



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Dottorato di ricerca in Diritto, Mercato e Persona
Ciclo XIX
Anno di discussione 2017**

**Il controllo giudiziario dei poteri dell'imprenditore.
Il ruolo delle clausole generali nel diritto del lavoro.**

**SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA:
IUS/07
Tesi di Dottorato della Dott.ssa ANNALISA FELTRE
matricola 963856**

**Coordinatore del Dottorato: Prof. ssa Carmela Camardi
Tutor del Dottorando: Prof. Adalberto Perulli**

Esame finale anno accademico 2016-2017

Ad Antonio, Caterina e Francesco

INDICE

<i>Introduzione</i>	6
---------------------------	---

PARTE I

LE CLAUSOLE GENERALI E I LIMITI AL POTERE DATORIALE

Capitolo I

La tecnica legislativa per clausole generali

1. La struttura semantica delle clausole generali. Dicotomia o identità tra clausola generale e concetto elastico.....	12
2. L'evoluzione della tecnica legislativa per clausole generali nel sistema italiano, tra necessità di adattamento a una società pluralista e diffidenza verso le clausole generali (la fuga “nelle” clausole generale e la fuga “dalle” clausole generali).....	24
3. La crescente diffusione di clausole generali nel contesto europeo. <i>The range of reasonable responses test</i> e la giurisprudenza di <i>Common Law</i> sul licenziamento.....	34

Capitolo II

I poteri del datore di lavoro: i limiti

1. Prerogative e poteri datoriali: le tipologie di limiti.....	45
2. I limiti intrinseci. Le clausole generali come limite alla discrezionalità dei poteri datoriali. Il dibattito dottrinale.....	60
3. L'abuso del diritto.....	73

Capitolo III

I limiti ai poteri datoriali nell'ordinamento giuridico francese

1. La presenza di <i>standards</i> nei testi legislativi francesi.....	84
2. I limiti ai poteri datoriali ed il controllo di proporzionalità. I diritti fondamentali.....	92
3. Il controllo del Giudice del lavoro nell'ordinamento giuridico francese. <i>L'employeur seul juge?</i> Il controllo del giudice sul licenziamento economico. La <i>cause réelle et sérieuse</i>	99
4. Il controllo del giudice francese sulla <i>clause de mobilité</i> ed il diritto alla <i>vie personnelle</i>	114

PARTE II

IL POTERE GIUDIZIALE NELL'INTERPRETAZIONE DELLE CLAUSOLE GENERALI

Capitolo I

L'applicazione delle clausole generali. Il tipo di controllo esercitato dal Giudice del lavoro

1. L'incidenza delle clausole di buona fede e correttezza sull'esercizio dei poteri datoriali (obbligo di motivazione della decisione; criteri di scelta nel licenziamento collettivo; obbligo di informazione; licenziamento <i>ad nutum</i> ; promozioni e note di qualifica).....	120
2. La giusta causa, il giustificato motivo soggettivo ed il dibattito sul fatto.	148
3. Il giustificato motivo oggettivo e le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.....	165
4. La disciplina delle mansioni, il superamento del concetto di "equivalenza" e la "modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore".....	182

5. Il trasferimento del lavoratore e le “comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive”	206
---	-----

Capitolo II

Le riforme legislative dell’ultimo decennio e l’influenza della *Law and Economics*

1. Il procedimento giudiziario come elemento di diseconomicità del sistema.	218
2. Il sindacato giudiziale sulle clausole generali dal Collegato Lavoro al Jobs Act	227

<i>Conclusioni</i>	243
--------------------------	-----

<i>Bibliografia</i>	253
---------------------------	-----

<i>Bibliografia straniera</i>	278
-------------------------------------	-----

INTRODUZIONE

Illustri giuristi hanno definito l'attuale produzione normativa, soprattutto in ambito giuslavoristico, come lacunosa, priva di chiarezza e caratterizzata da indecifrabile ambiguità¹. Se è vero che, talvolta, l'ambiguità e l'indeterminatezza dei testi sono dovute semplicemente all'imperizia di chi redige le norme, altre volte l'utilizzo di clausole generali (intendendo in questo momento tale termine in senso lato, ossia come sinonimo di norme elastiche, norme dal contenuto intenzionalmente indeterminato²), è espressione di una scelta consapevole da parte del legislatore, il quale, dovendosi confrontare con una realtà sociale in continua evoluzione, preferisce utilizzare tale tecnica legislativa rispetto a quella basata su regole analitiche.

Se, da un lato, l'intenzionale scelta di utilizzare clausole elastiche, superando in questo modo l'antico paradigma positivistico, trova il proprio fondamento nella necessità di adeguarsi alle esigenze di una società complessa ed in continuo mutamento³, dall'altro tale utilizzo comporta l'amplificazione dei poteri in capo

¹ Ha utilizzato tali espressioni, VIDIRI, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, p. 619. Della stessa opinione, FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 19, laddove afferma che "il linguaggio delle leggi è diventato a tal punto oscuro, tortuoso, zeppo di rimandi ad altri testi normativi, di inutili divagazioni e neologismi burocratici, che comprenderne il significato è spesso un'impresa assai ardua, se non impossibile, perfino per il giurista".

² La dottrina denomina diversamente tali formule elastiche. Si veda, *ex multis*, RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 40-41, in cui definisce le stesse come "nozioni a contenuto variabile", ossia "strumenti che i giuristi denominano variamente (direttiva, principio, formula aperta, clausola generale, standard) e che rispondono alla medesima funzione". Secondo Rodotà, "non distinguere all'interno di queste categorie non è in questo momento sacrificare il rigore teorico, ma fare un primo passo importante, e cioè prendere atto di quella che è la realtà normativa con la quale dobbiamo fare i conti". Si veda inoltre VELLUZZI, *Clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

³ In tal senso, RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, p. 715, il quale afferma "l'introduzione nella legislazione di clausole elastiche, allora, si conferma come una via più economica, che non garantisce soltanto, come da sempre si è detto, un'apertura dell'ordinamento giuridico verso la società, ma pure la capacità di far fronte alle discontinuità che possono prodursi nel futuro. E c'è un'altra "diseconomia" che può essere eliminata attraverso le clausole generali: è quella che deriva dal ricorso ripetuto alla microlegislazione di settore, che alimenta al tempo stesso l'inflazione legislativa e l'insicurezza giuridica, creando un circolo vizioso che può essere spezzato solo da un nuovo equilibrio tra legislazione per principi,

all'organo giudiziario. È proprio il giudice, infatti, ad applicare la clausola generale ed è quindi ancora il giudice e non il legislatore, tradizionale detentore del potere legislativo, ad operare un continuo bilanciamento di valori, ossia una scelta propriamente politica⁴.

Il tema oggetto di indagine è quello dei limiti ai poteri del datore di lavoro, prendendo in esame, in particolare, l'interrelazione tra la tecnica normativa per clausole generali nel diritto del lavoro e la discrezionalità dell'imprenditore. La trattazione si soffermerà, quindi, sul tema del controllo del Giudice del lavoro sui poteri dell'imprenditore in seguito agli interventi legislativi degli ultimi anni, i quali mirano, più o meno dichiaratamente, a limitare i poteri dell'organo giudiziario. Si tratta dell'art. 30 del Collegato Lavoro ("clausole generali e certificazione del contratto di lavoro"), della Riforma Fornero, che ha modificato il testo normativo predetto ed ha riscritto la disciplina dei licenziamenti sostituendo, alla monolitica tutela reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo, un sistema sanzionatorio articolato su più livelli, nonché dell'intervento, a tutto tondo, del Jobs Act.

La dottrina, non solo civilistica, e la giurisprudenza hanno speso fiumi d'inchiostro con riferimento al tema, sempre attuale, delle clausole generali. Tale tecnica di redazione delle norme ha vissuto momenti di altalenante gloria e non può nascondersi che, nonostante sia estremamente ampia la letteratura a riguardo, spesso il tema si caratterizza per un alto grado di incertezza e confusione. Sono infatti pochi gli Autori che nel corso degli anni sono riusciti ad esaminare in profondità l'argomento senza perdere l'indispensabile rigore analitico.

Tra gli stessi, un posto privilegiato è sicuramente quello di Luigi Mengoni, il quale, in uno dei suoi saggi più celebri, sottolinea che "la materia delle clausole generali attende ancora una sistemazione definitiva sia sul piano dell'elaborazione di appropriati modelli argomentativi, sia sul piano dogmatico"⁵. Orbene, a distanza di circa trent'anni, possiamo affermare che tale sistemazione non è

"nozioni a contenuto variabile" e disciplina analitica. Solo chi è cieco di fronte alla realtà può credere che, oggi, il pericolo sia una fuga verso le clausole generali e non nella concretissima fuga verso la legislazione speciale".

⁴ MAZZOTTA, *Il Giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico tra metodo e merito*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, p. 235.

⁵ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 8.

ancora stata completamente trovata e che le clausole generali costituiscono ancora argomento di ampio dibattito. La dottrina, tuttavia, si sofferma molto spesso sulla funzione delle clausole generali, sulle conseguenze dalle stesse prodotte, sull'opportunità di utilizzare tale strumento, omettendo sovente di interrogarsi in profondità sull'oggetto stesso della discussione, ossia "cosa sono le clausole generali".

Per capire l'estrema rilevanza del quesito, si pensi, ad esempio, all'art. 30 co.1 del Collegato Lavoro, laddove per la prima volta l'espressione "clausola generale" compare in un testo legislativo, a mente del quale, in tutti i casi in cui le disposizioni di legge contengono clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione del rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziario 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 o produttive che competono al datore di lavoro.

Considerato il risvolto pratico di tale norma, deve esaminarsi a fondo il significato dei termini utilizzati dal legislatore, in quanto, a seconda del valore semantico attribuito alla "clausola generale", l'art. 30 assume significati radicalmente diversi. In particolare, deve distinguersi tra la tesi che considera le clausole generali come norme o precetti elastici, distinte dalle Generalklausen in senso tecnico, ossia norme complete che contengono formulazioni idonee a identificare un'ipotesi-tipo, un modulo generico da applicare alla singola fattispecie in via interpretativa, da quella secondo cui per clausole generali devono intendersi meramente quelle clausole, quali la correttezza e la buona fede, che non stabiliscono regole, bensì contengono enunciazioni di massima o riferimenti a criteri di valutazione del comportamento delle parti che vanno precisati in sede di interpretazione⁶. Ebbene, l'art. 30 del Collegato Lavoro assume un valore o un altro, al punto da potersi considerare privo di concreta applicazione pratica, in conseguenza dell'attribuzione dell'uno o dell'altro significato.

⁶ PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 280.

In particolare, secondo una tesi rigorosamente formale, che tiene assolutamente distinte le clausole generali e le norme elastiche, l'art. 30 co. 1 Collegato Lavoro sarebbe sostanzialmente inapplicabile in quanto, se identificassimo le clausole generali ivi richiamate con la buona fede e la correttezza, saremmo successivamente a rilevare che nessuna delle fattispecie espresse (instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso) contiene una tale previsione⁷.

Diversamente, una diversa tesi sostiene che il legislatore del Collegato Lavoro, compiendo probabilmente una sostanziale imprecisione concettuale⁸, richiamando le clausole generali abbia inteso riferirsi, più genericamente, a norme e concetti elastici. Secondo tale tesi, l'art. 30 del Collegato lavoro si riferisce quindi alle disposizioni di legge, nelle materie di cui all'art. 409 del Cod. Proc. Civ., che contengono le clausole elastiche previste dalla legislazione giuslavoristica⁹.

Proprio per le diverse conseguenze che discendono dal significato che viene attribuito a tale espressione, la presente narrazione cercherà di delineare fin dal principio la struttura semantica che caratterizza le clausole generali per addentrarsi solo successivamente nell'indagine circa il ruolo di limiti all'esercizio del potere datoriale attribuito alle stesse.

La questione è dunque quella di capire, alla luce dei recenti interventi legislativi, che sembrano limitare e inaridire il ruolo del giudice, quale spazio permanga per i

⁷ NOGLER, *Prime considerazioni sulla disciplina legislativa delle "Clausole generali" in materia di diritto del lavoro*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, vol. 2, Jovene, Napoli, 2011, p. 929.

⁸ In merito all'art. 30 del Collegato Lavoro, RESCIGNO ha sottolineato come, facendo riferimento ai concetti di "clausole generali" e di "tipizzazione", il legislatore abbia fatto propri termini e formule che, tradizionalmente, appartengono al linguaggio della dottrina, chiamata a costruire concetti e categorie e a tentarne un ordine sistematico. In questo senso, secondo l'Autore, il legislatore italiano dell'ultima stagione sarebbe *"un legislatore che non si distingue per coerenza e cultura e che ha "scoperto" in una singolare prospettiva le clausole generali e cerca di soffocarne la portata e il senso"* ed inoltre *"risulta trasparente il disegno di limitare gli spazi di creativa attività rimessa al giudice attraverso regole flessibili e di orientare la tipicità non già a tutela di un soggetto debole (come accade, ad esempio, con la riduzione all'affitto delle molteplici figure di contratti agrari), ma a garanzia dell'impresa e del mercato"*.

⁹ In tal senso, si veda BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, Relazione alle giornate di studio AIDLASS, 29-30 maggio 2014, p. 7, secondo cui, in tema di nozione di clausola generale, *"il ventaglio delle disposizioni normative rientranti in quest'area viene considerato da molti interpreti, da buona parte della giurisprudenza nonché, ora, dal legislatore (art. 30 della legge 4 novembre 2010 n. 183) come un territorio più vasto rispetto al ridotto perimetro degli obblighi di correttezza e buona fede"*.

valori tradizionalmente protetti dall'ordinamento giuslavoristico e se le clausole generali possano rappresentare uno strumento attraverso cui, per il tramite dell'attività interpretativa, veicolare valori all'interno dell'ordinamento di diritto positivo o se, al contrario, l'apparato legislativo degli ultimissimi anni si ponga in contrasto con la natura stessa delle clausole generali, privando quindi tale tecnica legislativa della funzione che le è propria. In altre parole, l'indagine mira a capire se sia possibile, per l'interprete, ricorrere alle clausole generali per recuperare quel bagaglio di garanzie che il legislatore, soprattutto con il Jobs Act, ha inteso attenuare.

PARTE I

LE CLAUSOLE GENERALI E I LIMITI AL POTERE DATORIALE

Capitolo I

LA TECNICA LEGISLATIVA PER CLAUSOLE GENERALI

SOMMARIO: 1. La struttura semantica delle clausole generali. Dicotomia o identità tra clausola generale e concetto elastico. - 2. L'evoluzione della tecnica legislativa per clausole generali nel sistema italiano, tra necessità di adattamento a una società pluralista e diffidenza verso le clausole generali (la fuga “nelle” clausole generale e la fuga “dalle” clausole generali). - 3. La crescente diffusione di clausole generali nel contesto europeo. *The range of reasonable responses test* e la giurisprudenza di Common Law sul licenziamento.

1. La struttura semantica delle clausole generali. Dicotomia o identità tra clausola generale e concetto elastico.

L'obiettivo precipuo di questo capitolo è quello di rispondere al quesito di chi si interroga sul significato che dev'essere attribuito alla locuzione “clausola generale”.

Tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza e perfino il legislatore sovrappongono, talvolta involontariamente, le nozioni di “clausola generale” con quelle, tra le tante, di “norma elastica”, “nozione a contenuto variabile”, “standard valutativo”, “concetto-valvola”, “concetto indeterminato”, “valvola di sicurezza”, “formula aperta”, generando un'evidente confusione terminologica non priva di conseguenze¹⁰. Ebbene, prima di addentrarsi *in medias res*, deve comprendersi se

¹⁰ La confusione terminologica si evidenzia ad esempio nella motivazione della celebre sentenza Renault, sulla quale ci si soffermerà nei capitoli successivi (Cass. Sezioni Unite 18 settembre 2009, n. 20106), dove la buona fede viene definita, nel giro di poche righe, come “clausola generale”, poi “principio generale” e poi ancora “obbligo” in capo ad una parte del rapporto, conseguente all'applicazione di una norma di condotta (“*Ne consegue che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.). I principii di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati, nel tessuto connettivo*”).

l'utilizzo di tali locuzioni alla stregua di sinonimi sia appropriato oppure se si tratti di un errore generato da una situazione oltremodo articolata. In altre parole, è necessario chiarire se la categoria delle clausole generali sia comprensiva di alcune fattispecie definite abitualmente come norme elastiche, oppure se queste ultime ne restino escluse, costituendo, pertanto, una categoria a sé.

L'elaborazione del concetto di clausola generale, innanzitutto, non è frutto dell'opera del legislatore e non rappresenta una categoria di diritto positivo, bensì è il risultato dell'opera dell'interprete, la cui formulazione teorica potrebbe, ipoteticamente, essere riscritta *ex novo*¹¹. Si tratta quindi di una categoria elaborata dalla dottrina attraverso l'osservazione di determinate disposizioni che, utilizzata solo in un secondo momento dalla giurisprudenza, è stata a lungo estranea al lessico del legislatore. Pertanto, manca un perimetro ben delimitato e i confini delle clausole generali non sono altro che il frutto delle teorie dottrinali che caratterizzano il nostro ordinamento in ciascun momento storico. Va peraltro precisato che è proprio attraverso una norma giuslavorista, l'art. 30 del Collegato Lavoro, che il legislatore per la prima volta inserisce la locuzione "clausola generale" all'interno di un testo normativo, riaprendo, in questo modo, l'annosa questione circa il significato della locuzione¹².

Negli anni sessanta e settanta del secolo scorso, durante la "prima stagione" di studi sulle clausole generali, la dottrina non ha sentito la necessità di interrogarsi a fondo sulla struttura semantica delle stesse, essendo il concetto assunto come un

dell'ordinamento giuridico. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462)".

¹¹ In questo senso, GUARNERI, *Le clausole generali*, in Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile, Le fonti non scritte e l'interpretazione*, 1999, p. 133. L'Autore sostiene che "le opposizioni concetti indeterminati/determinati, normativi/descrittivi, concetti discrezionali/concetti a valutazione oggettivamente vincolata, regole casistiche/clausole generali sono soltanto relative, ben potendo una fattispecie essere classificata ora in un modo ora, invece, in modo opposto, in relazione al tipo di parametro preso a riferimento".

¹² A mente dell'art. 30, co. 1 del Collegato lavoro (rubricato "clausole generali e certificazione del contratto di lavoro"), "in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema 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".

elemento giuridico non bisognevole di ulteriori e più puntuali chiarimenti¹³. Solo a partire dagli anni ottanta si evidenziano i primi tentativi di definizione, così come un impegno classificatorio volto a distinguere tra clausole generali/concetti elastici, clausole generali/norme generali, clausole generali/standards.

Si tornerà più avanti sull'analisi effettuata da Luigi Mengoni in materia di clausole generali, tuttavia pare opportuno specificare fin da subito come quest'ultimo sia il capostipite di coloro che sostengono, in maniera più o meno netta, la dicotomia tra le clausole generali in senso stretto e le norme elastiche¹⁴. L'analisi effettuata da Luigi Mengoni evidenzia un rigore e una precisione tali per cui non stupisce che, ancor oggi, qualunque studioso si avvicini al tema prenda le mosse proprio dalla teoria delle clausole generali dallo stesso elaborata.

Le clausole generali in senso stretto, tra cui si richiamano in primo luogo la buona fede e la correttezza, sarebbero norme tipiche degli ordinamenti in cui non si applica il metodo casistico e consisterebbero in enunciazioni di massima o riferimenti a criteri di valutazione del comportamento delle parti¹⁵. Si tratta perciò di "frammenti di norme che non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni"¹⁶. La clausola generale richiede quindi, in sede applicativa, che il giudice compia una scelta di valore mediante l'utilizzo degli *standards* valutativi.

Dall'altro lato, le norme elastiche (definite anche norme generali, aperte, norme contenenti concetti giuridici indeterminati, norme di condotta a fattispecie indeterminata...) sarebbero norme complete, "per la cui concretizzazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazione obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera"¹⁷. La differenza, rispetto alle clausole generali in senso stretto, risiederebbe nel fatto che, in presenza di norme elastiche, il giudice deve pervenire alla decisione

¹³ CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 21.

¹⁴ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 13.

¹⁵ VELLUZZI, *Clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

¹⁶ MENGONI, *op. cit.*, p. 13. Sul punto si veda anche ROSELLI, *Le clausole generali, oggi*, in *Diritto romano attuale*, 2003, 10, p. 37, laddove l'Autore definisce la clausola generale come una "disposizione precettiva (...) formulata attraverso espressioni linguistiche indeterminate, sì da esservi implicito il richiamo a regole della morale o del costume oppure proprie di determinate cerchie sociali, o discipline, o arti, o professioni".

¹⁷ MENGONI, *op. cit.*, p. 9.

effettuando una selezione rispetto ad una serie di significati preesistenti, richiamati dalla legge con un'espressione di tipo sintetico o riepilogativo¹⁸.

Tra coloro che sostengono la dicotomia vi è inoltre Luigi Gazzoni, il quale, in uno dei più celebri manuali di diritto civile, chiarisce, al fine di definire il concetto elastico, che “la proliferazione legislativa è evitata mediante una formulazione della norma, quando ciò appaia opportuno, sufficientemente ampia da permettere all'interprete di riempire di volta in volta il concreto significato vincolante la regola o parte di essa”¹⁹. D'altro canto, è lo stesso Autore, poco dopo, ad affermare, prendendo ad esempio la buona fede, che le clausole generali “rivestono particolare importanza perché mentre i concetti elastici (quali quelli appena segnalati: evidente pericolo, gravi difetti, lunga durata) non comportano una ricostruzione complessiva del sistema e soprattutto pretendono la specificazione solo di un aspetto singolo e particolare di una regola più generale – che è pur sempre dettata espressamente dal legislatore – le clausole generali indicano un criterio di giustizia ma non dettano regola alcuna, delegando all'interprete la funzione di elaborarla, osservando i c.d. *standards* valutativi esistenti nella realtà sociale, cui si sommano quelli logici di una determinata società, latamente assimilabili alla massima di esperienza e agli aforismi”²⁰.

Proprio nel contesto del diritto del lavoro si ritrovano buona parte di quelli che l'Autore sopra citato definisce come concetti elastici. Mi riferisco, ad esempio, alla nozione di giusta causa e di giustificato motivo di licenziamento, ma anche all'equivalenza professionale, allo scarso rendimento, alle ragioni di carattere tecnico, organizzativo o produttivo.

Da un punto di vista strettamente strutturale, pertanto, è possibile riscontrare una distinzione tra le clausole generali e le norme elastiche, laddove le prime sono precetti elastici contenenti criteri di valutazione del comportamento delle parti da precisarsi in sede interpretativa (si pensi quindi alla buona fede ed alla correttezza nell'esecuzione del contratto, al buon costume...), le seconde sono norme complete che presentano un contenuto meno generico e contengono un parametro

¹⁸ BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, Relazione alle giornate di studio AIDLASS, 29-30 maggio 2014, p. 13.

¹⁹ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 48.

²⁰ *Ivi*, p. 49.

generale, un'ipotesi-tipo da applicare alla fattispecie in sede interpretativa (si pensi in questo senso alla giusta causa, al giustificato motivo...).

Ebbene, se da un'accorta analisi dal punto di vista strutturale è possibile demarcare una sottile linea di confine tra le clausole generali ed i concetti elastici, pare più arduo trovare una distinzione laddove si ponga l'accento sulla funzione dalle stesse rivestita. Proprio in tale ottica, altri autorevoli Autori, tra cui Stefano Rodotà, ritengono infatti che la dicotomia proclamata dalla tesi tradizionale non sia così pacifica e vi sia, piuttosto, sostanziale identità tra le clausole generali di correttezza e buona fede ed i concetti elastici. L'Autore, in particolare, discorre di "nozioni a contenuto variabile", ossia "strumenti che i giuristi denominano variamente (direttiva, principio, formula aperta, clausola generale, standard) e che rispondono alla medesima funzione"²¹, sostenendo che l'eventuale distinzione si ridurrebbe pertanto ad una mera questione nominalistica. La funzione delle clausole generali, latamente intese, ossia includendo all'interno del concetto tanto le clausole generali in senso stretto quanto le norme elastiche, è infatti duplice. Accanto alla funzione ordinaria, in ragione della quale le clausole generali costituiscono una tecnica di regolazione del rapporto giuridico intercorrente tra le parti, si riscontra una maggiormente dibattuta funzione "straordinaria", in ragione della quale le clausole generali costituiscono una tecnica legislativa che legittima l'esercizio, da parte dell'organo giudiziario, di un potere non semplicemente dichiarativo, bensì creativo, ossia di una precisa delega operata dal legislatore in favore dell'organo giudiziario²².

Aderendo all'interpretazione offerta da Rodotà, si assisterebbe quindi, rispetto all'interpretazione mengoniana, ad un auspicabile ampliamento del termine "clausole generali", le quali comprenderebbero anche tutte quelle norme elastiche indeterminate che contengono un parametro generale, un'ipotesi-tipo da applicare

²¹ RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 40.

²² In tal senso, *ex multis*, Cass. 18 gennaio 1999, n. 441, con nota BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione in relazione all'applicazione del concetto di giusta causa di licenziamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, II, p. 441 ss., con nota GIACALONE, *Dalla certezza del diritto alla "civiltà del lavoro": un licenziamento in tronco da parte della Corte di Cassazione?*, in *Giust. Civ.*, 1999, 3, p. 667 ss..

alla fattispecie in sede interpretativa. Nel tentativo di identificare il tratto distintivo delle clausole generali latamente intese, si evidenzia come le stesse si caratterizzino per la presenza di un concetto elastico, connotato da intenzionale indeterminatezza, ossia un modello generico da applicare, in sede interpretativa, alla singola fattispecie²³. L'intenzionalità dell'indeterminatezza è peraltro un connotato essenziale, posto che, come correttamente affermato da Stefano Rodotà, le clausole generali non sono le sole in cui il giudice deve procedere ad un'attività di integrazione valutativa. Vi è infatti una relazione di *genus* a *species* tra la nozione di fattispecie aperta e quella di clausola generale. La nozione di fattispecie aperta, infatti, prevede un "esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto e alla concretizzazione della norma"²⁴; la nozione di clausola generale prevede anch'essa il medesimo trasferimento di potere al giudice, con la peculiarità che in questo caso si tratta di una scelta intenzionale dell'organo legislativo.

Tale interpretazione è stata peraltro recentemente sostenuta da Vito Velluzzi, che ha affermato che ricorre una clausola generale laddove all'interno dell'enunciato normativo siano presenti termini o sintagmi valutativi, caratterizzati da peculiare vaghezza e da indeterminatezza, il cui criterio di applicazione non è determinabile se non attraverso il ricorso a parametri di giudizio tra loro potenzialmente concorrenti, ossia attraverso un'attività di integrazione valutativa da parte del giudice²⁵. Secondo Velluzzi si tratterebbe quindi di un'indeterminatezza semantica.

Inoltre, una peculiarità delle clausole generali è il riferimento valoriale, che è stato per lo più sottolineato da quella parte della dottrina secondo la quale le clausole generali si caratterizzerebbero per un forte contenuto assiologico e sarebbero quindi lo strumento per veicolare all'interno della decisione del caso concreto i valori presenti nell'ordinamento. Secondo Emilio Betti, in particolare, le clausole

²³ Sul punto, LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 182. L'Autore afferma che "nessuna stringa di parole è in sé e per sé una clausola generale, am diventa tale solo in virtù dell'opera interpretativa, non ho nessun problema ad ammettere che un sintagma possa essere considerato come una clausola generale S1 e possa invece essere considerato tale nel senso S2".

²⁴ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, p. 721.

²⁵ VELLUZZI, *op. cit.*, pag. 8.

generali rappresentano “norme che presentano un’eccedenza di contenuto assiologico rispetto ad altre disposizioni legislative del sistema”²⁶; nella stessa ottica, Roselli sostituisce la nozione di clausola generale con l’espressione “disposizione di legge elastica che richiede giudizi di valore in sede applicativa”²⁷.

Anche volendo sottolineare proprio questa connotazione fortemente assiologica, non sembra delinearci una chiara distinzione tra le clausole generali in senso stretto ed i concetti elastici. Ponendo invece l’attenzione sul profilo valoriale, si ribadisce piuttosto la funzione “straordinaria” delle clausole generali, in quanto detto profilo non potrebbe essere valorizzato se non in ragione di un’implicita delega al giudice perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta meramente nei termini e nelle parole che la compongono e costruita secondo i criteri che l’ordinamento stesso gli prescrive di seguire. Attraverso la consapevole scelta legislativa di legiferare per clausole generali, pertanto, il giudice diviene il soggetto preposto a compiere una scelta assiologica. La norma (o sintagma) indeterminato, definito genericamente “clausola generale” assume pertanto un significato o un altro esclusivamente attraverso l’attività integrativa del giudice (ossia l’attività di concretizzazione), la quale consiste in un giudizio di valore da compiersi sulla base di *standards*²⁸.

La stessa Suprema Corte, in una recente pronuncia del 23 settembre 2016, n. 18715, conferma tale impostazione, laddove, in materia di contenzioso sulla giusta causa di licenziamento, soffermandosi sull’attività interpretativa del giudice in materia di clausole generali, ha affermato che “in generale l’attribuzione di un contenuto precettivo ad una norma, compreso in un intervallo di interpretazioni plausibili, è operazione che compie ogni giudice nell’assegnare un significato alla disposizione interpretata, ma che compete a questa Corte precisare progressivamente mediante puntualizzazioni, a carattere generale ed astratto, sino alla formazione del cd. diritto vivente (cfr. Cass. n. 18247 del 2009). Tale operazione di attribuzione di significato non è logicamente dissimile per le norme

²⁶ BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 315.

²⁷ ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983, p. 8.

²⁸ VELLUZZI, *op. cit.*, p. 24.

contenenti le cd. clausole generali o, comunque, concetti giuridici indeterminati, anche se non se ne possono negare le peculiarità legate alla circostanza che in tali disposizioni si richiamano concetti elastici, che necessitano di una integrazione che accentua lo spazio lasciato all'interprete, delegato ad effettuare un giudizio di valore che concretizza la norma oltre i rigidi confini dell'ordinamento positivo"²⁹. Ebbene, la questione si sposta dunque sul piano dei criteri di integrazione della clausola generale, ossia della nozione intenzionalmente indeterminata che richiede, per stessa volontà legislativa, venga compiuta una scelta di valore per determinare quale significato attribuire al testo normativo. Secondo parte della dottrina, la presenza di clausole generali altro non è che una delega in bianco, data dal legislatore al giudice, il quale deve compiere un'attività di etero-integrazione, ossia un'attività di completamento della norma attraverso fonti esterne rispetto alle fonti formali dell'ordinamento, quali ad esempio le norme tratte dalla morale sociale comune oppure le norme tecniche³⁰. La peculiarità delle clausole generali consisterebbe quindi proprio nell'etero-integrazione, ossia nella discrezionalità offerta all'organo giudiziario, il quale può attingere, a differenza di come opera dinanzi alle altre norme dell'ordinamento, alla "coscienza sociale", ossia a criteri esterni rispetto all'ordinamento positivo³¹. Tale tesi è stata contestata da un'altra parte della dottrina³², la quale sostiene invece che non vi è ragione di ritenere che le clausole generali debbano necessariamente attingere a fonti esterne rispetto

²⁹ Cass. 23 settembre 2016, n. 18715, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016. Nello stesso senso, Cass. 23 settembre 2012, n. 18715, con nota DUILIO, *Giusta causa di licenziamento: la valutazione del giudice di merito non è censurabile in Cassazione*, in *Dir. Giust.*, 2016.

³⁰ In tal senso, RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1998, I, 1 ss., laddove l'Autore afferma che "nelle clausole generali opera la delega a ricercare valori fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo".

³¹ In tale senso, SANLORENZO, *I limiti al controllo del giudice in materia di lavoro*, in Amato, Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Maggioli, Milano, 2011, p. 26. L'Autrice afferma che l'attività di integrazione che il giudice è tenuto a compiere dinanzi a clausole generali quali la giusta causa o il giustificato motivo "(...) non può che compiersi attraverso scelte di valore, necessarie per riempire di contenuto il precetto normativo, caratterizzato da vaghezza definita "socialmente tipica (o da rinvio)", che non consiste in una mera indeterminatezza per così dire necessitata dal carattere generale della fonte legislativa, ma volutamente tesa a operare un rinvio, sul piano applicativo, a parametri variabili nel tempo e nello spazio, desumibili da regole morali, sociali o del costume". Inoltre "ma tutto questo non è certo nello svolgimento di un percorso del tutto autoreferenziale e soggettivistico, quanto piuttosto nel doveroso rispetto dell'individuazione e nell'esplicitazione dei parametri di riferimento".

³² Si veda, in particolare VELLUZZI, *op. cit.*, p. 65 ss., laddove l'Autore afferma che è illogico escludere la possibilità di auto-integrazione delle clausole generali mediante fonti di diritto positivo.

all'ordinamento positivo. Tale tesi si basa sul presupposto che non sia necessario fare ricorso a criteri esterni all'ordinamento positivo in quanto in un ordinamento costituzionalizzato, quale appunto quello italiano, i valori di riferimento sono già presenti. Le clausole generali, in questo senso, hanno la funzione di consentire al giudice di attingere a principi formalmente sanciti all'interno di fonti formali dell'ordinamento, ossia all'interno del testo costituzionale, ma anche ai principi del diritto internazionale ed europeo.

Da un punto di vista applicativo, ai due diversi orientamenti conseguono due differenti ruoli del giudice, il quale, pur avendo sempre un ruolo "creativo", da un lato diviene esso stesso fonte di diritto, in una seconda accezione, invece, si misura esclusivamente con i principi sanciti dall'ordinamento stesso. In tale secondo caso, quindi, i giudizi di valore espressi, lungi dall'essere autoreferenziali, dovranno far riferimento a testi normativi e a principi giuridici formalmente riconosciuti dall'ordinamento stesso.

Ritornando alla nozione di "clausola generale", condividendo l'opinione di chi mira a superare la dicotomia, ritengo che, nonostante possa individuarsi una sottile differenza sul piano dogmatico, non vi sia sostanziale diversità dal punto di vista dell'applicazione pratica in quanto sia la buona fede e la correttezza, sia i concetti elastici operano come norme di rinvio a *standards* valutativi, ossia a criteri di valutazione che fanno riferimento a valori elaborati al di fuori della specifica disposizione di diritto positivo.

Pertanto, dopo aver delineato la distinzione tra clausole generali e concetti elastici/indeterminati, ritengo che usare genericamente l'espressione "clausola generale" per identificare entrambi i concetti non comporti alcuna rinuncia al rigore analitico richiesto dalla disciplina³³. Pertanto, pur senza la pretesa di indagare sull'effettiva consapevolezza del legislatore del Collegato Lavoro del

³³ In tal senso, RODOTÀ, *ult. op. cit.*, p. 729, laddove afferma che "ancor meno persuasiva è la distinzione tra concetti indeterminati e clausole generali, che non riesce a trovare sufficiente nettezza neppure negli scritti di chi, come Karl Engisch, ha prestato ad essa particolare attenzione", infatti "proprio il riferimento al *Treu und Glauben* mette in evidenza l'impossibilità di separare la discussione sull'indeterminatezza da quella sulle modalità di costruzione della fattispecie, poiché la scelta di una via diversa da quella della fattispecie analitica o casistica, e dunque l'adozione della tecnica della clausola generale, consiste certo nel descrivere "con grande generalità un ambito di casi" e consegnarli "alla valutazione giuridica", ma questo può implicare proprio il ricorso a nozioni a contenuto variabile o indeterminate".

2010, ritengo che l'art. 30 co. 1 dello stesso, sul quale ci si soffermerà lungamente nei capitoli successivi, possa pacificamente riferirsi ai concetti elastici/indeterminati, ricompresi, per le ragioni di cui sopra, all'interno della locuzione "clausole generali", senza che ciò comporti alcuna imprecisione dal punto di vista terminologico³⁴. È la stessa Corte di Cassazione, in una recente sentenza, a sottolineare che "entrambe le locuzioni possono adoperarsi fungibilmente, come altre di analoga valenza"³⁵.

Parimenti, all'interno di questo elaborato si farà riferimento al concetto di "clausola generale" per indicare, riprendendo la definizione di Vito Velluzzi, quei termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi e caratterizzati da peculiare vaghezza e da indeterminatezza, che prevedono un'attività di integrazione valutativa da parte del giudice, precisando che l'indeterminatezza può essere tale tanto sotto il profilo valoriale quanto linguistico. Si farà pertanto riferimento, con le dovute precisazioni, tanto alla buona fede contenuta negli articoli 1175 e 1375 del Codice Civile, quanto a tutti quei concetti elastici, tra cui si rammentano, a titolo di esempio, la "giusta causa" di cui all'articolo 2119 del Codice Civile, il "giustificato motivo" di cui all'art. 3 Legge n. 604 del 1966, le mansioni "equivalenti" di cui all'art. 2103 del Codice Civile, come modificato dall'art. 13 della Legge 300/1970, prima della riforma di cui al d.lgs. n. 81 del 2015; le "ragioni tecniche, organizzative e produttive" che sono presupposto del trasferimento del lavoratore ai sensi dell'art. 2103 del Codice Civile.

Ed è proprio mettendo in relazione la buona fede e la correttezza con quelli che sono stati variamente definiti con il termine di concetti indeterminati, nozioni a

³⁴ Ciò è peraltro confermato dalle parole dell'on. Giuliano Cazzola, che nella relazione alla Camera sul disegno di legge che ha dato poi vita al Collegato lavoro, ha affermato che "(...) in presenza di clausole che fanno rinvio a clausole generali (come ad esempio le "ragioni tecniche", le "ragioni produttive" etc.), la legge non disponga espressamente che il controllo giudiziale non può essere esteso alla opportunità della scelta del datore di lavoro, tale principio è ritenuto comunque pacifico dalla stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione".

³⁵ La Suprema Corte, con pronuncia del 14 marzo 2013, n. 6501, affermava inoltre che "è noto che, a differenza delle norme a contenuto certo o definitorio, ovvero "a struttura rigida", quelle cd. elastiche sono norme a variabile contenuto assiologico, che richiedono all'interprete giudizi di valore su regole o criteri etici o di costume o proprie di discipline e/o di ambiti anche extragiuridici. Gli esempi sono innumerevoli: oltre ai concetti di giusta causa o di giustificato motivo si pensi, ad esempio, a quelli di buona fede nelle trattative, interesse del minore, concorrenza sleale, vincolo pertinenziale, carattere creativo dell'opera dell'ingegno, importanza dell'inadempimento, danno ingiusto, stato di bisogno ecc." (Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, in *Mass. Giur. Lav.*, 2014, 4, p. 237 ss.).

contenuto variabile (uno su tutti, la giusta causa) che si evidenzia, come meglio si chiarirà nei capitoli successivi, la debolezza della distinzione³⁶. In questo senso, “la fragilità della distinzione appare ancor più evidente se alla clausola generale si contrappone una nozione come quella di “giusta causa”³⁷.

Ebbene, la giusta causa è un concetto che può essere utilizzato dal giudice per sindacare la legittimità di un atto di potere, esercitato dal datore di lavoro, ossia di un provvedimento, di una decisione dello stesso che va ad incidere sulla sfera del lavoratore (ad esempio, il licenziamento). Si tratta, in altre parole, di un parametro di giudizio che può essere utilizzato al fine di valutare se un determinato avvenimento di carattere socio-economico, incidente sull'economia del contratto, sia legittimo oppure no. La giusta causa richiede quindi di essere specificata in sede applicativa, attraverso un controllo giudiziario che verifichi il rispetto dei principi desumibili dall'ordinamento, ossia attraverso un'attività che, a seconda dell'orientamento cui si aderisce, può essere etero-integrativa (ossia integrata da principi estranei all'ordinamento positivo, quali gli standards valutativi rinvenibili nella disciplina del rapporto e nella coscienza sociale³⁸) oppure endo-integrativa (ossia integrata esclusivamente dai valori che possono essere rinvenuti all'interno dell'ordinamento positivo, quindi i valori costituzionali e quelli propri del diritto internazionale ed europeo).

È quindi necessario, proprio come avviene nel caso in cui sia necessario concretizzare il concetto di buona fede, che il giudice faccia ricorso ad elementi esterni rispetto al contenuto testuale. Pertanto, considerato che tale procedimento logico è richiesto sia per quelli che la dottrina tradizionale definisce concetti elastici, sia per quanto riguarda le clausole generali in senso stretto, non vi è

³⁶ Lo stesso Mengoni, nel delineare la distinzione tra clausole generali e principi generali, utilizza la giusta causa di licenziamento e la buona fede nel contratto come “*esempi (che) rappresentano due specie diverse di clausola generale*”.

³⁷ RODOTÀ, *ult. op. cit.*, p. 722. L'Autore aggiunge che “*se facciamo riferimento ad una delle funzioni ormai riconosciute pure dal nostro ambiente giuridico alla clausola generale di buona fede, quella di limite alla possibilità di riappropriarsi di opportunità perdute con la conclusione del contratto, appare chiaro che la nozione di giusta causa si presenta proprio come una clausola che consente, invece, ad una delle parti di appropriarsi di opportunità perdute. Essa, dunque, non si limita a rinviare il giudice a criteri di valutazione obiettivamente vigenti nell'ordine sociale. Si tratta, ben diversamente, dell'attribuzione al giudice del potere di valutazione di avvenimenti socio-economici incidenti sull'economia del contratto: dunque, una vera e propria regola di governo dei conflitti e delle tensioni che intorno al contratto possono determinarsi*”.

³⁸ Cass. 22 aprile 2000, n. 5299, in *Foro It.*, 2003, I, p. 1847.

ragione, se non per amore di rigore analitico, di esasperare le distinzioni concettuali.

Inoltre, la dottrina ha elaborato una teoria secondo cui viene in rilievo una sorta di rapporto circolare tra i concetti indeterminati e le clausole generali di buona fede e correttezza *ex art.* 1175 e 1375 del Codice Civile³⁹, in quanto il parametro della buona fede e della correttezza troverebbe sempre applicazione in presenza di concetti indeterminati⁴⁰. Le clausole di correttezza e buona fede, in particolare, fungerebbero da strumento per far rifluire all'interno dell'interpretazione delle norme elastiche quei valori presenti nella realtà sociale. Pertanto, le clausole generali contribuirebbero a giustificare il ricorso, all'interno della decisione, di valori appartenenti all'ambiente sociale, i quali rappresentano un *quid pluris* rispetto ai valori derivanti dal dettato costituzionale e dal diritto internazionale ed europeo.

Già in tempi risalenti, autorevoli Autori erano andati ricercando il nesso tra questi due concetti, affermando che lo stesso risiede nell'indeterminatezza linguistica/valoriale e nella necessità che il giudice compia scelte di valore/concretizzazione linguistica. In altre parole, partendo dal presupposto che il concetto indeterminato si connota per un certo grado di indeterminatezza linguistica e che le clausole generali si connotino per un certo grado di indeterminatezza valoriale, in presenza di un concetto indeterminato (ad esempio

³⁹ In questo senso, PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 283, in quale afferma che l'applicazione dei concetti elastici richiederebbe sempre una valutazione concreta della fattispecie alla luce delle clausole di buona fede e correttezza. Infatti, mentre le norme elastiche “forniscono precipitato di criteri e parametri derivanti dall'ambiente sociale e dei suoi valori, anche integrativi rispetto al dettato contrattuale e legale, alla luce del quale valutare il comportamento delle parti”, le clausole generali di buona fede e correttezza, le quali “pure abbisognano di un intervento anche integrativo del giudice, recepiscono e modellano quei criteri e parametri nella fattispecie considerata dalla norma elastica”.

⁴⁰ Tale interpretazione è stata criticata da quella dottrina che, prendendo le proprie mosse dalle tesi di PERSIANI, fortemente ostile all'utilizzo delle clausole generali, ha ritenuto che “non possa pervenirsi a spiegare il contenuto di una clausola generale con un'altra clausola generale. In buona sostanza, questo è proprio quello che accadrebbe se, seguendo l'impostazione alla quale si è fatto riferimento, il significato di ogni norma elastica dovesse essere sempre messo a fuoco attraverso la lente degli obblighi di buona fede e correttezza ovvero, ed è questo il rischio implicito di tale lettura, attraverso le non sempre prevedibili declinazioni giurisprudenziali del contenuto di tali obblighi” (BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, Relazione alle giornate di studio AIDLASS, 29-30 maggio 2014, p. 16).

la giusta causa) sarebbe sempre richiesta una scelta di valore da parte dell'interprete, mentre l'indeterminatezza valoriale tipica della clausola generale potrebbe essere superata solo attraverso un'effettiva concretizzazione sul piano linguistico⁴¹.

In conclusione, in presenza della tecnica legislativa per clausole generali, il giudice è tenuto a compiere una scelta assiologica, ossia una scelta di valore necessaria a riempire di contenuto un precetto normativo caratterizzato da intenzionale indeterminatezza. Ed è proprio questa intenzionalità la chiave per comprendere tale tecnica legislativa: non siamo di fronte ad un'indebita assunzione di poteri da parte dell'organo giudiziario, bensì ad una volontaria delega operata dal legislatore, cui corrisponde uno specifico dovere interpretativo cui il giudice non può sottrarsi⁴².

Si assiste dunque ad un ampliamento della nozione di clausola generale rispetto a quella tradizionalmente intesa, la quale non può ritenersi un concetto unitario: essa designa diverse tipologie di norme, accumulate dalla presenza, al loro interno, di sintagmi intenzionalmente indeterminati. Tale indeterminatezza richiede un'attribuzione di significato ad opera del giudice, nonché il ricorso a giudizi di valore per scegliere tra i diversi possibili significati.

2. L'evoluzione della tecnica legislativa per clausole generali nel sistema italiano, tra necessità di adattamento a una società pluralista e diffidenza verso le clausole generali (la fuga "nelle" clausole generale e la fuga "dalle" clausole generali).

In Italia, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, hanno dimostrato nel corso degli anni un atteggiamento altalenante verso l'utilizzo delle clausole generali. Inoltre, mentre in Francia ed in Germania una teoria sulle clausole generali andava

⁴¹ In tal senso, CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 24.

⁴² In questo senso, SANLORENZO, *I limiti al controllo del giudice*, in Amato, Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Maggioli, Milano, 2011, p. 26.

diffondendosi già durante il primo trentennio del novecento⁴³, in Italia la necessità di discostarsi dal rigoroso formalismo del modello positivista, caratterizzato dalla rigorosa applicazione del sillogismo classico, e di aprire il sistema ad istanze provenienti dalla realtà sociale, è stata percepita solo qualche anno più tardi.

Infatti, se è vero che vi sono testimonianze di interessamento verso l'argomento già a partire dagli ultimi anni dell'ottocento, altrettanto vero è che il contesto culturale italiano ha a lungo ostacolato l'impiego di strumenti che consentissero al giudice di operare scelte di valore e che si ponessero potenzialmente in contrasto con la rigida normazione analitica. In quest'ottica, pertanto, non si è evidenziata la valorizzazione della clausola della buona fede che si era invece verificata in altri paesi europei, in primo luogo in Germania.

È solo nei primi anni del novecento che, in corrispondenza dello sviluppo industriale e della questione sociale, in materia giuslavoristica si evidenzia la necessità di far fronte alle nuove esigenze provenienti dalla società e di colmare, attraverso la valorizzazione della clausola della buona fede di cui all'art. 1124 del

⁴³ Per quanto concerne il diritto tedesco fin dai primi anni del '900, la giurisprudenza ha utilizzato in modo generalizzato la "clausola regina del BGB" (PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, 2013, Giuffrè, Milano, p. 60). Si tratta del § 242 del BGB del 1900, il quale sancisce che il debitore è obbligato ad effettuare la prestazione secondo quanto esige la buona fede, secondo gli usi del traffico (testualmente, "*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*"). Nonostante questa formula avrebbe previsto un'interpretazione rigorosa, considerato che un solo soggetto del rapporto obbligato è testualmente vincolato alla buona fede e che è previsto un espresso richiamo ai costumi del traffico come parametro per concretizzare la buona fede, nel corso degli anni "*molto spesso la formula è stata ignorata, cosicché è aumentata a dismisura la discrezionalità del giudice nell'elaborazione della regola del caso concreto*" e "*la concisa formula del § 242 BGB è servita da base per configurare una serie di norme giuridiche che riguardano tutti i campi del diritto privato tedesco*" (PATTI, *op. cit.*, p.61). La dottrina positivista dell'epoca, pertanto, ha dovuto affrontare il fenomeno del massiccio utilizzo delle clausole generali (*Generalklauseln*), tra le quali, in prima linea, la buona fede, intese quali sintagmi normativi idonei a rinviare, sul piano contenutistico, a criteri extragiuridici. Ed è proprio in Germania che si diffondono correnti di pensiero, quali la giurisprudenza degli interessi (*Interessenjurisprudenz*) ed il movimento di diritto libero (*Freirechtsbewegung*), che concepiscono il *corpus iuris* come un organismo incompleto, aperto, idoneo ad accogliere al suo interno le istanze sociali del momento. In quest'ottica, clausole quali la buona fede divengono precetti indispensabili, clausole in bianco idonee a riempire le lacune, ad ampliare le maglie del testo normativo, ma anche, come sottolineato da Wiecker, a correggere i precetti dell'autonomia privata in nome dell'equità individuale e a rompere l'ordinamento scritto laddove sussistano esigenze di equità generale. Durante la Repubblica di Weimar, la magistratura, dinanzi ad una pluralità di istanze soggettive ed in assenza di strumenti giuridici codificati adeguati, iniziò ad effettuare una vera e propria rivisitazione del diritto delle obbligazioni per mezzo della "buona fede". A titolo di esempio, si pensi alle tecniche di rivalutazione dei crediti sulla scorta del § 242 BGB. Tale fenomeno venne apostrofato "fuga nelle clausole generali" (*Die Flucht in der Generalklauseln*).

Codice Civile previgente⁴⁴, le lacune dell'ordinamento positivo. Tuttavia, tale parziale apertura verso le clausole generali di correttezza e buona fede ha presto lasciato il posto ad una nuova stagione di codificazione, in seguito alla quale venne nuovamente ridimensionato lo spazio attribuito alla buona fede. Infatti, nonostante le clausole generali di correttezza e buona fede presenti nel Codice Civile del 1942, nell'ottica del sistema corporativo, avrebbero dovuto garantire il rispetto delle direttive del potere politico, di fatto la nuova codificazione non faceva che rafforzare il metodo sistematico.

Ulteriore scetticismo verso le clausole generali si manifestò nel periodo post-corporativo, laddove le stesse sono sovente state concepite come strumenti ormai privi di rilevanza, in quanto abrogate insieme a tutti quegli istituti caratterizzanti il periodo corporativo. Le stesse, secondo l'interpretazione dottrinale dell'epoca, avrebbero costituito strumenti imprecisi e pericolosi, in grado di minare il principio della certezza del diritto, conferendo al giudice un ampio potere discrezionale sull'attività privata.

Solo a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso, come si diceva all'inizio, iniziarono a proliferare studi in direzione di una concezione anti-formalistica del sistema ed il tema delle clausole generali divenne "l'avventura culturale forse più attraente e fascinosa per le generazioni giovani che in quegli anni si affacciavano all'arango del dibattito scientifico"⁴⁵. Tuttavia, la discussione di quegli anni rilevava "una impostazione tesa più ad interrogarsi sull'opportunità di clausole generali che ad indagarne il concreto funzionamento"⁴⁶, tant'è che il valore effettivamente attribuito a tali clausole era meramente etico e privo di valenza normativa⁴⁷.

⁴⁴ L'art. 1124 del codice del 1865 prevedeva che "i contratti debbono essere eseguiti di buona fede ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso ma anche a tutte le conseguenze che secondo la equità, l'uso o la legge ne derivano".

⁴⁵ CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 21.

⁴⁶ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, p. 710.

⁴⁷ A titolo di esempio della giurisprudenza di quegli anni, si veda Cass. 16.2.1963 n. 357, in *Foro padano*, 1964, I, p. 1284, laddove si affermava che "un comportamento contrario ai doveri di correttezza (...) non può essere considerato illegittimo o colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui riconosciuto in base ad altre norme".

Il contesto in cui si inseriscono i primi studi sulle clausole generali è quello del progressivo superamento del paradigma positivistico, ossia la volontà di superare la cristallizzazione del diritto in strutture create artificialmente dal legislatore, ossia codici esaustivi e dettagliati, in grado di individuare sempre una risposta precisa al caso concreto. Verso la fine dell'800, iniziano così a sgretolarsi i pilastri del giuspositivismo tradizionale, quali il principio di sovranità, di assoluta calcolabilità e di uguaglianza formale. Lo sviluppo della società industriale degli anni sessanta, infatti, richiedeva una capacità di trasformazione del diritto cui il legislatore non era concretamente in grado di rispondere nei tempi necessari. Al tempo stesso, la complessità sociale e la diffusione di criticità nuove all'ordinamento giuridico, offriva un nuovo spazio allo sviluppo di correnti antiformalistiche, ossia all'ingresso di contenuti metagiuridici all'interno del sistema, in grado di offrire un giudizio etico/di valore più flessibile ed adattabile alle singole fattispecie. In altri termini, le correnti antiformalistiche hanno attaccato i pilastri del giuspositivismo tradizionale, sottolineando la necessità di riportare il diritto al piano dei valori.

Si assistette dunque alla diffusione di metodi antiformalistici, il metodo analitico prima, e quello ermeneutico successivamente, di cui Luigi Mengoni è stato illustre rappresentante. In quest'ottica, tuttavia, nonostante le clausole generali potessero rappresentare uno strumento attraverso il quale veicolare valori all'interno dell'ordinamento positivo, per molti anni non è scemata la diffidenza verso l'utilizzo delle stesse. Solo a partire dagli anni '70, gli studiosi, pur non senza titubanze, hanno avuto modo di confrontarsi con una serie di pronunce giurisprudenziali attraverso le quali la magistratura stava poco alla volta aprendosi all'utilizzo delle clausole generali⁴⁸.

Vi è dunque da sottolineare cosa sia cambiato perché venisse scalfito il mito della certezza del diritto e si passasse dal rigido giuspositivismo ad una società ispirata

⁴⁸ La Suprema Corte, con pronuncia del 2 novembre 1979, n. 5688, affermava, stravolgendo la tesi previgente, *“l'ampia operatività del principio di correttezza, in quanto da esso sono desumibili regole d'azione sia rispetto all'esercizio di un potere che rispetto all'adempimento di un dovere”* (Cass. 2 novembre 1979, n. 5688, in *Foro it.*, 1980, I, p. 451).

a valori etici o a “principi”⁴⁹. Alcuni autori hanno imputato tale cambiamento all’avvento del capitalismo, all’emersione di una serie di valori mercantili che hanno in qualche modo soggiogato i valori morali di cui si era caratterizzata da società fino a quel momento. In altre parole, l’accresciuta complessità dei fenomeni economici e sociali che caratterizzano la realtà, si è scontrata con l’incapacità della legge statale di far fronte a questi fenomeni. Infatti, più il legislatore ha reagito al cambiamento cercando di iper-regolamentare l’ordinamento⁵⁰, maggiormente si è palesata l’incapacità dello strumento legislativo⁵¹.

Dinanzi alla propria incapacità di regolare i fenomeni attraverso norme sostanziali, il legislatore, soprattutto nel campo del diritto del lavoro, ha dovuto fare i conti con la debolezza del pilastro giuspositivistico del principio di sovranità, ossia della necessaria democraticità nella scelta delle regole, dettando norme di contenuto procedurale, ossia individuando soggetti e procedure cui devolvere le proprie funzioni. Esempio lampante è la devoluzione del potere regolamentare alla contrattazione collettiva, cui è conseguita la marcata aziendalizzazione cui assistiamo anche ai nostri giorni. Al tempo stesso, lungi dall’effettuare una dettagliata formulazione casistica, il legislatore è ricorso all’impiego di clausole generali, le quali non solo ammettono, ma esigono, la collaborazione attiva e creativa dell’interprete.

Pertanto, considerato che l’evoluzione legislativa e l’ingresso delle clausole generali all’interno del sistema sono state conseguenze dell’evoluzione dell’economia e della società, dal punto di vista sostanziale si rileva una parziale soccombenza degli interessi del prestatore di lavoro rispetto agli interessi

⁴⁹ È Rodotà a parlare di “legislazione per principi”, in contrapposizione alla “legislazione per fattispecie casistiche”.

⁵⁰ Si veda HABERMAS laddove ha parlato di rischio di colonizzazione della realtà.

⁵¹ In tal senso, RODOTÀ, *ult. op. cit.*, p. 715, il quale afferma “l’introduzione nella legislazione di clausole elastiche, allora, si conferma come una via più economica, che non garantisce soltanto, come da sempre si è detto, un’apertura dell’ordinamento giuridico verso la società, ma pure la capacità di far fronte alle discontinuità che possono prodursi nel futuro. E c’è un’altra “diseconomia” che può essere eliminata attraverso le clausole generali: è quella che deriva dal ricorso ripetuto alla microlegislazione di settore, che alimenta al tempo stesso l’inflazione legislativa e l’insicurezza giuridica, creando un circolo vizioso che può essere spezzato solo da un nuovo equilibrio tra legislazione per principi, “nozioni a contenuto variabile” e disciplina analitica. Solo chi è cieco di fronte alla realtà può credere che, oggi, il pericolo sia una fuga verso le clausole generali e non nella concretissima fuga verso la legislazione speciale”.

dell'economia o, in altre parole, un affievolirsi di quel garantismo che aveva caratterizzato il diritto del lavoro fin dalle sue origini. In altri termini, il legislatore consente al giudice, attraverso una norma dal contenuto indeterminato, di bilanciare ogni volta i valori in gioco, presupponendo, quindi, che nel caso di conflitto tra valori di pari livello, debba pur sempre esservi una soccombenza, almeno parziale, di uno degli stessi. Vi è quindi da individuare quali valori vengano in rilievo, nonché da capire quale sia la fonte cui il giudice può attingere per ricavare i valori da bilanciare ai fini della decisione. Si pensi, a titolo di esempio, al giustificato motivo di licenziamento, laddove si fronteggiano il diritto al lavoro ed alla dignità personale, da un lato, e la libertà di iniziativa economica *ex art. 41 della Costituzione*, dall'altro.

Si tratta, pertanto, di una tecnica di redazione della norma giuridica da cui discendono essenziali conseguenze, *in primis* con riferimento al ruolo attribuito al potere giudiziario. Infatti, se è vero che la clausola generale ha la funzione di connotare l'ordinamento giuridico di un carattere "etico" proprio per il suo intrinseco riferimento valoriale, va da sé che il soggetto preposto all'applicazione di tale canone etico sia proprio il giudice. In altre parole, come già sottolineato, le clausole generali si configurano sia come una tecnica, ma anche come strumento di legittimazione del potere del giudice, al quale viene attribuita una vera e propria funzione nomopoietica. È quindi lo stesso titolare del potere legislativo che, in forza dell'utilizzo delle clausole generali, compie una vera e propria scelta politica, consistente nella delega di funzioni in favore del giudice. Luigi Mengoni, grazie ad un'accurata analisi sotto il profilo dogmatico, individua nella clausola generale una tecnica giudiziaria "che delega al giudice la formazione della norma (concreta) vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale"⁵².

La teoria di Luigi Mengoni sulle clausole generali, a differenza di altre teorie che si esamineranno nel prosieguo, non intende rivoluzionare l'intero sistema, tant'è che lo stesso, pur prendendo atto del superamento del paradigma positivistico, ha

⁵² MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 15.

cura di specificare che ciò non significa “superamento del principio di positività del diritto”⁵³.

La clausola generale sarebbe infatti secondo la teoria di Mengoni, il quale, si rammenta, sostiene la dicotomia tra clausola generale e norma elastica, una norma incompleta, priva di una propria autonomia e quindi inadatta ad essere posta come premessa maggiore di un giudizio sussuntivo. La clausola generale sarebbe quindi destinata a concretizzarsi solo attraverso una norma sociale di condotta, ossia uno *standard* sociale espresso attraverso il dettato normativo di altre disposizioni. Il giudice sarebbe quindi delegato esclusivamente ad applicare al caso concreto i valori di riferimento, secondo l’opinione dell’uomo medio, ma eccederebbe la propria competenza nel momento in cui dovesse pretendere di introdurre valori corrispondenti al proprio apprezzamento.

Maggiormente incisiva, al punto da essere stata definita “eversiva”⁵⁴, è la teoria elaborata nel 1967 da Stefano Rodotà, denominata “legislazione per principi”. La stessa mette in luce, posta l’imprevedibilità e la complessità del mondo moderno, la necessità di addivenire ad una riforma della codificazione. Considerata l’inadeguatezza della tecnica legislativa regolamentare a rispondere adeguatamente alla pluralità di fattispecie concrete, si rende necessario, secondo l’Autore, il ricorso ad una legislazione per principi, ossia ad uno strumento idoneo a “consentire una valutazione di tutti i comportamenti che rispetto ad un fine o ad un effetto considerati si pongono in condizione di equivalenza”⁵⁵. Pertanto, se i principi “non vogliono rappresentare la stanca proiezione di tipi esemplari sulle esperienze già compiute, come tali inadatti a reggere un imprevedibile futuro, allora essi devono esprimersi in clausole generali”⁵⁶.

Secondo tale dottrina, il giudice, in presenza di clausole generali, intendendo tale termine in un’accezione lata, ossia sostenendo l’identità tra clausola generale e concetto elastico, rivestirebbe un ruolo integrativo discrezionale. Inoltre, l’utilizzo delle clausole generali costituirebbe uno strumento per favorire il dialogo tra una

⁵³ MENGONI, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁴ LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile nella prospettiva del datore di lavoro*, Relazione alle giornate di studio AIDLASS, 29-30 maggio 2014, p. 6.

⁵⁵ RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967, p. 91.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 95.

realtà sociale in continuo mutamento ed il sistema giuridico. In particolare, l'avvio dell'utilizzo di clausole generali all'interno di un contesto giuspositivista ha rappresentato una singolarità per l'eccezionale possibilità di immettere valori extragiuridici all'interno del sistema giuridico. Al tempo stesso, tale utilizzo accentua l'annosa questione del ruolo del giudice e dei limiti del sindacato giudiziale, poiché lo stesso, lungi dal rivestire l'asettico ruolo di *bouche de la loi* di cui alle teorie ispirate al vecchio formalismo giuridico, sarebbe investito di un ruolo creativo, integrativo e valutativo al tempo stesso. Le clausole generali, secondo tale autorevole dottrina, svolgerebbero una funzione omeostatica, ossia una funzione di progressivo e pacifico adattamento del diritto applicato ad una realtà in continuo mutamento⁵⁷.

Stefano Rodotà, a differenza di Luigi Mengoni, non individua una sostanziale differenza tra la clausola generale e lo *standard* valutativo socialmente accettato ed anzi, afferma che “in realtà, l'aggancio a determinati valori attraverso un'idea di normalità variamente espressa non configura una struttura normativa diversa da quella definibile come clausola generale, ma la prospetta in forme tali da accrescere l'accettabilità sociale delle decisioni che su di essa si fondano”⁵⁸. Per tale ragione, il giudice, dinanzi ad una clausola generale, potrebbe legittimamente applicare al caso concreto i valori riferiti al proprio personale apprezzamento, fino a svolgere una funzione educativa del sistema.

Tuttavia, Rodotà ritiene che il potere di integrazione valutativa attribuito al giudice non sia una prerogativa esclusiva delle clausole generali, bensì si manifesti in presenza di altre fattispecie aperte, quali direttive, standards, norme generali e concetti indeterminati. La clausola generale sarebbe dunque una *species* del più ampio genus “fattispecie aperta”, ossia una fattispecie in cui vi è un “esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma”⁵⁹. Il tratto distintivo della clausola generale consisterebbe nell'intenzionalità

⁵⁷ RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 41.

⁵⁸ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, p. 726.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 721.

dell'indeterminatezza, ossia nel presupposto che l'indeterminatezza sia frutto di una scelta intenzionale e consapevole del legislatore, il quale esercita un vero e proprio potere di delega.

Il timore che l'adesione alla legislazione per principi di Stefano Rodotà potesse condurre a conseguenze negative era stata espressa fin da subito da Luigi Mengoni, il quale aveva considerato il rischio che una legislazione siffatta potesse condurre lo Stato di diritto a degenerare inesorabilmente in uno stato giustizialista⁶⁰. In particolare, Mengoni esprimeva il proprio timore verso l'indeterminatezza delle clausole generali, la quale "potrebbe assumere anche dimensioni estreme ed aberranti, mediante macro-clausole totalizzanti, espressione di regimi totalitari". Ed inoltre, "i valori sono in sé guide pericolose, che possono portare alla tirannia di una giustizia politicizzata, se l'uso corretto delle clausole generali che ad essi rinviano non sia garantito da una disciplina dogmatica cui il giudice possa attingere criteri razionali di soluzione" delle antinomie che insorgono dalla "tensione tra due modelli valutativi costituiti dallo Stato di diritto e dallo Stato sociale"⁶¹.

Cos'è dunque l'interpretazione ed in cosa consiste l'attività interpretativa riferita alle clausole generali? L'attività interpretativa consiste in un procedimento dinamico creativo, consistente nell'attribuzione di un senso, ossia nel ricavare una regola da un certo numero di segni linguistici, scegliendo tra i diversi significati che la stessa clausola generale può assumere. Ebbene, l'indeterminatezza che è propria dei segni del linguaggio che identifichiamo come clausole generali, sia essa linguistica o valoriale, comporta che il processo interpretativo si connoti per una peculiare creatività. Ciò non significa che l'interpretazione di norme analitiche consista in una semplice operazione meccanica, bensì, al contrario, l'interpretazione consiste sempre in un'operazione che mira a ricavare una regola tra i diversi significati che la norma stessa può assumere. La peculiarità delle clausole generale risiede, pertanto, nella loro intrinseca indeterminatezza,

⁶⁰ MENGONI, *op. cit.*, p. 6.

⁶¹ MENGONI, *Recensione a Franz Wieacker, Storia del diritto privato moderno con particolare riferimento alla Germania*, cit. p. 53, citato da Nogler, 2006, 14.

linguistica o valoriale, che prevede un'opera di necessaria concretizzazione da parte dell'interprete o, in altri termini, di integrazione valutativa.

Inoltre, deve chiarirsi che un percorso dottrinale a sé stante è quello che, nel corso degli anni, ha caratterizzato specificamente l'utilizzo delle clausole generali per eccellenza, ossia le clausole di correttezza e buona fede, tanto in funzione di obbligo di comportamento per il lavoratore, quanto di limite ai poteri del datore di lavoro.

Ebbene, allo stato attuale, il sistema si caratterizza per l'ampia presenza di clausole generali, tanto per quanto riguarda l'impiego giurisprudenziale delle clausole generali di correttezza e buona fede, spesso utilizzate come limite all'esercizio di poteri, tanto per quanto riguarda i concetti indeterminati, i quali devono essere applicati utilizzando i valori propri dell'ordinamento positivo. Tale utilizzo, inoltre, si estende oltre i confini nazionali, tant'è che è pacificamente rilevata una crescente diffusione delle clausole generali nel contesto europeo (basti pensare, ad esempio, al Draft Common Frame of Reference)

Ebbene, nonostante gli auspici iniziali, che hanno sicuramente contribuito a modificare il sistema nel senso di cui si sta discorrendo, l'utilizzo delle clausole generali come strumento in grado di governare efficientemente la società si è rivelato piuttosto illusorio, tant'è che le critiche in tal senso non si sono risparmiate né si risparmiano tuttora. Infatti, se da un lato l'utilizzo della tecnica legislativa per clausole generali sembra adattarsi perfettamente alle esigenze di flessibilità di una società in continua trasformazione, al tempo stesso sembra collidere con la necessità di certezza del diritto al punto tale da amplificare il carattere di diseconomicità di cui, secondo parte della dottrina, il giudizio del lavoro si connota. Tale concezione del giudizio del lavoro, sulla scia delle teorie della *Law & Economics*, ha dato origine, negli ultimi anni, ad una legislazione che cerca, più o meno esplicitamente, di ridurre il sindacato giudiziale sulle clausole generali.

3. La crescente diffusione di clausole generali nel contesto europeo. *The range of reasonable responses test* e la giurisprudenza di *Common Law* sul licenziamento.

Lo studio delle clausole generali in funzione di limiti imposti ai poteri datoriali non può prescindere da alcuni cenni circa la presenza e l'utilizzo di clausole generali nel contesto sovranazionale e comparato.

Infatti, proprio guardando oltre ai confini nazionali, è possibile individuare l'ingente presenza di clausole generali di matrice europea (intese, anche in questo caso, come norme elastiche, concetti indeterminati), le quali senza alcun dubbio facilitano l'adattamento del sistema giuridico alle diverse tradizioni nazionali ed incentivano il dialogo ed il consenso tra i diversi stati membri⁶². Infatti, le clausole generali presentano una duttilità ed un'elasticità tali da agevolare l'interpretazione nel caso concreto, nonché l'adattamento a sistemi che presentano differenti peculiarità. In quest'ottica, le clausole generali fungono da strumenti in grado di agevolare l'opera di armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri.

Effettuando una rapida rassegna delle fonti europee che presentano al loro interno clausole generali, si evidenzia come un ruolo centrale sia rivestito dalla clausola di buona fede nel contesto del diritto privato europeo⁶³. Si tratta di una clausola estremamente elastica, idonea ad essere interpretata in base alle circostanze di tempo e di luogo.

⁶² MUSIO, *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, in http://www.comparazionediritto.civile.it/prova/files/ncr_musio_buonafede.pdf, 2010, pag. 38. Nello stesso senso, LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile nella prospettiva del datore di lavoro*, Relazione alle giornate di studio AIDLASS, 29-30 maggio 2014, p. 29, secondo cui "la funzione delle clausole generali nel diritto comunitario, che pure, parallelamente, ricorre a normative di settore assai dettagliate, è quella di favorire il superamento delle differenze esistenti tra gli Stati membri, così contribuendo all'armonizzazione del diritto europeo. Le clausole generali (...) sono, piuttosto, funzionali a quello stesso disegno di armonizzazione, in quanto "ammortizzano" il processo di sottrazione del potere statale da parte del diritto comunitario, consentendo di combinare il rispetto di principi e categorie generali, che si affermano all'interno dell'Unione europea e che esigono uniformità, con la specificità (sino ad un certo punto) delle tradizioni giuridiche e dei valori che caratterizzano i differenti orientamenti giuridici che ne fanno parte".

⁶³ Sul punto, RANIERI, *Il principio generale di buona fede*, in Castronovo, Mazzamuto (a cura di), *Manuale di Diritto Privato Europeo*, Milano, 2007, p. 495 ss..

I Principi di diritto europeo dei contratti, Principles of European Contract Law (PEDEC), i quali riguardano la parte generale del contratto e i diritti delle obbligazioni, menzionano ripetutamente la *good faith* ed il *fair dealing* (articoli 1:201; 2:301; 4:103 co. 1 lett. a; 4:107 co. 3; 4:109 co. 2; 4:110 co. 1; 5:102 lett. g; 6:102 lett. c; 6:111 co. 4; 8:109), prevedendo che le parti debbano agire nel rispetto della buona fede e della correttezza, senza possibilità di limitare tale obbligo. Del pari, i Principi Unidroit prevedono, all'art. 7.1, che ciascuna parte deve agire in conformità alla buona fede nel commercio internazionale. Anche in questo caso, le parti non possono escludere o limitare quest'obbligo.

Inoltre, il Progetto preliminare di codice europeo dei contratti, redatto a cura dell'Accademia dei giuristi europei, coordinati dal Prof. Gandolfi, prevede, all'art. 32, rubricato "clausole implicite", che rientrino nel contenuto del contratto tutte quelle clausole che derivano da un generale dovere di buona fede. Allo stesso modo, l'art. 39 afferma che, con riferimento all'analisi del testo contrattuale ed agli elementi extratestuali dell'atto, i comportamenti delle parti devono essere ispirati ad un principio di correttezza e la buona fede che costituisce un canone di interpretazione del contratto. Allo stesso modo, l'art. 6 si occupa della buona fede nelle trattative precontrattuali.

Nel contesto del diritto europeo, anche il Draft Common Frame of Reference (DCFR), un ambizioso progetto che mira a regolare non solo il contratto, ma l'intera materia privatistica, ha fatto riferimento più volte alla *good faith and fair dealing* (intesa quale buona fede in senso oggettivo) o semplicemente alla *good faith* (intesa quale buona fede in senso soggettivo). Infatti, l'art. 1.106 afferma la necessità di promuovere la buona fede e la correttezza con riferimento all'interpretazione, l'art. 5.102 stabilisce che per una giusta interpretazione del contratto è necessario considerare la buona fede e la correttezza, mentre l'art. 4.109 prevede che il giudice possa modificare il contratto, in modo da allinearlo con quanto sarebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza.

La buona fede in chiave europea altro non è che la sintesi che esprime, in maniera plastica, le diverse nozioni di buona fede che si sono consolidate negli anni nei paesi di matrice romanistica e nei paesi di Common Law. Il legislatore europeo,

tuttavia, ha affiancato a tale nozione a contenuto elastico una disciplina di settore molto dettagliata, che mira ad offrire criteri semplici e universali allo scopo di evitare l'instaurarsi di conflitti interpretativi⁶⁴.

Oltre alla buona fede, i progetti di codice civile europeo dimostrano un sempre maggior ricorso al criterio della ragionevolezza (del *reasonable*)⁶⁵, la quale costituisce un'imprescindibile componente del diritto, della norma giuridica, della decisione giudiziaria nonché dell'accordo contrattuale. Attenta dottrina ha ritenuto di definire la ragionevolezza come lo strumento attraverso il quale è possibile individuare "la soluzione più adatta ai tempi ed alle circostanze, più logica e rispondente alle esigenze economico-sociali del momento, senza eccessive preoccupazioni di conformità della soluzione incentrata sul dato positivo e di obbedienza delle regole di interpretazione della legge"⁶⁶. Pare quindi evidente come tutto il sistema giuridico debba essere improntato a un criterio di ragionevolezza, il quale costituisce un criterio di valutazione nonché la base di ragionamento per l'interpretazione della legge da parte del giudice⁶⁷.

Tuttavia, accanto agli indiscutibili vantaggi prodotti dalla diffusione delle clausole generali, devono evidenziarsi le prospettive critiche messe in luce da parte della dottrina, la quale solleva il dubbio che l'eccessivo ricorso a clausole "valvola" (ad esempio la buona fede, il *fair dealing*, lo standard del *reasonable...*) possa mettere in pericolo la certezza del diritto. Infatti, se è vero, che le formulazioni vaghe consentono una maggior convergenza di consensi da parte degli studiosi appartenenti ai differenti ordinamenti giuridici, proprio per la facilità di superare

⁶⁴ MUSIO, *op. cit.*, p. 39 ss..

⁶⁵ PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 22. Secondo l'Autore, l'attuale fortuna del termine "reasonable" sarebbe imputabile alla globalizzazione del diritto, ossia all'influenza esercitata dal Common Law. Molte delle norme europee in cui compare il termine "reasonable" sono state tradotte utilizzando termini più familiari al giurista italiano, quali buona fede, diligenza...

⁶⁶ *Ibidem*, p. 8. L'Autore, riprendendo la definizione di Rodotà, afferma inoltre che si tratterebbe di uno strumento idoneo a garantire "l'equilibrio tra disciplina giuridica e dinamiche reali senza il bisogno dell'intervento continuo del legislatore" (RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto. Raccolte da Andrea Orestano*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 103).

⁶⁷ PATTI si sofferma inoltre sui possibili inquadramenti sistematici della ragionevolezza (come clausola generale piuttosto che come regola di giudizio o criterio di valutazione). L'Autore ritiene, in particolare, che la ragionevolezza non presenterebbe un'autonomia concettuale comparabile con quella delle clausole generali, bensì si limiterebbe ad essere una base di ragionamento (PATTI, *op. cit.*, p. 22).

le differenze di regolamentazione riscontrabili nei diversi sistemi giuridici, altrettanto vero è che non sempre il ricorso alla medesima clausola generale equivale ad applicazione della medesima regola. In altre parole, il ricorso a formule elastiche rischierebbe di mettere in pericolo l'effettiva sostanziale armonizzazione del diritto privato europeo⁶⁸.

Ad esempio, se consideriamo l'attuazione dell'art. 3 della direttiva sulla tutela dei consumatori nei singoli ordinamenti nazionali (a mente del quale una clausola contrattuale che non sia stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determini, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto), notiamo come il giudice di ciascuno stato membro, nel dare concreta attuazione alla clausola generale, applica i parametri propri della cultura giuridica del proprio paese. La Corte di Giustizia, a tale riguardo, rifiutandosi di pronunciarsi a riguardo, ha affermato che la valutazione in concreto circa l'abusività della clausola può essere effettuata esclusivamente dal giudice nazionale⁶⁹.

Ricordando che le clausole generali si distinguono dai principi generali ma sono destinate ad operare all'interno dei confini delineati dagli stessi⁷⁰, accade talvolta che i principi generali entrino in collisione tra loro. Tale conflitto si evidenzia spesso, soprattutto nel campo del diritto del lavoro, tra la libertà d'impresa economica sancita all'art. 41 della Costituzione e la tutela del lavoro ex art. 4 della Costituzione. È evidentemente quando dev'essere operato un bilanciamento tra principi che si manifesta maggiormente il potere discrezionale dell'interprete.

⁶⁸ Sul punto, PATTI, *op. cit.*, p. 94, il quale afferma che *“le clausole generali consentono un'agevole armonizzazione a livello terminologico, ma a questa non segue a volte un'armonizzazione di tipo sostanziale”*.

⁶⁹ Caso *Freiburger Kommunalbauten* (Corte di Giustizia CE, 1 aprile 2004, C-237/02), laddove la Corte afferma, *“nell'ambito dell'esercizio della competenza di interpretazione del diritto comunitario ad essa conferita all'art. 234 CE”* di poter *“interpretare i criteri generali utilizzati dal legislatore comunitario per definire la nozione di clausola abusiva. Invece, essa non può pronunciarsi sull'applicazione di tali criteri generali ad una clausola particolare che dev'essere esaminata in relazione alle circostanze proprie al caso di specie”* ed ancora *“si deve pertanto risolvere la questione proposta nel senso che spetta al giudice nazionale determinare se una clausola contrattuale come quella oggetto della controversia nella causa principale risponde ai criteri necessari per essere qualificata abusiva ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva”*.

⁷⁰ Si tratta della tesi di Rodotà, secondo cui *“le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi”* (RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, p. 721).

Risulta quindi preliminarmente necessario individuare a chi spetti il compito di “concretizzare” della clausola generale sancita a livello europeo.

Il conflitto, in questi termini, potrebbe instaurarsi tra soggetti diversi, quali la Corte di Giustizia europea, il legislatore nazionale dei singoli Stati membri ed il giudice nazionale dei singoli Stati membri.

Dinanzi ad un rinvio incidentale, spetta alla Corte di Giustizia europea il potere di interpretare le clausole generali di diritto europeo, ossia di effettuare un controllo circa la congruità dei parametri adottati dal legislatore e dal giudice nazionale. Tale controllo, tuttavia, non è prerogativa esclusiva della Corte di Giustizia, in quanto la stessa, si ribadisce, viene interpellata solamente in seguito ad un rinvio incidentale. All'interno del contesto europeo si riscontrano infatti due tipi di clausole generali: quelle proprie di diritto europeo, sganciate dal diritto dei singoli Stati membri, il cui contenuto è definito direttamente dal legislatore europeo e devono essere interpretate uniformemente in tutto il territorio, nonché le clausole generali che il legislatore non definisce nel loro contenuto, ma lascia siano i singoli stati a determinarlo, nel rispetto dei principi generali del diritto europeo e dei limiti delle direttive⁷¹. È proprio in tale ultimo caso che il Giudice europeo opera un controllo circa la congruità dei parametri adottati dal legislatore e dal giudice nazionale.

In un'ottica più strettamente giuslavoristica, oltre alle clausole di correttezza e buona fede vengono in rilievo le clausole generali contenute all'interno delle direttive europee. Consideriamo, a mero titolo di esempio, la clausola che consente la deroga al divieto di discriminazione per ragioni di età di cui all'art. 6 Dir. 2000/78⁷². Si rammenta che l'articolo dispone che, fatto salvo quanto previsto dall'art. 2 par. 2, gli stati membri possano prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscono discriminazione laddove siano

⁷¹ La questione è stata affrontata in occasione della sentenza SENA (Stichting ter Exploitatie van Nburige Rechten c. Nederlandse Omroep Stichting), CGCE 6 febbraio 2003, C-245/00. In tale caso la Suprema Corte olandese aveva adito, in via pregiudiziale, la Corte di Giustizia europea al fine di interpretare la nozione di “equa remunerazione” di cui all'art. 8, n. 2 della Direttiva 92/100/CE.

⁷² A partire dalla sentenza Mangold e proseguendo con il caso Kucukdeveci, la Corte di Giustizia europea ha sottolineato la natura di principio generale di divieto di discriminazioni per ragioni d'età, facendo riferimento al carattere vincolante della Carta di Nizza dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, ed i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari. Ciò che occorre mettere in evidenza è che la deroga è consentita solo laddove la finalità della misura sia legittima ed il test di proporzionalità venga superato con esito positivo.

La Corte di Giustizia, pertanto, deve esprimere il proprio giudizio considerando che la finalità legittima che consente la deroga è inserita all'interno di un sistema normativo. Nello specifico, considerando la deroga alla disciplina antidiscriminatoria, viene in rilievo l'art. 21 della Carta, di cui la Dir. 2000/78 è espressione concreta. È proprio in ragione dei principi che entrano in gioco che la Corte può operare un bilanciamento facendo prevalere talora l'uno e talora l'altro valore. Ciò significa che, concretamente, la Corte di Giustizia deve riconoscere e ponderare i valori che entrano in gioco, così da valutare quale prevalga e quale soccomba nel caso di specie. In altre parole, il valore protetto dalla Dir. 2000/78 sarà diverso dal valore che giustifica la deroga alla predetta disciplina. È in questo contesto che assume una rilevanza preponderante il sindacato di proporzionalità, sul quale si tornerà nel prosieguo, preso in considerazione tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali⁷³.

Spostandoci dal piano sovranazionale a quello comparato e guardando al sistema giuridico di Common Law, si nota come lo stesso non sia nuovo al dibattito intorno al tema delle clausole generali ed al ruolo del giudice.

Sebbene in Inghilterra, a differenza di quanto accade negli Stati Uniti, il dovere giuridico di comportarsi secondo buona fede non sia sancito da una norma di diritto positivo, è stato l'organo giudiziario, attraverso pronunce che non mancano di creatività, a sancire detto dovere⁷⁴. Il dovere di buona fede ("*good faith*"), così

⁷³ Per quanto riguarda l'interesse espresso verso il tema del sindacato di proporzionalità dalla giurisprudenza europea, si pensi al filone di sentenze capitanato dai casi Viking e Laval.

⁷⁴ "*In many civil Law systems, and perphas in most legal systems outsider the Common Law world, the Law of obligation s recognizedis an overriding principle that in making and carrying out contracts, parties should Act in good faith...English Law has, characteristically, committente it self to no such overriding principle, But has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness*" (Interfoto Picture Library Ltd V Stilletto Visual Programmes Ltd (1989), QB 433)

come il concetto di ragionevolezza (“*reasonableness*”), sono stati infatti a più riprese utilizzati ed interpretati dalle Corti di Common Law per adattare il diritto alla mutevolezza del contesto socio-economico. Tuttavia, anche nel Common Law non sono mancate critiche con riferimento al fatto che la presenza di concetti vaghi ed indeterminati all’interno dei testi normativi può andare a discapito della certezza del diritto⁷⁵. Si sono quindi contrapposti due orientamenti: quello secondo cui un margine di incertezza all’interno dell’ordinamento costituisce semplicemente un piccolo prezzo da pagare per ottenere un sistema maggiormente equo e corretto e, dall’altra, quello secondo cui il margine interpretativo diverrebbe troppo ampio a discapito della certezza del diritto. Secondo la prima interpretazione il giudice avrebbe un ruolo creativo che gli consentirebbe, alla luce dei fatti e delle concrete circostanze, di esercitare un controllo appropriato in forza delle clausole generali.

Ai fini della presente trattazione, ci si limiterà ad un breve *focus* sulla disciplina del licenziamento con riferimento al controllo giudiziario.

Si stima che nell’ordinamento inglese, ogni anno, oltre il 40% delle controversie dinanzi al Tribunale riguardi ricorsi volti all’accertamento dell’illegittimità del licenziamento⁷⁶. Prima di analizzare alcune pronunce giurisprudenziali che evidenziano come, anche nell’ordinamento inglese, si ponga il problema dei limiti del sindacato giudiziale sulle decisioni imprenditoriali, pare opportuno effettuare una brevissima panoramica sulla disciplina del licenziamento.

La Section 94 dell’Employment Right Act del 1996 attribuisce al lavoratore il diritto di non essere licenziato illegittimamente. Questo diritto può essere esercitato solo qualora, alla data della cessazione del rapporto di lavoro, il lavoratore stesso risulti in forza presso il datore di lavoro da un periodo qualificato. L’onere di provare la legittimità del licenziamento è del datore di lavoro, il quale deve dimostrare qual è la ragione del licenziamento e che la stessa

⁷⁵ VETTORI S., CROWTHER D., *The employment contract and the changed world of work*, Gower, 2007, p. 39.

⁷⁶ La previsione dell’illegittimità del licenziamento è stata introdotta con l’Industrial Relation Act del 1971 e poi rinnovata con la Schedule to the Trade Union and Labour Relations Act del 1974, modificata dalla Employment Protection (Consolidation) Act del 1978. La disciplina, consolidatasi con l’Employment Rights Act del 1996, il quale, alla Section 94 sancisce il diritto del lavoratore a non essere licenziato illegittimamente, prende le basi delle Raccomandazioni OIL del 1963.

rientra in una delle categorie previste dalla Section 98 dell'Employment Right Act ("*prima facie fair dismissals*"). Nello specifico, il licenziamento può riguardare ragioni attinenti alle capacità del lavoratore di realizzare il proprio lavoro; il comportamento del lavoratore; l'esubero di personale; il fatto che il lavoratore non possa continuare a lavorare nella medesima posizione senza contravvenire a previsioni legali; nonché "*some other substantial reason of a kind such as to justify the dismissal*", ossia, genericamente, altre ragioni sostanziali atte a giustificare il licenziamento. Sarà quindi l'organo giudiziario a dover poi valutare, sulla base delle circostanze allegate, se le stesse siano sufficienti a licenziare il lavoratore, ossia se il datore si sia comportato ragionevolmente nel ritenerle sufficienti. Tale precisazione parrebbe superflua se non fosse che, come si chiarirà meglio nel prosieguo, è proprio la percezione che il datore di lavoro ha avuto delle circostanze occorse a divenire fondamentale nel giudizio del giudice.

Il sindacato giudiziale si svolge quindi in due fasi: l'analisi della ragione del licenziamento e la prova che la ragione rientra tra quelle espressamente individuate nella Section 98.

Per quanto concerne la ragione, si evidenzia come l'attenzione sia posta non tanto sulla realtà delle circostanze che hanno portato al licenziamento del lavoratore, quanto piuttosto sulla percezione soggettiva delle circostanze stesse da parte del datore di lavoro ("*It is a belief to the part of the employer which led her to dismiss*"). Un esempio significativo potrebbe essere quello del lavoratore ritenuto colpevole di un reato, laddove il datore di lavoro è tenuto a provare il suo corretto convincimento ("*belief*") circa la commissione del fatto e non che tale convincimento corrispondesse, nella concretezza, alla realtà⁷⁷. L'importanza essenziale del convincimento datoriale è confermata dalla pronuncia della House of Lords *W Devis & Sons Ltd V Atkins* (1977) IRLR, 314, HL, laddove si afferma che il datore può addurre a fondamento della propria decisione solo fatti a lui noti alla data del licenziamento, essendo esclusa la possibilità di allegare fatti che, seppur potenzialmente idonei e concretamente esistenti, lui non conosceva alla data della decisione.

⁷⁷ In tal senso, *Trust House Forte Ltd V Aquilar* (1978) IRLR 251; *Ford V Libra Fair Trades* (2008) All ER (D) 106.

Nella seconda fase del giudizio (“*prima facile fair grounds*”), il datore di lavoro deve provare che la ragione può essere ricondotta all’interno di una delle categorie enumerate. Innanzitutto, dall’analisi delle categorie deve evidenziarsi come l’ultima (“*some other substantial reason (SOSR) justifying dismissal*”) sia estremamente ampia e proprio per questo in grado di espandere a dismisura le prerogative datoriali. Attraverso questa categoria, infatti, negli anni, si sono giustificati ad esempio licenziamenti dovuti al rifiuto del lavoratore di sottoscrivere clausole particolari⁷⁸, oppure si è giustificato il licenziamento dovuto al rifiuto di lavorare la domenica per motivi religiosi⁷⁹.

Un terzo stadio di giudizio concerne poi la correttezza (“*test of fairness*”). In questo senso il giudice è tenuto a verificare che il datore di lavoro, nel licenziare il lavoratore, si sia comportato con ragionevolezza (“*reasonably*”). Deve quindi valutare la ragionevolezza della condotta datoriale e non l’inadempimento del lavoratore. Si tratta di un principio fondamentale affermato nella celebre decisione *Polkey V A E Dayton Services Ltd* (1987) IRLR, 503m HL.

Siffatto principio attribuisce sicuramente al giudice un ampio potere, consentendogli un ampio sindacato in merito a ciò che è giusto sulla base delle buone pratiche industriali (nella Section 98 si dice “*in accordance with equity and substantial merits of the case*”).

Alla luce di siffatti elementi, si evidenzia come nel sistema anglosassone venga sistematicamente attuato un controllo sulle ragioni soggettive che hanno dato origine alla decisione di licenziare. Ed è quindi necessario chiedersi, per capire quanta distanza vi sia tra il sistema di Common Law e quello italiano, se l’approccio giurisprudenziale sul punto sia soggettivo o oggettivo, ossia se le circostanze vengano analizzate con lo sguardo di quello specifico datore di lavoro oppure se si debba guardare ad una ragionevolezza media applicata nel settore. Nel primo caso, l’indagine verterebbe sul fatto che il licenziamento sia conseguenza di una specifica scelta maturata internamente al datore di lavoro (e come tale, pressoché insindacabile), mentre nel caso in cui si sostenga un approccio oggettivo, l’organo giudiziario diverrebbe una sorta di “*industrial jury*”,

⁷⁸ *Willow Oak Developments Ltd V Silverwood* (2006) IRLR, 607, CA.

⁷⁹ *Copsey V WWB Devon Clays Ltd* (2005), IRLR, 811, CA.

in grado di sostituirsi al datore di lavoro e, pertanto, con il potere di sindacare le scelte datoriali sulla base di quello che potrebbe considerarsi ragionevole sulla base di pratiche giudiziali consolidate.

La giurisprudenza, in taluni casi, quale ad esempio *Alidair Ltd V Taylor*, ha ritenuto di aderire ad un approccio soggettivo, ossia di valorizzare la sussistenza delle ragioni sulla base del punto di vista individuale del datore di lavoro⁸⁰. È tuttavia evidente che se fosse sufficiente accertare la buona fede soggettiva del datore di lavoro, ossia il suo intimo convincimento, il giudice non potrebbe fare altro che accettare le affermazioni dello stesso. Pertanto, accanto a tale approccio soggettivo, se ne è radicato uno oggettivo, in forza del quale il tribunale dovrebbe valutare la buona fede oggettiva applicando lo standard del “*reasonable employer*”⁸¹.

La dottrina preferisce quindi un approccio combinato, ossia il giudice deve tenere in considerazione tanto la condotta datoriale “*by some objective yardstick*”, quanto il convincimenti personali del datore di lavoro, laddove rilevanti.

Essenzialmente, se pensiamo ad esempio al licenziamento per incapacità o per negligenza, il datore di lavoro deve decidere se licenziare sulla base degli elementi da lui conosciuti o che avrebbe dovuto conoscere (“*or ought to have known*”⁸²). Si parla a tale proposito di “*belief in reasonable grounds*”. Tuttavia, il sindacato giudiziale non può essere solamente oggettivo, in quanto vi sarebbe un’ingerenza troppo ampia, a posteriori, sulla decisione datoriale. La giurisprudenza ha quindi affermato che la Corte deve piuttosto valutare se ciò che il datore di lavoro ha fatto poteva considerarsi ragionevole in quelle circostanze, applicando lo standard del “*reasonable employer*” di cui alla Section 98. Ciò è particolarmente

⁸⁰ Nel caso *Alidair Ltd V Taylor* (1978) IRLR, 82, CA, il datore di lavoro licenziava senza preavviso un pilota d’aereo che aveva danneggiato un aereo in fase di atterraggio. L’avvocato della compagnia, in particolare, sosteneva che il licenziamento si era basato sulla perdita di fiducia da parte del datore di lavoro, il quale aveva maturato la ragionevole convinzione che quel pilota non era completamente capace di condurre l’aeroplano e di rappresentare la compagnia aerea stessa. In altre parole, l’avvocato sosteneva che non era necessario che il pilota fosse effettivamente incapace, quanto piuttosto il fatto che il datore avesse maturato tale convincimento.

⁸¹ In tal senso, *Watling & Co. Ltd V Ricardson* (1978), IRLR, 255 e 257, laddove si afferma che l’approccio dev’essere oggettivo, ossia la correttezza o meno del licenziamento “is to be judged ... by the objective standard of the way in which a reasonable employer in those circumstances, in that line of business, would have behaved”.

⁸² In tal senso, *St Anne’s Board Mill Co Ltd V Brien* (1973) IRLR, 309.

importante in tutti quei casi in cui il datore di lavoro ha preso la decisione di licenziare a fronte di una pluralità di scelte che avrebbe potuto compiere (ad esempio, oltre a licenziare, avrebbe potuto sospendere il lavoratore dal posto di lavoro). Pertanto, il giudice non deve considerare quale sarebbe stata la decisione che lui stesso avrebbe preso, bensì deve limitarsi a valutare se il licenziamento rientrava tra le possibilità che un “*reasonable employer*” avrebbe considerato⁸³. La giurisprudenza sembra dunque aver sviluppato un approccio che può essere denominato “*range of reasonable responses*”, il quale ha l’effetto di limitare le prerogative datoriali a quello che dovrebbe essere il punto di vista del “*reasonable employer*”. La domanda che si pone quindi la giurisprudenza di Common Law dinanzi ad un licenziamento è quindi se lo stesso sia ragionevole dal punto di vista del datore di lavoro⁸⁴.

⁸³ In tal senso, in occasione della pronuncia *Trust House Forte Leisure Ltd V Aquilar* (1976) IRLR 251, il Giudice Phillip J affermava “when the management is confronted with the decision to dismiss an employee in particular circumstances there may will be cases where reasonable managements might take either of two decisions: to dismiss or not to dismiss. It does not necessarily mean if they decide to dismiss that they have acted unfairly because there are plenty of situations in which more than one view is possible” ed ancora, con la pronuncia *Watling & Co Ltd V Richardson* (1978) IRLR 255, “it has to be recognized that there are circumstances where more than one course of action may be reasonable... In such cases...if an industrial tribunal equates its view of whether itself would have done with what a reasonable employer would have done, it may mean that an employer will be found to have dismissed an employer unfairly although in the circumstances many perfectly good and fair employers would have done as that employer did”.

⁸⁴ Nel caso *British Leyland (UK) Ltd V Swift*, il Giudice Lord Denning MR affermava “*The correct test is: was it reasonable for the employer to dismiss him? If no reasonable employer would have dismissed him, then the dismissal is unfair. But if a reasonable employer might reasonably have dismissed him, then the dismissal was fair. It must be remembered that in all these cases there is a band of reasonableness, within which one employer might reasonably take one view; another quite reasonably take a different view...if it was quite reasonable to dismiss him, then the dismissal must be upheld as fair: even though some other employers may not have dismissed him*”.

Capitolo II

I POTERI DEL DATORE DI LAVORO: I LIMITI

SOMMARIO: 1. Prerogative e poteri datoriali: le tipologie di limiti. - 2. I limiti intrinseci. Le clausele generali come limite alla discrezionalità dei poteri datoriali. Il dibattito dottrinale. - 3. L'abuso del diritto.

1. Prerogative e poteri datoriali: le tipologie di limiti.

Il rapporto di lavoro si caratterizza, tradizionalmente, per lo squilibrio tra la posizione del datore di lavoro e quella del lavoratore, tant'è che il diritto del lavoro trova la propria origine e il proprio fondamento proprio nella necessità di un intervento volto a riequilibrare la posizione di debolezza contrattuale in cui si trova il lavoratore⁸⁵. È infatti peculiarità esclusiva del contratto di lavoro quella di essere un contratto di scambio in cui il lavoratore, verso una retribuzione, offre al datore di lavoro non una merce, bensì le proprie energie lavorative, le proprie competenze, il proprio tempo, accettando volontariamente di essere sottoposto alle direttive, al controllo ed al potere disciplinare di quest'ultimo. Anche semplicemente riflettendo su tale peculiarità, è facile comprendere come spesso il diritto del lavoro, a differenza di altre discipline, debba scontrarsi con aspetti che attengono alla sfera valoriale più intima e personale dell'individuo, come, ad esempio, la dignità umana, la professionalità o la salute del lavoratore.

Se è vero che il lavoratore è un soggetto che volontariamente offre la propria prestazione lavorativa, e quindi la supremazia datoriale rileva già sotto un profilo organizzativo, sono le stesse disposizioni del Codice Civile a mettere in luce la

⁸⁵ Per un'analisi della dottrina sulle origini del diritto del lavoro, *ex multis*, CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994; MENGONI, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del "contratto di lavoro"*, in Mengoni, *Il contratto di lavoro*, Vita e pensiero, Milano, 2004, p. 119 ss.; PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, Milano, 2006.

supremazia socio-economica del datore di lavoro rispetto al prestatore. Infatti, proprio la definizione di datore di lavoro offerta dall'art. 2086 del Codice Civile attribuisce allo stesso la qualifica di "capo dell'impresa" da cui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori. Dall'altra parte, il prestatore di lavoro subordinato viene definito, ai sensi dell'art. 2094 del Codice Civile, come colui che si obbliga, mediante retribuzione, a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore⁸⁶.

Oltre a godere di una supremazia socio-economica, percepibile dal tenore letterale delle norme, il datore di lavoro è titolare di prerogative nei confronti del lavoratore, le quali si sostanziano nel potere organizzativo, nel potere direttivo, nel potere disciplinare e nel potere di controllo.

Il potere organizzativo del datore di lavoro prescinde dalla fonte contrattuale, trovando il proprio fondamento nell'art. 41 co. 1 della Costituzione, in forza del quale l'iniziativa economica privata è libera. Ed è proprio dal potere organizzativo, costituzionalmente tutelato, che discendono e si concretizzano i poteri del datore di lavoro, tradizionalmente classificati come direttivo, disciplinare e di controllo.

Il potere direttivo trova il proprio riferimento normativo nel già citato art. 2094 del Codice Civile, laddove il legislatore utilizza i concetti di direzione e di dipendenza per indicare la subordinazione del prestatore, nonché nell'art. 2104 co. 2 del Codice Civile, a mente del quale il lavoratore deve osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dal datore di lavoro e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende.

Il datore di lavoro ha quindi il potere conformativo di impartire ordini, dare direttive, definendo e specificando i modi ed i tempi della prestazione lavorativa. Autorevole dottrina ha sottolineato come il potere direttivo rivesta una duplice funzione, in quanto, da un lato, rappresenta l'elemento distintivo essenziale per

⁸⁶ Per la dottrina sulla subordinazione e sull'evoluzione del concetto di subordinazione, *ex multis*, MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, p. 185 ss.; MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, p. 5 ss.; SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, CEDAM, Padova, 1957; D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, p. 195.

qualificare, attraverso il metodo sussuntivo o attraverso il metodo tipologico, il rapporto di lavoro subordinato, dall'altro costituisce lo strumento tipico di cui il datore di lavoro può disporre per amministrare il rapporto⁸⁷. Sotto il primo profilo, nel corso degli anni la giurisprudenza ha utilizzato l'eterodirezione come indice della subordinazione, ritenendo che proprio il potere direttivo costituisca tratto peculiare imprescindibile del rapporto di lavoro subordinato⁸⁸.

Sotto un profilo dinamico-attuativo, il potere direttivo rappresenta invece uno strumento indispensabile per il datore di lavoro, il quale può richiedere l'adeguamento della prestazione del lavoratore ai mutevoli interessi aziendali⁸⁹. Non a caso, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il potere direttivo consiste nell'assoggettamento della prestazione lavorativa al potere del datore di lavoro di disporre secondo le mutevoli esigenze di tempo e luogo e di determinarne le concrete modalità con l'imposizione di decisioni e istruzioni alle quali il lavoratore è obbligato ad attenersi, nella permanenza dell'obbligazione del medesimo di mantenere nel tempo la messa a disposizione delle proprie energie lavorative⁹⁰. In quest'ottica, il potere direttivo costituisce uno strumento di organizzazione del lavoro attraverso il quale il datore di lavoro può attuare scelte gestionali di flessibilità funzionale. Il datore di lavoro, ad esempio, può variare unilateralmente l'orario di lavoro senza il necessario consenso del lavoratore, così

⁸⁷ In tal senso, PERULLI, *Potere direttivo e suoi limiti generali*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.* (aggiorn.), Torino, 2009, p. 854.

⁸⁸ Cass. 22 gennaio 2015, n. 1178, con nota GADALETA, *In tema di prova dell'eterodirezione: mansioni ed indici della subordinazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, 3, p. 684 ss.; Cass. 21 ottobre 2014, n. 22289, in *Foro It.*, 2014, p. 3429; Cass. 31 ottobre 2013, n. 24561, in *Mass. Giur. Civ.*, 2013, 1, p. 1092 ss.; Cass. 5 marzo 2012, n. 3418, in *Mass. Giur. Civ.*, 2012, 3, p. 273 ss.; Cass. 9 ottobre 2006 n. 21646, in *Rass. Giur. Lav.*, 2007, II, p. 144; Cass. 26 luglio 2011 n. 16254 in *Lav. Giur.*, 2011, p. 1054; Cass. 22 novembre 1999, n. 12926, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, p. 633. Vi sono tuttavia casi in cui si parla di "subordinazione attenuata" in quanto non è necessaria, in ragione delle peculiarità delle prestazioni richieste, l'emanazione di ordini continui, dettagliati e strettamente vincolanti, potendo il potere direttivo consistere in mere direttive programmatiche (*ex pluris*, Cass. Civ. 30 marzo 2003, n. 7681, in *Lav. Giur.*, 2010, p. 623; Cass. 20 giugno 1997, n. 5520, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, p. 701; Cass. 19 aprile 2013, n. 9599, in *Dir. Giust.*, 2013; Cass. 7 febbraio 2013, n. 2931, con nota SCOFFERI, *Un rapporto è autonomo solo in assenza di specifiche direttive*, in *Dir. Giust. Online*, 2013).

⁸⁹ PERULLI, *ult. op. cit.*, p. 854. L'Autore distingue tra un profilo statico-definitorio della subordinazione giuridica ed un profilo dinamico-attuativo. Il profilo statico-definitorio consiste nella concezione della subordinazione al potere direttivo come elemento distintivo essenziale del rapporto di lavoro subordinato, ossia come tratto caratterizzante in fase di qualificazione del rapporto; il profilo dinamico-attuativo ravvisa invece nel potere direttivo lo strumento tipico di cui il datore di lavoro dispone per l'espletare la propria attività d'impresa.

⁹⁰ Cass. 2 settembre 2000, n. 11502, in *Osserv. Giur. lav.*, 2000, p. 638.

come può distaccare il lavoratore nel proprio interesse e senza consenso del lavoratore presso altra impresa, può trasferire il lavoratore per ragioni tecniche, produttive e organizzative, può variarne le mansioni ai sensi dell'art. 2103 del Codice Civile.

Il potere di controllo, sul quale non ci soffermerà per non divagare dal *focus* della questione, costituisce una prerogativa che, sebbene non espressamente prevista dal Codice Civile, non è mai stata messa in discussione⁹¹. Il potere di controllo del datore di lavoro è infatti stato ritenuto ancillare rispetto al potere direttivo, in quanto strumentale al fine di consentire al datore di lavoro di verificare l'esatto adempimento dell'obbligazione da parte del lavoratore e, nel contempo, di procedere all'eventuale esercizio del potere disciplinare nell'eventualità in cui il datore di lavoro rilevi un inadempimento o una violazione degli obblighi cui è sottoposto il lavoratore. Tuttavia, proprio in ragione del fatto che ai poteri datoriali, primo tra tutti quello direttivo, corrisponde una soggezione del lavoratore, e che gli stessi sono potenzialmente in grado di incidere su beni e valori di rango costituzionale, le modalità di concreto esercizio non possono essere arbitrarie e devono sottostare a dei limiti.

Infatti, se è vero che le riforme del diritto del lavoro hanno comportato, nel corso degli anni, una progressiva limitazione delle prerogative datoriali⁹², negli ultimi tempi stiamo assistendo a quello che autorevole dottrina ha denominato “cambio di paradigma”⁹³. Le norme di diritto positivo, in altri termini, sembrano ora voler attenuare quel garantismo che ha connotato il diritto del lavoro. L'analisi delle modifiche previste dal Jobs Act in tema di esercizio dei poteri datoriali (si pensi

⁹¹ Il potere di controllo si ricollega al potere di intervento che l'ordinamento civilistico riconosce al creditore di verificare l'operato del debitore, in particolare nei rapporti di durata, al fine di tutelare il suo interesse alla pretesa creditoria. Il potere di controllo, tuttavia, si estrinseca durante l'intera durata del rapporto di lavoro. Per un esame del potere di controllo, *ex multis*, VENEZIANI, *I controlli dell'imprenditore ed il contratto di lavoro*, Cacucci, Milano, 1975.

⁹² Fin dall'origine, a partire dai primi anni dell'industrializzazione, il diritto del lavoro si è posto l'obiettivo di limitare l'uso indiscriminato del lavoro. Non a caso, l'esigenza di varare una legislazione sociale in favore di donne e fanciulli, trovò un forte ostacolo negli industriali, preoccupati del fatto che un intervento legislativo in materia potesse limitare i loro poteri. La Legge 11 febbraio 1886 n. 3657 sul lavoro dei fanciulli, varata dopo un travagliato iter parlamentare, risultava infatti incompleta e poverissima in termini di contenuti. Solo nel 1902, con la nota Legge Carcano, poi confluita nel Testo Unico sul lavoro delle donne e dei fanciulli del 1910, vennero posti dei limiti allo sfruttamento del lavoro femminile.

⁹³ PERULLI, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *Lav. Dir.*, 2016, 1, p. 17.

alla modifica della disciplina delle mansioni e dello *ius variandi*, ma anche all'esercizio del potere disciplinare attraverso l'introduzione del contratto a tutele crescenti) conferma come negli ultimi anni si sia di fatto alterato, sotto la potente spinta di una cultura neo-liberista, l'equilibrio tra libertà d'impresa e tutela del lavoro. Infatti, complici la grave crisi economica e la globalizzazione, sono entrati in maniera dirompente nelle agende dei Governi che si sono succeduti, italiani ma non solo, obiettivi quali la salvaguardia del mercato e la competitività delle imprese, nonché, come chiaramente sottolineato nel Libro Verde del 2006⁹⁴, il mantenimento dell'occupazione ed il suo miglioramento qualitativo. Si è nel contempo sviluppata l'idea che il raggiungimento di detti obiettivi contrasti non solo con la valorizzazione dei diritti sociali, ma anche con le tutele che il diritto del lavoro ha riconosciuto e garantito ai lavoratori, i quali hanno visto piena espressione nell'emanazione dello Statuto dei lavoratori⁹⁵. La strategia politica della flessibilità del lavoro, tanto in entrata ed in uscita, quanto sul piano funzionale, finisce per apparire quindi come una soluzione alla rigidità ed alla staticità del mercato e degli apparati produttivi, nonché uno strumento potenzialmente in grado di rilanciare l'economia⁹⁶.

⁹⁴ All'interno del Libro Verde della Commissione Europea del 2006 (Modernizzare il diritto del lavoro per raccogliere le sfide del XXI secolo), si afferma che *«nel contesto della globalizzazione, del processo di ristrutturazione e della progressione verso un'economia fondata sulla conoscenza, i mercati del lavoro europeo devono essere al tempo stesso più inclusivi e più reattivi all'innovazione e al cambiamento. I lavoratori potenzialmente vulnerabili devono avere la possibilità di progredire socialmente per migliorare la loro mobilità e affrontare con successo le loro transizioni sul mercato del lavoro. Le norme giuridiche che sottendono il rapporto di lavoro tradizionale non danno forse un sufficiente margine di manovra ai lavoratori reclutati sulla base di contratti a durata indeterminata standard per esplorare le opportunità di una maggiore flessibilità sul lavoro e non li incoraggiano ad agire in questo senso. La corretta gestione dell'innovazione e del cambiamento implica che i mercati del lavoro prendano in considerazione tre aspetti principali: la flessibilità, la sicurezza nell'occupazione e la segmentazione»*.

⁹⁵ Sul "cambio di paradigma" vissuto dal diritto del lavoro dei nostri giorni, si veda PERULLI *op. cit.*, p. 17 ss..

⁹⁶ A tale proposito, si veda l'incipit del d.l. n. 34/2014, laddove il legislatore delegante afferma che la flessibilizzazione è volta a fronteggiare *«la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico, nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro, con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 (...)»*. Ed inoltre, *«analogo ragionamento vale (...) per l'attrazione di investimenti stranieri: un mercato del lavoro più efficiente è cruciale per l'attrattività del Paese, esattamente come il costo dell'energia o l'efficienza della pubblica amministrazione o del sistema giudiziario»* ed *«il fine ultimo dell'intervento è quello (...) di sostenere in modo complessivo ed organico la crescita dell'economia reale»*.

La supremazia datoriale sui dipendenti non può peraltro estendersi al punto tale da limitare eccessivamente la sfera privata e personale del lavoratore, ritenendosi ammissibile solamente laddove funzionale alla prestazione lavorativa. Come si avrà modo di chiarire nei prossimi capitoli, non è sempre facile individuare il confine, in quanto alcune circostanze che parrebbero a prima vista funzionali alla prestazione lavorativa (si pensi ad esempio all'orario di lavoro) finiscono invece per incidere fortemente sulla sfera privata del lavoratore stesso.

Proprio da tali presupposti, in presenza di un potere legislativo più che mai dinamico nell'emanazione di riforme epocali suscettibili di rimettere in discussione anche i punti più fermi dell'intera materia, prende avvio l'indagine sui limiti ai poteri datoriali.

Posta tale premessa, è opportuno ora soffermarsi sui limiti ai poteri datoriali. In tale capitolo verranno analizzate le tipologie di limite cui i poteri del datore di lavoro sono assoggettati, i quali costituiscono condizioni di legittimità degli atti con cui i poteri stessi vengono esercitati.

È d'ogni evidenza che i limiti ai poteri del datore di lavoro si rinvencono tanto nel regolamento negoziale concordato tra le parti, quanto nelle fonti eteronome. I limiti generali all'esercizio del potere datoriale imposti da fonti eteronome sono anzitutto quelli che si rinvencono nella Carta Costituzionale, nella legge e nella contrattazione collettiva, nazionale e decentrata.

Ebbene, un primo criterio d'analisi dei limiti all'esercizio dei poteri datoriali è quello che distingue tra limiti di fonte legale e limiti di fonte negoziale.

Tra i limiti legali, rilevano anzitutto i limiti dettati dal testo costituzionale, laddove sono sanciti limiti quali il divieto di atti discriminatori o che possano rivelarsi pregiudizievoli per un lavoratore in ragione del sesso, della razza, dell'orientamento sessuale o di altro fattore discriminatorio, il divieto di indagare sulle opinioni, il divieto di compiere atti che mettano in pericolo il diritto alla salute, strettamente connesso agli obblighi di protezione del lavoratore di cui all'art. 2087 del Codice Civile ed al d.lgs. n. 81 del 2008.

Il nostro ordinamento riconosce al datore di lavoro, in quanto imprenditore, una protezione di livello costituzionale, laddove lo stesso art. 41 co. 1 della Costituzione sancisce che l'iniziativa economica privata è libera. È proprio in

forza del principio di libertà di iniziativa economica che il datore di lavoro può esercitare i poteri e le prerogative attribuiti allo stesso all'interno dell'ordinamento, i quali tuttavia non sono illimitati, tant'è che lo stesso comma 2 dell'art. 41 della Costituzione prosegue affermando che l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana⁹⁷.

Un ulteriore ordine di limiti legali si evidenzia all'interno delle norme ordinarie del Codice Civile, dello Statuto dei Lavoratori (Legge 300 del 1970) e delle norme speciali in relazione alla disciplina dei poteri tipici del datore di lavoro, ossia all'interno delle norme che regolano il potere direttivo, il potere disciplinare ed il potere di controllo. La disciplina è estremamente ampia e dettagliata, a titolo esemplificativo si pensi ai limiti al potere di *ius variandi* posti dall'art. 2103 del Codice Civile, così come modificato dal d.lgs. n. 81 del 2015, ai limiti al potere di trasferimento del lavoratore, ai limiti procedurali e sostanziali posti all'esercizio del potere disciplinare, ma anche ai limiti previsti dallo Statuto dei lavoratori per quanto concerne l'esercizio del potere di controllo⁹⁸.

⁹⁷ La dottrina maggioritaria ritiene che la disposizione di cui all'art. 41 co. 2 Cost. non costituisca un limite interno alla libertà di iniziativa economica, così come rifiuta che rappresenti un limite interno alla libertà di iniziativa economica. In tal modo la dottrina rifiuta il concetto della funzionalizzazione dei poteri. Al contrario, CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2005, p. 122 ss. fa ricorso alla figura dell'abuso del diritto in relazione al giustificato motivo oggettivo di licenziamento. L'Autrice nega che l'art. 41 Cost. funzionalizzi l'iniziativa privata, ma valuta l'esercizio di talune prerogative datoriali in termini di controllo positivo sugli scopi e sugli interessi effettivamente perseguiti.

⁹⁸ È la legge ordinaria a delimitare il potere di controllo attribuito al datore di lavoro, stabilendo dei limiti rigorosi agli articoli da 2 a 6 dello Statuto dei Lavoratori. Non a caso, tali articoli sono collocati all'interno del titolo I, rubricato "della libertà e della dignità del lavoratore". È infatti proprio con il valore della dignità personale che deve essere bilanciato il diritto del datore di lavoro di controllare i comportamenti del lavoratore. Pertanto, il potere di controllo del datore di lavoro trova un limite nella riservatezza, nella libertà personale e nella sicurezza del lavoratore, la cui libertà non può essere eccessivamente limitata.

Esaminando concretamente quali sono questi limiti, si rileva come il datore di lavoro possa impiegare le guardie giurate esclusivamente per scopi di tutela del patrimonio aziendale. Le stesse, inoltre, non possono contestare ai lavoratori azioni o fatti diversi da quelli che attengono alla tutela del patrimonio aziendale. Inoltre, le guardie giurate eventualmente utilizzate dal datore di lavoro non possono accedere ai locali in cui si svolge l'attività lavorativa, durante lo svolgimento della stessa, se non eccezionalmente per specifiche e motivate esigenze attinenti alla tutela del patrimonio aziendale. L'art. 2 dello Statuto dei Lavoratori prevede peraltro che, in caso di inosservanza da parte di una guardia giurata delle disposizioni predette, l'Ispettorato del lavoro ne promuove presso il questore la sospensione dal servizio, salvo il provvedimento di revoca della licenza da parte del prefetto nei casi più gravi.

L'art. 3 dello Statuto dei Lavoratori prevede invece, allo scopo di evitare qualunque forma di controllo occulto, l'obbligo del datore di lavoro di comunicare ai lavoratori interessati i nominativi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa.

Un ulteriore ordine di limiti al potere di controllo, cui si è interessata moltissimo la giurisprudenza soprattutto in seguito all'introduzione delle nuove tecnologie, concerne la possibilità di controllo a distanza dei lavoratori. L'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, modificato dal d.lgs. n. 151 del 2015, si scontra con la necessità di bilanciare il potere di controllo del datore di lavoro con il diritto fondamentale alla riservatezza del lavoratore. L'articolo prevede il generale divieto di utilizzo di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per esclusiva finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e sicurezza aziendali, ma dai quali derivi, indirettamente, anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali, oppure, con autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro. Già antecedentemente al d.lgs. n. 151 del 2015, la giurisprudenza di legittimità ritiene che il limite di cui all'art. 4 Statuto dei Lavoratori non trovi applicazione nell'ipotesi di controlli difensivi, ossia diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore quali, ad esempio, i sistemi di controllo dell'accesso ad aree riservate o anche gli apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate (Cass. 3 aprile 2002, n.4746, in *Rass. Giur. Lav.*, 2003, p. 71; Cass. 1 giugno 2010, n. 20722, *Lav. Giur.*, 2010, p. 991). Inoltre, la giurisprudenza si è pronunciata ritenendo legittimo il controllo effettuato dal datore di lavoro sulle conversazioni telefoniche private dei dipendenti, pur in assenza delle garanzie di cui all'art. 4 Statuto dei Lavoratori, realizzato attraverso l'installazione di un'apparecchiatura in grado di registrare il numero delle chiamate effettuate, il giorno e l'ora della telefonata e la durata. Il controllo, in particolare, è stato ritenuto legittimo in quanto in quanto non inerente all'attività lavorativa del dipendente (Trib. Roma 4 giugno 2005 e Trib. Roma 11 aprile 2005, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2006, p. 772). Inoltre, il co. 2 dell'art. 4 Statuto dei lavoratori prevede ora che non vi sia più la necessità del previo accordo con le rappresentanze sindacali per quanto concerne gli strumenti di cui il lavoratore si serve per rendere la prestazione lavorativa e per la registrazione degli accessi e delle presenze.

Alla tutela del patrimonio aziendale è dedicato anche l'art. 6 dello Statuto dei Lavoratori, il quale prevede che le visite personali di controllo sul lavoratore siano vietate fuorché nei casi in cui siano indispensabili ai fini della tutela del patrimonio aziendale, in relazione alla qualità degli strumenti di lavoro, delle materie prime o dei prodotti. In tali casi le visite personali potranno essere effettuate soltanto a condizione che siano eseguite all'uscita dei luoghi di lavoro, che siano salvaguardate la dignità e la riservatezza del lavoratore e che avvengano con l'applicazione di sistemi di selezione automatica riferiti alla collettività o a gruppi di lavoratori.

Le ipotesi nelle quali possono essere disposte le visite personali, nonché, ferme restando le condizioni di cui al secondo comma del presente articolo, le relative modalità debbono essere concordate dal datore di lavoro con le rappresentanze sindacali aziendali oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo su istanza del datore di lavoro, provvede l'Ispettorato del lavoro.

Tale disposizione è stata sottoposta a questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Milano con riferimento agli articoli 2, 3, 13 e 41 co. 2 Cost.. La Corte Costituzionale, con sentenza del 18 giugno 1980 n. 99, ha precisato che *“si tratta in ogni caso di controlli che non possono essere coattivamente imposti, ma che devono svolgersi con il consenso dell'interessato, soggetto, in caso di giustificato rifiuto, soltanto a responsabilità disciplinare”*, pertanto l'art. 6 dello Statuto dei Lavoratori non si pone in contrasto con gli articoli evocati dal giudice del rinvio, in quanto non è soggetto *“a limitare la libertà, la dignità e l'onorabilità individuale del lavoratore nell'organizzazione aziendale”*.

Da ultimo, i limiti al potere di controllo si rinvergono in relazione all'esperibilità di accertamenti medico-sanitari sul lavoratore. L'art. 5 dello Statuto dei Lavoratori prevede il divieto di accertamenti sanitari da parte del datore di lavoro sull'idoneità e sull'infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente. Il controllo delle assenze per infermità può essere effettuato soltanto attraverso i servizi ispettivi degli istituti previdenziali competenti, i quali sono tenuti a compierlo quando il datore di lavoro lo richieda. Inoltre, il datore di lavoro ha facoltà di far controllare l'idoneità fisica del lavoratore da parte di enti pubblici ed istituti specializzati di diritto

Prendendo brevemente in esame i limiti di fonte negoziale, si evidenzia come la fonte possa essere il contratto collettivo nazionale, così come il contratto collettivo territoriale o aziendale. La fonte negoziale può mutare l'estensione del limite posto dalla fonte legale, così come formulare un limite nuovo ed ulteriore rispetto al disposto legislativo. Un esempio di limite negoziale è quello costituito da quelle norme collettive, spesso definite come clausole di protezione, clausole sociali o di riassunzione, che impongono, in una successione di appalti, l'obbligo per l'appaltatore subentrante di assumere i dipendenti del precedente appaltatore.

I limiti possono inoltre essere preventivi o successivi rispetto alla stipulazione del contratto individuale. I limiti preventivi sono quelli che incidono sulla stessa stipulazione del contratto⁹⁹, sulla scelta del contraente¹⁰⁰ o, ancora, sul contenuto dell'accordo negoziale. Si è di fronte a limiti successivi qualora le limitazioni al potere datoriale intervengano in un momento successivo rispetto alla stipulazione del contratto, ossia nel corso del rapporto. Si tratta di un restringimento delle prerogative che consentono al datore di lavoro di esercitare il proprio potere direttivo ed organizzativo. A titolo di esempio si pensi alle limitazioni al potere di *ius variandi*, oggetto di riforma in seguito al Jobs Act.

Un altro criterio è quello che distingue tra i limiti positivi ed i limiti negativi all'esercizio dei poteri datoriali. I limiti positivi si caratterizzano quindi per l'imposizione, in capo al datore di lavoro, di un obbligo di fare, ossia di esercitare un determinato potere, a titolo di esempio l'obbligo di assumere un lavoratore appartenente ad una determinata categoria rispetto ad un altro¹⁰¹. I limiti negativi, al contrario, consistono in un obbligo di non fare, limitando così l'esercizio dei

pubblico. Tale tipologia di limite è volto tanto a garantire, così come le norme sopra riportate, la dignità del lavoratore, quanto ad evitare che il datore di lavoro possa porre in essere, grazie ad accertamenti medico-sanitari mirati, comportamenti sostanzialmente discriminatori. Pertanto, ad esempio, sono vietati tutti quegli accertamenti mirati a rilevare la situazione di gravidanza della lavoratrice. Tale aspetto assume rilevanza anche in fase pre-assuntiva. Si evidenzia un contrasto tra la giurisprudenza che ritiene il limite di cui all'art. 5 Statuto dei Lavoratori applicabile solamente ai lavoratori dipendenti già assunti ed invece una parte di giurisprudenza che ritiene il limite possa estendersi anche agli aspiranti lavoratori in fase pre-assuntiva.

⁹⁹ A titolo d'esempio, si pensi all'obbligo di assumere, al raggiungimento di un determinato numero di lavoratori, un lavoratore appartenente alle categorie protette.

¹⁰⁰ Ad esempio, l'assunzione di un lavoratore appartenente alle categorie protette anziché un lavoratore non appartenente alle stesse. Parimenti, si pensi alla necessità di assumere il lavoratore scelto all'esito di procedura concorsuale qualora previsto dalla normativa collettiva.

¹⁰¹ L'esempio si riferisce, in particolare, alla disciplina di cui alla legge n. 68 del 1999 sul collocamento obbligatorio dei soggetti disabili.

poteri. Gli esempi di limiti negativi sono moltissimi e spaziano dal divieto di svolgimento di determinati controlli (quali indagini, perquisizioni...), al divieto di compiere operazioni modificative o estintive del rapporto (si pensi ai limiti posti al potere di trasferimento, ai limiti al potere di ius variandi, al divieto di applicare sanzioni disciplinari non conservative del rapporto se non in presenza di determinati requisiti...).

Ancor più interessante pare essere il criterio che distingue tra i limiti procedurali ed i limiti sostanziali. I limiti sostanziali sono i più diffusi e riguardano il concreto contenuto dell'esercizio del potere datoriale. Esempio emblematico, tra i moltissimi, è quello costituito dal divieto di compiere atti discriminatori a danno del lavoratore, sancito dall'art. 3 della Costituzione e dagli articoli 34 e 35 dello Statuto dei lavoratori. Un altro limite di carattere sostanziale è quello previsto all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, laddove sancisce che non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro; inoltre la multa non può essere disposta per un importo superiore a quattro ore della retribuzione base e la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per più di dieci giorni. Inoltre, l'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori conclude sancendo che non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione. Si tratta di un divieto di recidiva che rappresenta un limite tanto per l'esercizio del potere datoriale, quanto un limite per il codice disciplinare, il quale non può prevedere una previsione peggiorativa.

I limiti di carattere procedurale, viceversa, sono quelli che richiedono al datore di lavoro il compimento di una determinata procedura. La procedura può consistere in una serie di atti richiesti al datore di lavoro stesso oppure nel coinvolgimento di soggetti terzi quali le organizzazioni sindacali.

A partire dagli anni '70, l'esercizio del potere disciplinare viene procedimentalizzato; significa che il datore di lavoro che voglia esercitare il potere, ha l'obbligo di rispettare determinati vincoli di procedura, a partire dalla pubblicizzazione del codice disciplinare, alle formalità richieste per la contestazione, ai termini per la difesa, fino all'irrogazione della sanzione. Focalizzando quindi l'attenzione sui limiti di carattere procedurale, ai sensi dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, il datore di lavoro ha l'obbligo di

provvedere alla pubblicizzazione del codice disciplinare nella forma tassativamente prevista dal legislatore. In particolare, le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. Inoltre, con riferimento alla contestazione disciplinare, il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa. Inoltre, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa¹⁰². Salvo analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro e ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria, il lavoratore al quale sia stata applicata una sanzione disciplinare può promuovere, nei venti giorni successivi, anche per mezzo dell'associazione alla quale sia iscritto ovvero conferisca mandato, la costituzione, tramite l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, di un collegio di conciliazione ed arbitrato, composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro scelto di comune accordo o, in difetto di accordo, nominato dal direttore dell'ufficio del lavoro. La sanzione disciplinare resta sospesa fino alla pronuncia da parte del collegio. Qualora il datore di lavoro non provveda, entro dieci giorni dall'invito rivoltagli dall'ufficio del lavoro, a nominare il proprio rappresentante in seno al collegio di cui al comma precedente, la sanzione disciplinare non ha effetto. Se il datore di lavoro adisce l'autorità giudiziaria, la sanzione disciplinare resta sospesa fino alla definizione del giudizio.

Un limite di carattere procedurale di primaria importanza, in relazione al procedimento disciplinare, è rappresentato inoltre dal requisito della tempestività nella contestazione di fatti disciplinarmente rilevanti. Tale limite, come

¹⁰² Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno affermato che il termine di cinque giorni è funzionale ad esigenze di tutela del lavoratore, in quanto tende ad impedire che l'irrogazione della sanzione possa impedire che abbia avuto la possibilità di raccogliere e fornire le prove a propria difesa. Pertanto, qualora il lavoratore che abbia fornito delle giustificazioni prima della scadenza dei cinque giorni, senza formulare riserva di produzioni documentali o motivazioni difensive, il datore di lavoro può provvedere all'irrogazione della sanzione senza attendere ulteriormente (Cass. Sezioni Unite 26 aprile 1994 n. 3965, con nota ANGELINI, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, p. 193).

correttamente affermato dalla giurisprudenza, “va inteso in senso relativo, ma è possibile garantire efficacia all'uso del potere disciplinare solo se vi è una sufficiente immediatezza tra infrazione e contestazione. Pertanto, la sanzione del licenziamento, irrogata con grave e ingiustificato ritardo, tradisce del tutto la propria natura e funzione e fa sorgere il legittimo sospetto di un abuso di quella posizione di supremazia che il legislatore ha sì inteso riconoscere al datore di lavoro, ma nel rispetto dei rigorosissimi limiti fissati dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori”¹⁰³.

Come sopra accennato, i limiti procedurali possono prevedere anche la partecipazione sindacale ai fini della validità dell'atto. A titolo esemplificativo, si pensi al rispetto dell'iter procedurale previsto per i licenziamenti collettivi di cui alla legge n. 223 del 1991, il quale richiede il necessario coinvolgimento delle organizzazioni sindacali.

Infine, due ulteriori ordini di limiti, sui quali ci si soffermerà nei successivi capitoli, hanno costituito l'oggetto di ampi dibattiti dottrinali: il binomio tra limiti intrinseci e limiti estrinseci e quello tra limiti interni e limiti esterni.

In un'accezione rigorosa, la distinzione tra limiti interni ed esterni risiederebbe nei fini perseguiti e nella natura degli interessi tutelati dal limite stesso¹⁰⁴. In quest'ottica, i limiti interni sono quelli posti in funzione dell' “interesse dell'impresa”, ossia dello stesso interesse per cui il potere è attribuito. Dall'altro lato, i limiti esterni sono quelli posti a protezione di un interesse diverso rispetto all'interesse aziendale, quindi di interessi eterogenei rispetto a quelli per i quali è attribuito il potere. Tra i molti, un esempio di limite esterno è quello costituito dalle restrizioni al potere di controllo datoriale, poste allo scopo di proteggere l'interesse della riservatezza e della vita privata del lavoratore, oppure i limiti al licenziamento, costituiti dalla giusta causa e dal giustificato motivo, posti allo scopo di tutelare il diritto al lavoro ed all'occupazione del lavoratore.

Ebbene, volendo operare una classificazione di questo tipo, la tutela dell'interesse dell'impresa costituirebbe un limite interno all'esercizio del potere datoriale nella

¹⁰³ Pretura Milano 30 giugno 1995, in Riv. Crit. Dir. Lav., 1995, p. 1045.

¹⁰⁴ Sul punto, ZOLI, *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 159 ss..

misura in cui, secondo la teoria della funzionalizzazione del potere all'interesse dell'impresa, i poteri imprenditoriali vengono utilizzati allo scopo della soddisfazione dell'interesse obiettivo dell'impresa e sarebbero quindi sottratti all'arbitrio dell'imprenditore¹⁰⁵. Tuttavia, le teorie della funzionalizzazione del potere all'interesse dell'impresa non sembra abbiano avuto seguito e parrebbe, secondo l'opinione prevalente, che nel nostro ordinamento giuslavoristico non siano configurabili limiti interni nell'accezione data, ossia non esistano limiti al potere datoriale posti a tutela dell' "interesse dell'impresa".

Infatti, un primo aspetto che dev'essere considerato è innanzitutto che nel nostro ordinamento non è possibile individuare un interesse collettivo dell'impresa, intesa quindi come collettività organizzata, distinto rispetto all'interesse del datore di lavoro e dei lavoratori. La dottrina¹⁰⁶ ha infatti escluso che i poteri datoriali siano funzionalizzati rispetto al perseguimento di un interesse generale, come l' "utilità sociale" dell'iniziativa economica privata contemplata all'art. 41 della Costituzione, ossia siano posti con un fine superiore rispetto a quello individuale dello stesso datore di lavoro. L'utilità sociale rappresenta, in tal senso, esclusivamente un limite esterno, idoneo quindi a limitare l'iniziativa economica privata e non a funzionalizzare la stessa.

Inoltre, autorevole dottrina ha affermato che "la tecnica di controllo basata sull' "interesse" o sulle "esigenze dell'impresa", assunte a parametro o criterio obiettivo di commisurazione della legittimità del potere, non ha comportato risultati pratici apprezzabili, risolvendosi essenzialmente, nelle fattispecie tipiche in cui detto interesse veniva richiamato, nell'accertamento dell'esistenza di un nesso causale, qualificato da regole di normalità tecnico-organizzativa, tra il fatto costitutivo delle esigenze dell'impresa ed il provvedimento, senza che ciò consentisse di spingersi ad una valutazione di merito della decisione imprenditoriale"¹⁰⁷. A tale proposito, se a prima vista il limite rappresentato dalle

¹⁰⁵ In tal senso, SUPPIEJ, *I limiti del potere direttivo dell'imprenditore*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1962, p. 491.

¹⁰⁶ *Ex multis*, MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, pag. 29; MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 353 ss..

¹⁰⁷ PERULLI, *Potere direttivo e suoi limiti generali*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.* (aggiorn.), Torino, 2009, p. 863; GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963, p. 320.

esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo che sta alla base del trasferimento del lavoratore potrebbe apparire un limite interno, ossia posto a protezione dell'impresa, a ben vedere si tratta esclusivamente di un presupposto che legittima l'esercizio del potere stesso, ma mantiene pur sempre il connotato di limite esterno, in quanto posto a salvaguardia dell'interesse del lavoratore¹⁰⁸. In tal senso, "i poteri dell'imprenditore non appaiono funzionalizzati, ossia vincolati al perseguimento di un certo risultato, ma incontrano solo quel limite rappresentato dalla ricorrenza dei presupposti che ne legittimano l'esercizio"¹⁰⁹.

In un'accezione un po' meno rigorosa, spesso il concetto di limite interno viene sovrapposto a quello di limite intrinseco e si intende quindi con limite interno la "coerenza con le finalità tipiche dell'istituto, che giustificano l'attribuzione del potere"¹¹⁰. Può infatti sorgere una certa confusione terminologica tra il binomio limiti esterni e limiti interni ed il binomio limiti estrinseci e limiti intrinseci¹¹¹. La distinzione tra gli stessi risiede nel fatto che il limite estrinseco è quello che trova un espresso riconoscimento all'interno dell'ordinamento in forza di una norma di diritto positivo, mentre l'esistenza di un limite intrinseco si deduce esclusivamente in forza della natura e dei poteri per cui il potere è conferito. Il fondamento del limite estrinseco (o, quindi, esterno), si basa su un principio di tipicità degli atti di amministrazione del rapporto, ossia sull'individuazione, attraverso il testo normativo, dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere. In quest'ottica, l'atto concretamente adottato dal datore di lavoro deve ritenersi valido laddove

¹⁰⁸ Tale orientamento è espresso da ZOLI, *op. cit.*, p.155.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 156.

¹¹⁰ Cass. 19 maggio 1995, n. 5517, in *Lav. Giur.*, 1996, p. 154. In maniera ancor più esplicita, la Pretura di Monza ha definito i limiti interni come quei limiti che "(...) richiedono determinazioni non arbitrarie ed immotivate, ma verificabili e controllabili "ex post", alla luce del loro necessario rapporto di coerenza con le finalità dell'istituto" (Pretura Monza, 2 maggio 1995, in *Orient. Giur. Lav.*, 1995, p. 489).

¹¹¹ Ad esempio, la giurisprudenza di legittimità ha fatto riferimento al binomio limiti interni e limiti esterni in relazione alla disciplina da applicare antecedentemente all'entrata in vigore della Legge n. 223 del 1991, per individuare i lavoratori da porre in Cassa Integrazione Guadagni, specificando che "(...) per le fattispecie antecedenti all'entrata in vigore della legge n. 223 del 1991, il potere del datore di lavoro di scegliere i lavoratori da porre in cassa integrazione guadagni doveva essere esercitato nel rispetto dei limiti interni (che imponevano una scelta da effettuare secondo criteri obiettivi, ragionevoli e coerenti con l'istituto della cassa integrazione) e di limiti esterni (che imponevano l'osservanza dei doveri di correttezza e buona fede ed il divieto di realizzare le discriminazioni di cui all'art. 15 della legge n. 300 del 1970)" (Cass. 21 aprile 2004, n. 7625, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, p. 4; nello stesso senso Cass. 3 aprile 2003, n. 5220, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, p. 4).

corrisponda allo schema astratto delineato dalla norma. Il problema che scontano i limiti estrinseci all'esercizio del potere direttivo è senz'altro la difficoltà di prevedere normativamente qualunque circostanza possa presentarsi in una realtà complessa ed in continua evoluzione e, pertanto, quello di lasciare scoperte molte aree in cui, salvo quanto si dirà in relazione ai limiti intrinseci, il potere datoriale pare assumere i connotati dell'arbitrio, rischiando di incidere sulla sfera personale del lavoratore¹¹².

I limiti intrinseci sono quelli non esplicitamente sanciti dall'ordinamento, bensì deducibili dalla natura e dalle ragioni per cui è stato riconosciuto il potere. In particolare, come si avrà modo di approfondire nei successivi capitoli, in forza dei limiti intrinseci il giudice potrà esercitare un controllo che vada oltre il dettato della norma di diritto positivo, compiendo ad esempio una valutazione di coerenza del mezzo adottato rispetto al fine perseguito, oppure esercitando un controllo di proporzionalità tra valori differenti dell'ordinamento. Ed ancora, analizzando il limite intrinseco da un punto di vista teorico, è possibile immaginare che lo stesso operi fin dall'inizio, ammettendo o escludendo la legittimità dell'esercizio del potere, oppure operi in una fase successiva, ossia quando, in attuazione di un provvedimento datoriale legittimo, il datore si trovi a dover compiere una scelta tra più lavoratori¹¹³.

La questione consiste nell'analizzare se vi sia un fondamento normativo, all'interno del nostro ordinamento positivo, tale da giustificare, soprattutto alla luce delle recenti riforme, che come si analizzerà nel prosieguo mirano a ridurre il sindacato giudiziale, il ricorso ai limiti intrinseci. In altre parole, vi è da chiedersi se, in ragione delle riforme degli ultimi anni, detti limiti possano essere utilizzati allo scopo di recuperare quelle garanzie tipiche che la legge sembra voler attenuare, oppure se ciò si ponga in contrasto con la normativa vigente.

¹¹² A tale riguardo, Balletti evidenzia il limite di quelle teorie che mirano a “costringere l'intera problematica dell'esercizio del potere datoriale e dei suoi “limiti” nei ristretti confini della tecnica normativa della fattispecie e della tipizzazione” (BALLETTI, *Poteri imprenditoriali ed interesse del datore all'adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1990, p. 723).

¹¹³ Si pensi ai criteri di scelta tra lavoratori in caso di licenziamento collettivo, ma anche alla giurisprudenza sui criteri di scelta in caso di licenziamento individuale per motivo oggettivo.

2. I limiti intrinseci. Le clausole generali come limite alla discrezionalità dei poteri datoriali. Il dibattito dottrinale.

Nell'ordinamento giuslavoristico vige generalmente il principio della tipicità degli atti di amministrazione del rapporto ossia il principio secondo cui gli atti datoriali devono ritenersi validi in quanto conformi al modello di riferimento, ossia allo schema normativo prestabilito in astratto, in attuazione del principio di legalità¹¹⁴. Il concreto svolgimento del rapporto di lavoro può tuttavia mettere l'interprete dinanzi a situazioni che, non essendo tipizzate, richiedono un'ulteriore valutazione circa la legittimità o meno dei comportamenti datoriali¹¹⁵. Si tratta di ipotesi in cui, mancando una normativa specifica, i poteri dell'imprenditore non sono circoscritti da norme che predeterminano la tipologia di atti adottabili e, pertanto, il potere datoriale pare potersi manifestare discrezionalmente. In tali ipotesi, pertanto, ci si interroga se il potere del datore del lavoro trovi limiti ulteriori rispetto ai limiti estrinseci di cui si è trattato nel capitolo precedente, oppure se la discrezionalità del datore di lavoro possa manifestarsi liberamente.

Una parte degli interpreti ritiene che vi sia la necessità di esercitare un controllo sui poteri discrezionali del datore, al fine di evitare che il margine di discrezionalità che permane in capo allo stesso sia tale da incidere illegittimamente sulla sfera personale del lavoratore, andando a ledere i diritti allo stesso garantiti dal nostro ordinamento. Su tale presupposto, la giurisprudenza, nel corso degli anni, ha utilizzato uno strumento proprio del diritto privato, ossia le clausole di correttezza e buona fede *ex* articoli 1175 e 1375 del Codice Civile, per integrare e precisare il disposto legislativo e negoziale.

¹¹⁴ GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1987, p. 133; MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, p. 536.

¹¹⁵ ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 217, laddove l'Autore afferma che "(...) queste previsioni garantiscono il perseguimento di esigenze di giustizia sostanziale, giacché servono a colmare talune lacune inevitabili, se si considera che il legislatore, mediante la tecnica della fattispecie e della tipizzazione, non può disciplinare le infinite sfaccettature di un rapporto dinamico come quello di lavoro, non può, cioè, prevedere e risolvere tutti i conflitti che nei fatti si presentano".

Il ricorso alle clausole di correttezza e buona fede pare opportuno anche nell'ambito del diritto del lavoro innanzitutto perché si tratta di una materia che trova le sue radici nel diritto privato, pertanto al rapporto di lavoro devono applicarsi non solo le tutte le disposizioni previste dalla disciplina speciale, ma anche quelle dettate per i contratti in generale e per il rapporto obbligatorio, dunque anche quanto disposto agli articoli 1175 e 1375 del Codice Civile.

Ebbene, cercando di operare uno sforzo classificatorio, vi è da sottolineare come le clausole di correttezza e buona fede *ex* articoli 1175 e 1375 del Cod. Civ. ricadano, nell'accezione fornita al precedente capitolo, all'interno della categoria dei limiti esterni, ossia posti a tutela dei lavoratori subordinati, ma grazie alle clausole suddette sia possibile operare anche un controllo di coerenza del mezzo adottato rispetto al fine perseguito, ossia possono fungere da limite interno¹¹⁶.

Vi è poi da chiedersi se gli stessi appartengano ai limiti intrinseci oppure ai limiti estrinseci.

Si è osservato che, attraverso le clausole generali di correttezza e buona fede, è possibile penetrare più a fondo la logica interna degli atti di amministrazione del rapporto di lavoro, ossia dell'esercizio del potere, esercitando un controllo sui motivi ed i fini dell'azione del datore di lavoro. Secondo autorevoli Autori "le clausole generali consentono di filtrare le scelte discrezionali dell'imprenditore alla luce di principi di ragionevolezza, congruità, logicità, che, in un'ottica privatistica e non funzionalizzata, correggono un uso distorto del potere e, quindi, lesivo delle posizioni del lavoratore"¹¹⁷, ed ancora "tali clausole (...) costituiscono l'unico strumento giuridico, accettabile alla luce del nostro ordinamento positivo, idoneo a recepire quei principi e valori, sinteticamente ricondotti al dovere del datore di lavoro di agire razionalmente e secondo opportunità"¹¹⁸.

In quest'ottica, le clausole generali pongono un limite intrinseco all'esercizio del potere da parte dell'imprenditore, essendo lo strumento attraverso cui viene imposto allo stesso che gli atti giuridici, soprattutto in situazioni non tipizzate, in cui manca uno schema normativo prestabilito in astratto, siano compatibili con gli

¹¹⁶ Sul punto si veda il paragrafo sull'abuso del diritto.

¹¹⁷ PERULLI, *Potere direttivo e suoi limiti generali*, in *Dig. Disc. Riv. Sez. Comm.* (aggiorn.), Torino, 2009, p. 867.

¹¹⁸ ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 212.

equilibri generali dell'ordinamento¹¹⁹. Sarebbe tuttavia un errore ritenere che la buona fede e la correttezza operino esclusivamente in tali ipotesi, in quanto le stesse hanno la funzione di accertare il rispetto dei valori generali dell'ordinamento anche laddove il legislatore abbia legiferato attraverso clausole elastiche, le quali, proprio in ragione della loro intenzionale indeterminatezza, richiedono l'opera di integrazione dell'interprete, alla luce del caso concreto, attingendo a criteri di integrazione o *standards* valutativi. In tal senso, si richiama quella dottrina che ha parlato di un rapporto "circolare" intercorrente tra le clausole generali in senso stretto (in particolare, le clausole generali di correttezza e buona fede) e le norme elastiche di cui si costella il panorama giuslavoristico italiano¹²⁰.

Il giudice, pertanto, nell'esercitare il proprio potere, agisce in forza di una delega già implicita nella clausola generale di correttezza e buona fede. Le clausole generali, infatti, come si ha già avuto modo di affermare, contengono enunciazioni di massima o riferimenti a criteri di valutazione del comportamento delle parti che vanno precisate in sede di interpretazione. Pertanto, la clausola generale di correttezza e buona fede ex articoli 1175 e 1375 del Cod. Civ. deve essere classificata come limite intrinseco se alla stessa viene attribuita la valenza di criterio di valutazione dell'attività esplicata dalle parti e la stessa assume quindi il ruolo di concretizzare le rispettive posizioni.

Pertanto, mentre i limiti estrinseci trovano un'applicazione immediata, i limiti intrinseci trovano il proprio fondamento e si giustificano, all'interno dell'ordinamento positivo, grazie alla clausola di buona fede, la quale affianca le previsioni esistenti, implicando un controllo distinto ed autonomo rispetto al sindacato condotto sulle norme estrinseche. Ciò significa che la mancanza di una norma esplicita, volta a limitare il potere datoriale, non è di per sé sufficiente a ritenere legittimo l'esercizio del potere. Inoltre, la clausola di buona fede viene in rilievo laddove manchino esplicite disposizioni normative, al fine di ricondurre

¹¹⁹ PERULLI, *I poteri dell'imprenditore e il controllo giudiziale*, in *Rass. Giur. Lav. nel Veneto*, 2014, p. 12.

¹²⁰ PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 259 ss..

entro margini di ragionevolezza e di contemperamento degli interessi il potere datoriale¹²¹.

Dopo aver constatato che la giurisprudenza utilizza sovente le clausole generali di correttezza e buona fede in funzione di limiti all'esercizio del potere datoriale, giova approfondire specificamente che cosa debba intendersi con tali termini e chiarire se gli stessi possano essere utilizzati alla stregua di sinonimi.

Tanto la buona fede quanto la correttezza sono richiamate innumerevoli volte all'interno del Codice Civile. All'interno della Relazione ministeriale al codice civile, il principio di correttezza e buona fede «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore».

Effettuando una breve rassegna degli articoli in cui il richiamo è effettuato, si evidenzia anzitutto come l'art. 1175 del Codice Civile, collocato non a caso all'inizio del libro dedicato alle obbligazioni in generale, prevede che entrambe le parti del rapporto contrattuale debbano comportarsi secondo le regole della correttezza.

Tale regola aurea del rapporto obbligatorio, trova espressione in vari articoli del Codice Civile. Il dovere di comportarsi secondo buona fede deve costituire, a mente dell'art. 1337 Codice Civile, regola di comportamento in fase precontrattuale, ossia nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto¹²². Parimenti, l'art. 1366 del Codice Civile richiede la buona fede

¹²¹ PERULLI, *I poteri dell'imprenditore e il controllo giudiziale*, in *Rass. Giur. Lav. nel Veneto*, 2014, p. 12.

¹²² D'AMICO, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1996; D'ANGELO, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, IV, in *Tratt. Bessone*, XIII, 2004. La giurisprudenza di legittimità interpreta tale disposizione ritenendo che la stessa non si riferisca alla mera rottura ingiustificata delle trattative, bensì assuma il "valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso ed implica il dovere di trattare in modo leale, astendendosi da comportamenti maliziosi o reticenti, e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. Ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto" (Cass. 8 ottobre 2008 n. 24795, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 10, p. 1450). La responsabilità per *culpa in contrahendo* viene fatta rientrare nella responsabilità extracontrattuale, la quale trova il proprio fondamento nella violazione di un generale dovere di

nell'interpretazione del contratto¹²³. L'art. 1375 del Codice Civile afferma invece che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede. Ed ancora, l'art. 1358 del Codice Civile prevede che, colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte¹²⁴. Anche l'art. 1460 co. 2 del Codice Civile fa riferimento alla buona fede specificando che, nei contratti a prestazioni corrispettive, il debitore non può rifiutare la prestazione adducendo l'eccezione di inadempimento qualora, rispetto alle circostanze, il rifiuto sia contrario a buona fede¹²⁵. Ritroviamo la buona fede anche all'interno del titolo dedicato ai

condotta, indipendentemente dalla preesistenza di una specifica obbligazione da adempiere nei confronti di una controparte.

¹²³ *“Il criterio della buona fede nell'interpretazione dei contratti, applicabile anche agli atti prenegoziali, deve ritenersi funzionale ad escludere il ricorso a significati unilaterali o contrastanti con il criterio di affidamento dell'uomo medio, ma non consente di assegnare all'atto una portata diversa da quella che emerge dal suo contenuto obiettivo, corrispondente alla convinzione soggettiva di una singola persona. Esso rappresenta, difatti, il punto di sutura tra la ricerca della reale volontà delle parti (costituente il primo momento del processo interpretativo, in base alla comune intenzione ed al senso letterale delle parole) ed il persistere di un dubbio sul preciso contenuto della volontà contrattuale (in base ad un criterio obiettivo, fondato su di un canone di reciproca lealtà nella condotta tra le parti, ed inteso alla tutela dell'affidamento che ciascuna parte deve porre nel significato della dichiarazione dell'altra), e rappresenta, pertanto, un mezzo, al fine, soltanto sussidiario dell'interpretazione, non invocabile quando il giudice di merito abbia, attraverso l'esame degli elementi di prova raccolti, già aliunde accertato l'effettiva volontà delle parti”* (Cass. 15 marzo 2004 n. 5239, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, p. 3).

¹²⁴ La giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite ha dichiarato che il contratto sottoposto a condizione mista è soggetto all'art. 1358 del Codice Civile, in ragione del quale le parti devono comportarsi secondo buona fede in pendenza della condizione ed inoltre, *“è vero che l'omissione di attività intanto può costituire fonte di responsabilità in quanto l'attività omessa costituisca oggetto di un obbligo giuridico, ma tale obbligo giuridico discende direttamente dalla legge e, segnatamente, dall'art. 1358 Cod. Civ., che lo impone come requisito della condotta da tenere durante lo stato di pendenza della condizione, e la sussistenza di un obbligo siffatto va riconosciuta anche per l'attività d'attuazione dell'elemento potestativo di una condizione mista”* (Cass. Sez. Unite 19 settembre 2005 n. 18450, con nota RESTIVO, in *Giur. It.*, 2006, 6, p. 1141).

¹²⁵ La proposizione dell'eccezione di inadempimento può ritenersi legittima solamente laddove il rifiuto di adempiere, oltre ad essere giustificato dalla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 1460 co. 1 Cod.Civ. (ossia la corrispettività e l'interdipendenza tra le prestazioni ineseguite e quelle rifiutate), non sia contrario a buona fede. La giurisprudenza ha affermato, in particolare, che il rifiuto all'adempimento non deve essere *“determinato da motivi non corrispondenti alle finalità per le quali esso è stato concesso dalla legge, come quando l'eccezione è invocata non per stimolare la controparte all'adempimento, ma per mascherare la propria inadempienza”*, ed inoltre *“al fine del relativo accertamento assume rilevante importanza la circostanza che la giustificazione del rifiuto sia resa nota alla controparte solo in occasione del giudizio e non in occasione dell'attività posta in essere allo scopo di conseguire l'esecuzione spontanea del contratto”* (Cass. 3 novembre 2010 n. 22353, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 11, p. 1403; nello stesso senso anche Cass. 7 dicembre 1994, n. 10506, in *Giust. Civ. Mass.*, 1994, 12; Cass. 11 maggio 1998, n. 4743, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, p. 998).

singoli contratti, laddove, in tema di contratto di agenzia, l'art. 1746 del Codice Civile prevede che, nell'esecuzione dell'incarico, l'agente debba tutelare gli interessi del preponente ed agire con lealtà e buona fede¹²⁶. Merita un accenno, guardando al di là della disciplina del Codice Civile, il riferimento al principio ispiratore della buona fede compiuto dal legislatore all'interno del Codice del Consumo. Le clausole inserite all'interno dei contratti stipulati con i consumatori possono infatti essere ritenute vessatorie, e quindi nulle ai sensi dell'art. 36 del Codice del Consumo, solamente qualora le stesse determinino uno squilibrio di diritti ed obblighi in contrasto con i dettami della buona fede.

Gli articoli sopra citati paiono riferirsi al principio della buona fede intesa in senso oggettivo, ossia ad una regola di condotta, un obbligo etico di comportamento onesto, il quale costituisce concetto diverso rispetto alla buona fede intesa in senso soggettivo, la quale viene definita come la situazione psicologica di ignoranza dell'altrui lesione¹²⁷.

¹²⁶ “Ai sensi dell'art. 1746 c.c. è imposto all'agente di tutelare gli interessi del preponente e di agire con lealtà e buona fede nell'esecuzione dell'incarico. Tuttavia, tale norma non impedisce all'agente - così come al subagente - vincolato da un contratto a tempo indeterminato suscettibile di disdetta, di ricercare soluzioni professionali alternative, che vengano in concreto a risultare pregiudizievoli per il preponente (come nel caso, non infrequente, dell'acquisizione di un mandato di agenzia da parte di un'impresa in concorrenza con l'originario preponente), se non impiega mezzi e modalità che siano di per sé qualificabili come scorretti, vuoi ai fini dell'acquisizione del nuovo incarico professionale, vuoi nell'esecuzione del medesimo, sulla base dei principi di carattere generale in materia contrattuale e, specificamente, di quelli di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del rapporto di cui agli art. 1175 e 1375 c.c., ovvero delle regole in tema di concorrenza sleale tra imprenditori. Né, alla stregua di ciò, può ritenersi di per sé scorretto il comportamento di un subagente che, intenzionato a porre fine al rapporto in corso con l'agente, ne metta al corrente l'imprenditore preponente, offrendo l'occasione al medesimo di valutare le conseguenze di tale ipotesi ed a se stesso la possibilità di comunicare la propria eventuale disponibilità ad assumere un incarico diretto, sempreché non siano posti in essere mezzi di per sé scorretti, poiché, in difetto di precise pattuizioni in proposito, non è ravvisabile un obbligo di fedeltà in capo al subagente nei confronti dell'agente suo preponente che vieti iniziative di questo genere, compiute con il rispetto del principio generale della correttezza” (Cass. 10 maggio 2006 n. 10728, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, p. 5).

¹²⁷ Il Codice Civile fa riferimento alla buona fede in senso soggettivo ad esempio all'interno dell'art. 1147 Cod. Civ., laddove il possesso di buona fede, ai fini dell'usucapione, è definito con quello di chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. Secondo la dottrina, tuttavia, la buona fede non è un fattore esclusivamente psicologico, in quanto l'ignoranza non deve dipendere da negligenza grave. Il fondamento etico della buona fede risiede pertanto nella scusabilità che è richiesta per la rilevanza dell'errore invocato (TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, CEDAM, Padova, p. 573).

Come dichiarato da autorevole dottrina, la buona fede non impone un comportamento a contenuto prestabilito¹²⁸. Lo stesso obbligo si traduce in comportamenti di tipo diverso e non è possibile inquadrare gli stessi all'interno di schemi predefiniti.

La dottrina giuslavoristica si divide tra coloro che negano valore precipuo alle clausole generali di buona fede e correttezza, e coloro che riconoscono alle stesse un ruolo integrativo, volto a generare obblighi diretti ad arricchire il contenuto stesso dell'obbligazione.

Un primo orientamento giurisprudenziale ritiene che la buona fede si limiti a duplicare obblighi già esistenti. Sarebbe quindi un mero sussidio interpretativo privo di qualsivoglia ruolo integrativo, ossia uno strumento utile ad individuare quali siano i comportamenti prescritti da una norma specifica¹²⁹. Accanto a tale tesi, secondo cui il ruolo delle clausole generali sarebbe assolutamente limitato, vi è l'opinione di autorevole dottrina che, ritenendo le stesse addirittura dannose, è giunta ad affermare che “il ricorso dei giudici del lavoro al principio di buona fede, quando non è andato oltre l'esibizione di formule verbali o di stile, ha, assai spesso, consentito soltanto di formulare una motivazione qualsiasi a decisioni irresponsabili, in quanto fondate esclusivamente su preconcetti ideologici”¹³⁰. Secondo tale tesi, le clausole generali presenterebbero una sostanziale indeterminatezza e rischierebbero di essere un espediente per ampliare eccessivamente i poteri del giudice. Tale avversione verso un giudice troppo “creativo” sembra contraddistinguere tutti i legislatori che si sono succeduti negli ultimi anni, a partire dal giudice del Collegato Lavoro del 2010 e fino a giungere al Jobs Act del 2015.

¹²⁸ BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, p. 206 ss..

¹²⁹ Tale tesi, che sembra essere stata superata dalla recente giurisprudenza, è stata sostenuta, tra le altre, dalla Cass. 20 luglio 1977 n. 3250, in cui la Suprema Corte ha ritenuto che la violazione dei doveri di correttezza e buona fede (art. 1175 e 1375 del Codice Civile.), ove non siano considerati in forma primaria e autonoma da una norma, costituisce solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti, con la conseguenza che un comportamento ad essi contrario non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica.

¹³⁰ PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1995, 138.

Un diverso orientamento, sostenuto anche da alcune recenti pronunce, ritiene che la buona fede, lungi dal limitarsi a duplicare obblighi già esistenti e vincolanti, rivesta invece un ruolo integrativo, producendo essa stessa obblighi diretti ad arricchire il contenuto dell'obbligazione¹³¹. La stessa sarebbe peraltro idonea ad esercitare una funzione di riequilibrio della dimensione mercantile del rapporto obbligatorio in favore di quella sociale e di governo della discrezionalità privata¹³².

Secondo tale tesi, le clausole generali consentirebbero di filtrare le scelte discrezionali dell'imprenditore alla luce di principi di ragionevolezza, congruità e logicità, al fine di correggere un uso del potere lesivo delle posizioni del lavoratore. Una recente sentenza della giurisprudenza di legittimità ha confermato l'illegittimità del licenziamento irrogato nei confronti di una lavoratrice, rappresentando la violazione, da parte del datore di lavoro, del principio di buona fede contrattuale. Lo stesso, infatti, non avrebbe adempiuto all'obbligo di informare preventivamente la lavoratrice del fatto che il suo posto di lavoro sarebbe stato soppresso. Pertanto, la Cassazione, in tema di esercizio del potere di recesso, sosterebbe la sussistenza, in capo al datore di lavoro, di due obblighi: l'obbligo di informare con largo anticipo il dipendente che si accinge a perdere il posto di lavoro per giustificato motivo oggettivo, nonché l'obbligo di reperire altra occupazione in mansioni equivalenti nell'ambito aziendale¹³³.

Ed inoltre, “in materia di procedure concorsuali di assunzione e promozione del personale, il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere datoriale può essere esercitato nei casi in cui esso non sia rispettoso dei canoni generali di correttezza e buona fede, o sia affetto da manifesta inadeguatezza o

¹³¹ Sul punto BIANCHI D'URSO, CINQUE, *Certezza del diritto e nomofiliachia separate in casa*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, secondo cui vi sarebbe un'eccessiva dilatazione dei canoni di correttezza e buona fede adoperati in funzione integrativa.

¹³² Secondo Patti, le funzioni attribuite alla clausola generali di buona fede sono molteplici. L'Autore, infatti, da un lato, attribuisce alla stessa una funzione integrativa, ritenendo si tratti di una tecnica giurisprudenziale di ricerca della regola nel caso concreto, la quale, in mancanza di un modello preconstituito nella fattispecie astratta opera sui materiali già presenti nell'ordinamento. Dall'altra, ha la funzione di puntualizzare il regolamento contrattuale, precisando il modo in cui gli obblighi individuati vadano attuati. Infine, la stessa rivestirebbe l'importante ruolo correttivo del contratto (ad esempio in materia di clausole abusive, nel caso di contratti di durata o ad esecuzione continuata) (PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 89).

¹³³ Cass. 2 gennaio 2013, n. 6, con nota BRUN, *L'obbligo di repechage tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 4, II, p. 778 ss...

irragionevolezza oppure arbitrarietà, sicché la valutazione delle prove concorsuali con criteri diversi da quelli indicati nel bando, da ritenersi predefiniti e vincolanti, inficia il diritto soggettivo dei singoli concorrenti al rispetto di tali criteri, a prescindere dall'accertamento del rapporto di causalità tra il corretto svolgimento della prova e l'utile collocazione fra gli idonei dei candidati interessati”¹³⁴. Allo stesso modo, il datore di lavoro ha l’obbligo di motivare le valutazioni e le note di qualifica, in modo tale da consentire l’accertamento dell’eventuale sussistenza di intenti discriminatori o di ritorsione, motivi illeciti o irragionevoli. In particolare, “le valutazioni del datore di lavoro non sono insindacabili in giudizio, poiché il datore di lavoro è soggetto ai limiti posti da eventuali criteri obiettivi previsti dal contratto collettivo ed agli obblighi contrattuali di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 del Codice Civile; inoltre, l'indagine giudiziale sulla correttezza di tali valutazioni costituisce accertamento di fatto riservato al giudice soggetto unicamente al controllo di idoneità della motivazione da parte della Cassazione”¹³⁵.

Andando oltre a quello che è il ruolo ricoperto dalla clausola generale di correttezza e buona fede, si ribadisce come il nostro ordinamento giuslavoristico sia pregno di ulteriori clausole generali, intese nell’accezione delineata nei capitoli precedenti, ossia norme dal contenuto indeterminato, caratterizzate da elevata vaghezza ed ambiguità. Come affermato da autorevole dottrina, la società contemporanea si rivela sempre più complessa ed articolata ed il legislatore, ponendosi l’obiettivo di salvaguardare il principio della certezza del diritto, nell’impossibilità di regolare ogni singola sfaccettatura del rapporto, talvolta ricorre ad una forzata semplificazione¹³⁶. Lo stesso Autore afferma infatti, con

¹³⁴ Cass. 28 maggio 2013, n. 13176, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013; nello stesso senso, Cass. 31 gennaio 2013, n. 2280; Cass. 18 gennaio 2011, n. 1075, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 1, p. 73; Cass. 3 marzo 2010, n. 5119, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, p. 319; Cass. 4 febbraio 2008, n. 2581.

¹³⁵ Cass. 11 febbraio 2008, n. 3227, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 2, p. 204, nello stesso senso Cass. 7 aprile 2016, n. 6775, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Cass. 11 febbraio 2008, n. 3227, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 2, p. 204; Cass. 20 giugno 2003, n. 9898, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 6.

¹³⁶ LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, in Calasso, Mercandate (a cura di), *Civiltà del diritto*, Milano 1968, p.69 ss., laddove l’Autore afferma che le leggi divengono più semplici quanto più la umana civiltà progredisca, essendo troppo difficile conseguire il bene della semplicità delle leggi in una società perfezionata, poiché man mano che le relazioni sociali divengono più numerose e delicate, le leggi, che le regolano, divengono necessariamente più complicate. Tuttavia, il legislatore deve cercare, seppure di fronte a questa realtà, di mantenere

un'affermazione che pare assolutamente calata nell'attualità, che "lo Stato come *machine a faire lois* non si contenta di mutare le leggi, di sostituire cioè le vecchie con le nuove", ma "aggiunge invece di continuo leggi nuove a leggi vecchie"¹³⁷. In questo contesto, peraltro, il legislatore, nell'impossibilità di regolare qualunque aspetto, è pervenuto ad una normativa frammentata, articolata in una pluralità di disposizioni, spesso lacunose ed ambigue, ritenute una minaccia di fatto alla certezza del diritto¹³⁸.

È quindi evidente che è con tale normativa che l'interprete deve confrontarsi per delimitare il perimetro dei poteri datoriali. Le clausole generali, infatti, sono connotate in maniera peculiare da una indeterminatezza semantica per la quale la loro applicazione richiede un'opera di integrazione valutativa da parte del giudice, al quale viene assegnato un potere di concretizzazione, ossia una delega a determinare, almeno in parte, la fattispecie normativa¹³⁹.

Il perimetro, pertanto, non è rigido e predeterminato, bensì risulta suscettibile di flessione in ragione del giudizio di valore effettuato dal giudice. L'integrazione valutativa richiesta dalle clausole generali, di cui si tratterà più approfonditamente nel prossimo capitolo, si sostanzia quindi in un giudizio di valore che, secondo taluni, può comportare l'utilizzazione di parametri anche esterni al diritto, consistenti ad esempio in prescrizioni etiche o scientifiche, per loro natura divergenti da quelle proprie dell'ordinamento giuridico. Secondo altra parte del dottrina, invece, l'integrazione valutativa può operare unicamente con il rinvio a criteri interni al diritto e, pertanto, si sostanzierebbe nella normale attività interpretativa che impone però all'organo giudiziario il difficile compito di individuare i parametri valutativi. Tale secondo orientamento, pur avendo l'indiscutibile vantaggio di privilegiare la certezza del diritto, rischia di impedire all'attività ermeneutica di tenere in considerazione una serie di circostanze.

Vi è quindi da porsi la questione se il Giudice, dinanzi a clausole generali quali il giustificato motivo oggettivo o le ragioni di carattere tecnico, organizzativo o

fede all'esigenza della semplicità, placando il suo originario impeto razionale che lo porta ad avvicinarsi al complicato ed al tortuoso.

¹³⁷ LOPEZ DE ONATE, *op. cit.*, p. 69.

¹³⁸ LOPEZ DE ONATE, *op. cit.*, p. 67.

¹³⁹ VIDIRI, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali*, in *Rass. Giur. Lav. nel Veneto*, 2014, 1, p. 75.

produttivo che rendono legittimo il trasferimento del lavoratore, possa estendere il proprio sindacato al punto da valutare l'opportunità e la proporzionalità del provvedimento nel contesto di eventuali altre misure potenzialmente applicabili, oppure se lo stesso debba limitarsi a valutare la sussistenza del presupposto. Pertanto, in linea con il già citato art. 30 comma 1 del Collegato Lavoro, il sindacato giudiziale potrebbe essere esclusivamente ricognitivo dell'esistenza del presupposto e non certo di tipo valutativo.

Di diverso avviso la dottrina che, potrando la teoria dei limiti interni alla sua massima estensione, ritiene che, dinanzi ad una clausola generale, lo scrutinio del giudice, grazie alle clausole di correttezza e buona fede, potrebbe estendersi al punto da sottoporre ogni atto di esercizio del potere ad un triplice controllo. Il giudice, in questo senso, dinanzi all'esercizio del potere ad opera del datore di lavoro, potrebbe compiere un controllo di idoneità, un controllo di necessità ed un controllo di proporzionalità¹⁴⁰.

Il controllo di adeguatezza (o di idoneità) mira a verificare la sussistenza del nesso di causalità tra le scelte datoriali ed il fine cui le stesse sono preordinate. Si tratta di un controllo di legittimità sulla coerenza tecnico-organizzativa degli atti in cui si esplica il potere datoriale.

Il controllo di adeguatezza consiste quindi nel verificare se la scelta del datore di lavoro (ad esempio il licenziamento per ragione economica del lavoratore piuttosto che il trasferimento d'azienda), sia effettivamente coerente, dal punto di vista del nesso di causalità, con il fine che il datore di lavoro si è prefissato (ad esempio la riduzione dei costi).

Il controllo di necessità fa riferimento alle reali esigenze che giustificano l'atto datoriale. In tal senso, l'atto datoriale deve presentare i caratteri della indispensabilità ed infungibilità rispetto al fine perseguito. L'atto deve essere vagliato alla luce della razionalità dell'atto e richiede, pertanto, prendendo ad esempio il licenziamento per motivo economico, una seria ragione di utile gestione dell'impresa o un'effettiva necessità di riduzione dei costi.

¹⁴⁰ PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, p. 28 ss..

Sembra ricondursi al principio di necessità la giurisprudenza che ritiene il licenziamento debba costituire un' *extrema ratio*.

Il controllo di proporzionalità, infine, richiede la ponderazione di beni, valori ed interessi coinvolti nella scena legislativa e consiste nel verificare se il medesimo risultato pratico potesse essere conseguito sacrificando in misura minore gli altri interessi soggettivi. Il datore di lavoro, in altre parole, sarebbe tenuto ad utilizzare il mezzo più mite per raggiungere lo scopo desiderato ed il giudice dovrebbe quindi bilanciare i costi che l'attuazione dell'atto di gestione del personale comporta "in termini di riduzione degli spazi di libertà individuale ad i benefici organizzativi che essa realizza"¹⁴¹. Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, il principio di proporzionalità costituisce un criterio ampiamente applicato in diverse realtà europee¹⁴².

Nel nostro paese, accanto ad una serie di pronunce giurisprudenziali che sembrano riconoscere l'esistenza di limiti intrinseci ai poteri datoriali, nonché l'applicabilità del principio di proporzionalità, un riconoscimento normativo dello stesso si è avuto grazie al d.lgs. n. 216 del 2003, che ha recepito la Direttiva 2000/78/CE, laddove l'art. 3 co. 6 prevede che "nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza", nell'ambito dei rapporti di lavoro o nell'esercizio dell'attività di impresa, un atto che presenta effetti discriminatori indiretti non è illegittimo se la differenziazione di trattamento "sia giustificata oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari". Il co. 3 del medesimo articolo legittima invece la differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata ad uno qualunque dei motivi di discriminazione vietati "qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene

¹⁴¹ PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, p. 28.

¹⁴² Nell'ordinamento inglese, l'incorporazione della CEDU attuata dall'Human Rights del 1998 consente l'attivazione in via giurisprudenziale del principio di proporzionalità con effetto orizzontale, il quale ha avuto significative applicazioni anche nell'ambito del diritto del lavoro. Nell'ordinamento francese, invece, il principio di proporzionalità ha trovato una consacrazione dapprima settoriale e poi generalizzata ex art. 120-2 del Code du Travail, in forza del quale "nessuno può apporre ai diritti della persona individuali e collettivi restrizioni che non siano giustificate dalla natura delle mansioni da svolgere e che non siano proporzionate al fine ricercato".

espletata si tratta di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima”.

Pertanto, la scelta adottata dal datore di lavoro è coerente, e quindi legittima, solo se l'effetto restrittivo sulla sfera di libertà del lavoratore è giustificata. La proporzionalità costituisce così un criterio giuridico di ponderazione degli interessi e di riequilibrio di posizioni soggettive di lavoratore e datore di lavoro.

In tema di assunzioni o promozioni di candidati/dipendenti, il potere direttivo rispetto all'individuazione ed all'applicazione dei criteri selettivi è connotato da ampia discrezionalità. La giurisprudenza è concorde nel ritenere il diritto soggettivo dei candidati a che la procedura si svolga secondo un criterio di correttezza e buona fede *ex artt. 1175 e 1375 Cod. Civ.*. L'applicazione delle clausole generali ha consentito di ampliare gli obblighi in capo al datore di lavoro, il quale, oltre a dover osservare i criteri prestabiliti, senza perseguire intenti discriminatori o tali da ledere la dignità del lavoratore, deve adottare criteri di scelta oggettivi (es. anzianità, titolo di studio...) secondo un giudizio coerente e non contraddittorio. Inoltre, l'applicazione delle clausole generali comporta un obbligo positivo di informazione del dipendente rispetto a circostanze che mettano in discussione i suoi diritti.

La giurisprudenza che ha consolidato l'obbligo di *repêchage*, ossia la giurisprudenza che censura il comportamento del datore di lavoro che avrebbe potuto, nel rispetto dell'assetto organizzativo più conveniente all'impresa, adibire il lavoratore ad una diversa attività, compatibile con la residua capacità lavorativa, sembra effettuare proprio un giudizio di proporzionalità. La misura del licenziamento, infatti, in questo caso sarebbe illegittima in quanto lederebbe in misura sproporzionata un bene dotato di protezione giuridica.

Altro esempio di applicazione del giudizio di proporzionalità si ha nell'ambito del trasferimento d'azienda. In tal caso, la preferenza da attribuire ad un lavoratore piuttosto che ad un altro dovrà determinarsi nel rispetto del limite esterno della non discriminazione, “ma anche secondo criteri di ragionevolezza e correttezza, alla stregua delle clausole generali di cui agli articoli 1175 e 1375 del Codice Civile, attribuendosi rilevanza alle diverse situazioni soggettive che possono

rendere il provvedimento datoriale più gravoso per alcuni lavoratori rispetto ad altri”¹⁴³.

Orbene, dall’analisi circa l’applicazione delle clausole generali di correttezza e buona fede, così come delle clausole generali *latu senso* che permeano il diritto del lavoro, sarà possibile comprendere in che modo si sviluppa il ragionamento dell’organo giudiziario.

3. L’abuso del diritto.

Nonostante i precedenti giurisprudenziali sopra richiamati vadano nella direzione del riconoscimento del ruolo delle clausole generali quali limiti ai poteri datoriali, sarebbe un errore ritenere definitivamente sdoganato tale orientamento. Infatti, ad oggi, solo un’esigua parte della giurisprudenza del lavoro, complice il retaggio secondo cui le clausole generali sarebbero uno strumento capace di mettere in pericolo la certezza del diritto, ha dato applicazione alle clausole generali di buona fede e correttezza.

Nel corso dell’ultimo decennio, la giurisprudenza civilistica ha dimostrato di voler dare nuova linfa alle clausole generali di correttezza e buona fede ed ha valorizzato, in particolare, la figura dell’abuso di diritto¹⁴⁴. Ciò ha prodotto l’indiscutibile risultato di dare nuovo impulso al dibattito che ruota attorno alle clausole generali, dal quale non può rimanere assolutamente estraneo il diritto del lavoro.

Partendo tuttavia da una prospettiva ancora strettamente civilistica, si evidenzia come, a differenza di quanto accade per le clausole generali di buona fede e correttezza, l’abuso del diritto non è rientrato nel progetto definitivo del codice civile. L’abuso del diritto, infatti, non solo è stato considerato, almeno fino agli anni ’30, come un concetto di carattere etico-morale privo di conseguenze

¹⁴³ Cass. 18 ottobre 1996, n. 9086, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, p. 204.

¹⁴⁴ L’abuso del diritto e l’eccesso di diritto costituiscono figure diverse. Mentre nell’abuso del diritto il soggetto non viola limiti imposti dalla legge, bensì utilizza gli strumenti messi a disposizione dall’ordinamento per scopi diversi da quelli previsti, nell’ipotesi di eccesso di diritto il soggetto viola limiti esterni realizzando fattispecie illegittime.

giuridiche, ma era consolidata la convinzione che lo stesso avrebbe comportato un'eccessiva discrezionalità in capo ai giudici. Esaminando il dato prettamente normativo, il codice civile italiano è privo di una norma che sanzioni l'abuso del diritto, ad eccezione dell'art. 833 del Codice Civile, relativo al divieto di atti emulativi, intesi come atti che hanno il solo fine di molestare l'altrui diritto senza produrre alcun vantaggio. Alla luce dell'art. 833 del Codice Civile si sono sviluppati due orientamenti, riassumibili sostanzialmente nella separazione tra coloro che ritenevano si trattasse di norma speciale priva di qualsivoglia portata generale e coloro che, diversamente, ritenevano si trattasse di una norma idonea a generare, in via interpretativa, un principio generale di abuso di diritto.

Con l'espressione "abuso di diritto" si intende riferirsi, in particolare, al comportamento del soggetto che esercita i diritti attribuiti dalla legge o da un contratto per uno scopo diverso da quello per cui gli sono stati attribuiti.

La figura dell'abuso del diritto si configura pertanto laddove, dinanzi alla titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto ed alla possibilità di plurime modalità di esercizio dello stesso non predeterminate, il soggetto titolare eserciti lo stesso secondo modalità censurabili, pur nel rispetto formale della cornice attributiva di quel diritto. Le concrete modalità di esercizio comportano, in concreto, una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. Non è invece elemento costitutivo dell'abuso il dolo o la specifica volontà di nuocere¹⁴⁵.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito, in occasione del celebre "caso Renault", che ha suscitato amplissimo dibattito negli ultimi anni, che si configura abuso di diritto allorquando "il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori

¹⁴⁵ Il codice civile italiano è privo di una norma che sanzioni l'abuso del diritto, ad eccezione dell'art. 833 c.c., relativo al divieto di atti emulativi, intesi come atti che hanno il solo fine di molestare l'altrui diritto senza produrre alcun vantaggio. Alla luce dell'art. 833 del Codice Civile si sono sviluppati due orientamenti, riassumibili sostanzialmente nella separazione tra coloro che ritenevano si trattasse di norma speciale priva di qualsivoglia portata generale e coloro che, diversamente, ritenevano si trattasse di una norma idonea a generare, in via interpretativa, un principio generale di abuso di diritto.

rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso”¹⁴⁶.

Riepilogando succintamente la vicenda, con la sentenza sopra citata la giurisprudenza di legittimità ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto insindacabile la decisione del concedente di recedere ad nutum dal contratto di concessione di vendita, sul presupposto che tale diritto gli era espressamente riconosciuto dal contratto. Nel caso di specie, la questione verteva sulla sindacabilità delle ragioni con cui sarebbe stato in concreto esercitato il diritto di recesso *ad nutum*, pur contrattualmente previsto dall'istituto in esame, ossia il contratto di concessione di vendita di autovetture.

Valorizzando le clausole di correttezza e buona fede, il giudicante dà continuità al moderno indirizzo secondo cui il principio di correttezza e buona fede deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione, il quale, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*.

La sentenza oggetto di indagine precisa inoltre che “l'atto di autonomia privata, anche nel caso in cui consista in un recesso *"ad nutum"*, è sempre soggetto al controllo giurisdizionale. Il giudice, nel controllare e interpretare l'atto di autonomia privata, deve operare e interpretare l'atto anche in funzione del contemperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali attraverso un giudizio, di natura giuridica e non politica, di ragionevolezza in ambito

¹⁴⁶ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009.

contrattuale. Il giudice di merito deve, allora, valutare in termini di conflittualità se il recesso "ad nutum" previsto dalle condizioni contrattuali sia stato attuato con modalità (buona fede) e per perseguire fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti (abuso del diritto). L'indicato giudizio deve essere più ampio e rigoroso là dove vi sia una provata disparità di forze fra i contraenti"¹⁴⁷.

Si verifica, quindi, una scissione tra il dato formale (per cui il comportamento è consentito dalla legge) ed il dato funzionale (per cui le finalità del soggetto entrano in conflitto con il fine principe, che, solo, giustifica la creazione del diritto, e con essa, la meritevolezza della sua tutela da parte del ordinamento). Ed è ancora la stessa giurisprudenza di legittimità a valorizzare il principio di proporzionalità, già oggetto di ampio sindacato in seno alle Corti sovranazionali, affermando l'abusività dell'esercizio "ad libitum", e cioè senza proporzionalità dei mezzi usati rispetto agli interessi contrapposti, che si esprima nella procedimentalizzazione attraverso trattative o riconoscimento di indennità al concessionario, del diritto di recesso "ad nutum" dal contratto di concessione di vendita"¹⁴⁸.

La questione affrontata dalla giurisprudenza di legittimità assume fondamentale importanza allorché si imbatte nel problema della sindacabilità di un atto dell'autonomia privata, laddove lo stesso, pur non essendo contrario ad una specifica norma di legge, si atteggi concretamente in termini di abusività. Secondo la Corte il presupposto dell'esistenza di un potere in capo ad un soggetto, si pensi al caso del datore di lavoro, non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio laddove, in una determinata situazione, vi sia una sproporzione tra contrapposti interessi. Grazie al principio della buona fede sarebbe quindi possibile ricondurre il rapporto giuridico entro margini di proporzionalità¹⁴⁹,

¹⁴⁷ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009.

¹⁴⁸ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009.

¹⁴⁹ MACARIO, *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*, in AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 56, secondo cui "l'impressione è allora che la Cassazione intenda cogliere lo spunto offerto dalla vicenda in esame, il cui esame nel merito le sarebbe stato precluso, per ribadire e valorizzare una tendenza giurisprudenziale dei nostri giorni, esprimibile nell'ammissibilità del controllo giudiziale sugli atti di autonomia privata che transitano senza ipocrisie e falsi pudori attraverso le norme generali sulla buona fede nell'esecuzione del contratto e nell'adempimento delle obbligazioni". Il nesso tra gli inderogabili doveri di solidarietà sociale e le clausole di correttezza e buona fede consente infatti

spostandosi quindi dal piano della legittimità formale dell'atto a quello degli interessi sottostanti al rapporto.

Dinanzi ad un uso sempre più convinto, da parte della giurisprudenza, della figura dell'abuso del diritto, si è sviluppato un acceso dibattito dottrinale circa l'applicabilità della clausola generale di correttezza e buona fede non tanto sul piano dei rapporti tra le parti, quanto piuttosto sul piano del complessivo assetto degli interessi sottostanti al singolo rapporto obbligatorio. In altri termini, *nulla questio* circa l'assegnazione alla clausola di correttezza e buona fede di un ruolo di valutazione del concreto comportamento delle parti (ossia del ruolo di limite estrinseco); il contrasto dottrinale sorge laddove alla predetta clausola venga assegnato un ruolo di produzione di nuove e diverse obbligazioni in capo alle stesse parti del rapporto.

In altre parole, se le clausole di buona fede e correttezza tendono a sovrapporsi all'abuso del diritto nell'argomentazione giurisprudenziale, come evidentemente sottolineato dalla Cassazione nel caso Renault, detta sovrapposizione non è così pacifica negli scritti della dottrina.

Secondo taluni il criterio della buona fede è un principio generale di diritto, come tale suscettibile di applicazione universale¹⁵⁰. La clausola generale è quindi correttamente posta dalla giurisprudenza a fondamento dell'abuso del diritto, il quale si configura laddove un diritto venga esercitato per conseguire obiettivi diversi rispetto a quelli per il cui conseguimento il diritto è riconosciuto¹⁵¹. Inoltre, il principio secondo cui non si può legittimamente ledere un diritto altrui, nemmeno se lo si leda nell'esercizio di un proprio diritto, trova ora il proprio fondamento non più meramente nella clausola generale di buona fede, ma anche

alla Corte di affermare che “*disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato*” e che “*la buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione*”.

¹⁵⁰ GALGANO, *Qui suo iure neminem laedit?*, in *Contr. e impresa*, 2011, p. 318. L'Autore, in qualità di difensore dei ricorrenti nella vicenda che ha dato origine alla sentenza della Cass. Del 18 settembre 2009, n. 21106, più volte citata, sottolinea che il criterio della buona fede è principio generale del diritto.

¹⁵¹ Nel caso di specie, il diritto di recesso dal contratto di concessione di vendita sarebbe stato esercitato per conseguire un obiettivo del tutto estraneo alla causa del contratto, ossia, in altri termini, non sarebbe stato esercitato per la ristrutturazione della rete di distribuzione, bensì per la riduzione a costo zero del personale dirigente interno.

in una più specifica clausola generale, formulata dalla Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, poi recepita nel Trattato di Lisbona del 1° dicembre 2009. A mente dell'art. 54 della Carta di Nizza, rubricato "divieto dell'abuso del diritto", "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta". I diritti e le libertà previste dalla Carta sono le più vaste e comprendono, tra le altre, il diritto di proprietà, la libertà di impresa, la libertà professionale ed il diritto di lavorare.

Autorevole dottrina ha sottolineato che "la differenza tra recesso *ad nutum* e recesso per giusta causa non sta nel fatto il primo può essere arbitrario, capriccioso, inopinato, mentre il secondo deve essere ragionevolmente motivato. La differenza è di ordine processuale: sul recedente per giusta causa incombe l'onere di provare le ragioni del recesso; quando invece il recesso è *ad nutum* incombe sull'altro contraente, che impugna l'atto di recesso, l'onere di provare che esso è arbitrario, determinato da ragioni estranee alla causa della concessione di vendita e riconducibili a tutt'altri interessi del concedente"¹⁵². Considerato che il diritto del lavoro nasce e si colloca nell'alveo del diritto privato, pare inoltre interessante calare tali sviluppi giurisprudenziali in ambito giuslavoristico, tanto più per il fatto che il diritto del lavoro nasce e si afferma proprio allo scopo di riequilibrare strutturalmente la sostanziale disparità tra le parti del rapporto.

Proprio rimanendo in tema di potere di recesso *ad nutum*, pensiamo al licenziamento intimato al lavoratore durante il periodo di prova. Se è vero che il datore di lavoro ha il diritto di licenziare il lavoratore durante l'espletamento del periodo di prova, detta discrezionalità non è assoluta: "il datore di lavoro, insoddisfatto dell'esito della "sperimentazione", deve provare la sussistenza di un motivo idoneo al recesso, quale l'inidoneità del lavoratore in prova a svolgere le mansioni assegnategli, o l'adozione di un comportamento contrario alle regole di

¹⁵² GALGANO, *op. cit.*, p. 317.

correttezza professionale”¹⁵³. Ed ancora, la giurisprudenza è concorde nell’affermare che il periodo di prova “è caratterizzato dal potere di recesso del datore di lavoro, la cui discrezionalità si esplica senza obbligo di fornire al lavoratore alcuna motivazione, neppure in caso di contestazione, sulla valutazione delle capacità e del comportamento professionale del lavoratore stesso. Detta discrezionalità, peraltro, non è assoluta e deve essere coerente con la causa del patto di prova (...)”¹⁵⁴.

La giurisprudenza ha anche affrontato il tema della legittimità di un licenziamento in prova non motivato, in concreto, da una negativa performance del dipendente, ma da sostanziali ragioni di carattere organizzativo ed economico che avrebbero potuto configurare, in astratto, un giustificato motivo oggettivo. In tali ipotesi, la giurisprudenza ha concluso per l’illegittimità del recesso per mancato superamento della prova. Il datore di lavoro, in questo caso, violerebbe i principi di correttezza e buona fede posti dagli articoli 1175 e 1375 del Codice Civile che devono presiedere all’esecuzione del contratto e che, come sottolineato dalla giurisprudenza, assumono rilevanza non solo sotto il profilo del comportamento dovuto in relazione a specifici obblighi di prestazione, ma anche sotto il profilo delle modalità di generico comportamento delle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritti e obblighi.

La giurisprudenza, in particolare, ha affermato che il principio di correttezza e buona fede “si esplica nell’imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge” ed inoltre “oltre a costituire uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni, forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all’altra, ma anche

¹⁵³ Trib. Modena 7 novembre 2006, n. 265, in *Il merito*, 2007, 4, p. 42..

¹⁵⁴ Cass. 17 novembre 2010, n. 23224, in *Il civilista*, 2011, 1, p.16; nello stesso senso, Cass. 17 febbraio 2003, n. 2357, con nota RUSSO, in *Dir. Lav.*, 2003, II, p. 182; Cass. 17 gennaio 1998, n. 402, con nota POSO, *Verso il recesso causale nel rapporto di lavoro in prova?*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, p. 1653; Cass. 12 marzo 1999, n. 2228, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, 4, 2, p. 80.

qualora il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza”¹⁵⁵.

Nell’ambito del diritto del lavoro, l’abuso del diritto è stato richiamato più volte in tema di *mobbing*, laddove la clausola generale di buona fede è stata valorizzata dalla giurisprudenza al fine di offrire un fondamento normativo alla responsabilità civile in capo al datore di lavoro.

Il *mobbing*¹⁵⁶ è un istituto di matrice giurisprudenziale che si può estrinsecare in una pluralità di condotte che possono essere o meno lesive di una specifica disposizione normativa. Ad esempio, la giurisprudenza ha riconosciuto come mobbizzanti comportamenti ostili e persecutori come reiterate scenate, insulti, ovvero l’emarginazione fisica del lavoratore.

Inoltre, la giurisprudenza ritiene che il mobbing possa configurarsi anche in assenza di violazione di specifiche disposizioni normative, previste da fonte legale o contrattuale, essendo sufficiente la violazione del generale obbligo di salvaguardia che incombe sul datore di lavoro in forza delle clausole di correttezza e buona fede¹⁵⁷. Ciò comporta che potrebbe configurarsi una responsabilità per mobbing anche laddove le scelte compiute, ossia i singoli comportamenti datoriali adottati, non violino alcun disposto normativo, ma gli stessi, globalmente considerati, siano finalizzati a vessare e/o perseguire il lavoratore. In tal senso, “(...) il mobbing si sostanzia in una condotta, del datore di lavoro o del superiore gerarchico, complessa, continuata e protratta nel tempo nei confronti del dipendente, che si manifesta con comportamenti intenzionalmente ostili, reiterati e sistematici, esorbitanti o incongrui rispetto all’ordinaria gestione

¹⁵⁵ Cass. 13 maggio 2004, n. 9141, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 5.

¹⁵⁶ Il termine “mobbing” deriva dal verbo inglese “*to mob*”, che può essere tradotto con “fare ressa, affollarsi intorno a, assalire in massa o in modo tumultuoso, accerchiare, circondare, assediare, attaccare”. Per una disamina dell’istituto, *ex multis* MAZZAMUTO, *Un’introduzione al mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, in Tosi (a cura di), *Il mobbing*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 3 ss.; TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro*, in *Riv. It. dir. lav.*, 2000, p. 263 ss.. Per la giurisprudenza, Cass. 4 aprile 2016, n. 6495, in *Dir. Giust.*, 2016; Cass. 8 gennaio 2016, n. 158, in *Guida al diritto*, 2016, 7, p. 56; Cass. 23 novembre 2011, n. 24718, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, I, p. 183; Cass. 6 marzo 2006, n. 4774, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 3.

¹⁵⁷ Cass. 2 maggio 2000, n. 5491, in *Lav. Giur.* 2000, p. 830; Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, con nota DE FAZIO, *Appunti sul risarcimento del danno da superlavoro*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, p. 327; Cass. 25 maggio 2006, n. 12445, con nota DI MARZIO, *Il danno morale? Non è mai in re ipsa – Sussistenza da verificare caso per caso*, in *Dir. Giust.*, 2006, 26, 34; Tribunale di Forlì 15 marzo 2001, con nota FODALE, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, II, p. 103.

del rapporto, espressivi di un disegno in realtà finalizzato alla persecuzione o alla vessazione del medesimo dipendente, tale da provocare un effetto lesivo della sua salute psicofisica; di conseguenza, ai fini della configurabilità della condotta lesiva di mobbing, risulta necessaria la presenza di una molteplicità e globalità di comportamenti a carattere persecutorio illeciti o anche di per sé leciti, posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente secondo un disegno vessatorio (...)»¹⁵⁸.

Una particolare attenzione merita il fenomeno del cosiddetto “bossing” (o mobbing verticale), ovvero il caso in cui il comportamento lesivo sia perpetrato direttamente dal datore di lavoro, che, quindi, risponderà nei confronti dei propri dipendenti, a detta dell’orientamento prevalente, a titolo di responsabilità contrattuale ex art. 1218 del Codice Civile¹⁵⁹. La condotta datoriale potrà quindi estrinsecarsi nell’esercizio di poteri datoriali apparentemente corretti ma sostanzialmente abusivi, ossia in atti che singolarmente considerati non assumono alcun disvalore ed anzi paiono assolutamente legittimi ma che, valutati nel loro complesso, costituiscono una violazione di diritti riconosciuti al lavoratore sul piano costituzionale, quali il diritto alla salute e il diritto alla dignità umana.

La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie hanno ritenuto che il fondamento del mobbing risieda nell’art. 2087 del Codice Civile, a mente del quale il datore di lavoro, titolare di un obbligo di protezione nei confronti dei lavoratori, deve tutelare l’integrità fisica e la personalità morale degli stessi¹⁶⁰. L’art. 2087 del Codice Civile rappresenta a propria volta applicazione delle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 del Codice Civile; infatti, esaminando il disposto dell’art. 2087 del Codice Civile, la dottrina ha messo in evidenza il suo carattere di clausola generale, suscettibile di essere integrata in

¹⁵⁸ T.A.R. Potenza (Basilicata), 16 settembre 2016, n. 895, in *Redaz. Giuffrè Amm.*, 2016.

¹⁵⁹ Ex multis, per la giurisprudenza, Cass. 20 novembre 1990, n. 11206, in *Giust. Civ. Mass.*, 1990, 11; Cass. 22 gennaio 1991, n. 543, in *Giust. Civ. Mass.*, 1991, 1. Per la dottrina, NUNIN, “Bossing”: responsabilità contrattuale e valorizzazione della clausola di buona fede, in *Lav. giur.*, 2005, 1, p. 53 e ss..

¹⁶⁰ In tal senso, per la giurisprudenza, ex multis, Cass. 25 maggio 2006, n. 12445, con nota DI MARZIO, *Il danno morale? Non è mai in re ipsa – Sussistenza da verificare caso per caso*, in *Dir. Giust.*, 2006, 26, 34; Cass. 6 marzo 2006, n. 4774, in *Giust. Civ.*, 2006, 10, I, p. 2038; Cass. 9 settembre 2008, n. 22858, in *Dir. Giust. Online*, 2008.

ragione delle circostanze concrete alla luce della clausola generale di buona fede¹⁶¹.

Concretamente, come correttamente sostenuto dalla Suprema Corte, nell'ipotesi di mobbing, non è il singolo potere datoriale a doversi ritenere illegittimo, bensì “sono le modalità con cui (...) scelte imprenditoriali pienamente legittime sono state perseguite ad essere contrarie ad ogni principio di correttezza e buona fede contrattuale”¹⁶².

In altri termini, il datore di lavoro, titolare del diritto soggettivo, esercita un potere legittimo, ma con finalità diversa rispetto a quella per cui il potere stesso è conferito, ossia al fine di vessare, intimidire, danneggiare il lavoratore. Ne deriva che la causa concreta dell'atto posto in essere dal datore di lavoro risulta difforme rispetto alla causa astratta tipica per cui il diritto è riconosciuto, ossia la realizzazione dell'interesse tecnico-organizzativo del datore di lavoro¹⁶³.

A titolo di esempio si pensi alla giurisprudenza che ha ritenuto illegittima la condotta persecutoria del datore di lavoro che richieda ripetutamente all'INPS di compiere visite mediche di controllo¹⁶⁴. In tal caso il datore di lavoro viene ritenuto responsabile per un comportamento che, seppur apparentemente legittimo, integra gli estremi del mobbing, in quanto posto in essere da un datore di lavoro pienamente consapevole delle condizioni di salute del lavoratore (il cui stato era già stato attestato dal medico curante nonché confermato dai controlli precedenti), al mero scopo di vessare, intimidire e danneggiare emotivamente lo stesso, ossia di porlo in una condizione di soggezione dinanzi al datore di lavoro. In questo caso viene alterato lo schema formale del diritto, in quanto il fine concretamente perseguito dal datore di lavoro si discosta dalla causa astratta tipica.

¹⁶¹ NUNIN, “*Bossing*”: *responsabilità contrattuale e valorizzazione della clausola di buona fede*, in *Lav. nella giur.*, 2005, 1, pag. 53 e segg.. Per la giurisprudenza, Cass. 11 aprile 2013, n. 8855, in *Dir. Giust.*, 2013.

¹⁶² Corte Appello Torino 21 aprile 2004, con nota NUNIN, in *Lav. Giur.*, 2005, p. 49.

¹⁶³ FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 480.

¹⁶⁴ Cass. 19 gennaio 1999, n. 475, con nota RONDÒ, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 3, p. 270; Pret. Lecce 29 luglio 1995, n. 2554.

Pertanto, se nel diritto privato è inequivocabile che l'abuso del diritto rappresenti un limite all'esercizio di posizioni giuridiche attive, in quando l'atto concretamente posto in essere deve potersi ricodurre alla sua causa astratta, non vi è ragione per non ritenere che, nell'ambito del diritto del lavoro, l'abuso del diritto funga da limite all'esercizio dei poteri datoriali. Ne consegue che, ogni qual volta il potere datoriale, seppur riconosciuto dall'ordinamento, si estrinsechi in atti che concretamente si discostano dalla causa tipica per cui il potere è attribuito, ossia l'esercizio di ragioni tecnico-organizzative, si configurerebbe abuso del diritto.

Capitolo III

I LIMITI AI POTERI DATORIALI NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO FRANCESE

SOMMARIO: 1. La presenza di *standards* nei testi legislativi francesi. - 2. I limiti ai poteri datoriali ed il controllo di proporzionalità. I diritti fondamentali. - 3. Il controllo del Giudice del lavoro nell'ordinamento giuridico francese. *L'employeur seul juge?* Il controllo del Giudice sul licenziamento economico. *La cause réelle et sérieuse.* - 4. Il controllo del Giudice francese sulla *clause de mobilité* ed il diritto alla *vie personnelle*.

1. La presenza di *standards* nei testi legislativi francesi.

L'ordinamento giuridico francese, così come quello italiano, vede l'introduzione all'interno dei testi normativi di espressioni che presentano una grande capacità di adattamento al contesto di riferimento, denominati *standards*. Si tratta di un'espressione non prevista dal legislatore, bensì di matrice dottrinale, all'interno della quale vengono inclusi concetti estremamente rilevanti per la disciplina giuslavoristica francese, tra i quali, a mero titolo di esempio, la *bonne foi*, il *raisonnable*, il *juste motif*, la *cause réelle et sérieuse*, l'*insuffisance professionnelle*...

In linea generale, gli *standards* si contrappongono a quelle espressioni analitiche e maggiormente legate ad un principio di certezza del diritto, denominate dalla dottrina francese *listes*¹⁶⁵. Tra le definizioni di *standard* maggiormente convincenti vi è quella di Stephen Rials, secondo cui si tratterebbe di “*une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. (...) Le standard vise à permettre la mesure*

¹⁶⁵ “*La règle de droit est l'élément de stabilité du droit alors que le standard sope et changeant en est l'élément de mobilité*”.

de comportements et de situations en termes de normalité”¹⁶⁶. Lo *standard* giuridico, quindi, è intrinsecamente indeterminato e non definibile a priori, rappresentando un “*instrument par lequel un certain système renvoie à un autre système*”. Si tratterebbe, in questo senso, di una tecnica di rinvio ad un differente sistema, costituito, secondo autorevole dottrina, dai valori costitutivi dell’ordinamento¹⁶⁷. In altri termini, lo *standard* in sè è un’espressione vuota ed acquista significato solamente mediante l’opera dell’interprete.

La scelta di adottare una tecnica legislativa fondata su *standards* piuttosto che una fondata esclusivamente su espressioni analitiche predeterminate, è di natura essenzialmente politica, influenzando peraltro sul tema della separazione dei poteri dello stato e sulla ripartizione delle competenze. In altri termini, l’utilizzo di *standards* all’interno di un determinato contesto piuttosto che di espressioni analitiche, comporta una più intensa attività interpretativa da parte del potere giudiziario, non richiesta laddove lo stesso si trovi meramente ad applicare una determinata regola analitica ad una fattispecie concreta.

Il ricorso a *standards* è quindi la prova che al di là dell’interpretazione giuridica della regola legale, quest’ultima non sempre è in grado di offrire una completa regolamentazione di tutte le fattispecie che si presentano in un contesto sociale ed economico sempre più complesso ed in continua evoluzione. Proprio per questo, è lo stesso potere legislativo a richiedere, seppur implicitamente, l’intervento complementare del potere giudiziario, al quale viene attribuito il compito di giudicare il caso concreto attraverso l’utilizzo di espressioni che non richiedono una mera applicazione, bensì una vera e propria attività di valutazione. Infatti, “*le sens de ces notions se dessine au gré des arrêts, au gré de leur confrontation avec le réel, sans que le regard du juge sur cette factualité paraisse fortement “prédéterminé”*”¹⁶⁸.

La Francia, pur non evitando il ricorso agli *standards*, come si avrà modo di approfondire, propone un sistema ibrido, in cui tali espressioni indeterminate

¹⁶⁶ RIALS, “*Le juge administratif et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l’idée de normalité*”, Préf. Weil, in LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1980, n. 93, p. 120.

¹⁶⁷ LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, in *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2004, p. 279.

¹⁶⁸ SACHS, “*La raison économique en droit du travail*”, LGDJ, 2013, pag.42.

convivono con una serie di enunciazioni di carattere strettamente analitico, volte a compensare il margine di incertezza che inevitabilmente viene a generarsi. A titolo meramente esemplificativo, si pensi ad uno degli *standards* più noti, ossia la *cause réelle et sérieuse* alla base del licenziamento, su cui si ritornerà ampiamente nel prosieguo. Tale *standard* compare all'art. L1232-1 del Code du Travail, in materia di licenziamento per motivi personali, laddove è previsto che “*tout licenciement pour motif personnel est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre. Il est justifié par une cause réelle et sérieuse*”, nonché all'art. L1233-2 del Code du Travail, in materia di licenziamento per motivo economico, laddove l'art. L1232-1 è riprodotto specularmente. Il termine in sé fa riferimento ad una pluralità di fattispecie non individuate analiticamente, pertanto la norma, per trovare soddisfacimento e non rimanere una formula priva di contenuto, richiede l'attività dell'interprete. Proprio con riferimento a tale esempio si può evidenziare la coesistenza, all'interno del sistema, di espressioni indeterminate e di altre dal contenuto strettamente analitico: infatti, se è vero che la disciplina sui licenziamenti è focalizzata attorno alla *cause réelle et sérieuse*, altrettanto vero è che la norma enuncia una serie di casi, non esaustivi, in cui il motivo economico deve ritenersi valido¹⁶⁹.

Tra gli *standards*, ruolo di primo piano, se non altro nel contesto civilistico, è rivestito dalla *bonne foi*¹⁷⁰. È infatti la stessa disciplina civilistica a contenere, all'art. L1134 del Code Civil, il dovere di eseguire le obbligazioni previste dal contratto in buona fede (“*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement*”).

¹⁶⁹ Come si chiarirà nel prosieguo, il licenziamento per motivi economici, disciplinato dall'art. L1233-3 del Code du Travail, si fonda su tre presupposti. Innanzitutto, il licenziamento non deve trovare il proprio fondamento o la propria giustificazione nella persona del lavoratore. In secondo luogo, il motivo economico suppone l'esistenza di una causa materiale, tra cui la norma stessa annovera la soppressione del posto di lavoro, la modificazione del contratto o, ancora, la trasformazione dell'impiego. Da ultimo, è necessario che la causa materiale sia conseguenza, “notamment” (ossia “specialmente”), di difficoltà economiche o mutazioni tecnologiche, ossia di una causa giustificativa ritenuta valida. È pertanto lo stesso testo legislativo ad enunciare alcune cause giustificative, lasciando nel contempo aperta, attraverso l'utilizzo dell'avverbio “notamment”, la possibilità di inserire nuove cause di giustificazione.

¹⁷⁰ Sul ruolo della *bonne foi* nel contesto civilistico, Cass. com. 10 luglio 2007, note Ph. STOFFEL-MUNCK, “Nature et effets du manquement à la bonne foi contractuelle”, in Recueil Dalloz, 2007, n. 40, pag. 2839.

mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi)”.

Tale articolo ha trovato fin da subito applicazione anche all'interno del rapporto di lavoro grazie al combinato disposto con l'art. L.1221-1. Tuttavia, proprio nell'ottica di valorizzare la buona fede all'interno del rapporto di lavoro e di eliminare ogni dubbio circa la sua applicabilità all'interno dello stesso, è stato introdotto l'art. 1222-1 del Code du Travail¹⁷¹, il quale, riprendendo testualmente l'art. L1134 alinéa 3 del Code Civil, prevede che “*le contrat de travail est exécuté de bonne foi*”. Pertanto, a differenza di quanto si rinviene nell'ordinamento giuridico italiano, dove la buona fede non è espressamente richiamata all'interno delle norme giuslavoristiche, nell'ordinamento francese la buona fede *in executivis* è espressamente richiamata anche all'interno dello stesso Code du travail.

La dottrina ha definito la buona fede come uno *standard* giuridico, ossia “*une mesure moyenne de conduite sociale correcte*”¹⁷², ed ancora come “*une règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intentions malveillante*”¹⁷³.

In taluni casi, l'obbligazione di buona fede trova la propria conferma e consacrazione all'interno dello stesso testo normativo, si pensi ad esempio al divieto di discriminazione imposto all'art. L1132-1 del Code du Travail, mentre altre volte tale obbligazione non è menzionata espressamente ed assume quindi un valore implicito.

Così come accade nel dibattito italiano, pare interessante analizzare quale sia il reale impatto dello *standard* di buona fede all'interno del rapporto di lavoro¹⁷⁴. In

¹⁷¹ Ad opinione di VIGNEAU, tale introduzione legislativa non ha suscitato l'entusiasmo della dottrina, la quale ha piuttosto sottolineato il fenomeno dell'inflazione legislativa (VIGNEAU, “L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail”, in *Droit Social*, 2004, pag. 706).

¹⁷² TUNC, “Standards juridiques et unification du droit”, in *Revue internationale de droit comparé*, 1970, n. 22, pag. 247.

¹⁷³ LOUSSOUAM, “La bonne foi, Rapport de synthèse”, *La bonne foi*, Trav. Ass. Henri-Capitant, pag. 12.

¹⁷⁴ VIGNEAU, “L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail”, in *Droit Social*, pag. 714. L'Autore afferma che “A faveur d'une interpretation audacieuse, les juges trouvent dans la bonne foi contractuelle l'instrument prétorien d'une plus grande protection de l'emploi pour le salarié, ne faisant d'ailleurs que donner sens au droit constitutionnel d'obtenir un emploi” ed

altre parole, vi è da chiedersi se la buona fede rappresenti un mero controllo sul comportamento tenuto dalle parti oppure se costituisca un'autonoma fonte di obbligazioni.

La dottrina francese, a tale proposito, analogamente rispetto a quanto accade in Italia rispetto alla buona fede, ha sovente attribuito alla clausola di buona fede una duplice portata, attribuendole, da un lato, il ruolo di *standard* giuridico che le parti contraenti sono tenute a rispettare nel corso dell'intera durata del rapporto e, dall'altro, l'autonomo ruolo di fonte di obbligazioni positive, consentendo così di arricchire il contenuto del contratto¹⁷⁵. Pertanto, la buona fede assumerebbe un importante ruolo moralizzatore e giustificerebbe un più pregnante controllo giudiziario sul rapporto di lavoro, assegnando al Giudice il compito di attuire lo squilibrio di potere tra le parti nell'ipotesi in cui vengano posti in essere comportamenti contrastanti con la clausola di buona fede¹⁷⁶.

Pertanto, nella prima accezione, la buona fede rappresenta una regola di condotta, da cui discenderebbe, per i contraenti, il dovere di comportarsi con lealtà ed onestà. Secondo tale interpretazione, tuttavia, la buona fede non è suscettibile di modificare la sostanza dei diritti e delle obbligazioni concordati tra le parti¹⁷⁷. Il

ancora “la bonne foi apparait comme une notion permettant d'étendre le controle judiciaire de l'exécution du contrat de travail mais aussi d'en compléter, interpréter, voire adapter le contenu”.

¹⁷⁵ Vi è da precisare, peraltro, che la buona fede si presume e che, pertanto, sulla base delle consuete regole in materia di onere della prova, colui che ritiene leso il proprio diritto è tenuto a provarne i fatti a fondamento della propria pretesa. In tal senso, “la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié, ou de faire jouer une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est conforme à l'intérêt de l'entreprise. Il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en oeuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle” (Cass. Soc. 23 febbraio 2005, n. 03-42.018 et n. 04-45.463, D. 2005.1678, note Kobina Gaba; RJS 5/2005, n. 477; Bull. Civ. V n. 64).

¹⁷⁶ In tal senso, “pendant longtemps, on a pu considérer que les normes d'ordre public étaient seules en mesure d'atténuer l'inégalité entre les contractants. Or doctrine et jurisprudence puisent dans le droit des obligations des outils adéquats propres à moraliser la relation de travail” (“Contrat de travail”, in Répertoire de droit de travail, 2013, pag. 5)

¹⁷⁷ In tal senso, Cassation Comm. 10 luglio 2007, laddove la Corte ha affermato che “Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties” (se la regola secondo cui le convenzioni devono essere eseguite in buona fede permette al giudice di sanzionare l'uso sleale di una prerogativa contrattuale, la stessa non autorizza ad intaccare la sostanza stessa dei diritti e delle obbligazioni concordate tra le parti) (Com. 10 luglio 2007; bull. Civ. IV, n. 188, D. 2007. 2839, note Stoffel-Munck et note Gautier). Ed ancora, in relazione all'art. 1134 del Code Civil, “selon certain auteurs, il s'agissait au départ d'un texte dépourvu de signification

datore di lavoro, in tal senso, dovrebbe usare con lealtà i propri poteri, ossia, a mero titolo di esempio, assicurare una mansione corrispondente alla qualifica del lavoratore, fare un uso leale dei mezzi messi in opera allo scopo di controllare l'esecuzione delle mansioni da parte dei lavoratori.

In una seconda accezione, la *bonne foi* costituirebbe autonoma fonte di obbligazioni e sarebbe pertanto idonea ad arricchire il contenuto del contratto di lavoro con una serie di comportamenti positivi richiesti alle parti¹⁷⁸. Già nel 1933, René Demongue affermava che “*les conséquences que l'on a tirées de l'idée de bonne foi entre contractants sont encore assez pauvres (...). Le contrat moderne peut être conçu d'une façon plus vivante et plus complexe en faisant sortir de l'idée de bonne foi de nouveaux rameaux*”¹⁷⁹.

Ebbene, tale “arricchimento” del rapporto obbligatorio da un punto di vista contenutistico pare esemplare nel rivoluzionario *Arret Expovit*, laddove la Suprema Corte ha affermato che “*l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi*”¹⁸⁰ (Soc. 25 febbraio 1992: *Dalloz* 1992.390, note Défossez; *ibid.* *Somm.* 294, obs. Lyon Caen; *RTD civ.* 1992.760, obs. Mestre; Lyon Caen su “*Droit et gestion de compétence*”). Ricordando brevemente il caso in questione, una lavoratrice impiegata in qualità di responsabile dei file dei clienti informatici, veniva licenziata il 24 giugno 1987 per soppressione del posto di lavoro. Pochi giorni dopo, il 3 luglio, l'azienda assumeva un'altra lavoratrice come impiegata. Era quindi di tutta evidenza che era stata soppressa una posizione e ne era stata creata una nuova. Dinanzi al ricorso della lavoratrice licenziata, la Corte d'Appello affermava, per la prima volta, il *devoir d'adaptation*¹⁸¹ da parte del

substantielle à qui on a ensuite fait jouer un rôle pour permettre au juge de contrôler l'exécution de contrats” (Cour de Cassation 25 février 1992: *Dalloz* 1992, pag. 391).

¹⁷⁸ Sul punto, VIGNEAU, “L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail”, in *Droit Social*, 2004, 7/8, pag. 708, laddove l'Autore afferma che “la texture ouverte de la notion de bonne foi, caractéristique du standard, permet en effet au juge d'aménager les droit et les obligations des parties au contrat de travail en vertu de considérations le plus souvent extra-juridiques”.

¹⁷⁹ DEMONGUE, “*Traité des obligations en général*”, Tome IV, Effets des obligations, Paris: Rousseau, 1933, n. 3, pag. 8.

¹⁸⁰ “Il datore, in considerazione dell'obbligo di eseguire il contratto di lavoro in buona fede, ha il dovere di assicurare l'adattamento del lavoratore all'evoluzione del suo impiego”.

¹⁸¹ Recentemente, sul *devoir d'adaptation*: Cass. soc. 7 maggio 2014, n.13-14749.

datore di lavoro. In altre parole, la lavoratrice avrebbe dovuto essere “*reclassée*”, in quanto il nuovo posto di lavoro, pur non essendo identico al precedente, era compatibile con le capacità professionali della stessa e, pertanto, non sussisteva la *cause réelle et sérieuse* del licenziamento. La Cour de Cassation, confermando la sentenza del precedente grado di giudizio, sanciva quindi un principio assolutamente nuovo, ossia che il datore ha il dovere di assicurare l’adattamento del lavoratore all’evoluzione dell’impiego, ciò significa non solo che esiste un’obbligazione di *repêchage* per evitare il licenziamento economico, ma anche che lo stesso può eventualmente avere luogo dopo una fase di formazione. Il ragionamento compiuto dalla Corte è quindi questo: nonostante il diritto di procedere al licenziamento di un lavoratore in virtù dell’art. 1780 del Code Civil, il datore di lavoro ha l’obbligo di mantenere il lavoratore nel suo impiego qualora ve ne sia la possibilità. Pertanto, il datore di lavoro, dovendo eseguire l’obbligazione in buona fede, deve offrire al lavoratore i mezzi per mantenere l’impiego, consentendogli di adattare la prestazione alle necessità aziendali. Attraverso l’*Arret Expovit*, pertanto, si passa da una logica in cui si valorizzano le prerogative datoriali *tout court*, ad una logica in cui deve essere salvaguardato l’impiego.

Il dovere di *adaptation* costituisce corollario della più generale obbligazione di *reclassement*, implicita nella decisione *Expovit*, la quale è stata consacrata in materia di licenziamento economico attraverso due pronunce del 1992¹⁸².

Si ribadisce, pertanto, che i limiti in materia di *adaptation*, sono stati introdotti in un primo momento attraverso l’uso della buona fede e solo successivamente è intervenuto il legislatore. In questo senso, pertanto, la clausola di buona fede è stata utilizzata per creare obbligazioni contrattuali implicite, ossia per limitare la discrezionalità del datore di lavoro, veicolando all’interno del contratto principi e diritti fondamentali¹⁸³.

¹⁸² Cass. Soc. 8 aprile 1992, in JPC, II, 360, note SAVATIER; Cass. Soc. 1 aprile 1992, in Bull. Civ., V, n. 258, pag. 158. Nello stesso senso, Cass. soc. 6 luglio 1999, in LS Jur. N. 643; Cass. soc. 29 gennaio 2003, in Revue de Jurisprudence Sociale, 2003, 4, n. 436; Cass. soc. 7 aprile 2004, in Revue de Jurisprudence Sociale, 2004, 6, n. 666.

¹⁸³ Nella medesima direzione, un utilizzo ampio della clausola di buona fede sembra confermato dalla recente sentenza della Chambre sociale della Cour de Cassation secondo cui “Laddove il lavoratore, in seguito ad un incidente sul lavoro, sia dichiarato inadatto a riprendere l’impiego che

Successivamente, l'art. L1233-4 del Code du Travail¹⁸⁴ ha quindi cristallizzato in un testo legislativo quanto la giurisprudenza, a partire dall'Arret Expovit, aveva già dichiarato. Lo stesso Consiglio Costituzionale, con pronuncia n. 2001-455 del 12 gennaio 2002, sottolineava che *“il résulte des travaux préparatoires de l'article 108 (loi n. 2002-73, 17 gennaio 2002) que le législateur a entendu consacrer la jurisprudence selon laquelle l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer d'adaptation des salariés à l'évolution de son emplois; en vertu de cette obligation, l'employeur doit offrir au salarié la formation nécessaire pour occuper les emplois qu'il lui propose dans le cadre de son obligation de reclassement, c'est-à-dire des emplois de meme catégorie que celui qu'il occupe ou équivalents ou encore, sous réserve de son accord exprès, d'une catégorie inférieure; en l'absence de disposition expresse en ce sens, et la nullité ne se présument point, la méconnaissance de cette obligation ne pourra pas être sanctionnée par la nullité de la procédure de licenciement et l'obligation de réintégration qui en résulterait”*.

Pertanto, se è vero che da un lato la giurisprudenza pare restia ad utilizzare la clausola della buona fede per creare nuove obbligazioni (una parte critica della dottrina l'ha apostrofata *“bonne à tout faire”*, utilizzando un'espressione che letteralmente significa cameriera, tuttodfare non particolarmente abile, ma che svolge comunque una serie di compiti che esulano dalle proprie mansioni, invadendo quindi campi che non le sono propri), non sono mancate occasioni in cui la stessa è stata utilizzata proprio allo scopo precipuo di incrementare il contenuto del contratto.

Per quanto riguarda le altre espressioni dal contenuto indeterminato presenti nel nostro ordinamento, vi è da sottolineare che negli ultimi anni si è imposto l'*interet*

svolgeva, il datore deve proporgli un altro impiego appropriato alle sue capacità e il più vicino possibile all'impiego precedentemente svolto, mettendo se necessario in atto misure come mutazioni, trasformazioni dei posti o adattamenti del tempo di lavoro” (Soc. 7 marzo 2012, Bull. Civ. V n. 87).

¹⁸⁴ “Le licenciement pout motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du group auquel l'entreprise appartient. Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la meme catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. À défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure. Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises”.

de l'entreprise (l'interesse dell'impresa), il quale ha suscitato ampi dibattiti in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza in relazione alla sua funzione, al suo utilizzo ed al suo significato. Tale espressione, infatti, intrinsecamente imprecisa, può essere origine di estrema insicurezza giuridica, anche in ragione dello stretto legame con le scienze economiche¹⁸⁵.

Tradizionalmente, inoltre, sono state considerate *standard juridiques* la *cause réelle et sérieuse* del licenziamento, così come il principio di proporzionalità di cui all'art. 1121 del Code du Travail.

Pertanto, come si avrà modo di chiarire nei prossimi capitoli, la presenza di *standard* all'interno dell'ordinamento giuslavoristico francese è considerata un'opportunità per assicurare un controllo (seppur talvolta debole) sui poteri del datore di lavoro.

2. I limiti ai poteri datoriali ed il controllo di proporzionalità. I diritti fondamentali.

Parimenti a quanto si verifica all'interno del sistema giuridico italiano, il rapporto di lavoro si caratterizza per il potere direttivo del datore di lavoro il quale, unilateralmente e senza che sia necessario il consenso dei lavoratori, può adottare decisioni quali licenziamenti, promozioni, trasferimenti, cambiamento delle condizioni di lavoro... Tali decisioni, come si è già avuto occasione di sottolineare, vanno ad incidere su diritti e libertà dei lavoratori, talvolta persino sui diritti fondamentali degli stessi.

Sulla base di tali considerazioni, si evidenzia, come affermato da autorevole dottrina¹⁸⁶, che il rapporto di lavoro si caratterizza per una duplice natura: da un lato è un contratto, mentre dall'altra si configura come un rapporto di potere.

¹⁸⁵ A tale proposito, un'interessante indagine circa i rapporti tra il diritto e l'economia è stata condotta in SACHS, *La raison économique en droit du travail*, in L.G.D.J., 2013. Specificamente sullo standard giuridico dell'interet de l'entreprise, cfr. SACHS, *La raison économique en droit du travail*, in L.G.D.J., 2013, pag. 316 e segg..

¹⁸⁶ LOKIEC, *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2015.

L'ordinamento giuridico pone quindi dei limiti ai poteri datoriali, tanto dal punto di vista procedurale, quanto dal punto di vista sostanziale. Non ritengo sia il caso di soffermarmi sui limiti di carattere procedurale che, parimenti a quanto avviene nell'ordinamento giuridico italiano, costituiscono quell'insieme di atti necessari, ma non sempre sufficienti, compiuti in successione tra loro e nel rispetto di determinate formalità al fine di pervenire ad una decisione valida.

Per quanto concerne invece il tema che maggiormente attiene all'indagine in oggetto, i limiti di carattere sostanziale possono essere contenuti nelle norme dell'ordinamento, nel contratto, ma può anche trattarsi di limiti intrinseci.

Il legislatore francese ha sovente utilizzato, in ambito giuslavoristico, la tecnica legislativa per *standards* allo scopo di limitare le decisioni del datore di lavoro nella loro sostanza¹⁸⁷. In altre parole, considerato lo squilibrio contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore, tale tecnica legislativa è stata utilizzata per garantire che le decisioni datoriali, lungi dall'essere arbitrarie, siano fondate su un giusto motivo. Tale esigenza di giustificazione assume forme diverse a seconda del contesto (ad esempio il licenziamento deve essere fondato su una *cause réelle et sérieuse*, la riorganizzazione può giustificare un licenziamento per motivo economico se sussistono difficoltà economiche, quindi se si rivela necessaria rispetto alla semplice salvaguardia della competitività, la disparità di trattamento può essere giustificata da un'esigenza professionale essenziale e determinante...). Pertanto, la tecnica legislativa per clausole generali consente di dare un fondamento giuridico all'esigenza di giustificazione delle decisioni.

Va peraltro rilevata l'interpretazione offerta da autorevole dottrina, secondo cui gli *standards* si potrebbero distinguere in *standard* di comportamento (tra cui, ad esempio, l'*abus de droit* e la *bonne foi*), ossia espressioni atte a limitare il comportamento datoriale, e *standard* di decisione¹⁸⁸ (tra cui, ad esempio, la *cause*

¹⁸⁷ Con riferimento, specificamente allo standard della *bonne foi*, VIGNEAU, "L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail", in *Droit Social*, 2004, 7/8, pag. 711, laddove afferma che "Instrument correcteur de la rigueur contractuelle, la bonne foi sert au juge à tempérer les conséquences de l'infériorité dans laquelle le contrat de travail place le salarié à l'égard de l'employeur. Aussi, plus encore qu'une prise en considération des intérêts du salarié, il semble que la bonne foi contractuelle fournisse au juge le moyen de sensibiliser l'employeur à la position juridique du salarié".

¹⁸⁸ LOKIEC, "Contrat et pouvoir", in ..., p. 276.

réelle et sérieuse), ossia espressioni atte a limitare la decisione, il provvedimento datoriale.

Nel corso degli anni, i diritti e le libertà fondamentali dei lavoratori sono divenuti centrali nei discorsi degli interpreti e si è assistito, nel contempo, ad una progressiva riduzione del dibattito in relazione alla protezione dei lavoratori rispetto ad un certo numero di diritti di più lunga data, quali ad esempio i diritti sindacali ed il diritto di sciopero¹⁸⁹.

Proprio nell'ottica di un sistema volto a tutelare i diritti fondamentali dei lavoratori ponendo un limite alle prerogative datoriali, bisogna evidenziare che, tra le clausole generali maggiormente rilevanti nell'ordinamento giuridico francese, vi è il principio di proporzionalità. L'art. 1121-1 del Code du Travail, infatti, esprime un principio che non trova una corrispondenza nella legislazione giuslavoristica italiana. L'esigenza di proporzionalità rappresenta infatti uno *standard* che non ha eguali nell'ordinamento giuridico italiano né nella gran parte dei paesi europei.

In particolare, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, si è sviluppato un grande interesse rispetto al tema dei diritti della persona del lavoratore¹⁹⁰, i quali, nel corso degli anni, hanno iniziato a rappresentare un vero limite ai poteri del datore di lavoro. Con la ricodificazione del Code du Travail, infatti, è stato inserito l'art. L1121-1, secondo cui « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Tale articolo, introdotto dalla Circolare DRT n. 93-10 del 15 marzo 1993, relativa all'applicazione delle disposizioni relative al reclutamento/assunzione ed alle libertà fondamentali, ha l'indubbio merito di dipanare ogni dubbio circa il ruolo del potere giudiziario dinanzi ai diritti fondamentali¹⁹¹. L'art. L1121-1 del Code

¹⁸⁹ LYON-CAEN, "Droit fondamentaux et droit du travail", in *Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier*, Dalloz, pag. 421 e segg..

¹⁹⁰ A partire dall'Arret Peinture Corona del 1 febbraio 1980, il Consiglio di Stato ha consacrato un controllo di legalità del regolamento interno rispetto ai "diritti della persona e alle libertà individuali e collettive". Sui diritti fondamentali, MEYRAT, "Droits fondamentaux et droit du travail: réflexions autour d'une problématique ambivalente", in *Droit Ouvrier*, 2002, pag. 343.

¹⁹¹ Sorge spontaneo il paragone rispetto all'ordinamento giuridico italiano, laddove manca l'enunciazione di un principio di proporzionalità. In assenza dello stesso, le clausole generali divengono l'unico strumento attraverso il quale il Giudice può effettuare un controllo di

du Travail costituisce infatti il principale punto d'ingresso degli stessi nel rapporto di lavoro, ossia lo strumento attraverso il quale la giurisprudenza può limitare il potere datoriale in ragione di un diritto fondamentale.

Gli aspetti principali che devono essere messi in luce sono quali siano i diritti e le libertà protette, da un lato, e le caratteristiche che eventuali restrizioni devono presentare, dall'altro.

Deve sottolinearsi peraltro che, in una prospettiva storica, la proporzionalità è stata introdotta in due tempi a distanza di un decennio, con la *loi* del 4 agosto 1982 e con la *loi* del 31 dicembre 1992.

Nel 1982, in particolare, veniva introdotto nell'ordinamento giuridico francese l'art. L122-35 (attuale art. L1321-3) del Code du Travail, il quale detta la regola secondo cui il regolamento interno "*ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*". Come chiaramente evidenziato nei lavori preparatori alla legge, il legislatore ha ripreso, quasi parola per parola, quanto già consacrato dalla dottrina nel celebre Arrêt Société "Peintures Corona" del 1 febbraio 1980¹⁹², reso dal Consiglio di Stato, all'interno del quale affermava "*lorsque le chef exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus (...) pour assurer l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail, il ne peut apporter aux droits de la personne que les restrictions qui sont nécessaires pour atteindre le but recherché*"¹⁹³.

Vi è da sottolineare che il Consiglio di Stato menziona le nozioni di necessità e di eccesso, al fine di valutare se le previsioni del regolamento interno, qualora restrittive di un diritto fondamentale del lavoratore, siano effettivamente indispensabili al raggiungimento del fine perseguito.

proporzionalità e razionalità sulle scelte datoriali. In altre parole, nell'ordinamento giuridico italiano, sono le stesse clausole generali, grazie alla loro intrinseca natura elastica, a divenire vettore dei valori presenti nell'ordinamento. Nell'ordinamento giuridico francese, grazie all'enunciazione legislativa del principio di proporzionalità, tale ruolo di vettore di valori spetta al Giudice a prescindere dall'esistenza di standards.

¹⁹² Conseil d'Etat 1 février 1980, Droit Social, 1980. 310, concl. A. Bacquet.

¹⁹³ Il caso in questione riguardava una clausola del regolamento interno che vietava di entrare o soggiornare all'interno dei locali aziendali in stato di ebbrezza e prevedeva la prova dell'alcoltest nei casi dubbi. Secondo il Consiglio di Stato, la disposizione poteva dirsi giustificata, considerando la lesione del diritto della persona che la stessa provocava, esclusivamente nel caso di lavoratori addetti all'esecuzione di certi lavori o alla guida di certi macchinari.

A distanza di dieci anni, con legge del 31 dicembre 1992, il legislatore introduceva l'esigenza di proporzionalità agli articoli L.120-2 (attuale L1121-1) e L422-1-1 del Code du Travail.

Sostanzialmente, all'art. L1121-1, il legislatore ha replicato quanto previsto all'art. L122-35 del Code du Travail, sostituendo “*le règlement intérieur ne peut*” con “*nul ne peut*”¹⁹⁴.

Tale disposizione, che secondo i commentatori esprime un principio generale, trova la propria ispirazione nel rapporto redatto da G. Lyon Caen¹⁹⁵ nel corso dello stesso anno, con il quale sollecitava di estendere l'esigenza di proporzionalità e quindi l'oggetto del regolamento interno¹⁹⁶.

Anche tale norma è stata preceduta da celebri pronunce giurisprudenziali che hanno sottolineato la presenza di un movimento di “*expansion progressive comme référence, pour évaluer un acte ou une initiative unilatérale, une stipulation contractuelle, et, sans doute, une disposition conventionnelle, des libertés et droits fondamentaux des salariés*”¹⁹⁷.

La Cour de Cassation, in occasione dell'arret Godissart del 14 maggio 1992¹⁹⁸, si pronunciava circa la liceità di una clausola di non concorrenza inserita nel contratto di un lavoratore addetto alla pulizia dei vetri. La Cour de Cassation, in particolare, dichiarava che “*la clause de non-concurrence n'était pas*

¹⁹⁴ L'utilizzo dell'espressione “nul ne peut” indica la volontà del legislatore di conferire alla norma un carattere solenne. L'espressione è infatti utilizzata all'interno dei testi legislativi per norme connotate di particolare autorità. Ad esempio, la si trova nel Preambolo della Costituzione del 1946 (“Nul ne peut être lésé de son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances”), nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 4: “Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire”), nel codice penale (art. 111-3: “Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou par une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement”).

¹⁹⁵ LYON CAEN, “Les libertés publiques et l'emploi, Rapport au ministre du Travail, de l'Emploi et de la formation professionnelle”, La Documentation française, 1992.

¹⁹⁶ Sul punto, GENIAUT, “La proportionnalité dans les relations du travail”, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009, pag. 68.

¹⁹⁷ LYON CAEN, “Politique(s) jurisprudentielle(s) et droit du travail: quelques réflexions à partir de l'expérience française”, in PH. AUVERGNON (dir.), Les juges et le droit social, Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, Comptresec, 2002, pag. 26.

¹⁹⁸ Cass. Soc. 14 maggio 1992, Dalloz 1992.350, note Y. SERRA.

indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la Cour d'appel a pu décider que l'employeur ne pouvait se prévaloir de cette clause"¹⁹⁹.

Pertanto, in tutte quelle situazioni in cui è possibile rilevare che vi sia una lesione di un diritto fondamentale del lavoratore, il datore deve indicare il fine perseguito ed il giudice ha il compito di esercitare un controllo di necessità tra il fine perseguito e la misura adottata. Pare evidente, quindi, che la questione essenziale è primariamente quella di capire quale dev'essere il fine perché la decisione datoriale sia ammissibile e, pertanto, il controllo sia primariamente un controllo sui fini.

Laddove vi sia la lesione di un diritto fondamentale, si pensi ad esempio alla libertà di domicilio, il datore deve quindi indicare dei validi motivi, ossia quale sia il fine in vista del quale ha preso una determinata decisione, lesiva di detto diritto. In secondo luogo, vi è un controllo di coerenza, ossia un controllo circa l'adeguatezza del mezzo rispetto al fine ricercato. Quindi il mezzo adottato deve essere legato da un nesso di causalità al fine perseguito.

In terzo luogo, la proporzionalità impone di valutare se vi siano strumenti meno invasivi dei diritti dei lavoratori per raggiungere i medesimi obiettivi. Tale controllo, chiamato controllo di moderazione, è spesso criticato da quella parte della dottrina che ritiene che il giudice non possa sindacare la scelta del datore di lavoro qualora si trovi dinanzi ad una pluralità di alternative possibili.

L'articolo L1121-1 del Code du Travail, quindi, ad opinione della dottrina, nasconde un metodo particolare, suddiviso in tre fasi²⁰⁰.

Innanzitutto deve riconoscersi che vi sono diritti della persona che, in ragione dell'esercizio delle prerogative datoriali, risultano esposti ad un pericolo. La dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto che l'art. L1121-1 debba essere letto in modo estensivo, ossia rientrino tra i diritti e le libertà protette non solo i diritti fondamentali in senso stretto, ma anche altre libertà quali il rispetto della vita privata (tra i quali vengono annoverati la libertà matrimoniale, la libertà religiosa,

¹⁹⁹ Cass. Soc. 14 maggio 1992, Dalloz 1992.350, note Y. SERRA.

²⁰⁰ Sul punto, PESKINE, WOLMARK, "Droit du travail", Dalloz, 2012, pag. 218, nonché LYON-CAEN, "Note sur le pouvoir de direction et son contrôle", in Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pag. 95.

la libera scelta del domicilio, la libertà di espressione)²⁰¹, la libertà del lavoro²⁰², le libertà collettive²⁰³.

In secondo luogo, la lesione del diritto (fondamentale, ma non necessariamente) riconosciuto alla persona, deve essere giustificata dal fine legittimo perseguito. Viene quindi operato un controllo di giustificazione, in ragione del quale il Giudice deve verificare che i motivi addotti dal datore di lavoro siano validi (*controle de justification*). A mero titolo di esempio, il datore di lavoro può impedire al lavoratore di vestirsi come voglia, limitando in questo modo la libertà dello stesso, solamente laddove tale limitazione sia giustificata da necessità di igiene o sicurezza.

Infine, in terzo luogo, la limitazione del diritto fondamentale deve essere proporzionata. Il controllo di proporzionalità si sviluppa in una duplice direzione. Innanzitutto, deve esservi coerenza tra le misure adottate ed il fine perseguito (*controle de cohérence*). Secondariamente, la proporzionalità richiede di verificare che non esistano mezzi meno lesivi dei diritti dei lavoratori che consentano di pervenire al medesimo obiettivo (*controle de modération*). Attraverso tale controllo, il Giudice deve quindi verificare che la misura adottata sia la meno lesiva possibile. In altre parole, sarà considerata illegittima quella misura che non tenga in considerazione l'esistenza di strumenti meno lesivi per pervenire al medesimo obiettivo.

Per quanto concerne l'adeguatezza dei mezzi rispetto al fine perseguito, la dottrina ha evidenziato che il controllo può essere esercitato in una triplice prospettiva

²⁰¹ A titolo di esempio, la giurisprudenza della Cassazione, sez. Social, ha ritenuto che “salvo abusi, il lavoratore gode, nell'impresa ed all'esterno della stessa, della sua libertà di espressione, alla quale possono essere posti limiti solamente se giustificati dalla natura della mansione da compiere e proporzionati allo scopo ricercato” (Cass. Soc. 28 aprile 2011, RJS 2011, 533, n. 577; JPC S 2011,1374, obs. Bossu).

²⁰² “La clausola del contratto di lavoro secondo cui un lavoratore a tempo parziale si vede vietare ogni altra attività professionale, sia per proprio conto che per conto di terzi, viola il principio fondamentale di libero esercizio di un'attività professionale e non è valido salvo sia indispensabile alla protezione di interessi legittimi dell'impresa e giustificato dalla natura della mansione da compiere e proporzionato allo scopo ricercato”, Cass. Soc. 25 febb. 2004: Bull. Civ. V n. 64; D. 2004. IR 923; RJS 2004,353, n. 504.

²⁰³ “è privo di causa reale e seria il licenziamento di un lavoratore per aver partecipato ad una manifestazione pubblica senza che sia specificato in cosa, tenuto conto della funzione del lavoratore e della natura dell'impresa, la sola relazione di lavoro poteva giustificare il divieto imposto dal datore di esercitare una libertà collettiva al di fuori dell'orario di lavoro”, Cass. Soc. 23 maggio 2007: RTD 2007.586, obs. Aubert-Monpeysen.

(quella della ragionevolezza, della proporzionalità e della necessità)²⁰⁴. Il livello della ragionevolezza è quello secondo cui la condotta datoriale, lesiva di un diritto del lavoratore, sarebbe considerata adeguata qualora si ritenesse che questo sarebbe il comportamento posto in essere da un datore di lavoro “normale”. Il parametro della normalità è, pertanto, quello che viene considerato dirimente al fine della decisione circa la legittimità o meno della condotta datoriale.

Il livello della proporzionalità è il più forte, in quanto, secondo i sostenitori di detta tesi, tenendo in considerazione il fine perseguito, il mezzo adottato deve essere il meno lesivo dell'interesse del lavoratore. Si tratta del controllo che viene tipicamente esercitato nelle ipotesi di licenziamento disciplinare.

Da ultimo, vi è da evidenziare il livello della necessità; si tratta di un livello intermedio tra la ragionevolezza e la proporzionalità, in ragione del quale il controllo consiste nella valutazione circa la necessità del mezzo adottato rispetto al fine perseguito.

3. Il controllo del Giudice del lavoro nell'ordinamento giuridico francese. *L'employeur seul juge?* Il controllo del giudice sul licenziamento economico. *La cause réelle et sérieuse.*

Il tema delle clausole generali (così come quello degli *standards* in Francia), è inevitabilmente ancorato alla questione del controllo del Giudice sulle prerogative datoriali.

Infatti, le clausole generali lasciano inevitabilmente al giudice un ambito di intervento più ampio rispetto ad una formulazione analitica della norma. Pertanto, se da un lato vi è chi ritiene che lo *standard* sia suscettibile, parimenti ad una norma analitica, di mera applicazione, dall'altra vi è chi ritiene che lo stesso richieda un'attività interpretativa e valutativa da parte del giudice.

²⁰⁴ LYON-CAEN, “Note sur le pouvoir de direction et son contrôle”, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pag. 95..

La materia del licenziamento economico è probabilmente quella che suscita il maggior dibattito, proprio in ragione della presenza di *standards* giuridici che devono essere, di volta in volta, riempiti di significato attraverso l'attività ermeneutica dell'organo giurisdizionale.

Prendendo in considerazione le questioni quotidianamente affrontate dai giudici, il primo *standard* che viene in rilievo è senza dubbio la *cause réelle et sérieuse* del licenziamento. Lo *standard* della *cause réelle et sérieuse* è presente all'art. L1232-1 del Code du Travail, in materia di licenziamento per motivi personali, laddove è previsto che “*tout licenciement pour motif personnel est motivé dans les conditions définies par le présent chapitre. Il est justifié par une cause réelle et sérieuse*”, nonché all'art. L1233-2 del Code du Travail, in materia di licenziamento per motivo economico, laddove l'art. L1232-1 è riprodotto specularmente.

Un brevissimo *excursus* storico richiede di ricordare che prima del 13 luglio 1973, il giudice poteva esercitare liberamente il diritto di licenziare²⁰⁵ (si ricorda l'espressione “*employeur seul juge*”, consacrata con l'Arret Brinon del 31 maggio 1956²⁰⁶), salva l'ipotesi dell'abuso di diritto.

Il legislatore, con legge del 1973, sostituiva tale regime con quello del licenziamento dotato di una “*cause réelle et sérieuse*”, passando quindi da un licenziamento di carattere sostanzialmente discrezionale ad un licenziamento provvisto di causa. Ed è proprio tale causa, la quale rappresenta uno degli *standards* giuridici per eccellenza, a costituire una tecnica di controllo della decisione datoriale. Tuttavia, né il legislatore né la Corte di Cassazione hanno

²⁰⁵ Sul punto, vedi PELISSIER, AUZERO, DOCKERS, Droit du travail, Précis Dalloz, 2011, pag. 533, « le chef d'entreprise, responsable de la bonne marche de celle-ci, est juge de son organisation et du point de savoir si un collaborateur s'acquitte à son entière satisfaction des fonctions à lui confiées. Le licenciement est en principe licite; le salarié licencié ne pourra obtenir la condamnation de l'employeur que s'il rapporte lui-même la preuve d'un abus qu'aurait commis l'employeur en exerçant son droit de licencier”.

²⁰⁶ L'Arret Brinon aveva ad oggetto un'azione intentata da un lavoratore contro il datore di lavoro che era fallito in seguito ad errori di gestione. I giudici di primo grado diedero ragione al lavoratore e gli riconobbero un risarcimento dei danni e degli interessi. La Cour de Cassation, tuttavia, rovesciò detta decisione stabilendo che “l'employeur est seul juge des circonstances qui déterminent la cessation de son exploitation. Aucune disposition légale ne l'oblige à maintenir son activité à la seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi”.

offerto una definizione generale ed unitaria di *cause réelle et sérieuse*, lasciando di volta in volta agli interpreti l'onere di pratica applicazione²⁰⁷.

Nonostante la modifica legislativa, negli anni '80, la giurisprudenza era comunque ancora orientata nel senso di riconoscere al datore di lavoro un'ampia discrezionalità nell'utilizzo del proprio potere. La Cour de Cassation, in occasione dell'arret del 4 gennaio 1980, affermava che "*l'employeur est juge, sauf détournement de pouvoir, des mesures les mieux appropriées pour redresser la situation de l'entreprise et de l'aptitude de chacun de ses salariés pour atteindre ce résultat...*"²⁰⁸. Il controllo giurisdizionale, pertanto, era un mero controllo periferico²⁰⁹, limitandosi a verificare non si configurasse un *détournement de pouvoir*.

Negli ultimi decenni, tuttavia, il giudice, in caso di impugnazione in materia di legittimità del licenziamento per motivo economico, ha iniziato a verificare l'esistenza della *cause réelle et sérieuse* di cui all'art. L1235-1 e a compiere un apprezzamento di ordine giuridico in relazione ad elementi che appartengono più frequentemente al contesto economico. Vi è quindi da chiedersi quale sia il limite di sindacabilità del potere giudiziario, ossia quali sia il confine al di là del quale il giudice non può sindacare le scelte di opportunità del datore di lavoro nell'ambito del suo potere direttivo. Una risposta è stata data dalla Cour de Cassation con una decisione del 1 marzo 2001, la quale ha chiaramente stabilito che devono essere tenuti nettamente distinti la ragione economica del licenziamento (che è oggetto di analisi da parte dell'organo giurisdizionale) dagli elementi che stanno alla base e

²⁰⁷ La ricerca di una definizione di *cause réelle et sérieuse* potrebbe considerare i lavori preparatori della legge del 13 luglio 1973, i quali costituiscono ancora un punto di riferimento fondamentale in materia. Per quanto concerne il carattere della *réalité*, il Ministro del lavoro nel 1973 aveva dichiarato che "*la cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles. La cause réelle peut être, par exemple, une faute, une inaptitude professionnelle ou une réorganisation de l'entreprise*"²⁰⁷. Ciò significa che la causa per essere reale deve presentare il carattere dell'oggettività²⁰⁷ ed essere, nel contempo, esistente, ossia fondata su fatti realmente esistenti, ed esatta, ossia i fatti invocati devono essere la vera causa del licenziamento.

Per quanto concerne invece il carattere della *sérieusité* della causa, lo stesso Ministro del lavoro chiariva che "*Une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible sans dommage pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement*"²⁰⁷. La *cause sérieuse* è dunque collegata all'idea di importanza che rende il licenziamento inevitabile o indispensabile.

²⁰⁸ Cass. Soc. 4 janvier 1980, Bull. Civ. V, n. 6.

²⁰⁹ Così chiamato dai redattori di *LamySocial*.

sono origine di detta ragione economica (estranei alla sindacabilità del giudice). Il Giudice, in particolare, potrà estendere il proprio controllo alle circostanze a fondamento del motivo economico solamente nell'eccezionale ipotesi in cui la stessa volontà o la mala fede del datore di lavoro abbiano un ruolo chiave nella causazione dello stesso..

Come evidenziato dalla sostanziale rinuncia ad attribuirne una definizione esaustiva, la *cause réelle et sérieuse* rappresenta uno *standard* giuridico oggetto di contrasti interpretativi.

Innanzitutto, come sottolineato da autorevole dottrina, la causa economica alla base del licenziamento si può distinguere concettualmente in causa economica qualificativa e causa economica giustificativa²¹⁰. L'approccio proposto dalla causa economica qualificativa è quello in ragione del quale il licenziamento può essere inquadrato nella categoria dei licenziamenti per motivi economici, con conseguente applicazione della relativa disciplina. L'approccio proposto invece della causa economica giustificativa è quello per cui il licenziamento, in presenza di una determinata causa, reale e seria, si può considerare giustificato.

Il primo approccio non suscita tendenzialmente particolari problematiche²¹¹, mentre è sul secondo che si focalizza il maggior numero di controversie in materia di licenziamenti per motivo economico. Il livello della causa economica giustificativa riguarda quindi il controllo che deve essere operato dal giudice circa il carattere reale e serio della causa economica adottata. Il Giudice, in tal senso, non può senz'altro limitarsi alla semplice verifica della sussistenza del fatto economico invocato.

²¹⁰ In tal senso, PELISSIER, "La cause économique du licenciement", in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 8-9, 1992, pag. 527; PELISSIER, "La cause économique du licenciement, dans la loi votée le 19 décembre 2001 en dernière lecture par l'Assemblée nationale", in *Droit Ouvrier*, 2002, pag. 145.

²¹¹ J. Pélissier sottolinea che, tanto per quanto riguarda il licenziamento per motivo economico, quanto per ragioni personali, il fatto che la causa invocata sia ritenuta insussistente non comporta il cambiamento della qualificazione del licenziamento (PELISSIER, "La cause économique du licenciement", in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 8-9, 1992, pag. 529). Ne deriva che dovrà applicarsi la disciplina relativa al licenziamento per ragione economica anche nell'ipotesi in cui venga provata la mancanza di cause *réelle et sérieuse* ("or la distinction de la cause économique qualificative et de la cause économique justificative n'est pas impossible. Ce n'est pas parce que la cause invoquée par l'employeur n'existe pas que le licenciement doit changer de qualification", PELISSIER, "La cause économique du licenciement", in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 8-9, 1992, pag. 529).

In primo luogo, esaminiamo il testo dell'articolo dedicato al licenziamento per ragione economica. L'art. 1233-3 del Code du Travail prevede che *“Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail, à l'exclusion de la rupture conventionnelle visée aux articles L. 1237-11 et suivants, résultant de l'une des causes énoncées au premier alinéa”*²¹².

Prima di indagare circa l'effettiva applicazione di tale norma giuridica in sede di controllo giudiziario, va evidenziato che dalla mera esegesi dell'articolo si ricavano tre elementi essenziali.

Innanzitutto, il licenziamento non deve trovare il proprio fondamento o la propria giustificazione nella persona del lavoratore. In secondo luogo, il motivo economico suppone l'esistenza di una causa materiale, tra cui la norma stessa annovera la soppressione del posto di lavoro, la modificazione del contratto o, ancora, la trasformazione dell'impiego. Da ultimo, è necessario, testualmente, che la causa materiale sia conseguenza, “notamment”, di difficoltà economiche o mutazioni tecnologiche, ossia di una causa giustificativa ritenuta valida. È pertanto lo stesso testo legislativo a lasciare aperta la possibilità di inserire nuove cause di giustificazione.

Prima di esaminare gli orientamenti di dottrina e giurisprudenza sul punto, si evidenzia come debba sussistere una molteplicità di elementi. Oltre al fatto storico del licenziamento, vengono infatti in rilievo la causa materiale/decisione economica (ossia la soppressione o trasformazione dell'impiego, la modificazione del contratto non accettata), la ragione economica/causa giustificativa (ossia le

²¹² “Constituisce un licenziamento per motivo economico il licenziamento effettuato da un datore di lavoro per uno o più motivi non inerenti alla persona del lavoratore, risultanti da una soppressione o trasformazione dell'impiego o da una modificazione, rifiutata dal lavoratore, di un elemento essenziale del contratto di lavoro, conseguenti specialmente a difficoltà economiche o mutazioni tecnologiche. Le disposizioni del presente capitolo sono applicabili a tutte le interruzioni del rapporto di lavoro, ad esclusione della rupture conventionnelle prevista agli articoli L. 1237-11 e seguenti, risultanti da una delle cause di cui al primo comma”.

difficoltà economiche, le mutazioni tecnologiche, cui la giurisprudenza ha aggiunto la riorganizzazione), nonché il fine cui tende la decisione datoriale²¹³. Da ultimo, elemento fondamentale, soprattutto per l'ampia portata attribuitigli in sede giurisprudenziale, pare essere l'obbligo di *reclassement* (obbligo di *repêchage*), ossia l'obbligo del datore di lavoro di non licenziare il lavoratore, bensì di reimpiegare lo stesso in un'altra posizione disponibile all'interno della medesima azienda o di un'altra società del gruppo.

Dinanzi a tali elementi, è necessario non solo capire come stiano in relazione tra loro, ma anche quale tipo di controllo debba esercitare il giudice per verificare se il licenziamento sia legittimo.

Ebbene, si parta dal presupposto che, sulla base del dettato della norma, il Giudice dovrebbe sempre verificare l'esistenza della causa materiale e del "nesso causale" tra la stessa e la causa giustificativa. Non è chiaro cosa debba intendersi per nesso causale, posto che non vi è certamente una relazione di tipo naturalistico che leghi un atto e l'evento che vi discende.

È infatti indubbio che la difficoltà economica non può causare la soppressione di un posto di lavoro in una concezione strettamente causa-effetto. La difficoltà economica e le altre cause di giustificazione riconosciute dal codice e dalla giurisprudenza rappresentano piuttosto la ragione giustificativa di una scelta di gestione, la quale viene adottata in vista di un fine che l'imprenditore si auspica di ottenere in un arco di tempo più o meno esteso (ad esempio la salvaguardia della competitività dell'impresa). In tal senso, è stato sottolineato che il controllo non viene esercitato su un singolo atto giuridico compiuto dalla parte datoriale, quanto piuttosto sull'organizzazione stessa all'interno della quale tale atto è inserito.

Esaminando quindi specificamente la portata ed i limiti del controllo giudiziario, la difficoltà sta nell'individuare quale tipo di controllo debba essere adottato per evitare che il datore di lavoro eserciti un potere arbitrario ed al tempo stesso per

²¹³ Per quanto concerne la sussistenza del réel e sérieux motif de licenciement, la giurisprudenza ha affermato che appartiene al giudice valutare la sussistenza del fatto invocato, ad esempio le difficoltà economiche addotte a giustificazione del licenziamento, nonché il nesso causale tra tali fatti ed il licenziamento: "Il appartient aux juges du fond d'apprécier la réalité des difficultés invoquées à l'appui d'un licenciement pour motif économique" (Soc. 12 dicembre 1991: Dr. Trav. 1992, n. 1, p. 9). Ed ancora, "il appartient aux juges du fond d'apprécier le caractère sérieux du motif économique invoqué" (Soc. 12 maggio 1997: TPS 1998, comm. 238).

non comprimere la *liberté d'entreprendre* di cui è titolare. In altre parole, il controllo giudiziario non deve essere esteso al punto tale da ledere il diritto del datore di lavoro a compiere scelte imprenditoriali a salvaguardia della propria impresa.

Qual è quindi il ruolo del giudice dinanzi ad un licenziamento per motivo economico di cui all'art. L1233-3 del Code du Travail?

Va innanzitutto precisato che non vi è in Francia alcuna disposizione che limiti il sindacato giudiziale analoga all'art. 30 del Collegato Lavoro e, pertanto, l'analisi dei limiti del controllo giudiziario deve prendere a fondamento essenzialmente, oltre alla disciplina di cui all'art. L1233-3, l'esame della giurisprudenza che si è sviluppata sul punto.

L'esame delle sentenze della *Chambre Sociale* della *Cour de Cassation* ha evidenziato come il controllo sui licenziamenti per ragione economica sia, nella maggior parte dei casi, piuttosto limitato. Infatti, mentre si rileva un controllo serrato circa il rispetto da parte del datore di lavoro dell'obbligo di *reclassement*, un analogo rigore non si rinviene in relazione alla verifica della sussistenza del nesso causale tra la ragione economica (le difficoltà economiche, le mutazioni tecnologiche, la riorganizzazione) e la causa materiale alla base del licenziamento (ossia la soppressione del posto di lavoro, la mutazione delle condizioni contrattuali non accettate dal lavoratore...) ²¹⁴. In altri termini, i Giudici si sono spesso accontentati di verificare, al fine di ritenere legittimo il licenziamento per motivo economico, la sussistenza della causa materiale alla base del licenziamento e, al massimo, della ragione economica costituita dalle difficoltà economiche, la riorganizzazione... Al tempo stesso, i Giudici hanno sovente ritenuto illegittimo il

²¹⁴ In questo senso, BIED-CHARRETON, "Au nom de la liberté d'entreprendre (Les Arrêts "Pages jaunes")", in *Le Droit Ouvrier*, 2006, pag. 369, laddove l'Autore afferma che "De la sorte, on est arrivé au point que, en cette amnière, le caractère sérieux de la cause de licenciement n'est à l'heure actuelle plus contrôlée par le juge. Il n'a plus à recenser, ni si la réorganisation justifie les licenciements, ni si cette réorganisation est justifiée par une menace sur la compétitivité de l'entreprise, mais seulement si sont démontrées, d'une part, la réorganisation invoquée, et d'autre part, l'intention de l'employeur de sauvegarder sa compétitivité" ed ancora "Désormais, la cause de licenciement est subjective en ce qui concerne le rapport de causalité (l'employeur doit avoir l'intention de sauvegarder sa compétitivité sans avoir à en démontrer la nécessité). Le juge est privé de toute fonction de contrôle quant au rapport de causalité entre la réorganisation et la compétitivité, ainsi qu'entre la réorganisation et les licenciements. De même qu'elle n'a plus à être "objective" mais seulement "vérifiable", la cause de rupture n'a plus à être "sérieuse" mais seulement "réelle".

licenziamento laddove abbiano rilevato che il lavoratore avrebbe potuto essere *reclassé* in una diversa posizione all'interno della medesima azienda o di una società appartenente allo stesso gruppo.

Tuttavia, l'analisi della giurisprudenza maggioritaria non può ritenersi esaustiva, in quanto non mancano opinioni evolutive sostenute da coloro che, cercando di dare una rilettura di alcune esemplari sentenze rese dalla *Chambre Social* della *Cour de Cassation* negli ultimi anni, propongono di adottare un controllo maggiormente invasivo sul licenziamento per ragioni economiche.

Tali sentenze evidenziano non solo come debbano essere valutati tutti gli elementi di cui all'art. 1233-3 (la ragione economica, la causa materiale, il nesso causale tra la ragione economica e la causa materiale), nonché il rispetto dell'obbligo di *reclassement*, ma anche come ciascun elemento debba essere oggetto di valutazione da parte dell'organo giurisdizionale al fine di stabilire se sussista una *cause réelle et sérieuse* a fondamento del licenziamento.

Pertanto, secondo tale lettura, il controllo sulla serietà del motivo addotto dovrebbe svilupparsi in più direzioni. Innanzitutto il Giudice dovrebbe considerare la gravità della ragione economica. In tal senso, è interessante notare che la giurisprudenza d'oltralpe ha specificato a più riprese come le difficoltà economiche menzionate all'art. L. 1233-3 quali cause di giustificazione, debbano essere *sérieuse*, ossia debba essere aperta una procedura concorsuale²¹⁵ oppure debbano sussistere perdite finanziarie importanti²¹⁶. Pertanto, deve escludersi che le difficoltà economiche consistano in difficoltà poco importanti o temporanee²¹⁷. Al tempo stesso, si è consolidato in giurisprudenza l'orientamento secondo cui, tra le cause giustificative del licenziamento, accanto alle difficoltà economiche ed alle mutazioni tecnologiche, figurerebbe la riorganizzazione.

²¹⁵ Cass. Soc. 25 aprile 1990, in Bull. Civ., V, n. 191.

²¹⁶ Cass. Soc. 12 dicembre 1991, in Bull. Civ., V, n. 581.

²¹⁷ La giurisprudenza ha escluso, in particolare, che possano considerarsi validi quei licenziamenti volti a ridurre il costo del lavoro all'interno dell'impresa (Cass. Soc. 24 aprile 1990, in Bull. Civ., V, n. 182 e n. 183), la realizzazione di un volume d'affari medio (Cass. Soc. 6 luglio 1999, in JSL, 1999, n. 42-5), lo scopo di realizzare utili (Cass. Soc. 26 gennaio 1994 n. 91-45825; Cass. Soc. 22 ottobre 1991 n. 90-41680).

Il controllo circa l'esistenza di una ragione economica giustificativa risulta pacifico e viene eseguito sistematicamente da parte della magistratura in caso di impugnazione del licenziamento.

Vi è quindi da chiedersi quale altro controllo eserciti la giurisprudenza sul licenziamento per motivo oggettivo al fine di valutare l'effettiva serietà della causa addotta.

Come già anticipato, secondo la lettura data da alcuni interpreti in relazione ad alcune celebri sentenze rese in materia dalla *Chambre Social* della *Cour de Cassation*, i giudici non si limiterebbero a verificare l'esistenza di una ragione economica, bensì l'indagine dovrebbe essere approfondita al punto di valutare quale sia la finalità perseguita in quanto, solamente attraverso tale indagine, sarebbe possibile determinare se la causa giustificativa sia o meno reale e seria.

Si evidenziano diversi approcci alla questione²¹⁸. Secondo una prima tesi, la legittimità della decisione si rilevarebbe solamente in presenza di un'esigenza forte, ossia la riorganizzazione dev'essere mirata al fine della sopravvivenza dell'impresa ed, allo stesso modo, le difficoltà economiche, per essere considerate tali, devono essere così rilevanti da mettere in pericolo la sopravvivenza dell'impresa.

Una seconda tesi sosterebbe che sarebbe sufficiente un'esigenza debole, ossia la decisione datoriale sarebbe giustificata da qualunque ragionamento legato alla competitività, alla redditività dei capitali investiti ed alla produttività del lavoro. Tale tesi è stata ampiamente criticata, in quanto una simile interpretazione

²¹⁸ Il controllo del giudice, secondo LYON CAEN, è un controllo sulle ragioni. L'Autore afferma che "la chambre sociale de la Cour de Cassation a pris un double parti. D'une part elle a répudié la référence à l'intérêt de l'entreprise qui "ne permet pas de canaliser utilement les réorganisation". D'autre part, soucieuse de proposer positivement un standard plus explicite, elle a tenté de tracer un chemin a mi-pente, entre une exigence vigoureuse et une exigence lâche. L'exigence vigoureuse aurait consisté à n'admettre, comme raison, que la survie de l'entreprise. L'exigence lâche, condamnée chaque fois que le source de réaliser une économie, de privilégier la rentabilité, ou d'augmenter les profits, est tenu pour impropre à justifier une réorganisation, aurait consisté à accepter tout raisonnement qui ramène tant la compétitivité, exprimée dans un rapport entre le prix des marchandises ou services et le cout, que la rentabilité à la productivité du travail. Entre ces deux formulations des fins admissibles d'une réorganisation, la chambre sociale a élaboré une exigence tempérée, sous l'expression de "la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient" (LYON CAEN, "Note sur le pouvoir de direction et son contrôle", in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pag. 101).

terrebbe in considerazione esclusivamente gli interessi dell'impresa senza considerare in alcun modo i diritti del lavoratore.

La *Chambre Sociale* della Corte di Cassazione ha quindi elaborato una tesi intermedia, un'esigenza temperata, in forza della quale la decisione datoriale sarebbe legittima allorquando mirata alla "*sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du group auquel elle appartient*" oppure al risanamento di un'impresa in stato di difficoltà²¹⁹. Nello stesso modo, la riorganizzazione aziendale deve essere mirata alla salvaguardia della competitività dell'impresa, non potendo essere giustificata da un fine di profitto²²⁰.

Presupponendo che il controllo sui fini della decisione datoriale esercitato dal giudice si concluda con esito positivo, ossia lo stesso ritenga che il fine del datore di lavoro sia legittimo, è necessario capire se il giudice debba effettuare un controllo sulla decisione economica presa in vista di quel determinato fine, ossia se il giudice possa esercitare un controllo circa l'adeguatezza della misura adottata rispetto ad un determinato fine, applicando quindi al licenziamento il più generale paradigma del controllo sull'esercizio dei poteri datoriali. Alcune pronunce parrebbero autorizzare un controllo in questa direzione anche se, a ben vedere, il controllo giudiziario non è generalmente così approfondito in questo senso.

In primo luogo, quindi, bisogna capire se il giudice eserciti un controllo di necessità tra il mezzo adottato ed il fine perseguito, oppure un controllo modesto sulla ragionevolezza del mezzo adottato rispetto ad un determinato fine.

In altre parole, un controllo di necessità richiederebbe che la riorganizzazione sia necessaria alla salvaguardia della competitività dell'impresa, e non solamente una delle vie attraverso cui il medesimo scopo può essere raggiunto.

Nel contempo, la giurisprudenza (si prenda ad esempio il celebre arret SAT, il quale verrà approfondito nel prosieguo) si è pacificamente assestata sull'idea che

²¹⁹ LYON CAEN, "Le contrôle judiciaire du motif économique et ses turbulences", in *Droit Ouvrier*, 2007, pag. 156.

²²⁰ "Une réorganisation, lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économique ou à des mutations technologiques, ne peut constituer une cause économique de licenciement que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. N'est pas justifiée par une cause économique une réorganisation dictée par le souci d'augmenter les profits et celui de remettre en cause une situation acquise jugée trop favorable aux salariés" (Cass. soc. 30 settembre 1997, in *Droit Social*, 1997, note COUTURIER, pag. 1098.).

non competa al giudice la facoltà di sindacare l'una o l'altra scelta posta in essere dal datore di lavoro, cosicché la causa materiale/la decisione datoriale non sarebbe sindacabile. Tale scelta deve quindi semplicemente risultare adeguata rispetto all'obiettivo perseguito.

In definitiva, il Giudice, dinanzi allo *standard* della *cause réelle et sérieuse*, dovrebbe sempre esercitare un controllo sul fine e, talvolta, esercita un controllo circa l'adeguatezza del mezzo adottato rispetto al fine perseguito, senza tuttavia poter mai sindacare la proporzionalità, né tantomeno la necessità di detto mezzo rispetto al fine.

A titolo di esempio, si prenda la pronuncia resa dalla *Chambre Sociale* della *Cour de Cassation* in data 8 luglio 2009 n. 08-40.046²²¹. Nel caso in questione, un medico pediatra esperto in chirurgia infantile, assunto presso l'Hopital Saint Joseph, era stato licenziato per motivo economico in ragione della riorganizzazione dell'impresa ospedaliera. La riorganizzazione, in particolare, era consistita nella chiusura del servizio di pediatria e nell'implementazione delle attività nel settore geriatrico, oncologico, terapia intensiva e cardiologia, tutti più onerosi, nonché nella creazione di un polo nel quale era mantenuta la chirurgia infantile.

Ebbene, gli elementi che vengono in rilievo sono i seguenti: la causa materiale del licenziamento risiede nella soppressione del servizio di pediatria, la causa giustificativa risiede nella riorganizzazione, il fine perseguito dal datore di lavoro è la salvaguardia della competitività dell'impresa.

Il Giudice, al fine di controllare concretamente se la causa giustificativa sia seria e reale, ha quindi, per prima cosa, valutato se la riorganizzazione mirasse ad un fine legittimo. A tale quesito è stata data risposta positiva, in quanto la riorganizzazione mira alla salvaguardia della competitività dell'impresa. In secondo luogo, il Giudice deve procedere ad un controllo sui mezzi, ossia deve verificare l'adeguatezza della soppressione del servizio di pediatria con il fine della salvaguardia della competitività dell'impresa. Tuttavia, come più volte

²²¹ Arrêt 8 juillet 2009 n. 08-40.046, con nota di HALLER, "Le juge ne peut se substituer à l'employeur dans les choix de la mise en œuvre d'une réorganisation", in *Jurisprudence Sociale Lamy*, 2009, n. 263, pag. 13.

ribadito, il Giudice non può valutare la proporzionalità o la necessità della scelta effettuata rispetto al fine prefissato. La giurisprudenza ritiene infatti che ciò costituirebbe una sostituzione del giudice nel ruolo del datore di lavoro, ovvero, in altre parole, un'eccessiva lesione della *liberté d'entreprendre* di cui il datore di lavoro è titolare.

La Corte, infatti, pur ribadendo che il giudice è tenuto a valutare la serietà del motivo addotto, l'adeguatezza tra la misura economica dell'impresa e le misure afferenti all'impiego, ha anche affermato che il Giudice non può sostituirsi al datore per quanto riguarda le scelte che lo stesso compie per quanto concerne le misure messe in atto per la riorganizzazione “*S'il appartient au juge, tenu de contrôler le caractère sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi ou le contrat de travail envisagées par l'employeur, il ne peut pas se substituer à ce dernier quant aux choix qu'il effectue dans la mise en oeuvre de la réorganisation*” (Soc. 8 luglio 2009: RJS 10/09, n. 776).

Tale orientamento riprende integralmente quanto affermato nel celebre Arret SAT, reso dall'*Assemblée plénière* l'8 dicembre 2000²²², nonché dal *Conseil Constitutionnel* del 12 gennaio 2002²²³.

La Cassazione ha infatti preso una decisione netta in occasione dell'Arret SAT dell'8 dicembre 2000²²⁴, il quale, a distanza di quindici anni, ancora rappresenta

²²² Arret de l'Assemblée Plénière de la Court de Cassation 8 décembre 2000: Revue de Jurisprudence Sociale 2/01 n. 180, Bull. Civ. V n. 11.

²²³ Conseil Constitutionnel 12 janvier 2002: Revue de Jurisprudence Sociale 3/02 n. 275. Per la dottrina, LYON-CAEN, “Le droit du travail et la liberté d'entreprendre”, in *Droit Social*, 2002, pag. 258 e segg..

²²⁴ Sul caso SAT, *ex multis* WAQUET, “Quelques réflexions sur l'arret SAT en particulier et sur le licenciement économique en général”, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2001, pag. 567; JEAMMAUD, LE FRIANT, “Du silence de l'arret SAT sur le droit à l'emploi”, in *Droit Social*, 2001, pag. 417; ANTONMATTEI, “Le motif économique de licenciement: les limites du contrôle judiciaire”, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2001, pag. 95. Brevemente, il caso SAT: il datore di lavoro disponeva, tra gli altri, di due stabilimenti a Riom e Montereau. Al fine di salvaguardare la competitività dell'impresa, decide di operare una riorganizzazione aziendale in forza della quale avrebbe chiuso lo stabilimento di Riom, trasferito le attività presso il sito di Montereau e proceduto al licenziamento collettivo di 318 dipendenti. Presentato il progetto al comité d'entreprise, l'esperto da quest'ultimo designato evidenziava che il datore aveva inizialmente previsto tre ipotesi (la chiusura del sito di Riom; una riduzione dei dipendenti presso lo stabilimento di Riom, con 86 licenziamenti; il mantenimento dello stabilimento di Riom con specializzazione su determinati prodotti, con 213 licenziamenti). Presentavano ricorso 14 dipendenti al fine di ottenere l'indennità di licenziamento dovuta per mancanza di cause réelles et

un precedente fondamentale. In tale ipotesi il datore di lavoro aveva proceduto a licenziare 318 dipendenti in ragione di una riorganizzazione aziendale volta a salvaguardare la competitività dell'impresa. Lo stesso obiettivo, tuttavia, ad opinione degli esperti incaricati dal *comité d'entreprise*, poteva essere ottenuto attraverso soluzioni di riorganizzazione differenti, meno lesive degli interessi dei lavoratori. Per tale ragione, ritenendo che le soluzioni alternative avrebbero portato al licenziamento di un numero inferiore di lavoratori, la Corte d'Appello dichiarava insussistente la cause réelle et sérieuse. Tuttavia la *Chambre Sociale* della Cour de Cassation, rovesciando la decisione della Corte d'Appello, affermava che “*en statuant comme elle l'a fait, alors, d'une part, qu'elle reconnaissait que cette condition était remplie dans les trois hypothèses de réorganisation envisagées initialement par l'employeur, alors, d'autre part, qu'il ne lui appartenait pas de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles, la Cour d'Appel a violé les articles L321-1 et L122-14-3 du Code du Travail* » (Cass. Ass. Plén. 8 dicembre 2000 n. 97-44.219, D. 2001.1125, note J. Péliissier, in *Droit Social*, 2001.133, note A. Cristau, concl. P. De Caigny 126, RJS 2/2001, n. 180).

Nel caso SAT gli elementi che vengono in rilievo sono: il licenziamento collettivo, la causa materiale consistente nella chiusura dello stabilimento di Riom, la causa giustificativa consistente nella riorganizzazione, nonché il fine della salvaguardia della competitività dell'impresa.

L'*Assemblée plénière* della Corte di Cassazione, pertanto, dopo aver verificato che il fine della riorganizzazione era legittimo, essendo la stessa effettivamente necessaria alla salvaguardia della competitività dell'impresa, si poneva la questione della sindacabilità o meno, da parte dell'organo giurisdizionale, della scelta adottata dal datore di lavoro. Da un lato, l'*Assemblée plénière* sembra affermare nettamente che, laddove venga constatata una situazione in cui la competitività dell'impresa o di un settore di attività siano compromessi e i differenti progetti studiati dal datore rispondano all'esigenza di salvaguardia della

sérieuse. La Corte d'Appello di Riom data ragione ai dipendenti, ritenendo che il datore di lavoro “n' pas intégré dans ses calculs, comme elle en avait l'obligation, le concept de préservation de l'emploi et a donc excédé la mesure de ce qui était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité”.

competitività, il Giudice deve limitarsi a constatare che esiste un motivo economico *réel et sérieux*. In altre parole, la scelta di opportunità tra le diverse ipotesi spetta esclusivamente al datore di lavoro in ragione del potere d'iniziativa economica in capo allo stesso. Al Giudice, pertanto, non compete alcuna valutazione circa la proporzionalità della misura adottata rispetto al fine prefissato della salvaguardia della competitività dell'impresa, bensì un mero controllo circa l'adeguatezza dello strumento adottato (la chiusura dello stabilimento di Riom) rispetto al fine²²⁵.

Pertanto, il controllo di necessità deve riguardare la riorganizzazione, non la chiusura dello stabilimento, la quale è semplicemente uno dei mezzi possibili attraverso cui pervenire all'obiettivo. La scelta tra i molteplici mezzi possibili spetta quindi al datore di lavoro e non può essere soggetta ad alcun controllo di necessità né di proporzionalità. In tal senso, quindi, si perviene alla paradossale conseguenza per cui le soppressioni di posti di lavoro non devono essere necessarie, bensì è sufficiente siano coerenti con il fine perseguito. Tale interpretazione trova la ferma opposizione, non condivisa dalla giurisprudenza, di quanti ritengono che il controllo sulla *cause réelle et sérieuse* imponga di verificare la necessità di ogni singolo licenziamento (*“si la réorganisation nécessaire pour sauvegarder la compétitivité impose 86 suppression d'emplois, le juge ne peut pas déclarer réguliers 318 licenciements. Les 232 licenciements prononcés au-delà des nécessités de la sauvegarde de la compétitivité sont manifestement sans cause, du moins sans cause réelle et sérieuse”*)²²⁶.

Vi è peraltro da sottolineare che l'interpretazione offerta dall'arret SAT è stata consacrata qualche anno dopo dal *Conseil Constitutionnel*, laddove ha dichiarato la contrarietà alla Costituzione dell'art. 107 della *Loi sur la modernisation sociale*. L'art. 107 modificava il testo dell'art. L 321-1 del Code du Travail, sostituendo l'espressione *“difficultés économiques”* all'origine della causa materiale del licenziamento (quindi della soppressione del posto, della trasformazione del posto di lavoro o della modificazione del contratto di lavoro), con *“difficultés*

²²⁵ In tal senso, per la dottrina ANTONMATTEI, “Le motif économique de licenciement: les limites du control judiciaire”, in RJS, 2/2001, pag. 97.

²²⁶ PELISSIER, La cause économique du licenciement, in RJS 8-9/1992.527.

économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen". Con decisione del 12 gennaio 2002, il *Conseil Constitutionnel* dichiarava la disposizione contraria alla Costituzione, specificando in particolare, al considerando n. 49, che, prevedendo che il licenziamento economico dovesse essere giustificato esclusivamente da difficoltà economiche *sérieuse* non superabili attraverso altra soluzione, la legge induceva l'organo giurisdizionale non solo a controllare la causa giustificativa del licenziamento deciso dal datore di lavoro, quindi il fine della scelta datoriale, ma anche a sostituire il suo apprezzamento, il suo margine di valutazione, a quello del datore di lavoro nell'ipotesi in cui si prospettino possibili diverse soluzioni. Pertanto, il *Conseil Constitutionnel* ha ritenuto che la previsione di un tale controllo giudiziario sarebbe incostituzionale, in quanto avrebbe costituito una restrizione eccessiva della *liberté d'entreprendre* rispetto all'obiettivo del mantenimento dell'impiego. Il *Conseil Constitutionnel* ha realizzato quindi un bilanciamento tra i due valori in gioco, la *liberté d'entreprendre*, da un lato, e il diritto ad ottenere un posto di lavoro²²⁷, dall'altro, ritenendo che la limitazione alla *liberté d'entreprendre*, costituita dal controllo giurisdizionale sulla scelta datoriale, costituisca una restrizione eccessiva rispetto all'obiettivo perseguito.

È quindi lampante come il *Conseil Constitutionnel* attribuisca un ruolo preponderante alla *liberté d'entreprendre*, ossia ad un valore di matrice economica, rispetto al diritto sociale del mantenimento del posto di lavoro, pur sempre tutelato dall'art. 68 del Preambolo alla Costituzione del 1948.

Dall'esame delle pronunce giurisprudenziali predette, parte della dottrina giuslavoristica francese è giunta ad affermare che il controllo sulla causa *réelle et sérieuse* consista in un controllo sui fini, in quanto la decisione datoriale, per essere legittima, deve mirare ad un obiettivo di salvaguardia della competitività dell'impresa e non ad un mero obiettivo di profitto, nonché, parzialmente, in un controllo sui mezzi. In tal senso, il Giudice deve valutare la coerenza della decisione adottata rispetto al fine perseguito (ed in questo risiede quello che il codice e la dottrina comunemente chiamano "nesso causale", sebbene ciò sia

²²⁷ Il diritto ad ottenere un impiego rappresenta un valore costituzionale, previsto al comma 5 del Preambolo alla Costituzione del 27 ottobre 1946.

distante da una concezione di causalità dal punto di vista naturalistico), ma non può sindacare la scelta, nel senso che non può valutare la stretta necessità della singola decisione rispetto al fine perseguito, né può valutare se sussistano soluzioni differenti, magari meno invasive dei diritti dei lavoratori.

Dinanzi a questo quadro, ci si chiede se la disciplina sui licenziamenti economici possa, in parte, ritenersi in contrasto con quanto previsto dall'art. 1121-1 del Code du Travail in materia di esercizio dei poteri datoriali, a mente del quale, si rammenta, “*nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*”, in quanto il diritto ad ottenere (e mantenere) un impiego rappresenta un valore costituzionale, ai sensi del comma 5 del Preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946.

4. Il controllo del Giudice francese sulla *clause de mobilité* ed il diritto alla *vie personnelle*.

La *clause de mobilité* è una *clause de variation*, ossia una clausola contrattuale espressione del potere direttivo del datore di lavoro che, parimenti a quanto accade per la *clause de rémunération variable*²²⁸ piuttosto che per la *clause de non-concurrence*²²⁹, attribuisce al datore di lavoro il potere di modificare unilateralmente, nell'interesse dell'impresa, le condizioni contrattuali.

Nello specifico, la *clause de mobilité* attribuisce al Giudice il potere di modificare il luogo di lavoro del lavoratore senza che quest'ultimo possa opporvisi.

Brevemente, si sottolinea che tale clausola, la quale deve essere redatta per iscritto a pena di nullità e deve prevedere in maniera specifica l'area geografica di

²²⁸ Cass. soc., 27 febbraio 2001, in *Droit Social*, 2001, pag. 514; Cass. soc., 2 luglio 2002, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2002, 10, pag. 819; Cass. soc., 10 aprile 2013, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2013, 6, pag. 430.

²²⁹ Cass. soc., 22 giugno 2011, n. 09-68.762, in *LS*, 29 giugno 2011; Cass. soc. 16 maggio 2012, n. 11-10.760, note de GENIAUT, in *Revue de Droit du Travail*, 2012, pag. 488.

riferimento²³⁰, espone il lavoratore al rischio di essere licenziato qualora non accetti il trasferimento geografico.

La legge non definisce analiticamente quali siano i limiti della *clause de mobilité*, tuttavia nemmeno in tale caso il potere datoriale appare illimitato, in quanto lo stesso, come costantemente affermato dalla giurisprudenza, deve trovare il proprio fondamento nell'*intérêt de l'entreprise*²³¹ e deve sempre tenere in considerazione, anche qualora ciò non sia specificato all'interno della *clause de mobilité*, una serie di valori attinenti alla sfera più personale del lavoratore.

L'interesse dell'impresa, pertanto, dev'essere temperato e bilanciato con valori che attengono alla sfera personale del lavoratore, quale ad esempio la situazione personale e familiare dello stesso.

Infatti, se è vero che durante l'orario di lavoro e sul luogo di lavoro il lavoratore è subordinato al datore di lavoro, la dottrina si è a lungo interrogata sulla situazione del lavoratore al di fuori dell'orario di lavoro. Prima del 1992, il principio fondamentale era quello secondo cui, al di fuori del tempo e del luogo di lavoro, il lavoratore era libero di comportarsi come meglio credeva e, pertanto, non poteva giustificarsi un licenziamento sulla base di un comportamento tenuto al di fuori dell'orario di lavoro. Questa parte di autonomia del lavoratore era chiamata "*vie privée*". Nel corso degli anni, tuttavia, nonostante il concetto di vita privata all'esterno dell'impresa sia stato consacrato come diritto di tutti i lavoratori, la giurisprudenza ha considerato legittime talune limitazioni di detto principio in nome dell'interesse dell'impresa²³² (si pensi ad esempio all'incarcerazione

²³⁰ Cass. soc., 28 avr. 2011, no 09-42.321 ; Cass. soc., 24 janv. 2008, no 06-45.088.

²³¹ "La mobilité doit être dictée par un motif objectif lié à l'intérêt de l'entreprise et non par des considérations étrangères au bon fonctionnement de cette dernière" (Cass. soc., 23 janv. 2002, no 99-44.845). Inoltre, "la mise en œuvre de la clause ne doit pas être justifiée par des motifs discriminatoires tels que l'état de santé du salarié" (Cass. soc., 30 mars 2011, no 09-71.542).

²³² Esempi di interferenza tra vita privata e rapporto di lavoro sono proposti nel celebre *Arret Roy* (Cass. Ass. Plen. 19 maggio 1978, *Roy c/ Association Populaire St. Marthe*: Bull. Civ. n. 1 pag. 1), in occasione del quale la Corte di Cassazione ha dovuto pronunciarsi sul caso di un'istitutrice di una scuola cattolica privata che era stata licenziata per aver divorziato, nonché nell'*Arret Fischer* (Cass. Soc. 20 novembre 1986 n. 2308, *Eglise Réformé de France c/ Roy*: Bull. Civ. V pag. 420 n. 555).

preveniva in ragione di reati commessi al di fuori dell'esercizio dell'attività aziendale²³³).

A partire dagli anni '90, all'espressione "*vie privée*" si è affiancata quella di "*vie personnelle*", la quale ha un'accezione più estesa della prima²³⁴. La dottrina ha evidenziato che mentre la *vie privée*, tutelata dall'art. 9 del Code Civile e dall'art. 8 della CEDU, riguarda essenzialmente l'intimità della vita umana (si pensi all'inviolabilità del domicilio, alla segretezza ed all'inviolabilità della corrispondenza...), la "*vie personnelle*" comprende la *vie privée*, ma include altri aspetti della vita del lavoratore che non sono riservati, bensì attengono alla vita pubblica dello stesso al di fuori del suo orario di lavoro (i luoghi pubblici che frequenta, i partiti politici cui aderisce, le opinioni che esprime...). secondo autorevole dottrina, dunque, "*l'ensemble des faits et gestes du salarié en dehors et du temps et du lieu de travail appartient à sa vie personnelle*"²³⁵.

Tornando alla questione della legittimità della *clause de mobilité*, in occasione dell'Arret Rochin del 18 maggio 1999²³⁶, la *Chambre Social* della Corte di Cassazione ha deciso che era da ritenersi abusivo il comportamento di un datore di lavoro che avesse utilizzato la *clause de mobilité* trascurando completamente le conseguenze sulla *vie personnelle*, imponendo quindi al lavoratore un

²³³ In occasione dell'Arret Beauvais (Cass. Soc. 9 ottobre 1980, n. 2172, Ets. Debure c/ Beauvais: Bull. Civ. V pag. 534 n. 725), la Corte di Cassazione ha dovuto affrontare la questione di un lavoratore, assunto con l'incarico di autista, che, al di fuori dell'orario di lavoro, aveva sparato dei colpi di pistola verso i passanti dalla sua finestra e, successivamente, bloccato dalle forze dell'ordine, aveva ferito un agente ad una gamba. Rilasciato dopo pochi giorni, riceveva comunque lettera di licenziamento da parte del proprio datore di lavoro. La Corte di Cassazione riformava la sentenza formulata dalla Corte d'Appello di Amiens, la quale aveva ritenuto che il licenziamento non fosse provvisto di cause réelles et sérieuses in quanto il comportamento si era perpetrato al di fuori dell'orario e della sede di lavoro. La Corte di Cassazione ha invece fatto prevalere l'interesse dell'impresa sulla vita privata del lavoratore, evidenziando che il comportamento posto in essere doveva ritenersi pericoloso, anche in ragione del fatto che la mansione di autista richiedeva frequenti contatti del lavoratore con la clientela.

²³⁴ WAQUET, "Vie personnelle et vie professionnelle du salarié", 1994, in Les Chaiers Sociaux du Barreau de Paris, n. 64, pag. 289 e segg.; WAQUET, "La vie personnelle du salarié", in Mélanges en l'honneur de Jean-Maurice Verdier, Dalloz, pag. 513.

²³⁵ WAQUET., "Les libertés dans l'entreprise", in Revue de Jurisprudence Sociale, 2000, pag. 340.

²³⁶ Riepilogando brevemente i fatti che hanno dato origine all'Arret Rochin, il signor Rochin stato assunto nel 1986 con un contratto che prevedeva una *clause de mobilité*. Nel 1994 il datore di lavoro chiedeva al signor Rochin di trasferirsi a Tourcoing per un nuovo incarico. In seguito al rifiuto del lavoratore, la cui moglie era incinta di 7 mesi, lo stesso veniva quindi licenziato per colpa grave. La Corte di Cassazione riteneva illegittimo l'esercizio del potere datoriale in quanto contrario alla buona fede contrattuale, considerato peraltro che il medesimo posto di lavoro avrebbe potuto essere ricoperto da altri lavoratori che non si trovavano nella medesima situazione familiare.

trasferimento immediato laddove lo stesso si trovava in una situazione familiare critica, quale deve ritenersi l'avanzato stato di gravidanza della moglie²³⁷. A tale proposito, “*l’employeur tenu d’exécuter de bonne foi le contrat de travail ne doit pas abuser du droit qui lui est reconnu de mettre en œuvre la clause de mobilité*”.

Con l’arret Rochin, la Corte ha legittimato un controllo ampio da parte del Giudice circa l’utilizzo dei poteri datoriali, tant’è che ha ritenuto che il controllo non dovesse fondarsi esclusivamente sulla sussistenza o meno delle ragioni oggettive alla base dell’interesse dell’impresa, ma anche sulle condizioni d’uso del potere. In altre parole, la Corte, a tale proposito, ha ritenuto abusivo l’esercizio della *clause de mobilité* non tanto per la violazione di una specifica disposizione contrattuale, quanto in ragione della contrarietà della condotta datoriale alla buona fede contrattuale. La buona fede comporta infatti che il giudice tenga in considerazione, al fine di valutare la legittimità dell’interesse dell’impresa all’esecuzione della *clause de mobilité*, le conseguenze della modifica sulla situazione personale e familiare del lavoratore. In altre parole, la buona fede porta ad introdurre gli elementi della *vie personnelle* nel controllo giudiziario relativo all’applicazione di una *clause de mobilité*²³⁸. Pertanto, il datore di lavoro deve innanzitutto concedere al lavoratore un periodo di preavviso²³⁹ nel corso del quale lo stesso possa organizzare la propria vita personale e familiare, la durata del quale, come confermato dalla giurisprudenza, dipenderà dalle circostanze del caso concreto (l’esistenza di mezzi di trasporto per recarsi al lavoro, carichi di famiglia, distanza geografica tra il luogo d’origine e di destinazione...). Inoltre, come confermato dall’arret Rochin, la giurisprudenza ha ritenuto contrario a buona fede il comportamento di un datore di lavoro che ordini il trasferimento di un lavoratore laddove lo stesso si trovi in una situazione familiare critica, così come il trasferimento presso una sede a circa 150 chilometri dal domicilio del lavoratore,

²³⁷ “L’abus est reconnu pour l’employeur qui ordonne au salarié dont l’épouse est enceinte de 7 mois, qui se trouve dans une situation familiale critique, un déplacement immédiat dans un poste qui peut être pourvu par d’autres salariés”.

²³⁸ VIGNEAU, “L’imperatif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail”, in *Droit Social*, pag. 706 e segg.

²³⁹ “Le fait d’informer un salarié de la mise en œuvre d’une clause de mobilité pour le lendemain traduit de la part de l’employeur un défaut de respect d’un délai de prévenance et l’absence de bonne foi dans la mise en œuvre de la clause” (Cass. soc., 3 mai 2012, no 10-25.937).

non servita da trasporti comuni qualora il lavoratore non sia munito di un proprio mezzo di trasporto o lo stesso non gli venga messo a disposizione dal datore di lavoro²⁴⁰. In tale ottica, con l'arret del 10 gennaio 2001, la *Chambre Social* della *Court de Cassation* ha ritenuto abusiva una *clause de mobilité* laddove un lavoratore fosse stato trasferito ad un altro luogo di lavoro senza che gli venissero assicurati i mezzi per recarvisi nel caso, in assenza di trasporti pubblici funzionanti in concomitanza con gli orari di entrata e di uscita dal lavoro.

Inoltre, l'attuazione della *clause de mobilité* non deve recare danno alla vita familiare e personale del lavoratore, salvo i casi in cui la lesione sia resa necessaria dalla mansione da compiere e proporzionata allo scopo ricercato ai sensi dell'art. 1121 del Code du Travail²⁴¹. A mero titolo esemplificativo, la *Chambre Sociale* della *Cour de Cassation* ha affermato che il giudice valuterà legittima l'esecuzione della *clause de mobilité* che leda il diritto alla vita personale e familiare di un lavoratore vedovo ed solo con due bambini piccoli, solamente laddove tale lesione risulti giustificata dalla mansione da compiere e proporzionata allo scopo ricercato e laddove la modifica degli orari giornalieri di lavoro sia compatibile con le obbligazioni familiari²⁴². Ed ancora, "*lorsqu'elle emporte une atteinte injustifiée et disproportionnée à son droit fondamental à la vie personnelle et familiale, le salarié peut légitimement refuser la mise en œuvre de la clause de mobilité*"²⁴³.

²⁴⁰ Cass. soc., 25 mars 2009, no 07-45.281.

²⁴¹ Cass. soc., 14 oct. 2008, no 07-40.523.

²⁴² Cass. soc., 13 janv. 2009, no 06-45.562.

²⁴³ Cass. soc., 17 oct. 2012, no 11-18.029.

PARTE II

**IL POTERE GIUDIZIALE NELL'INTERPRETAZIONE DELLE
CLAUSOLE GENERALI**

Capitolo I

L'APPLICAZIONE DELLE CLAUSOLE GENERALI. IL TIPO DI CONTROLLO ESERCITATO DAL GIUDICE DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. L'incidenza delle clausole di buona fede e correttezza sull'esercizio dei poteri datoriali (obbligo di motivazione della decisione; criteri di scelta nel licenziamento collettivo; obbligo di informazione; licenziamento *ad nutum*; promozioni e note di qualifica). - 2. La giusta causa, il giustificato motivo soggettivo ed il dibattito sul fatto. - 3. Il giustificato motivo oggettivo e le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa. - 4. La disciplina delle mansioni, il superamento del concetto di "equivalenza" e la "modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore". - 5. Il trasferimento del lavoratore e le "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive".

1. L'incidenza delle clausole di buona fede e correttezza sull'esercizio dei poteri datoriali (obbligo di motivazione della decisione; criteri di scelta nel licenziamento collettivo; obbligo di informazione; licenziamento ad nutum; promozioni e note di qualifica).

L'esame dei limiti al potere datoriale all'interno del sistema positivo, mette in evidenza come, a fronte di una molteplicità di limiti estrinseci ed esterni²⁴⁴, la cui applicazione pare evidente ed indubitabile, vi siano invece situazioni in cui l'ordinamento positivo presenta delle lacune, ossia ambiti rispetto ai quali i poteri del datore di lavoro sembrano potersi esercitare liberamente.

In tali ipotesi, l'unico accertamento giudiziario possibile pare essere quello concernente l'esistenza di motivi discriminatori, di cui all'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, o antisindacali, di cui all'art. 28, o ancora di motivi illeciti, di cui

²⁴⁴ Sull'accezione da attribuire a tali termini, si rinvia al capitolo sub 2.1.

all'art. 1345 del Codice Civile, o, ancora, la violazione delle regole di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 del Codice Civile. L'interprete, infatti, in tale ipotesi, ha spesso fatto ricorso alle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 del Codice Civile, le quali "impongono (...) una motivazione razionale dei provvedimenti *latu sensu* discriminatori"²⁴⁵, ossia consentono di "riconduurre entro margini di ragionevolezza e di contemperamento degli interessi il potere datoriale"²⁴⁶.

Tale strumento, che si colloca evidentemente nell'alveo del diritto privato ed al quale si ha già fatto cenno nei capitoli precedenti, potrebbe teoricamente essere trasposto nel diritto nel lavoro nello stesso modo in cui tutte le disposizioni generali che regolano il rapporto obbligatorio civilistico possono trovare applicazione nella disciplina speciale del diritto del lavoro. Lo strumento delle clausole generali è stato infatti utilizzato nel corso degli anni dalla giurisprudenza allo scopo di integrare e precisare il disposto legislativo e negoziale, soprattutto laddove, mancando esplicite previsioni normative, il potere datoriale sembra potersi estrinsecare con assoluta discrezionalità.

Analizzando primariamente lo strumento, quindi la nozione di buona fede, si osserva come l'art. 1175 del Cod. Civ. prevede che per tutta la durata del rapporto obbligatorio tanto il debitore quanto il creditore (quindi tanto il datore di lavoro quanto il lavoratore) devono comportarsi secondo correttezza. La disposizione di cui all'art. 1175 del Cod. Civ. è evidentemente connessa con l'art. 1375 del Cod. Civ.²⁴⁷ che, in materia contrattuale, prevede l'obbligo di comportarsi secondo

²⁴⁵ ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 209.

²⁴⁶ PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2002, p. 3.

²⁴⁷ A ben vedere, la giurisprudenza e la dottrina hanno ritenuto che la correttezza e la buona fede rappresentino un concetto unitario e possano quindi essere utilizzate come sinonimi. Dalla lettura del Codice Civile si ravvisa una possibile separazione concettuale tra i due termini, in quanto la buona fede trova la propria formulazione all'interno dell'art. 1375, ossia in ambito negoziale, mentre la correttezza è contemplata all'art. 1175 del Codice Civile, il quale, nella sua formulazione originaria, imponeva al debitore ed al creditore di comportarsi secondo le regole della correttezza in relazione ai principi della solidarietà corporativa. Pertanto, si evidenzia come la correttezza dovesse rappresentare una previsione generale ancorata ai principi della solidarietà corporativa. Tuttavia, dall'inizio della fase post-corporativa e quindi dall'abrogazione del rinvio ai valori corporativi per opera del d.d.l. 14 settembre 1944, n. 287, sembra non esservi più ragione di tenere distinti i due concetti, tant'è che viene sovente utilizzato il termine clausola generale di correttezza e buona fede, pur essendo i due concetti contenuti in realtà in due distinte previsioni. Sul punto, per la giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 30 luglio 2004, n. 14605; Cass. 18 ottobre 2004, n. 20399.

buona fede, nonché con l'art. 1336 del Cod. Civ. in materia di interpretazione del contratto e con con l'art. 1337 del Cod. Civ. in materia di svolgimento delle trattative. La buona fede è intesa quindi in senso oggettivo²⁴⁸, in quanto impone alle parti di ispirare il proprio comportamento a regole di correttezza e lealtà in tutte le fasi del rapporto negoziale, al fine di rendere possibile il corretto adempimento dell'obbligazione da parte del contraente²⁴⁹. La giurisprudenza civilistica ritiene, adottando un'interpretazione evolutiva, che la nozione oggettiva di buona fede si fondi su un principio generale di solidarietà sociale sancito all'art. 2 della Costituzione. Secondo tale lettura, i principi di correttezza e buona fede, ispirati all'art. 2 della Costituzione, servono a considerare l'autonomia privata come uno strumento per far sì che il perseguimento dell'interesse delle parti, si ispiri ai valori dell'ordinamento. Si tratta di un'evoluzione che attribuisce all'organo giudiziario un potere rilevante, consentendo allo stesso di sindacare il regolamento negoziale.

La funzione della correttezza e della buona fede è stata ampiamente dibattuta non solo nella dottrina giuslavoristica, ma anche in quella civilistica, laddove si è riscontrato che il ricorso a tali clausole può teoricamente essere duplice: da un lato esse possono essere considerate semplici criteri di valutazione del corretto

Per la dottrina, *ex multis*, ZOLI, *op. cit.*, p. 218; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile (voce)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Dir. Civ.*, 1988, p. 170.

²⁴⁸ A differenza della buona fede oggettiva, la buona fede intesa in senso soggettivo consiste nello stato psicologico del soggetto che ignora di ledere un altrui diritto. La buona fede soggettiva è quella che connota disposizioni quali l'art. 1147 del Codice Civile, in materia di possesso e di invalidità contrattuale, in cui si fatto salvi i diritti dei terzi acquistati in buona fede.

²⁴⁹ La giurisprudenza ha definito la buona fede *in executivis* affermando che “*la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del “neminem laedere”, trovando tale impegno solidaristico il suo limite unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto pertanto al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte sino a che essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico; ne consegue che deve ritenersi illegittimo il diniego opposto dal datore di lavoro, in violazione di tali obblighi, alla domanda di trasferimento del lavoratore (nella fattispecie, è stato ritenuto contrario al dovere di correttezza e buona fede e, quindi, illegittimo il rifiuto opposto dal datore di lavoro alla domanda di trasferimento del lavoratore - motivata da esigenze di carattere familiare meritevoli di tutela - da Milano a Catania, sul rilievo che il datore di lavoro, avendo proceduto in concomitanza della domanda di trasferimento a nuove assunzioni nella sede di destinazione per le stesse mansioni e qualifiche del lavoratore interessato, avrebbe potuto procedere al trasferimento richiesto senza alcun apprezzabile sacrificio)” (Trib. Milano, 15 luglio 2009, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2009, 4, p. 1000).*

adempimento²⁵⁰, dall'altro sono vere e proprie fonti di integrazione o correzione del regolamento negoziale²⁵¹.

Ebbene, un primo orientamento, sostenitore di quella che è stata definita "teoria valutativa", che ha governato la giurisprudenza sviluppatasi fino agli anni '80 del secolo scorso, ritiene che la buona fede rappresenti un criterio di valutazione del comportamento che le parti hanno tenuto nel corso dello svolgimento del rapporto negoziale. La buona fede, in tal senso, è connessa alla fase dinamica del rapporto obbligatorio ed interviene *ex post* al fine di valutare il comportamento adottato dalle parti nell'esecuzione del contratto.

Un secondo orientamento, invece, sostenitore della c.d. "teoria precettiva", risale a tempi più recenti e ritiene che l'obbligo di buona fede e correttezza non operi *ex post*, bensì comporti il generarsi di nuove obbligazioni in capo alle parti del rapporto obbligatorio fin dalla nascita dello stesso. In altri termini, la buona fede comporterebbe la costituzione di nuovi obblighi e nuove regole di condotta in capo al datore di lavoro ed al lavoratore.

A tali orientamenti corrisponde l'utilizzo del principio di buona fede *in executivis* come regola di condotta piuttosto che come criterio di validità del negozio. In altri termini, mentre alle regole di condotta cui le parti sono tenute in virtù di espressi obblighi previsti dall'ordinamento corrispondono autonome azioni di adempimento e risarcitorie, le quali possono talvolta portare a pronunce di nullità, agli obblighi autonomi nascenti dalle clausole generali di correttezza e buona fede potrebbe corrispondere esclusivamente un'azione di risarcimento del danno. A tale proposito, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con pronunce n. 26724 e n. 26725 del 2007, hanno affermato che la violazione delle regole di correttezza e buona fede non può comportare la nullità del contratto, salvo l'ipotesi in cui vi sia una norma che prevede espressamente la nullità²⁵².

²⁵⁰ Per la dottrina, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Messineo (diretto da), *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1974, p. 2 ss., e II, 1984, p. 80 ss.; nello stesso senso MAZZOTTA, *La resistibile ascesa della parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *Foro It.*, 1993, I, p. 1794.

²⁵¹ Per la dottrina, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.

²⁵² In tal senso "in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (c.d. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità

Guardando specificamente al diritto del lavoro, si osserva come la clausola generale di buona fede, di cui all'art. 1124 dell'abrogato Codice Civile, abbia fortemente contribuito a forgiare gli istituti del moderno diritto del lavoro, legittimando una prassi creativa della giurisprudenza²⁵³. Il contratto di lavoro, infatti, essendo collocato nel *genus* locatizio, rientrava nei *negotia bonae fidei*, i quali si connotavano per il loro carattere etico. In tale contesto, dinanzi ad un apparato normativo ancora esiguo, si riteneva che la disciplina del contratto di lavoro dovesse essere arricchita grazie all'attività interpretativa dell'organo giuridario, il quale utilizzava la clausola di buona fede, per sua natura estremamente flessibile, tanto per colmare le lacune della disciplina di diritto positivo, tanto per offrire un supporto al richiamo dell'equità quale elemento integrativo del contenuto obbligatorio²⁵⁴. Si assistette dunque ad una fase del diritto del lavoro connotata dall'utilizzo buona fede, che era stato definito da celebre dottrina come "polmone ossigenatore" del diritto delle obbligazioni²⁵⁵,

*e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 Legge n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418 comma 1 c.c., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso" (Cass. Sez. Unite 19 dicembre 2007, n. 26724, con nota FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle Sezioni Unite*, in *Giust. Civ.*, 2008, 12, p. 2775, con nota NAPPI, *Le Sezioni Unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. Civ.*, 2008, 5, I, p. 1175, con nota CORRADI, *Brevi riflessioni sui profili probatori e risarcitori in tema di responsabilità da inadempimento dell'intermediario finanziario*, in *Borsa Banca Titoli di Credito*, 2010, 6, II, p. 686).*

²⁵³ Sull'utilizzo della clausola generale di buona fede all'origine del diritto del lavoro, PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2002, p. 4 ss.; BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Librai, Milano, 1901, p. 561 ss.; CORRADINI, *Il criterio di buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 396 ss.; CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, p. 239 ss..

²⁵⁴ PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2002, p. 5.

²⁵⁵ BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Librai, Milano, 1901, p. 561.

tanto in relazione al contratto individuale di lavoro²⁵⁶, tanto in relazione alla disciplina delle relazioni industriali²⁵⁷.

Con l'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 e l'avvento del periodo post-corporativo, tuttavia, il diritto del lavoro inizia ad avere una disciplina maggiormente composita e, pertanto, la clausola di buona fede e correttezza (ora prevista, come noto, all'art. 1175 del Cod. Civ.) sembra assumere la funzione di arricchire e completare le previsioni esistenti. In una prima fase, tuttavia, la clausola venne utilizzata in un'unica direzione, ossia per arricchire il contenuto dell'obbligazione del lavoratore²⁵⁸, senza che a ciò corrispondesse alcun sacrificio, in ragione della medesima clausola generale, in capo alla parte datoriale. In questo senso, si è sviluppata quella giurisprudenza che attribuisce al lavoratore non solo obblighi strumentali rispetto all'espletamento della prestazione lavorativa, quali ad esempio l'obbligo di cura degli strumenti di lavoro, ma anche obblighi accessori autonomi, quale ad esempio l'obbligo del lavoratore di non ostacolare la propria guarigione durante il periodo di malattia.

Tuttavia, nel periodo post-corporativo non si assistette ad un utilizzo bilaterale della clausola di buona fede, in quanto, all'ampiamiento della sfera di responsabilità del lavoratore non corrispose un analogo ampiamiento della sfera di responsabilità datoriale, se non limitatamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro, in quanto si riteneva che gli obblighi trovassero già compiuta disciplina nella fonte legale o contrattuale.

Proprio in ragione di tale disparità, la buona fede iniziò a perdere la sua originaria funzione di strumento in grado di riequilibrare e rendere "giusto" il rapporto

²⁵⁶ Si pensi, ad esempio, alla genesi degli obblighi di sicurezza in capo al datore di lavoro.

²⁵⁷ In merito all'utilizzo della buona fede rispetto alle relazioni industriali, un ruolo importante è stato rivestito dalla stessa clausola in relazione ai limiti al diritto di sciopero. La clausola in questione imponeva infatti ai lavoratori scioperanti di impiegare le "cautele stabilite dalle consuetudini" e dalla giurisprudenza dei probiviri, volte a contemperare la libertà di scioperare con la libertà del datore di lavoro (si pensi, ad esempio, all'obbligo di comunicare al datore di lavoro il proposito di voler scioperare).

²⁵⁸ In relazione agli obblighi del prestatore di lavoro, si veda, su tutti, MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957. Per la giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 28 settembre 2016, n. 19187, in *Dir. Giust.*, 2016; Cass. 21 settembre 2016, n. 18507, in *Dir. Giust.*, 2016; Cass. 29 novembre 2012, n. 21253, in *Guida al diritto*, 2013, 2, p. 73; Cass. 1 luglio 2005, n. 14046, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, p. 6.

contrattuale e ad essere quindi piuttosto considerata come uno strumento colpevole di accentuare la disparità tra le parti del rapporto²⁵⁹.

Attorno agli anni '70 del secolo scorso, la dottrina e la giurisprudenza giuslavoristiche si trovarono dinanzi al dibattito civilistico attorno all'annoso tema dell'utilizzo della buona fede in funzione di controllo dei poteri privati²⁶⁰. In tale ottica, si osservò una prima apertura rispetto all'utilizzo della clausola di correttezza e buona fede come limite al potere privato, rispetto al quale un ruolo significativo può essere attribuito alla pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 2 novembre 1979, n. 5688, laddove per la prima volta venne riconosciuta l'utilizzabilità della clausola come parametro di controllo della discrezionalità²⁶¹.

Sulla scia di tale pronuncia, la quale sembrava aver generato un vero e proprio cambio di rotta nel panorama dei limiti ai poteri datoriali, si sviluppò un filone giurisprudenziale favorevole ad utilizzare le clausole di correttezza e buona fede in determinati contesti, al fine di esercitare un controllo su atti apparentemente insindacabili (si pensi ai criteri di promozione, alle note di qualifica, ai criteri di scelta del personale da licenziare o da porre in Cassa Integrazione...). Pertanto, i campi nei quali si trovarono ad operare le clausole di correttezza e buona fede furono quelli in cui il potere datoriale si concretizza in una selezione di soggetti

²⁵⁹ In relazione all'utilizzo della buona fede quale strumento idoneo ad arricchire il contenuto dell'obbligazione del lavoratore, si veda SAFFIOTTI, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 212. L'Autrice sostiene che il contratto di lavoro "non è suscettibile di rimodulazioni che rendano più onerosa la posizione del lavoratore".

²⁶⁰ "Nella letteratura giuridica italiana la questione delle clausole generali ha suscitato interesse più intenso e convinto da parte della dottrina civilistica. Questo spiega perché siano ancora i cultori del diritto civile a interrogarsi oggi sulle fortune e gli esiti di un'attenzione che, oggi notevolmente scemata, costituì tra i sessanta e i settanta l'avventura culturale forse più attraente e fascinosa per le generazioni giovani che in quegli anni si affacciavano all'arengo del dibattito scientifico" (CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 21).

²⁶¹ "La circostanza che determinati atti e comportamenti di un ente pubblico economico, nell'ambito della gestione del rapporto di lavoro con i propri dipendenti, siano caratterizzati da meccanismi di valutazione o scelta con margini di discrezionalità, come nel caso dei provvedimenti disciplinari e dei provvedimenti in materia di progressione in carriera, non osta a che il giudice ordinario, cui sono devolute le controversie inerenti a quel rapporto di lavoro, sia competente a sindacare la legittimità di tali atti e comportamenti, sia in relazione alle regole generali della correttezza fissate dall'art. 1175 c.c. sia in relazione al rispetto delle prescrizioni formali e sostanziali dettate dalla legge o dalla contrattazione collettiva, atteso che i medesimi configurano espressione non di un potere amministrativo, in collegamento con la difesa di superiori interessi di ordine generale, ma di un potere privatistico, del tutto analogo a quello spettante a qualsiasi altro imprenditore nel settore del lavoro privato" (Cass. Sez. Unite 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979, 11).

che si troveranno a beneficiare di vantaggi (come nel caso della promozione di personale), oppure a subire uno svantaggio (come nel caso della scelta del lavoratore da licenziare o da collocare in Cassa Integrazione), oppure, ancora, qualora il datore di lavoro possa compiere una scelta per sua stessa natura discrezionale (come nell'ipotesi dell'attribuzione di note di qualifica). In tal senso, pertanto, il ricorso alle clausole di correttezza e buona fede permette all'organo giudiziario di compiere una verifica rispetto alla scelta compiuta dal datore di lavoro, la quale, pertanto, pur essendo discrezionale, deve conformarsi a canoni di ragionevolezza e congruità dei mezzi adottati rispetto al fine perseguito.

Un ulteriore settore interessato dall'utilizzo della clausola di correttezza e buona fede fu quello del riconoscimento di incentivi economici *ad personam*, laddove la Corte Costituzionale, con la sentenza del 22 febbraio 1989, n. 103, ha segnato il punto più alto di una parabola poi discendente rispetto all'utilizzo delle clausole generali di correttezza e buona fede in funzione di limiti ai poteri datoriali. La Consulta, in particolare, sembrò giungere ad affermare un principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro, sostenendo che “il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana”²⁶². Sulla scorta di tale pronuncia, la Cassazione giunse ad affermare che “la totale assenza di apprezzabili e giustificate motivazioni delle differenziazioni importa una violazione dei principi di buona fede e correttezza con conseguenze risarcitorie a ristoro dei danni subiti dai lavoratori esclusi dai trattamenti economici privilegiati”²⁶³. Tuttavia, l'inizio della parabola discendente

²⁶² La Corte Costituzionale, con pronuncia del 22 febbraio 1989, n. 103, in *Giust. Civ.*, 1989, p. 1297 affermava inoltre che “sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli”.

²⁶³ Cass. 8 luglio 1994, n. 6448, con nota BOLEGO, *Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento retributivo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, p. 304, con nota BIANCHI D'URSO, *Clausole generali e parità di trattamento: un connubio difficile*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, p. 535. Con pronuncia del 29 maggio 1993, n. 6030, la Suprema Corte giungeva invece ad “(...) escludere che un principio di parità di trattamento discendente dall'art. 3 della Costituzione, sia rinvenibile nel governo fatto dalla giurisprudenza del dovere di correttezza e buona fede nel

è segnato da una giurisprudenza che non solo fa marcia indietro rispetto all'obbligo di parità di trattamento, ma che giunge anche ad escludere che le clausole di correttezza e buona fede creino autonome obbligazioni in capo al datore di lavoro²⁶⁴. In tal senso, alle clausole generali viene attribuita una semplice funzione accessoria di sussidio interpretativo, utile a determinare quali siano in concreto i comportamenti ex lege prescritti da una norma specifica, ma non rivestono alcuna funzione integrativa.

A tali orientamenti giurisprudenziali sono corrisposte opinioni dottrinali discordanti. Da un lato, si pone la tesi secondo cui è proprio attraverso l'applicazione delle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 del Codice Civile che la giurisprudenza ha dimostrato di voler penetrare più a fondo la logica interna del potere, ossia esercitare un controllo sui motivi ed i fini dell'azione del datore di lavoro. Le clausole generali porrebbero quindi un limite all'esercizio del potere da parte dell'imprenditore, essendo lo strumento attraverso cui viene imposto allo stesso che gli atti giuridici siano compatibili con gli equilibri generali dell'ordinamento. La clausola di correttezza e buona fede avrebbe quindi la funzione precipua di "generare obblighi integrativi o accessori del regolamento contrattuale – diretti, quindi, ad arricchire il contenuto dell'obbligazione -, non di duplicare o assistere obblighi già esistenti e di per sé vincolanti"²⁶⁵. Inoltre, si ritiene che mentre le clausole generali di correttezza e buona fede rappresentano un limite estrinseco ed esterno laddove concepite nella loro accezione più ristretta, ossia come mero criterio di valutazione del comportamento, rappresenterebbero un limite intrinseco laddove concepite come fonti di integrazione del regolamento negoziale²⁶⁶.

rapporto di lavoro (artt. 1175 e 1375 cod.civ.)" (Cass. Sezioni Unite 29 maggio 1993, n. 6030, in *Foro it.*, 1993, I, p. 1794.).

²⁶⁴ A tale proposito, la Cass. 24 giugno 1995, n. 7190, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, p. 370, affermava che le clausole generali di correttezza e buona fede non rilevano come fonte di autonome obbligazioni "bensì o come modalità di generico comportamento delle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritti e obblighi, oppure come comportamento dovuto in relazione a specifici obblighi di prestazione, laddove il datore di lavoro nella esplicazione del suo potere di autonomia contrattuale agisce in piena libertà, senza alcun vincolo, neppure generico, nei confronti della generalità dei dipendenti".

²⁶⁵ PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2002, p. 13.

²⁶⁶ A tale proposito, la recente dottrina si è espressa in termini critici nei confronti della sentenza della Cassazione n. 2 gennaio 2013, n. 6, con nota BRUN, *L'obbligo di repectage tra*

Tale orientamento dottrinale, basato essenzialmente sull'utilizzo della clausola di buona fede ex articoli 1175 e 1375 del Codice Civile come fonte di integrazione del regolamento negoziale, non è rimasto immune dalle polemiche che si sono abbattute attorno all'utilizzo delle clausole generali nel corso dei decenni, tant'è che la dottrina si divide tra coloro che negano valore precipuo alle stesse, e coloro che riconoscono alle stesse detto ruolo integrativo, volto a generare obblighi diretti ad arricchire il contenuto stesso dell'obbligazione²⁶⁷.

Secondo quella parte di dottrina maggiormente legata all'antico schema positivistico, la buona fede costituirebbe una mera duplicazione di obblighi già esistenti, ossia un sussidio interpretativo privo di qualsivoglia ruolo integrativo²⁶⁸. In quest'accezione, il ruolo attribuito alle clausole generali sarebbe assolutamente limitato, se non addirittura dannoso, in quanto consentirebbe al Giudice di pervenire a giudizi arbitrari. Mattia Persiani, tra i molti, è giunto ad affermare che “il ricorso dei giudici del lavoro al principio di buona fede, quando non è andato oltre l'esibizione di formule verbali o di stile, ha, assai spesso, consentito soltanto di formulare una motivazione qualsiasi a decisioni irresponsabili, in quanto

elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 4, II, p. 778, la quale ha confermato l'illegittimità del licenziamento irrogato nei confronti di una lavoratrice, rappresentando la violazione, da parte del datore di lavoro, del principio di buona fede contrattuale. Lo stesso, infatti, non avrebbe adempiuto all'obbligo di informare preventivamente la lavoratrice del fatto che il suo posto di lavoro sarebbe stato soppresso. Pertanto, la Cassazione, in tema di esercizio del potere di recesso, sostenebbe la sussistenza, in capo al datore di lavoro, di due obblighi: l'obbligo di informare con largo anticipo il dipendente che si accinge a perdere il posto di lavoro per giustificato motivo oggettivo, nonché l'obbligo di reperire altra occupazione in mansioni equivalenti nell'ambito aziendale. Sul punto BIANCHI D'URSO, CINQUE, *Certezza del diritto e nomifiliachia separate in casa*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, p. 498, secondo cui vi sarebbe un'eccessiva dilatazione dei canoni di correttezza e buona fede adoperati in funzione integrativa.

²⁶⁷ PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 89, laddove l'Autore sostiene che le funzioni attribuite alla clausola generali di buona fede sono molteplici attribuendo, da un lato, funzione integrativa della stessa, ritenendo si tratti di una tecnica giurisprudenziale di ricerca della regola nel caso concreto, la quale, in mancanza di un modello precostituito nella fattispecie astratta opera sui materiali già presenti nell'ordinamento. Dall'altra, ha la funzione di puntualizzare il regolamento contrattuale, precisando il modo in cui gli obblighi individuati vadano attuati. Infine, la stessa rivestirebbe l'importante ruolo correttivo del contratto (ad esempio in materia di clausole abusive, nel caso di contratti di durata o ad esecuzione continuata).

²⁶⁸ Tale tesi, che sembra essere stata superata dalla recente giurisprudenza, è stata sostenuta, tra le altre, dalla Cass. 20 luglio 1977 n. 3250, in cui la Suprema Corte ha ritenuto che la violazione dei doveri di correttezza e buona fede (art. 1175 e 1375 del Codice Civile), ove non siano considerati in forma primaria e autonoma da una norma, costituisce solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti, con la conseguenza che un comportamento ad essi contrario non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica.

fondate esclusivamente su preconcetti ideologici”²⁶⁹. Ed ancora, l’Autore ribadisce che tali preconcetti ideologici risultano influenzati “dalle emozioni suscitate dal caso concreto”²⁷⁰.

Il dibattito, pertanto, porta a interrogarsi sull’opportunità che il datore di lavoro sia vincolato esclusivamente all’osservanza dei limiti esterni fissati dall’ordinamento; oppure che il potere attribuito allo stesso incontri limiti ulteriori rispetto al disposto della legge e dei contratti collettivi. La clausola di buona fede non si concretizzerebbe quindi nella formulazione di astratte ed aprioristiche definizioni, ossia forme di esercizio “normale” del potere direttivo in quanto rientrante in un improbabile “tipo normale di comportamento”, bensì nell’elaborazione di indici di apprezzamento della buona fede, ossia parametri di giudizio controllabili e prevedibili nel loro impiego. Pertanto, è la stessa giurisprudenza ad aver delineato in capo al datore di lavoro il dovere di esteriorizzare le decisioni adottate, qualora eserciti un potere rispetto al quale la norma giuridica riconosce allo stesso un ampio margine di discrezionalità (ad esempio in materia di procedure concorsuali di assunzione e promozione del personale²⁷¹, note di qualifica²⁷²...).

²⁶⁹ PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1995, p. 138.

²⁷⁰ PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2000, p. 7.

²⁷¹ La giurisprudenza ha confermato in molteplici occasioni che “*in materia di procedure concorsuali di assunzione e promozione del personale, il sindacato giurisdizionale sull’esercizio del potere datoriale può essere esercitato nei casi in cui esso non sia rispettoso dei canoni generali di correttezza e buona fede, o sia affetto da manifesta inadeguatezza o irragionevolezza oppure arbitrarietà, sicché la valutazione delle prove concorsuali con criteri diversi da quelli indicati nel bando, da ritenersi predefiniti e vincolanti, inficia il diritto soggettivo dei singoli concorrenti al rispetto di tali criteri, a prescindere dall’accertamento del rapporto di causalità tra il corretto svolgimento della prova e l’utile collocazione fra gli idonei dei candidati interessati*” (Cass. 28 maggio 2013, n. 13176, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013; nello stesso senso Cass. 18 gennaio 2011, n. 1075, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 1, p. 73; Cass. 3 marzo 2010, n. 5119, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, p. 319; Cass. 4 febbraio 2008, n. 2581).

²⁷² La Suprema Corte, allo stesso modo, ha affermato che il datore di lavoro ha l’obbligo di motivare le valutazioni e le note di qualifica, in modo tale da consentire l’accertamento dell’eventuale sussistenza di intenti discriminatori o di ritorsione, motivi illeciti o irragionevoli. In particolare, “*le valutazioni del datore di lavoro non sono insindacabili in giudizio, poiché il datore di lavoro è soggetto ai limiti posti da eventuali criteri obiettivi previsti dal contratto collettivo ed agli obblighi contrattuali di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c.; inoltre, l’indagine giudiziale sulla correttezza di tali valutazioni costituisce accertamento di fatto riservato al giudice soggetto unicamente al controllo di idoneità della motivazione da parte della Cassazione*” (Cass. 11 febbraio 2008, n. 3227, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 2, p. 204, nello stesso senso Cass. 20 giugno 2003, n. 9898, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, p. 6).

Secondo la dottrina che maggiormente valorizza il ruolo delle clausole di correttezza e buona fede, la clausola generale ha quindi il compito di intervenire laddove manchino esplicite disposizioni di diritto positivo, obbligando il datore di lavoro a comportarsi secondo ragionevolezza, ma nel contempo esercita un'altra fondamentale funzione rispetto alle clausole elastiche, in quanto affianca le disposizioni esistenti nell'esercizio di un controllo giudiziario autonomo²⁷³. Come si avrà modo di sottolineare, l'importanza della clausola generale di buona fede è infatti essenziale in presenza di quelle norme elastiche che costellano la legislazione giuslavoristica italiana, nella misura in cui, dinanzi all'esercizio del potere datoriale, devono essere protetti i diritti fondamentali della persona umana. Le clausole generali, in tal senso, come si approfondirà successivamente, rappresentano uno strumento con il quale il giudice può verificare concretamente il rispetto di criteri, parametri e valori propri di un determinato ordinamento²⁷⁴. Se non vi è la necessità, per il giudice, di esercitare siffatto controllo dinanzi ad un testo legislativo formulato in modo chiaro ed analitico, lo stesso non accade nel caso delle norme elastiche, dove il margine di discrezionalità del datore di lavoro risulta più ampio. Si osserva infatti come il rapporto tra le norme elastiche e le clausole generali di correttezza e buona fede sia estremamente stretto, tanto da essere stato definito "circolare"²⁷⁵. In tal senso, la circolarità tra le clausole generali di correttezza e buona fede e le norme elastiche si ravviserebbe laddove la buona fede e la correttezza costituiscono uno standard derivante dall'ambiente sociale e dai suoi valori, che possono servire ad integrare il dettato legale e contrattuale e, nel contempo, le norme elastiche "recepiscono e modellano quei criteri e parametri nella fattispecie considerata dalla norma elastica". Si osserva,

²⁷³ PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2002, p. 11.

²⁷⁴ In tal senso, la Suprema Corte ha affermato che "(...) 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 coesistente 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, in *Foro It.*, 1999, I, p. 1891).

²⁷⁵ PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 283.

infatti, come il diritto del lavoro sia costellato da regole che non trovano immediato riscontro in una norma dell'ordinamento positivo precettiva, ma presentano piuttosto una matrice giurisprudenziale, come accade nell'ipotesi dell'obbligo di repêchage in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma anche nell'ipotesi dell'obbligo di effettuare la contestazione disciplinare e di irrogare la sanzione con immediatezza e tempestività. In tali ipotesi sarebbe riduttivo pensare che si tratti semplicemente di obblighi generati dalla giurisprudenza nella sua attività creativa, mentre sembra più convincente ritenere che si tratti del risultato dell'applicazione della clausola di buona fede al caso concreto²⁷⁶.

Senza la pretesa di assoluta esaustività, si intende ora procedere ad una sorta di rassegna ragionata dei casi in cui la giurisprudenza utilizza la correttezza e buona fede in materia giuslavoristica come limite al potere datoriale laddove mancano esplicite disposizioni normative.

a) Le note di qualifica

Le note di qualifica rappresentano lo strumento attraverso il quale, nel corso del rapporto, il datore formula una sintetica valutazione circa le capacità professionali ed il rendimento del proprio dipendente²⁷⁷. Si tratta di uno degli aspetti che connotano l'attività discrezionale del datore di lavoro ed in cui si manifesta la libertà organizzativa *ex art. 41* della Costituzione. Si chiarisce che il lavoratore non vanta un diritto soggettivo all'attribuzione di una specifica qualifica di merito piuttosto di un'altra, in quanto ciò si porrebbe in contrasto con l'art. 41 della Costituzione. Ne consegue che il lavoratore vanta il diritto a vedersi attribuita la

²⁷⁶ Tale interpretazione sembra trovare riscontro anche nelle stesse pronunce della giurisprudenza, laddove la Suprema Corte afferma ad esempio, rispetto all'obbligo di repechage in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che “(...) il datore di lavoro, in conformità al principio di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto, è tenuto a prospettare al lavoratore la possibilità di un impiego in mansioni inferiori quale alternativa al licenziamento ed a fornire la relativa prova in giudizio” (Cass. 21 dicembre 2016, n. 26467, in *Dir. Giust.*, 2017).

²⁷⁷ Sulle note di qualifica, vedi *ex multis*, AMOROSO, DI CERBO, MARESCA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, 2, p. 435 ss.; per la giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 27 febbraio 1995, n. 2252, *Giur. Civ.*, 1995, I, p. 2794; Cass. 1 agosto 1996, n. 6935, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, p. 1091.

nota di qualifica entro un preciso termine, ma non vanta il diritto soggettivo a vedersi attribuita una specifica qualifica.

La questione oggetto d'indagine è dunque se le note di qualifica, evidentemente strumentali rispetto al diritto del lavoratore a vedersi attribuita una qualifica corrispondente alle mansioni che in concreto si trova a svolgere, siano o meno sindacabili da parte dell'organo giudiziario. In assenza di una norma di diritto positivo che esprima determinazioni in tal senso, la giurisprudenza stessa si è pronunciata a riguardo.

In particolare, la Cassazione, a più riprese, ha affermato la sindacabilità, da parte del giudice, delle valutazioni del datore di lavoro in merito al rendimento e alla capacità professionale del lavoratore, espresse appunto con note di qualifica, in ragione dell'operare dell'obbligo di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 del Codice Civile. La Suprema Corte ha affermato infatti che la sindacabilità risiederebbe proprio nell'obbligo contrattuale di correttezza e buona fede, in ragione del quale sul lavoratore graverebbe l'onere di motivare queste note, così da consentirne un controllo. L'obbligo di motivazione delle note di qualifica non trova infatti alcun fondamento nella disciplina di diritto positivo e, parimenti, non vi è alcuna norma giuridica che consenta al giudice di verificare il procedimento di formazione della volontà datoriale in tal senso.

A titolo esemplificativo, con sentenza del 20 giugno 2003, n. 9898²⁷⁸, la Corte di Cassazione si pronunciava sul caso di un dipendente di una banca che, dopo aver ricevuto nelle note di qualifica assegnategli il giudizio di "mediocre", impugnava le stesse. Il Tribunale si pronunciava nel senso dell'illegittimità di dette note e fondava il proprio giudizio sul presupposto della violazione del principio di correttezza e buona fede. Proponeva appello l'istituto di credito, sostenendo che la

²⁷⁸ Non mancano i precedenti in tal senso. *Ex multis*, sulla sindacabilità delle note di qualifica, Cass. 11 febbraio 2008, n. 3227, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 2, 204, secondo cui "in tema di note di qualifica dei dipendenti, le valutazioni del datore di lavoro non sono insindacabili in giudizio, poiché il datore di lavoro è soggetto ai limiti posti da eventuali criteri obiettivi previsti dal contratto collettivo ed agli obblighi contrattuali di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c.; inoltre, l'indagine giudiziale sulla correttezza di tali valutazioni costituisce accertamento di fatto riservato al giudice soggetto unicamente al controllo di idoneità della motivazione da parte della Cassazione"; Cass. 9 gennaio 2001, n. 206, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, p. 50; Cass. 8 agosto 2000, n. 10450, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p. 1746; Cass. 25 maggio 1996, n. 4823, con nota GRAGNOLI, *Trasferimento del lavoratore, mutamento di mansioni e note di qualifica*, in *Giust. Civ.*, 1996, p. 2919.

correttezza e la buona fede devono intendersi esclusivamente come “leale utilizzazione per la parte delle prerogative derivanti dal contratto”, ma come le stesse non possano in alcun modo ampliare la prestazione del datore. La Corte di Cassazione, discostandosi da tale interpretazione, affermava la sindacabilità della volontà datoriale, pertanto il giudice non dovrebbe limitarsi ad una verifica della coerenza estrinseca del giudizio formulato con la nota di qualifica, bensì deve entrare nel merito del procedimento di formazione del giudizio. La Cassazione, dunque, confermava la sentenza con cui il giudice di prime cure aveva annullato le note di qualifica, sul presupposto della discordanza tra le carenze riscontrate nella qualità e quantità di lavoro ed il giudizio positivo formulato in relazione alla competenza ed all’impegno professionale del dipendente.

Il medesimo principio è stato ripreso di recente dalla Suprema Corte, con la pronuncia n. 6775 del 7 aprile 2016. In tale pronuncia le clausole di correttezza e buona fede sono richiamate per una duplice funzione: da un lato, così come in occasione della pronuncia appena citata, gli obblighi nascenti da dette clausole avrebbero lo scopo di tutelare il diritto fondamentale alla dignità umana e, pertanto, consentirebbero un controllo giudiziario non solamente limitatamente alla verifica della coerenza estrinseca delle note di qualifica, ma anche con riferimento alla verifica della correttezza del procedimento di formazione della volontà²⁷⁹. Nel contempo, la Corte di Cassazione, con tale pronuncia, sostiene che dal rispetto dei canoni di correttezza e buona fede deriverebbe il diritto soggettivo del lavoratore ad accedere al proprio fascicolo personale²⁸⁰.

²⁷⁹ “Il diritto riconosciuto ai lavoratori dipendenti di ottenere che le valutazioni datoriali su rendimento e capacità professionali siano formulate nel rispetto dei parametri oggettivi previsti dal c.c.n.l. e degli obblighi contrattuali di buona fede e correttezza, può essere fatto valere in sede giudiziaria pur prescindendo da un immediato effetto negativo, venendo in considerazione la tutela della dignità del lavoratore, sicché grava sul datore un onere di motivazione che permetta un controllo giudiziale non limitato alla coerenza estrinseca del giudizio valutativo, ma diretto alla verifica della correttezza del procedimento seguito, residuando, in ipotesi di violazione, che la valutazione stessa debba ritenersi non avvenuta” (Cass. 7 aprile 2016, n. 6775, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016).

²⁸⁰ La Suprema Corte affermava in particolare che “il diritto soggettivo del lavoratore di accedere al proprio fascicolo personale è tutelabile in quanto tale, perché si tratta di una posizione giuridica soggettiva che trae la sua fonte dal rapporto di lavoro, e l’obbligo del datore di lavoro di consentirne il pieno esercizio, prima ancora che nella legge n. 675 del 1996 (applicabile “ratione temporis”), deriva dal rispetto dei canoni di buona fede e correttezza contrattuali. Ne consegue il rafforzamento del diritto del lavoratore di rivolgersi al Garante per i provvedimenti ex art. 13 della l. n. 675 del 1996, al fine di ottenere, in ipotesi, l’integrazione dei dati personali detenuti dal

b) I criteri di scelta nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Un'altra ipotesi in cui la giurisprudenza richiama a gran voce le clausole di correttezza e buona fede è quella del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, laddove la norma di diritto positivo non impone alcunché con riferimento a quale lavoratore preferire tra più possibili lavoratori da licenziare. La giurisprudenza, a tale proposito, si è chiesta se, sussistendo le ragioni per procedere ad un licenziamento per motivo oggettivo, la scelta del datore di lavoro sia sindacabile o meno.

La disciplina dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991, dettata per i licenziamenti collettivi, stabilisce che l'individuazione dei lavoratori da licenziare debba avvenire nel rispetto dei criteri previsti dai contratti collettivi ovvero, in mancanza di specificazioni a riguardo, nel rispetto di tre criteri in concorso tra loro: i carichi di famiglia, l'anzianità e le esigenze tecnico-produttive ed organizzative.

Ebbene, anche in questo caso la giurisprudenza ha fatto ricorso alle clausole di correttezza e buona fede *ex art.* 1175 del Codice Civile in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo laddove, “nella selezione del lavoratore tra più colleghi occupati in posizione di piena fungibilità, si può fare riferimento, in via analogica, ai criteri di scelta dei carichi di famiglia e dell'anzianità”²⁸¹. Secondo detta giurisprudenza, in presenza di un giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro non potrebbe liberamente scegliere il lavoratore da licenziare, bensì il suo potere sarebbe limitato dalle regole di correttezza, le quali prevederebbero un naturale richiamo ai criteri legali dettati dall'art. 5 della legge n. 223 del 1991 per il licenziamento collettivo.

datore di lavoro con documenti ulteriori, che attestino valutazioni di merito o che comunque rilevino, restando salva la discrezionalità del datore stesso circa le modalità di utilizzo delle suddette integrazioni” (Cass. 7 aprile 2016, n. 6775, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016).

²⁸¹ Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037, con nota ZANETTO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e controllo da parte del giudice*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, 2, p. 296; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, con nota PAPALEO, *Licenziamento illegittimo se intimato in violazione dei principi di correttezza e buona fede*, in *Dir. Giust. Online*, 2011; Cass. 21 novembre 2001, n. 14663, in *Mass. Giur. It.*, 2001, pag. 775, nello stesso senso anche Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, in *Mass. Giur. It.*, 1993, p. 365; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2002, p. 352.

Si esamini, a titolo di esempio, la pronuncia n. 14663 del 21 novembre 2001, laddove la Suprema Corte si è pronunciata sulla legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, intimato a due lavoratori che si trovavano, rispetto alle mansioni dagli stessi svolte, in condizione di assoluta fungibilità rispetto alle mansioni espletate dagli altri lavoratori della medesima azienda, il cui posto di lavoro veniva conservato. A tal fine, per valutare la legittimità del licenziamento, la Suprema Corte ha deciso di far riferimento ai criteri legali posti dall'art. 5 della legge n. 223 del 1991 ulteriori rispetto alle esigenze tecnico-organizzative e produttive (rispetto alle quali vi era una situazione di assoluta parità), ossia ai carichi di famiglia e l'anzianità di servizio.

Il riferimento al canone di correttezza e buona fede non comporta in questo caso l'attribuzione di una nuova obbligazione in capo al datore di lavoro, quanto piuttosto l'imposizione del rispetto, in forza dell'applicazione in via analogica, di un criterio legale. In tal senso, in forza dell'applicazione del criterio di correttezza e buona fede, non solo il datore deve dimostrare di aver compiuto una scelta razionale affidandosi ai canoni di buona fede, ma la scelta dev'essere coerente con il bilanciamento di valori imposto dalla norma imperativa, quali le esigenze organizzative, da un lato, e le ricadute umane, professionali e sociali, dall'altro, ossia deve rispettare quanto disposto dall'art. 5 della legge n. 223 del 1991.

Nello stesso senso, con la pronuncia n. 16144 del 2001, la Suprema Corte si pronunciava nel senso della legittimità di un licenziamento che, in presenza di una generica esigenza di riduzione del personale e di parità di mansioni, ossia di personale assolutamente omogeneo e fungibile, veniva intimato nei confronti del lavoratore che poteva vantare una minor anzianità di servizio. La Corte, in particolare, affermava che "(...) ai fini del controllo della conformità della scelta dei lavoratori da licenziare ai principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c. non essendo utilizzabili né il normale criterio della "posizione lavorativa" da sopprimere in quanto non più necessaria, né tanto meno il criterio della impossibilità di "repêchage" (in quanto tutte le posizioni lavorative sono equivalenti e tutti i lavoratori sono potenzialmente licenziabili), ben può farsi riferimento, pur nella diversità dei rispettivi regimi, ai criteri che l'art. 5 della legge n. 223 del 1991 ha dettato per i licenziamenti collettivi per l'ipotesi (peraltro

non riproducibile nel caso considerato) in cui l'accordo sindacale ivi previsto non abbia indicato criteri di scelta diversi e, conseguentemente, prendere in considerazione in via analogica i criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità (non assumendo, invece rilievo le esigenze tecnico - produttive e organizzative data la indicata situazione di totale fungibilità tra i dipendenti)”.

Si rinvencono, tuttavia, pronunce della giurisprudenza di merito secondo cui l'applicazione dei criteri di correttezza e buona fede non comporterebbe l'automatica applicazione analogica dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991. In altre parole, la scelta del datore di lavoro sarebbe sindacabile nel merito con riferimento alla generica applicazione dei criteri di correttezza e buona fede, ma non sarebbe necessario il rigoroso rispetto dei criteri di anzianità, carichi di famiglia e ragioni tecnico-organizzative e produttive, in concorso tra loro. In tal senso, la Suprema Corte si è recentemente pronunciata in un'ipotesi di licenziamento individuale plurimo, chiarendo che “Nell'individuazione del soggetto (o dei soggetti) da licenziare, il datore di lavoro deve comunque operare in coerenza con i principi di correttezza e buona fede, cui deve essere informato, ai sensi dell'art. 1175 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio; il riferimento ai suddetti criteri pur non costituendo un obbligo, costituisce uno standard particolarmente idoneo a tenere conto degli interessi del lavoratore e di quelli dell'azienda”²⁸². Parimenti, il Tribunale dell'Aquila del 10 luglio 2014 n. 676, secondo cui “(...) il datore di lavoro, nella scelta del lavoratore da licenziare, deve ispirare la sua condotta ai principi di correttezza e buona fede, con la conseguenza che, pur non avendo l'obbligo di applicare i criteri previsti per il licenziamento collettivo dall'art. 5 l. n. 223 del 1991, può fare ad essi ricorso perché costituiscono uno standard particolarmente idoneo a consentirgli di esercitare il suo potere di scelta tenendo adeguatamente conto degli interessi del lavoratore e di quello aziendale”²⁸³.

²⁸² Cass. 10 agosto 2016, n. 16897, in *Guida al diritto*, 2016, 37, p. 51 ss.. Si veda anche Cass. 9 maggio 2002, n. 6667, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, p. 108; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *Guida al diritto*, 2011, 21, p. 43; Trib. Pescara, 11 luglio 2016, n. 694, in *Redazione Giuffrè*, 2016.

²⁸³ Tribunale dell'Aquila del 10 luglio 2014 n. 676. Nello stesso senso, Tribunale di Milano 28 luglio 2014 n. 2501, in *Redazione Giuffrè*, 2015.

Da ultimo, un'osservazione dev'essere compiuta rispetto all'apparato rimediale in quanto, come osservato da recente giurisprudenza, la violazione dei criteri di correttezza e buona fede nella scelta del lavoratore da licenziare, non rientra nell'alveo delle ipotesi residuali che per legge prevedono la tutela reintegratoria. La ragione per cui la tutela può essere esclusivamente indennitaria è che non può dichiararsi la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del recesso, bensì può applicarsi la generica tutela per l'ingiustificatezza del licenziamento intimato²⁸⁴.

c) Il licenziamento ad nutum

Sebbene nel nostro ordinamento il licenziamento debba di regola essere motivato, il licenziamento *ad nutum* si configura in quelle ipotesi di contratto di lavoro a tempo indeterminato in cui il datore di lavoro può licenziare il lavoratore senza fornire alcuna motivazione, limitandosi a fornire un adeguato preavviso ai sensi dell'art. 2118 del Cod. Civ.. È il caso del licenziamento intimato ai lavoratori inquadrati come dirigenti, ai lavoratori domestici (art. 4 co. 1, Legge n. 108 del 1990), ai lavoratori che non abbiano ancora concluso il periodo di prova (art. 10, Legge n. 604 del 1966), agli apprendisti che abbiano terminato il periodo di formazione obbligatoria, nonché agli atleti professionisti (legge n. 91 del 1981; D.M. 13.3.1985), ed ai lavoratori che abbiano già maturato i requisiti necessari per accedere alla pensione di vecchiaia e che abbiano più di 70 anni, ovvero che abbiano superato il limite di flessibilità per l'accesso alla pensione previsto dall'art. 24, co. 4, D.L. 6.12.2011, n. 201 (poi convertito in L. 22.12.2011, n. 214).

²⁸⁴ “Il caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo accertato come illegittimo per violazione dei criteri di correttezza e buona fede nella scelta del lavoratore da licenziare nell'ambito di posizioni lavorative omogenee e fungibili, non rientra nell'alveo delle ipotesi residuali che per legge possono dare ingresso alla tutela reintegratoria. In tale ipotesi non possono dirsi manifestamente insussistenti le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro o al regolare funzionamento di essa, di cui all'art. 3 l. n. 604 del 1966; anzi, posta come effettiva questa esigenza, tale ipotesi è riconducibile non a quella peculiare che postula un connotato di particolare evidenza nell'insussistenza del fatto posto a fondamento del recesso, bensì a quella di portata generale per la quale è sufficiente che non ricorrano gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo, con conseguente applicazione della tutela indennitaria di cui al comma 5 dell'art. 18 modificato” (Cass. 8 luglio 2016, n. 14021, in *Guida al diritto*, 2016, 33, p. 43).

Vi è dunque da chiedersi se, nei confronti dei lavoratori sopra citati, il licenziamento possa esercitarsi secondo la più ampia discrezionalità datoriale, ovvero se permanga un margine di sindacabilità in capo al giudice.

Ebbene, nella maggior parte dei casi la buona fede è utilizzata come limite al licenziamento del dirigente²⁸⁵, con la precisazione che si ha “violazione del principio fondamentale di buona fede nella esecuzione del contratto, configurabile quando detto recesso rappresenti l'attuazione di un comportamento meramente pretestuoso, ai limiti della discriminazione, ovvero del tutto irrispettoso delle regole procedurali che assicurano la correttezza nell'esercizio del diritto”²⁸⁶. Più di recente, rispetto al licenziamento del dirigente, la Suprema Corte ha ribadito come lo stesso non soggiaccia ai limiti previsti dalla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della Legge n. 604 del 1966. Tuttavia, ciò non significa che non sussista il limite della buona fede e della correttezza, cui il comportamento delle parti del rapporto obbligatorio deve uniformarsi. In particolare, la Suprema Corte ha di recente reputato legittimo il licenziamento del dirigente dovuto all'ingresso in azienda delle figlie dell'amministratore unico e di calo di fatturato; in tal caso, la semplice volontà di riduzione dei costi è stata ritenuta idonea a legittimare il licenziamento e la Corte ha ritenuto che il licenziamento sia “consentito in tutti i casi in cui sia stato adottato – in buona fede ed in maniera non discriminatoria in funzione di una ristrutturazione aziendale dettata da scelte imprenditoriali non arbitrarie, non pretestuose e non persecutorie”²⁸⁷.

Con riferimento, invece, al licenziamento intimato nei confronti di un lavoratore in prova, la giurisprudenza ha negli anni precisato che il fatto che il licenziamento sia *ad nutum* non significa che lo stesso sia sottratto al controllo giudiziario²⁸⁸. Si

²⁸⁵ Sul punto, DUI, *Licenziamento del dirigente per ragioni oggettive connesse a ristrutturazioni, riorganizzazioni e/o crisi aziendali*, in *Lav. Giur.*, 2007, p. 753 ss.; VARVA, *Il licenziamento dirigenziale tra giustificatazza e recesso “ad nutum”*, in *Lav. Giur.*, 2010, p. 779 ss..

²⁸⁶ Cass. 10 giugno 1999, n. 5709, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 657; nello stesso senso Cass. 20 dicembre 2006, n. 27197, in *Dir. Giust. Online*, 2007; Cass. 26 luglio 2006, n. 17013, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 7-8; Cass. 14 giugno 2006, n. 13719, in *Foro it.*, 10, I, p. 2724; Cass. 1 giugno 2005, n. 11692, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, p. 6, in ; Cass. 8 novembre 2001, n. 13839.

²⁸⁷ Cass. 21 giugno 2016, n. 12823, in *Guida al diritto*, 2016, 29, p. 34 ss..

²⁸⁸ D'AMICO, GIOVANNI, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, nota a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *I contratti*, 2010, 1, p. 5 ss..

rammenta che la Corte Costituzionale, con pronuncia del 28 luglio 1976, n. 204, ritenuta per lo più priva di motivazioni convincenti da parte della dottrina, affermava la legittimità costituzionale dell'art. 10 della Legge n. 604 del 1966, che limita il campo d'applicazione della disciplina dei licenziamenti al momento in cui l'assunzione diviene definitiva, ossia decorso con esito positivo il periodo di prova, ritenendo appunto che la libertà del recesso rappresenti funzione essenziale del periodo di prova²⁸⁹. Tale sentenza sembrò in un primo momento rafforzare il convincimento di un regime duale tra recesso durante il periodo di prova, *ad nutum* ed a-causale, quindi libero ed insindacabile, ed il recesso sorretto da adeguata giustificazione quando il rapporto di lavoro diviene definitivo²⁹⁰. La Corte Costituzionale, con sentenza interpretativa di rigetto del 22 dicembre 1980, n. 189, si pronunciava nuovamente sulla legittimità costituzionale dell'art. 10 della Legge n. 604 del 1966 nella misura in cui la mancanza assoluta di motivazione del licenziamento intimato nel periodo di prova comporterebbe una discrezionalità assoluta del datore di lavoro che potrebbe, pertanto, potenzialmente porre un essere comportamenti lesivi della dignità del lavoratore²⁹¹. La Corte sembrò in questo caso introdurre un regime di recesso condizionato, superando la teoria che sosteneva il mero arbitrio del datore di lavoro ed introducendo alcuni limiti al potere discrezionale dello stesso, con riferimento in particolare alla mancata effettuazione dell'esperimento della prova, all'adeguatezza della durata, al superamento con esito positivo della prova,

²⁸⁹ Per la dottrina sulla sentenza della Corte Cost. 28 luglio 1976, n. 204, VILLANI, *Il sindacato giurisdizionale sui motivi del licenziamento nel periodo di prova*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1980, p. 1137; LOI, *Brevi considerazioni critiche sul rapporto di lavoro a prova*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, II, p. 691; MARTINENGO, *Brevi note sull'illegittimità costituzionale del licenziamento "ad nutum" nel rapporto di lavoro in prova*, in *Dir. Lav.*, 1976, II, p. 380.

²⁹⁰ Per la giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 11 settembre 1972, n. 2737, in *Not. Giur. Lav.*, 1973, p. 266; Cass. 21 novembre 1977, n. 5081, in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, II, p. 926. Per la dottrina, ASSANTI, *Il contratto di lavoro a prova*, Giuffrè, Milano, 1957; CASSI, *Il rapporto di lavoro in prova*, Giuffrè, Milano, 1950; PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, CEDAM, Padova, 1980; SANTONI, *Patto di prova e recesso immotivato del datore di lavoro*, in *Dir. Giur.*, 1976, p. 853; *contra* VILLANI, *Il sindacato giurisdizionale sui motivi del licenziamento nel periodo di prova*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1980, p. 1137; D'ANIELLO, *Recesso dal periodo di prova e motivazione*, in *Dir. Lav.*, 1978, I, p. 39.

²⁹¹ Per la dottrina sulla sentenza della Corte Cost. 22 dicembre 1980, n. 189, PERA, *Il lavoro in prova alla Corte Costituzionale*, in *Giust. Civ.*, 1981, I, p. 679; MISCIONE, *La Corte Costituzione sul patto di prova*, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 486; MARTINENGO, *Contratto di lavoro in prova*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1981, p. 601.

nonché al motivo illecito determinante del recesso. In questo modo, si apriva la possibilità di un sindacato giudiziale sul licenziamento durante il periodo di prova, per quanto calmierato da un regime probatorio a favore della parte datoriale. Sostanzialmente, quindi si è escluso l'obbligo di motivazione del licenziamento del lavoratore in prova, ma, nel contempo, non si è esclusa l'ammissibilità del sindacato giudiziale sui motivi del recesso.

A tale proposito, con la pronuncia del 25 marzo 1996 n. 2631, la Suprema Corte, pronunciandosi sulla presunta illegittimità del licenziamento intimato, durante il periodo di prova, ad un dipendente di banca al quale non era stata assegnata alcuna mansione, affermava infatti che la circostanza che il licenziamento *ad nutum* non richieda di essere motivato "(...) non significa, ma questo è tutt'altra cosa, che il licenziamento intimato durante o al termine della prova sia sottratto al controllo giudiziario. In ipotesi, il lavoratore, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c., ha l'onere di provare che il recesso è stato determinato da motivo illecito o che il rapporto in prova si è svolto in tempi o con modalità inadeguate rispetto alla funzione del patto; modalità, per il cui accertamento, assumono rilievo determinante (si veda, anche sul punto, Cass. 20 gennaio 1994, n. 484) le clausole generali di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. L'errore insito nel motivo in esame consiste, dunque, nell'aver trasferito sul piano del preteso obbligo di motivazione del recesso, da parte del datore di lavoro, quello che invece è un onere probatorio, proprio al lavoratore, circa un comportamento del datore di lavoro che si ritenga illecito e in relazione di causa ad effetto con la risoluzione del rapporto"²⁹². Nello specifico, la giurisprudenza di merito ha considerato contraria a buona fede la condotta datoriale che non consenta al lavoratore di espletare correttamente la prova *ex art. 2096* del Codice

²⁹² *"Il licenziamento intimato nel corso o al termine del periodo di prova, avendo natura discrezionale, non deve essere motivato, atteso che l'obbligo di motivazione ha ragion d'essere solo ove la legge preveda motivi tipici di recesso (come nel caso dei rapporti di lavoro assistiti da stabilità obbligatoria o reale), in funzione dell'accertamento dell'effettività del motivo; incombe pertanto sul lavoratore licenziato l'onere di provare, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c., che il recesso è stato determinato da motivo illecito o che il rapporto in prova si è svolto in tempi e con modalità inadeguate rispetto alla funzione del patto, da valutarsi essenzialmente sulla base delle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c."* (Cass. 25 marzo 1996, n. 2631; nello stesso senso Cass. 12 marzo 1999, n. 2228, in *Riv. Dir. Lav.*, 1999, 4, 2, p. 80).

Civile, ossia che non consenta allo stesso di dimostrare di poter espletare correttamente la mansione per cui è stato assunto. La giurisprudenza di merito, a tale riguardo, ha affermato infatti che “il datore di lavoro, insoddisfatto dell’esito della "sperimentazione", deve provare la sussistenza di un motivo idoneo al recesso, quale l'inidoneità del lavoratore in prova a svolgere le mansioni assegnategli, o l'adozione di un comportamento contrario alle regole di correttezza professionale”²⁹³. Ed ancora, la giurisprudenza è concorde nell’affermare che il periodo di prova “è caratterizzato dal potere di recesso del datore di lavoro, la cui discrezionalità si esplica senza obbligo di fornire al lavoratore alcuna motivazione, neppure in caso di contestazione, sulla valutazione delle capacità e del comportamento professionale del lavoratore stesso. Detta discrezionalità, peraltro, non è assoluta e deve essere coerente con la causa del patto di prova (...)”²⁹⁴.

Un’altra tematica affrontata dalla Suprema Corte, soprattutto a partire dall’ultimo decennio del secolo scorso, concerne la sussistenza, nel caso di recesso *ad nutum* di lavoratore in prova, di un motivo estraneo all’esperimento lavorativo, quale ad esempio una sopravvenuta crisi aziendale. A tale proposito, la giurisprudenza ha ritenuto che l’onere di dimostrare che il licenziamento è stato determinato da ragioni estranee alla prova incombe sul lavoratore, ma sarà poi il giudice a valutare l’eventuale sussistenza e giustificatezza delle ragioni estranee ai sensi dell’art. 3 della Legge n. 604 del 1966. La Suprema Corte ha affermato in particolare che “il lavoratore licenziato in periodo di prova può dedurre, oltre al motivo illecito del recesso, anche il motivo estraneo all’esperimento offrendo vuoi la prova diretta della sua esistenza, vuoi quella indiretta del positivo superamento dell’esperimento che depone, con la valenza della presunzione semplice, per l’esistenza di un motivo diverso da quello del mancato superamento dell’esperimento stesso; ma tale motivo estraneo all’esperimento non costituisce di per sé solo motivo illecito ex art. 1345 c.c., nè è a quest’ultimo equiparabile quanto all’idoneità ad inficiare il recesso come affetto da vizio di nullità.

²⁹³ Trib. Modena 7 novembre 2006 n. 265.

²⁹⁴ Cass. 17 novembre 2010, n. 23224; Cass. 17 febbraio 2003, n. 2357; Cass. 17 gennaio 1998, n. 402.

Consegue che, ove il lavoratore dimostri che il recesso è avvenuto per un motivo che non è qualificabile come motivo illecito, ma che è estraneo all'esperienza lavorativa (quale nella specie la sopravvenienza di un'esigenza aziendale di ridimensionamento di un reparto e di conseguente soppressione di un posto di lavoro), il giudice non può ritenerne per ciò solo l'illegittimità, ma deve valutarne la giustificata - in termini non dissimili dal giustificato motivo oggettivo di licenziamento in regime di recesso causale - al fine di accertare l'idoneità, o meno, del recesso a per termine alla prova ed a risolvere il rapporto²⁹⁵.

d) Le promozioni

Il ricorso alle clausole di correttezza e buona fede ha riguardato anche un'altra tematica, quella delle promozioni di personale.

Brevemente, la procedura concorsuale, nell'ambito del rapporto di lavoro privato, può talvolta svolgersi mediante la pubblicazione di un bando contenente gli elementi necessari allo svolgimento di un concorso interno volto alla copertura di un posto di lavoro che richiede una determinata qualifica. Tale ipotesi costituisce giuridicamente un'offerta al pubblico, che vincola il datore di lavoro al rispetto di determinati vincoli e procedure che lui stesso si è unilateralmente imposto. In tal caso, il sindacato giudiziale deve spingersi ad accertare il rispetto di obblighi liberamente assunti dalla stessa parte datoriale²⁹⁶.

Parimenti, in ambito privato accade che la procedura concorsuale di selezione del candidato da assegnare a qualifica superiore abbia luogo in assenza di un bando che esterne i criteri e gli elementi essenziali. A tale riguardo si è pronunciata la Suprema Corte in data 5 aprile 2012, affermando che “il diritto soggettivo del

²⁹⁵ Cass. 17 gennaio 1998, n. 402, con nota POSO, *Verso il recesso causale nel rapporto di lavoro in prova?*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1653.

²⁹⁶ Ne dà conferma la Suprema Corte che, con sentenza del 25 ottobre 2012, n. 16233, affermava che “in tema di procedure concorsuali di selezione del personale, il datore di lavoro che intende procedere alla copertura di posti di qualifica superiore mediante una selezione del personale di tipo concorsuale interno assume un obbligo contrattuale, nei confronti di ciascun dipendente partecipante, all'osservanza delle regole procedurali e delle norme di selezione con le quali ha autodisciplinato la propria discrezionalità, secondo i principi di correttezza e buona fede; la violazione di tali criteri comporta il risarcimento del danno che al lavoratore può derivare per perdita di chance, e tale danno va risarcito sulla base del tasso di probabilità che egli aveva di risultare vincitore, qualora la selezione tra i concorrenti si fosse svolta in modo corretto e trasparente” (Cass. 25 settembre 2012, n. 16233, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 9, p. 1141); in tal senso anche Cass. 15 dicembre 2006, n. 26892, in *Guida Dir.*, 2007, 6, p. 44.

lavoratore ad essere promosso ad una categoria, grado o classe, superiore presuppone una disciplina collettiva che garantisca l'avanzamento come effetto immediato di determinate condizioni di fatto, delle quali sia accertata l'esistenza prescindendo da ogni indagine valutativa del datore di lavoro; pertanto, nell'ipotesi in cui la disciplina collettiva in tema di promozioni rimetta il giudizio di merito, sulle attitudini e le capacità professionali, esclusivamente al datore di lavoro, il giudice, nel rispetto della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 della Costituzione, non può sostituirsi al datore medesimo, potendo sindacarne l'operato solo se la mancata promozione sia espressione di una deliberata violazione delle regole di buona fede e correttezza che presiedono allo svolgimento del rapporto di lavoro”²⁹⁷.

L'esercizio del potere discrezionale di offrire ad un lavoratore piuttosto che ad un altro la promozione non corrisponde quindi al fatto che il potere datoriale possa esercitarsi arbitrariamente e non sia soggetto ad alcun sindacato. La giurisprudenza è infatti concorde nel ritenere che è sottratta al giudice ogni forma di controllo relativa al potere datoriale di determinare le concrete modalità di svolgimento del concorso, ma lo stesso può accertare che i criteri cui il datore stesso deve attenersi si ispirino a ragionevolezza ed adeguatezza. Ebbene, la giurisprudenza utilizza le clausole di correttezza e buona fede per veicolare all'interno del regolamento negoziale il necessario rispetto dei criteri di ragionevolezza ed adeguatezza.

Tra i precedenti, una delle pronunce più chiare appare essere la n. 1631 del 22 gennaio 2009²⁹⁸. Il caso che ha dato origine alla pronuncia è quello di una dipendente delle Poste che, ritenendo di essere stata illegittimamente esclusa dalla selezione a Quadro di II livello, non essendo la selezione stata effettuata nel rispetto delle norme del contratto collettivo applicabile, chiedeva che venisse accertato il suo diritto a partecipare alla selezione e che la datrice di lavoro venisse condannata al risarcimento del danno per perdita di *chance*. In particolare,

²⁹⁷ Cass. 5 aprile 2012, n. 5477, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 4, p. 451; in tal senso anche Cass. 26 maggio 2003, n. 8350.

²⁹⁸ Nello stesso senso, Cass. 20 febbraio 2015, n. 3366, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015; Cass. 1 marzo 2016, n. 4031, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Cass. 28 maggio 2013, n. 13176, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013; Cass. 18 gennaio 2011, n. 1075, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 1, p. 73; Cass. 3 marzo 2010, n. 5119, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, p. 319.

la Corte affermava l'obbligo, da parte del datore, di rendere note le ragioni della scelta, ossia l'obbligo di esternare le motivazioni a sostegno della stessa. Anche in tal caso la particolarità risiede nel fatto che nessuna norma di diritto positivo impone alla parte datoriale di giustificare la scelta effettuata, la quale, si rammenta, è peraltro discrezionale. Come affermato dalla Suprema Corte, infatti, "a nulla rileva che le norme contrattuali non prevedano espressamente un obbligo di motivazione e la formazione di graduatorie, giacché tali adempimenti sono implicitamente connessi con l'obbligo di osservare criteri di obiettività e trasparenza e con quello di conformarsi ai principi di correttezza e buona fede nell'adempimento delle obbligazioni"²⁹⁹.

Se ne desume che sul datore di lavoro grava l'obbligo di adottare la decisione di quale lavoratore promuovere secondo regole di trasparenza e obiettività, in linea con le clausole di correttezza e buona fede. Concretamente, ciò significa che, sebbene la scelta del personale da promuovere resti discrezionale, il datore di lavoro deve valutare i dipendenti con imparzialità e deve adottare un criterio improntato sulla trasparenza. Inoltre, il datore di lavoro è tenuto a fornire effettiva motivazione delle operazioni valutative e comparative connesse alla selezione effettuata. Il giudice dovrebbe pertanto valutare la correttezza dell'apprezzamento datoriale in relazione alla procedura di selezione³⁰⁰.

²⁹⁹ Cass. 22 gennaio 2009, n. 1631, in *Giust. Civ. Mass.*, 1, 101. Nello stesso senso, la Suprema Corte, con sentenza n. 4014 del 1 marzo 2016, affermava che "in tema di procedure di selezione del personale per l'accesso a qualifica superiore, nel caso in cui il datore di lavoro privato non rispetti i principi di correttezza e buona fede, incombe sul lavoratore, che agisca per il risarcimento del danno da perdita di "chance", l'onere di provare, seppure in via presuntiva e probabilistica, il nesso causale tra l'inadempimento e l'evento dannoso, ossia la sua concreta e non ipotetica possibilità di conseguire la promozione, qualora la comparazione tra i concorrenti si fosse svolta in modo corretto e trasparente. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito in cui la prova che il ricorrente avesse il novanta per cento di probabilità di essere promosso era stata desunta dalla disamina della graduatoria dei partecipanti e dei criteri di attribuzione dei punteggi)" (Cass. 1 marzo 2016, n. 4014, in *Giust. Civ. Mass.*).

³⁰⁰ In tal senso, "in tema di procedure concorsuali di selezione del personale, il potere discrezionale del datore di lavoro incontra il limite della necessità che lo stesso fornisca, in conformità ai criteri precostituiti nel bando e, comunque, alla buona fede e correttezza, adeguata ed effettiva motivazione delle operazioni valutative e comparative connesse alla selezione effettuata e, in difetto di tali elementi, il danno che al lavoratore può derivare per perdita di chance va risarcito sulla base del tasso di probabilità che egli aveva di risultare vincitore, qualora la selezione tra i concorrenti si fosse svolta in modo corretto e trasparente. Spetta al giudice il concreto apprezzamento di ogni elemento di valutazione e di prova ritualmente introdotto nel processo che, per inerire alla necessità e correttezza della valutazione comparativa dei titoli del lavoratore escluso e di quelli utilmente selezionati, appaia a tale fine funzionale e

Concretamente, da un'analisi delle pronunce giurisprudenziali si deduce che l'esercizio dei poteri può essere ritenuto illegittimo per tre ordini di ragioni: (i) se le prove concorsuali si svolgono con modalità diverse rispetto a quelle pubblicizzate nel bando; (ii) se le singole prove concorsuali non siano in grado di garantire un'adeguata e razionale selezione dei candidati; (iii) se i criteri utilizzati si rivelino discriminatori o tesi a favorire un candidato rispetto ad un altro.

Inoltre, in molti casi il datore di lavoro provvede all'assegnazione al lavoratore di una qualifica superiore, scegliendo un lavoratore rispetto ad un altro, adottando il criterio della scelta pura, ossia non effettuando nessun concorso. In tale ipotesi il datore di lavoro non è tenuto al rispetto di specifici criteri, ma è obbligato pur sempre al rispetto dei principi di buona fede e della correttezza.

Per quanto attiene all'apparato rimediabile, la Suprema Corte ha affermato che la violazione dei principi di correttezza e buona fede nell'espletamento della procedura concorsuale per la selezione del personale da promuovere a qualifica superiore, comporta il risarcimento del danno da perdita di chance nei confronti del lavoratore³⁰¹. Per quanto concerne l'onere della prova, spetta al lavoratore provare la concreta probabilità di essere selezionato, nonché il nesso causale tra l'inadempimento e l'evento dannoso³⁰².

e) Il dovere di informazione

Uno dei casi in cui la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto le clausole generali di correttezza e buona fede produttrici di nuove obbligazioni è quello su cui si è pronunciata la Cass. 17 giugno 2015 n. 12486³⁰³. Nel caso in questione, un pilota di aerei, già riammesso in servizio in forza di una sentenza giudiziaria, veniva

coerente. (Nella specie, la Corte ha ritenuto inadeguato il criterio meramente statistico della proporzione tra il numero dei posti messi a concorso e il numero dei concorrenti che precedevano il ricorrente in graduatoria, adottato dalla corte territoriale per determinare il danno da perdita di chance, in assenza di ogni riferimento alla valutazione comparativa dei titoli dei candidati)" (Cass. 3 marzo 2010, n. 5119, in *Giust. Civ. Mass.*, 3, 319).

³⁰¹ In tal senso, Cass. 23 gennaio 2009, n. 1715, in *Lav. Giur.*, 2009, 12, p. 1030, con nota di ARCIDIACONO, *Obbligo di buona fede del datore di lavoro e perdita di chance*.

³⁰² Cass. 19 novembre 1997, n. 11522, in *Giust. Civ.*, 1998, I, p. 366; Cass. 18 gennaio 2001, n. 682, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, p. 116; Cass. 1 dicembre 2004, n. 22524, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, p. 12.

³⁰³ IAQUINTA, *La rilevanza della buona fede del datore di lavoro in caso di licenziamento per impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa*, nota a Cass. 17 giugno 2015, n. 12486, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, p. 74.

licenziato per impossibilità sopravvenuta della prestazione in quanto sprovvisto della specifica abilitazione necessaria per pilotare i nuovi aerei della compagnia. In particolare, la compagnia aerea adduceva, a fondamento del licenziamento, la circostanza che al momento della riassunzione il pilota non fosse provvisto dell'abilitazione. La Corte di Cassazione afferma l'illegittimità del licenziamento affermando che il datore di lavoro, in ottemperanza al principio di buona fede, avrebbe dovuto segnalare al lavoratore la necessità dell'acquisizione dei titoli. Si tratta, pertanto, di un'ipotesi in cui, in ragione della clausola generale, sorge in capo al datore di lavoro un obbligo di comunicare alla controparte informazioni necessarie alla corretta esecuzione della prestazione da parte della stessa. Bisogna precisare, tuttavia, che sebbene la pronuncia paia di estrema importanza per l'obbligo giuridico che nasce in capo al datore di lavoro in ragione della clausola di buona fede, non è possibile affermare che la violazione della stessa provochi l'illegittimità del licenziamento, bensì l'illegittimità deriva dall'insussistenza dei presupposti di cui agli articoli 3 e 5 della legge n. 604 del 1966. La violazione del canone di buona fede assume una propria rilevanza relativamente al risarcimento del danno in favore della parte lesa.

La Cassazione, nello stesso senso, con la pronuncia del 2 gennaio 2013, n. 6, ha indirettamente imposto al datore di lavoro un obbligo di informazione nascente dall'obbligo di buona fede. Nel caso in questione un lavoratore veniva licenziato per motivo oggettivo in seguito ad una riorganizzazione aziendale, dopo che lo stesso aveva rifiutato, otto mesi prima, il trasferimento presso altra sede. In tal caso, la Suprema Corte afferma che l'opposizione al trasferimento non può costituire giusta causa in quanto il lavoratore non era stato avvisato che al suo rifiuto sarebbe conseguito il licenziamento³⁰⁴.

Non sono mancate inoltre pronunce, soprattutto della giurisprudenza di merito, secondo cui il datore di lavoro avrebbe, in forza dei principi di correttezza e buona fede, l'obbligo giuridico di informare il lavoratore dell'avvicinarsi della scadenza del periodo di comporto, alla cui violazione conseguirebbe l'illegittimità del

³⁰⁴ Per un commento sulla sentenza, CINQUE, *Certezza del diritto e nomofiliachia separate in casa*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, VII, p. 498 ss..

licenziamento³⁰⁵. Deve tuttavia specificarci che la giurisprudenza più recente, pur ribadendo l'obbligo di informazione di cui sopra, nega che tale violazione comporti l'illegittimità del licenziamento³⁰⁶.

2. La giusta causa, il giustificato motivo soggettivo ed il dibattito sul fatto.

L'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sancisce il principio per cui ogni licenziamento dev'essere giustificato. Parimenti, l'art. 24 della Carta Sociale Europea afferma che ogni licenziamento deve fondarsi su una valida ragione. Tali fonti sovranazionali confermano il principio vigente nell'ordinamento interno secondo cui, se non altro a partire dalla Legge n. 604 del 1966, il potere datoriale di recesso unilaterale trova un limite nella sussistenza di cause giustificative. Per quanto concerne, primariamente, le giustificazioni di tipo soggettivo, ossia aderenti alla persona del lavoratore, si ravvisano le ipotesi tipizzate della "giusta causa" e del "giustificato motivo".

La giusta causa è menzionata all'interno dell'ordinamento di diritto positivo nella rubrica dell'art. 2119 del Codice Civile ("recesso per giusta causa"), a mente del quale ciascun contraente può recedere dal contratto, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, nemmeno provvisoria, del rapporto. L'articolo

³⁰⁵ "Il datore di lavoro è tenuto ad informare il lavoratore dell'approssimarsi della scadenza del compito e della facoltà di godere di un periodo di aspettativa non retribuita. In mancanza di detta informazione, il licenziamento, disposto in violazione degli obblighi di buona fede, è illegittimo e, conseguentemente, il lavoratore ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno" (Pretura 23 marzo 1993, *Lavoro e prev. oggi* 1994, 805).

³⁰⁶ "Il lavoratore il quale, dopo un periodo di inabilità temporanea assoluta conseguente ad infortunio, abbia acquisito la consapevolezza che l'Inail considera cessato lo stato di inabilità, per essergli stata sospesa l'erogazione della relativa indennità, e tuttavia, dopo la cessazione dello stato patologico dovuto ad infortunio, continui ad assentarsi dal lavoro, per la sopravvenienza di una malattia comune, sino a superare, in relazione a quest'ultima, il periodo di compito e, quindi, venga licenziato per tale causa, non può invocare, per opporsi al licenziamento, la violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo contrattuale di correttezza e buona fede in relazione alla circostanza che questi, edotto del mutamento del titolo di assenza per comunicazione ricevutane dall'Inail, non abbia formulato un preventivo invito a riprendere la prestazione lavorativa pena il recesso, non potendo il lavoratore pretendere di utilizzare a proprio vantaggio la mancata informazione del datore sulle reali cause dell'assenza, in una situazione di acquisita consapevolezza della mancanza di un titolo per astenersi dal lavoro che potesse impedire la maturazione del periodo di compito" (Cass. 4 giugno 2014, n. 12563, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014).

precisa inoltre che, nell'ipotesi di contratto a termine, tale recesso può avvenire prima della scadenza del termine stesso e, nel caso in cui il contratto sia a tempo indeterminato, il recesso può aver luogo, a differenza di quanto accade nel caso di recesso per giustificato motivo soggettivo, senza preavviso. Il giustificato motivo è invece previsto all'art. 3 della legge n. 604 del 1966, il quale fa riferimento tanto alle ragioni oggettive, quanto a quelle soggettive e, con riferimento a queste ultime, prevede che il licenziamento con preavviso sia determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro. La giusta causa ed il giustificato motivo assumono dunque, all'interno del nostro ordinamento, un'importanza cruciale in quanto rappresentano la motivazione per poter recedere dal vincolo contrattuale.

Tuttavia, volendo analizzare concretamente cosa siano la giusta causa ed il giustificato motivo, concetti estremamente utilizzati nel linguaggio degli interpreti, la risposta non pare affatto banale. In entrambi i casi, infatti, l'interprete si trova dinanzi a concetti indeterminati ed elastici, che richiedono un'attività interpretativa superiore rispetto alla semplice opera di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta. Il legislatore, infatti, utilizza una tecnica legislativa dal minimo contenuto definitorio, in cui manca una puntuale definizione dei fatti che possono concretamente integrare giusta causa o giustificato motivo, lasciando al giudice il compito di svolgere un ruolo integrativo. È infatti l'organo giudiziario, nell'effettivo svolgimento dell'attività interpretativa che gli è propria, ad assegnare al generico modulo di comportamento, alla luce del caso concreto, un significato rispetto ad un altro, utilizzando i criteri di valutazione ed i principi presenti nell'ordinamento³⁰⁷. In altri termini, la giusta causa ed il giustificato motivo sono fatti, cui viene attribuita una particolare rilevanza, essendo idonei a provocare l'estinzione del rapporto di

³⁰⁷ La norma dell'art. 2119 del Cod. Civ. “*non contiene una puntuale descrizione dei fatti, ma delinea un criterio di valutazione e di selezione dei comportamenti che rinvia all'opera di concretizzazione del giudice*” (TULLINI, *Questioni interpretative in tema di giusta causa*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1988, p. 653).

lavoro subordinato. Tale attribuzione, peraltro, non è automatica, ma richiede, se non altro nel caso del giustificato motivo, una procedimentalizzazione³⁰⁸.

In tal senso, la giusta causa ed il giustificato motivo sono state anche recentemente definite dalla Suprema Corte, con la pronuncia del 23 settembre 2016, n. 18715, come “disposizioni di limitato contenuto, delineanti un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa, allo scopo di adeguare le norme alla realtà articolata e mutevole nel tempo, mediante la valorizzazione sia di principi che la stessa disposizione richiama sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale ovvero al rispetto di criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare, anche collettiva, in cui si colloca la disposizione”³⁰⁹.

Tale concetto può dunque essere utilizzato dal giudice per sindacare la legittimità di un atto di potere, ossia di un provvedimento datoriale che va ad incidere sulla sfera del lavoratore (primo tra tutti, il licenziamento). Si tratta, in altre parole, di un parametro di giudizio che può essere utilizzato al fine di valutare se un determinato avvenimento di carattere socio-economico, incidente sull'economia del contratto, sia legittimo oppure no. La scelta di legiferare per clausole generali, in questo caso, può ravvisarsi tanto nella difficoltà, alla luce della complessità delle dinamiche che possono caratterizzare ciascun rapporto di lavoro, di indicare tassativamente le cause giustificative del licenziamento per ragioni soggettive, quanto nell'esigenza di disporre di uno strumento omeostatico, in grado di adeguarsi alla mutevolezza delle circostanze nel corso del tempo.

La giusta causa rappresenta dunque una clausola, una valvola attraverso la quale viene attribuita rilevanza giuridica a comportamenti che, seppur non tipizzati,

³⁰⁸ In tal senso, NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2007, p. 611.

³⁰⁹ Cass. 23 settembre 2016, n. 18715, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016; nello stesso senso, la Corte le ha sovente definite come “nozioni che la legge, allo scopo di adeguare le norme alla realtà articolata e mutevole nel tempo, configura attraverso disposizioni, di minimo contenuto definitivo, che delineano un modulo generico che ha bisogno di essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama” (Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, in *Mass. Giur. Lav.*, 2014, 4, p. 237).

ledono il vincolo fiduciario tra il datore ed il lavoratore³¹⁰. Questo significa che quand'anche un comportamento non sia espressamente previsto come illegittimo da parte di una norma di diritto positivo, a detto comportamento può essere attribuita una connotazione giuridica per mezzo della clausola generale in questione. La dottrina non è pacifica nel ritenere la giusta causa una clausola generale, avendola più volte definita in svariati modi (norma elastica, formula aperta...). In realtà, a ben vedere, come confermato da autorevole dottrina, “la fragilità della distinzione appare ancor più evidente se alla clausola generale si contrappone una nozione come quella di “giusta causa”³¹¹. La giusta causa, infatti, da un lato rappresenta uno strumento di regolazione del rapporto giuridico intercorrente tra datore e lavoratore, dall'altro costituisce una delega all'organo giudiziario il quale, in presenza di detta formulazione, non solo può, ma deve, riempire di significato concreto la stessa e, nell'attingere ai valori dell'ordinamento e della coscienza sociale, non può che richiamare anche la buona fede. In altri termini, il giudice non solo deve verificare la concreta sussistenza della ragione che legittima il recesso, ma deve anche valutare vi sia un'intrinseca razionalità, strumentale e valoriale³¹². Se non sussistesse tale

³¹⁰ A tale proposito, la Suprema Corte ha affermato che “*in ordine agli elementi fattuali che il giudice deve valutare per verificare la sussistenza o meno di una giusta causa di licenziamento, la giurisprudenza di questa Corte è pervenuta a risultati sostanzialmente univoci affermando ripetutamente che, per stabilire in concreto l'esistenza di una "causa che non consenta al prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro" e che deve dunque rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali di tale rapporto, ed in particolare di quello fiduciario, occorre valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi ed all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altro la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta, stabilendo se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare*” (Cass. 23 settembre 2016, n. 18715, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016).

³¹¹ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, p. 722. L'Autore aggiunge che “*se facciamo riferimento ad una delle funzioni ormai riconosciute pure dal nostro ambiente giuridico alla clausola generale di buona fede, quella di limite alla possibilità di riappropriarsi di opportunità perdute con la conclusione del contratto, appare chiaro che la nozione di giusta causa si presenta proprio come una clausola che consente, invece, ad una delle parti di appropriarsi di opportunità perdute. Essa, dunque, non si limita a rinviare il giudice a criteri di valutazione obiettivamente vigenti nell'ordine sociale. Si tratta, ben diversamente, dell'attribuzione al giudice del potere di valutazione di avvenimenti socio-economici incidenti sull'economia del contratto: dunque, una vera e propria regola di governo dei conflitti e delle tensioni che intorno al contratto possono determinarsi*”.

³¹² PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 229. A tale proposito, si veda inoltre SIGILLÒ

intrinseco controllo di razionalità ad opera dell'organo giudiziario, il datore di lavoro potrebbe porre a fondamento del proprio provvedimento espulsivo una qualunque ragione, semplicemente adducendo di ritenerla una causa giustificativa e nessuno potrebbe contestare detta affermazione. Il giudice invece, nel connotare un determinato fatto accaduto nella realtà come "giusta causa", piuttosto che come "giustificato motivo", compie egli stesso una valutazione sulla base dei valori dell'ordinamento. Infatti, il giudice di merito, dopo aver operato la ricostruzione dei fatti, deve compiere una valutazione sulla base dei diversi parametri, tra i quali spicca evidentemente il diritto al lavoro di cui promosso all'art. 4 della Costituzione ed indicare le ragioni in favore della sussistenza o meno della giusta causa o del giustificato motivo del licenziamento³¹³.

Ebbene, le riforme degli ultimi anni, pur non avendo inciso direttamente sulla disciplina sostanziale del licenziamento, hanno rivoluzionato l'apparato sanzionatorio, producendo importanti conseguenze in tema di controllo giudiziario.

Infatti, dapprima la Legge n. 92 del 2012 con la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e poi il d.lgs. n. 23 del 2015, con la nuova disciplina del licenziamento per i contratti a tutele crescenti, hanno stravolto il complessivo assetto della disciplina dei licenziamenti. In altre parole, mentre in forza del precedente regime sanzionatorio, in vigore a partire dalla Legge n. 300 del 1970, era pacifico che il giudice, in presenza di un fatto ritenuto non sufficientemente grave da integrare la giusta causa, potesse dichiarare l'illegittimità del licenziamento e la conseguente reintegrazione del lavoratore, la disciplina

MASSARA, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole elastiche tra limiti legislativi ed esigenze di certezza del diritto*, nota a Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, in *Mass. Giur. Lav.*, 2014, 4, p. 241, laddove l'Autore afferma che la nozione di giusta causa rappresenta una clausola generale che presuppone lo svolgimento di un sindacato giudiziale che consiste, in fase applicativa, nella specificazione della nozione che la stessa Corte interiorizza per mezzo della "valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale, sia di principi che la disposizione tacitamente richiama" (Cass. 2 marzo 2011, n. 5095, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 3, p. 340; Cass. 13 agosto 2008, n. 21575, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 7-8, p. 1262).

³¹³ A tale proposito, SANLORENZO, *I limiti al controllo del giudice in materia di lavoro*, in Amato, Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Franco Angeli, 2011, p. 30, laddove l'Autrice afferma che "per quel che riguarda la giusta causa del licenziamento, al giudice ancora toccherà valutare se il ricorso ad essa risponde a quegli "standards valutativi propri di un certo contesto sociale" indispensabili per integrare la norma elastica cui si è fatto ricorso, tra i quali non può venire meno il riferimento a un principio cardine dell'ordinamento di rango costituzionale, qual è l'art. 4 Cost., che sancisce il diritto al lavoro".

rimediale si divide ora in licenziamenti illegittimi che il legislatore ha ritenuto meritevoli della tutela reintegratoria e licenziamenti che, pur illegittimi, restano validi e danno diritto ad una mera tutela reintegratoria indennitaria³¹⁴.

Pur senza richiamare espressamente le clausole generali, è evidente che il legislatore degli ultimi anni ha visto con diffidenza le stesse, soprattutto in materie sensibili quali i licenziamenti. Infatti, se è vero che la presenza di clausole generali attribuisce al giudice un ampio spazio interpretativo e ciò ha il vantaggio di alleggerire la disciplina legislativa, non richiedendo lunghe e complicate tipizzazioni, è stato rilevato che l'applicazione delle stesse potrebbe mettere a repentaglio il principio di certezza del diritto, di prevedibilità della decisione, nonché la libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 della Costituzione, con conseguenti riflessi negativi in materia di investimenti.

Ebbene, il legislatore, dinanzi a detto rischio, anziché modificare la disciplina sostanziale dei licenziamenti nella parte concernente le motivazioni poste alla base del licenziamento, ha preferito, a partire dal Collegato lavoro, intervenire limitando i poteri interpretativi dell'organo giudiziario, nonché l'apparato rimediale in caso di ingiustificatezza del licenziamento³¹⁵.

Proprio al fine di circoscrivere detti poteri in materia di valutazione delle motivazioni poste a fondamento del licenziamento, il legislatore del Collegato lavoro è intervenuto con una norma, l'art. 30, che opera su più fronti. Nella sua prima parte, l'art. 30 del Collegato lavoro prende in considerazione l'ipotesi della tipizzazione di giusta causa e giustificato motivo che possono essere previste nei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi o

³¹⁴ Per un'analisi della disciplina dei licenziamenti dopo la Legge Fornero, *ex multis* MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, p. 435 ss.; PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. Lav.* 2012, p. 785 ss.; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, p. 552 ss.; PALLADINI, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 653 ss.; DE LUCA *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, p. 3 ss.; TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, p. 147 ss.; CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, p. 529 ss..

³¹⁵ Detta scelta è stata ampiamente criticata da parte della dottrina. Si veda, ad esempio, PONTERIO, *Le motivazioni poste alla base del licenziamento*, in Amato, Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Maggioli, Milano, 2011, p. 63.

dai contratti individuali stipulati dinanzi alle Commissioni di certificazione. L'articolo precisa che, dinanzi a tali situazioni, il giudice, in sede di impugnazione di licenziamento, nella valutazione delle motivazioni poste alla base dello stesso, "tiene conto" di dette tipizzazioni. Ebbene, tale norma, a detta della dottrina maggioritaria, non fa altro che ribadire un orientamento giurisprudenziale consolidato, ossia quello secondo cui il giudice deve applicare le nozioni di giusta causa e giustificato motivo che rinviene nel testo legislativo senza essere vincolato alle tipizzazioni collettive o individuali, dovendo eventualmente motivare lo scostamento dal parametro individuato³¹⁶. Tale norma lascia quindi perfettamente intatte le previsioni degli articoli 2118 e 2119 del Codice Civile ed anzi, impone al giudice, in ossequio al principio della proporzionalità tra la gravità dell'illecito disciplinare e le sanzioni, di cui all'art. 2106 del Codice Civile, che il giudice verifichi che la previsione della contrattazione collettiva o del contratto individuale siglato davanti alle Commissioni di certificazione sia tale da legittimare il recesso per giusta causa o giustificato motivo³¹⁷. Le tipizzazioni operate dalla contrattazione collettiva, pertanto, sono degli standards, di cui la giurisprudenza deve tener conto (quindi, realisticamente, per discostarsi dovrà fornire idonea motivazione), ossia valutazioni di gravità rispetto a specifici comportamenti. Deve precisarsi che detta disposizione, evidentemente precedente a quanto disposto dalla Riforma Fornero e dal Jobs Act, che a loro volta richiamano le tipizzazioni della contrattazione collettiva, non incide, a differenza di quanto farà la legislazione successiva, sul *quantum* della sanzione da irrogare al datore di lavoro che abbia illegittimamente esercitato il potere di recesso (ossia sulla scelta tra tutela indennitaria e tutela reintegratoria), ma direttamente sul presupposto legittimante il licenziamento, ossia sulla giustificatezza o ingiustificatezza del recesso.

Il co. 1 dell'art. 30 del Collegato lavoro si riferisce poi, come si approfondirà successivamente, ai limiti del sindacato giudiziale in presenza di clausole generali,

³¹⁶ VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, in www.adapt.it.

³¹⁷ In tal senso, è stata ad esempio ritenuta nulla la previsione della contrattazione collettiva che "preveda un'ipotesi automatica di sanzione disciplinare conservativa o espulsiva che prescindendo dalla valutazione della sua proporzionalità rispetto all'infrazione commessa dal lavoratore sia sotto il profilo soggettivo sia sotto quello oggettivo" (Cass. 27 settembre 2002, n. 14041, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, p. 1740).

all'interno delle quali rientrano appunto, come confermato anche dal relatore della relazione alla Camera sul disegno di legge, la giusta causa ed il giustificato motivo³¹⁸. La nuova disciplina, tanto per quanto riguarda la Riforma Fornero, tanto il Jobs Act, nel riformare l'apparato rimediario, compie una vera e propria gradazione delle sanzioni, limitando il ricorso all'illegittimità del licenziamento con conseguente reintegrazione del lavoratore a ipotesi limitate.

L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, modificato dalla Riforma Fornero, prevede quattro forme di tutela contro il licenziamento illegittimo, due reintegratorie e due indennitarie. Il dibattito più acceso concerne il confine tra il rimedio reintegratorio (seppur attenuato, ossia con un tetto che limiti il *quantum* del risarcimento) ed il rimedio indennitario forte (dove il lavoratore, accertata l'illegittimità del licenziamento, ha diritto ad un risarcimento ma il licenziamento resta pur sempre valido ed efficace). La linea di demarcazione starebbe nel fatto che la tutela reintegratoria si applica laddove non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.

Il Jobs Act, proseguendo nell'intento perseguito dal legislatore della Legge Fornero, ha modificato ulteriormente il regime sanzionatorio applicabile nell'ipotesi di licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo. In particolare, il d.lgs. n. 23 del 2015 prevede che in tutti i casi di lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, si applichi il nuovo contratto a tutele crescenti³¹⁹. La peculiarità risiederebbe nel fatto che anche in questo caso, come ai sensi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori modificato dalla Legge Fornero, il regime rimediario è duale. In caso di assenza di giusta causa o giustificato motivo, infatti, la tutela reintegratoria si applica solo nei casi più gravi, ossia in caso di licenziamento

³¹⁸ L'on. Giuliano Cazzola, nella relazione alla Camera sul disegno di legge che ha dato poi vita al Collegato lavoro, ha affermato che "(...) *in presenza di clausole che fanno rinvio a clausole generali (come ad esempio le "ragioni tecniche", le "ragioni produttive" etc.), la legge non disponga espressamente che il controllo giudiziale non può essere esteso alla opportunità della scelta del datore di lavoro, tale principio è ritenuto comunque pacifico dalla stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione*".

³¹⁹ Il regime si applica in realtà non solo ai lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato a far data dal 7 gennaio 2015, ma anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato.

discriminatorio ai sensi dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, di licenziamento nullo e di licenziamento intimato in forma orale, oltre che nel caso in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, mentre in tutti gli altri casi il giudice dichiara estinto il rapporto ed applica una tutela indennitaria predeterminabile, quantificata in due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ciascuna annualità di servizio, in misura non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità. Si evidenzia peraltro che nel caso in cui il fatto contestato effettivamente sussista e rientri tra le condotte punibili dal datore di lavoro con sanzione conservativa, sulla base dei contratti collettivi applicabili, il datore di lavoro, nel caso di applicazione dell'art. 18 comma 4 dello Statuto dei lavoratori modificato dalla Riforma Fornero potrà dichiarare l'illegittimità del licenziamento e disporre la reintegrazione del lavoratore licenziato, mentre nel caso di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015, il giudice dichiarerà l'illegittimità del licenziamento, che rimarrà tuttavia valido, e disporrà esclusivamente il rimedio reintegratorio indennitario commisurato all'anzianità di servizio³²⁰.

Orbene, ciò premesso, paiono alcune considerazioni. Infatti, se prima dell'intervento legislativo della legge n. 92 del 2012 e del d.lgs. n. 23 del 2015, pareva chiaro che in materia di giusta causa e giustificato motivo fosse indispensabile un'attività integrativa da parte del potere giudiziario alla luce della fattispecie concrete, dalla quale, in linea di principio, discendeva la tutela reintegratoria nell'ipotesi in cui la giusta causa o il giustificato motivo non sussistessero, dopo le riforme pare che una netta linea di demarcazione sia quella segnata dal giudizio sulla sussistenza/insussistenza del fatto rispetto alla valutazione giuridica della sussistenza o meno della giusta causa o il giustificato motivo³²¹.

Ebbene, una delle questioni interpretative hanno tenuto acceso il dibattito dottrinale e giurisprudenziale negli ultimi anni è stata – ed è tuttora – quella che si

³²⁰ Sul punto, CHIAROMONTE, *La reintegrazione per licenziamento disciplinare sproporzionato fra Riforma Fornero e Jobs Act: quali margini di apprezzamento per il giudice?*, nota a Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, 2, p. 635.

³²¹ PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 st. lav. ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, p. 793.

è concentrata sul significato da attribuire alla nozione di “fatto”. La questione della sussistenza/insussistenza del fatto contestato ha infatti dato origine ad interpretazioni giurisprudenziali spesso divergenti fin dalla modifica dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori per opera della legge Fornero ed il contrasto non pare essersi placato nemmeno in seguito al chiarimento realizzato, attraverso l’aggiunta dell’aggettivo “materiale”, per opera del d.lgs. n. 23 del 2015.

In sostanza, si rinviene, da un lato, l’orientamento che riconosce il “fatto contestato” essenzialmente nella propria componente materiale, la quale prescinde quindi dalla sua rilevanza giuridica, ossia dall’antigiuridicità³²², dall’altro, l’orientamento di coloro che ritengono che l’accertamento della sussistenza del fatto non possa prescindere dalla sua qualificazione sul piano giuridico³²³.

Prima di individuare quale dei due orientamenti abbia di fatto prevalso, anche alla luce del d.lgs. n. 23 del 2015, che fa espresso riferimento al “fatto materiale” contestato, e che quindi sembra dipanare ogni dubbio, pare opportuno esaminare gli iter argomentativi alla base delle due interpretazioni. Secondo l’orientamento favorevole a ritenere che per “fatto” debba intendersi quello materiale, deve operarsi una netta distinzione tra l’accertamento della sussistenza/insussistenza del fatto e la valutazione del fatto stesso. In altri termini, l’iter deve svilupparsi in due fasi logicamente (e non necessariamente cronologicamente) distinte: in un primo momento l’indagine mira a riconoscere la sussistenza del fatto materiale, ossia il comportamento, l’accadimento concreto che viene contestato; in un secondo momento mira a valutare la qualificazione giuridica attribuibile a detto fatto in termini di giusta causa o di giustificato motivo. Alla luce della disciplina

³²² In tal senso, per la giurisprudenza, «l’art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall’art. 1, comma 42, della legge 28 giugno 2012, n. 92, distingue il fatto materiale dalla sua qualificazione in termini di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, riconoscendo la tutela reintegratoria solo in caso di insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, sicché ogni valutazione che attenga al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della condotta contestata non è idonea a determinare la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro» (Cass. n. 23669 del 2014, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014). Per la dottrina, MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 1, p. 436 ss.; PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, p. 1 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art.18: una chiave di lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, p. 1064 ss..

³²³ In tal senso, PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. Lav.*, 2012; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, p. 552 ss..

dettata dalla riforma Fornero, pertanto, il rimedio della reintegrazione sarà applicabile esclusivamente qualora nel primo momento del ragionamento il giudice rilevi l'insussistenza del fatto, a prescindere dal fatto che detto fatto costituisca o meno giusta causa o giustificato motivo di licenziamento o da qualsivoglia valutazione relativa alla configurazione della proporzionalità del fatto rispetto al recesso datoriale. Secondo i sostenitori di detta tesi, il legislatore della riforma Fornero avrebbe inteso limitare la tutela reale per il licenziamento disciplinare illegittimo alle ipotesi di insussistenza del fatto contestato, intesa come inesistenza della condotta addebitata in sé, ovvero ai casi in cui il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari³²⁴. Pertanto, da un punto di vista logico, il giudizio sulla proporzionalità tra l'addebito e la sanzione deve essere condotto in una fase successiva rispetto all'accertamento dell'esistenza del fatto, esclusivamente allo scopo di valutare l'applicabilità della sanzione indennitaria. In quest'ottica, il giudizio di proporzionalità tra la gravità della condotta del lavoratore ed il licenziamento³²⁵ non ha quindi «alcuna

³²⁴ Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

³²⁵ A mente dell'art. 2106 del Cod. Civ., l'inosservanza degli obblighi prescritti in capo al lavoratore, di cui agli articoli 2104 e 2105 del Cod. Civ., può dar luogo a sanzioni disciplinari secondo la gravità dell'infrazione. La giurisprudenza maggioritaria ha ritenuto che, in ragione della posizione di debolezza in cui verte il lavoratore, l'inadempimento deve essere valutato in senso accentuativo rispetto alla regola generale della «non scarsa importanza» di cui all'art. 1455 del Cod. Civ. (*ex multis*, Cass. 10 dicembre 2007, n. 25743, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, pag. 12; Cass. 26 gennaio 2015, n. 1358, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015). Pertanto, per capire quando il licenziamento disciplinare debba ritenersi proporzionato, l'organo giudicante è tenuto a valutare se l'inadempimento sia notevole, ovvero così grave da ledere il rapporto fiduciario con il datore di lavoro e da non consentire la prosecuzione del rapporto. In altri termini, l'entità dell'inadempimento deve essere tale da porre in dubbio la futura correttezza del comportamento, facendo ritenere che il lavoratore non adempierà agli impegni assunti conformemente ai principi di buona fede e correttezza (Cass. 26 luglio 2010, n. 17514, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 9, p. 1154; Cass. 25 giugno 2015, n. 13158, in *Foro It.*, 2015, 11, I, p. 3531). Il principio di proporzionalità si sostanzia quindi nella valutazione della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore in relazione alle concrete modalità di svolgimento del rapporto ed alle circostanze del caso, quali l'intensità dell'elemento intenzionale o colposo della condotta (Cass. 26 luglio 2011, n. 16283, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, VII-VIII, p. 1117; Cass. 1 marzo 2011, n. 5019, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, III, p. 334), la durata del rapporto (Cass. 22 giugno 2009, n. 14586, in *Foro it.*, 2010, p. 927), la sussistenza o meno di precedenti contestazioni disciplinari e l'apprezzamento della condotta nel corso degli anni (Cass. 13 febbraio 2012, n. 2013, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, p. 155; Cass. 22 marzo 2010, n. 6848, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, p. 414), la precedente tolleranza del datore di lavoro rispetto ad analoghe condotte dei dipendenti (Cass. 13 febbraio 2012, n. 2013, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, p. 155), le condizioni particolarmente disagiate in cui il dipendente si è trovato a lavorare (Cass. 22 marzo 2010, n. 6848, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, p. 414).

rilevanza ai fini dell'accertamento dell'insussistenza del fatto contestato di cui al quarto comma» e «le circostanze del singolo caso che la giurisprudenza ritiene rilevanti al fine di stabilire la “gravità in concreto” del fatto posto in essere dal lavoratore (...) debbono essere prese in considerazione esclusivamente al fine di accertare se si verta in una delle altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro alle quali il quinto comma del nuovo art. 18 collega la tutela indennitaria forte»³²⁶.

Secondo la tesi sostenitrice della teoria maggiormente conservativa, invece, il fatto non potrebbe che essere quello giuridico, in quanto non potrebbe prescindere dalla sussunzione del fatto nella clausola generale della giusta causa o del giustificato motivo. Secondo detta linea interpretativa, il fatto non sarebbe quindi giuridicamente apprezzabile se non attraverso la valutazione di quest'ultimo alla luce dei parametri normativi della giusta causa o del giustificato motivo³²⁷. Parimenti, un fatto assunto nella mera componente materiale, ossia privato di quell'interpretazione che attribuisce al fatto una determinata accezione giuridica,

Pertanto, la valutazione non può essere compiuta in relazione alla gravità dell'addebito in astratto, ma deve tenere in considerazione tutte le concrete circostanze del caso, al fine di determinare se la gravità in concreto sia tale da ledere il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore ed impedire, in questo modo, la prosecuzione del rapporto (Cass. 13 febbraio 2012, n. 2013, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, p. 155; nello stesso senso Cass. 3 gennaio 2011, n. 35, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, I, p. 9; Cass. 26 gennaio 2011, n. 1788, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, I, p. 414).

³²⁶ SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in AA.VV., *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, 2013, Giuffrè, Milano, p. 284 ss.; si veda anche MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, p. 436 ss.; VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, 2012, Giappichelli, Torino, p. 57; PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, I, p. 12; GALATINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*, 2012, Giuffrè, Milano, p. 243.

³²⁷ In questo senso, PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. Lav.*, 2012, p. 794. L'Autore, richiamando DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 25, afferma che il fatto “non gode di un'esistenza autonoma che lo sottragga, sia pure in parte, ai caratteri che ad esso attribuisce l'ordine giuridico”. Nello stesso senso, CARINCI, *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'art. 18 statuto*, in Brusati, Gragnoli (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Quaderno di Argomenti di Diritto del Lavoro, CEDAM, Padova, 2014, p. 79 ss., laddove l'Autore afferma che “qualunque definizione si dia del “fatto” richiesto per concedere o escludere la reintegra, questo resta sempre giuridico, in quanto assunto dall'ordinamento a fatto produttivo di un effetto rilevante al suo interno. Rimane che tale “fatto” deve essere selezionato nell'ambito della definizione di giusta causa e giustificato motivo soggettivo o oggettivo, secondo un processo condotto dal più al meno, che liberi per così dire il loro “nucleo essenziale””.

sarebbe irrilevante per il diritto e, quindi, sarebbe inidoneo a generare l'effetto giuridico di escludere la tutela reintegratoria nel caso di licenziamento illegittimo. In un primo momento, in giurisprudenza sembrava aver prevalso l'orientamento favorevole ad un'interpretazione più conservativa³²⁸, ossia maggiormente protettiva degli effetti del controllo giudiziario sulla sussistenza della giusta causa e del giustificato motivo di licenziamento. Per fatto contestato dovrebbe quindi intendersi esclusivamente il fatto giuridico, ossia «il fatto contestato nella pienezza dei suoi elementi costitutivi (sia l'elemento oggettivo sia l'elemento soggettivo) alla luce della nozione di giusta causa valevole nella fattispecie considerata secondo la legge e il c.c.n.l. Per fatto occorre quindi intendere quello costituente illecito disciplinare (integrante giusta causa) alla luce della fattispecie concreta (che si giudica in base alla contestazione), la quale può includere (come ad esempio nel caso di furto) oppure escludere una specifica connotazione dolosa dell'elemento soggettivo, salva sempre l'imputabilità della condotta (che richiede la capacità naturale e con esclusione dei casi di forza maggiore o caso fortuito)»³²⁹. In tale accezione, l'accertamento della sussistenza del fatto contestato non può prescindere dalla valutazione della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, nonché della proporzionalità dell'inadempimento contestato rispetto all'irrogazione del licenziamento³³⁰. Tale orientamento sembrava pacificamente confermato dalla Suprema Corte con due successive sentenze, la n.

³²⁸ Il Tribunale Bologna del 15 ottobre 2012, n. 2631, ha aderito all'orientamento secondo cui il fatto dev'essere interpretato come «*cd. fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente considerato, nell'unicum della sua componente oggettiva e della sua componente inerente l'elemento soggettivo*». Inoltre, secondo il Tribunale di Bologna sarebbe un errore interpretare il fatto come se l'insussistenza «*facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione*» (Trib. Bologna)

³²⁹ Trib. Ravenna 18 marzo 2013, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2013, I-II, pag. 163; nello stesso senso, Trib. Bologna del 15 ottobre 2012 n. 2631, con nota di DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, pag. 1049.

³³⁰ In tal senso, considerato che «*la proporzionalità infatti non è mai stata considerata una mera condizione esterna all'atto di recesso, penetrando nello schema causale dell'atto (...) espellere la proporzionalità dall'ambito di valutazione del fatto contestato appare dunque, di primo acchito, un non senso o comunque un'operazione anomala*» (FONTANA, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, II, p. 273; si veda anche SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, p. 552).

20540 e la n. 20545, entrambe del 13 ottobre 2015, in cui la stessa Corte ha affermato che “in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla tutela reintegratoria anche a seguito della riforma Fornero”³³¹. Il fatto che la totale irrilevanza giuridica del fatto debba essere equiparata all’insussistenza del fatto, pare non destare dubbi neppure da parte dei sostenitori del fatto inteso come fatto materiale, in quanto è stato osservato che tale interpretazione non contrasterebbe con la *ratio* della riforma, la quale mirerebbe a riservare la tutela reintegratoria esclusivamente a quei licenziamenti caratterizzati dall’abuso della facoltà di recesso da parte del datore di lavoro, ossia ai casi in cui il licenziamento sia discriminatorio, comminato per rappresaglia o, ancora, laddove il fatto contestato non sussista. In tal caso, peraltro, non si avrebbe un giudizio discrezionale da parte dell’organo giudiziario, ossia una valutazione circa il motivo addotto, bensì un mero accertamento in relazione alla liceità o illiceità del comportamento contestato al lavoratore³³².

Tuttavia, con un colpo di coda il legislatore delegato del Jobs Act, sembra abbia voluto porre fine al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul punto, affermando che il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore ed al pagamento di un’indennità risarcitoria commisurata all’ultima retribuzione globale di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l’ «insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». Rispetto alla formulazione dell’art. 18 comma 4 della legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, l’art. 3 del d.lgs. 23 del 2015 specifica quindi che la tutela reale per il licenziamento disciplinare illegittimo si applica esclusivamente qualora venga accertata l’insussistenza del fatto contestato, il quale è ora definito come «materiale», mentre viene meno il

³³¹ Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Foro it.*, 2015, 12, p. 3830, con nota PERRINO.

³³² In tal senso, ICHINO, *Due sentenze di cassazione sulla disciplina dei licenziamenti*, in www.pietroichino.it.

riferimento all'ipotesi in cui il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni del contratto collettivo ovvero dei codici disciplinari applicabili. La nuova disposizione del Jobs Act sembra richiamare un *obiter dictum* contenuto nella sentenza della Corte di Cassazione del 6 novembre 2014, n. 23669, in cui la Corte si era pronunciata sul caso di un direttore di banca che era stato licenziato e poi reintegrato ad opera della pronuncia della Corte d'Appello di Venezia. In quel caso, tuttavia, veniva rilevato che la condotta contestata al lavoratore non era sussistente e, pertanto, lo stesso doveva essere reintegrato. In realtà in quel caso la Corte si era limitata a rilevare come il fatto contestato non sussistesse, senza nel contempo soffermarsi sul concetto di fatto materiale o giuridico, non essendoci, in quello specifico caso, l'esigenza di pronunciarsi sulla questione. Tuttavia, la Corte di Cassazione ha espressamente affermato che "la reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato"³³³.

Tale riscrittura presenta l'indubbio merito di contribuire alla certezza del diritto laddove è ora evidente l'intento di escludere la reintegrazione in presenza di un inadempimento esistente ma sproporzionato. Tuttavia, la formulazione dell'art. 3 del d.lgs. 23 del 2015, mantenendo il riferimento al «fatto», non è riuscita a placare il dibattito circa la qualificazione del fatto materiale come fatto storico piuttosto che come fatto connotato di una propria valenza disciplinare. In altri termini, l'interpretazione di fatto come fatto materiale potrebbe essere estremizzata al punto da ritenerlo, in forza di un'interpretazione strettamente letterale della norma, un fatto storicamente inteso, in presenza del quale la

³³³ Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Dir. Giust.*, 2014.

reintegrazione sarebbe esclusa anche in quelle ipotesi in cui il fatto non costituisca inadempimento, oppure non sia stato commesso dal lavoratore, oppure ancora non sia imputabile allo stesso. Senza voler portare agli estremi la teoria in questione, pare invece ragionevole ritenere che il fatto contestato sia un fatto valutato nell'ambito di un procedimento disciplinare e, dunque, un fatto disciplinarmente rilevante. Inoltre, il ragionamento del giudice rispetto alla sussistenza del fatto materiale è più ampio, in quanto lo stesso dovrà infatti valutare anche la riferibilità del fatto al lavoratore in questione e la consapevolezza del lavoratore stesso. Pertanto, il fatto dovrebbe essere inteso come «fatto-inadempimento» e la tutela reintegratoria dovrebbe quindi applicarsi non solo qualora non sussista il fatto contestato, ma anche qualora lo stesso non sia qualificabile come inadempimento, non sia stato commesso dal lavoratore incolpato o non sia allo stesso imputabile³³⁴. In quest'ottica, ogni verifica circa l'effettiva sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento deve avvenire in una fase logicamente successiva, allo scopo di valutare l'applicabilità o meno della sanzione indennitaria.

Alla luce di tali considerazioni in relazione alla nozione di fatto come fatto materiale, si evidenzia che, sebbene la disciplina sostanziale dell'art. 2119 del Cod. Civ., così come dell'art. 3 della L. 604 del 1966, non abbia subito alcuna formale modifica sul piano della disciplina sostanziale, il controllo giudiziario sulle clausole generali di giusta causa e giustificato motivo ha subito un'implicita modificazione alla luce dei suoi effetti concreti. Infatti, qualora il lavoratore si renda effettivamente responsabile di un inadempimento, ma il giudice reputi che lo stesso non valga a configurare giusta causa o giustificato motivo di licenziamento (sulla base dei valori presenti nell'ordinamento), non potrà semplicemente dichiarare l'illegittimità e la nullità del licenziamento stesso con conseguente reintegrazione del lavoratore ingiustificatamente licenziato, ma dovrà procedere alla gradazione della sanzione. Ciò che rileva in modo particolare è che qualora il giudice ritenga che il licenziamento non si fondi su una giusta causa o

³³⁴ In tal senso, PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in Pessi, Pisani, Proia, Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, 2015, Giappichelli, Torino, p. 29 e ss.; MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, 236/2015, p. 15 ss..

su un giustificato motivo, ma la ragione giustificativa del licenziamento consista in un fatto del quale il giudice accerti la sussistenza sebbene venga ritenuta l'esigua gravità, non potrà esservi la reintegrazione del lavoratore, il licenziamento sarà valido ed il rapporto di lavoro estinto.

La sostituzione del rimedio reintegratorio con un rimedio esclusivamente risarcitorio impone un'ulteriore conclusione in relazione ai limiti al potere di recesso datoriale: il datore, qualora contesti un fatto che sussista, sebbene venga provata la sproporzione tra l'inadempimento e la sanzione non conservativa, e sia imputabile al lavoratore, potrà ottenere l'estinzione del rapporto, salvo il pagamento di un'indennità risarcitoria (predeterminabile per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015). A titolo di esempio, si pensi ad un lavoratore che arriva in ritardo di pochi minuti sul posto di lavoro e a tale inadempimento consegua il licenziamento del lavoratore stesso. In tale ipotesi è pacifico che l'inadempimento si è verificato, nonché che lo stesso sia imputabile al lavoratore; tuttavia, il giudice potrebbe ritenere che il licenziamento sia una sanzione eccessiva rispetto ad una condotta di modesta entità e solo scarsamente lesiva degli interessi datoriali. In tale ipotesi, tuttavia, alla luce della recente disciplina, il giudice si troverebbe nell'impossibilità di disporre la reintegrazione della parte debole del rapporto, dovendosi limitare a dichiarare l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo e ad applicare il rimedio della tutela indennitaria (predeterminata o meno sulla base del regime concretamente applicabile).

Pertanto, la nuova disciplina dei rimedi contro il licenziamento ingiustificato sembra collidere con la formulazione legislativa per clausole generali della giusta causa e del giustificato motivo. L'operazione di ponderazione e bilanciamento, effettuata dal giudice per pervenire ad un giudizio sull'effettiva sussistenza o insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, verrebbe infatti sostanzialmente vanificata da un apparato rimediario confliggente. Le clausole generali di giusta causa e giustificato motivo perderebbero così la natura di presupposti del licenziamento, ossia di fatto cui viene assegnata una particolare valenza giuridica, divenendo, al contrario, semplicemente il contenuto di un obbligo accessorio ed esterno rispetto ad un potere di licenziamento ormai *ad*

nutum, laddove lo stesso rimane pure sempre valido ed efficace sebbene illegittimo³³⁵.

3. Il giustificato motivo oggettivo e le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

Così come per il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo (soggettivo), anche in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo si rinvencono clausole generali soggette ad un sindacato giudiziale volto ad integrare e completare il dettato legislativo.

L'art. 3 della legge n. 604 del 1966 legifica per la prima volta il principio di giustificazione e stabilisce che il licenziamento, quando non sia inerente a ragioni attinenti alla sfera personale del lavoratore, possa avvenire, con preavviso, per tre ordini di ragioni. Si tratta, in particolare, di circostanze inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

In questo caso, così come in altri che verranno esaminati nel prosieguo, il legislatore ha compiuto la consapevole scelta di non individuare in maniera analitica e tassativa, quindi elaborando “una casistica ampia e particolareggiata”, “il significato esatto delle singole “cause” giustificative”³³⁶, ma di delegare al giudice il compito di definire la regola del caso concreto, attingendo ai valori dell'ordinamento. Tuttavia, la natura di clausola generale, alla luce delle stringenti disposizioni legislative in tema di controllo giudiziario, nonché alla luce della

³³⁵ In tal senso si è espresso NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2007, p. 613, antecedentemente alla Riforma Fornero ed al Jobs Act, discorrendo della natura della giusta causa e del giustificato motivo in ipotesi di tutela obbligatoria. Si veda, inoltre, DE LUCA, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza*, in *Lav. Giur.*, 2015, p. 12, laddove afferma che “tanto basta per concludere che la insussistenza del fatto – quale condizione per l'accesso alla tutela reintegratoria, stabilita da entrambe le riforme – non può prescindere dalla sussunzione dello stesso fatto – nel nucleo essenziale della giusta causa o del giustificato motivo – senza che ne risulti legittimata la recedibilità ad *nutum* del datore di lavoro”.

³³⁶ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Il codice civile. Commentario diretto da Schlesinger*, Milano, 1997, p. 507.

riforma dell'apparato rimediabile in favore di una tutela esclusivamente indennitaria, pare forse vacillare.

A partire dal 2010, il legislatore ha infatti iniziato un'operazione di progressiva riduzione della sindacabilità della legittimità del licenziamento per motivo oggettivo, dapprima attraverso l'art. 30 del Collegato lavoro, per giungere poi, attraverso la revisione dell'apparato sanzionatorio operata dalla Riforma Fornero prima e dal Jobs Act poi, all'esclusione della tutela reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo.

Le disposizioni in apparenza non coinvolgono la disciplina sostanziale del giustificato motivo oggettivo, il cui testo di riferimento rimane l'art. 3 della legge n. 604 del 1966, e si focalizzano piuttosto sul controllo giudiziario, o per vietare un controllo sul merito e sull'opportunità della scelta imprenditoriale, o per limitare l'apparato rimediabile. Tuttavia, prima di guardare al controllo giudiziario, bisogna porre l'attenzione sull'essenza della clausola generale costituita dalle "circostanze inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa"³³⁷.

Dovendo attribuire un significato a detta locuzione, si desume che il licenziamento del lavoratore è legittimo laddove giustificato da una modifica dell'assetto organizzativo e produttivo, il quale può consistere in una diversa organizzazione tecnico-produttiva, idonea a determinare la soppressione di un reparto, o anche semplicemente la soppressione di un posto di lavoro divenuto obsoleto, nell'esternalizzazione di determinate attività o determinate mansioni al di fuori della realtà aziendale, nella diversa ripartizione delle mansioni tra il personale in servizio all'interno dell'impresa³³⁸ o, ancora, nello svolgimento di determinate mansioni da parte del titolare stesso dell'impresa.

³³⁷ La Suprema Corte ha dichiarato che "al giustificato motivo oggettivo di licenziamento sono riconducibili le ragioni di qualunque processo di riorganizzazione o ristrutturazione che tragga la sua legittimità dall'effettiva ragione economica che l'abbia determinato, sia essa rappresentata da motivi estranei alle determinazioni imprenditoriali (esigenze di mercato), o anche da modifiche organizzative finalizzate all'incremento dei profitti" (Trib. Bari 3 novembre 2016, in Igiuslavorista.it, 2016);

³³⁸ Secondo la Suprema Corte, "il giustificato motivo di licenziamento, ex art. 3 della l.n. 604 del 1966, è ravvisabile anche soltanto in una diversa ripartizione di determinate mansioni fra il personale in servizio, attuata ai fini di un'aperta ed efficiente gestione aziendale, nel senso che certe mansioni possono essere suddivise fra più lavoratori, ognuno dei quali se le vedrà

Tuttavia, se è tendenzialmente pacifico che la modifica dell'assetto organizzativo, consistente ad esempio nella soppressione del posto di lavoro, a causa della riduzione del fatturato aziendale, costituisca una circostanza inerente all'attività produttiva, maggiori dubbi possono essere sollevati qualora il datore di lavoro decida di sopprimere lo stesso posto di lavoro per accrescere i profitti. A tale proposito, in accordo con una prima impostazione, al giustificato motivo oggettivo sono riconducibili tutti quei casi in cui la soppressione del posto di lavoro derivi indifferentemente da una crisi economica non contingente (e quindi essere imposta dal mercato), oppure semplicemente dal desiderio del datore di lavoro di incrementare i profitti³³⁹. Una seconda impostazione, invece, ritiene che il licenziamento non sarebbe giustificato laddove la soppressione del posto sia diretta esclusivamente ad incrementare i profitti³⁴⁰.

Il motivo per il quale è così importante esaminare le risposte offerte dalla giurisprudenza risiede nel fatto che, in materia di clausole generali, spetta proprio al giudice il compito di integrare il dettato legislativo, attingendo dai valori dell'ordinamento. Pertanto, il tema delle ragioni sostanziali idonee a legittimare il recesso datoriale è strettamente collegato al tema del controllo giudiziario su dette ragioni.

aggiungere a quelle già espletate, con il risultato finale di far emergere come in esubero la posizione lavorativa di quel dipendente che vi era addetto in modo esclusivo o prevalente. In tale ultima evenienza il diritto del datore di lavoro di ripartire diversamente determinate mansioni fra più dipendenti non deve far perdere di vista la necessità di verificare il rapporto di congruità causale fra la scelta imprenditoriale e il licenziamento, sicché non basta che i compiti un tempo espletati dal lavoratore licenziato siano stati distribuiti ad altri, ma è necessario che tale riassetto sia all'origine del licenziamento anziché costituirne mero effetto di risulta" (Cass. 18 settembre 2016, n. 19185, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016); nello stesso senso Cass. 21 luglio 2016, n. 15082, in *Guida al diritto*, 2016, 34-35, p. 70 ss.; Cass. 24 settembre 2010, n. 20232, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 9, p. 1262; Cass. 30 novembre 2010, n. 24235, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 11, p. 1529.

³³⁹ *Ex multis*, Cass. 9 luglio 2001, n. 9310, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, p. 1363; Cass. 11 gennaio 2013, n. 579, in *Dir. Giust. Online*, 2013; Cass. 21 novembre 2011, n. 24502, in *Redaz. Giuffrè*, 2011; Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, con nota PEDERZOLI, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Un'incerta linea di confine*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 2, p. 362; Cass. 13 luglio 2009, n. 16323, in *Redaz. Giuffrè*.

³⁴⁰ *Ex multis*, Cass. 21 luglio 2016, n. 15082, in *Guida al diritto*, 2016, 34-35, p. 70 ss.; Cass. 4 marzo 2002, n. 3096, in *Foro it.*, 2002, p. 2058; Cass. 10 settembre 2012, n. 15104, con nota SCOFFERI, *Il licenziamento non può essere motivato per relationem*, in *Dir. Giust. Online*, 2012; Cass. 9 luglio 2012, n. 11465, in *Dir. Giust. Online*, 2012; Cass. 24 febbraio 2012, n. 2874, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 2, p. 220.

Dalla concezione della ragione giustificativa di cui all'art. 3 della Legge n. 604 del 1966 come clausola generale, se ne ricava che, in presenza di una determinata scelta aziendale concreta, cui è conseguito il recesso datoriale per motivo oggettivo, il giudice dovrebbe ponderare i valori dell'ordinamento che vengono in rilievo, ossia l'interesse aziendale da un lato e quello della salvaguardia dei beni inerenti il lavoratore dall'altro, al fine di determinare se venga in rilievo un giustificato motivo oggettivo oppure se il licenziamento debba ritenersi ingiustificato. Tuttavia, tale attività integrativa non pare poi così pacifica alla luce della disciplina legislativa che si è sviluppata negli ultimi anni.

Infatti, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro, che a detta degli interpreti non farebbe altro che riprodurre un orientamento giurisprudenziale consolidato, il controllo giudiziario sulle clausole generali potrebbe essere di mera legittimità e non potrebbe quindi estendersi all'opportunità delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro. Ciò risulterebbe, a prima vista, semplicemente aderente al dettato di cui all'art. 41 comma 1 della Costituzione, a mente del quale l'iniziativa economica privata è libera. Come corollario, si può quindi ritenere che le scelte economico-organizzative datoriali siano libere e non possano essere sindacate³⁴¹. Tuttavia, va evidenziato che il comma 2 del medesimo articolo 41 della Costituzione, pone un limite, stabilendo che l'iniziativa economica privata, seppur libera, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana.

Nello stesso modo, con riferimento all'apparato rimediabile, la Legge Fornero ha previsto, al settimo comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che, qualora il giudice accerti l'insussistenza del motivo oggettivo di licenziamento, il rimedio consiste nella sola tutela indennitaria; ipotesi eccezionale è quella rappresentata dalla manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento, ove il giudice "può" disporre la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. Così come per il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, il Jobs Act è intervenuto sul licenziamento per motivo oggettivo per modificare

³⁴¹ Il limite dell'utilità sociale sancito dall'art. 41 comma 2 della Costituzione, infatti, deve essere sancito da norme espresse e non può comunque invadere la libertà di organizzazione dell'impresa.

l'apparato rimediale. In tal caso, tuttavia, l'apparato rimediale è stato uniformato, in quanto all'assenza di giustificato motivo oggettivo consegue sempre solamente una tutela di tipo indennitario (quantificata in due mensilità dell'ultima retribuzione valida ai fini del calcolo del TFR per ciascuna annualità di servizio).

Ebbene, le questioni che hanno tenuto vivo il dibattito dottrinale sono state innanzitutto due: cosa debba intendersi con “manifesta” insussistenza e cosa debba intendersi con l'espressione “il giudice può” applicare la tutela reintegratoria.

Partendo dalla questione della linea di confine tra l'insussistenza e la manifesta insussistenza del fatto, il problema consiste essenzialmente nella circostanza che, da un punto di vista logico, il fatto o esiste oppure non esiste e quindi non si coglie la distinzione tra un fatto insussistente ed uno manifestamente insussistente. Una redazione del testo tanto incerta, ha fatto in modo che negli anni proliferassero le teorie a riguardo. Accanto a coloro che hanno ritenuto di dover semplicemente interpretare l'aggettivo “manifesta” come evidente, lampante, chiaro, o facilmente verificabile, si è posta la teoria secondo cui, alla luce di un'interpretazione sistematica rispetto alla disciplina del licenziamento per giustificato motivo soggettivo, bisognerebbe verificare la sussistenza o meno del fatto posto alla base delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa³⁴². In sostanza, l'attività giudiziaria, in forza della disciplina del licenziamento per motivo oggettivo dettata dalla Riforma Fornero, consterebbe di due fasi: dapprima il giudice dovrebbe accertare la sussistenza o meno del fatto posto a fondamento del licenziamento all'interno della comunicazione di licenziamento; successivamente, nel caso in cui venga accertata la sussistenza di detto fatto, dovrebbe valutare se, alla luce delle circostanze del caso concreto, quel fatto possa costituire una ragione di estinzione del rapporto di lavoro. La prima fase potrebbe dunque concludersi con l'accertamento dell'insussistenza del fatto (ed in questo caso il rimedio sarebbe quello della reintegrazione) oppure della sussistenza del fatto stesso. In tale ultimo caso, si aprirà la seconda fase del giudizio (logicamente ma

³⁴² SORDI, *Il controllo giudiziale del potere datoriale di recesso dopo la riforma dell'art. 18*, in *Rass. Giur. Lav. nel Veneto*, 2014, 1, p. 58.

non cronologicamente distinta), all'esito della quale il giudice potrà valutare che il fatto è idoneo a estinguere il rapporto (ed in questo caso il licenziamento sarà dichiarato legittimo), oppure che il fatto non è idoneo ad incidere sulla funzionalità del contratto (ed in questo caso il rimedio sarà esclusivamente indennitario). A titolo di esempio, si pensi al caso in cui il datore di lavoro adduca, a sostegno del licenziamento per ragione economica, la soppressione del posto di lavoro dovuta alla riduzione del fatturato. Il giudice, quindi, dovrà preventivamente accertare se la riduzione del fatturato si sia effettivamente verificata e solo nel caso di esito negativo procederà alla reintegrazione del lavoratore. Nel caso, invece, in cui la riduzione del fatturato vi sia stata, il giudice dovrà valutare se sia idonea ad integrare il giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della Legge n. 604 del 1966.

Ulteriore questione interpretativa si pone rispetto all'applicazione del rimedio reintegratorio nel caso in cui il giudice ravvisi la manifesta insussistenza del fatto. In tale ipotesi, infatti, il disposto dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, riformato dalla Legge Fornero, prevede espressamente che il giudice "può" applicare la tutela reintegratoria. Sul punto si sono contrapposte l'opinione di coloro che ritengono che il verbo sia stato utilizzato impropriamente e, pertanto, in presenza della manifesta insussistenza il giudice in realtà dovrebbe applicare la tutela reintegratoria, e l'opinione di coloro che invece ritengono che permarrebbe un potere discrezionale in capo al giudice, tant'è che lo stesso potrebbe, caso per caso, decidere se applicare o meno la tutela reintegratoria. Ebbene, alla luce di un'interpretazione sistematica parrebbe che la prima delle due tesi prospettate sia maggiormente coerente con il dettato legislativo della Riforma Fornero il quale, evidentemente, mira a limitare il controllo del giudice, ossia a ridurre i margini di incertezza del diritto e della decisione giudiziaria. In altri termini, se le valutazioni del giudice circa l'insussistenza della ragione giustificativa hanno perso la loro pregnanza, al punto tale da dover ritenere il giudice esautorato dal potere di disporre della tutela reintegratoria in favore del lavoratore, non vi è ragione di ritenere che il legislatore della Legge Fornero abbia voluto assegnare all'organo giudiziario del potere discrezionale di reintegrazione del lavoratore nel posto di

lavoro nel caso di manifesta insussistenza del fatto. Pertanto, in tale ottica, il verbo “può” disporre dev’essere interpretato come “deve” disporre.

In tema di giustificato motivo oggettivo e clausole generali, ciò che pare estremamente interessante è esaminare la giurisprudenza per capire come si sia sviluppata negli anni, anche alla luce dei limiti posti dall’art. 30 comma 1 del Collegato lavoro, secondo cui il giudice non potrebbe sindacare l’opportunità della scelta imprenditoriale, bensì dovrebbe limitarsi ad un controllo di legittimità. Bisogna quindi chiedersi quale spazio permanga in capo al giudice in ordine al potere di sindacare la sussistenza o l’insussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

È pacificamente sostenuto, da parte della dottrina prevalente, che il controllo giudiziario dovrebbe svilupparsi nella direzione dell’accertamento di tre elementi: la sussistenza del fatto posto alla base del licenziamento, il nesso eziologico tra il fatto ed il licenziamento ed, infine, il rispetto dell’obbligo di *repêchage*³⁴³.

L’analisi delle pronunce giurisprudenziali in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo mette in evidenza come il giudice compia preliminarmente un controllo di effettività sulla ragione giustificativa posta alla base del licenziamento, consistente nella verifica la sussistenza del fatto (ad esempio la riduzione del fatturato, l’assenza di nuove commesse³⁴⁴...). In altre parole, il giudice compie una verifica circa l’effettività della scelta aziendale, la quale consiste in una diversa organizzazione tecnico-produttiva, in ragione della quale determinati posti di lavoro sono divenuti obsoleti, ma anche nell’esternalizzazione di determinate attività o determinate mansioni, nonché nella diversa ripartizione delle mansioni tra il personale in servizio all’interno dell’impresa³⁴⁵.

³⁴³ In tal senso, *ex multis*, Trib. Bari 3 novembre 2016, in *Ilgiuslavorista.it*, laddove la Suprema Corte afferma che è rimessa al giudice “la ricognizione dell’effettività delle denunciate esigenze tecniche ed economiche dell’organizzazione produttiva, dell’esistenza di un nesso di causalità tra le scelte imprenditoriali ed il provvedimento di licenziamento e della mancanza di possibilità di utilizzazione alternativa del lavoratore (cosiddetto “repechage”) mediante l’adibizione a mansioni equivalenti”; Cass. 16 dicembre 2000, n. 15894, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p. 2631.

³⁴⁴ *Ex multis*, Trib. Reggio Calabria 3 giugno 2013, in *Mass. Giur. Lav.*, 2014, 4, p. 229 ss..

³⁴⁵ Secondo la Suprema Corte, “il giustificato motivo di licenziamento, ex art. 3 della l.n. 604 del 1966, è ravvisabile anche soltanto in una diversa ripartizione di determinate mansioni fra il personale in servizio, attuata ai fini di un apìu economica ed efficiente gestione aziendale, nel

Inoltre, le pronunce giurisprudenziali evidenziano come debba essere accertato il nesso di causalità tra il mezzo ed il fine. A ben vedere, se pensiamo alla definizione di “nesso di causalità”, sembra quasi tautologico ritenere che l’organizzazione sia la causa del licenziamento, in quanto la situazione potrebbe tranquillamente ritenersi rovesciata. In altri termini, potrebbe affermarsi che la situazione di contingenza giustifichi il licenziamento, ossia la soppressione del posto di lavoro, la quale comporta una modificazione dell’organizzazione.

In questa fase, dunque, il controllo non concerne la scelta di licenziare in sé, bensì corrisponde ad una valutazione del fine per il quale l’operazione economica, cui consegue il licenziamento, è posta in essere. A proposito del fine perseguito, la giurisprudenza, nel corso degli anni, ha a lungo dibattuto sulla questione se sia sufficiente, quale giustificazione del licenziamento, il mero fine di incremento del profitto, o se debba piuttosto sussistere una concreta reale necessità organizzativa che implichi la riduzione dei costi o l’utile gestione aziendale. A tale riguardo, si sono negli anni contrapposti due diversi orientamenti. Secondo un primo orientamento è legittima qualunque ragione economica che determini il licenziamento, quindi anche le modifiche organizzative che siano finalizzate al mero incremento dei profitti³⁴⁶. Secondo un diverso orientamento, sono invece

senso che certe mansioni possono essere suddivise fra più lavoratori, ognuno dei quali se le vedrà aggiungere a quelle già espletate, con il risultato finale di far emergere come in esubero la posizione lavorativa di quel dipendente che vi era addetto in modo esclusivo o prevalente. In tale ultima evenienza il diritto del datore di lavoro di ripartire diversamente determinate mansioni fra più dipendenti non deve far perdere di vista la necessità di verificare il rapporto di congruità causale fra la scelta imprenditoriale e il licenziamento, sicché non basta che i compiti un tempo espletati dal lavoratore licenziato siano stati distribuiti ad altri, ma è necessario che tale riassetto sia all’origine del licenziamento anziché costituirne mero effetto di risulta” (Cass. 18 settembre 2016, n. 19185, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016); nello stesso senso Cass. 21 luglio 2016, n. 15082, in *Guida al diritto*, 2016, 34-35, p. 70 ss.; Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 10; Cass. 24 settembre 2010, n. 20232, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 9, p. 1262; Cass. 30 novembre 2010, n. 24235, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 11, p. 1529.

³⁴⁶ Cass. 11 gennaio 2013, n. 579, in *Dir. Giust. Online*, 2013; Cass. 21 novembre 2011, n. 24502, in *Redaz. Giuffrè*, 2011; Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, con nota PEDERZOLI, *Licenziamento pretestuoso e motive illecito, un’incerta linea di confine*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 2, II, p. 362; Cass. 13 luglio 2009, n. 16323, in *Redaz. Giuffrè*, 2009; Cass. 13 ottobre 2008, n. 25043, in *Guida al diritto*, 2008, 49, 64; Cass. 4 dicembre 2007, n. 25270, in *Guida al diritto*, 2008, 3, 64; Cass. 22 agosto 2007 n. 17887, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 7-8 ; Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, con nota NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo del licenziamento*, con nota ICHINO, *Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa per la prosecuzione del rapporto come oggetto del bilanciamento giudiziale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, 4, II, p. 989;

idonee a giustificare il licenziamento esclusivamente quelle ragioni atte a fronteggiare situazioni economiche sfavorevoli contingenti³⁴⁷. Ebbene, alla luce dell'art. 30 del Collegato lavoro vi è da chiedersi se il ritenere illegittimo un licenziamento per motivo economico qualora lo stesso si fondi sulla necessità di incrementare i profitti, non costituisca un'indebita violazione del predetto disposto, ossia se non equivalga a sindacare nel merito la decisione imprenditoriale³⁴⁸. In altri termini, se le scelte economico-organizzative non possono essere sindacate dal giudice, non si capisce perché il licenziamento conseguente ad una soppressione del posto di lavoro disposta esclusivamente per incrementare i profitti dovrebbe ritenersi illegittimo³⁴⁹.

Sul punto si è espresso dettagliatamente il Tribunale di Taranto con ordinanza del 2 aprile 2013. In particolare, il Tribunale rilevava che l'insindacabilità nel merito della scelta datoriale, sancita dall'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro, “non è di ostacolo alla verifica in concreto, da parte del giudice, dell'effettività della scelta operata dall'imprenditore, della non pretestuosità della stessa e della non mera strumentalità della medesima soltanto ad un incremento del profitto”. Questo

Cass. 15 dicembre 2006, n. 26894; Cass. 1 giugno 2005, n. 11678; Cass. 2003, n. 577, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, p. 668 ss.; Cass. 9 luglio 2001, n. 9310, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, p. 1363).

³⁴⁷ Cass. 21 febbraio 2013, n. 4299; Cass. 2012, n. 15258; Cass. 12 settembre 2012, n. 15104; Cass. 9 luglio 2012, n. 11465, in *Dir. Giust. Online*, 2012; Cass. 18 aprile 2012, n. 6026; Cass. 24 febbraio 2012, n. 2874, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 2, p. 220; Cass. 17 novembre 2010, n. 23222, con nota FERRARI, *Le condizioni che rendono legittimo il licenziamento di dipendenti a seguito di ridimensionamento dei costi di produzione*, in *Dir. Giust. Online*, 2010; Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, con nota ICHINO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, p. 838; Cass. 4 marzo 2002, n. 3096, in *Foro It.*, 2002, I, p. 2058).

³⁴⁸ In tal senso, per la dottrina, VALLEBONA, *Licenziamento e valutazioni aziendali insindacabili*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 12, p. 861 ss.. La giurisprudenza recente sembra pronunciarsi nel senso che “(...) in caso di riorganizzazione aziendale, il datore di lavoro, al quale l'art. 41 Cost., nei limiti di cui al comma 2, lascia la scelta della migliore combinazione dei fattori produttivi ai fini dell'incremento della produttività aziendale, non è tenuto a dimostrare l'esistenza di sfavorevoli contingenze di mercato, trattandosi di necessità non richiesta dall'art. 3 della l. n. 604 del 1966 dovendosi altrimenti ammettere la legittimità del licenziamento laddove esso tenda ad evitare il fallimento dell'impresa e non anche amigliorarne la redditività” ed ancora “il controllo giurisdizionale sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per non sconfinare in valutazioni di merito che si sovrappongono a quelle dell'imprenditore (la cui autonomia è garantita ex art. 41 comma 1 Cost.), deve limitarsi a verificare che il recesso sia dipeso da genuine scelte organizzative di natura tecnico-produttiva e non da pretestuose ragioni atte a nascondere altre concernenti esclusivamente la persona del lavoratore” (Cass. 1 luglio 2016, n. 13516, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; nello stesso senso Cass. 11 aprile 2003, n. 5777, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 4).

³⁴⁹ In tal senso, VALLEBONA, *Licenziamento e valutazioni aziendali insindacabili*, nota a Cass. 9 luglio 2013, n. 16987, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 12, p. 863.

significa che, con uno sforzo analitico, bisogna evidenziare il sottile confine tra il divieto per il giudice di sindacare la scelta datoriale e l'obbligo per il giudice di verificare che detta scelta non sia strumentale al mero incremento del profitto o non sia pretestuosa.

Il giudice, in altre parole, nel ritenere meritevole un interesse piuttosto che un altro, ossia nel ritenere legittima un'operazione economica volta a fronteggiare situazioni economiche sfavorevoli piuttosto che un'operazione economica volta esclusivamente ad incrementare i profitti, compie un vero e proprio bilanciamento di interessi e di valori, mettendo in relazione, seppur implicitamente, la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione con il diritto al lavoro. La clausola generale, costituita dalle ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo, rappresenta quindi lo strumento attraverso il quale l'interprete può veicolare all'interno del caso concreto i valori che permeano l'ordinamento.

Infine, si rileva come il datore di lavoro possa procedere ad un licenziamento per ragione oggettiva solamente laddove abbia valutato l'impossibilità di impiegare il lavoratore in altra mansione professionalmente equivalente. Il *repêchage*³⁵⁰ rappresenta un obbligo che non trova fondamento in una specifica norma di diritto positivo³⁵¹, bensì generato e consolidato attraverso la giurisprudenza. La libertà del datore di lavoro di procedere alle scelte imprenditoriali che ritiene più congrue trova quindi un limite imprescindibile nella tutela della dignità del lavoratore e nell'esigenza di conservazione del posto. Il requisito dell'impossibilità di

³⁵⁰ Il *repechage* è un istituto di natura giurisprudenziale che nasce ancor prima del principio della giustificazione del licenziamento, stabilito dalla Legge n. 604 del 1966. Tale istituto, nello specifico, è stato elaborato dalla giurisprudenza arbitrale nel vigore degli accordi interconfederali del 18 ottobre 1950 e del 19 aprile 1965 sui licenziamenti individuali nel settore industriale. L'istituto nasce appunto con l'intento di bilanciare l'interesse dei lavoratori alla conservazione del posto di lavoro con la libertà imprenditoriale. Infatti, negli accordi si ricava la natura equitativa del motivo, laddove il contemperamento tra diritti dei lavoratori e libertà imprenditoriale è rimessa al giudizio degli organismi arbitrali, i quali acquisiscono un ruolo creativo. In altri termini, compito dell'organismo arbitrale è quello di riempire di contenuto la clausola della premessa all'accordo del 1965, la quale prevede che “i licenziamenti abbiano luogo o per giusta causa o per giustificato motivo secondo le ipotesi previste dalla regolamentazione di cui appresso in modo da garantire lavoratori ed aziende da eccessi, abusi ed ingiuste prevalenze”.

³⁵¹ Come si rileva da RUSSO SPENA, FORTUNA, *Relazione di maggioranza – Relazioni delle Commissioni riunite IV e XIII (Giustizia - Lavoro) della Camera dei Deputati, in Atti Parlamentari – Camera dei Deputati, IV Legislatura – Documenti – Disegni di legge e relazioni, 10 dicembre 1965, 2 ss.*, nella redazione della Legge n. 604 del 1966, non fu accolta la proposta di inserire la verifica di *repechage* tra le condizioni di legittimità del licenziamento.

repêchage, come confermato da giurisprudenza consolidata, costituisce un criterio di integrazione delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa³⁵². Si tratta di un limite di natura giurisprudenziale che consiste nell'obbligo, per il datore di lavoro che eserciti il diritto di recesso per ragioni oggettive, di dimostrare di non poter ragionevolmente utilizzare il lavoratore in altre mansioni professionalmente equivalente³⁵³.

Ebbene, da un punto di vista teorico, esaminando le sentenze delle Corti di merito e di legittimità in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e prendendo spunto dai ragionamenti svolti dalle Corti sovranazionali, si possono cercare di individuare tre diverse tipologie di controllo volto a verificare il corretto esercizio del potere. Si tratta del controllo di idoneità (ossia la strumentalità del mezzo rispetto al fine), di necessità (ossia l'adozione del mezzo più mite) e di proporzionalità (ossia il bilanciamento tra i differenti interessi).

In una recentissima sentenza, la Suprema Corte, con sentenza del 30 novembre 2016, n. 24458, si è soffermata sul tema della tipologia di controllo giudiziario nell'ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Il caso di specie riguardava il licenziamento di una lavoratrice, assunta con la qualifica di magazziniera in una farmacia, per soppressione del posto di lavoro, in ragione della necessità di procedere ad un contenimento dei costi a causa dell'andamento dell'attività aziendale. Alla soppressione del posto di lavoro conseguiva la diretta

³⁵² Sul punto, la Suprema Corte ha affermato che “il licenziamento per giustificato motivo oggettivo affinché sia valido non basta che sia l'effetto della soppressione del reparto o del posto di lavoro cui era addetto il lavoratore, ma è necessario che l'azienda sia impossibilitata al suo *repechage*, ossia non abbia come riutilizzarlo, consideratane la professionalità raggiunta in altra posizione lavorativa e/o in altra dipendenza aziendale analoga a quella venuta meno. Il relativo onere probatorio grava sul datore di lavoro, cui incombe anche la prova di non aver effettuato, per un congruo periodo di tempo, nuove assunzioni in qualifiche analoghe a quella del lavoratore licenziato” (Cass. 25 agosto 2016, n. 17338, in *Guida al diritto*, 2016, 41, p. 57 ss.); si veda anche, *ex multis*, Cass. 22 marzo 2016, n. 5592, con nota FERRARESI, *L'obbligo di repechage tra onere di allegazione e onere della prova: il revivement della Cassazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 3, p. 842.

³⁵³ Cass. 7 gennaio 2005, n. 239, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 1; Cass. 30 agosto 2000, n. 11427, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p. 1867; Cass. 14 giugno 1999, n. 5893, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2000, p. 94; Cass. 29 marzo 1999, n. 3030, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, p. 708; Cass. 17 agosto 1998, n. 8057, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, p. 1712; Cass. 13 ottobre 1997, n. 9967, con nota PIZZOFERRATO, *Licenziamento per soppressione del posto di lavoro e impossibilità di ricollocare il lavoratore in altre mansioni equivalenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, p. 327; Cass. 5 settembre 1997, n. 8555, in *Dir. Lav.*, 1998, II, p. 376.

e personale assunzione della mansione da parte della farmacista datrice di lavoro. Nel caso in questione non veniva provata in alcun modo la contingenza economica negativa, ma semplicemente vi era stata la riduzione dei costi in forza del diretto espletamento dell'attività da parte della datrice di lavoro.

La Suprema Corte, nel dichiarare la legittimità di siffatto licenziamento, affermava che il recesso per ragioni inerenti all'attività produttiva è *“scelta riservata all'imprenditore, quale responsabile della corretta gestione dell'azienda anche dal punto di vista economico ed organizzativo, sicché essa, quando sia effettiva e non simulata o pretestuosa, non è sindacabile dal giudice quanto ai profili della sua congruità ed opportunità”*³⁵⁴.

La prima tipologia di controllo, quello che nell'interpretazione delle Corti sovranazionali viene definito come controllo di idoneità, altro non è che un controllo di effettività e di strumentalità tra il mezzo ed il fine. Esso consiste nella verifica della pertinenza della scelta organizzativa (il licenziamento) rispetto alle ragioni del datore di lavoro. Il giudice, quindi, è tenuto a verificare che il motivo addotto (che può consistere nel riassetto riorganizzativo aziendale, così come nel diretto svolgimento delle mansioni assegnate al lavoratore licenziato direttamente dal datore di lavoro) sia effettivo e non sia pretesuoso. Si tratta quindi di una verifica che coinvolge la genuinità del motivo indicato nella giustificazione del licenziamento, da un lato, e la sussistenza del nesso di causalità tra detto motivo ed il recesso, dall'altro³⁵⁵. Il giudice, in concreto, compie spesso un controllo rispetto ai motivi ed i fini della scelta organizzativa, sulla base di documenti contabili e di bilancio, di statistiche di mercato, verificando quindi le condizioni

³⁵⁴ Cass. 30 novembre 2016, n. 24458, in *Dir. Giust.*, 2016; nello stesso senso, Cass. 4 novembre 2004, n. 21121, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, p. 11; Cass. 22 agosto 2007, n. 17887, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 7-8; Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037, con nota ZANETTO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e controllo da parte del giudice*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, 2, II, p. 296; Cass. 19 agosto 2013, n. 19197; Cass. Sezioni Unite 20 giugno 2012, n. 10144.

³⁵⁵ A tale proposito, la Suprema Corte ha affermato che *“nella nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento deve ricondursi anche l'ipotesi del riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa, motivo questo rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, atteso che tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., mentre al giudice spetta il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore, con la conseguenza che non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il lavoratore licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato”* (Cass. 30 novembre 2016, n. 24458, in *Dir. Giust.*, 2016).

economiche in cui versa l'impresa datrice di lavoro (l'esposizione finanziaria, i ricavi, i costi di produzione, i costi della manodopera...). In tal senso, come già chiarito precedentemente, il giudice ha verificato la meritevolezza del fine, ossia ossia che non si trattasse della semplice volontà imprenditoriale di incrementare i profitti.

Nel contempo, tuttavia, la Suprema Corte affermava l'insindacabilità della scelta imprenditoriale nei suoi profili di congruità ed opportunità, ritenendo, pertanto, che la verifica rispetto al fine perseguito esuli dal controllo di opportunità. La Suprema Corte, con l'utilizzo di tale espressione, riteneva invece che la scelta imprenditoriale non potesse essere sindacata nel senso di ritenere che debba essere la migliore tra le alternative possibili e nemmeno nel senso di ritenere che debba essere necessaria ed indispensabile rispetto al fine perseguito, in quanto, diversamente, ciò costuirebbe un controllo giurisdizionale vietato ai sensi dell'art. 30 comma 1 del Collegato lavoro, ossia un controllo sul merito delle scelte dell'imprenditore relative all'organizzazione tecnico-produttiva dell'impresa³⁵⁶.

Tornando quindi al controllo giudiziario rispetto ai fini perseguiti attraverso una determinata scelta imprenditoriale, parte della giurisprudenza ritiene che giudicare illegittimo il licenziamento in ragione del fatto che la soppressione del posto ha avuto luogo per un mero fine di incremento del profitto, equivarrebbe ad un'indebita ingerenza nel merito della scelta economica di soppressione del posto di lavoro adottata dalla datrice di lavoro³⁵⁷. Tale controllo consisterebbe nella

³⁵⁶ In tal senso, Cass. 21 luglio 2016, n. 15082, in Guida al diritto, 2016, 34, p. 70 ss..

³⁵⁷ ³⁵⁷ In tal senso, recentemente, la Suprema Corte ha affermato che *“il giustificato motivo oggettivo alla base del licenziamento non necessita di una motivazione (quale, ad esempio, la riduzione dei costi o la situazione di crisi del settore) che il datore di lavoro sia tenuto ad invocare per giustificare il recesso, che risulta legittimo in caso di oggettiva sussistenza delle decisioni organizzative del datore di lavoro ed in presenza di un nesso che leghi tali decisioni alla soppressione del posto di lavoro”* (Cass. 5 dicembre 2016, n. 24803, in *Ilgiuslavorista.it*, 2017; nello stesso senso, Trib. Bari 3 novembre 2016, in *Ilgiuslavorista.it*, 2016; Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, con nota NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costrizione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, con nota ICHINO, *Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa per la prosecuzione del rapporto come oggetto del bilanciamento giudiziale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, 4, II, p. 989 ss., laddove la Suprema Corte afferma che *“ai fini della sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ferma restando la prova dell'effettività e della non pretestuosità del riassetto organizzativo operato, le ragioni inerenti all'attività produttiva possono sorgere, oltre che da esigenze di mercato, anche da riorganizzazioni o ristrutturazioni, quali che ne siano le finalità, quindi anche quelle dirette a un risparmio di costi o all'incremento dei profitti, quale che ne sia l'entità”*). Contra, Cass. 16 marzo 2015, n. 5173, in *Dir. Giust.* 2015;

valutazione delle reali esigenze che giustificano il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ossia nella valutazione di una seria ragione di utile gestione dell'impresa o di un'effettiva necessità di riduzione dei costi³⁵⁸. In conclusione, è un giudizio sul fine quello dal quale discende l'illegittimità di un licenziamento che, piuttosto che per ragioni di crisi di mercato non contingente, si giustifica invece con una mera scelta di incremento di profitto. A ben vedere, imporre che la scelta non possa essere effettuata per il mero incremento del profitto equivale ad un controllo sul motivo che ha dato origine alla scelta imprenditoriale. A tale proposito, se da un lato si ravvisa l'opinione della giurisprudenza che ritiene tale controllo lesivo del principio secondo cui le scelte datoriali non possono essere sindacate nel merito, dall'altra si ravvisa l'opinione di quella parte della giurisprudenza favorevole a detto sindacato.

La necessità di un controllo di congruità pare necessario soprattutto nell'eventualità in cui il datore di lavoro compia una serie di atti propromici al licenziamento al solo scopo di far apparire il giustificato un licenziamento per motivo oggettivo. Si tratta ad esempio del caso affrontato dal Tribunale di Milano con Ordinanza del 1 ottobre 2013, laddove il lavoratore era stato demansionato illegittimamente ed adibito ad una mansione differente da quella precedentemente esercitata, al solo scopo di poi effettuare la soppressione della nuova posizione lavorativa. In tale ipotesi, pertanto, a fronte di un licenziamento apparentemente legittimo, il giudice ha esaminato la condotta complessiva del datore di lavoro, rilevando l'esistenza di un "prodromo del tutto illecito"³⁵⁹. Il Giudice, pertanto, per poter affermare la giustificatezza del recesso datoriale, deve indagare le effettive modalità con cui il potere è esercitato, verificando cioè la coerenza della condotta nella sua globalità con le finalità previste dall'ordinamento.

Il controllo di necessità si sviluppa invece con l'obiettivo di comprendere se una determinata scelta datoriale sia effettivamente necessaria, ossia indispensabile ed infungibile, rispetto al fine prefissato. Si tratta di un controllo che quindi va oltre

Cass. 26 settembre 2011, n. 19616, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 9, p. 1345; Trib. Bari 18 dicembre 2008, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2008; Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 10.

³⁵⁸ In tal senso, PERULLI, *Il controllo giudiziario dei poteri dell'imprenditore*, in *Rassegna di Giurisprudenza del lavoro nel Veneto*, 2014, 1, p. 22.

³⁵⁹ Tribunale Milano 1 ottobre 2013.

il riscontro, in concreto, dell'inerenza della scelta imprenditoriale all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, cui l'art. 3 della legge n. 604 del 1966 fa riferimento. A tale proposito, ritengo sia necessario distinguere il piano del sindacato giudiziale sulla necessità della scelta organizzativa, ritenuto per lo più illegittimo in quanto espressione della libertà di iniziativa economica ex art. 41 della Costituzione, dal piano del sindacato giudiziale sulla necessità del licenziamento.

In quest'ultima accezione, infatti, il controllo di necessità è strettamente connesso all'idea di licenziamento come *extrema ratio*³⁶⁰, in quanto l'atto di recesso datoriale sarebbe legittimo solo in assenza di soluzioni alternative, e all'obbligo di *repêchage*, il quale, a propria volta, si ricollega ad un principio di proporzionalità. In tale prospettiva, il datore di lavoro non può liberarsi di un lavoratore laddove lo stesso possa essere utilmente impiegato altrove all'interno dell'unità produttiva nel rispetto dell'art. 2103 del Codice Civile³⁶¹. L'onere probatorio della

³⁶⁰ Per la dottrina, favorevoli a tale concezione sono ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, 1, p. 48 ss.; MANCINI, *Commento all'art. 18*, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 14-18*, Zanichelli, 1981, p. 100; NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980, p. 312 ss.. Per la giurisprudenza, Tribunale di Pescara, 22 gennaio 2016, n. 990, in *Redazione Giuffrè*, 2016 (*"Ferma restando l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali in virtù della garanzia costituzionale della libertà di iniziativa economica (art. 41 comma 1 cost.), il datore di lavoro che assume sussistente un giustificato motivo oggettivo per il licenziamento del dipendente, ha l'onere di provare la reale esistenza del motivo addotto, cioè dimostrare nel concreto l'inerenza della scelta imprenditoriale e delle ragioni del conseguente licenziamento alle situazioni oggettive normativamente fissate e la ricorrenza di un concreto nesso di causalità tra il detto motivo ed il disposto recesso, con particolare riferimento alla soppressione del posto di lavoro; inoltre, deve provare l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore a mansioni diverse da quelle che egli svolgeva, in ossequio al principio per cui il licenziamento deve rappresentare l'"extrema ratio", per cui il datore di lavoro è legittimato a ricorrervi solo dopo aver verificato l'impossibilità oggettiva di reperire all'interno dell'organizzazione aziendale una posizione di lavoro confacente al livello di inquadramento del dipendente, la cui prestazione nella precedente posizione di lavoro è divenuta superflua"*). Nello stesso senso, Tribunale Bari 14 aprile 2014, n. 3665, in *Guida al diritto*, 2014, 47, p. 54; Tribunale Roma, 13 febbraio 2014, n. 15626, in *Redazione Giuffrè*, 2015; Cass. 8 ottobre 2012, n. 17087, con nota RUSSOMANDO, *Pretestuosità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e limiti al demansionamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 3, II, p. 633; Cass. 26 marzo 2010, n. 7381, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, p. 448.

³⁶¹ In seguito alla riscrittura dell'art. 2103 del Cod. Civ., ad opera del d.lgs. n. 81 del 2015, il controllo sull'assolvimento dell'obbligo di *repechage* pare divenuto più esteso, in quanto *"(...) l'onere del datore di lavoro di provare l'adempimento all'obbligo di repechage va assolto anche in riferimento a posizioni di lavoro inferiori, ove rientranti nel bagaglio professionale del lavoratore e compatibili con l'assetto organizzativo aziendale; il datore di lavoro, in conformità al principio di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto, è tenuto a prospettare al*

sussistenza del giustificato motivo oggettivo grava sul datore di lavoro e concerne un fatto negativo, dovendo lo stesso dimostrare non solo la concreta riferibilità del licenziamento individuale ad iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo e/o organizzativo, ma anche l'impossibilità di utilizzare il lavoratore estromesso in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività cui era precedentemente adibito. In particolare, l'onere va assolto attraverso la dimostrazione di fatti positivi corrispondenti al fatto negativo dell'impossibilità di utilizzare il lavoratore in mansioni compatibili: si pensi ad esempio al fatto che i posti di lavoro residui, riguardanti mansioni equivalenti, siano occupati stabilmente da altri lavoratori e che per un congruo periodo non sia stata effettuata alcuna nuova assunzione nella stessa qualifica dei lavoratori licenziati in relazione a tutte le sedi dell'attività aziendali³⁶². Si tratta di un obbligo che nasce da un bilanciamento, operato dalla giurisprudenza sistematicamente, al punto tale da renderlo un obbligo consolidato, tra la libertà del datore di lavoro di procedere alle scelte imprenditoriali che ritiene più congrue, come ad esempio la soppressione del posto di lavoro, ed il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro ed alla tutela della dignità dello stesso. In altri termini, dall'opera di bilanciamento deriverebbe che il licenziamento sia un provvedimento sproporzionato (e quindi illegittimo) laddove il lavoratore fosse utilmente impiegabile in altra mansione.

Autorevole dottrina ha poi evidenziato come il sindacato giudiziale possa distinguersi in un controllo volto ad accertare il rispetto della razionalità strumentale nell'esercizio del potere, da un controllo che mira a sindacare il

*lavoratore la possibilità di un impiego in mansioni inferiori quale alternativa al licenziamento ed a fornire la relativa prova in giudizio” (Cass. 21 dicembre 2016, n. 26467, in *Dir. Giust.*, 2017).*

³⁶² In tal senso, “*in ordine al c.d. obbligo di repechage, nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato dalla necessità di procedere alla soppressione del posto di lavoro cui è addetto il lavoratore, è necessario che sia provato il nesso causale tra il motivo inerente all'organizzazione produttiva e il recesso, anche sotto il profilo dell'impossibilità di una diversa utilizzazione del dipendente licenziato: la prova di tale possibilità di impiego, in particolare, va fornita sulla base di inequivoci elementi volti a dimostrare che nell'ambito della organizzazione aziendale, esistente all'epoca del licenziamento, non vi erano altre possibilità di evitare la risoluzione del rapporto se non quella, vietata dall'art. 2103 c.c., di adibire il lavoratore ad una mansione dequalificante rispetto a quella dallo stesso esercitata prima della ristrutturazione aziendale” (Corte d'Appello L'Aquila, 7 luglio 2016, in *Ilgiuslavorista.it*, 2016). Nello stesso senso, *ex multis*, Cass. 2000, n. 15894; Trib. Bari 3 novembre 2016, in *Ilgiuslavorista.it*; Cass. 1992, n. 2881.*

rispetto della razionalità assiologica³⁶³. Il limite della razionalità strumentale consiste nella verifica, da parte dell'organo giudiziario, dell'adeguatezza e della congruenza tra i mezzi ed i fini dell'azione. Si tratta quindi del rispetto di un agire razionale e non arbitrario, in modo che il rapporto di lavoro si svolga in maniera corretta ed equilibrata. In tal senso, si svolgerebbe quel controllo che è stato precedentemente definito come controllo di idoneità e che risulta pacificamente legittimo in ragione dell'art. 30 comma 1 del Collegato lavoro. Si tratterebbe dunque dell'accertamento della sussistenza del presupposto di fatto e del nesso di causalità tra il mezzo adottato ed il fine perseguito. Il limite della razionalità assiologica consiste invece nella valutazione giudiziaria rispetto al fine perseguito. Ebbene, un ulteriore spunto di riflessione si ricava dal regime sanzionatorio conseguente alla violazione dell'obbligo di *repêchage*. In attuazione della Legge Fornero, pare di poter condividere la tesi della dottrina³⁶⁴ e della giurisprudenza secondo cui la ragione economica ed il nesso causale dovrebbero ascrivere al "fatto", mentre l'onere di *repêchage* dovrebbe ascrivere agli estremi del giustificato motivo oggettivo. Ciò porta ad una rilevante conseguenza in termini di regime sanzionatorio, in quanto la violazione dell'obbligo di *repêchage* verrebbe sanzionata esclusivamente con un'indennità.

Vi è peraltro da evidenziare che la nuova disciplina dettata dal Jobs Act ha eliminato l'effetto reintegratorio della pronuncia di illegittimità del licenziamento, sia rispetto alla violazione dell'obbligo di *repêchage*, sia rispetto all'insussistenza della ragione giustificativa, con la conseguenza che, anche qualora venisse accertata l'assenza del giustificato motivo oggettivo, il licenziamento dovrebbe considerarsi valido ed il lavoratore avrebbe diritto esclusivamente ad una tutela indennitaria. Vi è quindi da chiedersi quale spazio permanga per il sindacato giudiziale, schiacciato tra riforme legislative volte, da un lato, a limitare il

³⁶³ PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, p. 88 ss..

³⁶⁴ TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in Carinci, Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, suppl. a *Dir. Prat. Lav.*, 2012, 33, 2012, p. 70; TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, p. 167; PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 4, p. 667; SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. Rel Ind.*, 2015, 1, p. 68 ss..

controllo sull'opportunità del provvedimento e, dall'altro, a limitare gli effetti sanzionatori dell'eventuale illegittimità.

In tale contesto, considerato il dettato letterale ostile ad un'interpretazione giudiziaria creativa, vi è chi ha ritenuto che è difficile continuare ad attribuire alle ragioni giustificative del licenziamento la natura di clausola generale³⁶⁵. Pare infatti sempre più difficile garantire la sopravvivenza delle clausole generali, e del controllo giudiziario loro affidato, in presenza di una disciplina legislativa serrata sotto il profilo dei limiti alla sindacabilità del merito ed estremamente serrata in favore di un apparato rimediale che prevede la validità del licenziamento pur in presenza di un licenziamento per motivo oggettivo giudicato ingiustificato.

4. La disciplina delle mansioni, il superamento del concetto di “equivalenza” e la “modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore”.

La dottrina e la giurisprudenza hanno avuto modo di confrontarsi con la tematica dell'interpretazione delle clausole generali e del sindacato giudiziale, in tema di esercizio del potere datoriale di *ius variandi*, all'interno della quale, anche in seguito alla profonda modifica intervenuta in seguito al Jobs Act, non mancano espressioni dal contenuto volutamente indeterminato. Nello specifico, si pensi alla mansione “equivalente”, presente nella formulazione dell'art. 2103 del Codice Civile precedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2015, ma anche al presupposto della “modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore”, introdotto proprio in forza della recente riforma per giustificare il demansionamento del prestatore.

³⁶⁵ FERRARESI, *L'obbligo di repechage tra onere di allegazione e onere della prova: il revival della Cassazione*, nota a Cass. 22 marzo 2016, n. 5592, in *Diritto delle Relazioni industriali*, 2016, 3, p. 843 ss..

Ebbene, se i temi della flessibilità in entrata ed in uscita fanno parte del dibattito politico già da alcuni anni³⁶⁶, il Governo Renzi sembra essere il primo a voler intervenire in maniera netta anche in materia di flessibilità funzionale³⁶⁷. Mentre con il d.lgs. n. 23 del 2015, attraverso la creazione del nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, il legislatore delegato ha riformato la disciplina del licenziamento in maniera ancor più marcata di quanto già non avesse fatto la legge n. 92 del 2012, focalizzandosi quindi sulla flessibilità in uscita, con il d.lgs. 81 del 2015 ha concentrato l'attenzione sulla flessibilità in entrata, attraverso la revisione della disciplina dei contratti di lavoro, e sulla flessibilità funzionale. Al fine di pervenire ad un potenziamento di tale flessibilità, detta anche flessibilità organizzativa, il legislatore delegato si è interessato a temi

³⁶⁶ A ben vedere, già il d.lgs. 276 del 2003, attuativo delle deleghe in materia di occupazione e lavoro, ha inciso profondamente sulla flessibilità in entrata, ampliando considerevolmente il numero di tipologie contrattuali c.d. flessibili (al contratto a termine ed al contratto di apprendistato si affiancano ad esempio il contratto di lavoro somministrato tramite agenzia, il lavoro intermittente, il lavoro ripartito...). Per la dottrina sulla Legge Biagi, si veda, tra i molti, MISCIONE, RICCI (a cura di), coordinato da CARINCI, Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Ipsoa, Milano, 2004, 34. Più recentemente, la legge n. 92 del 2012, "Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita", si è occupata primariamente del tema della flessibilità in uscita, ponendo per la prima volta un limite al regime sanzionatorio della tutela reale di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ed ha mantenuto una consistente rigidità con riferimento alla flessibilità in entrata. Per la dottrina sulla Riforma Fornero, si veda per tutti TREU, Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 155/2012; CARINCI, Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 172/2013; DE LUCA, Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese : riflessioni su un compromesso necessario, in Riv. It. Dir. Lav., 2013, I, 3. La flessibilità in entrata torna poi in maniera dirompente in rilievo con la legge n. 78 del 2014 grazie al venir meno delle causali giustificatrici dell'apposizione del termine al contratto di lavoro.

³⁶⁷ Come sottolinea TREU, Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro, in WP "Massimo D'Antona".IT – 155/2012, pag. 18 e segg., "i temi della flessibilità funzionale non sono stati affrontati dalla legge 92 e sono stati appena sfiorati nel dibattito. Alcuni aspetti, come la regolazione dell'orario di lavoro e lo stesso part-time, sono stati ritenuti relativamente assestati e meno bisognosi di correzioni legislative, anche in quanto affidati di massima alla contrattazione collettiva, che ha introdotto spesso adeguati elementi di flessibilità in sede aziendale. Altri temi come la mobilità professionale e il controllo sulle prestazioni del lavoro, sono rimasti affidati alla normativa storica dello Statuto dei lavoratori (artt. 4, 6, 13), che nessuna delle forze in campo ha ritenuto di mettere in discussione; sindacati e centro sinistra per la inopportunità di affrontare (oggi) modifiche allo Statuto; il centro destra perché ritiene che tali norme siano superabili con il ricorso alla forza "deregolatrice" dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011". Sul Jobs Act e la flessibilità, si veda DE LUCA, Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su Jobs Act e dintorni), IN WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 217/2014.

quali lo *ius variandi* ed il demansionamento, ma anche l'orario di lavoro³⁶⁸ e l'efficacia dei controlli e delle nuove tecnologie³⁶⁹.

Lo *ius variandi* può essere definito come il potere del datore di lavoro di modificare unilateralmente il contenuto della prestazione dedotta in contratto in relazione alle esigenze organizzative che possono sopravvenire durante lo svolgimento del rapporto di lavoro. In assenza di una definizione legale di «mansione», la dottrina ha definito la stessa come l'insieme dei compiti e delle attività che il lavoratore è chiamato ad eseguire in adempimento dell'obbligazione contrattuale³⁷⁰ e rappresenta quindi l'oggetto dell'obbligazione di lavoro³⁷¹.

Lo *ius variandi* consiste pertanto nel potere attribuito alla parte datoriale di modificare unilateralmente, in deroga al principio generale secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti e può essere modificato solamente con il consenso delle stesse, l'oggetto del contratto, ossia le mansioni del lavoratore. L'individuazione delle mansioni, la quale deve aver luogo fin dal momento della sottoscrizione del contratto di lavoro e deve essere oggetto di specifica comunicazione al lavoratore ed all'Autorità competente, rappresenta quindi un elemento fondamentale ed indispensabile per delineare i perimetri dell'esercizio del potere datoriale. Inoltre, dall'assegnazione della mansione dipende l'inquadramento del lavoratore, ossia l'attribuzione di una determinata categoria legale, come identificata dall'art. 2095 del Cod. Civ., e di un determinato livello di inquadramento, individuato sulla base dei contratti collettivi applicabili³⁷².

³⁶⁸ Il capo II del d.lgs. n. 81 del 2015 prevede la nuova disciplina del lavoro ad orario ridotto e flessibile.

³⁶⁹ L'art. 23 dello schema di decreto sulle semplificazioni, approvato l'11 giugno 2015, prevede la modifica art. 4 dello Statuto dei lavoratori in tema di potere di controllo.

³⁷⁰ GIUGNI, *voce Mansioni e qualifica*, in Enc. dir., Milano, 1975; MISCIONE, *Dialoghi di diritto del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2010.

³⁷¹ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, UTET, Torino, 2005, p. 142 ss..

³⁷² L'art. 96 delle disp. att. del Cod. Civ. prevede infatti che «L'imprenditore deve far conoscere al prestatore di lavoro, al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per cui è stato assunto [2103 c.c.]. Le qualifiche dei prestatori di lavoro, nell'ambito di ciascuna delle categorie indicate nell'articolo 2095 del codice, possono essere stabilite e raggruppate per gradi secondo la loro importanza nell'ordinamento dell'impresa. Il prestatore di lavoro assume il grado gerarchico corrispondente alla qualifica e alle mansioni. I contratti collettivi di lavoro possono stabilire che, nel caso di divergenza tra l'imprenditore e il prestatore di lavoro circa l'assegnazione della qualifica, l'accertamento dei fatti rilevanti per la determinazione della qualifica venga fatto da un collegio costituito da un funzionario dell'ispettorato corporativo, che presiede, e da un delegato di ciascuna delle associazioni

L'art. 2103 c.c., oggi oggetto di completa riscrittura, era già stato modificato dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori il quale, si rammenta, stabiliva che il prestatore di lavoro dovesse essere adibito alle mansioni per le quali era stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che avesse successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione³⁷³. La norma evidenziava quindi la possibilità di adibire il lavoratore, anche attraverso una disposizione datoriale unilaterale, in ragione delle sopravvenute esigenze dell'impresa, a mansioni differenti rispetto a quelle originariamente convenute, riconoscendo una certa mobilità del lavoratore, che poteva tuttavia svilupparsi solamente in direzione orizzontale (ossia rispetto a mansioni equivalenti) o verticale verso l'alto (ossia rispetto a mansioni superiori)³⁷⁴.

La disciplina dell'art. 2103 del Codice Civile, così come modificata dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, ruotava quindi attorno ad un concetto estremamente generico e non privo di contrasti interpretativi, quello di "equivalenza". La tecnica legislativa per clausole generali³⁷⁵, utilizzata in questo caso come limite al potere

professionali che rappresentano le categorie interessate. Sui fatti rilevanti per la determinazione della qualifica che hanno formato oggetto dell'accertamento compiuto con tali forme, non sono ammesse nuove indagini o prove, salvo che l'accertamento sia viziato da errore manifesto».

³⁷³ Il testo originario della norma dettava una disciplina favorevole agli interessi di parte datoriale, la quale poteva disporre unilateralmente il mutamento di mansioni. La norma prevedeva infatti che il prestatore di lavoro dovesse essere adibito alle mansioni per cui era stato assunto e riconosceva che il datore di lavoro, per far fronte ad esigenze dell'impresa, potesse unilateralmente adibire il lavoratore a mansioni diverse da quelle di assunzione, purché ciò avvenisse senza mutamento sostanziale della sua posizione e senza diminuzione della retribuzione. Per un esame della dottrina, si veda BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 10.

³⁷⁴ Per un esame della dottrina, tra i molti, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2003, II, p. 284 ss.; AMOROSO, DI CERBA, MARESCA, *Il diritto del lavoro*, in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2006, II, p. 346 ss..

³⁷⁵ La dottrina si è lungamente spesa sul valore semantico da attribuire alla nozione di clausola generale. Per un'interpretazione estensiva, si veda su tutti RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in CABELLA, PISU, NANNI, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 40 ss., in cui definisce le stesse come "nozioni a contenuto variabile", ossia "strumenti che i giuristi denominano variamente (direttiva, principio, formula aperta, clausola generale, standard) e che rispondono alla medesima funzione". Secondo l'autorevole Autore, "non distinguere all'interno di queste categorie non è in questo momento sacrificare il rigore teorico, ma fare un primo passo importante, e cioè prendere atto di quella che è la realtà normativa con la quale dobbiamo fare i conti". Si veda inoltre VELLUZZI, *Clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010. Per la tesi a sostegno di un'interpretazione rigida della clausola generale e, quindi, della dicotomia tra clausola generale e concetto elastico, si veda su tutti MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 13.

datoriale di *ius variandi*, si connota per un'intenzionale indeterminatezza, prevedendo sia il giudice, di volta in volta, attraverso un giudizio di valore, a definirne il contenuto sulla base del caso concreto. Ebbene, secondo la prevalente opinione giurisprudenziale, l'equivalenza deve riguardare tanto il profilo retributivo, quanto quello professionale, ossia il patrimonio di conoscenze ed esperienze che contraddistingue ciascun lavoratore³⁷⁶. La tutela della professionalità, in altri termini, assume rilevanza costituzionale in quanto strumento imprescindibile per la realizzazione della personalità del lavoratore³⁷⁷. Il valore della professionalità, che trova fondamento costituzionale negli artt. 2, 4 e 35 co. 2 Cost., assume rilevanza individuale in quanto strettamente legato alla dignità umana, ma tutela altresì il più generale «*interesse della collettività che il patrimonio di nozioni, di esperienza e perizia acquisita dal lavoratore nell'esercizio dell'attività non venga sacrificato alle esigenze dell'organizzazione aziendale del lavoro ed al profitto dell'impresa*»³⁷⁸.

Nel corso degli anni, la giurisprudenza ha elaborato una nozione di equivalenza piuttosto restrittiva, richiedendo una valutazione tanto sotto il profilo oggettivo, quanto soggettivo³⁷⁹. Il profilo oggettivo concerne l'appartenenza delle mansioni di provenienza e di destinazione ad un medesimo livello in inquadramento e categoria legale, nonché un medesimo livello retributivo tra le stesse; il profilo soggettivo concerne invece l'affinità professionale delle mansioni, nel senso che le nuove devono armonizzarsi con le capacità professionali acquisite dall'interessato durante il rapporto lavorativo, consentendo ulteriori affinamenti e sviluppi. Ciò significa che una mansione di destinazione equivalente a quella di provenienza

³⁷⁶ *Ex multis*, Cass. 2 ottobre 2002, n. 14150, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 1760.

³⁷⁷ A tale proposito, la Corte Costituzionale ha sostenuto la necessità di tutelare la dignità sociale del lavoratore «*contro discriminazioni che riguardano non solo l'area dei diritti di libertà e l'attività sindacale finalizzata all'obiettivo strumentale dell'autotutela degli interessi collettivi, ma anche l'area dei diritti di libertà finalizzati allo sviluppo della personalità morale e civile del lavoratore*» (Corte Cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in *Lav. nelle Pubb. Amm.*, con nota SALOMONE, *Titolo V della Costituzione e lavoro pubblico privatizzato: i primi orientamenti della Consulta*).

³⁷⁸ Cass. 27 maggio 1983, n. 3671, in *Giust. civ. mass.*, 1983, p. 5.

³⁷⁹ In tal senso, Cass. 2 maggio 2006, n. 10091, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, III, p. 654, SARTORI, *Limiti allo ius variandi e flessibilità: i paradossi della giurisprudenza*; SS.UU. 24 aprile 1990, n. 3455, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1493; Cass. 14 luglio 1993, n. 7789, in *Not. giur. lav.*, 1993, p. 808; Cass. 22 aprile 1995, n. 4561, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 384; Cass. 22 novembre 1995, n. 12121, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 796; Trib. Bari, 25 ottobre 2007, in *Redaz. Giuffrè* 2008.

sotto il profilo oggettivo (ossia remunerata nella stessa misura ed inquadrata al medesimo livello) potrebbe non esserlo sotto il profilo soggettivo (ad esempio perché è richiesto un differente patrimonio professionale). Inoltre, a protezione del bene della professionalità, la giurisprudenza di legittimità ha elaborato una nozione statica di patrimonio professionale (costituita dal bagaglio di competenze professionali acquisite dal lavoratore), cui si affianca una nozione dinamica di equivalenza, costituita da tutte quelle conoscenze che, in maniera potenziale, consentono una crescita, ossia un avanzamento professionale³⁸⁰.

Il potere datoriale, antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, era quindi soggetto ad uno stringente controllo giudiziario, spettando al giudice il compito di valutare, a seguito del mutamento di mansioni, l'effettiva salvaguardia del bene della professionalità³⁸¹. Il potere datoriale era quindi fortemente limitato da un'esigenza di tutela dell'apparato valoriale appartenente alla parte debole del rapporto, la quale era tutelata non solo sotto il profilo retributivo e del mantenimento della categoria e dell'inquadramento raggiunti, ma anche, soprattutto, sotto il profilo della dignità e della professionalità nelle accezioni sopra individuate³⁸². Infatti, nella valutazione dell'equivalenza delle

³⁸⁰ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate sostenendo la necessità di adottare una nozione dinamica di equivalenza piuttosto che una nozione statica (SS.UU. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Mass. giur. lav.*, 2007, pag. 17). In tal senso, anche Cass. 13 novembre 1991, n. 12088, in *Giur. it.*.

³⁸¹ Il valore della professionalità è richiamato dalla gran parte di sentenze in tema di *ius variandi* (ex multis, Cass. 24 giugno 2009, n. 14841, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 6, pag. 975; Cass. 8 giugno 2009, n. 13173, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 6, pag. 878; Corte d'Appello Perugia, 16 settembre 2013 n. 185, in *Redaz. Giuffrè 2014*; Tribunale L'Aquila, 16 gennaio 2013, n. 14, in *Redaz. Giuffrè 2013*; Tribunale Roma, 28 dicembre 2010, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, 3, pag. 725). Il suo ruolo centrale si denota ad esempio nelle ampie argomentazioni fornite dalla giurisprudenza di merito (si veda, ad esempio, Tribunale Roma 28 dicembre 2010, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 3, 2011, pag. 725, con nota CARBONE, *La visibilità televisiva del giornalista limita lo ius variandi*; Tribunale Roma 20 marzo 2001, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2001, pag. 701; Tribunale Roma 6 marzo 2001) in tema di mutamento di mansioni cui può essere soggetto il giornalista esposto a visibilità televisiva, laddove la giurisprudenza si è in più occasioni espressa nel senso di limitare lo *ius variandi* in quanto la professionalità deve essere valutata tenendo in considerazione non solo il bagaglio di nozioni ed esperienze tecniche maturate per l'espletamento del compito, bensì anche gli aspetti legati strettamente alla visibilità, quindi la capacità di confrontarsi con il pubblico e con i problemi di una diretta televisiva. In senso opposto, con riferimento allo *ius variandi* del giornalista televisivo, Tribunale Napoli n. 3482/2003.

³⁸² La Suprema Corte ha richiamato in particolare la "*necessità di bilanciare la tutela degli interessi, costituzionalmente rilevanti (articolo 4, 32, 36), del prestatore con la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore*" (Cass. Sezioni Unite, 7 agosto 1998, n. 7755, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, pag. 1668), nonché l'esigenza di "*salvaguardare sul luogo di lavoro la dignità ed i diritti fondamentali del lavoratore*" (Cass. 23 marzo 2005, n. 6326, in *Dir. e Giust.*, 2005, 16, pag. 26,

mansioni, il giudice era tenuto a compiere una verifica in relazione al caso concreto, senza alcun vincolo rispetto alla classificazione delle mansioni operata all'interno della contrattazione collettiva. Quest'ultima non rappresentava altro che un sussidio, un criterio attraverso il quale il giudice poteva compiere la propria attività interpretativa dinanzi ad un concetto intenzionalmente indeterminato quale l'equivalenza.

Antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 3, d.lgs. n. 81 del 2015, i limiti al potere di *ius variandi* erano pertanto imposti dal concetto, per sua natura generico ed indeterminato, di equivalenza e, permaneva quindi, in capo al datore di lavoro che volesse esercitare il potere, un margine di incertezza. L'assenza di un criterio oggettivo *ex ante* per il datore di lavoro e la valutazione giudiziaria *ex post* circa l'effettiva salvaguardia del bene della professionalità³⁸³, hanno quindi contribuito negli anni a dissuadere i datori di lavoro dall'utilizzare tale strumento di gestione del rapporto la lavoro.

Inoltre, la protezione del soggetto debole era garantita non solo attraverso l'apposizione di limiti legali allo *ius variandi* datoriale, ma stringenti limiti venivano apposti anche alla possibilità per le parti di sottoscrivere patti contrari a quanto disposto dall'art. 2103 del Cod. Civ.. Infatti, in seguito alla riforma operata dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, venne prevista, probabilmente per ovviare

con nota CIMAGLIA, *Il mobbing? Attentato alla sfera psichica. Ma ora serve una definizione normativa*).

³⁸³ Il valore della professionalità è richiamato dalla gran parte di sentenze in tema di *ius variandi* (ex multis, Cass. 24 giugno 2009, n. 14841, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 6, p. 975; Cass. 8 giugno 2009, n. 13173, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 6, p. 878; Corte d'Appello Perugia, 16 settembre 2013 n. 185, in *Redaz. Giuffrè 2014*; Tribunale L'Aquila, 16 gennaio 2013, n. 14, in *Redaz. Giuffrè 2013*; Tribunale Roma, 28 dicembre 2010, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, 3, pag. 725). Il suo ruolo centrale si denota ad esempio nelle ampie argomentazioni fornite dalla giurisprudenza di merito (si veda, ad esempio, Tribunale Roma 28 dicembre 2010, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 3, 2011, p. 725, con nota CARBONE, *La visibilità televisiva del giornalista limita lo ius variandi*; Tribunale Roma 20 marzo 2001, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2001, p. 701; Tribunale Roma 6 marzo 2001) in tema di mutamento di mansioni cui può essere soggetto il giornalista esposto a visibilità televisiva, laddove la giurisprudenza si è in più occasioni espressa nel senso di limitare lo *ius variandi* in quanto la professionalità deve essere valutata tenendo in considerazione non solo il bagaglio di nozioni ed esperienze tecniche maturate per l'espletamento del compito, bensì anche gli aspetti legati strettamente alla visibilità, quindi la capacità di confrontarsi con il pubblico e con i problemi di una diretta televisiva. In senso opposto, con riferimento allo *ius variandi* del giornalista televisivo, Tribunale Napoli n. 3482/2003.

alla debolezza della versione originaria dell'articolo³⁸⁴, la nullità dei patti contrari, tanto con riferimento all'autonomia collettiva³⁸⁵, quanto all'autonomia individuale.

A fronte di questo regime legale, la contrattazione collettiva ha talvolta sperimentato, soprattutto in presenza di esigenze aziendali temporanee, l'inserimento di clausole di fungibilità tra mansioni considerate contrattualmente equivalenti³⁸⁶. La clausola di fungibilità prevede l'intercambiabilità del personale e quindi la possibilità per il datore di lavoro di esercitare liberamente, all'interno di una medesima area funzionale, il potere di *ius variandi*, assegnando al lavoratore una nuova mansione sul solo presupposto della temporanea esigenza aziendale. La tematica si complica, per contrasto con la disciplina legale di cui all'art. 2103 del Cod. Civ., laddove la nuova mansione, seppur contrattualmente fungibile con quella originaria, esprima una professionalità diversa. In altre parole, all'equivalenza contrattuale, sancita dalla contrattazione collettiva, potrebbe non corrispondere un'equivalenza legale, in quanto le due mansioni potrebbero prevedere professionalità differenti.

In presenza di clausole collettive di fungibilità, la giurisprudenza ha espresso orientamenti contrastanti, tanto da richiedere l'intervento sul punto delle Sezioni Unite della Cassazione³⁸⁷. In particolare, la Corte a Sezioni Unite ha dovuto pronunciarsi sulla questione se la clausola di fungibilità sia compatibile con la disciplina legale posta dall'art. 2103 del Cod. Civ. ovvero se detta clausola debba

³⁸⁴ In tal senso, LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 186.

³⁸⁵ Il riferimento anche alla contrattazione collettiva è confermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 24 gennaio 1987, n. 672; Cass. 3 settembre 2002, n. 12821; Cass. 29 ottobre 2004, n. 20983; Cass. 16 settembre 2004, n. 18719; Cass. 20 agosto 2003, n. 12251; Cass. 15 maggio 2003, n. 7606; Cass. 28 aprile 2003, n. 6614; Cass. 30 gennaio 2003, n. 1494).

³⁸⁶ Un esempio paradigmatico di clausola di fungibilità era quello di cui all'art. 46 del c.c.n.l. per i dipendenti dell'Ente Poste Italiane, che consentiva, in presenza del presupposto della ricorrenza delle "necessità di servizio", l'intercambiabilità delle mansioni (ad eccezione delle mansioni tecniche) all'interno della medesima area operativa. Per la dottrina sul punto, GARGIULO, *Clausole di fungibilità per "esigenze aziendali": un nuovo disorientamento della Cassazione?*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 113; PISANI, *Le mansioni promiscue secondo le Sezioni Unite: consensi e dissensi*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 24.

³⁸⁷ Cass. Sezioni Unite 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, pag. 336, con nota OCCHINO, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee* e in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 669, con nota BORZAGA, *Principio di equivalenza delle mansioni e ruolo della contrattazione collettiva: verso nuovi spazi di flessibilità?*.

ritenersi nulla in ragione del comma 2 dell'art. 2103 del Cod. Civ.. Si tratta, a ben vedere, di una forma di mobilità funzionale del lavoratore che, in ragione della risposta positiva offerta dalla giurisprudenza di legittimità, ha aperto un primo spiraglio nella direzione di un'interpretazione meno rigida del concetto di equivalenza. Le Sezioni Unite, infatti, non negano il consolidato orientamento secondo cui la violazione della previsione di cui all'art. 2103 del Cod. Civ. produrrebbe la nullità del patto anche laddove previsto dalla contrattazione collettiva, ma nel contempo affermano che la clausola di fungibilità dev'essere letta «in chiave di adattabilità della garanzia dell'art. 2103 del Cod. Civ. alle esigenze di maggiore flessibilità che derivano dalla sempre più penetrante integrazione dei sistemi produttivi»³⁸⁸. La ragione legittimante risiede pertanto nell'interesse datoriale a vedersi garantita, in via temporanea e per ragioni contingenti, una maggiore flessibilità. Pertanto, secondo le Sezioni Unite «va affermato, come principio di diritto, che la contrattazione collettiva - [...] (per) mansioni che esprimano in concreto una diversa professionalità, pur confluendo nella medesima declaratoria contrattuale [...] - è [...] autorizzata a porre meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale prevedendo, con apposita clausola, la fungibilità funzionale tra esse per sopperire a contingenti esigenze aziendali [...] senza per questo incorrere nella sanzione di nullità»³⁸⁹.

Inoltre, la previsione contrattuale collettiva di meccanismi di rotazione e scambio compatibili con la disposizione dell'art. 2103 del Cod. Civ. e di mansioni costituite dallo svolgimento di plurime attività diverse, unitamente alle clausole di fungibilità, hanno consentito lo sviluppo del criterio della professionalità potenziale ed il passaggio da un'ottica di tutela del singolo lavoratore ad una visione d'insieme, idonea a prendere in considerazione, pur nella tutela del nucleo

³⁸⁸ Cass. Sezioni Unite 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, p. 336, con nota OCCHINO, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee*

³⁸⁹ Cass. Sezioni Unite 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, p. 336, con nota OCCHINO, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee*. In senso opposto, la Cass. 2 ottobre 2002, n. 14150 in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, p. 1760, aveva ritenuto che fosse legittimo l'esercizio dello *ius variandi* esclusivamente qualora fosse accertata l'equivalenza delle mansioni, non solo sulla base della clausola di fungibilità prevista dal contratto collettivo, ma anche della professionalità del lavoratore.

di omogeneità ed affinità delle mansioni, le esigenze aziendali³⁹⁰. È stata quindi la contrattazione collettiva, attraverso meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale, a contribuire al progressivo superamento dell'interpretazione rigida del concetto di equivalenza che ha condotto poi alla riforma del Jobs Act in tema di mansioni³⁹¹.

L'analisi delle modifiche previste dal Jobs Act sul tema conferma come negli ultimi anni si sia di fatto alterato, sotto la potente spinta di una cultura neo-liberista, l'equilibrio tra libertà d'impresa e tutela del lavoro. Infatti, complici la grave crisi economica e la globalizzazione, sono entrati in maniera dirimpante nelle agende dei Governi che si sono succeduti, italiani ma non solo, obiettivi quali la salvaguardia del mercato e la competitività delle imprese, nonché, come chiaramente sottolineato nel Libro Verde del 2006³⁹², il mantenimento

³⁹⁰ In tal senso, «la disposizione dell'art. 2103 c.c. sulla regolamentazione delle mansioni del lavoratore e sul divieto del declassamento di dette mansioni va interpretata - stante le statuizioni di cui alla sentenza delle Sezioni unite n. 25033 del 2006, ed in coerenza con la ratio sottesa ai numerosi interventi in materia del legislatore - alla stregua della regola del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti l'esternalizzazione dei servizi o la loro riduzione a seguito di processi di riconversione o ristrutturazione aziendali, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte, restando immutato il livello retributivo, non si pone in contrasto con il dettato codicistico, se essa rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» ed ancora «un'interpretazione dell'art. 2103 c.c., abbandonando l'ottica di una cristallizzata tutela del "singolo lavoratore" a fronte dello jus variandi dell'imprenditore - debba privilegiare un ponderato esame del dato normativo che tenga pure conto dei complessi problemi di riconversione e di ristrutturazione delle imprese (che impongono una attenuazione di una rigidità della regolamentazione del rapporto di lavoro capace di ostacolare detti processi) e che, in tale direzione, venga a configurarsi come naturale evoluzione di un indirizzo giurisprudenziale volto ad assegnare alla contrattazione collettiva incisivo rilievo nella gestione dei rapporti lavorativi delle imprese anche nelle sue articolazioni locali, in ragione delle specifiche situazioni che si possono verificare nelle varie realtà aziendali e territoriali, e che possono richiedere un adeguamento degli organici con una accentuata flessibilità proprio per soddisfare le diverse esigenze sopravvenute in dette realtà» (Cass. 5 aprile 2007, n. 8596, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, p. 4).

³⁹¹ «A seguito dell'indicato approdo giurisprudenziale sull'art. 2103 c.c., diviene, dunque, doveroso - per ragioni di nomofilachia cui è tenuta anche questa Sezione lavoro - una interpretazione ben più elastica rispetto al passato della norma codicistica, già patrocinata da autorevole dottrina, e che trova fondamento in una nuova nozione di "capacità professionale" e di "equivalenza di mansioni", scaturente dalla presa d'atto della necessità di una tutela dinamica delle doti lavorative, da accrescere anche attraverso costanti corsi professionali ormai indispensabili in ragione, proprio, delle continue innovazioni di carattere tecnologico e organizzativo» (Cass. 5 aprile 2007, n. 8596, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, p. 4).

³⁹² All'interno del Libro Verde della Commissione Europea del 2006 (Modernizzare il diritto del lavoro per raccogliere le sfide del XXI secolo), si afferma che «nel contesto della globalizzazione, del processo di ristrutturazione e della progressione verso un'economia fondata sulla conoscenza,

dell'occupazione ed il suo miglioramento qualitativo. Si è nel contempo sviluppata l'idea che il raggiungimento di detti obiettivi contrasti non solo con la valorizzazione dei diritti sociali, ma anche con le tutele che il diritto del lavoro ha riconosciuto e garantito ai lavoratori, i quali hanno visto piena espressione nell'emanazione dello Statuto dei lavoratori³⁹³. La strategia politica della flessibilità del lavoro, tanto in entrata ed in uscita, quanto sul piano funzionale, finisce per apparire quindi come una soluzione alla rigidità ed alla staticità del mercato e degli apparati produttivi, nonché uno strumento potenzialmente in grado di rilanciare l'economia³⁹⁴.

È in questo contesto che si è collocata la legge di delega n. 183 del 2014, la quale prevede la revisione della disciplina delle mansioni in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendali. È il testo stesso della delega a sottolineare gli interessi coinvolti: quello dell'impresa all'utile impiego del personale e quello del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche. Pur trattandosi di valori già consolidati all'interno dell'ordinamento, il punto di equilibrio tra gli stessi sembra essere mutato in favore dell'interesse dell'impresa.

i mercati del lavoro europeo devono essere al tempo stesso più inclusivi e più reattivi all'innovazione e al cambiamento. I lavoratori potenzialmente vulnerabili devono avere la possibilità di progredire socialmente per migliorare la loro mobilità e affrontare con successo le loro transizioni sul mercato del lavoro. Le norme giuridiche che sottendono il rapporto di lavoro tradizionale non danno forse un sufficiente margine di manovra ai lavoratori reclutati sulla base di contratti a durata indeterminata standard per esplorare le opportunità di una maggiore flessibilità sul lavoro e non li incoraggiano ad agire in questo senso. La corretta gestione dell'innovazione e del cambiamento implica che i mercati del lavoro prendano in considerazione tre aspetti principali: la flessibilità, la sicurezza nell'occupazione e la segmentazione».

³⁹³ Sul "cambio di paradigma" vissuto dal diritto del lavoro dei nostri giorni, si veda PERULLI, *op. cit.*, p. 4 ss.. Si veda, inoltre, CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità nel nuovo quadro giuridico*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, pag. 5 ss..

³⁹⁴ A tale proposito, si veda l'incipit del d.l. n. 34 del 2014, laddove il legislatore delegante afferma che la flessibilizzazione è volta a fronteggiare «*la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico, nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro, con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 (...)*». Ed inoltre, «*analogo ragionamento vale (...) per l'attrazione di investimenti stranieri: un mercato del lavoro più efficiente è cruciale per l'attrattività del Paese, esattamente come il costo dell'energia o l'efficienza della pubblica amministrazione o del sistema giudiziario*» ed «*il fine ultimo dell'intervento è quello (...) di sostenere in modo complessivo ed organico la crescita dell'economia reale*».

Ma vi è di più. Con riferimento al tema del controllo giudiziario, il d.lgs. n. 81 del 2015 pare perfettamente in linea con le recenti riforme che, partendo dall'art. 30 del Collegato Lavoro e proseguendo con la l. n. 92 del 2012, si pongono l'obiettivo precipuo di limitare i costi connessi all'imprevedibilità dell'esito dei procedimenti giudiziari concernenti l'esercizio dei poteri datoriali³⁹⁵. Con la modifica legislativa in tema di *ius variandi*, cambia la tecnica di configurazione dei limiti al potere datoriale e si verifica il passaggio dal concetto elastico dell'equivalenza all'accertamento del rispetto delle determinazioni formali imposte dalla contrattazione collettiva³⁹⁶. Nell'ottica del legislatore delegato, in presenza di una norma elastica, la quale richiede un'operazione di integrazione valutativa da parte dell'organismo giudiziario³⁹⁷, il bene della certezza del diritto potrebbe essere in pericolo ed il giudizio potrebbe costituire un elemento di rischio e di diseconomicità.

L'eliminazione del concetto di "mansione equivalente", operata dal d.lgs. n. 81 del 2015, avrebbe quindi lo scopo di limitare la discrezionalità del giudice, privato della possibilità di compiere giudizi di valore. Il legislatore delegato, infatti, ha di fatto ridotto l'attività giudiziaria al semplice accertamento del rispetto di griglie di inquadramento di carattere oggettivo. Pertanto, per quanto concerne il mutamento

³⁹⁵ Con lo sguardo rivolto alla teoria della *Law&Economics*, negli ultimi anni il legislatore è intervenuto con una serie di riforme volte a ridurre la discrezionalità della decisione giudiziaria. Sulla posizione del giudice del lavoro, tra i molti, DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative ed aperture del sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 461 ss.; MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico tra metodo e merito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 235 ss.; CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti alla crisi per un manifesto ermeneutico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 245 ss.

³⁹⁶ In tal senso, BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, p. 45 ss..

³⁹⁷ La formulazione di norme elastiche (dette anche "clausole generali", "nozioni a contenuto variabile", "standards valutativi", "concetti indeterminati", "valvole di sicurezza"...), comporta che il giudice, in fase di interpretazione, non possa limitarsi ad operare secondo un criterio logico-deduttivo, ossia applicando pedissequamente la norma, in quanto è la stessa applicazione di quest'ultima a richiedere di mettere in atto un delicato bilanciamento di interessi, ossia scelte di valore. L'attività interpretativa del giudice evidenzia il carattere pratico del diritto, il quale non trova sempre compiuta specificazione nel testo legislativo, bensì richiede la ponderazione di principi e valori ad opera dell'organo giudiziario. Dinanzi a siffatto potere, vi è il rischio di minare il principio della certezza del diritto. Sulle norme elastiche la dottrina si è ampiamente spesa fin dagli ultimi decenni del secolo scorso. Tra i molti, ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Jovene, 1983; RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Dir. dir. comm.*, 1998, p. 2; PALMIERI, *Il sindacato giudiziale sulle clausole generali in materia di lavoro pubblico e privato*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 1486; PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013.

delle mansioni in senso orizzontale, viene a mancare la protezione che la locuzione “mansione equivalente”, seppur oggetto di contrasti interpretativi e di potenziale contenzioso, in questi anni ha garantito. La professionalità, infatti, viene ora tarata esclusivamente sulla posizione formalmente occupata dal prestatore di lavoro all’interno dell’organizzazione aziendale, in virtù delle griglie del sistema di inquadramento³⁹⁸. Sostanzialmente, in forza del passaggio da un’equivalenza sostanziale ad un’equivalenza meramente formale, il datore di lavoro potrà assegnare al lavoratore una diversa mansione sull’unico presupposto della riconducibilità della stessa al medesimo livello e categoria legale di inquadramento, senza tenere in alcuna considerazione il mantenimento e la valorizzazione del profilo professionale acquisito.

Il vincolo del rispetto del medesimo livello è individuato dalla contrattazione collettiva, mentre il rispetto della categoria legale di inquadramento, introdotto solamente in sede di approvazione definitiva del decreto legislativo, costituisce un limite legale. Si ha quindi la valorizzazione ed il rilancio dello strumento della contrattazione collettiva, la quale, attraverso la definizione dei livelli di inquadramento, assume il fondamentale ruolo di perimetrare l’area di esigibilità delle mansioni. Inoltre, il vincolo del rispetto delle categorie legali di inquadramento *ex art. 2095 del Cod. Civ.*, introdotta appunto solo in sede di approvazione definitiva del decreto, pare ridare vita ad una norma che secondo molti appariva superata fin dagli anni ’70 del secolo scorso in ragione dell’introduzione dell’ “inquadramento unico”, il quale, essendo incentrato sulle declaratorie, sui profili professionali e sulle categorie, aveva di fatto superato la distinzione tra mansioni operaie ed impiegatizie.

Ad un primo limite, rappresentato dal vincolo oggettivo del rispetto del medesimo livello e categoria legale di inquadramento, si affianca il limite dell’assolvimento di un obbligo formativo ogni qual volta l’assegnazione a nuove mansioni lo renda necessario. Tuttavia il legislatore delegato, probabilmente consapevole dell’ampio contenzioso che si sarebbe potenzialmente potuto generare a causa della formulazione di siffatta disposizione in termini così indefiniti, ha precisato

³⁹⁸ BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, VI, p. 1161.

espressamente che il mancato assolvimento dell'obbligo formativo non determina in ogni caso la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.

Si tratta di una norma che rappresenta una novità in quanto attribuisce genericamente un obbligo formativo, per la verità non meglio definito, al datore di lavoro, in ragione della mansione che il lavoratore è tenuto a compiere³⁹⁹. Nel nostro ordinamento l'obbligo di impartire una formazione era finora menzionato solamente nelle ipotesi di contratti a contenuto formativo (ad esempio nell'apprendistato) ed in materia di salute e sicurezza dei lavoratori (art. 37, d.lgs. n. 81 del 2008). L'espletamento della nuova mansione dà vita ad un obbligo formativo solamente «ove necessario» ossia, si ritiene, solamente nelle situazioni eccezionali in cui la nuova mansione sia così diversa rispetto a quella di provenienza da richiedere un bagaglio di esperienze e di competenze di cui il lavoratore è sprovvisto. Sebbene la norma specifichi espressamente che il mancato adempimento dell'obbligo formativo non determina la nullità dell'atto, si può ritenere che, sulla base delle disposizioni civilistiche, dinanzi all'inadempimento datoriale il lavoratore possa sollevare eccezione di inadempimento *ex art. 1460 del Cod. Civ. ed*, in ogni caso, chiedere il risarcimento del danno. Il lavoratore potrebbe ugualmente esperire l'azione di adempimento *ex art. 1453 del Cod. Civ.*, anche in via d'urgenza, al fine di prevenire eventuali conseguenze per lui pregiudizievoli⁴⁰⁰. Inoltre, la mancanza di adeguata formazione incide fortemente sul vincolo contrattuale laddove il lavoratore non può essere ritenuto responsabile, nel tempo necessario allo stesso per acquisire le competenze necessarie per lo svolgimento della nuova mansione, nonché nel caso di inadempimento dell'obbligo formativo, della cattiva esecuzione della prestazione né degli eventuali danni cagionati a terzi, né, a

³⁹⁹ Una diversa interpretazione è sostenuta da LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it, 257/2015, p. 13, laddove l'Autore afferma «con maggiore linearità si potrebbe forse sostenere che il creditore della prestazione lavorativa, più che obbligato alla formazione, sia onerato a fornirla quando necessaria allo svolgimento dei nuovi compiti; derivandone che, in mancanza dell'assolvimento dell'onere, il provvedimento di adibizione alle nuove mansioni non sia valido. Invece il soggetto obbligato sarebbe certamente il lavoratore, L'inadempimento dell'obbligo formativo concretizzerebbe un inadempimento dell'obbligo di prestazione».

⁴⁰⁰ In tal senso, si veda ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di Fiorillo, Perulli, Torino, 2015, p. 333 ss..

maggior ragione, può essere disciplinarmente sanzionato per gli errori commessi nello svolgimento della nuova mansione (sempre nel periodo di tempo necessario ad impraticarsi della nuova attività lavorativa).

Vi è infine da evidenziare che, a differenza di quanto accade per lo *ius variandi* in direzione verticale, lo *ius variandi* orizzontale non richiede che il mutamento della mansione venga comunicato in forma scritta al lavoratore, né richiede alcuna causale. Pertanto, l'esercizio del diritto di *ius variandi* da parte del lavoro di lavoro, nel caso in cui la mansione di provenienza e di destinazione appartengano alla medesima categoria legale ed al medesimo livello di inquadramento, prescinde completamente dal mutamento degli assetti organizzativi aziendali.

A riprova dell'ampiezza della norma e dell'allentamento dei limiti al potere datoriale, si prenda ad esempio la figura del dirigente, la quale non ha, ad eccezione di alcuni specifici settori, alcuna distinzione di livello di inquadramento contrattuale all'interno della categoria legale. Ne consegue che il dirigente, qualora venga adibito dal datore di lavoro a qualsivoglia funzione appartenente alla categoria dirigenziale, anche nel caso in cui nella sostanza venga adibito a funzioni che ne sviliscono la professionalità, non potrà mai ritenersi formalmente demansionato. Pertanto, in linea teorica, le mansioni ricollegabili alla categoria dirigenziale sono tutte esigibili illimitatamente, in quanto all'interno della categoria non vi è la suddivisione in livelli⁴⁰¹. Sul piano pratico, l'effetto potrà essere quello di eliminare il contenzioso generato dall'assegnazione del lavoratore a funzioni dirigenziali minori.

Deve inoltre specificarsi che l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, a differenza di altre disposizioni del Jobs Act, si applica universalmente a tutti i lavoratori, senza distinzione tra coloro che sono stati assunti prima e coloro che sono stati assunti dopo l'entrata in vigore della norma. A tale proposito, la sentenza del Tribunale di Roma del 30 settembre 2015⁴⁰² ha confermato che la nuova disciplina si applica anche ai mutamenti di mansione disposti antecedentemente all'entrata in vigore

⁴⁰¹ ZAMBELLI, *Dirigenti "non demansionabili"*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e tributi*, 2015, p. 37.

⁴⁰² Trib. Roma 30 settembre 2015, n. 8195, in *Mass. giur. lav.*, 2015, p. 777 ss., PISANI, *Riforma della mobilità orizzontale e sua immediata applicabilità*. Per un commento sulla sentenza, si veda NUZZO, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, nota a Tribunale di Roma 30 settembre 2015, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, 2, p. 1047 ss..

della norma, in atto alla data del 25 giugno 2015⁴⁰³. Tale interpretazione si fonda sul presupposto che il demansionamento sia un illecito permanente e che pertanto non si consumi nel momento della nuova adibizione, bensì si rinnovi di giorno in giorno. In altri termini, come chiaramente affermato dal Tribunale romano, un demansionamento ritenuto illegittimo in forza della precedente disciplina, può diventare legittimo in ragione dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015.

Per quanto concerne la mobilità verticale verso il basso, ossia il demansionamento nei termini fino ad oggi conosciuti, viene prevista, fatta salva la conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo, la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni appartenenti al livello di inquadramento immediatamente inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, adducendo una modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore. Facendo un confronto con la disciplina previgente, si evidenzia quindi un'apertura rispetto al tema del demansionamento, il quale era precedentemente concesso solamente in ipotesi eccezionali, laddove, rispetto alla tutela della professionalità, veniva privilegiata la tutela di beni considerati di rango superiore, quali la conservazione del posto di lavoro e la salute⁴⁰⁴.

Innanzitutto, la locuzione «modifica degli assetti organizzativi aziendali» pare costituire un eccesso di delega da parte del Governo⁴⁰⁵, laddove il legislatore delegante aveva inteso limitare la revisione della disciplina delle mansioni alle ipotesi di «processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale

⁴⁰³ In senso contrario, il Tribunale di Ravenna aveva ritenuto inapplicabile la normativa sullo *ius variandi* introdotta dall'art. 3, d.lgs. n. 81 del 2015 qualora il fatto generatore del diritto allegato nel giudizio si fosse prodotto nel vigore della legge precedente.

⁴⁰⁴ La giurisprudenza si è divisa tra un orientamento che ha interpretato il divieto di dequalificazione in termini estremamente rigorosi, ritenendolo inderogabile anche in presenza di comprovate esigenze tecniche ed organizzative (Cass. 8 agosto 1987, n. 6852) o di crisi aziendale (Cass. 8 settembre 1988, n. 5092, in *Notiz. giur. Lav.*, 1988, p. 775) e l'orientamento che ha autorizzato la temporanea assegnazione a mansioni inferiori nel caso di esigenze straordinarie ed episodiche (Cass. 10 giugno 1993, n. 6464, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2333). L'assegnazione a mansioni inferiori è inoltre possibile in ipotesi eccezionali previste dalla legge, quali ad esempio la tutela della lavoratrice madre in periodo di gravidanza o puerperio (art. 3, co. 4, l. n. 1204 del 1971) o la tutela del lavoratore contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti fisici, chimici o biologici durante il lavoro (art. 8, d.lgs. n. 277 del 1991). Ulteriore ipotesi di legittima assegnazione a mansioni inferiori è quella del lavoratore divenuto fisicamente inidoneo alle mansioni in precedenza svolte, al fine di evitare il licenziamento dello stesso (Cass. 15 gennaio 2004, n. 521, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p. 66).

⁴⁰⁵ In tal senso, si veda anche ZOLI, *op. cit.*, p. 333 ss..

individuati sulla base di parametri oggettivi», ossia laddove la modifica peggiorativa delle mansioni costituisca l'effetto di un più ampio processo di modifica aziendale, il quale sarebbe dovuto ricadere sul lavoratore secondo un rigoroso nesso di causalità. Il legislatore delegato, dal canto suo, utilizza una formulazione molto più flessibile e meno rigorosa rispetto a quella prevista nella legge di delega.

Ed è proprio l'utilizzo di tale clausola elastica a suscitare qualche perplessità. Infatti, se da un lato il legislatore delegato ha superato l'incertezza interpretativa che l'espressione "mansione equivalente" poteva generare, adottando una tecnica rappresentata dal filtro formale posto dalla contrattazione collettiva, dall'altro ha introdotto una nuova espressione dal contenuto indeterminato, quella di «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore». Infatti, proprio in forza dell'indeterminatezza della locuzione, non possono escludersi utilizzazioni strumentali e, conseguentemente, l'incremento del contenzioso in materia di demansionamento. Infatti, ai sensi dell'art. 30 del Collegato Lavoro, in tutti i casi in cui le disposizioni di legge in materia giuslavoristica contengono clausole generali⁴⁰⁶, ivi comprese le norme in tema di

⁴⁰⁶ A seconda del valore semantico attribuito alla "clausola generale", l'art. 30 assume significati radicalmente diversi. In particolare, deve distinguersi tra la tesi che considera le clausole generali come norme o precetti elastici distinte dalle *Generalklauseln* in senso tecnico, ossia norme complete che contengono formulazioni idonee ad identificare un'ipotesi-tipo, un modulo *generico* da applicare alla singola fattispecie in via interpretativa, da quella secondo cui per clausole generali devono intendersi meramente quelle clausole, quali la correttezza e la buona fede, che non stabiliscono regole, bensì contengono enunciazioni di massima o riferimenti a criteri di valutazione del comportamento delle parti che vanno precisati in sede di interpretazione. Ebbene, l'art. 30 del Collegato Lavoro assume un valore o un altro, al punto da potersi considerare privo di concreta applicazione pratica, in conseguenza dell'attribuzione dell'uno o dell'altro significato.

In particolare, secondo una tesi rigorosamente formale, che tiene assolutamente distinte le clausole generali e le norme elastiche, l'art. 30 co. 1 Collegato Lavoro sarebbe sostanzialmente inapplicabile in quanto, se identificassimo le clausole generali ivi richiamate con la buona fede e la correttezza, saremmo successivamente a rilevare che nessuna delle fattispecie esposte (instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso) contiene una tale previsione (NOGLER, *Prime considerazioni sulla disciplina legislativa delle "clausole generali" in materia di diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, 2011, p. 929).

Diversamente, una diversa tesi sostiene che il legislatore del Collegato Lavoro, compiendo probabilmente una sostanziale imprecisione concettuale, richiamando le clausole generali abbia inteso riferirsi, più genericamente, a norme e concetti elastici. Secondo tale tesi, l'art. 30 si riferisce quindi alle disposizioni di legge, nelle materie di cui all'art. 409 c.p.c., che contengono le clausole elastiche previste dalla legislazione giuslavoristica (BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *Atti Giornate di Studio AIDLASS su Clausole generali e diritto del lavoro (Roma, 29-30 maggio 2014)*, p. 7, secondo cui, in tema di nozione di clausola generale, «il

instaurazione del rapporto del lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso, il controllo giudiziario 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 lavoro⁴⁰⁷. Il giudice, quindi, non potrebbe sindacare il merito della scelta, ma dovrebbe piuttosto limitarsi ad un controllo di legittimità, ossia verificare la sussistenza materiale del presupposto che legittima l'esercizio del potere (la ragione legittimante), nonché del nesso causale tra la causa/ragione e l'atto di esercizio del potere. Pertanto, sostanzialmente, il controllo del giudice dovrebbe limitarsi all'accertamento della sussistenza dell'effettiva modifica degli assetti organizzativi e non potrebbe estendersi al punto da sindacare la scelta imprenditoriale che ne è fondamento.

Accanto al limite causale, rappresentato dall'effettiva sussistenza di una modifica degli assetti organizzativi aziendali, l'art. 3, d.lgs. 81/2015 prevede, a pena di nullità, il rispetto di un vincolo formale, costituito dalla comunicazione che dev'essere data per iscritto dal datore di lavoro al lavoratore in relazione al mutamento di mansioni⁴⁰⁸. Deve peraltro evidenziarsi che il rispetto di tale vincolo di forma *ad substantiam* è previsto esclusivamente nell'ipotesi di demansionamento, mentre non è contemplato nel caso di esercizio dello *ius variandi* in direzione orizzontale.

Inoltre, la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni inferiori può essere prevista dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, purché nel limite del rispetto della medesima categoria legale. Vi è da specificare che, anche in questo

ventaglio delle disposizioni normative rientranti in quest'area viene considerato da molti interpreti, da buona parte della giurisprudenza nonché, ora, dal legislatore (art. 30 della legge 4 novembre 2010 n. 183) come un territorio più vasto rispetto al ridotto perimetro degli obblighi di correttezza e buona fede»).

⁴⁰⁷ Tale norma, secondo parte della dottrina, più che rappresentare una norma di portata innovativa, costituisce una mera riproposizione di un orientamento giurisprudenziale consolidato. Sul punto, PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, 2014, p. 269, laddove si chiede quanto realistica possa ritenersi tale demarcazione tra sindacato di merito e di legittimità.

⁴⁰⁸ È discutibile se sia configurabile o meno l'obbligo per il datore di lavoro di comunicare i motivi della modifica delle mansioni.

caso, la comunicazione deve essere data in forma scritta a pena di nullità della nuova assegnazione.

Va infine precisato che, in assenza di una disciplina specifica in tema di ripartizione dell'onere della prova, è necessario attingere ai principi generali in tema di inadempimento contrattuale. Ebbene, come confermato dalla giurisprudenza maggioritaria, l'onere di allegazione dell'inadempimento grava sul lavoratore, mentre la prova dell'adempimento, quale fatto estintivo, incombe sul datore di lavoro⁴⁰⁹. Pertanto, l'onere della prova grava su entrambe le parti del rapporto in relazione ai fatti che ciascuno allega⁴¹⁰, tant'è che il lavoratore deve allegare le circostanze di fatto su cui si fonda la pronuncia di illegittimità, mentre il datore di lavoro deve prendere posizione in maniera precisa circa i fatti posti a fondamento della domanda.

Infine, il quadro si completa con una novità di rilievo rispetto alla precedente disciplina, ossia la possibilità di stipulare, nelle sedi protette di cui all'art. 2113 c.c. e dinanzi alle Commissioni di certificazione, accordi individuali di dequalificazione, ossia di modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e/o della relativa retribuzione.

A fronte delle modifiche legislative, sembra quindi che il diritto del lavoro miri ad aggirare quei limiti al potere datoriale ritenuti fino ad ora pacificamente inderogabili. Per ottenere tale scopo, il Jobs Act opera su più livelli: attraverso la modifica legislativa dell'art. 2103 del Cod. Civ., attraverso la possibilità di deroghe *in peius* da parte della contrattazione collettiva, anche aziendale, nonché attraverso accordi individuali.

⁴⁰⁹ In questo senso, *ex multis*, «Quando il lavoratore allega un demansionamento riconducibile ad un inesatto adempimento dell'obbligo gravante sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2103 c.c., è su quest'ultimo che incombe l'onere di provare l'esatto adempimento del suo obbligo, o attraverso la prova della mancanza in concreto del demansionamento, ovvero attraverso la prova che fosse giustificato dal legittimo esercizio dei poteri imprenditoriali o disciplinari oppure, in base all'art. 1218 c.c., a causa di un'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di appello che aveva posto in capo ad una giornalista l'onere di provare la circostanza, da lei allegata, che non fosse più adibita come in precedenza alle più qualificanti funzioni di caposervizio)» (Cass. 3 marzo 2016, n. 4211, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; nello stesso senso Cass. Sezioni Unite 6 marzo 2009, n. 5454, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 3, p. 398;; Cass. 6 marzo 2016, n. 4766, in *Notiziario giur. lav.* 2006, 4, 478).

⁴¹⁰ «In caso di inadempimento o di inesatto adempimento, è vero che grava sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento, ma è pur vero che sul creditore incombe comunque l'allegazione dell'inesattezza dell'adempimento» (Cass. 8 luglio 2014, n. 15527, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014).

Per quanto concerne lo strumento della contrattazione collettiva in relazione al tema del mutamento di mansioni, non può che evidenziarsi una notevole apertura laddove il legislatore della legge di delega, attraverso la rimozione del limite legale (ad eccezione del mantenimento della categoria legale di inquadramento) ed il richiamo alla contrattazione collettiva, ha manifestato l'evidente volontà che sia proprio quest'ultima a perimetrare l'area di esigibilità delle mansioni, tanto con riferimento allo *ius variandi* orizzontale, tanto in relazione al demansionamento, nonché all'individuazione del termine per l'assegnazione definitiva a mansioni superiori. In tal senso, si può notare come il legislatore, allo scopo di ovviare alle rigidità del passato, nonché alle incertezze che un procedimento giudiziario poteva generare in presenza di un concetto indeterminato quale l'equivalenza, ha attribuito alla contrattazione collettiva il ruolo di delimitare l'area di esigibilità della mansione, ruolo che, fino all'entrata in vigore del decreto, era assegnato al giudice⁴¹¹.

La contrattazione collettiva sarà quindi incentivata ad elaborare nuovi livelli di inquadramento, tenendo in considerazione la mobilità all'interno e tra gli stessi⁴¹². Ad esempio, è auspicabile un intervento della contrattazione collettiva con riferimento alla categoria dei dirigenti, laddove, in assenza di livelli di inquadramento, il potere di *ius variandi* potrebbe, come già evidenziato precedentemente, estendersi eccessivamente in direzione orizzontale.

L'analisi della nuova disciplina dell'art. 2103 del Cod. Civ. ci pone di fronte ad un sostanziale allentamento della rigidità che ha connotato, negli scorsi decenni, l'utilizzo dello strumento gestionale dello *ius variandi*. La riforma del Jobs Act in materia di mutamento di mansioni, altro non è che un esempio emblematico del radicale cambiamento che sta affrontando il diritto del lavoro dei nostri tempi. Ispirato ad una cultura neo-liberale proclamata a gran voce dalle istituzioni economiche internazionali, il Jobs Act ha inciso profondamente sulla matrice

⁴¹¹ In tal senso, BROLLO, *op. ult. cit.*, p. 1164.

⁴¹² LISO, *op. ult. cit.*, p. 9. Si veda inoltre ZOLI, *op. cit.*, laddove l'Autore ritiene che l'equo bilanciamento tra esigenze aziendali e interessi dei lavoratori debba essere rimesso alle parti sociali, le quali possono adottare soluzioni flessibili, ad esempio in tema di mansioni promiscue o fungibili o di rotazione in mansioni diverse e che sia necessario un ripensamento dei sistemi classificatori, specialmente nei settori in cui sono stati adottati modelli di inquadramento a fasce larghe (c.d. *broad banding*).

disciplinare del rapporto di lavoro, considerato sempre più un comune contratto di scambio e sempre meno un rapporto di potere che necessita di essere riequilibrato in favore della parte debole. Dinanzi ad un mondo in continuo cambiamento, il legislatore delegato infatti, prendendo atto dell'incertezza che connotava lo *ius variandi*, ha inteso incentivare l'utilizzo di tale strumento gestionale, rendendo di fatto prevedibile *ex ante*, da parte del datore, la valutazione circa la legittimità dell'esercizio dello stesso⁴¹³.

Alla semplificazione della disciplina sembra conseguire un radicale cambiamento nel ruolo del giudice. Lo stesso infatti parrebbe doversi limitare a compiere un accertamento di tipo oggettivo, ossia accertare la riconducibilità delle nuove mansioni al medesimo livello e categoria legale di quelle precedenti, in ragione delle previsioni della contrattazione collettiva. Si verifica quindi il passaggio da una tutela giurisdizionale di tipo sostanziale, dove il giudice accertava la sostanziale equivalenza tra la mansione di partenza e di destinazione, ad una tutela di tipo formale, dove il giudice si limita all'accertamento della riconducibilità della mansione di partenza e di destinazione al medesimo livello e categoria legale di inquadramento. In tal senso, le nuove norme del Jobs Act rischiano di rendere meccanico il ruolo del giudice, relegando lo stesso a semplice notaio della procedura. A fronte di una marcata semplificazione, pare interessante chiedersi quale margine di sindacabilità permanga in tema di *ius variandi*, ossia se sia di fatto superata la necessità di un giudizio di valore ad opera del giudice e quali conseguenze risarcitorie comporti la violazione dell'art. 2103 c.c..

Ebbene, con riferimento alle tutele giurisdizionali, la giurisprudenza *ante* riforma ha confermato che, in caso di demansionamento illegittimo, il risarcimento debba estendersi tanto al danno patrimoniale⁴¹⁴, quanto a quello non patrimoniale

⁴¹³ BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, p. 50 ss..

⁴¹⁴ In tal senso, la Suprema Corte ha affermato che «il demansionamento illegittimo impone al datore di lavoro un obbligo risarcitorio che deve riguardare tutti gli aspetti del pregiudizio subito dal lavoratore, da accertare secondo le circostanze del caso concreto; per quanto riguarda il danno patrimoniale, esso deve essere riferito a ogni perdita di guadagno, conseguente all'illegittima modifica delle mansioni, restando irrilevante la circostanza che determinate voci retributive, decurtate a seguito dell'illegittimo demansionamento, avrebbero potuto subire variazioni anche in ipotesi di legittimo esercizio dello "ius variandi" (fattispecie riferita alla perdita dei cd. "decimi di senseria")» (Cass. 24 marzo 2010, n. 7046, in *Dir. & Lav.*, 2010, con

qualora dal demansionamento derivi una lesione di un bene costituzionalmente protetto, quale la dignità del lavoratore⁴¹⁵.

Inoltre, non esistendo criteri normativi legali per la liquidazione del danno da demansionamento, il danno alla professionalità può ottenere risarcimento in via equitativa⁴¹⁶ ed attraverso la condanna all'adempimento in forma specifica, consistente nella condanna del datore di lavoro alla rimozione degli effetti del suo comportamento illegittimo⁴¹⁷.

Per quanto riguarda il controllo giudiziario, dinanzi a tale processo riformatore, soprattutto in una fase in cui la contrattazione collettiva non si è ancora adeguata al nuovo ruolo attribuitole, ossia quello di delimitare il margine di esigibilità della prestazione attraverso i livelli di inquadramento, sarebbe auspicabile una nuova responsabilizzazione del datore di lavoro attraverso la valorizzazione, da parte dei giudici, di strumenti di governo della discrezionalità privata, già presenti nel nostro ordinamento. Pensiamo in particolare ai principi civilistici di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 del Cod. Civ.⁴¹⁸, cui la giurisprudenza in

nota MERONI, *Sulla riduzione della retribuzione nell'ipotesi di illegittimo esercizio dello ius variandi*).

⁴¹⁵ *Ex multis*, Corte Appello Firenze 13 luglio 2009, in *Dir. & Lav.*, 2009, con nota ROTA, *Dequalificazione professionale e danno liquidabile dopo le decisioni delle Sezioni Unite*).

⁴¹⁶ In tal senso, «il danno conseguente al demansionamento, essendo impossibile da provare nel suo preciso ammontare, deve essere quantificato - nei limiti del danno differenziale per quanto concerne il danno biologico - ricorrendo all'equità di cui all'art. 1226 c.c. avendo riguardo alla durata e all'entità del demansionamento, nonché alla notorietà della condizione di dequalificazione del lavoratore, senza operare alcuna distinzione tra i periodi di lavoro e i periodi di assenza per malattia, causalmente collegati al demansionamento, permanendo anche durante tali periodi la situazione di sconforto, stress, sofferenza e preoccupazione del lavoratore per la propria posizione lavorativa» (Tribunale Monza 23 luglio 2009, in *Dir. & Lav.*, con nota HUGE, *Ancora in tema di danni da demansionamento*).

⁴¹⁷ Cass. 20 gennaio 2001, n. 835, in *Lav. Prev. Oggi*, 2001, p. 357; Tribunale Milano 26 aprile 2000, in *Dir. & Lav.*, p. 750.

⁴¹⁸ Parte della giurisprudenza, nel corso degli anni, ha ritenuto che le disposizioni relative dall'esercizio del potere discrezionale siano suscettibili di essere integrate e precisate dalle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 del Cod. Civ.. Infatti, sono oggi numerose le pronunce della giurisprudenza di legittimità in cui si rinvencono limiti interni ai poteri datoriali. Ad esempio, «in materia di procedure concorsuali di assunzione e promozione del personale, il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere datoriale può essere esercitato nei casi in cui esso non sia rispettoso dei canoni generali di correttezza e buona fede, o sia affetto da manifesta inadeguatezza o irragionevolezza oppure arbitrarietà, sicché la valutazione delle prove concorsuali con criteri diversi da quelli indicati nel bando, da ritenersi predefiniti e vincolanti, inficia il diritto soggettivo dei singoli concorrenti al rispetto di tali criteri, a prescindere dall'accertamento del rapporto di causalità tra il corretto svolgimento della prova e l'utile collocazione fra gli idonei dei candidati interessati» (Cass. 28 maggio 2013, n. 13176, in *Giust. civ. mass.* 2013, nello stesso senso Cass. 18 gennaio 2011, n. 1075, in *Giust. civ. mass.*,

materia di mutamento di mansioni già in passato ha fatto richiamo, stabilendo che «le clausole generali impediscono che l'esercizio della discrezionalità possa sfociare in discriminazione, vessazione o, comunque, in un mero arbitrio in danno della controparte»⁴¹⁹. Tuttavia, la giurisprudenza consolidatasi in passato ha riservato un ruolo modesto alle clausole di correttezza e buona fede in relazione al tema del mutamento di mansioni, ritenendo che le stesse non possano autonomamente imporre al datore di lavoro obblighi di giustificazione o di motivazione del provvedimento.

In quest'ottica, si auspica un controllo giudiziario più serrato, al fine di evitare che il datore di lavoro possa esercitare arbitrariamente il proprio potere di *ius variandi*, pur all'interno dei limiti stabiliti dalla nuova norma di cui all'art. 2103 c.c.. La clausola di buona fede rappresenta quindi lo strumento attraverso cui il potere giudiziario può verificare che il datore di lavoro operi in prima persona un efficiente bilanciamento di valori, considerando, alla luce delle mutevoli esigenze aziendali, tanto la salvaguardia della competitività quanto quella della professionalità del lavoratore, richiamata espressamente, lo si ricorda, all'interno del testo della legge di delega. In sostanza, il controllo giudiziario non può limitarsi all'accertamento del rispetto formale della norma di cui all'art. 2103 del Cod. Civ., bensì, considerato che l'esercizio del potere di *ius variandi*, così come concepito dalla riforma, può di fatto comportare la lesione di diritti fondamentali del lavoratore, deve valutare la razionalità e la proporzionalità dell'atto all'interno dell'ordinamento. Riprendendo il concetto di proporzionalità elaborato dalla Corte di Giustizia dell'UE, sarebbe auspicabile un controllo volto a verificare l'esistenza di un nesso di causalità tra la lesione del diritto costituzionalmente garantito, nel caso di specie la professionalità, ed il fine prefissato, che non vi siano mezzi più

2011, I, p. 73; Cass. 3 marzo 2010, n. 5119, in *Giust. civ. mass.*, 2010, III, p. 319). Allo stesso modo, il datore di lavoro ha l'obbligo di motivare le valutazioni e le note di qualifica, in modo tale da consentire l'accertamento dell'eventuale sussistenza di intenti discriminatori o di ritorsione, motivi illeciti o irragionevoli. In particolare, «le valutazioni del datore di lavoro non sono insindacabili in giudizio, poiché il datore di lavoro è soggetto ai limiti posti da eventuali criteri obiettivi previsti dal contratto collettivo ed agli obblighi contrattuali di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c.; inoltre, l'indagine giudiziale sulla correttezza di tali valutazioni costituisce accertamento di fatto riservato al giudice soggetto unicamente al controllo di idoneità della motivazione da parte della Cassazione» (Cass. 11 febbraio 2008, n. 3227, in *Giust. civ. mass.* II, p. 204, nello stesso senso Cass. 20 giugno 2003, n. 9898, in *Giust. civ. mass.*, p. 6).

⁴¹⁹ Cass. 10 maggio 2002, n. 6763, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 46.

miti che il datore di lavoro potrebbe adottare in vista del medesimo fine ed, infine, che la lesione non sia sproporzionata rispetto al fine perseguito. In tal senso, la giurisprudenza potrebbe ad esempio ritenere che, pur in presenza di una modifica degli assetti organizzativi aziendali, il demansionamento sia possibile solamente laddove lo stesso costituisca un'*extrema ratio*, ossia laddove non vi siano posti occupabili all'interno del livello di inquadramento posseduto⁴²⁰.

Ed inoltre, la scelta di chi demansionare tra più lavoratori, nell'ipotesi di modifica degli assetti organizzativi aziendali, non potrà essere arbitraria, bensì dovrà essere improntata al rispetto delle clausole di correttezza e buona fede. L'utilizzo di tali clausole in relazione ai criteri di scelta non rappresenterebbe peraltro una novità. La Suprema Corte, in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ove non sia applicabile la disciplina dei licenziamenti collettivi, ha infatti affermato che il datore non è libero di decidere arbitrariamente con quale prestatore di lavoro interrompere il rapporto, ma deve in ogni caso operare tale scelta nel rispetto dei principi della buona fede e della correttezza⁴²¹.

Infine, a salvaguardia del patrimonio personale e professionale del lavoratore, si ritiene che, nel caso di demansionamento o comunque di mutamento sostanziale delle mansioni, il datore di lavoro non potrebbe imporre al lavoratore di continuare a svolgere la nuova mansione né di accollarsi il costo dell'indennità di preavviso nel caso di dimissioni dello stesso. Vi è da sottolineare infatti che, a garanzia della posizione del lavoratore, una soluzione analoga, nel senso della giusta causa delle dimissioni, è già stata adottata in tema di trasferimento d'azienda. L'art. 2112 del Cod. Civ. prevede infatti che il lavoratore, nel caso in cui in conseguenza del trasferimento d'azienda le condizioni del lavoratore

⁴²⁰ In tal senso, LISO, *op. ult. cit.*, p. 12.

⁴²¹ In tal senso, «nel caso di licenziamento per ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3, se il giustificato motivo oggettivo consiste nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, il datore di lavoro deve pur sempre improntare l'individuazione del soggetto (o dei soggetti) da licenziare ai principi di correttezza e buona fede, cui deve essere informato, ai sensi dell'art. 1175 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e quindi anche il recesso di una di esse. Il giudice di merito, affermando apoditticamente che il datore non era tenuto ad adottare criteri di scelta per l'individuazione dell'unico soggetto da licenziare, invece, non ha verificato se nel caso di specie la scelta fosse stata effettuata nel rispetto dei detti canoni di correttezza e buona fede e, quindi, sulla base di un criterio improntato a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati» (Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *Dir. rel. ind.*, 2011, III, p. 787 ss.).

subiscano una sostanziale modifica, possa rassegnare le proprie dimissioni per giusta causa entro tre mesi dal trasferimento stesso. Ebbene, non vi sarebbe da stupirsi se, accostando le due fattispecie, anche le dimissioni rassegnate da un lavoratore a causa del mutamento *in peius* delle mansioni venissero considerate rassegnate per giusta causa e non venisse quindi imputato al lavoratore il costo dell'eventuale preavviso non lavorato⁴²².

Un serrato controllo sulla discrezionalità dell'esercizio del potere datoriale, imperniato sul rispetto dei principi civilistici di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 del Cod. Civ., produrrebbe quindi, se sistematicamente attuato, un nuovo giudizio di valore sulla legittimità dell'esercizio dello *ius variandi* ed il giudice manterrebbe il ruolo essenziale di garante del rispetto dei valori fondamentali della Costituzione, ossia di «*estremo terminale della giustizia (del singolo caso) ed insostituibile mediatore sociale e culturale*»⁴²³.

5. Il trasferimento del lavoratore e le “comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive”.

All'interno della disciplina del trasferimento del lavoratore è possibile rinvenire l'utilizzo di un'altra clausola generale, nell'accezione lata chiarita nei precedenti capitoli, laddove, come avviene nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il legislatore non ha dettato “una casistica ampia e particolareggiata”, ossia ha legiferato decidendo “di non enucleare in modo analitico e puntuale il significato esatto delle singole “cause” giustificative”⁴²⁴.

Si tratta, in particolare, della clausola costituita dalle “comprovate ragioni

⁴²² In tal senso, BAROZZI, *op. cit.*, p. 41. L'Autore sottolinea che un ulteriore precedente analogo si rinviene nella contrattazione collettiva, laddove l'art. 24, CCNL dirigenti commercio e l'art. 16, CCNL industria prevedono che il dirigente, nel caso di mutamento di mansioni sostanzialmente incidente sulla sua posizione, abbia il diritto di risolvere entro 60 giorni il rapporto di lavoro e di percepire l'indennità sostitutiva del preavviso per licenziamento.

⁴²³ MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 1, p. 239.

⁴²⁴ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1997, p. 507.

tecniche, organizzative e produttive” che rappresentano, ai sensi dell’art. 2103 del Codice Civile, il presupposto per il trasferimento del lavoratore.

L’ottavo comma dell’art. 2103 del Cod. Civ., a differenza dei commi precedenti, non ha subito modifiche ad opera del Jobs Act ed ha ad oggetto il luogo dell’esecuzione della prestazione. Il trasferimento è infatti il provvedimento attraverso cui il datore di lavoro può modificare unilateralmente e definitivamente⁴²⁵ la sede geografica in cui il lavoratore presta la propria attività lavorativa, pur con i limiti di cui si dirà nel prosieguo. Il trasferimento rappresenta dunque un corollario del potere direttivo/organizzativo del datore di lavoro, il quale, da un lato, incide sull’assetto aziendale e, dall’altro, coinvolge interessi personali del lavoratore, pur senza richiedere il consenso del lavoratore stesso⁴²⁶. È infatti evidente che la modifica del luogo di lavoro può comportare il necessario cambio di residenza o di dimora abituale per il lavoratore, ma coinvolge al tempo stesso i familiari di quest’ultimo, i quali possono vedersi costretti a conseguenti scelte personali e/o lavorative.

La disciplina dell’istituto, come già anticipato, si trova nel comma 8 dell’art. 2103 del Codice Civile, come modificato dall’art. 13 dello Statuto dei lavoratori del 1970, la quale, tuttavia, si limita ad affermare testualmente che il lavoratore non può essere trasferito da un’unità produttiva ad un’altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Gli elementi rilevanti in questa disposizione sono sicuramente la nozione di “unità produttiva”⁴²⁷ e le “ragioni

⁴²⁵ È proprio l’elemento temporale che assume una particolare rilevanza ai fini della configurazione dell’istituto trasferimento. Infatti, il trasferimento si differenzia dalla trasferta, con la quale ha in comune il mutamento del luogo di lavoro, per il fatto che mentre il primo è un provvedimento tendenzialmente stabile e definitivo (Cass. 6 ottobre 2008, n. 24658), la trasferta ha natura temporanea ed il lavoratore, pertanto, può confidare nel rientro presso l’unità produttiva originaria e permane un legame permanente con l’originario luogo di lavoro (Cass. 21 marzo 2006, n. 6240).

⁴²⁶ Un’eccezione è costituita dal trasferimento dei dirigenti sindacali, laddove il trasferimento degli stessi, ai sensi dell’art. 22 dello Statuto dei lavoratori, può essere disposto unicamente previo nulla osta delle organizzazioni sindacali di appartenenza, pena la nullità del provvedimento e l’antisindacalità del comportamento datoriale ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori. Parimenti, l’art. 33 della Legge n. 104 del 1992, prevede, per il trasferimento di lavoratori con handicap e di lavoratori loro affidatari o familiari, il consenso del lavoratore ai fini della validità del provvedimento stesso; l’art. 55 del d.lgs. n. 151 del 2001 prevede invece, per la lavoratrice madre, il diritto di rientrare in servizio nella medesima unità produttiva cui era assegnata prima della maternità ed il divieto di trasferire la stessa prima che sia decorso un anno dalla nascita del figlio.

⁴²⁷ Per quanto attiene al significato che dev’essere attribuito alla locuzione “unità produttiva”, si rilevano due orientamenti contrapposti. Un primo orientamento ritiene che per unità produttiva

tecniche, organizzative e produttive” che costituiscono il presupposto del trasferimento. Il dettato legislativo è spesso completato dalle previsioni della contrattazione collettiva, che di norma disciplinano l’aspetto patrimoniale, ossia le eventuali indennità di trasferimento e/o i rimborsi spese, e l’aspetto formale, come ad esempio il periodo di preavviso⁴²⁸ o le modalità di comunicazione.

Ciò che rileva particolarmente, ai fini della presente trattazione, è invece la “ragione tecnica, organizzativa e produttiva” che sta alla base del trasferimento e che deve sussistere, secondo opinione consolidata della giurisprudenza, tanto con riferimento alla sede di provenienza, quanto a quella di destinazione⁴²⁹. Si tratta di una norma elastica, suscettibile di valutazione ad opera del giudice in sede di eventuale contenzioso. Infatti, considerato che le ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo sono il requisito imprescindibile per giustificare il trasferimento, pare che il compito di delineare il perimetro delle stesse, e quindi la legittimità dell’esercizio del potere, venga attribuito al giudice.

La questione essenziale che viene a delinarsi è quindi duplice: da un lato vi è da capire quale sia il limite al potere datoriale di trasferimento; dall’altro vi è da indagare sull’estensione del sindacato giudiziale.

Ebbene, rispetto alla prima questione, un breve *excursus* storico richiede di

debba intendersi, a mente dell’art. 35 dello Statuto dei Lavoratori, qualunque sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo che occupi più di quindici dipendenti, quindi un’unità aziendale caratterizzata da indipendenza tecnica ed amministrativa; un altro orientamento, prescindendo da tale definizione, ritiene che possa costituire unità produttiva qualunque articolazione autonoma dell’impresa idonea ad esplicare, sotto il profilo funzionale, l’attività di produzione di beni o di servizi, senza che sia necessario che la stessa presenti un’indipendenza tecnica ed amministrativa. La distinzione assume rilevanza laddove, mentre gli spostamenti interni ad una medesima unità produttiva non richiedono alcun tipo di giustificazione in capo al datore di lavoro, gli spostamenti da un’unità produttiva ad un’altra richiedono la sussistenza delle ragioni predette. Pertanto, la seconda delle interpretazioni di cui sopra risulta maggiormente favorevole al lavoratore, in quanto lo stesso potrebbe essere trasferito da una sede ad un’altra, anche se tra loro non indipendenti, solo per ragioni tecniche, organizzative e produttive (Cass. 26 maggio 1999 n. 5153, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, p. 110. *Contra*: Cass. Civ. 13 giugno 1998 n. 5934, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1999, p. 613). Inoltre, la Suprema Corte, al fine di configurare il trasferimento da un’unità produttiva ad un’altra, ha talvolta attribuito una rilevanza particolare alla distanza dello spostamento (Cass. 29 luglio 2003, n. 11660; Cass. 20 luglio 2001, n. 9881; Cass. 25 maggio 1999, n. 5153; Cass. 3 giugno 2000, n. 7440). In tal senso la Corte ha escluso la configurazione del trasferimento quando lo spostamento si verifichi nell’ambito del medesimo comune.

⁴²⁸ Con riferimento al periodo di preavviso, in assenza di apposita previsione della contrattazione collettiva, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ritenuto che debba essere data comunicazione del trasferimento in tempi congrui, facendo riferimento in via analogica al periodo di preavviso previsto per il licenziamento individuale (Cass. Sezioni Unite, 15 luglio 1986, n. 4572).

⁴²⁹ *Ex multis*, Cass. 28 agosto 1976, n. 3065.

sottolineare che prima dell'entrata in vigore dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, il trasferimento del prestatore di lavoro era privo di regolamentazione legislativa ed era dibattuta la questione della sussistenza di un vero e proprio potere unilaterale di trasferimento⁴³⁰. Successivamente, con la riforma dell'art. 2103 del Cod. Civ., la dottrina e la giurisprudenza si sono trovate in disaccordo circa la necessità o meno del consenso del lavoratore al trasferimento. Fatte salve alcune eccezioni, l'opinione maggioritaria ritiene non sia necessario il consenso del lavoratore⁴³¹. Da un'analisi del dato testuale della norma, infatti, si rinviene un vero e proprio potere datoriale, seppur espresso in forma negativa (ossia per indicare che "il lavoratore non può essere trasferito" se non in specifici casi).

Il tema dei limiti al potere datoriale di trasferimento risulta oltremodo importante alla luce delle conseguenze concrete. Vi è quindi da chiedersi in cosa consistano le ragioni giustificative del trasferimento, ossia se vi siano limiti ulteriori che impediscono al datore di lavoro di esercitare legittimamente il potere.

Autorevole dottrina ha sostenuto che "il legislatore, nel subordinare il lecito esercizio del potere alla sussistenza di esigenze oggettive, implicitamente ma in modo inequivocabile, riconosce la presenza di controinteressi di diversa natura"⁴³². In tale ottica la norma in esame mirerebbe a proteggere il bene dell'inamovibilità del lavoratore, ossia a valorizzare interessi differenti rispetto alle ragioni aziendali. Solamente in presenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive di cui si sta discorrendo, il datore di lavoro potrebbe legittimamente esercitare il proprio potere di trasferimento.

Secondo un orientamento risalente (e superato), poi, il trasferimento sarebbe volto a consentire un'utilizzazione del lavoratore "dove la mobilità (topografica, oltre che orizzontale e verticale) sia funzionale alla valorizzazione delle capacità professionali"⁴³³, ossia, come confermato dalla giurisprudenza, "(...) il suo

⁴³⁰ BOLLANI, *Trasferimento dei lavoratori*, in Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., IV, IV ed., Torino, 1999, p. 36.

⁴³¹ D'ARRIGO, *Trasferimento dei lavoratori*, in Enc. Dir., XLIV, Milano, 1992, p. 991; *contra* ICHINO, *Note in tema di disciplina legislativa del trasferimento del prestatore di lavoro*, in Riv. Giur. lav., 1974, II, p. 411 ss.

⁴³² BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Il codice civile. Commentario diretto da Schlesinger*, Milano, 1997, p. 519.

⁴³³ BALLESTRERO, *Il trasferimento dei lavoratori*, in Pera (a cura di), *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Milano, 1973, p. 178.

rendimento possa essere meglio valorizzato mediante la destinazione ad altra unità produttiva”⁴³⁴. Tale orientamento si giustificerebbe nel fatto la disciplina del trasferimento si colloca all’interno dell’art. 2103 del Codice Civile, laddove è presente anche la disciplina della modifica delle mansioni⁴³⁵.

È quindi evidente che il fulcro della questione ruota attorno al concetto di ragione tecnica, organizzativa e produttiva.

Da un punto di vista strettamente procedurale, i motivi per i quali il datore di lavoro adotta il provvedimento di trasferimento, possono essere indicati contestualmente alla comunicazione del trasferimento stesso, oppure in un momento successivo, su richiesta del lavoratore interessato, tempestivamente (o entro un termine eventualmente individuato dalla contrattazione collettiva). Deve specificarsi inoltre che l’onere della prova circa la congruità della motivazione alla base del trasferimento del lavoratore incombe sul datore di lavoro⁴³⁶.

Esaminando il punto di vista sostanziale, la questione pare piuttosto chiara laddove vi è la soppressione della mansione di provenienza e, quindi, il trasferimento del lavoratore in una sede dove possa esercitare detta mansione⁴³⁷. Maggiormente dubbioso è il caso del trasferimento disposto nel caso in cui non vi sia soppressione della mansione nella sede di provenienza, ma semplicemente la richiesta di fabbisogno occupazionale nella sede di destinazione, come può avvenire nel caso ad esempio dell’apertura di una nuova sede o dell’assenza di un

⁴³⁴ In tal senso, Cass. 28 agosto 1976, n. 3065, con nota di MISCIONE, *Osservazione su sanzioni disciplinari e trasferimento*, in Giur. It., 1977, I, p. 436.

⁴³⁵ A ben vedere, tuttavia, tale argomentazione sarebbe priva di consistenza poiché la collocazione della disciplina del trasferimento all’interno dell’art. 2103 del Codice Civile, lungi dall’aver una rigorosa motivazione sistematica, pare sia stata dovuta a semplici esigenze di rapidità.

⁴³⁶ Sul punto, il Tribunale di Milano ha affermato che “*il potere datoriale di determinare il luogo della prestazione lavorativa e di trasferire il lavoratore da una unità produttiva ad un’altra è discrezionalmente esercitabile solo in presenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive “comprovate”, ovvero la cui sussistenza risulti dimostrata, con onere della prova a carico del datore di lavoro che le assume a fondamento del proprio provvedimento di trasferimento*” (Trib. Milano 9 ottobre 2014, n. 2442, in Redazione Giuffrè, 2014). L’onere di motivazione sarebbe inoltre antegudiziale, nel senso che il datore di lavoro deve comunicare le ragioni all’interno del provvedimento di trasferimento stesso oppure, nel caso in cui il provvedimento nulla dica, il lavoratore può richiedere le motivazioni ed il datore di lavoro è tenuto a dare risposta entro un termine congruo e ragionevole (sul punto, in tal senso, Trib. Milano 22 aprile 2016, in Redazione Giuffrè, 2016 ; Cass. 15 gennaio 2007, n. 43).

⁴³⁷ In tal senso, *ex multis* Cass. 27 novembre 2002, n. 16801, in Dir. Giust., 2002, 46, p. 73; Cass. 28 novembre 1994, n. 10122, in Not. Giur. Lav., 1995, p. 227; Cass. 18 novembre 1998, n. 11634 in Not. Giur. Lav., 1999, p. 92; Cass. 29 marzo 2000, n. 3827, Giust. Civ., 2001, I, p. 1073.

lavoratore nella sede di destinazione⁴³⁸. In tali ipotesi, analizzando specificamente l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza alla locuzione “comprovate ragioni tecniche, organizzative o produttive”, si evidenziano due distinti orientamenti.

Da un lato, vi è l'opinione della giurisprudenza maggiormente aderente al disposto di cui all'art. 30 del Collegato Lavoro, secondo cui, in presenza di una ragione tecnica, organizzativa e produttiva, la scelta datoriale può semplicemente essere una delle possibili scelte imprenditoriali, senza che presenti necessariamente il carattere dell'inevitabilità. In tal senso, la Cassazione, con sentenza del 2 marzo 2011, n. 5099⁴³⁹, ribaltando la decisione del giudice di prime cure, che aveva ritenuto insussistenti le ragioni tecnico, organizzative e produttive, ha affermato, in linea con il disposto dell'art. 30 del Collegato Lavoro, che il giudice non deve sindacare le ragioni che legittimano il trasferimento del lavoratore, ma deve semplicemente verificare che vi sia corrispondenza, ossia un nesso di causalità, tra le stesse ed il provvedimento di trasferimento, ossia che il trasferimento sia in linea con le finalità dell'impresa senza che il giudice possa sindacare il merito della scelta imprenditoriale. In tal senso, la Cassazione ha affermato che è *“insindacabile la scelta discrezionale tra più soluzioni organizzative solo in quanto tutte ugualmente ragionevoli, anche in applicazione dei principi di correttezza e buona fede”*⁴⁴⁰. In altre parole, laddove il trasferimento sia strumentale alle finalità imprenditoriali, ossia sia anche semplicemente strumentale ad una maggior utilità economica, lo stesso deve ritenersi legittimo. La Suprema Corte, in tal senso, sottolinea come il controllo giudiziario *“deve essere diretto ad accertare la corrispondenza tra il provvedimento adottato dal datore di lavoro e le finalità tipiche dell'impresa ma, trovando un preciso limite nel principio di libertà dell'iniziativa economica*

⁴³⁸ In tal senso, *ex multis* Cass. 29 luglio 2003, n. 11660, in Mass. giur. lav., 2003, p. 861.

⁴³⁹ Nello stesso senso, Cass. 2009, n. 9921; Cass., 17 giugno 1991 n. 6832.

⁴⁴⁰ Cass. Marzo 2011, n. 5099. La Suprema Corte afferma ha affermato testualmente che *“Il controllo giurisdizionale delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato deve essere diretto ad accertare che vi sia corrispondenza tra il provvedimento adottato dal datore di lavoro e le finalità tipiche dell'impresa, non può essere dilatato fino a comprendere il merito della scelta operata dall'imprenditore; quest'ultima, inoltre, non deve presentare necessariamente i caratteri dell'inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una delle possibili scelte, tutte ragionevoli, che il datore di lavoro può adottare sul piano tecnico, organizzativo e produttivo”*.

*privata garantita dall'art. 41 Cost., non può essere dilatato fino a ricomprendere il merito della scelta operata dall'imprenditore. Scelta che, in caso di trasferimento del dipendente, non deve assumere necessariamente il carattere dell'inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una delle possibili scelte, tutte ragionevoli, che il datore di lavoro può adottare sul piano tecnico, organizzativo e produttivo*⁴⁴¹.

Dall'altro lato, si evidenzia invece l'opinione di quella giurisprudenza che ritiene che il trasferimento deve ritenersi legittimo solo qualora la scelta datoriale in tal senso sia inevitabile, ossia qualora non sia più possibile impiegare il lavoratore all'interno dell'unità produttiva e sia invece necessario collocare lo stesso all'interno dell'unità produttiva di trasferimento⁴⁴².

La giurisprudenza non è sempre concorde nel ritenere legittimo il trasferimento che sia giustificato non da modifiche strutturali dell'impresa, quanto da circostanze professionali del lavoratore. Ebbene, la giurisprudenza ha spesso ritenuto non giustificato il trasferimento disposto per ottenere un miglioramento professionale, l'addestramento o la formazione del lavoratore trasferito⁴⁴³, mentre ha ritenuto giustificato il trasferimento che risulti più utile e funzionale in altro reparto in ragione delle sue competenze, così come il trasferimento reso necessario per il mutamento di qualifica del lavoratore⁴⁴⁴. Parimenti, il trasferimento deve considerarsi giustificato se dovuto ad incompatibilità ambientale solo qualora motivato da esigenze tecniche, organizzative e produttive e non da finalità punitive o sanzionatorie nei confronti del lavoratore⁴⁴⁵.

Il discorso sul significato da attribuire alle ragioni tecniche, organizzative e produttive, e quindi sui limiti al potere di trasferimento del lavoratore, si intreccia inevitabilmente, nella pratica, con il tema del sindacato giudiziale sulle clausole

⁴⁴¹ Cass. 25 ottobre 2013, n. 24189, in *Rassegna di diritto farmaceutico*, 2014, 1, p. 25 ss..

⁴⁴² Cass. 2 maggio 2011, n. 9619; Trib. Varese, 6 febbraio 2014, in *Redaz. Giuffrè*, 2014; Trib. Milano 5 gennaio 2001, in *Lav. Giur.*, 2001, p. 806; Trib. Milano 23 dicembre 2000, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2001, p. 431; Trib. Milano 24 gennaio 1998, in *Lav. Giur.*, 1998, p. 702.

⁴⁴³ Pret. Roma 6 febbraio 1995, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1995, p. 638; Pret. Caserta 7 giugno 1984, in *Giur. Merito*, 1985, p. 824.

⁴⁴⁴ Cass. 18 febbraio 1994, n. 1563, in *Not. Giur. Lav.*, 1994, p. 181; Cass. 2 gennaio 2001, 27, in *Not. Giur. Lav.*, 2001, p. 313.

⁴⁴⁵ Cass. 2013, n. 24775; Cass. 9 luglio 2009, n. 16102, in *Lav. pubb. Amm.*, 2009, p. 1065; Cass. 9 marzo 2001, n. 3525, in *Dir. Lav.*, 2001, II, p. 455; Cass. 21 ottobre 1997, n. 10333, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, II, p. 284.

generali.

Infatti, se è vero che a mente dell'art. 30 della Legge n. 183 del 2010 il giudice deve limitarsi a rilevare la sussistenza della ragione predetta e non può estendere il proprio sindacato al punto tale da valutare l'opportunità della scelta del datore di lavoro⁴⁴⁶, vi è da chiedersi come si comporti la giurisprudenza e quale tipo di controllo eserciti concretamente.

Ebbene, innanzitutto la giurisprudenza sembra operare un controllo circa l'effettività delle ragioni addotte, ossia un controllo sul fine della scelta imprenditoriale, consistente nella verifica della reale sussistenza delle esigenze (tecnico, organizzative o produttive) poste alla base del trasferimento e del nesso di causalità tra la ragione giustificativa ed il provvedimento datoriale⁴⁴⁷. Tali ragioni devono essere quindi attuali⁴⁴⁸ e concrete e non essere strumentali al trasferimento. Venendo all'esame della giurisprudenza sul punto, pare tuttavia che a fronte di una clausola generale come quella di cui si discorre, spetti proprio al giudice di valutare, alla luce del caso concreto, attingendo ai valori presenti nell'ordinamento, cosa debba intendersi e soprattutto cosa meriti di rientrare all'interno della nozione di ragione tecnica, organizzativa e produttiva. A tale proposito, la Suprema Corte ha chiarito che il controllo giudiziario deve estendersi non solo all'accertamento della sussistenza della ragione addotta, ma anche alla verifica del motivo che ha determinato il sopraggiungere della ragione, posto che,

⁴⁴⁶ La giurisprudenza ha ritenuto che il trasferimento per incompatibilità ambientale, consistente nell'allontanamento del dipendente dal proprio luogo abituale di lavoro quando, per svariate ragioni, la presenza dello stesso costituisca un ostacolo per il funzionamento del lavoro all'interno dell'unità produttiva, pur avendo carattere soggettivo anziché oggettivo, rientri nelle ragioni organizzative di cui all'art. 2103 Cod. Civ. (Cass. Civ. Sezioni Unite 24 luglio 1986 n. 4747, in Riv. It. Dir. Lav., 1987, II, pag. 518).

⁴⁴⁷ *Ex multis*, Cass. 18 novembre 1999, n. 12812, in Mass. Giur. lav., 2000, p. 114; Cass. 2 marzo 1989, n. 1176, in Not. Giur. Lav., 1989, p. 299.

⁴⁴⁸ Con riferimento all'attualità della ragione, il Tribunale di Catanzaro, con sentenza del 13 dicembre 2011, affermava che *"in base al parallelismo tra le comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, che costituiscono il presupposto tipizzati dal legislatore per il legittimo esercizio del potere di trasferimento, e i presupposti integranti il giustificato motivo di licenziamento del lavoratore, il giudice deve verificare che entrambi gli atti datoriali vengano ricondotti a circostanze realmente esistenti e non future o meramente eventuali. In mancanza del nesso di causalità tra l'acquisizione della professionalità del lavoratore nella nuova sede di servizio e le concrete ed attuali occasioni di impiego di tale professionalità in quella medesima struttura, il trasferimento deve considerarsi illegittimo"* (Trib. Catanzaro, 13 dicembre 2011, con nota di ROTA, *Sul trasferimento del lavoratore: prevalgono gli interessi personali e familiari del dipendente sulle ragioni "meramente eventuali"?*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, 3, II, p. 665 ss.).

diversamente, il datore di lavoro potrebbe arbitrariamente determinare la ragione e poi addurre la stessa per giustificare il provvedimento datoriale⁴⁴⁹. Il sindacato giudiziale sul trasferimento del lavoratore deve poi spingersi ad accertare la liceità del provvedimento. In particolare, il trasferimento non deve avvenire in ragione di un motivo illecito o discriminatorio determinante, pena la nullità del trasferimento stesso. Parimenti, la ragione addotta non dev'essere meramente strumentale al trasferimento, ossia non dev'essere utilizzata in modo strumentale per il perseguimento di una finalità elusiva di norme imperative. Si potrebbe quindi verificare l'ipotesi di frode alla legge nel caso in cui il trasferimento sia solamente un tassello di un'operazione vessatoria più ampia (si pensi, ad esempio, al mobbing perpetrato sul lavoratore al fine di spingerlo alle dimissioni), oppure nel caso il trasferimento costituisca misura sanzionatoria vietata.

Un'ulteriore considerazione rispetto al limite al potere datoriale in materia di trasferimento del lavoratore, dev'essere compiuta con riferimento ai criteri di scelta da applicare in relazione al lavoratore da trasferire qualora i lavoratori potenzialmente trasferibili siano più di uno. Tale controllo non concerne il controllo sul motivo che ha dato origine alla ragione aziendale, bensì si colloca in una fase in cui il presupposto è già accertato, la scelta datoriale del trasferimento è legittima, ciò che viene in discussione è solamente la scelta di un soggetto rispetto ad un altro. Accanto alla tesi minoritaria secondo cui non vi sarebbe alcun limite in tal senso, e quindi il datore di lavoro, in presenza delle ragioni giustificative, potrebbe procedere al trasferimento di qualsiasi lavoratore senza considerare i valori attinenti alla sfera del lavoratore, vi è l'opinione di chi ritiene che il datore debba compiere un'attenta valutazione degli interessi in gioco, in modo da decidere quale lavoratore trasferire nel rispetto della clausola di buona fede e correttezza di cui agli articoli 1175 e 1375 del Codice Civile⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ In tal senso, molto chiare le pronunce della Cass. 26 gennaio 1995, n. 909...; Cass. 11 febbraio 1998, n. 1438, con nota MARINO, *L'“oggettività” della situazione antecedente al licenziamento o al trasferimento quale giustificato o “comprovato” motivo dello stesso*, in Riv. It. Dir. Lav., 1998, II, p. 610.

⁴⁵⁰ Per la dottrina, PERA, *Sul trasferimento del lavoratore*, p. 68; per la giurisprudenza, Cass. 23 febbraio 1998, n. 1912, con nota TULLINI, *Motivazione e controllo giurisdizionale del trasferimento del lavoratore*, in Riv. It. Dir. Lav., 1999, II, p. 55; per la giurisprudenza, Cass. 18 ottobre 1996, n. 9086, con nota NICCOLAI, in Mass. Giur. Lav., 1997, p. 204.

Tuttavia, la giurisprudenza recente ha ritenuto che una procedura comparativa tra i possibili lavoratori da trasferire debba essere compiuta, nel rispetto dei canoni di correttezza e buona fede, esclusivamente nell'ipotesi in cui le esigenze personali o familiari dei lavoratori siano particolarmente rilevanti, mentre, nel silenzio dell'art. 2103 del Cod. Civ. ed in mancanza di espressa previsione in tal senso da parte della disciplina collettiva, resta escluso che la valutazione delle condizioni personali e familiari presupponga comparazioni o procedure concorsuali⁴⁵¹.

Nel tentativo di catalogare la tipologia di controllo esercitata dal giudice sul potere datoriale di trasferimento, dall'analisi della giurisprudenza si osservato come gli elementi di giudizio possano racchiudersi, così come per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in tre step: l'adeguatezza, la necessità e la proporzionalità.

La primissima forma di controllo, ossia l'adeguatezza, altro non è che un giudizio di coerenza consistente nella valutazione della meritevolezza del fine, del quale si è detto poc'anzi, ossia nella verifica della sussistenza della ragione tecnico, organizzativa o produttiva e del nesso di causalità intercorrente tra questa ed il fine che il datore di lavoro si è prefissato. Inoltre, sempre in forza dell'espletamento del controllo di adeguatezza, il giudice dovrebbe verificare la non pretestuosità o strumentalità delle ragioni addotte rispetto al fine prefissato.

Il controllo di necessità è invece il giudizio con cui l'organo giudiziario verifica se il provvedimento datoriale di trasferimento presenta i caratteri della indispensabilità ed inevitabilità. Sul punto, come già chiarito, i giudizi non sono unanimi, anche perché una valutazione in tal senso implicherebbe inevitabilmente un giudizio di merito, precluso all'organo giudiziario in ragione dell'art. 30 comma 1 del Collegato lavoro.

Da ultimo, si può ravvisare un controllo di proporzionalità, che consiste nella verifica della circostanza che il datore di lavoro abbia utilizzato il mezzo più mite per giungere al medesimo risultato. Tale giudizio prevede, inevitabilmente, un'attività di ponderazione e bilanciamento di valori. In tal senso si colloca ad esempio la verifica del rispetto delle clausole di correttezza e buona fede rispetto

⁴⁵¹ Cass. Cass., 15 ottobre 1992 n. 11339; 18 febbraio 1994 n. 1563; Cass. 14 maggio 2013, n. 11527.

alla scelta del lavoratore da trasferire in presenza di più di un lavoratore potenzialmente trasferibile, ma anche il bilanciamento tra la libertà organizzativa dell'imprenditore e le ragioni del dipendente. A tale proposito, nella recente pronuncia del 28 gennaio 2016, n. 1608, la Suprema Corte si è pronunciata affermando che “ferma restando l'insindacabilità dell'opportunità del trasferimento, salvo che risulti diversamente disposto dalla contrattazione collettiva, il datore di lavoro, in applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede, qualora possa far fronte a dette ragioni avvalendosi di differenti soluzioni organizzative, per lui paritarie, è tenuto a preferire quella meno gravosa per il dipendente, soprattutto nel caso in cui questi deduca e dimostri la sussistenza di serie ragioni familiari ostative al trasferimento. Da ciò discende che l'accertamento del giudice non può essere limitato alla situazione esistente nella sede di provenienza, ma deve estendersi anche alla sede di destinazione del lavoratore, restando a carico del datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza di dette ragioni”⁴⁵². La sentenza pare estremamente interessante nella misura in cui utilizza la clausola generale di correttezza e buona fede per introdurre e giustificare l'adozione di un controllo di proporzionalità rispetto a valori contrastanti. In tal caso, infatti, il giudice, nell'accertamento delle ragioni tecniche, organizzative e produttive a sostegno del trasferimento, compie un controllo su più fronti. In un primo momento, dopo aver verificato che il trasferimento non sia ritorsivo né persecutorio e che sussistano i fatti posti a fondamento del trasferimento stesso, nonché il nesso causale, deve accertare via via corrispondenza tra il provvedimento adottato e le finalità tipiche dell'impresa (tale accertamento potrebbe essere definito come controllo di idoneità). La Suprema Corte ha cura di ribadire che il trasferimento non deve necessariamente presentare il carattere dell'inevitabilità, ma che “è sufficiente il trasferimento sia semplicemente una delle possibili scelte, tutte ragionevoli, che il datore di lavoro può adottare sul piano tecnico, organizzativo e produttivo”⁴⁵³. Tuttavia, proprio in forza dell'operare delle clausole generali di correttezza e buona fede, il controllo

⁴⁵² Cass. 28 gennaio 2016, n. 1608, in *Diritto & Giustizia*, 2016.

⁴⁵³ Cass. 28 gennaio 2016, n. 1608; nello stesso senso, Cass. 2 gennaio 2001, n. 27; Cass. 2 agosto 2002, n. 11624; Cass. 29 luglio 2003, n. 11660; Cass. 18 aprile 2005, n. 7930; Trib. Ivrea 30 ottobre 2006, n. 124, in *Il Merito*, 2007, 4, p. 42..

deve estendersi alla proporzionalità della scelta datoriale rispetto agli altri valori che detta scelta potrebbe mettere in discussione. Pertanto, la Suprema Corte afferma che qualora sussistano particolari esigenze del lavoratore, di carattere familiare, le stesse devono essere bilanciate con la libertà *ex art. 41 comma Cost.*, con la conseguenza che, qualora il trasferimento sia solo una delle possibili alternative ed in capo al lavoratore gravino serie ragioni familiari, il datore di lavoro deve preferire la soluzione meno gravosa per il dipendente. Si tratta di un caso in cui il principio di proporzionalità pare, anche per espressa affermazione della giurisprudenza di legittimità, veicolato dalla clausola di buona fede, la quale consente al giudice di esercitare un controllo più ampio nell'interpretazione della norma elastica, imponendo che in presenza di determinate circostanze venga effettuato un bilanciamento da parte dell'organo giudiziario. La buona fede, in questo senso, diventa il parametro di valutazione comparativa di opposti interessi ed esplicazione del principio costituzionale di solidarietà sociale⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 284.

Capitolo II

LE RIFORME LEGISLATIVE DELL'ULTIMO DECENNIO E L'INFLUENZA DELLA *LAW AND ECONOMICS*

SOMMARIO: 1. Il procedimento giudiziario come elemento di diseconomicità del sistema. – 2. Il sindacato giudiziale sulle clausole generali dal Collegato lavoro al Jobs Act.

1. Il procedimento giudiziario come elemento di diseconomicità del sistema.

È indubbio che il diritto del lavoro negli ultimi anni abbia vissuto e stia tuttora vivendo una considerevole trasformazione, definita un “cambio di paradigma”⁴⁵⁵ paragonabile a quello che negli anni '60 e '70 del secolo scorso diede vita allo Statuto dei lavoratori. D'altronde, come scriveva D'Antona quasi vent'anni fa⁴⁵⁶ interrogandosi sulla presunta crisi d'identità del diritto del lavoro, lo stesso rappresenta un costrutto storico e non ontologico, suscettibile di trasformazione sulla base dei mutamenti del contesto economico-sociale.

Al fine di sottolineare come i grandi mutamenti legislativi siano sempre andati di pari passo con i momenti di grande cambiamento del tessuto economico e sociale, pare opportuno effettuare un breve *excursus* storico, dal secondo dopoguerra ai nostri giorni.

Ebbene, dopo la fine della seconda guerra mondiale, in un periodo che si può collocare approssimativamente tra il 1945 ed il 1975, l'Europa conobbe un

⁴⁵⁵ Tale espressione è utilizzata da PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la NASPI: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e NASPI*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3 ss.. Sul cambio di paradigma, si veda anche SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP Massimo D'Antona.it, 259/2015, p. 7 ss..

⁴⁵⁶ D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, I, p. 313.

momento di forte prosperità e di espansione⁴⁵⁷, in cui venne prodotta più ricchezza di quanto non fosse accaduto nei mille anni precedenti (tale periodo venne denominato dagli economisti francesi “Trentennio glorioso”). In Italia, soprattutto negli anni '60 e '70, anche in ragione delle pressioni delle forze sindacali, si assistette all'affermazione di un modello di garantismo forte per il lavoratore subordinato, che culminò appunto nell'emanazione di quella che divenne la bandiera del centro-sinistra dell'epoca⁴⁵⁸, la legge n. 300 del 1970⁴⁵⁹. In realtà lo Statuto dei lavoratori, pur rappresentando senz'altro un complesso organico della regolazione dei diritti dei lavoratori all'interno del luogo di lavoro, anche con riferimento alle prerogative sindacali, costituiva solo il momento culminante di un processo di trasformazione iniziato con le leggi di protezione del lavoro e proseguito durante i primi anni '70⁴⁶⁰, che vide peraltro protagonisti nel panorama italiano autorevoli studiosi quali Gino Giugni⁴⁶¹ e Federico Mancini⁴⁶². Nel periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, infatti, si susseguirono alcuni interventi legislativi mirati ad arginare lo sfruttamento della forza lavoro, quali la legge sul lavoro a domicilio (Legge 13 marzo 1958 n. 264,

⁴⁵⁷ I paesi dell'Europa occidentale videro un incremento della protezione offerta dallo stato dal punto di vista del welfare. I paesi del nord Europa sperimentarono un modello universalistico di welfare, finanziato principalmente dal gettito fiscale (c.d. modello universalistico). L'Europa continentale, invece, preferì il modello occupazionale, finanziato principalmente tramite contributi sociali.

⁴⁵⁸ Vi è da sottolineare che immediata fu l'opposizione da parte di Confindustria e del mondo imprenditoriale.

⁴⁵⁹ PERA, nel suo Manuale, scrive che “con lo statuto il nostro diritto del lavoro è complessivamente e qualitativamente mutato, ponendo in crisi radicale le vecchie impostazioni e la stessa concezione di base. Senonché la carica innovativa della legge, potenzialmente enorme, è stata, di fatto, sminuita per il carattere sostanzialmente episodico, non organico, delle innovazioni cui l'operatore deve dare corso. Rimanendo in piedi, per il resto, e sia pure spesso solo formalmente il vecchio edificio”.

⁴⁶⁰ Si tratta della Legge n. 1369 del 1960 sul divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro, della Legge n. 230 del 1962 sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, della Legge n. 7 del 1963 sul divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio, della Legge n. 604 del 1966 in relazione al risarcimento per licenziamento ingiustificato, della Legge n. 1115 del 1968 sulla Cassa integrazione guadagni straordinaria e della Legge n. 153 del 1969 (c.d. Riforma Brodolini) sulle pensioni.

⁴⁶¹ Tra le opere più significative, GIUGNI, *Il sindacato tra contratti e riforme: 1969-1973*, De Donato, Bari, 1973; GIUGNI, *Gli anni della conflittualità permanente: rapporto sulle relazioni industriali in Italia nel 1970-1971*, Franco Angeli, Milano, 1976; GIUGNI, *La memoria di un riformista*, Il Mulino, Bologna, 2007.

⁴⁶² Tra le opere più significative, MANCINI, *Il pensiero politico nell'età di Roosevelt*, Il Mulino, Bologna, 1962; MANCINI, *Lo statuto dei lavoratori: un bilancio politico. Nuove prospettive del Diritto del lavoro e democrazia industriale*, De Donato, Bari, 1977; MANCINI, *Terroristi e riformisti*, Il Mulino, Bologna, 1981.

poi sostituita dalla Legge n. 877 del 1973), la legge sul divieto di interposizione di manodopera (Legge n. 1369 del 1960), la legge sul contratto a tempo determinato (Legge n. 230 del 1962). Inoltre, dopo una prima fase in cui il licenziamento nel contratto di lavoro era regolato esclusivamente dall'art. 2118 del Codice Civile, e vi era quindi una sostanziale libertà di licenziamento del lavoratore, salvo il rispetto del periodo di preavviso, l'approvazione della Legge n. 604 del 1966 rappresentò un cambiamento epocale, prevedendo la necessità di una giustificazione per l'esercizio del recesso datoriale.

Tale periodo di benessere venne bruscamente interrotto dalla prima crisi petrolifera del 1973-1974⁴⁶³ e, successivamente, dalla seconda crisi petrolifera del 1979⁴⁶⁴, le quali provocarono un forte aumento del prezzo del petrolio e, conseguentemente, una forte inflazione colpì tutto l'occidente. A tale crisi di sovrapproduzione gli stati risposero con l'adozione di politiche neoliberiste, le quali consistettero essenzialmente nella riduzione di denaro in circolazione, nella deregolamentazione dei movimenti di capitali e nell'incremento del dibattito sulle possibili fonti di energia alternativa al petrolio. Tali politiche, tuttavia, se da un lato segnarono la riduzione dell'inflazione, dall'altro generarono un freno all'attività industriale e ridussero i posti di lavoro, con conseguente innalzamento dei tassi di disoccupazione e riduzione dei salari. In tale scenario economico e sociale, verso la fine degli anni '70 una serie di garanzie in favore dei lavoratori iniziarono ad essere smantellate ed iniziò la parabola discendente della tutela normativa del diritto del lavoro. Negli anni '80 e '90 si assistette ad nuovo progressivo attenuamento delle rigidità del sistema giuslavoristico, attraverso la creazione di forme alternative rispetto al tradizionale contratto di lavoro

⁴⁶³ Alla base della prima crisi energetica vi fu l'improvvisa ed inattesa interruzione del flusso di approvvigionamento del petrolio dagli stati dell'Opec a quelli importatori, in seguito alla guerra tra Egitto, Siria ed Israele (guerra del Kippur). Nel 1973, gli eserciti egiziani e siriani attaccarono Israele, rispettivamente da sud e da nord. Nel contempo, l'Egitto e la Siria, sostenuti dai paesi arabi e anti-americani, al fine di lanciare un monito a non aiutare Israele, raddoppiarono il prezzo del petrolio e diminuirono le esportazioni. Gli stati appartenenti all'Opec bloccarono le esportazioni verso Stati Uniti e Paesi Bassi fino al gennaio 1975. Tali circostanze causarono un forte aumento del prezzo del petrolio, cui con seguirono, in Italia, le politiche di austerità economica per il risparmio energetico varate dal governo di Mariano Rumor.

⁴⁶⁴ Come nel caso della crisi petrolifera del 1973-1974, anche la crisi del 1979 fu generata da un repentino rialzo del prezzo del petrolio, in seguito alla rivoluzione islamica in Iran ed alla guerra tra l'Iran e l'Iraq.

subordinato a tempo indeterminato e a tempo pieno. In tal senso, si pensi ad esempio al lavoro part-time o all'ampliamento delle possibilità di stipulare contratti a termine, alla Riforma Amato-Dini in materia pensionistica, alla riforma del processo del lavoro (Legge n. 533 del 1973), che riscrisse l'art. 409 del Codice di Procedura Civile introducendo la previsione delle collaborazioni coordinate e continuative. Inoltre, verso la fine degli anni '70 del secolo scorso, si assistette alla modificazione del rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva, attenuandosi il principio secondo cui la contrattazione collettiva potrebbe derogare alla legge solo *in melius*⁴⁶⁵. Con l'entrata in vigore della Legge n. 91 del 1977, la legge divenne uno *standard* di trattamento inderogabile rispetto ai criteri di computo dell'indennità di anzianità ed un tetto massimo, derogabile solo *in peius*, con riferimento alle modalità di indicizzazione delle retribuzioni rispetto alle variazioni del costo della vita.

Ed è poi negli anni '90 del secolo scorso, ed in particolare nel biennio 1992-1993, che iniziò il declino dell'economia italiana. Gli anni '90 furono il periodo delle prassi concertative e della legislazione contrattata tra l'esecutivo e le parti sociali. In tale scenario si iniziò a trasferire l'attenzione dal contratto alla globale condizione del mercato del lavoro (si pensi ad esempio alla Legge n. 223 del 1991 in materia di Cassa Integrazione e indennità di mobilità per i lavoratori colpiti da licenziamento collettivo, ma anche all'accordo tripartito del 23 luglio 1993 con cui, superato il principio dell'indicizzazione automatica delle retribuzioni, si predispose un quadro di principi e di regole per rendere coerenti i processi contrattuali con le politiche economiche e dei redditi)⁴⁶⁶. In tale periodo la legislazione lavorista si muoveva nella direzione dell'uguaglianza, ponendosi l'obiettivo di superare gli squilibri insiti nel mercato del lavoro (tra lavoro pubblico e privato; tra lavoratori e lavoratrici; tra lavoratori di grandi e di piccole imprese). In questo senso, si pensi al d.lgs. n. 29 del 1993, poi confluito nel d.lgs. n. 165 del 2001, in materia di privatizzazione del pubblico impiego (laddove

⁴⁶⁵ Sul punto, ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, pag. 11.

⁴⁶⁶ L'esperienza della concertazione proseguì poi con il Patto per il lavoro del 24 settembre 1996 con cui, attraverso il superamento del monopolio pubblico e la parziale apertura ai privati, si gettarono le basi per la riforma del collocamento e per il lavoro interinale e con il Patto di Natale del 22 dicembre 1998.

anche ai pubblici dipendenti vengono applicate condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato), alla Legge n. 125 del 1991 sull'ampliamento della tutela antidiscriminatoria nei confronti delle lavoratrici donne, alla Legge n. 53 del 2000 (poi confluita nel d.lgs. n. 151 del 2001) sui congedi parentali, alla Legge n. 108 del 1990 laddove anche ai lavoratori delle piccole imprese venne garantito un minimo di tutela nel caso di licenziamento ingiustificato.

A partire dagli ultimi decenni del secolo scorso poi, la legislazione interna in materia giuslavoristica iniziò a risultare enormemente influenzata dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea e, pertanto, dall'applicazione, diretta o indiretta, del diritto sovranazionale⁴⁶⁷. Ed è proprio ai confini sovranazionali che bisogna guardare. Infatti, lo scenario socio-economico mutò integralmente con l'avvento della globalizzazione e con l'abbattimento delle barriere alla circolazione delle merci e dei capitali. In tale contesto, all'intensificazione degli scambi commerciali e alla mobilità dei processi produttivi, è corrisposta, da parte delle imprese, la ricerca dei sistemi più adatti a produrre con costi sociali contenuti, ossia il fenomeno della competitività tra sistemi sociali differenti (il c.d. *dumping* sociale). Il diritto del lavoro deve dunque uscire dai confini nazionali per fare i conti con la delocalizzazione produttiva e con la riduzione degli *standards* di tutela sul lavoro.

Arrivando quindi alla legislazione a cavallo tra il vecchio ed il nuovo millennio, si evidenzia un incremento delle forme elastiche di accesso al lavoro, quali il part-time (d.lgs. n. 61 del 2000) e la liberalizzazione, seppur minore rispetto a quella cui abbiamo assistito nel 2014 con il Decreto Poletti, del contratto a termine (d.lgs. n. 368 del 2001). Si approda quindi alle svariate tipologie di lavoro previste dalla Riforma Biagi, considerata per anni baluardo della flessibilità nel mercato del lavoro.

Tuttavia, le riforme degli ultimi anni, dal Collegato Lavoro del 2010 alla Riforma Fornero del 2012 e, da ultimo, al Jobs Act, sembrano andare ancor oltre, non solo flessibilizzando ulteriormente le tipologie contrattuali, ma considerando il potere

⁴⁶⁷ Molti istituti del diritto interno hanno subito peculiari modificazioni in forza delle direttive e dei regolamenti dell'Unione Europea (si pensi ai temi dell'uguaglianza, della sicurezza, al tempo di lavoro, al trasferimento d'azienda, all'insolvenza del datore di lavoro, ai licenziamenti collettivi).

giudiziario un fattore di diseconomicità. In altri termini, la legislazione non si è limitata ad incidere sulla disciplina degli istituti, ma si è spinta al punto da governare gli equilibri tra i poteri dello stato, escludendo, o per lo meno limitando, il potere giudiziario in determinati frangenti. A tale proposito, l'opinione *tranchant* di un illustre civilista definisce il diritto del lavoro, un tempo affidato alle cure di illustri giuristi, “ed ora per lo più infarcito di chiacchiere, che alimentano un diritto reso basardo da un legislatore inadeguato e da una giurisprudenza anarchica”⁴⁶⁸. E con riferimento a detta giurisprudenza, lo stesso Autore sostiene che i pregiudizi ideologici del giudice del lavoro “hanno reso non governabile questa materia, con ripercussioni gravissime sul mercato”⁴⁶⁹.

La lettura della dottrina degli ultimi decenni, evidenzia infatti come il giudice del lavoro, a differenza di quanto accade negli altri comparti del diritto, venga talvolta considerato un giudice “diverso”⁴⁷⁰. Ebbene, tale presunta diversità risiederebbe nel pregiudizio ideologico che vizierebbe il giudizio del giudice del lavoro. Un ampio dibattito dottrinale si è sviluppato negli ultimi anni proprio attorno alla presunta “diversità” del giudice del lavoro, nella misura in cui quest'ultimo orienterebbe le proprie scelte nella direzione di valorizzare la difesa dei diritti dei lavoratori, trascurando l'ampiezza dello scenario in cui devono giocarsi le singole scelte decisionali⁴⁷¹.

In sostanza, tale dottrina sostiene che il giudice, a causa della parzialità intrinseca alla disciplina lavoristica, avrebbe maturato un'errata percezione di sé, ritenendosi in qualche modo garante dei diritti dei lavoratori. Il giudice del lavoro, in questo

⁴⁶⁸ GAZZONI, *Manuale di diritto privato, Introduzione*, Ed. Scientifiche, 2001.

⁴⁶⁹ GAZZONI, *Manuale di diritto privato, Introduzione*, Ed. Scientifiche, 2009.

⁴⁷⁰ A tale proposito, DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture del sistema*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, I, p.461. L'Autore afferma che dopo la riforma processuale del 1973, “(...) sono nate più generazioni di giudici del lavoro (...) che si sono sentite quasi sempre accumulate, con poche eccezioni, dal tratto di fondo della propria “diversità”. Una diversità che, se da un lato non era che lo specchio di quella rivendicata dalla materia, dall'altro comportava implicazioni ulteriori e più problematiche, per il non semplice impatto fra tale auto-percezione e l'immagine di terzietà del magistrato”.

⁴⁷¹ DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, I, 461, nonché, con riferimento al dibattito che ne è generato, ROMAGNOLI, *Le parole sono pietre*, in Riv. It. Dir. Lav., 2013, 233; MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico tra metodo e merito*, in Riv. It. Dir. Lav., 2013, 235; CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti alla crisi per un manifesto ermeneutico*, in Riv. It. Dir. Lav., 2013, p. 245; MAGNANI, *Il giudice e la legge*, in Riv. It. Dir. Lav., p. 777.

modo, rischierebbe di perdere le garanzie di terzietà e laicità che dovrebbero connotare l'organo giurisdizionale.

Tale dottrina, pertanto, auspicherebbe un giudice “un po' meno diverso”, “più laico”, ossia più incline ad interiorizzare, accanto alle ragioni di ordine sociale, le ragioni dell'economia.

Tuttavia, vale la pena di soffermarsi su tale asserita diversità. Infatti, se è vero che il settore del diritto del lavoro si connota per delle peculiarità, prime tra tutte il rito, altrettanto vero è che la presunta diversità del Giudice del lavoro non può essere sostenuta adducendo l'ampiezza dei poteri istruttori allo stesso attribuiti, in quanto poteri ancor più estesi sono rilevabili in altri settori dell'ordinamento senza che ciò sollevi dubbi o perplessità di sorta. Basti pensare, a titolo di mero esempio, al diritto fallimentare, in cui il Giudice è chiamato a pronunciarsi su dinamiche ed assetti economici, a compiere valutazioni, sostituendosi all'imprenditore e decidendo, di fatto, se la situazione di indigenza sia tale da dichiarare il fallimento. Inoltre, i più ampi poteri istruttori attribuiti al giudice, in ragione del rito speciale di cui agli articoli 409 e seguenti del Cod. Proc. Civ., nulla hanno a che vedere con le garanzie di terzietà ed imparzialità⁴⁷².

Il giudice del lavoro, per giunta, non è il solo a vedersi attribuita un'importante funzione valutativa. È proprio il diritto dei contratti che, sviluppando una sensibilità propria del settore giuslavoristico, ossia nell'ottica di tutelare il contraente “debole”, attribuisce ampi poteri all'organo giurisdizionale. Ciò si verifica ad esempio in tema di tutela dei consumatori, laddove spetta al giudice l'indagine sulla vessatorietà delle clausole non negoziate dal consumatore, alla quale consegue la nullità relativa. In tale caso, l'indagine deve essere condotta alla stregua della concreta economia dell'affare e tenendo conto, altresì, dei contratti

⁴⁷² Per quanto riguarda la specialità del rito, essa non ha nulla a che vedere con le garanzie di terzietà e di imparzialità che devono contraddistinguere tutti gli appartenenti all'organo giurisdizionale. In particolare, il fatto che al Giudice del lavoro siano attribuiti poteri istruttori più ampi rispetto a quelli attribuiti agli altri giudici ordinari non ha ovviamente alcuna rilevanza dal punto di vista dell'equidistanza che lo stesso deve dimostrare rispetto alle parti contrattuali. La specialità del rito, infatti, non è idonea a recare alcun danno al datore di lavoro, il quale può sempre presentare deduzioni rispetto alle prove ammesse d'ufficio. Inoltre, se è vero che uno degli effetti della specialità del rito del lavoro è una maggiore celerità, la stessa giova tanto al lavoratore quanto al datore di lavoro, tant'è che quest'ultimo si avvale del medesimo rito qualora ricorra egli stesso contro il lavoratore che gli abbia, ad esempio, recato danno.

collegati a quello in questione. Inoltre, l'art. 9 della L. 192/1998, in tema di abuso di dipendenza economica, prevede che, in sede di accertamento, il giudice debba valutare l'eccessività dello squilibrio, tenendo in considerazione tutte le circostanze che attengono all'economia dell'affare.

Pertanto, anche in settori dell'ordinamento diversi rispetto a quello giuslavoristico, l'organo giurisdizionale deve tenere in considerazione lo squilibrio economico, oltre che normativo, tra i contraenti. Anche in tali ambiti, considerato che l'autonomia delle parti è limitata da esigenze di contenimento degli abusi di mercato e di solidarismo negoziale, l'imparzialità del giudice sarebbe in qualche modo affievolita dalla materia stessa e si potrebbe incorrere nel rischio che il giudice percepisca se stesso come il garante dei diritti dei contraenti più deboli. È quindi necessario ridimensionare, ovvero sfatare, la presunta diversità del giudice del lavoro, il quale non è certo l'unico appartenente all'organo giurisdizionale a confrontarsi con un congenito squilibrio contrattuale esistente tra le parti.

Nonostante tali considerazioni, non solo le riforme hanno cercato sempre più di ridurre l'alea del giudizio, ma hanno sostanzialmente privato il giudice del lavoro della possibilità di esercitare il proprio potere con riferimento a determinati ambiti, quale ad esempio quello delle conseguenze per il licenziamento illegittimo, laddove in un primo momento la Riforma Fornero ha posto un limite al risarcimento e, successivamente, il Jobs Act ha imposto la predeterminazione dello stesso sulla base di parametri oggettivi. Un altro esempio indicativo è quello della disciplina delle mansioni e dello *ius variandi*, laddove, come già chiarito, alla soppressione del concetto di "mansione equivalente", responsabile di dar luogo ad un sindacato giuridizionario incerto, è seguito il rigoroso rispetto dei livelli di inquadramento previsti dalla contrattazione collettiva, ossia un parametro assolutamente oggettivo.

Vale la pena quindi di riflettere sul ridimensionamento dei poteri del giudice del lavoro, ridotto in tale ottica quasi a semplice notaio della procedura, a mero controllore della correttezza di conteggi matematici o dell'esatta applicazione di griglie di carattere tecnico. La ragione di tale esautoramento non può certo consistere nella volontà di tutelare la cosiddetta "parte debole" del rapporto, ossia

in ragioni di carattere assiologico, bensì trova le proprie radici nella necessità di rilanciare l'economia e la competitività delle imprese, proclamata a gran voce dalle istituzioni sovranazionali.

Ed è quindi negli ultimi anni che stiamo assistendo ad un assoggettamento del diritto del lavoro tradizionalmente inteso, ossia strumento a sostegno e garanzia dei diritti della parte debole del rapporto, alla tirannia dei valori economici. In altri termini, è stato evidenziato che un alto tasso di aleatorietà della decisione giudiziaria produrrebbe effetti economici negativi (se non deleteri), ossia ostacolerebbe le iniziative imprenditoriali e disincentiverebbe gli investimenti di capitali, con inevitabile riduzione della produttività e dell'occupazione⁴⁷³.

In tale contesto, secondo le teorie ispirate alla *Law&Economics*, il diritto non deve ostacolare le ragioni dell'economia e quindi deve permettere a ciascun operatore, in questo caso al datore di lavoro, di calcolare esattamente vantaggi e svantaggi delle scelte organizzative e gestionali⁴⁷⁴. In tal senso, l'alea del giudizio rappresenterebbe un costo e, dunque, uno svantaggio che dev'essere il più possibile limitato.

Nella visione della *Law&Economics* si ritornerebbe all'idea positivista di un organo giudiziario rivestito di una mera funzione dichiarativa e vi sarebbe perciò una chiara opposizione rispetto all'utilizzo delle clausole generali⁴⁷⁵, le quali, come già ampiamente chiarito, richiedono un intervento creativo del potere giudiziario, sia che si voglia abbracciare la teoria dell'etero-integrazione, sia che l'attività integrativa si limiti al ricorso a principi contenuti all'interno delle fonti di diritto positivo. Il potere giudiziario, pertanto, dinanzi al venir meno dei valori condivisi all'interno della società, si troverebbe a rivestire un ruolo integrativo che metterebbe in pericolo le ragioni dell'economia e della certezza del diritto.

⁴⁷³ PISANI, *Il "costo" in termini di incertezza delle norme inderogabili a precetto generico*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2015, 4, p. 195 ss.; VIDIRI, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I, p. 619.

⁴⁷⁴ WEBER ha sostenuto che l'economia del capitalismo ha bisogno "di un diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina" (WEBER, *Storia economica. Linea di una storia universale della economia e della società*, Donzelli, 1993, p. 298).

⁴⁷⁵ Sul punto, DENOZZA, *Diritto e potere in un mondo senza costi di transazione: un saggio sulla funzione legittimante della narrativa Coasiana*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2009, 2, p. 31 ss., laddove l'Autore concepisce le clausole generali come "semplice ausilio rispetto alla razionalità limitata degli agenti e come possibile rimedio ai c.d. fallimenti del mercato".

Non a caso, come si avrà modo di approfondire nei successivi capitoli, nelle riforme degli ultimi anni si osserva, parimenti a quanto accade in altri paesi europei, una certa sfiducia nei confronti dell'organo giudiziario⁴⁷⁶. In altre parole, le riforme che si sono succedute negli ultimi anni in chiave neo liberale, nel dichiarato intento di far fronte alla crisi, hanno avuto l'effetto e l'obiettivo di ridurre il sindacato giudiziale ed i suoi effetti.

2. Il sindacato giudiziale sulle clausole generali dal Collegato lavoro al *Jobs Act*.

Lo studio dei limiti ai poteri datoriali è inevitabilmente intracciato all'annosa questione dell'estensione del sindacato giudiziale. Come già più volte anticipato, le riforme che si sono succedute negli ultimi anni hanno avuto l'obiettivo, più o meno dichiarato, di incidere sui limiti del controllo giudiziario, nonché sul conseguente apparato rimediale. Le clausole generali sono state talvolta espressamente menzionate (come nel caso dell'art. 30 comma 1 del Collegato lavoro), ma nella maggior parte dei casi gli effetti che le stesse hanno subito sono indiretti e si ricavano dall'esame della dottrina e della giurisprudenza sviluppatasi successivamente.

Innanzitutto, nell'ottica di un sostanziale assoggettamento delle tradizionali logiche giuslavoriste alla tirannia dei valori economici, il Collegato lavoro del 2010 si è occupato della decisione giudiziaria incidendo in particolare su due fronti: quello dello stesso esercizio della funzione giudiziaria e del potere interpretativo del giudice; quello della valorizzazione dell'alternativa arbitrale.

Per quanto riguarda le misure che incidono sul potere interpretativo del giudice, restringendo l'ambito di operatività dello stesso, si evidenzia in primo luogo la valorizzazione dell'istituto della certificazione operata dall'art. 30 co. 2 della

⁴⁷⁶ In tal senso si è espresso Miguel Rodriguez Pinero a proposito delle riforme sui regimi di licenziamento in Spagna. Sul punto, si veda Rodriguez Pinero y Bravo Ferrer, 2013.

legge n. 183 del 2010, nella misura in cui il giudice, in sede di qualificazione del rapporto, deve attendersi alle valutazioni espresse dalle parti in sede di certificazione.

Più interessante, ai fini della presente trattazione, pare l'art. 30 co. 1 dello stesso Collegato lavoro, laddove, sempre nell'ottica del restringimento del sindacato giudiziale, il dettato legislativo menziona la categoria concettuale delle "clausole generali". È la prima volta che tale terminologia, inflazionata nel lessico dottrinale e moderatamente presente nelle pronunce giurisprudenziali, entra all'interno del lessico legislativo. L'articolo, rubricato "Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro", prevede testualmente che "in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso, il controllo giudiziario 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". Il limite al sindacato giudiziale non rappresenta una novità per quanto concerne la disciplina di singoli istituti, in quanto era già presente in materia di lavoro a progetto nel d.lgs. n. 276 del 2003, nonché in materia di lavoro a termine nel d.lgs. n. 368 del 2001.

Partendo dall'analisi della norma, si nota come la stessa presenti un carattere assolutamente generale, essendo applicabile a tutte le controversie devolute al giudice del lavoro, ivi comprese le controversie relative ai rapporti di lavoro pubblico⁴⁷⁷. Si tratta quindi di tutti i rapporti di lavoro subordinato, ma anche delle collaborazioni coordinate e continuative e dell'agenzia. Ebbene, la gran parte della dottrina ha sostenuto che tale norma non innovi nulla, in quanto il legislatore

⁴⁷⁷ L'auspicio che il rapporto di lavoro pubblico fosse equiparato a quello privato e "che la giustizia pubblica fosse sostituita in tutto o in parte dalla giustizia privata (l'arbitrato) e per di più, o soprattutto, svincolata dalle norme inderogabili, in particolare per i licenziamenti" era stata espressa nel Libro Bianco. Sul punto, M. MISCIONE, *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in *Lav. Giur.*, 2011, pag. 5.

non farebbe altro che normativizzare principi già elaborati dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁷⁸. Ad ogni buon conto, al di là degli effetti suscitati dalla norma, di cui si dirà nel prosieguo, è necessario evidenziare come siffatta norma sia espressione di una cultura che vede con preoccupazione e diffidenza i risvolti dell'attività interpretativa del potere giudiziario⁴⁷⁹. Anzi, si può affermare come una norma indirizzata direttamente all'organo giudiziario, volta a limitare i poteri interpretativi dello stesso, rappresenti addirittura un *unicum* nel panorama legislativo.

Tale norma, infatti, mira evidentemente a circoscrivere lo spazio di valutazione del giudice nell'interpretazione della norma ogni qual volta lo stesso si trovi di fronte alle clausole generali, allo scopo di impedire allo stesso di effettuare un controllo di merito, ossia un controllo sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive, riservate al datore di lavoro, e consentendogli un mero controllo di legittimità.

Un primo argomento che ha suscitato l'interesse della dottrina attiene alla nozione di "clausola generale" utilizzata dall'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro, nella misura in cui, a seconda dell'accezione che viene attribuita al termine stesso, la norma assume un diverso significato. In particolare, in una prima accezione, che può definirsi formalistica, se si volesse interpretare il termine utilizzato dal legislatore del Collegato lavoro in senso stretto, ossia come norme incomplete che contengono enunciazioni di massima o riferimenti a criteri di valutazione del comportamento delle parti, da precisarsi ad opera dell'organo giudiziario, la norma rimarrebbe assolutamente priva di operatività in quanto nessuna fattispecie, nelle materie di cui all'art. 409 del Cod. Proc. Civ., contiene una clausola

⁴⁷⁸ In tal senso, l'on. Giuliano Cazzola nella relazione alla Camera sul disegno di legge, ha affermato che *"Non è una norma innovativa. Il principio è già affermato da diverse norme di legge in relazione a specifiche clausole generali. Ad esempio, la Legge Biagi lo prevede espressamente con riferimento al lavoro a progetto (...). Ciò è inoltre previsto con riferimento alla somministrazione di lavoro (...). Ma non solo. Anche laddove, in presenza di clausole che fanno rinvio a clausole generali (come ad esempio le "ragioni tecniche", le "ragioni produttive" etc.), la legge non disponga espressamente che il controllo giudiziale non può essere esteso alla opportunità della scelta del datore di lavoro, tale principio è ritenuto comunque pacifico dalla stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione"*.

⁴⁷⁹ WEBER, Storia economica. Linea di una storia universale dell'economia e della società, Donzelli, 1993, p. 298, laddove l'Autore afferma che l'economia del capitalismo ha bisogno di "un diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina".

generale. In tale ottica, l'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro, rappresenterebbe una norma priva di qualsivoglia utilità⁴⁸⁰. Una seconda interpretazione è offerta invece dai sostenitori della tesi sostanzialistica, i quali ritengono che il termine “clausola generale” sia stato utilizzato in senso lato per indicare le norme ed i concetti elastici poiché, diversamente, la norma sarebbe priva di operatività. In tale seconda accezione, il legislatore avrebbe inteso controllare e limitare il sindacato dell'organo giudiziario in relazione all'opportunità della scelta organizzativa imprenditoriale.

Un ulteriore argomento di discussione è cosa debba intendersi con le espressioni “sindacato di legittimità” e con “sindacato di merito” e se, in effetti, tale distinzione trovi un effettivo riscontro nella pratica giurisprudenziale in materia di clausole generali.

Il sindacato di legittimità, in materia di clausole generali, appare più complesso rispetto a quanto accade nell'ipotesi dell'interpretazione delle norme a struttura rigida. L'interpretazione della clausola generale può infatti ritenersi bifasica: dapprima vi è un'interpretazione puramente descrittiva di significato, in ragione della quale il giudice prende atto dei molteplici significati attribuibili alla clausola generale, seguita dalla scelta, da parte dell'organo giudiziario, di uno tra i possibili significati, preferendo l'uno rispetto all'altro in ragione della sua idoneità a risolvere la controversia, sulla base dei valori dell'ordinamento. Pertanto, l'analisi del fatto è parte integrante del sindacato di legittimità e rappresenta un momento di completamento e definizione dell'interpretazione accolta per verificarne la congruenza al paradigma generale⁴⁸¹. Infatti, a differenza di quanto accade in materia di interpretazione di norme a struttura rigida, l'analisi del fatto non costituisce un semplice strumento di verifica della correttezza

⁴⁸⁰ NOGLER, *Prime considerazioni sulla disciplina legislativa delle “Clausole generali” in materia di diritto del lavoro*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, vol. 2, Jovene, Napoli, 2011, p. 932.

⁴⁸¹ In tal senso, SANLORENZO, *I limiti al controllo del giudice in materia di lavoro*, in Amato, Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Franco Angeli, 2011, p. 28.

dell'interpretazione descrittiva, ma rappresenta una vera e propria parte del giudizio di legittimità⁴⁸².

Pertanto, in altri termini, l'accertamento del presupposto di legittimità consiste nella sussunzione della fattispecie concreta alla norma così come interpretata, ma anche, nel contempo, nella determinazione in astratto del contenuto precettivo della norma alla luce degli elementi del caso concreto⁴⁸³. Il limite al sindacato giudiziale sulle clausole generali posto dall'art. 30 comma 1 del Collegato lavoro è quello secondo cui il controllo del giudice non può estendersi al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro. Autorevole dottrina ha sostenuto, a tale riguardo, che il giudice deve valutare la ricorrenza del presupposto fissato dalla clausola generale, ossia se il presupposto trovi riscontro nella realtà concreta e se risponda a parametri concettuali che, tenuto conto anche di fattori esterni, quali il sentire comune o la coscienza generale, ne legittimino il richiamo da parte del datore di lavoro⁴⁸⁴. Pertanto, la norma mira a tutelare la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione, impedendo valutazioni di opportunità o convenienza.

Anche la giurisprudenza della Suprema Corte ha confermato detto orientamento laddove, in materia di giusta causa di licenziamento, ha distinto la fase dell'integrazione, da parte dell'organo giudiziario, della nozione di giusta causa o giustificato motivo, la quale rientrerebbe nel sindacato di legittimità, e la fase dell'applicazione in concreto del canone integrativo così come ricostruito, la quale rientrerebbe nel sindacato di merito. In altri termini, il sindacato di legittimità includerebbe l'attività integrativa del giudice rispetto al singolo caso concreto, mentre il sindacato di merito si ridurrebbe all'attività applicativa in senso stretto⁴⁸⁵.

⁴⁸² In tal senso, Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, con nota SIGILLÒ MASSARA, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole elastiche tra limiti legislativi ed esigenze di certezza del diritto*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2014, 4, p. 241 ss..

⁴⁸³ In tal senso, DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra previsioni legislative e aperture di sistema*, in *RIDL*, 2012, I, p. 475.

⁴⁸⁴ SANLORENZO, *I limiti al controllo del giudice nel diritto del lavoro*, in Amato, Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Franco Angeli, 2011, p. 28.

⁴⁸⁵ In particolare, la Suprema Corte ha affermato che *“la giusta causa di licenziamento, quale fatto che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto” configura una norma elastica, in quanto costituisce una disposizione di contenuto precettivo ampio e polivalente*

Autorevole dottrina contesta che pretendere che il sindacato giudiziale sulle clausole generali si limiti ad una valutazione di mera legittimità significherebbe tentare di vanificare il valore assiologico delle clausole generali, quindi generare una contraddizione in termini⁴⁸⁶. In tal senso, imporre che il controllo giudiziario si limiti alla verifica della sussistenza materiale della ragione legittimante, nonché alla verifica del nesso causale tra la causa/ragione (a titolo di esempio, la giusta causa o il giustificato motivo) e l'atto di esercizio del potere (quindi, a titolo di esempio, il licenziamento o il trasferimento), significherebbe svilire il ruolo di garante dei valori dell'ordinamento assegnato al giudice. Il controllo di legittimità, l'unico ammesso, si focalizzerebbe dunque sull'accertamento della sussistenza del fatto posto alla base dell'atto di esercizio del potere, ma resterebbe in secondo piano l'attività squisitamente valutativa, volta cioè a sindacare se si tratti di una causa/ragione/motivo giusto o giustificato. Secondo detta teoria, l'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro contrasterebbe con la teoria della sussistenza di limiti intrinseci ai poteri datoriali, volti ad integrare e correggere il contenuto delle clausole generali in ragione dell'attività dell'organo giudiziario. Si pensi quindi, a titolo d'esempio, alla giurisprudenza sull'obbligo di *repêchage*, oppure all'orientamento giurisprudenziale che ritiene che, in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, che il motivo debba ritenersi giustificato solamente in presenza di una situazione di crisi non contingente e non nell'ipotesi di semplice volontà di accrescere i profitti.

destinato ad essere progressivamente precisato, nell'esrinsecarsi della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, fino alla formazione del diritto vivente mediante puntualizzazioni, di carattere generale ed astratto. A tale processo non partecipa invece la soluzione del caso singolo, se non nella misura in cui da essa sia possibile estrarre una puntualizzazione della norma mediante una massima di giurisprudenza. Ne consegue che, mentre l'intergrazione giurisprudenziale della nozione di giusta causa a livello generale ed astratto si colloca sul piano normativo, e consente, pertanto, una verifica di legittimità sotto il profilo della violazione di legge, l'applicazione in concreto del più specifico canone integrativo, così ricostruito, rientra nella valutazione di fatto devoluta al giudice di merito, e non è censurabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione insufficiente o contraddittoria" (Cass. 2009, n. 18247).

⁴⁸⁶ PERULLI, Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore, in, p. 286. Secondo FERRARO, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 8, nell'interpretazione delle clausole generali "non esiste un profilo di legittimità al quale riferirsi giacché il parametro legale si estrinseca nella valutazione di merito della ragione addotta, il quale equivale a riconoscere che legittimità e merito sono talmente intersecati da confondersi".

Ebbene, a ben vedere un controllo di legittimità non potrebbe estendersi alla verifica del rispetto del *repêchage*, il quale deve ricondursi all'idea dell'atto di recesso come *extrema ratio* e trova il proprio fondamento nel principio di proporzionalità tra valori propri dell'ordinamento sanciti a livello costituzionale, ossia tra la libertà imprenditoriale del datore di lavoro ex art. 41 co. 1 della Costituzione ed il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro. Il giudice, quindi, nel verificare il rispetto dell'obbligo di *repêchage*, compie una delicata attività di bilanciamento tra valori presenti nell'ordinamento e consiste in un'ingerenza, giustificata dal rispetto dei diritti fondamentali, sul piano dell'opportunità della scelta di gestione imprenditoriale.

Non solo l'obbligo di *repêchage*, ma anche l'orientamento giurisprudenziale secondo cui non sussiste giustificato motivo oggettivo di licenziamento, nell'ipotesi in cui la scelta gestionale sia dovuta ad un mero incremento dei profitti, sembrano in quest'ottica contrastare con il limite posto dall'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro, laddove gli stessi non sembrano riconducibili ad un mero sindacato di legittimità ma sembrano piuttosto estendersi ad un controllo sul merito e sull'opportunità della scelta. In effetti, non si vede come, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia giustificato da un riassetto riorganizzativo aziendale consistente nella soppressione di uno o più posti di lavoro, lo stesso possa essere dichiarato illegittimo per il sol fatto che il riassetto organizzativo sia volto ad un incremento dei profitti, senza che a ciò corrisponda un'intrusione nel merito della questione.

Le teorie della *Law and Economics*, secondo cui l'economia del capitalismo avrebbe bisogno, adottando un'espressione weberiana, “di un diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina”⁴⁸⁷, hanno trovato espressione in molteplici disposizioni del Jobs Act, in primo luogo con riferimento al nuovo regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo per quanto riguarda il contratto a tutele crescenti, ma anche rispetto alla nuova disciplina dello *ius variandi*.

⁴⁸⁷ WEBER, *Storia economica. Linea di una storia universale della economia e della società*, Donzelli, 1993, p. 298.

Nel contempo, si rileva come l'exasperato tentativo di ridurre l'alea del giudizio non vada di pari passo con l'effettivo ottenimento della certezza del diritto, in quanto la mutazione continua delle leggi, come avviene in questi ultimi anni, dove ogni governo sembra emanare nuove leggi che vanno a sommarsi a quelle vecchie, elide la certezza del diritto, non tenendo in considerazione il fatto che la natura della legislazione risiede nella stabilità della volontà dello Stato⁴⁸⁸. Si osserva infatti come, mentre da un lato il legislatore si è preoccupato di ridurre, se non altro formalmente, l'alea giudiziale nell'ipotesi di licenziamento, nel contempo non si può che constatare un deterioramento della disciplina del diritto del lavoro, in cui diviene sempre più difficile riscontrare quei riferimenti valoriali che hanno dato origine alla legislazione lavoristica del secolo scorso. Inoltre, la legislazione del Jobs Act, così come quella della Riforma Fornero, risente di una tecnica approssimativa e lacunosa, generatrice di involontarie incertezze sul fronte giurisprudenziale, come avviene ad esempio rispetto all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015⁴⁸⁹.

Per quanto concerne ad esempio il regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi, la disciplina dettata dal Jobs Act e quella del riformato art. 18 dello Statuto dei lavoratori si sovrappongono. Il legislatore della Riforma Fornero ha proceduto infatti alla riscrittura dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori non con riferimento alla disciplina sostanziale, quanto piuttosto al regime sanzionatorio conseguente allo specifico vizio invalidante il licenziamento. Tuttavia, il superamento della tutela reale in favore della graduazione dei rimedi non ha contribuito a pervenire alla finalità desiderata⁴⁹⁰. La dottrina ha infatti sottolineato

⁴⁸⁸ LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, 1968, p. 71.

⁴⁸⁹ Ciò avviene ad esempio rispetto all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, in relazione alle incertezze interpretative generate dalla nuova figura delle collaborazioni organizzate dal committente. Sul punto, VIDIRI, *Art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 e lavoro autonomo verso un diritto del lavoro a formazione giurisprudenziale?*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 6, p. 1216 ss..

⁴⁹⁰ A tale riguardo, "(...) in materia disciplinare le esigenze di riforma generalmente riconosciute (anche in un documento programmatico dell'attuale governo) e condivise dall'Unione Europea si identificavano con il bisogno di conferire maggiore certezza alle ragioni giustificative del licenziamento e maggiore prevedibilità agli esiti delle controversie" ed ancora "(...) si è inteso, con la riforma Fornero, limitare l'eccessiva discrezionalità del giudice onde evitare che si traduca in arbitrio" (VIDIRI, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I, p. 638 ss.).

come la tecnica legislativa sia stata ancora una volta approssimativa⁴⁹¹ con la conseguenza che il giudice viene investito nuovamente di ampi poteri discrezionali e finisce quindi per essere il vero legislatore in grado, in forza dell'una o l'altra interpretazione attribuita al testo normativo, di applicare o meno la tutela reintegratoria⁴⁹². A detta della medesima dottrina, un dettato legislativo intenzionalmente ambiguo avrebbe il vantaggio di conciliare tra loro posizioni ideologiche contrapposte, delegando all'organo giudiziario scelte di politica socio-economica che potrebbero diversamente incidere sul consenso popolare⁴⁹³. In tale ottica, la riforma Fornero sarebbe piuttosto deludente rispetto all'obiettivo della certezza del diritto, contribuendo a creare un diritto sempre più incerto ed attribuendo quindi sostanzialmente al giudice un ruolo creativo, volto a supplire alle incertezze del testo normativo.

Lo studio dei limiti ai poteri datoriali è inevitabilmente intracciato all'annosa questione dell'estensione del sindacato giudiziale. Il giudice, come sostenuto da autorevole dottrina, riveste il fondamentale ruolo di "*estremo terminale della giustizia (del singolo caso) ed insostituibile mediatore sociale e culturale*"⁴⁹⁴, avendo il delicatissimo compito di garantire il rispetto dei valori e dei principi dell'ordinamento. Attraverso l'utilizzo della tecnica legislativa per clausole generali, il giudice è ancor più investito di detto compito, in quanto, lungi dall'effettuare una semplice operazione di sussunzione, può svolgere la propria attività decisionale solamente attraverso un'operazione integrativa creativa, ossia attribuendo ai singoli sintagmi legislativi (intenzionalmente) indeterminati, un significato piuttosto che un altro, attingendo ai valori dell'ordinamento.

Tuttavia, l'apparato legislativo degli ultimi anni, sembra essersi concentrato più

⁴⁹¹ A titolo di esempio, l'ambiguità della tecnica legislativa è evidenziata laddove si parla di "manifesta infondatezza del fatto".

⁴⁹² VIDIRI, *op. cit.*, p. 624. Nello stesso senso, MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, p. 449, laddove l'Autore afferma come "*in ambedue i casi la discrezionalità del giudice sia molto ampia e spesso imperscrutabile*".

⁴⁹³ In tal senso, VIDIRI, *op. cit.*, p. 631. Il medesimo Autore afferma, con riferimento al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che "*una simile finalità non è stata raggiunta, perché qui più che altrove risultava indispensabile, per la rilevanza degli interessi in gioco, un testo normativo chiaro ed esente da lacune e perciò capace di pervenire ad approdi giurisprudenziali affidabili*".

⁴⁹⁴ MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 1, p. 239.

sulla questione del sindacato giudiziale che sulla disciplina dei limiti ai poteri datoriali, sottovalutando il ruolo rivestito dalle clausole generali stesse. Il legislatore è infatti intervenuto attraverso disposizioni che rendono il sistema logicamente irrazionale: la formulazione della norma sostanziale rimane la medesima e quindi la stessa prevede un intervento creativo della giurisprudenza; nel contempo però, l'organo giudiziario appone stringenti limiti al sindacato sulle clausole generali (intese come norme elastiche), *in primis* ad opera dell'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro, i quali paiono contraddittori rispetto alla natura stessa delle clausole generali. Infatti, non si vede come il giudice possa procedere ad una corretta attività di integrazione e correzione della clausola generale laddove gli è consentito un mero controllo di legittimità, e gli è, al contrario, precluso un controllo sul merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive. Sebbene la gran parte della dottrina abbia ritenuto che l'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro non faccia altro che riprodurre un consolidato orientamento giurisprudenziale, né da un punto di vista logico, né da un punto di vista dell'analisi giurisprudenziale trovo vi sia coerenza tra detto articolo e la tecnica legislativa per clausole generali. Ebbene, l'analisi della giurisprudenza conferma tale incoerenza di fondo in quando l'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro viene sovente richiamato ma spesso sistematicamente disatteso nelle sentenze della Suprema Corte, soprattutto in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nella misura in cui viene ritenuto legittimo un licenziamento solamente se attuato per fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti e non per la mera volontà di aumentare i profitti⁴⁹⁵. Un simile controllo sul fine/motivo della scelta datoriale corrisponderebbe infatti a quello che autorevole dottrina ha detinito un controllo sulla razionalità assiologica, che mal si concilia con i limiti di cui all'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro, travalicando il legittimo controllo di razionalità strumentale, ossia il controllo sull'adeguatezza e la congruità tra i mezzi ed i fini dell'azione, volto perciò solo all'accertamento del fatto che il potere giudiziario si estrinsechi in maniera razionale e non arbitraria⁴⁹⁶. Un altro esempio significativo

⁴⁹⁵ PISANI, *Il "costo" in termini di incertezza delle norme inderogabili a precetto generico*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2015, 4, p. 195.

⁴⁹⁶ PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, p. 88 ss..

rispetto all'inconciliabilità tra limiti ai poteri del datore di lavoro ormai ben consolidati all'interno della disciplina lavoristica e l'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro è rappresentato dall'obbligo di *repêchage*, il quale rappresenta, soprattutto in seguito al suo ampliamento in forza dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2015 in tema di *ius variandi* e demansionamento, una spada di Damocle sulla testa del datore di lavoro, gravando sullo stesso l'obbligo di dimostrare l'assenza di posizioni libere cui adibire il lavoratore licenziato, non solo rispetto alle mansioni equivalenti, ma anche a tutte le mansioni inferiori nella scala classificatoria.

A distanza di soli due anni dal Collegato lavoro, durante il governo Monti, venne emanata la legge Fornero che, oltre a riscrivere il testo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, all'art. 1 comma 43 della Legge n. 92 del 2012, ha accresciuto l'importanza dell'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro, prevedendo la possibilità di impugnativa in Cassazione "per violazione di norme di diritto" in tutti quei casi in cui il giudice abbia travalicato i limiti valutativi risultanti dal disposto dell'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro.

Ad oggi, il sindacato della Corte di Cassazione sulla motivazione del giudice di merito è pressoché insindacabile. Infatti, dopo l'abrogazione, in forza della Legge n. 134 del 2012, della ricorribilità in Cassazione per motivazione "insufficiente" o "contraddittoria", permangono solo i casi della violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro (di cui al n. 3 dell'art. 360 co. 1 del Cod. Proc. Civ.) e dell'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che sia stato oggetto di discussione tra le parti (di cui al n. 5 dell'art. 360 co. 1 del Cod. Proc. Civ.). Pertanto, a parte quest'ultimo caso di omessa motivazione, di fatto piuttosto residuale, permane esclusivamente la possibilità di intervento nomofilattico della Cassazione laddove la stessa verifica eventuali errori di diritto compiuti dai giudici di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro.

Vi è quindi da chiedersi quale sia l'estensione del sindacato giudiziale sulle clausole generali da parte della Corte di legittimità.

Una prima, più risalente, interpretazione, riteneva che il vaglio di legittimità della Cassazione potesse essere limitato ad un mero accertamento circa la sussistenza di

vizi di contraddittorietà e di irragionevolezza dell'argomentazione logica sostenuta dal giudice di merito, ovvero qualora i giudici di prime cure avessero frainteso il concetto astratto⁴⁹⁷. Un diverso orientamento, più recente, stabilisce che l'interpretazione della Corte di Cassazione sull'interpretazione delle clausole generali può estendersi oltre alla ricerca del significato della norma, estendendosi quindi alla sua applicazione concreta⁴⁹⁸. In altri termini, la Suprema Corte non deve limitarsi ad accertare eventuali vizi relativi al significato in astratto, ma deve necessariamente estendersi all'attività di concretizzazione della norma al caso concreto, la quale consisterebbe, come sostenuto da una recente sentenza della Suprema Corte, in una "scelta di valore determinata (...) dalla coerenza con gli altri valori presenti nell'ordinamento"⁴⁹⁹. In particolare, si osserva che, come confermato dalla citata sentenza, "il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato sulle c.d. norme elastiche nei casi in cui i giudizi sussuntivi gli consentano di formulare principi generali suscettibili, in futuro, di essere utilizzati come precedenti, vale a dire quando il caso concreto presenti caratteri sufficientemente tipici e, quindi, ripetibili"⁵⁰⁰.

Pare indicativo l'esame di una recentissima pronuncia della Suprema Corte del 23 settembre 2016, n. 18715, in cui il giudice di legittimità si sofferma sui confini del sindacato della Corte di Cassazione, a mente dell'art. 360 co. 1 n. 3, laddove la questione verte sulla giusta causa di licenziamento. Dopo aver ribadito come le norme contenenti clausole generali contengano un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa e, quindi, delegano l'interprete del compimento di un giudizio di valore, la Corte ha chiarito come detta attività interpretativa creativa si estenda al di là dei rigidi confini dell'ordinamento positivo in quanto il giudice utilizza tanto i principi e criteri desumibili dall'ordinamento in generale, tra i quali spiccano i principi costituzionali, quanto i principi espressamente richiamati dalla disposizione interpretata, quanto, infine, i

⁴⁹⁷ SIMEONE, *La nozione di giusta causa: norme elastiche e poteri interpretativi del giudice di legittimità*, in Res. Civ. e Prev., 2001, p. 2313.

⁴⁹⁸ SIGILLO' MASSARA, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole elastiche tra limiti legislativi ed esigenze di certezza del diritto (nota a Cass. 14 marzo 2013, n. 6501)*, in Mass. Giur. Lav., 2014, 4, p. 241.

⁴⁹⁹ Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, in Mass. Giur. Lav., 2014, 4, p. 237.

⁵⁰⁰ Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, in Mass. Giur. Lav., 2014, p. 237.

principi relativi alla coscienza generale. Ciò che costituisce oggetto del sindacato di legittimità per violazione di legge è quindi l'errata individuazione dei criteri di specificazione del parametro normativo⁵⁰¹, in quanto, anche laddove il giudizio si fonda su regole o criteri che fanno riferimento alla realtà fattuale, le stesse regole sono recepite all'interno delle clausole generali e, pertanto, concernono il diritto e non il merito della vicenda. Pertanto, viene confermata la regola generale secondo cui, in forza dell'art. 360 n. 5 del Cod. Proc. Civ., l'attività di integrazione della clausola generale compiuta dal giudice di merito è sindacabile dinanzi alla Corte di Cassazione. Nel caso di cui alla sentenza del 23 settembre 2016, tuttavia, si è resa necessaria un'ulteriore precisazione, consistente nel fatto che la contestazione dell'attività di integrazione operata dal giudice di merito non dev'essere generica, dovendo piuttosto contenere *“una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli “standards”, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale”*⁵⁰², ossia identificare esattamente quali parametri interpretativi si dovrebbero ritenere violati.

Pertanto, l'attività interpretativa dinanzi alle clausole generali può ritenersi divisa in due fasi: nella prima il giudice compie l'attività integrativa “creativa” volta ad assegnare un determinato significato alla clausola generale, durante la quale compie un'attività di identificazione dei criteri di specificazione del parametro normativo, utilizzando quindi i principi e criteri desumibili dall'ordinamento in

⁵⁰¹ Sul punto, la Suprema Corte ha affermato che *“Tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica e la loro errata individuazione, per consolidata giurisprudenza di questa Corte, è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge (tra le innumerevoli: Cass. n. 6901 del 2016; Cass. n. 6501 del 2013; Cass. n. 6498 del 2012; Cass. n. 25144 del 2010); dunque non si sottrae al controllo di questa Corte il profilo della correttezza del metodo seguito nell'individuazione dei parametri integrativi, perchè, pur essendo necessario compiere opzioni di valore su regole o criteri etici o di costume o propri di discipline e/o di ambiti anche extragiuridici, “tali regole sono tuttavia recepite dalle norme giuridiche che, utilizzando concetti indeterminati, fanno appunto ad esse riferimento” (per tutte v. Cass. n. 434 del 1999), traducendosi in un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa (cfr. Cass. n. 5026 del 2004; Cass. n. 10058 del 2005; Cass. n. 8017 del 2006). Tuttavia è stato evidenziato che l'attività di integrazione del precetto normativo di cui all'art. 2119 c.c., compiuta dal giudice di merito è sindacabile in cassazione a condizione, però, che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censuragenerica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli “standards”, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale (cfr. Cass. n. 5095 del 2011; Cass. n. 9266 del 2005)” (Cass. 23 settembre 2016, n. 18715); nello stesso senso, Cass. n. 6901 del 2016; Cass. n. 6501 del 2013; Cass. n. 6498 del 2012; Cass. n. 25144 del 2010.*

⁵⁰² Cass. 23 settembre 2016, n.

generale, quelli espressamente richiamati dalla disposizione interpretata e quelli relativi alla coscienza generale. Una seconda fase, invece, è propriamente sussuntiva e consiste nell'assumere la fattispecie concreta sotto la norma astratta. In materia di clausole generali, questa fase del giudizio, che può costituire oggetto di giudizio di legittimità, consiste quindi nell'interpretare la fattispecie astratta attraverso la ricostruzione della fattispecie concreta così come effettuata dai giudici di merito, in quanto, diversamente, si tratterebbe di un giudizio di merito, non consentito dinanzi alla Corte di Cassazione, anziché di legittimità.

A questo punto ciò che pare interessante è capire quale sia il futuro delle clausole elastiche: un semplice strumento del quale è possibile privarsi, oppure uno strumento indispensabile a proteggere quel fondamento assiologico che ha connotato il diritto del lavoro soprattutto nella seconda metà del secolo scorso?

Ritengo che una risposta vada circoscritta all'interno della cornice del diritto del lavoro contemporaneo, ormai caratterizzato da un apparato rimediale indennitario. La modifica del sistema sanzionatorio, infatti, ha avuto pesantissime ricadute in termini di assetto complessivo del sistema, in quanto, ad oggi, pare che determinati poteri datoriali organizzativi abbiano perso la loro connotazione "causale". Infatti, a ben vedere, prendendo ad esempio il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il rimedio avverso il licenziamento stesso è esclusivamente di tipo indennitario, in quanto il licenziamento resta pur sempre valido e la valutazione circa la sussistenza o l'insussistenza della ragione giustificativa ha il solo scopo di farne discendere o meno il *quantum* indennitario. In questo senso, il nuovo apparato rimediale sembra collidere con la formulazione legislativa per clausole generali della giusta causa e del giustificato motivo. L'operazione di ponderazione e bilanciamento, effettuata dal giudice per pervenire ad un giudizio sull'effettiva sussistenza o insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, verrebbe infatti sostanzialmente vanificata da un apparato rimediale confliggente. Le clausole generali di giusta causa e giustificato motivo perderebbero infatti in questo modo la natura di presupposti del licenziamento, ossia di fatto cui viene assegnata una particolare valenza giuridica, divenendo, al contrario, semplicemente il contenuto di un obbligo accessorio ed esterno rispetto ad un potere di licenziamento ormai *ad nutum*, in una prospettiva

che richiama la tesi della *efficient breach of contract*, secondo cui la norma giuridica può essere violata dietro corresponsione di un risarcimento economico. In quest'ottica, ciascun soggetto, in tal caso il datore di lavoro, può liberamente scegliere se rispettare o meno la norma giuridica pagando una compensazione finanziaria⁵⁰³.

Ciò considerato, ritengo che la scelta di legiferare per clausole generali sia assolutamente condivisibile e possa costituire un ottimo strumento di contemperamento di diritti e valori presenti all'interno dell'ordinamento i quali, per il solo fatto di esistere nel caso concreto, meritano di essere presi in considerazione dal giudice nella sua attività di integrazione del precetto a contenuto indeterminato. Tuttavia, una legislazione ostile e nel contempo oscura, rischia di rendere l'operato dell'organo giudiziario ancor più complesso e di non sottrarre al giudice quel potere creativo che gli viene su più fronti criticato, bensì di creare nuovi margini di incertezza. Il giudice si trova infatti di fronte a norme che, per la loro stessa tecnica di redazione, richiedono un'integrazione, ma gli viene nel contempo preclusa detta attività, tanto sul fronte dei limiti al controllo, quanto sul fronte dei rimedi. Ma vi è di più. Dopo l'intervento del Jobs Act, soprattutto ma non solo in ragione della coesistenza della disciplina di cui al d.lgs. n. 23 del 2015 e del riformato art. 18 dello Statuto dei lavoratori, l'apparato normativo pare estremamente articolato e di difficile applicazione concreta, lasciando al giudice un ampio margine interpretativo. Si pensi, a titolo d'esempio, al già citato dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si è sviluppato attorno alla nozione di "fatto", dal quale possono discendere conseguenze estremamente differenti sul piano concreto, ma anche al dibattito, altrettanto acceso, sulla "manifesta" insussistenza del fatto previsto dalla Riforma Fornero. Tale situazione rischia di scontrarsi con l'obiettivo di certezza del diritto che i legislatori che si sono susseguiti si sono prefissati, in quanto tale incertezza interpretativa in relazione al significato da attribuire all'una o all'altra disposizione, non può che

⁵⁰³ Sul punto, PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia Francia e Spagna*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2012, 3, p. 563.

essere foriero di un incremento anziché di una riduzione dell'alea del giudizio⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ A tale proposito, DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 2, p. 270. L'Autore sostiene che "ne scaturisce una disciplina quanto mai articolata e di non agevole applicazione concreta, che sicuramente non giova alla (già precaria) certezza del diritto e che sembra utilizzare l'ampio spettro delle tipologie sanzionatorie – in un acon la marginalizzazione della conseguenza reintegratoria – come forte incentivo a soluzioni conciliative di tipo indennitario" ed ancora "(...) una legge malfatta attribuisce un ruolo importante alla giurisprudenza e alla dottrina a affida alla intelligenza collettiva il compito di darle identità e sistemazione, in supplenza, ancora una volta, di un legislatore impantanato in evidenti difficoltà mediatorie".

CONCLUSIONI

L'indagine sul tema delle clausole generali si intreccia inevitabilmente con le valutazioni sul metodo giuridico, sia con riferimento alla tecnica di redazione delle norme, sia rispetto all'attività interpretativa del giudice.

Una prima conclusione concerne l'ampliamento della nozione di clausola generale rispetto a quella tradizionalmente intesa, in quanto, senza sacrificare il rigore analitico, il termine può racchiudere, da un lato, norme contenenti enunciazioni di massima o riferimenti a criteri di valutazione da precisare in sede di interpretazione e, dall'altro, quelle norme ("elastiche") complete che presentano un contenuto indeterminato, identificando un modulo generico da applicare dinanzi al caso concreto in fase di interpretazione. La nozione di clausola generale non può dunque ritenersi un concetto unitario, ma essa designa diverse tipologie di norme, accumulate dalla presenza, al loro interno, di sintagmi intenzionalmente indeterminati. Infatti, in presenza della tecnica legislativa per clausole generali, il giudice è tenuto a compiere una scelta assiologica, fondamentale per attribuire un significato piuttosto che un altro ad un precetto normativo caratterizzato da intenzionale indeterminatezza. Ed è proprio il riconoscimento di questa intenzionalità la chiave per approcciarsi a tale tecnica legislativa: lungi dall'essere un'indebita assunzione di poteri da parte dell'organo giudiziario, si tratta di una volontaria delega operata dal legislatore, cui corrisponde uno specifico dovere interpretativo cui il giudice non può sottrarsi.

Focalizzandosi specificamente sull'attività interpretativa sulle clausole generali, ossia sulla scelta di un significato da attribuire al testo normativo, la giurisprudenza, anche di recente, ha evidenziato come si tratti di un "(...) giudizio di valore che concretizza la norma oltre i rigidi confini dell'ordinamento positivo"⁵⁰⁵. Le clausole generali operano pertanto come norme di rinvio a

⁵⁰⁵ Cass. 23 settembre 2016, n. 18715, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016.

standards valutativi, ossia a criteri di integrazione, sulla cui provenienza si rinvengono opinioni contrastanti.

Secondo un primo orientamento, la presenza di clausole generali altro non è che una delega in bianco, data dal legislatore al giudice, il quale deve compiere un'attività di etero-integrazione, ossia un'attività di completamento della norma attraverso fonti esterne rispetto alle fonti formali dell'ordinamento, quali ad esempio le norme tratte dalla morale sociale comune oppure le norme tecniche. La peculiarità delle clausole generali consisterebbe quindi proprio nell'etero-integrazione, ossia nella discrezionalità offerta all'organo giudiziario, il quale potrebbe attingere, a differenza di come opera dinanzi alle altre norme dell'ordinamento, alla "coscienza sociale", ossia a criteri esterni rispetto all'ordinamento positivo. Tale tesi è stata contestata da un'altra parte della dottrina, la quale sostiene che in un ordinamento costituzionalizzato i valori di riferimento siano già presenti e, pertanto, l'interpretazione delle clausole generali non dovrebbe necessariamente attingere a fonti esterne rispetto all'ordinamento positivo. Le clausole generali, in questo senso, hanno la funzione di consentire al giudice di attingere a principi formalmente sanciti all'interno di fonti formali dell'ordinamento, ossia all'interno del testo costituzionale, ma anche ai principi del diritto internazionale ed europeo. Ritengo che riconoscere l'ammissibilità di criteri di integrazione del tutto svincolati dal testo normativo, attestando alle clausole generali la funzione di delega in bianco data al legislatore al giudice e a quest'ultimo la possibilità di motivazioni autoreferenziali, potrebbe generare il timore di conseguenze dannose in termini di politica del diritto, incrinando l'equilibrio tra poteri dello stato ed incentivando probabilmente una politica legislativa ostile, impegnata ad esautorare il giudice dai propri poteri, limandone e riducendone sempre più il ruolo, piuttosto che a riflettere sul fatto che la scelta di legiferare per clausole generali è appunto propriamente legislativa. Una scelta, peraltro, che i legislatori spesso compiono anche in sedi sovranazionali, laddove l'ingente presenza di clausole di matrice europea (*good faith, fair dealing, reasonable...*) funge da strumento di armonizzazione degli ordinamenti degli stati membri, presentando l'indubbio vantaggio di facilitare l'adattamento alle diverse tradizioni nazionali e di incentivare così il dialogo ed il consenso tra i diversi

stati. Nel contempo, se da un lato il ricorso a clausole generali consente una maggior convergenza di consensi da parte degli studiosi appartenenti ai differenti ordinamenti giuridici, proprio per la facilità di superare le differenze di regolamentazione riscontrabili nei diversi sistemi, altrettanto vero è che non sempre il ricorso alla medesima clausola generale equivale ad applicazione della medesima regola e quindi, da un punto di vista sostanziale, il ricorso a formule elastiche rischierebbe di mettere in pericolo l'effettiva armonizzazione del diritto privato europeo.

Venendo al *focus* della questione, ossia lo studio delle clausole generali in funzione di limiti ai poteri imprenditoriali, dopo aver analizzato le tipologie di limiti che permeano il diritto del lavoro, si è messo in evidenza il dibattito che si è sviluppato negli anni tra limiti estrinseci (anche definiti esterni) e limiti intrinseci (anche definiti interni). Il limite estrinseco, a differenza di quello intrinseco, trova un espresso riconoscimento all'interno dell'ordinamento in forza di una norma di diritto positivo. Il fondamento del limite estrinseco si basa sul principio di tipicità degli atti di amministrazione del rapporto, ossia nell'individuazione, attraverso il testo normativo, dei presupposti che legittimano l'esercizio del potere. In quest'ottica, l'atto concretamente adottato dal datore di lavoro deve ritenersi valido laddove corrisponda allo schema astratto delineato dalla norma. Il problema che scontano i limiti estrinseci all'esercizio del potere direttivo è senz'altro la difficoltà di prevedere normativamente qualunque circostanza possa presentarsi in una realtà complessa ed in continua evoluzione e, pertanto, quello di lasciare scoperte molte aree in cui il potere datoriale sembra assumere i connotati dell'arbitrio. Si tratta di ipotesi in cui, mancando una normativa specifica, i poteri dell'imprenditore non sono circoscritti da norme che predeterminano la tipologia di atti adottabili e quindi l'atto di amministrazione potrebbe potenzialmente incidere sulla sfera personale del lavoratore, andando a ledere i diritti allo stesso garantiti dal nostro ordinamento.

Si è così ravvisato nelle clausole generali di correttezza e buona fede *ex* articoli 1175 e 1375 del Codice Civile quel fondamento normativo, all'interno del nostro ordinamento positivo, atto a giustificare il ricorso ai limiti intrinseci. La correttezza e la buona fede rappresentano infatti un criterio di valutazione

dell'attività esplicata dalle parti e pongono quindi un limite intrinseco all'esercizio del potere da parte dell'imprenditore, essendo lo strumento attraverso cui viene imposto allo stesso che gli atti giuridici, soprattutto in situazioni non tipizzate, in cui manca uno schema normativo prestabilito in astratto, siano compatibili con gli equilibri generali dell'ordinamento.

Sarebbe tuttavia un errore ritenere che la buona fede e la correttezza operino esclusivamente in tali ipotesi, in quanto le stesse hanno la funzione di accertare il rispetto dei valori generali dell'ordinamento anche laddove il legislatore abbia legiferato attraverso clausole elastiche, le quali, proprio in ragione della loro intenzionale indeterminatezza, richiedono l'opera di integrazione dell'interprete, alla luce del caso concreto, attingendo a criteri di integrazione o *standards* valutativi. In tal senso, si richiama quella dottrina che ha parlato di un rapporto "circolare" intercorrente tra le clausole generali in senso stretto (in particolare, le clausole generali di correttezza e buona fede) e le norme elastiche di cui si costella il panorama giuslavoristico italiano.

L'analisi non può che essere compiuta alla luce delle recenti riforme che, a partire dall'art. 30 del Collegato lavoro, passando per la Riforma Fornero ed approdando al Jobs Act, hanno avuto l'obiettivo, più o meno dichiarato, di limitare il sindacato giudiziale. In altre parole, vi è da chiedersi se, in ragione delle riforme degli ultimi anni, detti limiti possano essere utilizzati allo scopo di recuperare quelle garanzie tipiche che la legge sembra voler attenuare, oppure se ciò si ponga in contrasto con la normativa vigente. Infatti, ciò che sembra spaventare il legislatore dei nostri giorni, spinto sempre più da una politica neo-liberista di stampo europeo e dalle teorie ispirate alla *Law & Economics*, è il pericolo dell'incertezza del diritto, della diseconomicità del procedimento giudiziario, dell'alea del giudizio, i quali, secondo parte degli economisti, rischiano di costituire un disincentivo agli investimenti nel nostro paese.

Il legislatore negli ultimi anni si è quindi spinto nella direzione della soppressione di alcune clausole generali (si pensi ad esempio alla soppressione, in materia di *ius varianti*, dell' "equivalenza" professionale delle mansioni), ma ha anche cercato di limitare il potere giudiziario nell'interpretazione delle stesse, come è avvenuto con l'art. 30 co. 1 del Collegato lavoro, ed, infine, ha modificato

l'apparato sanzionatorio rispetto al licenziamento, con la conseguenza che l'illegittimo esercizio del potere datoriale non comporta più, nella maggior parte dei casi, l'invalidità dell'atto, bensì una mera sanzione risarcitoria indennitaria. Tali interventi sono tuttavia risultati grossolani da un punto di vista logico e sistematico, in quanto non solo la disciplina sostanziale delle singole clausole generali è rimasta immutata, ma sono altresì stati introdotti nuovi elementi di incertezza, con conseguente aumento dell'alea giudiziale.

Dall'analisi della giurisprudenza, si evidenzia infatti come i giudici, nonostante la legislazione di cui all'art. 30 del Collegato lavoro precluda un sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive, nell'attività interpretativa compiano un giudizio di idoneità, non solo volto ad accertare che vi sia coerenza tra il mezzo ed il fine perseguito, ma anche a sindacare la ragionevolezza del fine stesso rispetto all'equilibrio generale dell'ordinamento, un giudizio di necessità, volto ad accertare che il mezzo adottato sia effettivamente indispensabile ed insostituibile, nonché un giudizio di proporzionalità. Per brevità, ci si limita a riportare alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza, volti a sottolineare come i limiti intrinseci operino in presenza di clausole generali.

Il giudizio di idoneità si ravvisa, nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, laddove il giudice effettua un controllo sulla coerenza tra il mezzo adottato ed il fine perseguito, nonché sul nesso di causalità tra la ragione organizzativa ed il licenziamento. A tale proposito, la giurisprudenza si divide in un filone, che considera legittimo il controllo sulle finalità della scelta organizzativa, ritenendo che la stessa debba consistere nella volontà di far fronte ad una situazione economica non contingente e non possa, pertanto, essere mossa dalla semplice volontà di incrementare i profitti⁵⁰⁶, ed un altro, che ritiene sia precluso al potere giudiziario un accertamento in questi termini e che, pertanto, il controllo sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo consisterebbe meramente nell'accertamento della sussistenza della riorganizzazione e nella verifica della sussistenza del nesso causale, senza che nulla possa essere sindacato

⁵⁰⁶ In tal senso, *ex multis*, Cass. 16 marzo 2015, n. 5173, in *Dir. Giust.* 2015; Cass. 26 settembre 2011, n. 19616, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 9, p. 1345; Trib. Bari 18 dicembre 2008, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2008; Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 10.

in relazione alla finalità della scelta⁵⁰⁷. Inoltre, il comportamento della parte datoriale, laddove proceda ad esempio ad un licenziamento per motivo oggettivo, deve essere valutato nel suo complesso e non circoscritto al momento dell'esercizio dello specifico atto di recesso, in quanto l'atto in sé, isolatamente considerato, potrebbe apparire lecito, ma essere sostanzialmente illecito in quanto ultimo atto di un disegno volto all'estromissione di uno specifico lavoratore⁵⁰⁸.

Il controllo di necessità si sviluppa invece con l'obiettivo di comprendere se una determinata scelta datoriale sia effettivamente necessaria, ossia indispensabile ed infungibile, rispetto al fine prefissato. Si tratta di un controllo che quindi va oltre il riscontro, rimanendo in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, dell'inerenza della scelta imprenditoriale all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, di cui all'art. 3 della legge n. 604 del 1966. A tale proposito, ritengo sia necessario distinguere il piano del sindacato giudiziale sulla necessità della scelta organizzativa, ritenuto per lo più illegittimo in quanto espressione della libertà di iniziativa economica ex art. 41 della Costituzione, dal piano del sindacato giudiziale sulla necessità del licenziamento. In quest'ultima accezione, infatti, il controllo di necessità è strettamente connesso all'idea di licenziamento come *extrema ratio*⁵⁰⁹, in quanto l'atto di recesso datoriale sarebbe legittimo solo in assenza di soluzioni alternative, e all'obbligo di *repêchage*, il quale, a propria volta, si ricollega ad un principio di proporzionalità. In tale prospettiva, il datore di lavoro non può liberarsi di un lavoratore laddove lo stesso possa essere utilmente impiegato altrove all'interno dell'unità produttiva nel rispetto dell'art. 2103 del Codice Civile. Si tratta di un obbligo che nasce

⁵⁰⁷ In tal senso, Cass. 5 dicembre 2016, n. 24803, in *Ilgiuslavorista.it*, 2017; nello stesso senso, Trib. Bari 3 novembre 2016, in *Ilgiuslavorista.it*, 2016; Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, con nota NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costrizione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, con nota ICHINO, *Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa per la prosecuzione del rapporto come oggetto del bilanciamento giudiziale*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2007, 4, II, p. 989 ss.; Trib. Milano 1 ottobre 2013.

⁵⁰⁸ Tribunale Milano 1 ottobre 2013.

⁵⁰⁹ Tribunale di Pescara, 22 gennaio 2016, n. 990, in *Redazione Giuffrè*, 2016; Tribunale Bari 14 aprile 2014, n. 3665, in *Guida al diritto*, 2014, 47, p. 54; Tribunale Roma, 13 febbraio 2014, n. 15626, in *Redazione Giuffrè*, 2015; Cass. 8 ottobre 2012, n. 17087, con nota RUSSOMANDO, *Pretestuosità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e limiti al demansionamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 3, II, p. 633; Cass.ò 26 marzo 2010, n. 7381, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, p. 448.

dall'esigenza di bilanciamento, operato dalla giurisprudenza sistematicamente, al punto tale da renderlo un obbligo consolidato, tra la libertà del datore di lavoro di procedere alle scelte imprenditoriali che ritiene più congrue ed il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro ed alla tutela della dignità dello stesso. In altri termini, dall'opera di bilanciamento deriverebbe che il licenziamento sia un provvedimento sproporzionato (e quindi illegittimo) laddove il lavoratore fosse utilmente impiegabile in altra mansione. Un esempio di controllo di proporzionalità si rinviene altresì in materia di trasferimento del lavoratore laddove in taluni casi, proprio in forza dell'operare delle clausole generali di correttezza e buona fede, la Suprema Corte ha affermato che il controllo giudiziario deve estendersi alla proporzionalità della scelta datoriale rispetto agli altri valori che detta scelta potrebbe mettere in discussione. In particolare, qualora sussistano particolari esigenze del lavoratore, di carattere familiare, le stesse devono essere bilanciate con la libertà *ex art. 41 comma 1* della Costituzione, con la conseguenza che, qualora il trasferimento sia solo una delle possibili alternative ed in capo al lavoratore gravino serie ragioni familiari, il datore di lavoro deve preferire la soluzione meno gravosa per il dipendente. Si tratta di un caso in cui il principio di proporzionalità pare, anche per espressa affermazione della giurisprudenza di legittimità, veicolato dalla clausola di buona fede, la quale consente al giudice di esercitare un controllo più ampio nell'interpretazione della norma elastica, imponendo che in presenza di determinate circostanze venga effettuato un bilanciamento da parte dell'organo giudiziario. La buona fede, in questo senso, diventa il parametro di valutazione comparativa di opposti interessi ed esplicazione del principio costituzionale di solidarietà sociale.

Tali considerazioni vanno peraltro collocate in un contesto legislativo che negli ultimi anni ha subito grandi trasformazioni. Infatti, nella prospettiva della *Law & Economics*, pur senza formalmente modificare la disciplina sostanziale dell'articolo 2119 del Codice Civile e dell'art. 3 della Legge n. 604 del 1966, le riforme degli ultimi anni hanno inciso fortemente sull'apparato rimediabile nell'ipotesi di licenziamenti illegittimi, tanto da stravolgere l'assetto complessivo della disciplina, soprattutto in materia di licenziamenti individuali, sostituendo,

nell'ipotesi di licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo, il rimedio della reintegrazione con un mero risarcimento indennitario. La modifica dell'apparato rimediale si riverbera indirettamente sulle clausole generali di giusta causa e giustificato motivo che perdono, di fatto, la natura di presupposti del licenziamento, riducendosi, al contrario, a contenuto di un obbligo accessorio ed esterno rispetto ad un potere di licenziamento ormai *ad nutum*, in una prospettiva che richiama la tesi della *efficient breach of contract*, secondo cui la norma giuridica può essere violata dietro corresponsione di un risarcimento economico.

Si osserva, peraltro, come la legislazione post Jobs Act risulti oltremodo articolata e di non agevole applicazione, soprattutto laddove anche il legislatore (delegato) del Jobs Act ha legiferato utilizzando anch'esso le clausole generali ed incaricando, quindi, il giudice di un giudizio discrezionale di valore. Prendendo l'esempio dello *ius variandi*, infatti, si nota come la discrezionalità non sia stata eliminata laddove il giudice deve valutare l'esigenza organizzativa che giustifica l'adibizione del lavoratore al livello inferiore, o, ancora, laddove lo stesso debba valutare i criteri per individuare a quali rapporti di collaborazione si applichi la disciplina del lavoro subordinato.

Vi è dunque da chiedersi quale sia il futuro delle clausole generali nel diritto del lavoro. Da un lato stiamo sicuramente assistendo ad un tentativo di emancipazione del diritto del lavoro rispetto al diritto civile anche per quanto concerne le clausole generali, dove la legislazione speciale sembra non voler lasciare ampio spazio alle stesse, mentre la giurisprudenza privatista negli ultimi anni ha utilizzato tanto le clausole generali di buona fede e correttezza, quanto la figura dell'abuso del diritto, con maggiore generosità. Dall'altro, ritengo assolutamente dannoso il tentativo di superamento di tale tecnica legislativa, in quanto le clausole generali rappresentano lo strumento per eccellenza, il mezzo, attraverso cui il legislatore consente al giudice di attingere all'universo dei valori.

Inoltre, attualizzando l'ampio dibattito che si è sviluppato a partire dagli anni '70 del secolo scorso circa il possibile utilizzo delle clausole di correttezza e buona fede in funzione di limiti ai poteri datoriali, dinanzi ad una norma speciale sempre meno sensibile alla tutela della sfera dei diritti del lavoratore è forte la tentazione di utilizzare le clausole di correttezza e buona fede per recuperare le garanzie che

la stessa legge ha voluto attenuare. Infatti, in un contesto in cui il garantismo in favore della parte debole del rapporto pare assolutamente calmierato ed il lavoratore pare ritrovare la sua tradizionale fisionomia di soggetto debole ed isolato, l'utilizzo della buona fede e della correttezza potrebbe ridare voce ad esigenze di tutela che hanno contraddistinto il diritto del lavoro degli scorsi decenni. Sebbene parte della dottrina non paia particolarmente predisposta a riconoscere alla correttezza e alla buona fede un ruolo rilevante nel diritto del lavoro, l'analisi della giurisprudenza ha evidenziato che il concreto utilizzo di dette clausole nel corso degli anni è stato limitato ma non assente e sebbene spesso le stesse abbiano rappresentato semplici formule di stile, altre volte hanno avuto il merito di ampliare il contenuto dell'obbligazione datoriale; tuttavia, alla luce della rigida disciplina dettata dal Jobs Act, la loro rivalorizzazione potrebbe essere possibile in specifiche ipotesi, come ad esempio in materia di esercizio dello *ius variandi*, dove il mero rispetto della disciplina di diritto positivo potrebbe porsi in contrasto con diritti fondamentali proclamati a livello costituzionale. In tale caso il potere datoriale potrebbe trovare un limite proprio nella buona fede, la quale potrebbe rappresentare lo strumento che legittima il giudice a verificare che vi sia stato un equilibrato contemperamento di interessi degli attori del rapporto, ossia che l'esercizio del potere datoriale non sia stato esercitato strumentalmente oppure con assoluta indifferenza rispetto alla lesione dell'interesse della dignità e della professionalità del lavoratore. In tal senso, la buona fede e la correttezza richiederebbero una valutazione del comportamento datoriale nel suo complesso, non limitata al semplice atto di esercizio del potere ed una valutazione circa la coerenza dello stesso rispetto alle finalità previste dall'ordinamento.

Le clausole di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro intervengono quindi laddove vi sia una lacuna dell'ordinamento, ossia in presenza di situazioni non tipizzate, in cui manca uno schema normativo prestabilito in astratto, come accade nell'ipotesi di esercizio discrezionale del potere datoriale (ad esempio in materia di assegnazione di note di qualifica), oppure nell'ipotesi di scelta tra più lavoratori cui assegnare un vantaggio o uno svantaggio (ad esempio la scelta del lavoratore da promuovere o da collocare in Cassa Integrazione), oppure in presenza di

clausole elastiche che, identificando un modulo generico da applicare dinanzi al caso concreto in fase di interpretazione, richiedono un “(...) giudizio di valore che concretizza la norma oltre i rigidi confini dell'ordinamento positivo”⁵¹⁰. Le clausole generali rappresentano quindi un'occasione per il giudice di esercitare il proprio potere creativo, ossia per interpretare la norma scegliendo tra i diversi significati possibili attraverso un'attività valutativa che consiste sostanzialmente nel contemperamento e nel bilanciamento tra diversi principi.

Non si può quindi immaginare di “snaturare” le clausole generali, impedendo al giudice di effettuare il giudizio assiologico che gli è proprio dinanzi alle stesse. Ritengo piuttosto che sarebbe probabilmente necessaria una maggior chiarezza sull'utilizzo di tale tecnica legislativa rispetto ai criteri di integrazione da adottare. Il giudice, infatti, deve attenersi a regole metodologiche precise, in modo da non incorrere in giudizi arbitrari o incontrollabili. In tal senso, l'adozione di una metodologia che si basi sul ricorso ai principi dell'ordinamento positivo piuttosto che ad argomentazioni autoreferenziali, consentirebbe di pervenire a giudizi controllabili in termini di razionalità e metterebbe al riparo dal rischio di supposte derive più o meno autoritarie della magistratura. Pertanto, le clausole generali potrebbero intervenire a completamento ed integrazione dell'opera del legislatore, facendo quindi rinvio a parametri, *standards* comuni che trovano avallo nei valori riconosciuti dall'ordinamento. Tale opera di completamento ed integrazione non può, tuttavia, estendersi fino a scardinare o sovvertire le norme di diritto positivo dettate dal legislatore, nella cui cornice dimorano le clausole generali stesse. Il rispetto di regole metodologiche ben definite consentirebbe in questo modo di meglio definire i confini tra potere legislativo e giudiziario, riconoscendo al giudice il suo ruolo di estremo terminale di giustizia del caso concreto⁵¹¹.

⁵¹⁰ Cass. 23 settembre 2016, n. 18715, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016.

⁵¹¹ MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 1, p. 239.

BIBLIOGRAFIA

A

ABIGNENTE, ANGELO, *La valutazione giudiziale del fatto nel licenziamento rivisitato: profili di argomentazione giuridica*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2016, 1, p. 13 ss..

ABIGNENTE, ANGELO, *Note a margine di un interessante dibattito*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2012, I, p. 730 ss..

ALBI, PASQUALINO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento fra clausole generali, norme generali e principi fondamentali*, in Mazzotta (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 67 ss..

ALPA, GUIDO, *Interpretare il diritto. Dal realismo alle regole deontologiche*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, Padova, CEDAM, 1998, p. 23 ss..

ALPA, GUIDO, *Una concezione realistica dei principi generali*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, Padova, CEDAM, 1998, p. 105 ss..

ARCIDIACONO, BARBARA, *Obbligo di buona fede del datore di lavoro e perdita di chance*, nota a Cass. 23 gennaio 2009 n. 1715, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2009, 10, p. 1030 ss..

ASSANTI, CECILIA, *Contratto di lavoro a prova*, Giuffrè, Milano, 1957.

AVONDOLA, ARIANNA, *La riforma dell'art. 2103 c.c. Dopo il Jobs Act*, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2016, 3, p. 345 ss..

B

BALLESTRERO, MARIA VITTORIA, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2014, 2-3, p. 389 ss..

BALLESTRERO, MARIA VITTORIA, *Il trasferimento dei lavoratori*, in Pera (a cura di), *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Milano, 1973, p. 178 ss..

BALLETTI, EMILIO, *Poteri imprenditoriali e interesse del lavoratore all'adempimento: la prospettiva delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1990, p. 732 ss..

BARCELLONA, MARIO, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2006.

BELLOMO, STEFANO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, Relazione alle giornate di studio AIDLASS, 29-30 maggio 2014.

BELVEDERE, ANDREA, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, p. 631 ss..

BENASSI, GIOVANNI, *Clausole generali e giudice del lavoro: l'art. 30 co. 1 L. 183/2010*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2012, 1, p. 91 ss..

BENATTI, FRANCESCO, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2009, 3, p. 241 ss..

BENATTI, FRANCESCO, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1960, p. 1342 ss..

BETTI, EMILIO, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949.

BIANCA, CESARE MASSIMO, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1983, p. 214 ss..

BIANCHI D'URSO, FULVIO, *Clausole generali e parità di trattamento: un connubio difficile*, nota a Cass. 8 luglio 1994, n. 6448, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 1995, 2, p. 535 ss..

BIANCHI D'URSO, FULVIO; CINQUE, GIOVANNI, *Certezza del diritto e nomofiliachia separati in casa*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2013, 2, p. 498 ss..

BIGLIAZZI GERI, LINA, *Buona fede nel diritto civile (voce)*, in *Digesto Discipline privatistiche, Sezione Diritto Civile*, 1988, p. 154 ss..

BINI, STEFANO, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutica e prime osservazioni*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2016, 3, p. 1240 ss..

BOLEGO, GIORGIO *Autonomia collettiva e principio di parità di trattamento retributivo*, nota a Cass. 8 luglio 1994, n. 6448, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 1995, 2, p. 304 ss..

BOLLANI, ANDREA, *Trasferimento dei lavoratori*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. Comm., IV, IV ed., Torino, 1999, p. 36 ss..

BORZAGA, MATTEO, *Principio di equivalenza delle mansioni e ruolo della contrattazione collettiva: verso nuovi spazi di flessibilità?*, nota a Cass. Sezioni Unite 24 novembre 2006, n. 25033, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2007, p. 669 ss..

BOSCATI, ALESSANDRO, *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, 4, p. 1032 ss..

BOVE, MAURO, *Il sindacato della Corte di Cassazione in relazione all'applicazione del concetto di giusta causa di licenziamento*, nota a Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 1999, 2, p. 441 ss..

BRECCIA, UMBERTO, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in Mazzotta (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 5 ss.

BROLLO, MARINA, *Disciplina delle mansioni*, in Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, p. 45 ss..

BROLLO, MARINA, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, VI, p. 1161 ss..

BROLLO, MARINA, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Il codice civile. Commentario diretto da Schesinger*, Milano, 1997, p. 507 ss..

BRUNI, ALESSANDRA, *Sugli elementi per la valutazione della giusta causa*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1990, 1, p. 220 ss..

C

CALAFÀ, LAURA, *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *Lavoro e diritto*, 2014, 2-3, p. 457 ss..

CALCATERRA, LUCA, *Sindacato di legittimità e norme elastiche in materia di lavoro*, in *Giustizia Civile*, 2000, 7-8, p. 315 ss..

CAMPANELLA, PIERA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, Relazione alle giornate di studio AIDLASS, 29-30 maggio 2014.

CARABELLI, UMBERTO, *Organizzazione del lavoro e professionalità nel nuovo quadro giuridico*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2004, p. 5 ss..

CARINCI, FRANCO, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, 6, p. 529 ss..

CARINCI, FRANCO, *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'art. 18 Statuto*, in Brusati, Gragnoli (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Quaderno di Argomenti di Diritto del Lavoro, CEDAM, Padova, 2014, p. 79 ss..

CARINCI, FRANCO, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 172/2013.

CARINCI, MARIA TERESA, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2005.

CARLETTI, LORENZO; GRIVET FETÀ, SABRINA, *La graduazione delle tutele nel vigente art. 18 L. 300/70 tra "limiti interni" e "limiti esterni" al potere di licenziamento*, in *IlCaso.it.*, 2014.

CARUSI, DOMENICO, *Correttezza (obbligo di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1962, X, p. 709 ss..

CARUSO, BRUNO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un "manifesto ermeneutico"*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2013, 1, p. 245 ss..

CARUSO, BRUNO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Viking e Laval)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", .INT – 61/2008.

CASOLA, MARIA, *Le causali soggettive del licenziamento individuale*, in De Luca Tamajo, Bianchi D'Urso (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, p. 143 ss..

CASSÌ, VINCENZO, *Il rapporto di lavoro in prova*, Giuffrè, Milano, 1950.

CASTELVETRI, LAURA, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2001, p. 239 ss..

CASTRONOVO, CARLO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1986, p. 21 ss..

CHIAROMONTE, WILLIAM, *La reintegrazione per licenziamento disciplinare sproporzionato fra Riforma Fornero e Jobs Act: quali margini di apprezzamento per il giudice?*, nota a Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2015, 2, p. 635 ss..

CINQUE, GIOVANNI, *Certezza del diritto e nomofiliachia separate in casa*, nota a Cass.2 gennaio 2013, n. 6, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2013, 7, p. 496 ss..

CIUCCIOVINO, CORAZZA, *L'abuso dei diritti del lavoratore*, in Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2010, 1, p. 17 ss.

CORRADINI, DOMENICO, *Il criterio di buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1970.

COSIO, ROBERTO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2012, 2, p. 311 ss..

COSIO, ROBERTO, *Il controllo giudiziale sulle clausole generali nel diritto del lavoro: a proposito dell'art. 1 comma 39 del Collegato Lavoro*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2010, p. 217 ss..

COSIO, ROBERTO, *La concretizzazione delle clausole generali nel diritto europeo*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, Il Sole 24 Ore, 2014, 8-9, p. 522 ss..

CRISAFULLI, VEZIO, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Rivista di Giurisprudenza del Lavoro*, 1954, p. 67 ss..

CRISCUOLO, FABRIZIO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1999, 1, p. 71 ss..

D

DALLACASA, *Demansionamento del lavoratore e rifiuto di eseguire la prestazione richiesta*, nota a Cass. 23 dicembre 2003 n. 19689, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2004, 11, p. 1169 ss..

D'AMICO, GIOVANNI, *Note in tema di clausole generali*, in *In Iure Praesentia*, 1989, p. 426 ss..

D'AMICO, GIOVANNI, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, nota a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *I contratti*, 2010, 1, p. 5 ss..

D'AMICO, GIOVANNI, *“Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1996.

D'ANTONA, MASSIMO, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1998, I, p. 313 ss..

D'ANTONA, MASSIMO, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1988, p. 195 ss..

D'ARRIGO, *Trasferimento dei lavoratori*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLIV, Milano, 1992, p. 991 ss..

DE ANGELIS, LUIGI, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in Mazzotta (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 27 ss..

DE CRISTOFARO, MARCO, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei “concetti giuridici indeterminati” e decisione immediata della causa nel merito*, in *Foro Italiano*, 1999, p. 1912 ss..

DE FAZIO, GIACOMO, *Appunti sul risarcimento del danno da superlavoro*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2001, p. 327 ss..

DE FELICE, ALFONSINA, *La giustificazione nel licenziamento*, in Cabella, Pisu, Nanni, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 469 ss..

DE FEO, DOMENICO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2015, 4-5, p. 853 ss..

DE LUCA, MICHELE, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in *Rivista italiana di Diritto del Lavoro*, 2013, 2, p. 271 ss..

DE LUCA, MICHELE, *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su Jobs Act e dintorni)*, IN WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 217/2014.

DE LUCA, MICHELE, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2013, 1, p. 3 ss..

DE LUCA, MICHELE, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2015.

DE LUCA TAMAJO, RAFFAELE, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2012, p. 1064 ss..

DE LUCA TAMAJO, RAFFAELE, *Licenziamento disciplinare, clausole generali e "fatto" contestato*, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2015, 2, p. 269 ss..

DEGOLI, MARIA CRISTINA, *L'esercizio dello jus variandi in presenza di prassi aziendale consolidata*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2012, 3, p. 644 ss..

DEL PUNTA, RICCARDO, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2012, 1, p. 461 ss..

DELEBEQUE, PHILIPPE, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Francia*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 65 ss..

DENOZZA, FRANCESCO, *Diritto e potere in un mondo senza costi di transazione: un saggio sulla funzione legittimante della narrativa Coasiana*, in *Rivista Diritto Privato*, 2009, 2, p. 31 ss..

DI CORRADO, GIOVANNI, *Il mobbing: normativa e tutela giuridica*, in *Diritto & Pratica del lavoro*, 2016, 29, p. 1803 ss..

DI MAJO, ADOLFO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, p. 539 ss..

DI MARZIO, MAURO, *Il danno morale? Non è mai in re ipsa – Sussistenza da verificare caso per caso*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, p. 34 ss..

DUILIO, ROBERTO, *Giusta causa di licenziamento: la valutazione del giudice di merito non è censurabile in Cassazione*, in *Diritto e Giustizia*, 2016.

E

ENGLISCH, KARL, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 170 ss.

F

FABIANI, MASSIMO, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, UTET, Torino, 2003.

FABIANI, MASSIMO, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, “standards” valutativi e principi generali dell’ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3558 ss..

FABIANI, MASSIMO, *Sindacato della Corte di Cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro Italiano*, 1999, 1, p. 1891 ss..

FALCO, *La buona fede e l’abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milano, 2010.

FALSONE, MAURIZIO, *Sul cd. obbligo di repêchage e la “dequalificazione contrattata”*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2013, 1, p. 73 ss..

FALZEA, ANGELO, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Rivista diritto civile*, 1987, 1, p. 1 ss.

FALZEA, ANGELO, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 369 ss..

FEBBRAJO, TOMMASO, *Violazione delle regole di comportamento nell’intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle Sezioni Unite*, nota a Cass. Sez. Unite 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giustizia Civile*, 2008, 12, p. 2775 ss..

FERRAJOLI, LUIGI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Il Mulino, Bologna, 2013.

FERRANTE, VINCENZO, *Rationes decidendi e massimazione delle sentenze: qualche suggerimento di diritto comparato*, in Mazzotta (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 81 ss..

FERRANTE, VINCENZO, *Tutela multilivello, norme ambigue, definizione dei ruoli del legislatore e del giudice. Il caso del contratto a termine*, in *Lavoro e diritto*, 2014, 2-3, p. 413 ss..

FERRARESI, MARCO, *L'obbligo di repêchage tra onere di allegazione e onere della prova: il revivement della Cassazione, nota a Cass. 22 marzo 2016, n. 5592*, in *Diritto delle Relazioni industriali*, 2016, 3, p. 843 ss..

FERRARI, PAOLA, *Le condizioni che rendono legittimo il licenziamento di dipendenti a seguito di ridimensionamento dei costi di produzione*, con nota Cass. 17 novembre 2010, n. 23222, in *Diritto e Giustizia Online*, 2010.

FERRARO, GIUSEPPE, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in Cinelli, Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 8.

FERRARO, GIUSEPPE, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Diritto relazioni industriali*, 1992.

FERRARO, GIUSEPPE, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Diritti lavori mercati*, 2009, p. 37 ss..

FONTANA, GIORGIO, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2014, 2, p. 273 ss..

FURLAN, GIAMPAOLO; VASINI, YLENIA, *L'abuso del diritto da parte del lavoratore*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2012, 6, p. 567 ss..

G

GALATINO, LUISA, *Le fonti extra-legislative nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2009, p. 447 ss..

GALATINO, LUISA, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*, 2012, Giuffrè, Milano, p. 243 ss..

GALGANO, FRANCESCO, *Funzione creativa del diritto della giurisprudenza?*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, 29.

GALGANO, FRANCESCO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

GALGANO, FRANCESCO, *Qui suo iure neminem laedit?*, in *Contratto e Impresa*, 2011, p. 318 ss..

GARGIULO, UMBERTO, *Clausole di fungibilità per "esigenze aziendali": un nuovo disorientamento della Cassazione?*, in *Diritti, lavori e mercati*, 2007, p. 113 ss..

GENTILI, AURELIO, *Il diritto come discorso?*, Giuffrè, Milano, 2013.

GESTRI, MARCO, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003.

GHEZZI, GIORGIO; ROMAGNOLI, UMBERTO, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1987, p. 133 ss..

GIACALONE, GIOVANNI, *Dalla certezza del diritto alla "civiltà del lavoro": un licenziamento in tronco da parte della Corte di Cassazione?*, nota a Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, in *Giustizia Civile*, 1999, 3, p. 667 ss..

GIORDANO, FRANCESCO SAVERIO, *Sui limiti dell'obbligo di repêchage*, nota a Cass. 16 novembre 2015, n. 23698, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2016, 2, p. 182 ss..

GIRARDI, GIANLUIGI, *Mancato svolgimento delle mansioni e sue conseguenze*, nota a Cass. 9 febbraio 2007, n. 2878, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2007, 7, p. 699 ss..

GIUGNI, GINO, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, in "Atti delle giornate di studi di Salsomaggiore", 25 – 27 aprile 1969, Milano, 1970, 55.

GIUGNI, GINO, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963.

GOLISANO, GIAMPIERO, *Ferie, malattia e buona fede. La Cassazione detta il principio*, nota a Cass. 25 gennaio 2011, n. 1699, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2011, 9, p. 909 ss..

GRAGNOLI, ENRICO, *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, in *Rivista italiana diritto del lavoro e della previdenza sociale*, 2011, 2, p. 511 ss..

GRAGNOLI, ENRICO, *Trasferimento del lavoratore, mutamento di mansioni e note di qualifica*, nota a Cass. 25 maggio 1996, n. 4823, in *Giustizia Civile*, 1996, p. 2919 ss..

GRANDONA, MAURO, *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede; in margine alla questione del precedente giudiziale*, nota a Cass. 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, 3, p. 305 ss..

GRECO, MARIA GIOVANNA, *L'abuso del diritto nella fruizione dei congedi parentali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2009, 2, p. 442 ss..

GUARNERI, ATTILIO, *Clausole generali*, in *Digesto Discipline Privatistiche Sezione civile*, II, Torino, UTET, 1988, p. 403 ss..

GUARNERI, ATTILIO, *Le clausole generali*, in Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile, Le fonti non scritte e l'interpretazione*, 1999, p. 133 ss..

GUASTINI, RICCARDO, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 85 ss..

I

IAQUINTA, FRANCESCA, *La rilevanza della buona fede del datore di lavoro in caso di licenziamento per impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa*, nota a Cass. 17 giugno 2015, n. 12486, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 201, p. 74 ss..

ICHINO, PIETRO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*, con nota Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2004, II, p. 838 ss..

ICHINO, PIETRO, *Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa per la prosecuzione del rapporto come oggetto del bilanciamento giudiziale*, nota

a Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, 4, II, p. 989 ss..

ICHINO, PIETRO, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2001, I, p. 165 ss..

ICHINO, PIETRO, *Sull'indeterminatezza delle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo del licenziamento*, in *Rivista italiana diritto del lavoro*, 2001, 2, p. 599 ss..

K

KINDLER, PETER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 55 ss..

L

LISO, FRANCO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it, 257/2015, p. 13 ss..

LISO, FRANCO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982.

LOY, GIANNI, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile nella prospettiva del datore di lavoro*, Relazione alle giornate di studio AIDLASS, 29-30 maggio 2014.

LYON CAEN, ANTOINE; PERULLI, ADALBERTO (a cura di), *Efficacia e diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, 2008.

LIBERTINI, MARIO, *Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, II Convegno Nazionale, Roma, 11-12 febbraio 2011.

LOMBARDI, GIORGIO, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970.

LOPEZ DE ONATE, FLAVIO, *Certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968.

LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sulla funzione creativa della giurisprudenza*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali*

nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90, CEDAM, Padova, 1998, p. 13 ss..

LUZZATI, CLAUDIO, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990.

LUZZATI, CLAUDIO, *Principi e principi. La genericità del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.

M

MACARIO, FRANCESCO, *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*, in AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 56 ss..

MAGNANI, MARIELLA, *Il giudice e la legge*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2013, I, p. 777 ss..

MAGRINI, SERGIO, *Quel pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2012, p. 535 ss..

MANCINI, FEDERICO, *Commento all'art. 18*, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 14-18*, Zanichelli, 1981, p. 100 ss..

MANCINI, FEDERICO, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1962.

MANCINI, FEDERICO, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957.

MARAZZA, MARCO, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, 236/2015.

MARESCA, ARTURO, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2012, 1, p. 436 ss..

MARESCA, ARTURO, *La certezza del diritto nell'ordinamento comunitario*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 111 ss..

MARINO, DONATO, *L'"oggettività" della situazione antecedente al licenziamento o al trasferimento quale giustificato o "comprovato" motivo dello*

stesso, nota a Cass. 11 febbraio 1998, n. 1438, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1998, II, p. 610 ss..

MARIUCCI, LUIGI, *È proprio un very bad text? Note critiche alla Riforma Monti - Fornero*, in *Lavoro e diritto*, 2012, 3-4, 415.

MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in Schlesinger (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, 2000, p. 3 ss.

MAZZAMUTO, SALVATORE, *Un'introduzione al mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, in Tosi (a cura di), *Il mobbing*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 3 ss..

MAZZIOTTI, FABIO, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, Napoli, 1982.

MAZZOTTA, ORONZO, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2016, 1, p. 102 ss..

MAZZOTTA, ORONZO, *Il giudice del lavoro, la costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2013, 1, p. 235 ss..

MAZZOTTA, ORONZO, *La resistibile ascesa della parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in *Foro Italiano*, 1993, 1, p. 1794 ss..

MAZZOTTA, ORONZO (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008.

MAZZOTTA, ORONZO, *Valutare il diritto del lavoro: ovvero l'utopia della vita esatta*, in *Lavoro e diritto*, 2010, 1-2, p. 191 ss..

MAZZOTTA, ORONZO, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *Giornale di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1989, p. 593 ss..

MELIADÒ, GIUSEPPE, *Il Giudice del Lavoro fra ordine giuridico e criticità sociale*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2013, 2, p. 489 ss..

MELLACE, ALESSANDRO, *Sussistenza del fatto contestato e proporzionalità del licenziamento disciplinare del lavoratore recidivo*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2015, 4, p. 1028 ss..

MENGONI, LUIGI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *Rivista Sociale*, 1965, p. 475 ss..

MENGONI, LUIGI, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985.

- MENGONI, LUIGI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996.
- MENGONI, LUIGI, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del "contratto di lavoro"*, in Mengoni, *Il contratto di lavoro*, Vita e pensiero, Milano, 2004, p. 119 ss..
- MENGONI, LUIGI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 1986, 1, p. 5 ss..
- MENGONI, LUIGI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1954, p. 185 ss..
- MENGONI, LUIGI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista Critica Diritto Privato*, 1986, p. 8 ss..
- MISCIONE, MICHELE; RICCI, GIANCARLO (a cura di), coordinato da Carinci, *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004.
- MISCIONE, MICHELE, *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, p. 5 ss..
- MISCIONE, MICHELE, *Osservazione su sanzioni disciplinari e trasferimento*, nota a Cass. 28 agosto 1976, n. 3065, in *Giurisprudenza Italiana*, 1977, I, p. 436 ss..
- MONTANARI, ANDREA, *Jobs Act e tutela contrattuale della persona: un'involuzione?*, in *Europa e Diritto privato*, 2016, 3, p. 659 ss..
- MONTUSCHI, LUIGI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1997, p. 729 ss..
- MONTUSCHI, LUIGI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 1996, p. 141 ss..
- MONTUSCHI, LUIGI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1973.
- N**
- NADALET, SYLVAIN, *La certezza del diritto nella riforma del mercato del lavoro*, in *Diritto e lavoro*, 2013, p. 59 ss..
- NANNI, LUCA, *La clausola generale di buona fede*, in Cabella, Pisu, Nanni, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 331 ss..

NAPOLI, MARIO, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980.

NAPPI, *Le Sezioni Unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, nota a Cass. Sez. Unite 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giustizia Civile*, 2008, 5, p. 1175 ss..

NATOLI, UGO, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso di diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista Trimestrale diritto processuale civile*, 1958, p. 24 ss.

NIVARRA, LUCA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 411 ss.

NIVARRA, LUCA, *Ragionevolezza e diritto privato*, Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica, 7, 2002, pp. 373-386.

NOGLER, LUCA, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi costituzionali"*, in *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2007, p. 611 ss..

NOGLER, LUCA, *Prime considerazioni sulla disciplina legislativa delle «Clausole generali» in materia di diritto del lavoro*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, vol. 2, Jovene, Napoli, 2011, p. 927 ss..

NOGLER, LUCA, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2015, 3, p. 337 ss..

NOVELLA, MARCO, *Considerazioni sul dialogo tra dottrina e giurisprudenza in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in Mazzotta (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 107 ss..

NOVELLA, MARCO, *I concetti di costo contabile, di costo opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo del licenziamento*, nota a Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2007, p. 989.

NUNIN, ROBERTA, *"Bossing": responsabilità contrattuale e valorizzazione della clausola di buona fede*, nota a Corte d'Appello Torino 21 aprile 2004, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2005, 1, p. 49 ss..

NUZZO, VANESSA, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni, nota a Tribunale di Roma 30 settembre 2015*, in *Rivista Italiana Diritto del lavoro*, 2015, 2, p. 1047 ss..

O

OCCHINO, ANTONELLA, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee*, nota a Cass. Sezioni Unite 24 novembre 2006, n. 25033, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, p. 336 ss..

ORTIS, SILVIA, *Il fatto e la sua qualificazione: dalla querelle della Riforma Fornero ai nodi irrisolti del Jobs Act*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2016, 1, p. 145 ss..

P

PALLADINI, ATTILIO, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2012, p. 653 ss..

PALMIERI, *Il sindacato giudiziale sulle clausole generali in materia di lavoro pubblico e privato*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2011, p. 1486 ss..

PAPALEO, GIUSEPPE, *Licenziamento illegittimo se intimato in violazione dei principi di correttezza e buona fede*, nota a Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *Diritto e Giustizia Online*, 2011.

PAPALEONI, MARCO, *Licenziamento per giusta causa o motivo*, CEDAM, Padova, 1998.

PASSANITI, PAOLO, *Storia del diritto del lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Giuffrè, Milano, 2006.

PATTI, SALVATORE, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013.

PATTI, SALVATORE, voce "Abuso del diritto", in *Digesto Discipline Privatistiche Sezione civile*, 1987, vol. I, p. 2 ss..

PEDERZOLI, CHIARA, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Un'incerta linea di confine*, nota a Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2012, 2, p. 362 ss..

PEDRINI, FEDERICO, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, Intervento al Seminario "Il Linguaggio del Diritto Costituzionale"

tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Bologna in data 13 novembre 2009.

PELLACANI, GIUSEPPE, *Il cosiddetto "Collegato Lavoro" e la disciplina dei licenziamenti*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2010, p. 215 ss..

PERA, MARCELLO, *Il lavoro in prova alla Corte Costituzionale*, in *Giustizia Civile*, 1981, 1, p. 679 ss..

PERA, MARCELLO, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980.

PERSIANI, MATTIA, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Il Diritto del Lavoro*, 1995, p. 135 ss..

PERSIANI, MATTIA, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2000, p. 7 ss..

PERSIANI, MATTIA, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1995, p. 20 ss..

PERSIANI, MATTIA, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2013, p. 1 ss..

PERULLI, ADALBERTO, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Rapporto individuale e processo del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 259 ss..

PERULLI, ADALBERTO, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in .., 2012.

PERULLI, ADALBERTO, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav.. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2012, 4-5, p. 785 ss..

PERULLI, ADALBERTO, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2011, 3, p. 403 ss..

PERULLI, ADALBERTO, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3 ss..

- PERULLI, ADALBERTO, *Il controllo giudiziario dei poteri dell'imprenditore*, in *Rassegna di Giurisprudenza del lavoro nel Veneto*, 2014, 1, p. 9 ss..
- PERULLI, ADALBERTO, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2015, 1, p.83 ss..
- PERULLI, ADALBERTO, *Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma*, in Mazzotta (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 55 ss..
- PERULLI, ADALBERTO, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992.
- PERULLI, ADALBERTO, *Il potere direttivo dell'imprenditore. Funzioni e limiti*, in *Lavoro e Diritti*, 2002, p. 397 ss..
- PERULLI, ADALBERTO, *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, in *Lavoro e diritto*, 2016, 1, p. 17 ss..
- PERULLI, ADALBERTO, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, p. 3 ss..
- PERULLI, ADALBERTO, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2015, 1, p. 413 ss..
- PERULLI, ADALBERTO, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2016, 1, p. 11 ss..
- PERULLI, ADALBERTO, *Potere direttivo e suoi limiti generali*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. commerciale (aggiornamento)*, Torino, 2009, p. 850 ss..
- PERULLI, ADALBERTO, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2005.
- PESSI, ROBERTO, *Il mercato del lavoro: profili economici e normativi. Le prospettive di sviluppo*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2011, 4-5, p. 824 ss..
- PESSI, ROBERTO, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i suoi nuovi limiti dopo la L. 20 maggio 1970 n. 300*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1973, 31, p. 69 ss..

PISANI, CARLO, *Il “costo” in termini di incertezza delle norme inderogabili a precetto generico*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2015, 4, p. 195 ss..

PISANI, CARLO, *Il nuovo regime di tutele pe ril licenziamento ingiustificato*, in Pessi, Pisani, Proia, Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, 2015, Giappichelli, Torino, p. 29 ss..

PISANI, CARLO, *Le mansioni promiscue secondo le Sezioni Unite: consensi e dissensi*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2007, p. 24 ss..

PISANI, CARLO, *Riforma della mobilità orizzontale e sua immediata applicabilità*, nota a Tribunale di Roma 30 settembre 2015, n. 8195, in *Massimario di Giurusprudenza del lavoro*, 2015, 11, p. 777 ss..

PIZZOFERRATO, ALBERTO, *Licenziamento per soppressione del posto di lavoro e impossibilità di ricollocare il lavoratore in altre mansioni equivalenti*, con nota Cass. 13 ottobre 1997, n. 9967, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1998, II, p. 327 ss..

PONTERIO, CARLA, *Le motivazioni poste alla base del licenziamento*, in Amato, Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, 2011, Franco Angeli, Milano, p. 62 ss..

POSO, VINCENZO ANTONIO, *Verso il recesso causale nel rapporto di lavoro in prova?*, nota a Cass. 17 gennaio 1998, n. 402, in *Giustizia Civile*, 1998, 1, p. 1653 ss..

PROSPERETTI, GIULIO, *L'elemento della malafede del datore nella nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2015, 1, p. 241 ss..

R

RANIERI, FILIPPO, *Il principio generale di buona fede*, in Castronovo, Mazzamuto (a cura di), *Manuale di Diritto Privato Europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 495 ss..

RECCHIONI, STEFANO, *Norme “elastiche”, standards valutativi e sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, in *Corriere Giuridico*, 1999, p. 718 ss..

RESCIGNO, PIETRO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1998, p. 1 ss..

RESCIGNO, PIETRO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giudiziale*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 29 ss..

RIVERSO, PONTERIO, *Quale Giudice del Lavoro?*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2012, 4, p. 719 ss..

RODOTÀ, STEFANO, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, p. 709 ss..

RODOTÀ, STEFANO, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in Cabella, Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, CEDAM, Padova, 1998, p. 29 ss..

RODOTÀ, STEFANO, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.

ROMAGNOLI, UMBERTO, *Le parole sono pietre*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2013, 1, p. 233 ss..

ROMEO, CARMELO, *Una rilettura dell'obbligo di fedeltà nel diritto del lavoro che cambia*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, 6, p. 521 ss..

ROSELLI, FEDERICO, *Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2011, p. 1701 ss..

ROSELLI, FEDERICO, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Jovene, Napoli, 1983.

ROSELLI, FEDERICO, *Le clausole generali, oggi*, in *Diritto romano attuale*, 2003, 10, p. 37 ss..

RUSSOMANDO, ANNALISA, *Pretestuosità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e limiti al demansionamento*, nota a Cass. 8 ottobre 2012, n. 17087, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2013, 3, II, p. 633 ss..

ROTA, ANNA, *Dequalificazione professionale e danno liquidabile dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, nota a Corte Appello Firenze 13 luglio 2009, in *Diritto e lavoro*, 2009.

ROTA, ANNA, *Sul trasferimento del lavoratore: prevalgono gli interessi personali e familiari del dipendente sulle ragioni "meramente eventuali"?*, nota a

Trib. Catanzaro, 13 dicembre 2011, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2012, 3, II, p. 665 ss..

S

SAFFIOTI, TIZIANA, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Giappichelli, Torino, 1999.

SANLORENZO, RITA, *I limiti al controllo del giudice in materia di lavoro*, in Amato, Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Maggioli, Milano, 2011, p. 23 ss..

SANTONI, FRANCESCO, *Patto di prova e recesso immotivato del datore di lavoro*, in *Diritto e Giustizia*, 1976, p. 853 ss..

SANTORO PASSARELLI, GIUSEPPE, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in *Labor*, 2016, 1-2, p. 15 ss..

SANTORO PASSARELLI, GIUSEPPE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2015, 1, p. 68 ss..

SANTORO PASSARELLI, GIUSEPPE, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, 3, p. 513 ss..

SARTORI, ALESSANDRA, *Mansioni e inquadramenti: il ruolo della contrattazione collettiva prima e dopo il Jobs Act*, nota a Cass. 25 settembre 2015, n. 19037, in *Argomenti di Diritto del lavoro*, 2015, 6, p. 1360 ss..

SCOFFERI, MARIO, *Il licenziamento non può essere motivato per relationem*, nota a Cass. 10 settembre 2012, n. 15104, in *Diritto e Giustizia Online*, 2012.

SICCHIERO, GIANLUCA, *Appunti sul fondamento costituzionale del fondamento di buona fede*, in *Rivista Giurisprudenza Italiana*, 1993, p. 2129 ss..

SIGILLO' MASSARA, GIUSEPPE, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole elastiche tra limiti legislativi ed esigenze di certezza del diritto*, nota a Cass. 14 marzo 2013, n. 6501, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2014, 4, p. 241 ss..

SIGILLÒ MASSARA, GIUSEPPE, *Norme elastiche e funzione nomofilattica della Corte di Cassazione*, in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 2015, 5, p. 317 ss..

SIGISMONDI, GIAMMARCO, *Eccesso di potere e clausole generali*, Jovene, Napoli, 2012.

SLATAPER, STEFANO, *Congedi parentali e buona fede oggettiva*, nota a Tribunale Trieste, Ord. 13 luglio 2007, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2007, 11, p. 1114 ss..

SORDI, PAOLO, *Il controllo giudiziale del potere datoriale di recesso dopo la riforma dell'art. 18*, in *Rassegna di Giurisprudenza del Lavoro nel Veneto*, 2014, 1, p. 58 ss..

SORDI, PAOLO, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in AA.VV., *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, 2013, Giuffrè, Milano, p. 284 ss..

SPEZIALE, VALERIO, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2016, p. 111 ss..

SPEZIALE, VALERIO, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP Massimo D'Antona.it, 259/2015.

SPEZIALE, VALERIO, *La giurisprudenza del lavoro ed il "diritto vivente" sulle regole interpretative*, in *Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2008, p. 613 ss..

SPEZIALE, VALERIO, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2012, 1, p. 521 ss..

SPOTO, GIUSEPPE, *Il contratto ed il potere correttivo del giudice*, Giappichelli, Torino, 2007.

SUPPIEJ, GIUSEPPE, *I limiti del potere direttivo dell'imprenditore*, in *Rivista Trimestrale Diritto Processuale Civile*, 1962, p. 3 ss..

SUPPIEJ, GIUSEPPE, *La struttura del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1957.

T

TARUFFO, MICHELE, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in Comanducci, Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1989.

TOPO, ADRIANA, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in Carinci, Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale*,

contratti, ammortizzatori e politiche attive, supplemento a *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2012, 33, 2012, p. 70 ss..

TOPO, ADRIANA, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo*, in Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, p. 167 ss..

TREU, TIZIANO, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 155/2012.

TULLINI, PATRIZIA, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, 1990.

TULLINI, PATRIZIA, *Mobbing e rapporto di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2000, p. 263 ss..

TULLINI, PATRIZIA, *Motivazione e controllo giurisdizionale del trasferimento del lavoratore*, con nota Cass. 23 febbraio 1998, n. 1912, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1999, II, p. 55

TULLINI, PATRIZIA, *Questioni interpretative in tema di giusta causa*, in *Rivista Trimestrale Diritto Processuale Civile*, 1988, p. 653 ss..

TULLINI, PATRIZIA, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2013, 1, p. 147 ss..

TURELLO, DANIELA, *Principio di immediatezza della contestazione disciplinare e valutazione secondo buona fede*, nota a Cass. 7 novembre 2003 n. 16754, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2004, 8, p. 763 ss..

V

VALLEBONA, ANTONIO, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012.

VALLEBONA, ANTONIO, *Licenziamento e valutazioni aziendali insindacabili*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2013, 12, p. 861 ss..

VARDARO, GAETANO, *Il potere disciplinare giustificato*, in *Giurisprudenza di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1986, p. 12 ss..

VARVA, SIMONE, *Il licenziamento dirigenziale tra giustificatezza e recesso “ad nutum”*, in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2010, p. 779 ss..

VARVA, SIMONE, *Il licenziamento economico: Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*,

VELLUZZI, VITO, *Clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

VENEZIANI, BRUNO, *I controlli dell'imprenditore ed il contratto di lavoro*, Cacucci, Milano, 1975.

VENEZIANI, BRUNO, *Il Giudici del Lavoro ed i valori del sistema giuridico*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2013, 2, p. 505 ss..

VIDIRI, GUIDO, *Art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 e lavoro autonomo verso un diritto del lavoro a formazione giurisprudenziale?*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 6, p. 1216 ss..

VIDIRI, GUIDO, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali*, in *Rassegna di Giurisprudenza del Lavoro nel Veneto*, 2014, 1, p. 75 ss..

VIDIRI, GUIDO, *La certezza del diritto e l'interpretazione dei contratti collettivi. Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, in *Quaderni Diritto del Lavoro, L'interpretazione del contratto collettivo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 81 ss..

VIDIRI, GUIDO, *La Riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2012, I, p. 617.

VIDIRI, GUIDO, *Le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2012, I, p. 617 ss..

VILLA, ESTER, *«Sussistenza» e «insussistenza» del fatto nel licenziamento disciplinare*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2015, 4, p. 661 ss..

VILLANI, GIOVANNI, *Il sindacato giurisdizionale sui motivi del licenziamento nel periodo di prova*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1980, p. 1137 ss..

VISONÀ, STEFANO, *I limiti del controllo giudiziale: clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*, in *Rassegna di giurisprudenza del lavoro nel Veneto*, 2011, 2, p. 10 ss..

W

WEBER, MAX, *Storia economica. Linea di una storia universale della economia e della società*, Donzelli, Roma, 1993.

Z

ZAMBELLI, ANGELO, *Dirigenti “non demansionabili”*, in *Il Sole 24 Ore – Norme e tributi*, 2015, p. 37 ss..

ZANETTO, DANIELA, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e controllo da parte del giudice*, nota a Cass. 23 ottobre 2013, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 2014, 2, p. 296 ss..

ZOLI, CARLO, *La L. 183/2010: le novità in materia di licenziamenti*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2011, 4-5, p. 833 ss..

ZOLI, CARLO, *La disciplina delle mansioni*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, 2015, p. 333 ss..

ZOLI, CARLO, *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988.

ZOLI, CARLO, *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra subordinazione, contratto e contropotere*, in *Lavoro e Diritto*, 1997, p. 231 ss..

BIBLIOGRAFIA STRANIERA

A

ALLARD, GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil et La République des Idées, 2005, p. 94 ss..

ANTONMATTEI, PAUL HENRY, *Le motif économique de licenciement: les limites du contrôle judiciaire*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2001, 2, p. 95 ss..

B

BESSY, CHRISTIAN ; EYMARD-DUVERNAY, FRANCOIS, *Les économistes et les juristes face à la relation de travail dans l'entreprise*, in *Revue d'Economie politique*, 1995, 6, p. 946 ss..

BIED-CHARRETON, MARIE FRANCE, *Au nom de la liberté d'entreprendre (Les arrêts “Pages Jaunes”)*, in *Droit Ouvrier*, 2006, p. 369 ss..

BOUBLI, BERNARD, *Quel contrôle judiciaire de la compétitivité de l'entreprise?*, in *Revue du droit du travail*, 2008, p. 218 ss..

BUY, MICHEL, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PU Aix-Marseille, 1993, p. 57 ss..

C

COUTURIER, GERARD, *Licenciements pour motif économique: choix de l'employeur et contrôle du juge*, in *Liaisons sociales Magazine*, febb 2001.58.

D

DEMOGUE, RENE, *Traité des obligations en général*, Tome IV, Effets des obligations, Paris: Rousseau, 1933, n. 3, p. 8 ss..

F

FAVERAU, OLIVIER, *Le droit du travail face au capitalisme, d'une normativité ambiguë à une normativité de l'ambiguïté*, in Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005.

FAVEREAU, OLIVIER, *Note critique sur le droit, l'économie et le « marché » du travail*, in *Revue de droit du travail*, 2012, 9, p. 479 ss..

FROSSARD, SERGE, *Les qualifications juridiques en droit du travail*, in *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, n. 30, p. 31 ss..

G

GAUDU, FRANCOIS, *Les licenciements pour motif économique et la théorie de "L'employeur seul juge"*, in *L'emploi*, Journées Michel Despax, 2004, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2006, p. 57 ss..

GARAPON, ANTOINE ; ALLARD, JULIE ; GROS, FREDERIC, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008.

GREVY, MANUELA, *Le juge, ce gêneur...*, in *Revue de droit du travail*, 2013, 3, p. 179 ss..

J

JEAMMAUD, ANTOINE ; LE FRIANT, MARTINE, *Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi*, in *Droit Social*, 2001, p. 417 ss..

K

KOJEVE, ALEXANDRE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, Paris, 1981.

L

LAFUMA, EMMANUELLE, *Les procédures internes, contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, in *Librairie générale de droit et de jurisprudence*.

LAMBRY-VASSEUR, FANNY, *La bonne foi dans les relations individuelles de travail*, in *Les Petites Affiches*, 2000, n. 55, p. 61 ss..

LE TOURNEAU, PHILIPPE, *Bonne foi*, Répertoire civil Dalloz, 1995.

LOKIEC, PASCAL, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, in *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 2004.

LOKIEC, PASCAL, *Droit du travail 1. Les relations individuelles du travail*, Presses Universitaires de France, 2011.

LOKIEC, PASCAL, *Du nécessaire dialogue entre le droit du travail et le droit des sociétés*, in *Revue de Droit du Travail*, 2008, p. 221 ss..

LOKIEC, PASCAL, *Il faut sauver le droit du travail*, Odile Jacob, 2015.

LOKIEC, PASCAL, *L'adaptation du travail à l'homme*, in *Droit Social*, 2009, p. 755 ss..

LOUSSOUAM, YVES, *La bonne foi, Rapport de Synthèse, La bonne foi*, Trav. Ass. Henri-Capitant, p. 12 ss..

LYON-CAEN, ANTOINE, *Le droit du travail et la liberté d'entreprendre*, in *Droit Social*, 2002, p. 258 ss..

LYON-CAEN, ANTOINE, AFFICHARD J., VERNAC S., *De l'analyse économique à l'évaluation du droit du travail*, in *Revue du Droit du Travail*, 2009, p. 631 ss..

LYON-CAEN, ANTOINE, *Le control judiciaire du motif économique et ses turbulences*, in *Droit Ouvrier*, 2007.156.

LYON-CAEN, ANTOINE ; VACARIE, ISABELLE, *Droits fondamentaux et droit du travail*, in *Mélanges en l'honneur de J.M. Verdier*, Dalloz, 2001.

LYON-CAEN, GERARD, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1946, p. 83 ss..

M

MEYRAT, ISABELLE, *Droits fondamentaux et droit du travail: réflexions autour d'une problématique ambivalente*, in *Droit Ouvrier*, 2002, 7, p. 343 ss..

MOULY, JEAN, *La rupture de l'essai motif non inhérent à la personne du salarié: fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse?*, note sous Soc., 20 nov. 2007, Dalloz, 2008, p. 196 ss..

P

PELISSIER, JEAN, *La cause économique du licenciement*, in *Revue Jurisprudence Sociale*, 1992, 8-9, p. 527 ss..

PELISSIER, JEAN, *La cause économique du licenciement dans la loi votée le 19 décembre 2001 en dernière lecture par l'Assemblée nationale*, in *Droit Ouvrier*, 2002, p. 145 ss..

PERULLI, ADALBERTO, *Observations sur les réformes de la législation du travail en Europe*, in *Revue de Droit du travail*, 2015, 3, p. 170 ss..

PESKINE, ELSA; WOLMARK, CYRIL, *Droit du travail*, Dalloz, 2012.

POSNER, RICHARD, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, 1986, p. 230 ss..

R

RIALS, STEPHANE, *Le juge administratif et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Préf. Weil, in *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, coll. Bibliothèque de droit public, 1980, n. 93, p. 120 ss..

ROMAIN, JEAN FRANCOIS, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, 2000, p. 44 ss..

S

SACHS, TATIANA, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, in *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris-X, 2009.

SACHS, TATIANA, *La raison économique en droit du travail*, in *Revue de Droit du travail*, 2011, p. 618 ss..

T

TEYSSIE, BERNARD, *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Ed. Economica, coll. Etudes Juridiques, 2011.

U

URBAN, QUENTIN, *La "bonne foi", un concept utile à la régulation des relations de travail*, in *Le droit social - Le droit comparé. Etudes dédiés à la mémoire de Pierre Ortscheidt, Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, 2003, n. 6, p. 330 ss..

V

VETTORI, STELLA; CROWTHER, DAVID, *The Employment contract and the changed world of work*; Gower; 2007.

VIGNEAU, CHRISTOPHE, *L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail*, in *Droit Social*, 2004, p. 706 ss..

VOUIN, ROBERT, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, in *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 1939, p. 243 ss..

W

WAQUET, PHILIPPE, *L'officieux et le "non dit"*, in *Droit Social*, 2009, p. 511 ss..

WAQUET, PHILIPPE, *Le contrôle par le juge du licenciement économique*, in *JPC*, ed. E, 2003, suppl. n. 51/52, p. 10 ss..

WAQUET, PHILIPPE, *Le licenciement économique dans la loi de modernisation sociale*, in *Droit Social*, 2002, p. 264 ss..

WAQUET, PHILIPPE, *Le trouble objectif dans l'entreprise*, in *Revue de Droit du Travail*, 2006, p. 304 ss..

WAQUET, PHILIPPE, *Les libertés dans l'entreprise*, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2000, p. 335 ss..

WAQUET, PHILIPPE, *Quelques réflexions sur l'arrêt SAT en particulier et sur le licenciement pour motif économique en général*, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2001, 7, p. 567 ss..

WAQUET, PHILIPPE, *Vie personnelle et vie professionnelle du salarié*, in *Les Cahiers du Barreau de Paris*, 1994, n. 64, p. 289 ss..

Estratto per riassunto della tesi di dottorato

Studente: Feltre Annalisa (matricola 963856)

Dottorato: Diritto, Mercato e Persona

Ciclo: XXIX°

Titolo della tesi: Il controllo giudiziario dei poteri dell'imprenditore. Il ruolo delle clausole generali nel diritto del lavoro.

Abstract: Il lavoro di tesi si propone di analizzare il tema del controllo del giudice sui poteri dell'imprenditore, con particolare riferimento alle clausole generali che permeano la legislazione giuslavorista. L'elaborato, mettendo in relazione la giurisprudenza in tema di limiti al potere datoriale con la legislazione speciale degli ultimi anni che, a partire dal Collegato lavoro del 2010 fino al Jobs Act, ha avuto l'obiettivo, più o meno espresso, di limitare il sindacato dell'organo giudiziario, al punto da volerne ridurre il ruolo a semplice "notaio" della procedura, si interroga sulla possibilità di valorizzare le clausole generali come strumento in grado di recuperare quelle garanzie che la stessa legge sembra aver voluto attenuare.

The thesis deals with the judicial control over the employer's powers, with particular reference to the "general" clauses. The report highlights the case-law relating to the employer's power to direct the employee and investigates the special legislation of the last few years (especially the "Jobs Act"), aimed at limiting the role of the judge. Starting from these topics, the purpose of the study is to demonstrate that "general" clauses could be used by the judiciary as a tool to limit the employer's powers and to extend the workers' protection.