamiche del mercato, ma anche sul piano sociale e delle garanzie occupazionali: delocalizzazioni produttive, chiusure di stabilimenti, mancato *turn-over* sul mercato del lavoro e nuovi dualismi tra *insiders* ed *outsiders*, ecc. Anche la dottrina più moderata, pur senza avvallare visioni estreme di delegittimazione dell'ufficio della magistratura, critica perduranti tratti "unilaterali ed ideologici" nell'operato della giurisprudenza, auspicando la presenza di un giudice del lavoro "meno diverso" e quindi più incline ad interiorizzare, nella propria missione, quelle istanze economiche che la disciplina giuslavoristica ha nel frattempo internalizzato[5].

Il ruolo del giudice è quindi fortemente implicato nel più ampio processo di rivisitazione sostanziale del diritto del lavoro, reso più sensibile alle esigenze dell'impresa in una fase di storica di globalizzazione dei mercati e di crisi economica, anche se la sua figura attiene propriamente alla dimensione processuale della materia. Invero, nella prospettiva critica in esame è la stessa dimensione processuale del lavoro a rappresentare un limite all'efficientismo economico, tanto che la riduzione dell'area di intervento del giudice si accompagna ad altre misure volte ad incidere sui profili processuali, disincentivando il ricorso alla giustizia ordinaria mediante la promozione dell'arbitrato e il potenziamento dell'istituto della certificazione. Il giudice ha un ruolo diseconomico in un duplice senso: a) è diseconomico il processo in sè, di cui il giudice rappresenta

---

[3] Cfr. G. Ghezzi, *Osservazioni sul metodo dell'indagine giuridica nel diritto sindacale*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1970, p. 407.

[4] Cfr. A. Lyon-Caen, A. Perulli, *Efficacia e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010

[5] Cfr. R. Del Punta, op. cit., p. 478 s. Il "meno diverso" sembra riferirsi ad un ruolo più neutrale (con riferimento al conflitto di interessi tra capitale e lavoro) rispetto a quanto accade in altri settori dell'ordinamento; tuttavia questo argomento non regge ove si considerano gli ampi e penetranti poteri del giudice in molte situazioni che coinvolgono gli interessi dell'impresa (come ad esempio nel diritto societario o fallimentare, o nel diritto dei consumatori).

l'organo direttivo: il processo è il luogo in cui si materializza quella che altri ha definito la "deriva conflittuale permanente", fonte di abusi (impiego strumentale delle tutele processuali), diseconomie processuali, incertezza del diritto, ecc.; b) è diseconomico l'intervento del giudice perché la sua funzione creativa unitamente alle prerogative di controllo invade la sfera della decisione organizzativa-gestionale, che andrebbe invece mantenuta al riparo dalle incursioni di soggetti esterni alla direzione aziendale. Il giudice non ha la competenza economico-gestionale necessaria per realizzare un controllo efficiente delle ragioni sottese al licenziamento per motivo oggettivo. Per questo, seguendo la dottrina giuseconomica, conviene escludere il controllo del giudice, fonte di imprevedibilità ed insicurezza, sostituendolo con un filtro monetario, che renda calcolabile *ex ante* il costo del recesso. In realtà questo tipo di argomenti pragmatici sono fuorvianti, sia perché confondono tra competenza economica-gestionale e competenza tecnico-giuridica (ed è quest'ultima, non la prima, che serve al giudice per realizzare il controllo di legalità del recesso), sia perché lo stesso ordinamento giuridico può colmare questo genere di asimmetrie informative, come accade laddove, nell'ambito delle procedure di licenziamento economico regolate dal diritto francese, si consente il ricorso a esperti-contabili indipendenti chiamati a chiarire le problematiche sottese al recesso sia ai rappresentanti del personale sia allo stesso giudice.

In questa prospettiva il giudice, esercitando il controllo sulle prerogative imprenditoriali, tenderebbe a fare un cattivo uso dei principi giuridici che governano l'equilibrio tra i valori contemplati dall'ordinamento, l'iniziativa economica privata (libertà di intraprendere) garantita dall'art. 41, co. 1, Cost., da un lato, e la tutela del lavoratore dall'altro. In realtà, si afferma, il giudice non è legittimato a sottoporre il potere di decisione organizzativa dell'impresa ad un vaglio di razionalità, né a controllare in maniera approfondita il motivo oggettivo del licenziamento, cioè – secondo una formula ormai abusata - a "sindacare il merito" del provvedimento datoriale; e quando lo fa eccede i suoi poteri, viola il principio costituzionale di iniziativa economica, onde il controllo sulle prerogative imprenditoriali di gestione finisce per essere un modo per imporre l'ideologia del giudice o addirittura la sua visione politica[6]. Il giudice può, al massimo, controllare la sussistenza del motivo economico, e che la sua esistenza non nasconda una frode alla legge o una discriminazione, ma non può assolutamente apprezzare la pertinenza economica del motivo[7]. Com'è stato efficacemente osservato proprio da un Giudice, questo modello si ispira a quello del

---

[6] Per tutti, nella dottrina italiana, M. Persiani, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in ADL, 2000, p. 1 ss.

[7] Cfr. Nella dottrina francese G. Canivet, *L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation*, in DS, 2005, p. 951 ; Ph. Langlois, *Le respect de la loi en droit du travail*, D. chron., 1997, p. 45.

"giurista puro, così versato nelle elaborazioni concettuali logicamente inattaccabili, quanto chiuso al mondo dei valori e insensibile alle istanze morali, sociali e politiche"[8].

In realtà, una simile critica dogmatica al ruolo del giudice è del tutto infondata. Sorda alla tradizione ermeneutica, espressione di un giuspositivismo legalista che vorrebbe ridurre l'atto del giudicare ad un sillogismo, la critica in esame ignora evidentemente l'argomento di Kojève sull'imparzialità del terzo, ove si dimostra come l'intervento del giudice non può, per definizione, essere disinteressato, nella misura in cui ogni suo atto modificando oggettivamente la realtà mondana modifica anche l'attore che di quel mondo è parte[9]. Se il giudice attraverso la sua attività è necessariamente parte di un processo ermeneutico di modificazione del mondo, fuorviante risulta essere la risalente visione oppositiva fra un controllo giudiziario di mera legittimità, che dovrebbe preservare il *milieu* economico dalla visione soggettiva del giudice, ed un controllo di merito, o di opportunità, che quel dato economico penetra e seleziona; visione recepita nell'insegnamento che, in materia di licenziamento economico, ammette solo il primo tipo di controllo (sull'effettività della scelta economica, *id est* i fatti allegati dal datore di lavoro e sul nesso di causalità fra questa ed il licenziamento), negando recisamente il secondo[10].

In realtà l'ordinamento giuridico, richiedendo la necessaria presenza di *ragioni* che legittimano il licenziamento[11], non esclude affatto il controllo sulla congruità e serietà dei motivi addotti dall'imprenditore, consentendo al giudice di vagliare quelle ragioni in funzione di una giustificazione dell'atto, non solo sotto il profilo della loro concreta sussistenza, ma ricercando la loro intrinseca razionalità, strumentale e valoriale. Nel processo che porta il giudice a valutare la sussistenza della causale giustificativa "il parametro legale si estrinseca nella valutazione di merito della ragione addotta, il che equivale a riconoscere che legittimità e merito sono talmente intersecati

---

[8] G. Benassi, *Clausole generali e giudice del lavoro: l'art. 30, primo comma, della legge n. 183 del 2010*, in Arg. Dir. Lav. 2012, 1, p. 100.

[9] A. Kojéve, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, Paris, 1981, p. 78: "*le Juge est donc toujours "interessé". Directement ou indirectement il profite toujours de son intervention, ou est lésé par elle. En fait il n'y a pas de Juge « désintéressé »*. Già Platone nel *Gorgia* LXXIX, ravvisa la condizione indispensabile della decisione giusta nella messa a nudo del giudice, che con la sola anima giudica un'altra anima : un morto, isolato dalle influenze terrene del corpo, della passione, del sentimento, dei desideri.

[10] Cfr. ad es., nella manualistica italiana più recente, O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam , Padova, 2011, p. 519.

[11] La necessità di una ragione giustificativa del licenziamento è presente, come è noto, in presochè tutti gli ordinamenti europei, nonchè nelle fonti sovranazionali : l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE detta il principio per cui ogni licenziamento va giustificato, e l'art. 24 della Carta sociale europea ribadisce il principio per cui ogni licenziamento deve fondarsi su una valida ragione (« *valid reason* ») ; cfr. da ultimo G. Orlandini, *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 2012, p. 25

da confondersi"[12]. Vedremo, peraltro, come tale penetrazione del controllo sulle ragioni economiche non equivale a una violazione delle prerogative costituzionalmente garantite della libertà economica, trovando un suo preciso fondamento giuridico nell'applicazione del principio di razionalità/proporzionalità al potere dell'imprenditore, secondo un indirizzo presente in molti ordinamenti, anche di *common law*[13].

V'è infine un argomento di carattere sociale/morale contro la funzione del giudice, secondo il quale il controllo giudiziale sui licenziamenti, oltre ad essere diseconomico, è *antisociale* perché produce un impatto negativo sull'occupazione e conduce ad un mercato del lavoro "duale" (secondo la fortunata tesi *insiders/outsiders*). Seguendo questa critica - la più corrosiva per le ragioni "sociali" del diritto del lavoro - le imprese non assumono con contratti a tempo indeterminato perché le norme di protezione dell'impiego (l'*Employment Protection Legislation*) sono troppo rigide e consentono un'interpretazione giurisprudenziale invasiva delle prerogative manageriali. Per giustificare questa critica vengono impiegati argomenti macroeconomici, e soprattutto valorizzati in funzione precettiva gli "indici" di attrattività economica elaborati delle organizzazioni internazionali (Banca mondiale, OCSE, ecc.) che classificano i paesi in ragione del livello di *Employment Protection Legislation* (indici che, peraltro, non prendono in considerazione proprio le dinamiche regolative conseguenti all'interpretazione giudiziale delle norme)[14].
La conseguenza è sempre la stessa: i giudici non devono "immischiarsi" nella decisione imprenditoriale, limitando il loro ufficio a casi estremi, ad esempio di licenziamento discriminatorio o comunque riducendo il loro potere di controllo a quello che in Francia si chiama *détournement de pouvoir*. Meglio ancora se l'intervento del giudice viene del tutto escluso e sostituito con altri congegni più funzionali alla dinamica del mercato del lavoro: meccanismi incitativi, come quello

---

[12] Così G. Ferraro, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinelli e G. Ferraro, a cura di, Il contenzioso del lavoro, Giappichelli, Torino, 2011, p. 8.

[13] 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, p. 43 ss. ; F. Bousez, *La proportionnalité en droit du travail*, ivi, p. 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*, p. 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".

[14] Cfr. R. Dalmasso, T. Kirat, *Comparer, mesurer, choisser : l'art périlleux de la leximétrie du licenciement*, in Travail et emploi, 2009, 33 ss.

del *bonus/malus* previsto nelle varie proposte di *contratto di lavoro unico*, che sopprime le procedure di licenziamento lunghe e costose[15].

In tal prospettiva il legislatore appresta tre vettori della riforma: il primo va nella direzione di una deflazione con rilancio dell'arbitrato e della conciliazione, il secondo segna un contenimento dei poteri del giudice, il terzo propone un ampliamento (vero o presunto) degli strumenti di potenziamento dell'istituto della certificazione.

Nel primo ambito (deflazione tramite arbitrato e conciliazione) i poteri del giudice sono ampliati, nella misura in cui riescano ad essere "economici", cioè capaci di ridurre il contenzioso soffocandolo *in limine litis* (ruolo del giudice nella conciliazione giudiziale); nei secondi due ambiti, invece, il ruolo del giudice risulta compresso, nella misura in cui l'intervento è "diseconomico", frapponendosi alla volontà delle parti o limitando la sfera delle prerogative datoriali: vengono in rilievo, a tal riguardo, le norme sulla certificazione, e quelle volte a limitare i poteri del datore a fronte di clausole generali. In questi ultimi casi, il dettato legislativo è direttamente rivolto al giudice, e non agli atti o rapporti giuridici oggetto della decisione giudiziale, con un singolare orientamento di "conformazione" del comportamento della magistratura in materia ritenute a sensibile rischio di decisionismo" giudiziario[16].

I) **Ruolo del giudice nella conciliazione giudiziale.**

Come è noto, il collegato lavoro ha riportato il tentativo di conciliazione nella sfera della facoltatività, mentre ha confermato l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione una volta iniziato il giudizio. Il ruolo del giudice ne esce anzi accentuato: egli infatti deve formulare una proposta transattiva, il cui ingiustificato rifiuto costituisce un comportamento valutabile ai fini del giudizio. In tal prospettiva l'art. 31, co. 4, ha modificato l'art. 420, co.1, c.p.c., sostituendo alle parole: "e tenta la conciliazione della lite", con le parole : "tenta la conciliazione della lite e formula alle parti una proposta transattiva"; inoltre le parole "senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione" vengono sostituite da "o il rifiuto della proposta

---

[15] Sul tema del contratto unico v. F. Carinci, *Provaci ancora Sam: ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*", 2012; A. Perulli, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in RIDL, 2012.

[16] Cfr. M. T. Carinci, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT – 114/2011, 3; M. Tremolada, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in Il Collegato lavoro 2010, a cura di M. Miscione, D. Garofalo, Ipsoa, Milano, 2011, p. 159.

transattiva del giudice, senza giustificato motivo, costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio".

Il giudice quindi deve svolgere a fondo questo rinnovato ruolo di conciliatore. Potrà giovarsi dell'attività espletata in altri sedi conciliative ove il tentativo facoltativo sia stato esperito con esito negativo, e in tal caso sarà agevolato dagli adempimenti prescritti dall'art. 411 c.p.c., che prescrive che "ove il tentativo di conciliazione sia stato richiesto dalle parti al ricorso depositato ai sensi dell'art. 415 devono essere allegati i verbali e le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito", fra cui vi sarà la proposta conciliativa della commissione. Le due proposte conciliative, quella della Commissione e quella del giudice, vengono quindi ad affiancarsi, restando peraltro del tutto indipendenti l'una dall'altra: il giudice certo non sarà vincolato a rimanere fedele alla proposta dell'organo amministrativo; egli deve "tener conto in sede di giudizio" della mancata accettazione, non della proposta conciliativa in se.

Si è scritto che l'accentuazione di tale ruolo conciliativo è modesta, perché la norma, volendo disciplinare gli effetti del rifiuto ingiustificato della proposta del giudice, ha usato una tecnica diversa da quella adottata in materia di tentativo di conciliazione pregiudiziale, cioè ampliando, come abbiamo ora visto, il testo dell'art. 420, co.1., c.p.c., equiparando *quoad effectum* la mancata adesione alla proposta alla mancata comparizione personale delle parti all'udienza di discussione senza giustificato motivo. L'esito dell'utilizzo di questa tecnica normativa "ingenua" non avrebbe tenuto conto della differenza strutturale fra le due ipotesi: in quella originaria (mancata comparizione delle parti) l'effetto si produce in quanto negli atti processuali sono presentate allegazioni di fatto sulle quali la mancata comparizione vale come elemento di convincimento, mentre cio' sarebbe un non senso con riguardo alla proposta del giudice, che da tali allegazioni prescinde. La conclusione, in tal prospettiva, conduce ad interpretare la disposizione in esame, quanto agli effetti, alla stregua di quanto previsto per il tentativo pregiudiziale, che riguarda(va) solo il piano delle spese processuali[17]. Infatti, nella disciplina sul pubblico impiego (art. 66 co. 7 del d. lgs. 165/2001), ora abrogata, si stabiliva che il giudice valuta il comportamento delle parti in fase conciliativa proprio "ai fini del regolamento delle spese", mentre con disposizione analoga l'art. 412 u.c. c.p.c. fa riferimento alle risultanze del verbale di mancata conciliazione come parametro di giudizio in ordine alle spese processuali. In sostanza il giudice, in base al pregresso comportamento delle parti, temperava il principio della soccombenza dettato dall'art. 91 del c.p.c. mediante una

---

[17] L. De Angelis, *Collegato lavoro e diritto processuale : considerazioni di primo momento,* in WP C.S.D.L.E. « Massimo D'Antona » IT. 111/2010

compensazione integrale o parziale delle spese tra le parti medesime, consentita dall'art. 92 co. 2 del c.p.c. allorquando "concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni esplicitamente indicate nella motivazione".

In realtà, già nell'ambito di quella disciplina, le previsioni in esame lasciavano aperto quantomeno il dubbio che la valutazione del comportamento assunto dalle parti nel corso della fallita conciliazione potesse in qualche misura condizionare – non per espressa volontà della legge ma quantomeno sul piano dell'atteggiamento psicologico del giudice[18]– la decisione sul merito della controversia[19]. Infatti è ragionevole pensare che un immotivato e irragionevole contegno di una delle parti, che si ostina immotivatamente a rifiutare la proposta formulata dal Collegio, potesse influenzare il giudice non solo sulla decisione sulle spese; allo stesso modo si riteneva concreto il rischio che le eventuali ammissioni delle parti, verbalizzate in fase conciliativa, finiscano per costituire un argomento sul quale il giudice formi il proprio convincimento a prescindere dagli elementi di prova assunti nel corso del processo. Tanto che una parte della dottrina processualcivilistica aveva espressamente criticato la possibile utilizzazione degli atti della procedura conciliativa a fini decisori[20].

Ora però le norme dicono qualcosa di diverso, onde la tesi di De Angelis non può essere accolta. Il legislatore ha modificato quanto previsto a partire dal novellato art. 411 c.p.c. in materia di conciliazione pregiudiziale, ai sensi del quale "se non si raggiunge l'accordo fra le parti la commissione di conciliazione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia. Se la proposta non è accettata i termini di essa sono riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti. Delle risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione il giudice tiene conto in sede di giudizio".

Quindi il novellato art. 411, cosi' come il nuovo art. 420, non contiene la precisazione "ai fini del regolamento delle spese", onde non può certo escludersi che il giudice, in entrambi i casi (in cui valuta il comportamento delle parti nel tentativo facoltativo ed in quello obbligatorio avanti a lui stesso), valuti il comportamento conciliativo delle parti non solo ai fini delle spese, temperando il principio di soccombenza, ma anche, nella formulazione della decisione, ogniqualvolta vi sia un margine valutativo ed in termini variabili a seconda del contenuto della domanda. Altrimenti

---

[18] Borghesi 2002

[19] V. Pinto, in Carinci, p. 1356.

[20] Borghesi 2002, p. 238

ragionando non solo si andrebbe contro il significato letterale delle parole, ma anche contro la *ratio legis*, che all'evidenza intende organizzare un "pressing" verso le parti per il raggiungimento di un accordo conciliativo. Insomma appare chiara la volontà del legislatore di "rendere più impegnativa la proposta conciliativa e sanzionare l'immotivato rifiuto di una delle parti"[21]. In concreto, quindi, il giudice ben potrà, ad esempio, limitare il risarcimento dei danni dovuti al lavoratore licenziato che, rifiutando una proposta di riassunzione, abbia adottato un comportamento negligente idoneo, ai sensi dell'art. 1227 c.c., ad aumentare l'ammontare del danno.

La tesi qui sostenuta trova una conferma sistematica nella disposizione che reintroduce il tentativo obbligatorio di conciliazione in sede amministrativa per il licenziamento economico (art. 1, co. 40, l. n. 92/2012, che ha modificato l'art. 7 della l. n. 604/1966), stabilendo che "il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e della proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18, settimo comma, della legge 20 maggio 1970 n. 300 e successive modificazioni, e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile". Anche in questo particolare caso il comportamento delle parti nel corso del tentativo di conciliazione assurge a criterio orientativo non solo per quanto attiene alla condanna delle spese di causa, ma anche per la determinazione dell'indennità risarcitoria *ex* art. 18 St. lav., diventando così uno dei fattori che il giudice dovrà ponderare, assieme agli altri previsti dalla legge, nella scelta tra il minimo e il massimo dell'indennità risarcitoria.

Un altro aspetto delicato è quello relativo all'omissione del tentativo. L'orientamento preferibile è che la sua omissione non incida sul processo e sulla validità delle sentenze, costituendo una mera irregolarità.

II) Certificazione e controllo giudiziario.

La riduzione dell'incertezza e, quindi, dell'intervento giudiziario - percepito dal legislatore come fattore di instabilità nei rapporti tra le parti del contratto di lavoro - è perseguita anche attraverso l'istituto della certificazione dei contratti, introdotta con la legge Biagi (d. lgs. n. 276/2003), la cui funzione viene "ribadita" ed estesa con l'art. 30, co. 2, della legge n. 183/2010[22]. La certificazione , ai sensi dell'art. 75 del d. lgs. n. 276/2003, è volta a ridurre il contenzioso sulla qualificazione di

---

[21] Ferraro, op. cit., p. 68

[22] In tal senso A. Vallebona, *Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*, in A. Minervini, Il collegato alla finanziaria all'indomani del messaggio presidenziale: le controversie di lavoro, Jovene, Napoli, p. 2.

determinate fattispecie contrattuali ed interviene al fine di risolvere *ex ante* le controversie interpretative aventi ad oggetto la sussunzione del rapporto di lavoro entro l'alveo della subordinazione o dell'autonomia[23]. E' stato rilevato che il *nomen* utilizzato già dal d.lgs. n. 276 – "certificazione" appunto - non è corrispondente alle funzioni giuridiche proprie dell'istituto, onde il legislatore avrebbe creato un "inganno semantico continuato, volto ad accreditare l'istituto di caratteristiche non proprie"[24]. In effetti la certificazione non crea una situazione di certezza definitiva, né per le parti del contratto né per i terzi: si è molto lontani dalle caratteristiche di un vero e proprio atto di certazione (ed infatti si è parlato in dottrina di un atto di certazione "impropria"[25]), attestandosi piuttosto nell'ambito di un atto di verificazione preventiva non vincolante in sede giudiziale[26]. Tuttavia questo accertamento, comunque lo si voglia qualificare, è pur sempre idoneo ad inibire l'adozione di provvedimenti da parte degli enti previdenziali ed ispettivi prima di una sentenza o di un provvedimento cautelare, benché privo di vincolatività in sede giudiziale. Una sorta di *soft law*, volontaria ma non vincolante. Per questo la certificazione, con il suo alone di ambiguità, rischia, secondo le opinioni più critiche, di diventare strumento di una deflazione "cattiva", intesa come "obliquo scoraggiamento nell'esercizio dei diritti" suggerito dall' equivoco dato dal crisma di ufficialità dell'operazione certificatorie e dalla connessa – ma pure inesistente – intangibilità degli impegni presi[27].

Nondimeno, con il Collegato lavoro la Commissione di certificazione vede sensibilmente ampliata la sua funzione, che diventa un luogo alternativo al processo, sede di tentativo di conciliazione *ex* art. 410 c.p.c., al cui interno istituire camere arbitrali, di certificazione della clausola compromissoria che dà vita all'arbitrato irrituale (anche di equità), di definizione di "elementi e parametri" che consentono di quantificare gli effetti risarcitori connessi all'art. 8 l. n. 604/66.

Si discute, in particolare, sulla certificazione come sede di "derogabilità assistita" (ove la "valutazione delle parti" diventa vincolante per il giudice), la cui funzione non è più limitata alla riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti - secondo l'originaria

---

[23] Cfr. V. Brino, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in A. Perulli, a cura di, *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 192.

[24] Centofanti p. 29

[25] L. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, DLRI, 2004, p., 203 ss.;

[26] Secondo V. Brino, op. cit., p. 197, sarebbe possibile una assimilazione dell'atto di certificazione agli istituti del diritto privato, ed in particolare al negozio di accertamento che trova espressione peculiare nell'arbitrato irrituale.

[27] L. De Angelis, op. cit., p. 4

formulazione della legge Biagi - ma alla riduzione *tout-court* del contenzioso in materia di lavoro; l'art. 30 co. 4 della legge n. 183/2010 ha infatti novellato l'art. 75 del d.lgs. 276/2003 (recante le finalità dell'istituto), stabilendo che "al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro". L'ampliamento di prospettiva consente quindi di spaziare dall'angusto recinto delle controversie sulla qualificazione a tutta la gamma di controversie sul programma negoziale, comprensivo di tutte le clausole del contratto (sia economiche che normative), nonché di ogni altro contenuto relativo, per esempio, al recesso e alla gestione dell'eventuale contenzioso[28].

Ma quali sono, rispetto al potere del giudice, gli effetti di questa nuova disciplina della certificazione?

L'Art. 30 co. 2 afferma che "*nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni*", dando in tal modo la netta impressione di voler vincolare maggiormente il raggio d'azione del giudice, restringendone i margini di discrezionalità, a tutto vantaggio delle "valutazioni delle parti" poste in essere nell'ambito del procedimento amministrativo. Sotto questo profilo la norma in esame si inserisce a pieno titolo quel percorso - inaugurato dal Libro Bianco del 2001 e dalla riforma Biagi - volto a valorizzare l'autonomia privata individuale, ridefinendone gli spazi e il peso specifico nel sistema delle fonti di regolazione sostanziale del diritto del lavoro[29]. Tuttavia, questa interpretazione viene subito ridimensionata ove si consideri che il legislatore ribadisce anche - e non potrebbe essere diversamente - che viene fatto salvo il caso di "*erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione*". Come dire che permane intatto il potere del giudice di interpretare il contratto e di valutarne sia la validità sia l'esatta esecuzione ogniqualvolta si controverta sulla qualificazione del contratto, la presenza di vizi del consenso e la corrispondenza tra il programma negoziale e la sua concreta attuazione. A tutto concedere, in un'ottica interpretativa di rafforzamento dell'istituto, si potrà prospettare un maggiore connotazione della certificazione nei confronti del Giudice, sia nel senso che questi dovrà, nell'ambito della sua valutazione discrezionale, porre particolare attenzione agli aspetti istruttori, relativi alla prova delle

---

[28] Cfr. In questi termini C. A. Nicolini, *Certificazione dei contratti e contenzioso nel «Collegato lavoro»*, in M. Miscione, D. Garofalo, a cura di, *Il Collegato Lavoro 2010. Comentario alla Legge n. 183/2010*, Ipsoa, Milano, 2011, p. 195.

[29] Cfr. C.A. Nicolini, op. cit., p. 201.

circostanze fattuale che si oppongono alla volontà dichiarata dalle parti, fornendo una congrua motivazione nel caso di demolizione del provvedimento certificatorio, sia nel senso che il giudice dovrà acquisire tutta la documentazione istruttoria dell'iter certificatorio, tenendone adeguato conto ai fini dell'interpretazione del contratto (art. 1362 c.c.)[30].

Cio' detto, è necessario rilevare che alla luce della nuova formulazione la certificazione riguarda il *contratto* e non solo la sua *qualificazione*: quello che viene in rilievo, ora, nell'ambito della certificazione della volontà delle parti, è l'intero programma negoziale, potendosi in particolare certificare le clausole del contratto ed il loro contenuto. Ad esempio, sembra ora possibile certificare la corrispondenza delle mansioni assegnate al prestatore ad un determinato livello di inquadramento, le clausole elastiche e flessibili nel contratto *part time*, la congruità del corrispettivo pattuito per una clausola di non concorrenza, ecc.

Secondo una parte della dottrina la possibilità di certificare non solo il contratto ma anche le sue clausole, da un lato, e la previsione di affidare al giudice la riqualificazione "nel caso di erronea qualificazione del contratto", dall'altra, impedirebbe al giudice di intervenire sulle determinazioni pattizie relative all'accordo negoziale, essendo, appunto, la facoltà di intervento limitata alle questioni relative alla qualificazione[31]. Si è tuttavia obiettato che il tentativo di includere nella qualificazione del contratto la sola riconduzione al tipo contrattuale, impedendo al giudice di intervenire sul contenuto delle clausole, non tiene conto del fatto che anche la certificazione di una singola clausola presuppone la sua qualificazione alla luce della relativa disciplina legislativa e "cio' anche nei termini della previa verifica di conformità della clausola stessa al contenuto protettivo previsto dalla norma legale"[32]. Il giudice conserva quindi integro il suo potere di dichiarare nulle le clausole contrarie a norma imperative, nonché di individuare, tra le interpretazioni possibili, quella più aderente alla *ratio* di dette norme[33].

Il nodo interpretativo più delicato consiste dunque nel chiarire se la certificazione delle clausole è attratta nell'ambito di applicazione dell'erronea qualificazione, sulla quale il giudice può intervenire per i motivi tassativamente indicati ai sensi dell'art. 30 co.2, ovvero se questa attività di

---

[30] C.A. Nicolini, op. cit., p. 199 e 202

[31] M. Marazza, *Effetti e ambito di applicazione più ampi per la certificazione dei contratti di lavoro*, in GD, 2010, fasc. 11, p. 27; F. Natalini, *Le novità del Collegato lavoro in tema di certificazione*, in GL, 2010, fasc. 10, p. 19.

[32] L. Nogler, *Prime considerazioni sulla disciplina legislativa delle "clausole generali" in materia di diritto del lavoro*, p. 935.

[33] C.A. Nicolini, op. cit., p. 202

"interpretazione" deve arrestarsi di fronte alla "valutazione delle parti". La tesi che ammette il potere di intervento giudiziale anche con riferimento alle clausole contrattuali è accoglibile nella misura in cui è sempre possibile sottoporre al giudice il contrasto tra uno specifico accordo individuale certificato e una norma di legge, al fine di stabilire la legittimità o meno del patto. *Quid* pero' del potere di intervento del giudice nei casi in cui la clausola certificata rispetta, almeno *prima facie*, il contenuto precettivo della norma legale?

Se la certificazione è relativa alla qualificazione della clausola e non al contenuto del negozio, nulla dovrebbe cambiare rispetto al passato: il giudice potrà conoscere la fattispecie e verificare la sussistenza di uno dei casi di riqualificazione. In tal modo le clausole certificate (ad esempio una esigenza organizzativa che legittima apposizione di termine, o l'identificazione di un ramo d'azienda) non rimarrebbero sottratte alla verifica giudiziale, in quanto già valutate coerenti con la norma di legge dall'ente certificatore. Anche in tali fattispecie di accertamento giudiziale non riguardanti la qualificazione del contratto ma singole clausole si possono infatti invocare i motivi di invalidità della certificazione (per vizi del consenso, o difformità tra quanto dichiarato e il successivo svolgersi dei fatti, mentre l'erronea qualificazione sembra riguardare esclusivamente la qualificazione del contratto). In tal prospettiva le clausole certificate passano ad un vaglio giudiziario preliminare alla luce di questi parametri; una volta accertata l'assenza di tali vizi e la coerenza tra dichiarazione delle parti e svolgimento dei fatti, ogni ulteriore indagine del giudice sarà preclusa[34].

Se invece le clausole certificate riguardano il contenuto del programma negoziale, così come determinato dalla volontà dei contraenti, si apre un campo sul quale il giudice effettivamente non dovrebbe "discostarsi dalle valutazioni delle parti", così come invece gli è consentito di fare a fronte di violazioni contemplate dalla norma, cioè vizi del consenso, erronea qualificazione, difformità tra programma negoziale e sua attuazione: vale a dire, ad ogni evidenza, casi in cui il rimedio giurisdizionale è esperibile contro l'attività di qualificazione del rapporto e non contro altre determinazioni negoziali certificate delle parti. Del resto, che la certificazione riguardi la qualificazione dei rapporti al fine di ridurre le incertezze nella qualificazione e interpretazione del tipo contrattuale, emerge con chiarezza dalla Relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 276/2003. Anche l'art. 80, co. 2, del d. lgs. n. 276/2003 parla di "accertamento giurisdizionale dell'erroneità della qualificazione del contratto", onde l'unico caso in cui il giudice potrebbe rettificare la volontà

---

[34] Marazza p. 27

delle parti riguarda la certificazione-qualificazione del contratto, non la certificazione ricognitiva della volontà delle parti circa il programma negoziale e le sue clausole.

Se questo è vero, la certificazione non serve più solo ad accompagnare le parti nella scelta del tipo contrattuale, ma anche ad individuare il programma negoziale, il contenuto del regolamento contrattuale, cristallizzato e reso insensibile al vaglio giudiziario. Tuttavia, nell'ambito di questa nuova funzione dell'istituto, si deve comunque adottare un criterio interpretativo sistematico, che non può che essere offerto dall'art. 1362 c.c. relativamente all'indagine circa la "comune intenzione delle parti", da condursi alla luce del "loro comportamento complessivo"; onde "nel "comportamento complessivo" andrà incluso "anche quello tenuto dalle parti in sede di certificazione"[35]

Seguendo questa interpretazione del disposto, la norma in esame non profila certo una rivoluzione in grado di scardinare l'inderogabilità delle norme giuslavoristiche: come altri ha correttamente osservato, infatti, "la flessibilizzazione della norma inderogabile deve essere rimessa alla volontà del lavoratore con l'ausilio di un soggetto terzo, ma deve essere effettuata dalla legge, o su delega della prima, dalla contrattazione collettiva" [36]. Le norme imperative vanno comunque rispettate e non possono essere derogate tramite un meccanismo amministrativo di certificazione (che non sia appunto chiaramente ispirato al meccanismo della volontà derogatoria assistita[37]); una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto con un assetto costituzionale (e sovranazionale) della materia che impedisce l'introduzione di riforme legislative volte a superare l'indisponibilità dei diritti e più in generale atti abdicativi di diritti futuri[38], nonché con il principio di indisponibilità del quadro normativo relativo al tipo contrattuale del lavoro subordinato, come sottolineato dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 115/1994 secondo la quale non è consentito "negare la

---

[35] M.T. Carinci, op. coit. P. 20 ; mentre V. Speziale, op.cit., p. 16, che pure adotta una prospettazione simile, limita il rilievo all'interpretazione del testo contrattuale.

[36] V. Speziale, *La certificazione e l'arbitrato dopo il « Colegato lavoro » (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, WP C.S.D.L.E. « Massimo D'Antona ».IT – 118/2011

[37] Nella prospettiva indicata da A. Vallebona, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in DL, 1992, p. 480, secondo il quale "la volontà negoziale manifestata dal lavoratore con la garanzia di un soggetto terzo imparziale e qualificato è ritenuta comunque valida a prescindere da ogni contrasto con norme inderogabili".

[38] La giurisprudenza, anche costituzionale, ha sancito la nullità assoluta degli atti abdicativi o transattivi connessi a diritti non ancora entrati nella sfera giuridica del lavoratore : Corte Cost. 7 marzo 1974, n. 77 ; Cass. 26 maggio 2006, n. 12561 ; Cass. 20 febbraio 2007, n. 3920 ; in dottrina R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diirtto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007 ; M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009 ; P. Tullini, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori : dalla tecnica al principio e ritorno*, in Gior. Dir. Lav. Rel. Ind. 2008, p. 43 ss.

qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da cio' derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento".

Nell'ambito del rispetto delle norme inderogabili la certificazione puo' inoltre vincolare il giudice a "tener conto" della volontà delle parti formalizzata nei contratti di lavoro stipulati "con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione", come accade a fronte della tipizzazione dei fatti costitutivi della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento o in caso di quantificazione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 8, l. n. 604/66 (art. 30 co.3), imponendo quindi un onere di motivazione al giudice che intenda discostarsi dai parametri certificati.

III) I limiti al potere di controllo dei giudici: clausole generali, contratti, licenziamenti

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". In tali fattispecie "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".

Lo spirito della norma si riferisce direttamente a quell'orientamento di pensiero, sopra richiamato, che concepisce la figura stessa del giudice del lavoro quale elemento di disturbo dei processi economici, con la pretesa di eliminare l'incertezza inevitabilmente collegata all'apprezzamento discrezionale del magistrato.

A fronte di questa norme sono state sostanzialmente prospettate due diversi ordini di riflessione. Secondo una prima, e prevalente, valutazione dottrinale, la disposizione in esame rappresenta una mera enunciazione di carattere ideologico, sostanzialmente innocua perché non innovativa e quindi insuscettibile di modificare assetti interpretativi consolidati. Secondo questa interpretazione, in sostanza, la norma in oggetto giuridifica formule di stile largamente consolidate in sede giurisprudenziale, confermando e generalizzando di linee di indirizzo già presenti nella legislazione settoriale (in tema di somministrazione e di lavoro a progetto: art. 27, co. 3 e art. 69, co. 3, d.lgs. n. 276/2003) e nel diritto vivente[39].

---

[39] *Ex multis*, A. Vallebona, *Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*, in A. Minervini, cit., p. 1; G. Benassi, *Clausole generali e giudice del lavoro: l'art. 30, primo comma, della legge n. 183 del 2010*, in ADL, 1, 2012, p. 93.

Posto che nessuna norma di diritto positivo può essere considerata *inutiliter data* e perciò ignorata, ritengo sia preferibile l'orientamento che ha "preso sul serio" la *ratio* del disposto in esame, correttamente cogliendo la volontà del legislatore di reinterpretare una parte cruciale della legislazione lavoristica (quella che pone vincoli al potere direttivo dell'imprenditore) e soprattutto limitare il ruolo del giudice nell'ambito delle prerogative di controllo dell'attività di impresa[40].

Una prima questione, generalmente rilevata dai commentatori, riguarda l'imprecisione concettuale del legislatore, che utilizza la nozione di "clausole generali" per riferirsi in realtà a norme o precetti elastici, sulla cui distinzione si è da tempo soffermata la dottrina civilistica. Le clausole generali, come la correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, il buon costume, ecc. , appartengono al patrimonio delle legislazioni occidentali che non si fondano sul metodo casistico e contengono enunciazioni di massima o riferimento a criteri di valutazione del comportamento delle parti che vanno precisati in sede di interpretazione; in quella sede il giudice esercita la delega che è implicita nella clausola generale, affinchè "attinga valori fuori del territorio del diritto positivo"[41]. In questo modo le clausole generali non stabiliscono regole, ma lasciano all'interprete la funzione di elaborarle, aprendo – come è stato scritto con una bella metafora – "finestre sulla realtà"[42]: da qui la funzione anche "integrativa" (ex art. 1374 c.c.) delle clausole generali, su cui è soffermata anche di recente la nostra Suprema Corte di Cassazione[43].

Le clausole o norme elastiche invece 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 in via interpretativa. Secondo la Cassazione, la presenza di norme elastiche richiama giudizi di valore espressi dal giudice di merito ai fini della qualificazione di un comportamento ai sensi delle norme elastiche, le quali, indicando solo un parametro generale (es. la giusta causa dell'art. 2119 cc)

---

[40] G. Ferraro, *Il controllo giudiziario sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinelli e G. Ferraro, *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 3 ss.

[41] P. Rescigno, *Appunti sulle clausole generali*, in Riv. Dir. comm., 1998, I, p. 5 ss.; L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in Dir. lav., 2002, I, p. 3 ss.

[42] S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, passim

[43] La valenza integrativa del regolamento negoziale *ex fide bona* è riconosciuto da Cass. 18 settembre 2009, n. 20106; Cass. 13 luglio 2007, n. 15669; in precedenza Cass. 24 settembre 1999, n. 10511; Cass.22 maggio 1997, n. 4598.

presuppongono un'attività di integrazione giuridica della norma ai fini del suo adeguamento ad un determinato contesto storico-sociale[44].

E' evidente che il legislatore del Collegato, pur richiamandosi alle "clausole generali", non intende fare riferimento in senso tecnico alle *Generalklausen*, ma piuttosto alle norme e ai concetti elastici: infatti l'art. 30 si riferisce espressamente alle disposizioni di legge nelle materia di cui all'art. 409 c.p.c. (nonchè a quelle sul pubblico impiego privatizzato), che non contengono affatto clausole generali ma clausole elastiche previste dalla legislazione giuslavoristica, fra le quali sono espressamente richiamate quelle "in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso". Pervero, su questo punto sono state prospettate tesi antitetiche. Una prima, rigorosamente formale, argomenta la distinzione tra clausole generali e norme elastiche per escludere totalmente l'operatività del disposto, in quanto, a rigore, nessuna delle descritte fattispecie (instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso) contiene una clausola generale; deducendone, di conseguenza, la sostanziale inutilità dell'art. 30, co.3, in quanto inapplicabile alle descritte normative[45]. Secondo una visione più sostanzialistica del disposto, invece, pur non essendo chiaro a quale tipologia di clausole generali o di norme il legislatore del Collegato abbia inteso riferirsi, se ne deve dedurre la volontà di contenere il controllo del giudice in ordine alla fondatezza, correttezza, opportunità della scelta organizzativa, riservata alla libera determinazione imprenditoriale[46]. Questa seconda tesi appare preferibile. Il legislatore, pur con una grave imprecisione semantica e concettuale, ha infatti comunque inteso incidere in senso limitativo nell'ambito dei giudizi di valori espressi dal giudice in sede di controllo dei poteri datoriali. In questa prospettiva il concetto di "clausola generale" va sostituito con quello di "disposizione elastica" o " a contenuto generale"[47]; in sostanza l'espressione clausole generali di cui al primo comma dell'art. 30 entra nel linguaggio legislativo "per indicare, al di là del più ristretto significato tradizionale, qualsiasi norma contenente un precetto generico"[48].

---

[44] Cass. 13 dicembre 2010 n. 25144; Cass. 12 agosto 2009, n. 18247.

[45] L. Nogler, *Prime considerazioni sulla disciplina limitativa delle "clausole generali" in materia di diritto del lavoro*, cit., p. 929.

[46] G. Benassi, *Clausole generali e giudice del lavoro*, cit., p. 99 ss.

[47] Cfr. A. Vallebona, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in Mass. Giur. Lav., 2010, p. 211; G. Ferraro, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, cit., p. 6.

[48] A. Vallebona, Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro, in Minervini, p. 1. Conforme M. T. Carinci, op. cit., p. 5 ss.; M. Tremolada, op. cit., p. 161.

La precisazione non è superflua, in quanto si potrebbe altrimenti ritenersi legittimati a riferirsi alle clausole generali in senso tecnico (correttezza e buona fede), con particolare riferimento all'utilizzo fattone dalla giurisprudenza in materia di diritto del lavoro: vale a dire filtrare i valori metagiuridici entro regole di diritto, in un ambito indefinito di casi, strutturandosi non solo come criteri di rinvio a modelli di comportamento già consolidati nell'esperienza, ma offrendo uno schema costantemente aperto a nuovi referenti tipologici del comportamento imprenditoriale. Basti qui fare riferimento alla riflessione dottrinale sulla limitazione ai poteri datoriali tramite, appunto, il controllo di correttezza e buona fede, che spesso sono state il veicolo di una penetrazione *in subiecta materia* di principi di razionalità/ragionevolezza nell'esercizio dei poteri dell'imprenditore, in una logica di contemperamento e bilanciamento dei contrapposti interessi che va ben al di là della meccanica applicazione della norma[49]; e alla conseguente reazione di una parte della dottrina giuslavoristica che ha ritenuto improprio l'uso di clausole generali a tal fine, essendo queste lo strumento per far penetrare nel processo l'ideologia del giudice. I timori espressi, è ben evidente, sono quelli del decisionismo giudiziale, dell'arbitrio soggettivo dell'interprete, del pericolo per la certezza giuridica. In sostanza, sposando l'interpretazione qui prospettata, il disposto in esame non incide minimamente sulle norme di diritto comune che contengono clausole generali in senso stretto (correttezza e buona fede), le quali, risultando sottratte al campo di applicazione dell'art. 30, co. 1, continueranno ad esplicare i propri effetti normativi secondo l'impiego giurisprudenziale tipico di questo settore dell'ordinamento. Questo, tuttavia, solo in linea di principio.

Infatti, se la precisazione non è superflua, essa lascia tuttavia all'interprete un quadro sistematico incoerente, posto che è assai difficile distinguere, nel caso concreto, tra clausole generali e norme elastiche; e cio' non perché sia impossibile una delimitazione dei rispettivi concetti giuridici – di cui abbiamo già dato conto -, ma perché nella prassi applicativa queste due sfere tendono ad intersecarsi inevitabilmente. Da una parte, infatti, la giurisprudenza di Cassazione è giunta a razionalizzare il ruolo della clausole generali di correttezza in questi termini: "nel rapporto di lavoro subordinato i comportamenti tenuti dalle parti, per risultare conformi ai principi di buona fede e correttezza, non possono debordare dal complesso di regole in cui si sostanzia la civiltà del lavoro, composto dai principi giuridici espressi dalla giurisprudenza di legittimità e dai comportamenti doverosi per le parti in un certo contesto storico e sociale che, ponendosi in rapporto coessenziale ed integrativo con i predetti principi, concorrono a formare il diritto vivente del lavoro; pertanto, il giudizio sulla conformità a tali standards del comportamento delle parti nel caso concreto è soggetto al controllo di legittimità" (Cass. 22 ottobre 1998 n. 10514). Questi principi, esistenti nella realtà sociale e

[49] Cfr. P. Tullini; C. Zoli.

veicolati dalle clausole generali rifluiscono nell'ambito delle norme elastiche: ad esempio "ai fini della classificazione di un inadempimento del lavoratore nell'ambito della giusta causa di licenziamento prevista dall'art. 2119 c.c. o del giustificato motivo soggettivo di cui all'art. 3 l. n. 604/66, il giudizio valutativo del giudice di merito deve conformarsi sia ai principi dell'ordinamento individuati dal giudice di legittimità sia agli standard valutativi esistenti nella realtà sociale i quali concorrono a formare il diritto vivente e la civiltà del lavoro" (Cass. 18 gennaio 1999 n. 434).

Vi è dunque, anzitutto, una sorta di *circolarità* tra clausole generali di correttezza e buona fede e le norme elastiche, in quanto le prime forniscono un primo precipitato di criteri e parametri derivanti dall'ambiente sociale e dai suoi valori, anche integrativi rispetto al dettato contrattuale e legale, alla luce del quale valutare il comportamento delle parti; le seconde, che pure abbisognano di un intervento anche integrativo del giudice, recepiscono e modellano quei criteri e parametri nella fattispecie considerata dalla norma elastica. Per fare un esempio, pensiamo alla regola, non codificata dalla legge, dell'immediatezza e della tempestività della contestazione disciplinare (e dell'irrogazione della sanzione): questo limite procedimentale all'esercizio del potere datoriale costituisce solo in apparenza una regola confezionata da una giurisprudenza creativa, in quanto è sintesi risultante dall'applicazione della buona fede oggettiva, nella misura in cui il comportamento del datore che tardivamente contesta o irroga la sanzione è una sorta di comportamento sleale nell'esercizio del potere disciplinare, contrario a buona fede (non a caso nella dottrina tedesca la materia rientra nella figura della *Verwirkung*, con riferimento all'impiego tardivo delle prerogative datoriali). Si pensi ancora all'applicazione del principio di proporzionalità veicolato dalla clausola generale di buona fede[50], che apre margini di valutazione del giudice piuttosto estesi nell'ambito dell'interpretazione delle norme elastiche (ad es. l'art. 3 della l. n. 604/66 ai fini della tipizzazione del giustificato motivo oggettivo, onde occorre individuare previamente *standards* valutativi affidabili), enucleando comportamenti social-tipici ricorrenti e accettati alla luce della buona fede[51].

---

[50] Cfr. Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, ove si legge 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. In questa ottica la clausola generale della buona fede ex art. 1175 e 1375 c.c. è stata utilizzata, anche nell'ambito dei diritti di credito, per scongiurare, per es. gli abusi di posizione dominante. La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione":

[51] Rinvio a quanto scritto su questi temi: A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in Gior. Dir. lav. rel. Ind., 2005, p. 1 ss.; Id. *La buona fede nel diritto del lavoro*, in Riv. Giur. Lav., 2002, I, p. 3 ss.

Si pensi, ancora, alla materia del trasferimento del lavoratore: in tal caso l'integrazione virtuosa (la circolarità di cui parlavo) tra clausole generali e norme elastiche è evidente, ove si consideri, da un lato che la norma elastica fa riferimento alle "comprovate esigenze di ordine tecnico-organizzativo" (art. 2103 c.c.) che devono sorreggere l'atto datoriale (secondo il modello tipizzato dalla giurisprudenza: soppressione del posto *a quo*/necessità organizzativa *ad quem*), dall'altro alla necessità, avvertita dalla giurisprudenza, di immettere nel controllo circa il corretto esercizio del potere la valutazione di interessi non espressamente esplicitati dalla norma: in particolare la verifica se il datore abbia tenuto conto delle documentate condizioni personali del prestatore e, soprattutto, come questi abbia risolto il conflitto tra esigenze del prestatore e concorrente interesse oggettivo dell'organizzazione del lavoro; un'indagine da condursi, secondo quanto stabilito dalla Cassazione, in base all'obbligo di far cadere la scelta del trasferimento su colui per il quale il provvedimento è meno oneroso, previa comparazione con le posizioni dei lavoratori astrattamente fungibili[52]. Non si tratta dell'estensione analogica di clausole collettive che talvolta regolano questa materia, ma di una applicazione della buona fede capace di qualificare in termini di abuso l'atto datoriale eccessivamente oneroso per il lavoratore senza che tale sproporzione sia giustificata da una oggettiva utilità per l'organizzazione aziendale (secondo l'applicazione del principio del mezzo più mite). Ora, questo bilanciamento/ponderazione tra interessi in gioco, tipico dei giudizi di proporzionalità, è veicolato dalla correttezza e buona fede, intesa, questa volta, come parametro di valutazione comparativa degli interessi sostanziali delle parti contrattuali, in evidente funzione esplicativa del principio costituzionale di solidarietà sociale[53].

Ora, anche ammesso che sulle clausole generali in senso tecnico il legislatore del Collegato nulla incida, è chiaro che limitando la funzione del sindacato giudiziario nell'ambito applicativo delle norme elastiche, esso limita quantomeno indirettamente anche la funzione valorizzante la buona fede *in executivis*: se è vero infatti che le clausole generali non possono essere confuse con le norme elastiche, è anche vero che il percorso ricostruttivo – cioè la ricerca del contenuto da immettere nella regola per adattarla alla fattispecie concreta – può utilizzare e di fatto utilizza gli stessi strumenti metodologici e gli stessi "materiali" valoriali. Questa limitazione sul presupposto inespresso ma sottostante che l'applicazione di quei principi abbia portato il controllo del giudice su

---

[52] Cass. 18 febbraio 1994 n. 1563; in dottrina M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in (diretto da) P. Schlesinger, *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1997.

[53] In dottrina, per tutti, L. Mengoni, in Jus, 1998; la giurisprudenza, sin da Cass. 20 aprile 1994 n. 3775, ha più volte sottolineato che la buona fede costituisce un autonomo dovere giuridico espressione di un generale principio di solidarietà sociale costituzionalizzato *ex* art. 2 Cost. (tra le tante Cass. 15 febbraio 2007, n. 3462).

sentieri indebiti, in cui egli si affida ad apprezzamenti soggettivi (se non addirittura a preconcetti ideologici) invece di riferirsi a tipi normali di comportamento capaci di conferire alla decisione del caso concreto quel substrato oggettivo che riduce o esclude l'arbitrarietà.

In tutti questi casi il controllo del giudice deve essere "limitato esclusivamente, in conformità ai 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".

Cosa deve intendersi per presupposto di legittimità? Con questa disposizione si intende semplicemente affermare il principio secondo il quale il giudicante, al fine di valutare il rispetto della clausola generale, deve verificare la situazione di fatto, ossia la sussistenza concreta ed effettiva del presupposto che legittima la condotta censurata, senza poter sindacare il merito o l'opportunità della scelta[54].

E' un evidente regresso, imposto da legislatore, verso una visione molto modesta del controllo giudiziario. Un controllo, quello c.d. di legittimità, che dovrebbe limitarsi alla verifica di due elementi: da un lato la sussistenza materiale della ragione legittimante (qualunque essa sia: onde si pretende far prevalere indebitamente la valutazione della sussistenza di una qualsivoglia causa/ragione/motivo sulla circostanza che si tratti di una causa *giusta* o di un motivo *giustificato*); dall'altro la verifica del nesso causale tra la causa/ragione e l'atto di esercizio del potere. Ritorniamo quindi ad una concezione ristretta della natura e della funzione del sindacato giudiziario. E non è difficile rintracciare, nella *ratio legis* del Collegato, le critiche della dottrina alla tesi dei limiti interni al potere datoriale, l'inammissibilità di qualsiasi controllo giudiziale di merito, che investa le motivazioni dell'atto di esercizio delle prerogative imprenditoriali. Si pensi alla giurisprudenza che, in materia di giustificato motivo oggettivo, richiede una "seria ragione di utile gestione dell'impresa" o "un'effettiva necessità di riduzione dei costi" e non una finalità di mero accrescimento del profitto, onde la giustificazione del licenziamento viene vagliata alla luce di una effettiva necessità organizzativa. E' evidente come in questo caso il giudice nell'interpretare la

---

[54] Cfr. M. Tiraboschi, *Dalla legge Biagi al Collegato lavoro: il significato di un intervento di riforma della giustizia del lavoro in Italia*, in A. Minervini, a cura di, *Il collegato alla finanziaria all'indomani del messaggio presidenziale: le controversie di lavoro*, Jovene editore, Napoli, 2011, p. 27, secondo il quale tale principio comporta l'impugnabilità delle sentenze che lo violino sia per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, sia per violazione o falsa applicazione di norme di diritto. Nello stesso senso M. Tremolada, op. cit., p. 165 s., che argomenta anche alla luce dei precedenti normativi in materia di contratto a progetto e di somministrazione per concludere che il presupposto di legittimità è un "fatto", inerente al piano dell'iniziativa economica datoriale, che la legge prevede come "presupposto" nell'ambito di una fattispecie produttiva di effetti sul piano del rapporto di lavoro.

norma elastica ne integra il contenuto, trasformando una logica puramente individualistico-mercantile in una logica funzionale alle esigenze dell'organizzazione (mettendo quindi in evidenza limiti intrinseci del potere imprenditoriale) e al contempo rispettosa dei diritti fondamentali del lavoratore. Lo stesso può dirsi per la regola del *repêchage*, che riconduce l'atto di recesso ad una *extrema ratio*, ovvero nel caso in cui la giustificazione del recesso viene individuato nella presenza di una situazione di crisi non contingente, che impone una riduzione di costi: in tutti questi casi forse il giudice si limita ad una verifica della sussistenza dei presupposti di legittimità dell'atto? E' evidente che la risposta è negativa, nella misura in cui verificando i presupposti di legittimità della decisione di gestione dell'impresa il giudice non si limita a farne un'applicazione automatica, come se tali presupposti fossero ricavabili dal testo di legge meccanicamente ed egli operasse come semplice "*bouche de la loi*". Il giudice individua quei presupposti in base ad un complesso vaglio degli standard socialtipici, dei valori dell'ordinamento, dei principi costituzionali che reggono la materia giuslavoristica, e in questa insopprimibile attività creativa la verifica di legittimità della decisione imprenditoriale finisce per coinvolgere anche il merito della scelta complessiva, sulla quale il sindacato giudiziario tende inevitabilmente a scivolare. Del resto, proprio l'analisi del piano costituzionale – la trama dei diritti fondamentali previsti dalla nostra costituzione con particolare riferimento alla sicurezza, libertà e dignità umana, ormai proiettati anche al livello sovranazionale con la Carta di Nizza - dimostra l'infondatezza del presupposto su cui il legislatore fonda l'asserito "principio generale" di limitazione dell'accertamento giudiziale alla legittimità dell'atto datoriale, sottraendolo al merito[55]; al contrario, è quella trama di diritti fondamentali a legittimare l'ingerenza del giudice sul piano dell'opportunità organizzativa ed economica della scelta di gestione, alla ricerca di soluzioni gestionali maggiormente rispettose di quei diritti, in aderenza al fondamentale principio di proporzionalità[56] Onde può ben dirsi che pretendere che nell'interpretazione/applicazione di una clausola generale o di una norma elastica il giudice si limiti ad una valutazione di mera legittimità significa esprimere una contraddizione in termini e vanificare il valore assiologico delle clausole generali. Significa dimenticare che, per espressa indicazione giurisprudenziale, la buona fede "serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione" e che "oggi, i principi della buona fede oggettiva e dell'abuso di diritto debbono

---

[55] Cfr. L. Nogler, *Opinioni sul "Collegato lavoro"*, in DLRI, 2011, p. 129; G. Ferraro, op. cit.; G. Costantino, *Opinioni sul "Collegato lavoro"*, in DLRI, 2011, p. 167.

[56] Cfr. A. Perulli. *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in DLRI, 2005, p. 1 ss. Si veda Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, secondo la quale "disporre di un potere non è condizione sufficiente din 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

essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali – funzione sociale ex art. 42 Cost. – e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti"[57]. Precisato che il principio di buona fede oggettiva deve accompagnare il contratto in tutto il suo svolgimento, la Suprema Corte ha poi espressamente rilevato che il controllo del giudice sul carattere abusivo degli atti di autonomia privata non può venire contestato con considerazioni in tema di libertà economica e di libero mercato: "ed in questa ottica il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotto tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se le posizioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra siano stati forieri di comportamenti abusivi"[58]. Il vero è, quindi, che nel procedimento conoscitivo che conduce alla verifica della sussistenza della causale giustificativa, ovvero degli *standard* di comportamento socialtipici deducibili da una *Generalklauseln* "non esiste un profilo di legittimità al quale riferirsi giacchè il parametro legale si estrinseca nella valutazione di merito della ragione addotta, il che equivale a riconoscere che legittimità e merito sono talmente intersecati da confondersi"[59].

Alla luce del collegato, tutto ciò non sarebbe più possibile; sarà invece possibile impugnare una sentenza dinanzi alla Corte di cassazione per violazione dell'art. 30, co. 1, del Collegato, laddove il giudice abbia approfondito ragioni tecniche di merito del provvedimento invece che limitarsi al vaglio di legittimità dello stesso, come ora statuisce una norma della riforma Fornero (art.1, co. 43 legge n. 92/2012) che ha aggiunto all'art. 30 il seguente periodo: "l'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto". Cio'conferma l'innegabile tendenza del sistema a limitare il potere decisionale del giudice in funzione di tutela delle prerogative aziendali.

Ma questa conclusione si scontra, come detto, con quegli stessi "principi generali dell'ordinamento" su cui la limitazione delle prerogative della magistratura dovrebbe trovare fondamento e giustificazione. Le implicazioni sono troppo ampie per non porsi allora un quesito di legittimità

---

[57] Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

[58] Cass. 18 settembre 2009, n. 20106

[59] G. Ferraro, op. cit. p.8.

costituzionale della norma, la quale, in violazione dell'art. 24, co. 1, 101 co. 2 e 111 Cost., intende limitare la funzione giurisdizionale ed "incidere sul diritto di azione disincentivando surrettiziamente il ricorso alla tutela giudiziaria dei propri diritti"[60]

Ma v'è anche un profilo di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 41 con riferimento alla parte della norma che preclude al Giudice di verificare se l'iniziativa economica privata arreca danno alla sicurezza, alla libertà e dignità umana, dando così applicazione concreta a quel principio di utiluità sociale, pure contenuto nell'art. 41, che si è inverato nel diritto giurisprudenziale.

In tal prospettiva anche la norma in esame rappresenta un importante esempio di deflazione cattiva, inserendosi in quel quadro complessivo di valutazione del collegato che un compianto giurista del lavoro aveva stigmatizzato, con la sottile ironia che lo caratterizzava, riformulando il testo dell'art. della Costituzione, che a suo dire avrebbe suonato così:

---

[60] G. Ferraro, op. cit., p. 15.