

Il controllo giudiziale sulle clausole generali in diritto del lavoro. Alcune osservazioni sul primo comma dell'articolo 23 del disegno di legge n. 1167/2008

di Roberto Cosio

Premessa: il dibattito sulla norma

Il primo comma dell'art. 23 è volto a delimitare il potere di controllo giudiziale sulla ricorrenza dei presupposti previsti dalle clausole generali contenute nelle disposizioni di legge relative ai rapporti di lavoro subordinato e agli altri rapporti di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c., nonché ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001.

Per le clausole generali, contenute nelle norme di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, «il controllo giudiziale è 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» (corsivo dell'Autore, *ndr*).

Il comma, che richiama l'art. 1 del ddl n. 1163/2006⁽¹⁾, è stato oggetto, fin dalle prime letture, di valutazioni diverse.

Secondo alcuni⁽²⁾, il comma avrebbe un effetto dirompente, in quanto impedirebbe quelle interpretazioni evolutive delle disposizioni di legge che spesso, in passato, «hanno trascinata in valutazioni di merito sui comportamenti e sulle scelte datoriali».

Altri⁽³⁾ ne ridimensionano la portata in quanto la norma si limiterebbe «a ripetere un consolidato principio giurisprudenziale».

Altri⁽⁴⁾, ancora, sostengono che la norma andrebbe cancellata (perché trasforma il giudice in un notaio) o «quantomeno riequilibrata formalmente, aggiungendo all'espressione in conformità ai principi generali dell'ordinamento la specificazione in tema di diritto del lavoro e dell'occupazione».

Al di là delle diverse opinioni, un fatto è certo. La disposizione ha riportato al centro del dibattito giuslavoristico un tema di grande importanza: il controllo giudiziale sulle clausole generali.

Che le clausole generali siano una tecnica irrinunciabile per l'ordinamento giuridico è un dato acquisito da tempo⁽⁵⁾.

Dai codici dell'ottocento (dal *Code civil* al BGB) fino alle colonne solenni del nostro codice (del

1942) è tutto un susseguirsi di clausole valvola, norme elastiche, ecc.

Quali esempi di “clausole generali” ⁽⁶⁾ si sogliono portare, la giusta causa o il giustificato motivo da porre a base del licenziamento, la buona fede, il buon costume, la causalità, la non scarsa rilevanza dell’inadempimento, la concorrenza sleale, lo stato di necessità, ecc.

I concetti giuridici indeterminati, in sostanza, garantiscono la flessibilità dell’ordinamento giuridico, sia nel senso dell’adattabilità alle circostanze del caso concreto da decidere, sia nel senso del mantenimento di una sua attualità pur nel trascorrere del tempo.

La qualifica di norma elastica, in particolare ⁽⁷⁾, non viene riferita ad «ogni disposizione contenente un’espressione di significato non preciso o comunque tale da non poter essere interpretata con un semplice procedimento logico di sussunzione» quanto piuttosto esclusivamente a quelle norme «con cui il legislatore delega al giudice una scelta assiologica» richiamando il loro «contenuto elastico [...] giudizi di valore in sede applicativa».

In Italia, il dibattito sulle clausole generali ha conosciuto stagioni di straordinario approfondimento negli anni sessanta e, più di recente, alla fine degli anni novanta ⁽⁸⁾.

Nell’ultimo decennio, l’asse dell’attenzione si è spostata dal diritto interno al diritto comunitario a causa del consolidarsi di una pluralità di ordinamenti e di sistemi (da quello comunitario al sistema CEDU) che si intrecciano e si sovrappongono con i sistemi nazionali.

Ma il pluralismo delle fonti (anche di origine non statuale) ed il pluralismo culturale e sociale che è sotteso alle norme elastiche ha sempre suscitato dei timori (sotto il profilo della gerarchia delle fonti) costituendo, secondo alcuni, una minaccia alla divisione dei poteri.

Da qui la necessità di porre al centro della riflessione il tema del controllo sulla argomentazione giuridica su cui torneremo alla fine di queste brevi note.

Valutazioni tecniche, clausole generali, norme elastiche, standard valutativi e principi generali dell’ordinamento

La norma, come già detto, intende limitare il controllo giudiziale sulle clausole generali «all’accertamento del presupposto di legittimità [...] e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valu-

tazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente» (corsivo dell’Autore, *ndr*).

Nell’area delle clausole generali «quindi le valutazioni dei giudici dovrebbero avvicinarsi, nella loro struttura logica, ai controlli di legittimità sui poteri datoriali, piuttosto che a valutazioni sul merito di specifiche scelte aziendali, dal che deriverebbe, anche, una maggiore uniformità dei giudicati e un omaggio più realistico se non alla certezza del diritto, almeno alla prevedibilità delle decisioni» ⁽⁹⁾ (corsivo dell’Autore, *ndr*).

Nulla di sconvolgente si dirà.

A ben vedere, però, le cose non sono così semplici. Il Comitato per la legislazione della Camera aveva, infatti, sollevato delle perplessità in ordine alle valutazioni tecniche.

«Dovrebbe chiarirsi», afferma il Comitato, «il senso della locuzione valutazioni tecniche, considerato che spetta comunque al giudice, nell’ambito del proprio sindacato di legittimità, svolgere l’accertamento di quelle valutazioni tecniche che costituiscono i presupposti di fatto dei provvedimenti adottati dal datore di lavoro o dal committente».

Le perplessità del Comitato sono da condividere.

L’apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi (da rilevare attraverso valutazioni tecniche) attiene sempre alla legittimità del provvedimento e pertanto non può essere sottratto al sindacato giurisdizionale.

Sindacato che, senza spingersi alla sostituzione di una valutazione tecnica meramente opinabile, conduce a censurare soltanto le valutazioni tecniche che appaiono senz’altro *inattendibili*, attraverso un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica del provvedimento datoriale teso ad accertarne l’attendibilità sul piano scientifico.

Altre perplessità sono sorte in ordine al riferimento alla «conformità ai principi generali dell’ordinamento» (corsivo dell’Autore, *ndr*).

Il riferimento ai principi generali opera, in realtà, in duplice direzione.

La prima, è certamente una funzione di limite.

In sistemi a costituzione rigida (come la nostra) c’è un limite alla possibilità di assumere nell’ordinamento giuridico ciò che è ritenuto socialmente tipico: il dato non deve confliggere con i principi, in primo luogo con quelli di natura costituzionale ⁽¹⁰⁾. Il problema si pone, però, quando due principi, di rango costituzionale, entrano in conflitto fra di loro (si pensi alla libertà d’impresa, tutelata dall’art. 41

Cost., con l'interesse del lavoratore, tutelato dall'art. 4 Cost.).

In questi casi, com'è noto, occorre effettuare un bilanciamento tra i principi istituendo tra i due principi in conflitto una gerarchia assiologica mobile.

Una *gerarchia assiologica* «consiste nell'accordare ad uno dei due principi confliggenti un maggior peso, ossia un maggior valore, rispetto all'altro; [...] in questo contesto bilanciare non significa contemperare, conciliare [...]. Il bilanciamento consiste piuttosto nel sacrificare o scartare un principio, applicando l'altro».

Una *gerarchia mobile*, d'altro lato, «è una relazione di valore instabile, mutevole, che vale per il caso concreto, ma che potrebbe invertirsi in relazione ad un caso concreto diverso. [...] Per conseguenza, il conflitto non è risolto stabilmente, una volta per tutte, facendo senz'altro prevalere uno dei due principi confliggenti sull'altro; ogni soluzione del conflitto vale solo per il caso concreto, e resta pertanto imprevedibile la soluzione dello stesso conflitto in casi futuri»⁽¹¹⁾.

Precisazioni che inducono a prendere atto che il richiamo ai principi non assicura, di per sé, l'uniformità delle decisioni o, addirittura, la certezza del diritto.

Ma il riferimento ai principi opera, anche, in modo diverso; quale supporto all'attività integrativa del giudice di merito.

La Suprema Corte, fin dal 1998⁽¹²⁾, ha elaborato, infatti, una serie di principi (in tema di giusta causa) che devono servire da guida per l'operatore di diritto.

In particolare, la Corte ha chiarito che:

- nell'esprimere il giudizio di valore necessario per integrare una norma elastica «il giudice di merito compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa [...] in quanto da concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico sociale, non diversamente da quanto dal lavoratore un determinato comportamento viene giudicato conforme o meno a buona fede allorché la legge richieda tale elemento»;
- tale «giudizio valutativo – e quindi di integrazione giuridica – del giudice del merito deve [...] conformarsi oltre che ai principi dell'ordinamento, individuati dal giudice di legittimità^[13], anche ad una serie di standards valutativi^[14] esistenti nella

realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, ed in materia di rapporti di lavoro la c.d. civiltà del lavoro»;

- «la valutazione di conformità – agli standards di tollerabilità dei comportamenti lesivi posti in essere dal lavoratore – dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche spetta al giudice di legittimità nell'ambito della funzione nomofilattica che l'ordinamento ad esso affida»⁽¹⁵⁾.

Si tratta di affermazioni di grande rilievo in cui si coglie la valorizzazione dei c.d. standard valutativi esistenti nella realtà sociale che insieme ai principi generali offrono supporto (e legittimazione) all'attività di integrazione giuridica della norma posta in essere dal giudice di merito.

Le clausole generali nel diritto comunitario Alcune considerazioni con riferimento al caso *Viking*

Il tema richiederebbe ben altro approfondimento.

In questa sede possiamo limitarci a qualche osservazione che trova origine dal caso *Viking*.

I fatti all'origine della sentenza sono i seguenti. Un operatore finlandese di servizi di traghetto fra Helsinki e Tallin intendeva trasferire la propria sede in Estonia per beneficiare di retribuzioni più basse, fornendo da lì i propri servizi. Un sindacato finlandese, sostenuto da un'associazione internazionale di sindacati, tentava di impedire tutto ciò, minacciando azioni di sciopero e di boicottaggio in caso di trasferimento della società senza conservazione dei livelli retributivi goduti in precedenza.

La fattispecie sollevava tre problemi fondamentali. La prima questione consisteva nel determinare se le azioni collettive paventate rientrassero, o meno, nell'ambito applicativo dell'art. 43 CE.

La seconda questione riguardava l'effetto orizzontale delle norme sulla libera circolazione.

Con la terza questione, infine, il giudice a quo chiedeva se, nelle circostanze del caso, azioni come quelle in esame costituissero una restrizione alla libera circolazione e, in caso affermativo, se le stesse fossero oggettivamente giustificate, adeguate e proporzionate, e «rappresentino il giusto mezzo fra il diritto sociale fondamentale ad intraprendere un'azione collettiva e la libertà di stabilimento e prestazione di servizi».

Concentriamo la nostra attenzione sulla terza questione.

Il giudice di rinvio chiedeva, in sostanza, se azioni collettive come quelle poste in essere dai sindacati costituivano restrizioni ai sensi dell'art. 43 e, in caso affermativo, in quale misura simili restrizioni possano essere giustificate.

Alla prima questione la Corte dedica poche battute. La Corte, dopo avere ricordato che la libertà di stabilimento costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità (punto 68) e che un'azione collettiva come quella progettata dalle organizzazioni sindacali aveva l'effetto di scoraggiare l'esercizio di tale libertà, conclude affermando che «azioni come quelle in esame nella causa principale costituiscono restrizioni alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE» (punto 74).

La seconda questione è fondamentale.

Una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa, sottolinea la Corte (punto 75), «qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. È tuttavia anche necessario, in tali casi, che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e che non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo».

L'esercizio del diritto alla libertà di stabilimento è funzionale all'accrescimento del benessere economico di tutti gli Stati membri⁽¹⁶⁾, ma il suo esercizio deve tenere conto delle conseguenze derivanti ai lavoratori in tutta la comunità. L'ordinamento economico europeo è solidamente fondato su un contratto sociale: «i lavoratori in tutta Europa devono accettare le ricorrenti conseguenze negative connesse alla creazione di una ricchezza crescente da parte del mercato comune, e in cambio di ciò la società si deve impegnare per un generale miglioramento delle loro condizioni di vita e lavoro, nonché a fornire un supporto economico ai lavoratori che si trovino in difficoltà a causa dei meccanismi di mercato»⁽¹⁷⁾.

«Poiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare [...] il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale» (punto 79 della sentenza).

Bilanciamento che deve essere effettuato, in rela-

zione al caso concreto, dal giudice nazionale.

La Corte, però, non manca di fornire «indicazioni» al giudice di rinvio per la soluzione del caso.

In relazione all'*obiettivo da raggiungere* la Corte invita a valutare, con attenzione, l'impegno assunto dalla società madre (anche per conto delle altre società del gruppo) e citato dal giudice di rinvio nella sua decima questione (di «non porre fine, per effetto del cambiamento di bandiera, al rapporto di lavoro di alcuna persona da esse occupata»). Ove fosse accertato, attraverso l'esame della vincolatività giuridica dell'impegno, che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati potrebbe essere messa in discussione la connessione delle azioni collettive con l'obiettivo di tutela dei lavoratori.

Per quanto attiene all'*adeguatezza delle azioni intraprese dai sindacati e la possibilità che le stesse vadano al di là di ciò che è necessario per conseguire l'obiettivo* richiesto la Corte invita il giudice di rinvio a valutare se l'organizzazione sindacale «disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione».

Dall'esame della motivazione, sotto il profilo che ci interessa, emergono, perlomeno, due indicazioni di fondo:

- la necessità che il giudice nazionale effettui un *bilanciamento* tra i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi e dei capitali con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale;
- la necessità che le restrizioni alla libertà di stabilimento debbano essere giustificate da un obiettivo legittimo e da ragioni imperative di carattere generale. In entrambi i casi, la valutazione del giudice nazionale non potrà prescindere, oltre che dall'analisi del caso concreto (metodo casistico caro alla Corte di Giustizia), dal *diritto del lavoro comunitario vivente*, da intendersi quale insieme dei principi giuridici espressi dalla Corte di Giustizia.

Il controllo sull'argomentazione giuridica

Alexy, nella teoria dell'argomentazione giuridica⁽¹⁸⁾, ricorda, nella prefazione, che la prima sezione della Corte Costituzionale federale ha disposto, in una sentenza del 14 gennaio 1973, che la decisione del giudice debba fondarsi su una «*argomentazione*

razionale”.

Dalla possibilità di produrre una argomentazione giuridica razionale dipende, secondo l’Autore, «non soltanto il carattere scientifico della giurisprudenza, ma anche la *legittimità delle decisioni giudiziali*» (corsivo dell’Autore, *ndr*).

Siamo al cuore del problema.

Non credo, infatti, che prescrizioni legislative, di opinabile validità, possano impedire che l’interprete, nella sua creatività, superi i “limiti dell’arbitrio”⁽¹⁹⁾.

Credo, invece, in un controllo diffuso che partendo dagli spunti innovativi contenuti negli apporti della dottrina si snodi in un confronto dialettico tra gli attori del processo: avvocati e giudici.

Ricordava, una decina di anni fa, Galgano: «Avremmo mai avuto le tante sentenze sulla buona fede contrattuale se gli avvocati non l’avessero invocata in causa»⁽²⁰⁾.

Ma la parola finale spetta, probabilmente, agli argomenti dogmatici.

Scrivendo Mengoni nel suo saggio sull’interpretazione e nuova dogmatica: «La decisione è giustificata quando sia traducibile in termini dogmatici che la rendano comprensibile come deduzione da un concetto o da un principio sistematico, garantendone la coerenza con la razionalità globale dell’ordinamento e quindi l’idoneità a stabilizzarsi come modello di decisione di altri aventi la medesima struttura tipica. Dal punto di vista della dottrina di base la dogmatica giuridica assume la funzione di assicurare una recezione controllata delle valutazioni sociali nell’ordinamento positivo mediante la loro trasformazione in categorie sistematiche. In questa funzione essa è un accumulatore di informazioni, sotto forma di concetti ordinatori o di principi, relative a casi già decisi, così che l’accordo intersoggettivo, che fonda l’oggettività della decisione del nuovo caso, è da esso reso possibile attraverso la prassi»⁽²¹⁾.

Roberto Cosio

Avvocato del Foro di Catania

Presidente Avvocati Giuslavoristi Italiani, Sezione Regione Sicilia-Calabria

Note

⁽¹⁾ Sul tema si veda M. MARCHE, *Commento al disegno di legge n. 1163/2006 a firma Sacconi, Quagliariello, Centaro, Morra, Gentile, Piccone e Novi*, in *Dossier Adapt*, 2007, n.

11, 14.

⁽²⁾ M. CRIPPA, *Le riforme del processo: obiettivi simili, ideologie antitetiche*, in *Dossier Adapt*, 2007, n. 8, 19.

⁽³⁾ A. VALLEBONA, *I disegni di riforma del processo del lavoro*, in *Dossier Adapt*, 2007, n. 8, 3.

⁽⁴⁾ P. ALLEVA, *Le riforme della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, in *www.cgil.it*. Per un riepilogo del dibattito si veda R. COSIO, *Crisi del processo del lavoro*, in *DPL*, 2009, n. 6, 360.

⁽⁵⁾ Sul tema si veda P. RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giudiziale*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, Padova, 1998, 29.

⁽⁶⁾ Sul tema si veda M. DE CRISTOFARO, *Sindacato di legittimità sull’applicazione dei “concetti giuridici indeterminati” e decisione immediata della causa nel merito*, in *FI*, 1999, parte I, c. 1912.

⁽⁷⁾ Cfr. E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *FI*, 1999, parte I, c. 1891.

⁽⁸⁾ L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*

⁽⁹⁾ Così si legge nella relazione di accompagnamento al ddl n. 1163/2006.

⁽¹⁰⁾ Sul tema si veda S. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, 39.

⁽¹¹⁾ Sul tema si veda R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, 85.

⁽¹²⁾ Cass. 22 ottobre 1998, n. 10514, e Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, in *FI*, 1999, parte I, c. 1912.

⁽¹³⁾ Nella frase si coglie un richiamo, implicito, agli studi di Gorla sul valore e sulla portata del precedente giurisprudenziale.

⁽¹⁴⁾ Sul tema si veda A. FALZEA, *Gli standars valutativi e la loro applicazione*, in A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1999, 369.

⁽¹⁵⁾ Sul tema si veda F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983. Sul volume si vedano gli apprezzamenti di Gorla, e le riserve di Taruffo, in *RDC*, 1984, II, 322 e 328.

⁽¹⁶⁾ Cfr. W. MOLLE, *The Economics of European Integration. Theory, Practice, Policy*, 5^a ed., Ashgate, Farnham, 2006.

⁽¹⁷⁾ Conclusioni dell’avvocato generale, punto 59. Sul tema si veda C.K. ELWELL, *Foreign Outsourcing: Economic Implications and Policy Responses*, CRS Report for Congress, Congressional Research Service, 2005.

⁽¹⁸⁾ R. ALEXI, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁽¹⁹⁾ Sul tema si veda G. ALPA, *Interpretare il diritto. Dal realismo alle regole deontologiche*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, 23.

⁽²⁰⁾ F. GALGANO, *Funzione creativa di diritto della giurisprudenza*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *op. cit.*, 3.

⁽²¹⁾ L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 67.