

## BOZZA PROVVISORIA

Aidlass - Roma, 29 maggio 2014

### DIRITTO DEL LAVORO E NOZIONI A CONTENUTO VARIABILE NELLA PROSPETTIVA DEL DATORE DI LAVORO

*Gianni Loy*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La dogmatica delle clausole generali nella elaborazione di Luigi Mengoni. 3. Il seguito del dibattito. 4. Una più ampia nozione di clausola generale all'interno dello schema elaborato da Mengoni. 5. Un interesse che prosegue ed evolve. 6. Le fonti di integrazione delle clausole generali tra regole interne e regole esterne al diritto positivo. 7. L'ermeneutica delle clausole generali e l'incontenibile potere del giudice. 8. Ermeneutica delle clausole generali ed arbitrio giudiziale. 9. Ermeneutica delle clausole generali: sindacato di Cassazione e funzione della giurisprudenza. 10. Le clausole generali nell'antinomia tra certezza del diritto ed evoluzione del sistema. 11. Clausole generali e tensione tra i poteri dello Stato. 12 Conclusioni.

#### 1. Premessa.

Nel 1985, in occasione delle giornate di Studio organizzate dalla Scuola superiore di studi universitari di Pisa, in onore di Ugo Natoli, Luigi Mengoni ha portato un fondamentale contributo alla sistemazione teorica delle clausole generali. Nel farlo, proprio in quell'occasione, affermava che "la materia delle clausole generali attende ancora una sistemazione teorica definitiva sia sul piano dell'elaborazione di appropriati modelli argomentativi, sia sul piano dogmatico"<sup>1</sup>. Quell'affermazione, a quasi 30 anni di distanza, può essere ritenuta ancora valida. Nonostante alcuni sviluppi, sulla sistemazione teorica non sono stati fatti significativi passi avanti rispetto alla costruzione di Mengoni che, proprio sul piano analitico, continua a costituire un imprescindibile riferimento anche per la più recente dottrina.

L'interesse della materia, già a partire dagli anni '60, era determinato soprattutto dal contributo che la teoria delle clausole generali avrebbe potuto apportare nel superamento di un giuspositivismo che pretendeva codici completi ed esaustivi, norme precise in grado di individuare fattispecie determinate e discipline dettagliate<sup>2</sup>.

Le clausole generali consentivano, e consentono, grazie alla loro elasticità, da un lato un'apertura verso le nuove esigenze di una società in trasformazione, un adeguamento del sistema giuridico alla luce delle trasformazioni economiche e sociali, e dall'altro lato l'ingresso nel sistema giuridico di contenuti meta giuridici. L'interesse di Mengoni per le clausole generali deriva proprio dal grado di apertura, da queste consentito, all'ordinamento giuridico. Non a caso il contributo di Mengoni, come è stato recentemente ricordato, costituisce "un messaggio denso di umanità che va oltre il diritto e si apre ai valori etici: non sempre comunemente apprezzati, pur essendo nel loro complesso la precondizione della convivenza"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Mengoni, 1986, 8.

<sup>2</sup> Gentili, 2010, IX ss.

<sup>3</sup> Roscigno, 2011, IX ss.

<sup>4</sup> Roscigno, 2011, IX ss.

<sup>5</sup> Weber, 1999, 196 ss.

<sup>6</sup> Nel diritto del lavoro il tema della giuridificazione è stato oggetto di grande interesse da parte di Vardaro,

In quegli anni, si parlava di una nuova “legislazione per principi”<sup>4</sup> e veniva enfatizzata la “stagione delle clausole generali”.

Vi era la consapevolezza, già da allora, del fatto che l’adozione delle clausole generali avrebbe potuto comportare profonde conseguenze sul sistema, sulle regole dell’interpretazione, sul potere dei giudici, cioè una profonda modifica, se non un ribaltamento, degli equilibri che il positivismo giuridico riteneva consolidato.

Molta acqua è passata sotto i ponti. Quell’aspettativa, all’epoca, non ha visto la luce, ma il sistema ha continuato ad evolvere, grazie al fatto che le tensioni innovative hanno trovato anche altri canali di espressione. Il differente contesto muta anche la prospettiva dell’analisi, recentemente ritornata d’attualità, mantenendo, però un punto in comune, qualificante, relativo agli effetti indotti dall’utilizzo delle clausole generali ma anche, come si vedrà, di altri strumenti analoghi caratterizzati dall’indeterminatezza. Ciò riguarda anche la materia del diritto del lavoro, chiamata ad interrogarsi sull’utilizzo di questa tecnica in relazione alle proprie peculiarità.

L’espansione delle clausole generali e delle nozioni a contenuto variabile nel diritto, va compresa alla luce del più ampio fenomeno della crisi del mito della certezza e della razionalità del diritto, a causa di una complessa serie di fenomeni, tra i quali Weber evidenzia le caratteristiche e le forme assunte dalla produzione capitalista<sup>5</sup>, nonché l’emersione di un modello di società pluralista che sfocia spesso nel conflitto tra i gruppi sociali e che, contemporaneamente, si manifesta nella perdita di centralità del diritto di derivazione statutale, espresso attraverso il modello della legge generale ed astratta nella forma del comando sanzione. La crisi di tale modello regolativo è causa dell’evoluzione delle tecniche regolative di fronte alla complessità del reale. Una delle manifestazioni più evidenti della crisi regolativa della legge, incapace di cogliere la complessità dei fenomeni economici e sociali, è rappresentata dall’iper-regolazione, dall’eccesso di giuridificazione<sup>6</sup>, col rischio, evidenziato da Habermas<sup>7</sup>, della colonizzazione della realtà.

Negli stessi termini di confronto tra complessità della realtà economica e sociale e regolazione giuridica, possono essere lette le teorie sistemiche e autopoietiche del diritto che concepiscono il diritto, lo Stato, e l’economia come sistemi operativamente chiusi e cognitivamente aperti, secondo le quali la regolazione della realtà non è altro che autoregolazione del sistema giuridico<sup>8</sup>.

Un altro evidente risultato della crisi regolativa della legge è rappresentato dalla proliferazione dei soggetti normativi: la legge da sostanziale si fa procedurale e, al fine di devolvere le funzioni normative, si limita ad individuare soggetti e procedure, attraverso le quali saranno definiti i contenuti normativi. La proceduralizzazione del diritto è un epifenomeno della stessa crisi regolativa che, come si è detto, ha portato all’espansione delle clausole generali e delle nozioni variabili nel diritto: è la difficoltà di regolare complessi fenomeni economici e sociali attraverso norme di carattere sostanziale, che porta a lasciare spazio alle norme procedurali. Nel diritto del lavoro, in particolare, questa tecnica regolativa si è consolidata attraverso la devoluzione alla contrattazione collettiva delle funzioni normative della legge, attraverso forme diverse, spesso descritte come deregolamentazione. Ogni qualvolta la legge non possa, a causa della complessità degli interessi coinvolti, definire una norma sostanziale, si devolve il potere normativo al contratto collettivo, individuando i soggetti e le procedure.

---

<sup>4</sup> Rodotà, 1967, 89 ss.

<sup>5</sup> Weber, 1999, 196 ss.

<sup>6</sup> Nel diritto del lavoro il tema della giuridificazione è stato oggetto di grande interesse da parte di Vardaro, 1984; Giugni, 1986.

<sup>7</sup> Habermas, 1986, 204 e ss.

<sup>8</sup> Teubner, Febbrajo (eds.), 1992.

Nei sistemi giuridici proceduralizzati la legittimazione e la razionalità del diritto si pongono in termini del tutto inediti e secondo Habermas, sono i diritti di legittimazione democratica e l'affermazione di spazi deliberativi democratici<sup>9</sup> a costituire il fondamento dell'ordinamento giuridico.

Nel dibattito sulle clausole generali sono da evidenziare due aspetti fondamentali di contesto. Il primo riguarda il fatto che il dibattito sulle clausole generali e l'adozione di questa tecnica da parte del legislatore ha travalicato l'alveo del diritto privato, per lungo tempo sede privilegiata del dibattito, per interessare altre discipline. Per un verso, è accresciuta la consapevolezza in materie, come il diritto costituzionale, già direttamente coinvolto nel processo, ma si è estesa anche a settori tradizionalmente resistenti, proprio perché caratterizzati da un principio rigidamente formalistico, come il diritto amministrativo, dove le norme a contenuto elastico, anche per l'influsso della disciplina dell'Unione europea, sembrano trovare oggi un terreno particolarmente fertile.

In secondo luogo, sono cambiate le voci critiche. I nostri colleghi giuslavoristi che, sulla scia dell'interesse suscitato nell'ultimo scorcio degli anni '80 del secolo scorso<sup>10</sup>, hanno approfondito la materia, hanno dovuto dar conto delle critiche mosse dai settori più conservatori del formalismo giuridico che paventavano, con l'avvento delle clausole generali, il superamento del metodo, quello deduttivo, incentrato sulla sussunzione. Temevano, cioè, il venir meno di quella vagheggiata certezza e completezza che l'ordinamento avrebbe potuto e dovuto garantire.

La più attenta dottrina, in quegli anni, avvertiva il carattere strutturale del cambiamento che si stava producendo nell'economia e nella società: non si trattava semplicemente di uscire dalla fase della legislazione dell'emergenza (oggi si direbbe l'uscita dal tunnel), ma di trovare nuove soluzioni per nuovi bisogni<sup>11</sup> anche sul piano del modello legislativo e delle tecniche di governo del conflitto. Si trattava di invertire la rotta rispetto ad un interventismo legislativo eccessivo e non più in grado di governare le trasformazioni in atto nell'economia reale. Possibili strumenti sono stati individuati nella de-regolazione, nella delega alla contrattazione collettiva, nell'apertura a forme alternative di soluzione dei conflitti, sino alla sperimentazione di strumenti preventivi di regolazione, quali la certificazione.

Questa attenzione all'evoluzione del reale, tuttavia, che per alcuni giuristi si è trasformata in un vero e proprio innamoramento per l'economia e per le sue capacità, suppostamente taumaturgiche, ha visto come contraltare il fatto che il prestatore di lavoro, con la progressiva erosione del garantismo, in nome delle sempre più impellenti esigenze di flessibilità e di competitività dell'impresa, ha ripreso la sua tradizionale fisionomia di soggetto debole ed isolato. Ancor più debole in quanto, mentre gli vengono sottratte alcune delle tradizionali tutele legislative, a partire da quella, fondamentale, della stabilità, gli vengono riconosciuti, in quanto persona, cittadino o prestatore di lavoro, nuovi diritti, quelli della terza generazione, e vengono anche perfezionati i diritti sociali della seconda generazione. Ciò almeno sulla carta, o meglio, soprattutto nelle "Carte" dei diritti proclamate prevalentemente a livello sovranazionale. Il prestatore di lavoro viene così esposto alla duplice privazione: di ciò che non ha più e di ciò che non ha ancora.

Posto che il sistema, affetto dalla patologia, ormai endemica, dell'ineffettività, non è in grado di rispondere alla richiesta di sicurezza<sup>12</sup> proveniente da questi "nuovi" soggetti, una parziale risposta proviene proprio dall'utilizzo delle clausole generali presenti nel dettato costituzionale, la

---

<sup>9</sup> J. Habermas, 1996, 490.

<sup>10</sup> In particolare: Tullini, 1990; Zoli, anno

<sup>11</sup> Treu, 1985, 387, ss. *Relazione Aidlass 2013*

<sup>12</sup> Su cui: Loi, 2000.

cui ampiezza consente, e non da oggi<sup>13</sup>, di offrire una almeno parziale risposta a questi nuovi bisogni. Attività giudiziale che, largamente superata la remora relativa alla sua funzione creativa del diritto, dimostra, anche grazie al ricorso alle norme elastiche o ai principi generali, di possedere strumenti idonei alla soddisfazione di diritti che, altrimenti, potrebbero rimanere largamente frustrati.

Attualmente, mi pare che le preoccupazioni di tipo sistematico all'utilizzo di nozioni aperte siano state superate dai fatti. Semmai, una ferma opposizione all'utilizzo delle clausole generali deriva, oggi, dalle teorie ispirate all'analisi economica, che concepisce le clausole generali "come semplice ausilio rispetto alla razionalità limitata degli agenti e come possibile rimedio ai c.d. fallimenti del mercato"<sup>14</sup>. L'idea di poter governare società complesse ricorrendo a clausole generali è ritenuta "altamente illusoria". Il vuoto derivante dal venir meno dei valori organicamente condivisi, è inevitabile che "venga tendenzialmente riempito dalle compatte concezioni tecnocratiche piuttosto che dalle sfrangiate concezioni moralistiche"<sup>15</sup>. Il riferimento, ovviamente, non è solo alle clausole generali in senso stretto, bensì a tutte le situazioni in cui l'interprete disponga di un significativo potere valutativo sul significato della norma.

Tralasciando, per il momento, ulteriori approfondimenti<sup>16</sup> si osserva che le teorie ispirate al vecchio formalismo giuridico e quelle sostenute dalla Laws & Economics hanno in comune l'idea di una giurisprudenza solo dichiarativa dove il giudice debba limitarsi alla ricerca dell'unica soluzione corretta indicata dal legislatore o svolgere una funzione meramente notarile<sup>17</sup> delle transazioni che dovrebbero, sostanzialmente, essere governate dall'economia.

La differenza sta nel fatto che, a fronte della pretesa funzione solo dichiarativa della giurisprudenza, cui è bene incominciare a riconoscere anche il patronimico, *potere giudiziario* nell'ambito della teoria della separazione dei poteri, la funzione creativa apparterebbe: nella visione tradizionale al potere legislativo, nella visione di Laws & Economics al sistema economico.

Nella strategia generale sottesa al dominio, senza voler per il momento anticipare giudizi di merito, l'importanza del possesso di palla è evidente. Un potere giudiziario che riesca a ritagliarsi uno spazio nel processo di creazione del diritto diventa un ostacolo sia alle pretese di governo assoluto del principe, preoccupazione dell'origine, che alle pretese monopolistiche dell'economia, preoccupazione odierna. E poiché le clausole generali, le norme elastiche, i principi generali e quant'altro di indeterminato sia alla portata del potere giudicante, si configura quale tecnica ed allo stesso tempo quale legittimazione di un potere non più soltanto dichiarativo, ecco che tali strumenti finiscono per acquistare un rilievo di straordinaria importanza nelle strategie di evoluzione del sistema.

Accanto a tale funzione "straordinaria", delle norme a contenuto variabile, non soltanto, quindi, delle clausole generali in senso stretto, si accompagna anche una loro funzione "ordinaria". In questo caso, sono concepite quali mere tecniche di regolazione, con più limitate implicazioni ideologiche, che registrano differenti gradi nello stabilire sino a quale dettaglio possa o voglia spingersi la norma-regola

Per l'accesso all'impiego, ad esempio, l'ordinamento richiede il possesso della idoneità psicofisica, ma il legislatore può indicare criteri tassativi, quali una predeterminata età o altezza,

---

<sup>13</sup> Tullini, 1990, 87.

<sup>14</sup> Denozza, 2009, 31 ss.

<sup>15</sup> Denozza, 2011, 16, che, tuttavia, muove all'analisi economica del diritto la critica di "contribuire a rendere opachi e non trasparenti i rapporti sociali che si vogliono disciplinare".

<sup>16</sup> Per i quali si rinvia, alle due differenti posizioni di Persiani, 2000, e Perulli, 2013..

<sup>17</sup> Perulli, 2013, 2.

eventualmente anche differenti in relazione al sesso o alle mansioni da svolgere, oppure può limitarsi ad indicare un criterio di riferimento più o meno elastico che sarà il giudice a dover riempire di contenuti<sup>18</sup>.

Si tratterà di verificare, semmai, la possibilità di recuperare un più o meno ampio potere valutativo, ad esempio, alla luce dei principi generali.

## **2. La dogmatica delle clausole generali nella elaborazione di Luigi Mengoni.**

Il dibattito sulle clausole generali, in Italia, è caratterizzato da due percorsi, paralleli. Un primo filone dottrinale si è soffermato soprattutto sull'applicazione di una serie di norme che, in quanto caratterizzate da un contenuto almeno parzialmente indeterminato, postulano una attività integrativa, o discrezionale, del giudice, suscettibile, in principio, di modificare lo schema tipico di un ordinamento ispirato ancorato agli schemi del positivismo. Questa dottrina, con minori pretese di rigore analitico, faceva riferimento ad una nozione particolarmente ampia, che poteva comprendere, a volte ritenendole varianti semantiche, a volte figure equivalenti, formule come principi generali, norme elastiche, clausole generali, equità, etc. Il suo interesse era determinato prevalentemente dalla valenza di tale tecnica legislativa in termini di politica del diritto. L'orientamento "favorevole" alla diffusione di questa tecnica di governo, ad esempio, riteneva che una sua diffusione avrebbe consentito al sistema giuridico un positivo dialogo con una realtà in continua evoluzione, posto che l'ordinamento giuridico, in quella fase, non appariva in grado di rispondere alle sempre più mutevoli e imprevedibili esigenze della società.

E' in questo clima che nasceva la proposta di una legislazione per principi<sup>19</sup>.

Nel frattempo, un'altra parte della dottrina, è impegnata nella costruzione di una teoria analitica della clausole generali che, a partire dall'elaborazione della dottrina tedesca, trova una prima, compiuta, sistemazione nel 1987 con il saggio di Luigi Mengoni. Si tratta di una trattazione che, tuttora, rappresenta un imprescindibile riferimento per chi voglia condurre l'esame sotto il profilo analitico. L'analisi di Mengoni si sofferma, essenzialmente, sulla nozione di clausola generale, esaminata dal punto di vista dogmatico, con la preoccupazione di distinguerla da quelle, più somiglianti, quali la norma generale o il principio generale.

La clausola generale, per Mengoni, è una tecnica giudiziale "che delega al giudice la formazione della norma (concreta) vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale"<sup>20</sup>. La clausola generale, pertanto, non contiene "un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta" tale da potere essere posto a premessa di un giudizio sussuntivo. Si tratta norme incomplete, "frammenti di norme", che non possiedono neppure una propria autonoma fattispecie, "essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni"<sup>21</sup>. Lo standard sociale, contrariamente ad alcune

---

<sup>18</sup> In un caso "presume" il possesso della capacità dalla sussistenza di un'età o altezza predeterminata, nell'altro caso rinvia ad una valutazione da operarsi caso per caso. Cfr: Loy, **anno**

<sup>19</sup> Rodotà, 1967.

<sup>20</sup> Mengoni, 1986, 15.

<sup>21</sup> Ivi, p. 11. Nello stesso senso Velluzzi, 2010, **p.** In senso contrario Libertini, 2011, p. 4, secondo il quale "il termine c.g. viene di solito impiegato per designare norme complete, ancorché usualmente ritenute per qualche aspetto diverse dalle norme ordinarie, e comunque di solito non definite con precisione".

perduranti letture, che lo farebbero coincidere con la stessa clausola generale, è esterno ad essa<sup>22</sup>, si tratta di una norma sociale di condotta cui il giudice è chiamato a fare riferimento. Vi è una profonda differenza, tuttavia, con la concezione tradizionale, che intendeva la direttiva contenuta nella clausola generale- pur consentendo al giudice di ricorrere a nozioni dell'ordinamento extra-giuridico, alla morale, al costume, etc.- come rigidamente vincolata alla ricerca di uno standard valutativo socialmente accettato. Per dirla in termini pratici: il giudice non avrebbe potuto disporre della delega per applicare al caso concreto valori di riferimento secondo un proprio apprezzamento, ma individuare, necessariamente, quelli, e solo quelli, corrispondenti all'opinione dell'uomo medio. In definitiva, non avrebbe potuto introdurre visioni più avanzate o pretendere di svolgere una funzione educativa del costume. Ora, invece, il giudice non è tenuto ad applicare lo standard sociale corrispondente alla direttiva contenuta nella norma, "il *comune* senso del pudore", ma solo a farvi riferimento. Il giudice si serve degli standards, intendendoli quali criteri direttivi "per la ricerca di valori che il giudice deve poi tradurre, con un proprio giudizio valutativo, in una norma di decisione"<sup>23</sup>. Ciò in quanto i valori, non essendo conoscibili direttamente, richiedono la necessaria mediazione di esperienze concrete che, offrendone una dimostrazione pratica, consentono di apprezzarli<sup>24</sup>.

Al giudice viene così assegnata "una funzione di estrema importanza e delicatezza nella verifica della portata della clausola generale", per quanto si tratti di una verifica "di carattere essenzialmente empirico e non soggettivo"<sup>25</sup> che consente, o meglio impone, di sviluppare il processo interpretativo al di fuori della tecnica della sussunzione<sup>26</sup>.

Riprendendo la comparazione con l'altro filone cui si è fatto cenno, si può osservare che mentre l'aspirazione ad una legislazione per principi ha carattere "eversivo", in quanto volutamente indirizzato ad una più radicale modifica del sistema, la teoria di Mengoni potrebbe essere definita progressista, in quanto innesta le novità nel solco di un sistema le cui regole non devono essere stravolte. Non a caso, egli ha cura di precisare che il superamento del positivismo, promosso dalla nuova concezione che si fa strada, "non vuol dire superamento del principio di positività del diritto"<sup>27</sup>. Pertanto, egli lamenta il fatto che non siano state utilizzate le clausole generali già presenti nelle fonti normative, che avrebbero potuto mettere "a profitto le possibilità di contributo al progresso del diritto", ma non si duole affatto dell'insuccesso della proposta di una "legislazione per principi"<sup>28</sup>, considerando "il rischio che una legislazione siffatta porti lo Stato di diritto a degenerare in uno Stato giustizialista"<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> In tal senso, recentemente, Velluzzi, secondo il quale "lo standard altro non è che il criterio necessario alla determinazione del significato delle clausole generali": Velluzzi, 2010, 9. Più problematico Rodotà, 1987, 767, che non coglie un'apprezzabile differenza tra standard e clausola generale: in *Il tempo delle clausole generali*. Utilizza la nozione in termini affatto differenti: Perulli, 2011.

<sup>23</sup> Mengoni, 1986, 15.

<sup>24</sup> Per un approfondimento del rapporto tra norma e valore, si veda Forcellini, **anno**.

<sup>25</sup> Pallini, **anno**.

<sup>26</sup> Per alcuni, tuttavia, potremmo trovarci in presenza di una sorta di rovesciamento del sillogismo: la premessa maggiore non può essere costituita dalla norma, in quanto indeterminata, sarebbe, quindi, il giudizio di fatto, espresso sulla base di parametri extralegali "a riempire il contenuto e a concretizzare la clausola generale": D'amico, 438. Così anche Di Majo, 1984, 539. Lo esclude, invece: Luzzati, 2012, 190.

<sup>27</sup> Mengoni, 1986, 14.

<sup>28</sup> Il riferimento è a quanto si è detto, ispirato da Rodotà, 1967, 83 ss.

<sup>29</sup> Mengoni, 1986, 6. In riferimento al rischio che "la indeterminatezza procurata dalle clausole generali potrebbe assumere dimensioni anche estreme ed aberranti, mediante macro-clausole *totalizzanti*, espressione di regimi totalitari". In altra occasione: «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

Vi è poi da sottolineare che la valutazione del giudice, proprio per essere vincolata al riferimento a uno standard sociale, impone al giudice di concretizzarla in una forma generalizzabile, cioè in funzione di una tipologia sociale<sup>30</sup> che consenta di creare modelli stabili di decisione. Ciò significa che non può concepirsi un diritto che possa valere solo per un caso concreto. Ove il giudice, nell'esaminare un caso, ritenga insufficienti le norme esistenti ed elabori una soluzione, questa, per essere ammissibile, dovrà poter essere applicabile anche a casi analoghi, "apoyarse en una norma, siquiera esta no esté formulada todavía"<sup>31</sup>.

Le clausole generali, nella sistematica di Mengoni, oltretutto dall'equità, vanno distinte anche dalle norme generali e dai principi generali. Distinzione opportuna visto che, ancor oggi, è proprio con questi due concetti che le clausole generali vengono spesso confuse.

Le norme generali, sono norme complete. La peculiarità consiste nel fatto che "la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva, 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"<sup>32</sup>. E' in questa categoria che rientrano, tra gli altri, concetti a noi familiari, quali giusta causa o giustificato motivo. La differenza con le clausole generali risiede nella circostanza che, in questo caso, al giudice, cui è consentito uno spazio di oscillazione nella decisione, viene riconosciuta una discrezionalità di fatto e non "di una discrezionalità produttiva o integrativa di norme"<sup>33</sup>.

I principi generali, infine, vengono da Mengoni distinti tra principi assiomatici o dogmatici, "premesse maggiori di deduzione, nella forma del sillogismo apodittico, di regole di decisione nell'ambito di categorie più o meno ampie di fattispecie", e principi retorici, che avrebbero la funzione di fornire "basi di partenza per argomentazioni del giudice nelle forme dialettiche della logica preferenziale"<sup>34</sup>. Anche in questo caso, la distinzione riposa soprattutto sul fatto che le clausole generali, a differenza dei principi generali, pur impartendo al giudice una direttiva volta alla ricerca della norma di decisione, costituiscono solo una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare e non contengono "un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta"<sup>35</sup>.

### 3. Il seguito del dibattito.

---

insorgono dalla «tensione tra due modelli valutativi costituiti dallo Stato di diritto e dallo Stato sociale» in Mengoni, *Recensione a Franz Wieaker, Storia del diritto privato moderno con particolare riferimento alla Germania*, cit. p. 53, citato da Nogler, 2006, 14.

<sup>30</sup> Mengoni, 1986, 13.

<sup>31</sup> Miquel González, 1997, 325, in adesione alla teoria di Jurgen Schmidt. E' qui che Mengoni argomenta circa la distinzione tra clausola generale ed equità. Lo fa con particolare insistenza, sia per marcare la differenza con una diffusa opinione (il riferimento è alla dottrina tedesca) che, a suo avviso, confonde l'equità con le clausole generali<sup>31</sup>, sia, dal punto di vista pratico, per evitare che "sotto il nome della buona fede si insinuino un giudizio di equità modificativo del regolamento legale": Mengoni, 1986, p. Anche che a Di Majo, qualche anno prima, aveva espresso ampie riserve sul fatto di una possibile differenziazione, sul piano pratico, tra equità e clausole generali essendo "assai tenue il filo che lega la decisione sul singolo caso al contenuto (assiologico) della clausola generale". Di Majo, 1984, 547.

<sup>32</sup> Mengoni, 1986, 11.

<sup>33</sup> Mengoni 1986, 10.

<sup>34</sup> Mengoni, 1986, p. Nel senso di distinguere la clausole generali dai principi anche Rodotà, 1987, 721.

<sup>35</sup> Mengoni, *loc. ult. cit.*

Il dibattito successivo ha visto un andamento altalenante. Tra la fine degli anni 80 ed i primissimi anni '90 del secolo scorso si è registrato un elevato interesse della dottrina con assoluta prevalenza di quella privatistica. Dopo un lungo intervallo, caratterizzato da un interesse più occasionale, il tema delle clausole generali è tornato di forte attualità nell'ultimo lustro attirando, in maniera prevalente, l'interesse di altri settori, dalla filosofia al diritto commerciale, amministrativo, penale, costituzionale.

Il filone che ha privilegiato un approccio analitico e dogmatico alle clausole generali ha continuato a ragionare attorno alla teoria di Mengoni, precisando o criticando alcuni aspetti, ma non è mai giunta a formulare una teoria alternativa a quella da lui proposta.

Per Rodotà, che ha privilegiato altri percorsi, ed utilizza una nozione di clausola generale più ampia di quella proposta da Mengoni, la caratteristica tipica delle clausole generali non consiste tanto nel potere integrativo riconosciuto al giudice, ammesso anche in presenza di norme generali o comunque indeterminate, quanto nel fatto che l'indeterminatezza sia intenzionale<sup>36</sup>. La nozione di fattispecie aperta, infatti, ricorre, più in generale nel caso di "esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma"<sup>37</sup>. Sarebbe, pertanto, che tra la nozione di fattispecie aperta e la clausola generale intesa in senso stretto, intercorra una relazione tra *genus* e *species*: tra le possibili fattispecie aperte, possono essere classificate come clausole generali quelle in cui la indeterminatezza derivi da una scelta intenzionale del legislatore<sup>38</sup>.

Anche Castronovo che, come si vedrà, proporrà un altro percorso incentrato sugli aspetti dell'interpretazione, sul piano analitico prende atto, positivamente, della elaborazione di Mengoni. Prima ancora, dopo aver messo in guardia dal rischio che, enfatizzando l'elevata generalità quale tratto identitario delle clausole generali, si potesse confonderle con le norme generali, aveva indicato nel potere integrativo del giudice l'elemento caratteristico delle clausole<sup>39</sup>.

L'elemento della "vaghezza o indeterminatezza" ritorna di frequente nel dibattito, esso è considerato un "peculiare coefficiente" delle clausole generali "quantitativamente e qualitativamente diverso da quello implicito in ogni enunciato normativo"<sup>40</sup>. Senza, con ciò, negare la teoria di Mengoni, posto che "in fondo" le clausole generali consistono in un rinvio all'interprete, al quale è delegato il compito di una loro *disambiguazione* in funzione di parametri variabili<sup>41</sup>.

Più recentemente, Velluzzi si è soffermato sul carattere della indeterminatezza propria delle clausole generali proponendo che debba trattarsi di una "indeterminatezza semantica" che ricorrerebbe in presenza di "un termine o sintagma valutativo il/i cui criterio/i di applicazione non è/sono determinabili se non attraverso il ricorso a parametri di giudizio tra loro potenzialmente concorrenti"<sup>42</sup>. Con ciò sembra escludere che possano rientrare tra le clausole generali le ipotesi nelle quali il giudice è chiamato a decidere sulla base di termini non valutativi, come

---

<sup>36</sup> Il carattere dell'intenzionalità è frequentemente ribadito dalla dottrina successiva. In senso contrario, però, si veda Castronovo, 2013, 12. secondo il quale l'indeterminatezza potrebbe derivare da una "più o meno intenzionale" rinuncia a una tecnica casistica" oppure dall'impossibilità di determinare a priori il contenuto della norma.

<sup>37</sup> Rodotà, 1987, 721.

<sup>38</sup> Ivi.

<sup>39</sup> Castronovo, 1979, 102-103. Nello stesso senso: D'Amico, 1989, 427 ss.

<sup>40</sup> Castronovo 2013, 1.

<sup>41</sup> Castronovo, 2013, 3.

<sup>42</sup> Velluzzi, 2010, 8, Idea successivamente accettata da Luzzati, per il quale si può parlare di clausole generali come sintagmi, ma solo per metonimia, allo stesso modo in cui si suole affermare che un termine o una frase sono vaghi, intendendo in realtà riferirsi ai contenuti di tali espressioni": Luzzati, 2012, 172.



l'impossibilità sopravvenuta. L'autore, mette in guardia dal pericolo di confondere l'indeterminatezza con altre situazioni incerte, quali la vaghezza o l'ambiguità. Si tratta di un approccio comune tra i filosofi del diritto che, spesso, formulano vere e proprie tipologie o classificazioni a seconda del tipo o del grado di incertezza. Si tratta di ragionamenti che, tuttavia, non sempre risultano utili per il tipo di analisi che ci interessa.

Velluzzi perviene ad una definizione delle clausole generali<sup>43</sup> contenente una ulteriore specificazione, quella per cui i parametri di giudizio cui dovrà far ricorso il giudice possono essere interni o esterni al diritto. Cosa debba intendersi per criteri interni o esterni al diritto è sufficientemente chiaro. Meno chiara l'utilità discretiva, sulla quale si ritornerà. Uno spunto interessante, semmai, riguarda la distinzione operata dall'autore tra l'attività interpretativa compiuta per poter individuare il significato della clausola generale e quella che il giudice compie quando deve affrontare questioni "di vaghezza di significato o di ambiguità dei termini e degli enunciati, oppure in presenza di termini generali o generici, ma in assenza di termini valutativi"<sup>44</sup>. Sembra di capire che, nel primo caso, il giudice debba "scegliere" una soluzione tra quelle possibili, mentre nel secondo caso, dovrà "capire" il significato delle espressioni che si trova davanti (ma questo è il tipico problema interpretativo che il giudice deve sempre affrontare nell'applicare una norma, anche quando fosse precisa e incondizionata).

#### **4. Una più ampia nozione di clausola generale all'interno dello schema elaborato da Mengoni.**

Prima di esaminare alcuni problemi interpretativi, recentemente sollevati dalla dottrina, è opportuna qualche riflessione esplicitamente finalizzata ad un possibile ampliamento della nozione di clausola generale.

La nozione di "clausola generale" proposta da Mengoni presenta margini di incertezza applicativa, nel senso che, a fronte della chiarezza concettuale, non consente di ascrivere o escludere con certezza alla categoria delle clausole generali le diverse nozioni correntemente utilizzate in dottrina e giurisprudenza. La prevalente dottrina, compresa quella che si ispira alla teoria che commentiamo, con l'eccezione di gran parte dei giuslavoristi, include tra le clausole generali anche ipotesi che non compaiono o sono esplicitamente rifiutate nella analisi di Mengoni, come la giusta causa o l'equità.

Ciò non deve stupire: la definizione analitica di un concetto giuridico non comporta che tutte le nozioni che "potrebbero" confluire nel concetto, debbano necessariamente essere ascritte ad esso.

Possono ostare, ad esempio, problemi semantici. La pretesa del diritto di utilizzare un linguaggio proprio ed inequivoco si è rivelato utopico. Assieme ai sintagmi importati dal linguaggio comune, il sistema giuridico importa anche i polisensi, le ambiguità e la vaghezza proprie sia dell'ontologia della parola, sia dei significati che essa acquista o perde nelle sue trasmigrazioni spazio-temporali.

---

<sup>43</sup> "Le clausole generali sono nell'uso prevalente termini o sintagmi di natura valutativa caratterizzati da indeterminatezza semantica diversa dalla vaghezza di grado, dalla vaghezza combinatoria e dall'ambiguità: il significato di tali termini, o sintagmi, infatti, non è determinabile ( o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti". Velluzzi, 2010, 9.

<sup>44</sup> Velluzzi, 2010, 12.

Mengoni, come abbiamo visto, ha insistito nella distinzione tra equità e clausola generale. Tale intento, tuttavia, è frustrato, almeno parzialmente, proprio per il fatto che il termine “equità” possiede, anche nel sistema giuridico, per averle mutuato dal linguaggio comune, differenti accezioni che possono coincidere, o meno, con quella adottata nel momento di elaborazione della teoria.

Il ragionamento che porta Mengoni ad escludere l’equità dal novero della clausole generali è ineccepibile: non siamo in presenza di una clausola generale quando il giudice “integra o adatta il regolamento negoziale per conformarlo a esigenze di giustizia provenienti da circostanze di fatto peculiari, *irriducibili a tipologie normali* (il corsivo è mio)”<sup>45</sup> in quanto “il ricorso all’equità presuppone lo scardinamento del caso da precedenti o modelli generali, la non comparabilità con altri casi già sperimentati”<sup>46</sup>.

L’accezione di equità che sottende il ragionamento, evidentemente, è quella del giudice che, quando opera secondo equità, sospende l’operatività della legge.

Tuttavia, se penso, alla prescrizione di cui all’art. 2118 c.c., secondo il quale i termini di preavviso del licenziamento, in ultima analisi, vengono stabiliti secondo equità, non immagino affatto che il giudice, nel processo che dovrà portarlo a decidere quale debba essere un equo (congruo) termine di preavviso lo debba integrare con criteri *irriducibili a tipologia normali* e tantomeno che possa decidere sospendendo l’operatività della legge. Se analizzo la fattispecie contenuta nell’art. 2118 c.c. alla luce dell’accezione di equità che ho in mente, mi sembra, anzi, che essa coincida perfettamente con la nozione di clausola generale: siamo in presenza di un comando, il cui contenuto non è del tutto determinato, nonché di un giudice, delegato a concretizzare la norma, vincolato ad una direttiva. Ovviamente, ho anche ben chiara sia l’idea che il giudice dovrà far riferimento ad uno standard sociale riconoscibile come forma esemplare dell’esperienza sociale dei valori, sia che la sua decisione dovrà essere espressa in forma generalizzabile, cioè tale da poter costituire un tipo. Neppure vorrei che la decisione del giudice fosse una decisione del caso concreto, sganciata che da qualsivoglia forma di controllo. Può anche darsi che il comando, come invece formulato nell’art. 1374 c.c., che descrive una fattispecie assai più ampia possa non consentire il ricorso ad uno standard ed in tal caso, ma soltanto in tal caso, potremo dire di trovarci al di fuori della nozione di clausola generale e di fronte alla giustizia del caso concreto.

Questo ragionamento ci consente di immaginare che, proprio per la fisiologica mutevolezza dei significati, sia preferibile un atteggiamento inclusivo, cioè ritenere che, tutte le volte che una nozione “aperta” consenta l’applicazione rigorosa dello schema, dovremmo considerarla una clausola generale. Nel caso di formulazioni che contengono il termine equità, ad esempio, non si tratterà di clausole generali se riferite al giudizio di equità, del caso concreto, da svolgersi al di fuori dell’operatività della legge, ma lo saranno se, invece, indicano al giudice il criterio di concretizzazione della norma. Secondo una recente opinione dottrinale, da condividere, “nessuna stringa di parole è *in sé e per sé* una clausola generale, ma 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 essere invece considerato tale nel senso S2”<sup>47</sup>.

Una nozione più ampia di “clausola generale”, idonea a ricomprendere anche figure che, a prima vista, sembrerebbero esterne ad essa, può esser elaborata anche grazie ad un percorso “interno”, cioè costruito attraverso un approfondimento terminologico e, in particolare, individuando una

---

<sup>45</sup> Mengoni, 1986, 13.

<sup>46</sup> Ivi.

<sup>47</sup> Luzzati, 2012, 182.

gerarchia tra gli elementi costitutivi della nozione proposta da Mengoni così da selezionare, tra i requisiti che costituiscono la nozione, quelli essenziali.

L'elemento distintivo della clausola generale, nel senso mengoniano del termine, non sta tanto nel fatto che il giudice sia chiamato ad integrare il comando contenuto nella norma piuttosto che a "riscontrarlo". In entrambi i casi, a ben vedere, dovrà attingere a valori sociali extra-positivi. L'integrazione o il riscontro suppongono un procedimento analogo, quello di attingere a tali valori e, sulla base di essi, pervenire alla decisione. La decisione in materia di giusta causa o giustificato motivo è volta, evidentemente, a stabilire la sussistenza del giustificato motivo o della giusta causa nel caso concreto ma, prima ancora, suppone la risposta ad una domanda preliminare: in cosa consistano il giustificato motivo o la giusta causa. Il giudice, cioè, dovrà "completare" la norma, "concretizzarla", secondo la direttiva contenuta nel comando. Anche in questo caso, dovrà trattarsi di una decisione suscettibile di possibile generalizzazione, cioè della creazione di un tipo cui l'ordinamento potrà continuare a fare riferimento e che potrà modificarsi se, e in quanto, si modifichi il patrimonio di valori che caratterizza la realtà sociale di riferimento<sup>48</sup>. In definitiva, dovrebbe apparir chiaro che il concetto di giustificato motivo oggettivo, inteso quale *ultima ratio*, viene elaborato dal giudice, anche sulla scorta di valori desunti dall'ambiente sociale, alla luce della direttiva contenuta nella norma. Ciò che occorre stabilire, per mantenersi nell'ortodossia, è se la discrezionalità del giudice consista in una semplice "discrezionalità di fatto" oppure una "discrezionalità produttiva o integrativa di norme"<sup>49</sup>. Se inquadrassimo la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo, come fa Mengoni, nell'ambito della norma generale, dovremmo convenire che il giudice "concretizza" la norma mediante l'applicazione di "modelli di comportamento e a stregua di valutazioni *obbiettivamente vigenti* (il corsivo è mio) nell'ambiente sociale in cui opera"<sup>50</sup>, mentre mi sembra più plausibile che l'operazione condotta dal giudice sia più squisitamente integrativa, sempre nel senso mengoniano del termine.

La possibile labilità della distinzione ha indotto una parte della dottrina a ritenere che la differenza tra le due figure sia soltanto quantitativa e non qualitativa o, in altra occasione, a ipotizzare "una differenza di grado non di specie"<sup>51</sup>. Ed invece, la differenza è qualitativa: altro è la discrezionalità funzionale alla individuazione di una *communis opinio*, o del *quod plerumque accidit*, altro esercitarla sulla base di una direttiva generale con la possibilità di operare "una scelta tra varie possibili ipotesi di soluzione".

Naturalmente, una volta ammessa la potenzialità della clausola generale, se ne possono sterilizzare gli effetti laddove venga eccessivamente circoscritta la discrezionalità riconosciuta al giudice.

Lo si può meglio comprendere se si confronta un esempio di possibile applicazione della clausola generale in materia di atti osceni, recentemente portato da Luzzati, con un analogo esempio, attinente alla stessa materia, portato da Mengoni. Per il primo, il giudice "dovrà tener conto della morale sessuale del momento in cui il giudizio viene formulato, i dettami della quale saranno diversi, ma non per questo inconoscibili, da quelli vigenti in passato" e, quindi, svolgere "la funzione di assicurare il contatto con le ragionevoli aspettative della vita sociale, cioè di ricostruire,

---

<sup>48</sup> Come già si è avuto modo di osservare, alcuni autori, soprattutto Castronovo, hanno sminuito la differenza tra le due ipotesi. Prima parlando di differenza più qualitativa che quantitativa, poi facendo riferimento ad una "una differenza di grado non di specie". Più recentemente, proprio valorizzando il fatto che, in entrambe le ipotesi, "la necessità di concretizzazione, che la clausola generale comporta, si traduce nella individuazione di una serie di ipotesi tipiche di cui essa è a priori la sintesi generalizzante", Castronovo ritiene che una conciliazione tra le due ipotesi risulterebbe ora possibile. Castronovo, 2012, 203.

<sup>49</sup> Mengoni, 1986, 10.

<sup>50</sup> Mengoni, 1986, 9.

<sup>51</sup> Castronovo, cit.

settore per settore e di volta in volta, secondo la comune esperienza, l'idea giuridicamente rilevante di normalità"<sup>52</sup>. Mengoni, da canto suo, critica proprio chi ritenga che il giudice non possa, avvalendosi della clausola della buona fede, definire regole di comportamento più avanzate rispetto alle vedute correnti. La definisce "una concezione coerente con l'ideologia di stampo ottocentesco, che non accredita al diritto una funzione direttiva del mutamento sociale"<sup>53</sup> in quanto porta ad indentificare il termine di riferimento della clausola del buon costume "col costume *tout court*, e quindi a ridurre l'aggettivo "buono" a significare la rilevazione statistica del consenso dell'uomo medio che vien così trasformato magicamente in una sorta di essenza"<sup>54</sup>.

Il vero problema è quello di stabilire, *sulla base del sintagma contenuto nella norma*, se la formula volta per volta utilizzata debba essere intesa nel senso di un rinvio alla stregua dei canoni della norma generale (rinvio a modelli di comportamento obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale) oppure di una delega alla formazione della norma attraverso il riferimento ad uno standard sociale. L'idea secondo la quale rientrano tra le clausole generali quelle che operano secondo lo schema descritto da Mengoni, è sorretta, infine, dalla valorizzazione dell'elemento essenziale della nozione. Elemento che, a mio avviso, va visto nel fatto che il giudice, per pervenire alla decisione, debba far ricorso ad uno standard sociale, consentendo così l'ingresso nell'ordinamento di valori metagiuridici<sup>55</sup>.

Del resto, lo stesso Mengoni, in uno scritto successivo al saggio del 1986, sembra consentire una interpretazione nel senso di quella qui prospettata. Di fronte alla possibile confusione delle clausole generali con i principi generali, proprio nel fare riferimento al principio della giusta causa dei licenziamenti ed al principio della buona fede nel contratto, afferma che "gli esempi rappresentano due specie diverse di clausola generale"<sup>56</sup>.

L'impiego di una nozione più ampia di clausola generale, del resto, è suggerita anche da un'esigenza pratica. La nozione viene, oggi, comunemente impiegata in accezione ben più estesa rispetto a quanto inizialmente proposto da Mengoni. Anche chi si rifà alla sua analisi, include, ad esempio, giusta causa e giustificato motivo tra le clausole generali, spesso anche l'equità, la ragionevolezza, l'ordine pubblico. Accanto alla nozione di clausola generale se ne sono affermate di altre, come quella delle norme aperte, norme a contenuto variabile, così che oggi, nel riferirsi alle "clausole generali", dottrina e giurisprudenza, in assoluta prevalenza, fanno riferimento ad una accezione assai più estesa e, non di rado, utilizzano in maniera indistinta e/o equivalente i diversi concetti. Quale esempio di tale confusione può essere richiamata la decisione della Corte di Cassazione che, all'interno della stessa sentenza, ascrive la buona fede a tre distinte categorie concettuali definendola prima una "clausola generale", poi un "principio generale" ed infine un "obbligo"<sup>57</sup>. Non meno confuso, come meglio si vedrà il legislatore.

Peraltro, si può osservare che mentre i privatisti, ad esempio, includono costantemente giusta causa e giustificato motivo tra le clausole generali, i più fedeli custodi dell'ortodossia mengoniana rimangono proprio i giuslavoristi<sup>58</sup>. Il ragionamento sin qui svolto credo non renda necessaria un ulteriore approfondimento. Sulla base di quanto sin qui esposto, nonostante la suggestione e

---

<sup>52</sup> Luzzati, 2012, 182.

<sup>53</sup> Mengoni, 1986, 14.

<sup>54</sup> Mengoni 1986, 14.

<sup>55</sup> Una conciliazione tra le due ipotesi, anche se non nel senso avanzato nel testo, è stata recentemente avanzata anche da Castgrosso, 2012, 203.

<sup>56</sup> Mengoni, 1992.

<sup>57</sup> Cass.civ., ss.uu., 18 settembre 2009, n. 21606

<sup>58</sup> L.Nogler, 2010, p.

l'interesse per altre nozioni (aperte, elastiche, indeterminate, a contenuto variabile, etc.) che talvolta accompagnano visioni innovative del diritto e della funzione del diritto, continueremo ad utilizzare la nozione di "clausola generale", seppure nella accezione inclusiva di cui si è detto. (---)

## **5. Un interesse che prosegue ed evolve.**

Più recentemente, come si è detto, si assiste ad una intensa ripresa del dibattito che, travalicando l'ambito originario, si è ormai esteso a quasi tutti i settori della scienza giuridica.

I mutamenti intervenuti negli ultimi decenni, tuttavia, hanno determinato una svolta nel dibattito scientifico alterando, almeno parzialmente, la prospettiva originaria. Lo scopo, se tale può essere definito, della dottrina da cui abbiamo preso le mosse, era quello, mediante la teoria delle clausole generali, di scardinare i tabù della funzione solo dichiarativa del giudice, dell'esclusività del metodo sussuntivo, della chiusura del diritto ai valori extra giuridici.

Oggi nessuno, almeno in apparenza, pensa più che le clausole generali possano essere "un pericolo per il diritto e per lo Stato"<sup>59</sup>, del resto, come ha ricordato Rodotà, i giuristi non hanno affatto necessità di ricorrere alle clausole generali per piegarsi alle dittature ed ai gruppi di potere<sup>60</sup> e sembrerebbe consolidata "la consapevolezza che la versione ottocentesca del positivismo giuridico, più che essere entrata in crisi, è ormai morta e sepolta"<sup>61</sup>.

Fermo restando che non tutte le acquisizioni sono pacifiche, e che tentazioni neo-positiviste, in realtà, fanno ancora capolino, il dibattito propone orizzonti nuovi che, pur mantenendo un filo di continuità con il passato, pongono problemi ulteriori circa l'utilizzo delle clausole generali. I problemi relativi all'interpretazione, ad esempio, si arricchiscono di nuovi contenuti per l'affermarsi dei sistemi giuridici sovranazionali, per la riscoperta dei principi costituzionali o per l'affollamento delle fonti. Peraltro, è divenuto di più stringente attualità il tema relativo alla natura stessa del "controllo", da parte delle magistrature superiori, delle decisioni assunte sulla base di clausole generali e si affaccia un nuovo interesse da parte del legislatore.

Questo rinnovato interesse smentisce, in un certo senso, l'opinione di chi riteneva che una questione delle clausole generali "come problema autonomo rispetto a quello, che investe tutta l'esperienza giuridica, dei poteri dell'interprete, si pone ed ha senso ... fin quando si continua a teorizzare l'interpretazione come attività dichiarativa"<sup>62</sup>.

## **6. Le fonti di integrazione delle clausole generali tra regole interne e regole esterne al diritto positivo.**

---

<sup>59</sup> Come ammoniva Hedeman. La frase è riportata da Pedrini, 2012, p.

<sup>60</sup> Rodotà, 1987, 255.

<sup>61</sup> Luzzati, 2013, 164.

<sup>62</sup> Castronovo, 1986, 25.

Un dibattito dottrinale in atto riguarda il potere integrativo del giudice di fronte alla clausola generale. L'interrogativo è se il giudice, nell'esercizio del potere integrativo conferitogli dalla norma, possa ricorrere a regole esterne al sistema del diritto positivo. Vi è chi lo ammette, chi lo nega e chi ritiene che il rinvio possa riguardare, a seconda dei casi, sia a regole interne che esterne<sup>63</sup>. Quest'ultima ipotesi, tuttavia, non richiede una specifica analisi, in quanto la sua critica dovrebbe esser contenuta in quanto si dirà a proposito delle altre due tesi, contrapposte, ma non troppo.

Una recente dottrina, nel respingere l'idea che il giudice possa far ricorso a cognizioni extragiuridiche, sostiene che la via *normale* sia quella della "costruzione normativa fondata sullo sviluppo coerente di scelte imputabili a fonti legislative (in particolare a disposizioni di principio contenute nelle fonti formali)"<sup>64</sup>. Questa dottrina, in realtà, non esclude forme di etero-integrazione, solo che ritiene costituiscano l'eccezione e non la regola<sup>65</sup>.

La teoria, ascrivibile ad un orientamento di "*giuspositivismo critico, o moderato*", si fonda sull'idea della tassatività delle fonti di diritto e paventa il rischio che si affermi "la prevalenza della consuetudine giudiziale o sociale sulla legge scritta, con tutto ciò che ne consegue sul piano delle ideologie giuridiche"<sup>66</sup>. Ammettere il ricorso a fonti esterne, in definitiva, significherebbe "riconoscere al giudice poteri incontrollabili, sicché la discussione in materia finisce per abbandonare il terreno della costruzione razionale del significato di una certa norma, per incentrarsi invece sulla ricerca di strumenti atti a limitare la discrezionalità giudiziale". Questa teoria si ispira, esplicitamente, alla corrente di pensiero, secondo la quale "le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito di principi"<sup>67</sup>. Il fatto che le clausole generali non siano principi, o che debbano operare all'interno di essi, tuttavia, non fa minimamente venire meno il loro *quid pluris* costituito proprio dal possibile rinvio a norme esterne.

Affermare che si impone "il ricorso all'argomentazione per principi, come criterio di giustificazione delle decisioni giuridiche, rispetto ad una metodologia che ammetta il ricorso ad argomentazione referenziali"<sup>68</sup>, per quanto stemperata dalla considerazione che tale tipo di argomentazione consentirebbe, tuttavia, un'ampia autonomia e responsabilità all'interprete, significa, in ogni caso, svuotare di contenuto pratico la stessa teoria delle clausole generali. Senza contare che potere interpretativo ed apertura a valori esterni non sono alternative tra le quali si imponga la necessità di una scelta. Il giudice che, sulla base di uno standard indicato dalla direttiva, ricerchi la regola all'esterno, svolge, allo stesso tempo anche le normali operazioni ermeneutiche che sono proprie del suo ruolo. Solo che alla "normale" discrezionalità dell'interprete, aggiunge la "specifica" discrezionalità consentita dalla clausola generale.

La teoria, oltretutto, presenta anche una incoerenza intrinseca, posto che, pretenderebbe di chiarire le previsioni indeterminate indicate dal legislatore, "con il ricorso ad altre (previsioni) non meno indeterminate delle prime, aprendo lo spazio ad operazioni di integrazione da parte del singolo interprete non sempre facilmente controllabili"<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> Velluzzi, 2010, 87.

<sup>64</sup> Libertini, 2011, 13.

<sup>65</sup> Ivi.

<sup>66</sup> Ivi, p. 9

<sup>67</sup> Rodotà, 1987, 721.

<sup>68</sup> Libertini, 2011, 12.

<sup>69</sup> Perfetti, 2012, 1221.

Pur in un differente contesto, questa teoria rivela, essenzialmente, quello stesso timore di una possibile contaminazione del diritto positivo (assunto in veste sacrale) con elementi di mondanità, lo stesso timore del giuspositivismo del secolo scorso.

Un recente orientamento, in senso contrario, ammette il ricorso a regole esterne al sistema del diritto positivo,<sup>70</sup> riconoscendo che il significato concreto delle nozioni contenenti clausole generali non si ricava “assegnando a queste clausole un contenuto che si trae dall’interpretazione sistematica dell’ordinamento legale, ma richiamandosi a standard oggettivi, determinati, conoscibili, ma che si formano storicamente in una data comunità di interpreti, che risiedono fuori dal testo della legge”<sup>71</sup>. L’autore, preliminarmente, spiega che quando si utilizza il termine “extralegale” si intende “ciò che si pone all’esterno del sistema della norma (indipendentemente dal rango) posta in essere secondo procedure **valide** dell’autorità pubblica”<sup>72</sup>, ma poiché nel concetto di “giuridico” rientrano altre norme, aventi “tutti i caratteri che un precetto deve possedere per iscriversi nel concetto”<sup>73</sup>, il giudice, nel processo di integrazione del precetto ricorrerà a fonti “esterne al sistema delle norme poste in essere dall’autorità politica”, quindi “extralegali”, ma pur sempre a fonti giuridiche, giacché vi è “un ordine giuridico esterno a quello legale ed il suo fondamento è la sovranità. Esso è giuridico e, quindi, conoscibile ed accertabile”<sup>74</sup>.

Si tratta di un ordine giuridico fondato sui diritti fondamentali, intesi come elenco aperto, e sui doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, che non si cristallizzano nell’atto sovrano di costituzione dell’ordinamento legale, ma rappresentano “quote di sovranità” trattenute dal popolo.

Poiché quest’ordine giuridico, seppure esterno a quello legale, è storicamente determinato, l’autore suggerisce che il contenuto delle clausole generali “trovi un significato determinato e preciso in quest’ordine (storicamente accertabile in una comunità data) assai più che in indebite spiegazioni interpretative (che spesso celano l’opinione privata del singolo interprete)”<sup>75</sup>.

Si tratta di un ragionamento sicuramente utile per comprendere e giustificare i complessi fenomeni di evoluzione del diritto alla luce dei principi, e sembra confermare la distinzione tra principi generali e clausole generali. Si può osservare come il giudice faccia riferimento ai principi, intesi nella loro intrinseca capacità evolutiva, tanto più evidente se oltre a quelli “codificati” debba tener conto anche di quelli che risiedono nella quota di sovranità mantenuta direttamente dal popolo.

Ciò che non comprendo, tuttavia, è la sopravvalutazione della questione relativa al dilemma circa le fonti che il giudice potrebbe utilizzare nel processo di integrazione della direttiva stabilita dal legislatore.

Se partiamo dalla concezione mengoniana, che continua ad essere l’unico punto fermo di riferimento, il problema della possibilità che il giudice possa ricorrere a fonti extragiuridiche o extralegali è mal posto. Se il giudice, al fine della decisione, fa riferimento a fonti, non potrà che trattarsi di “fonti” in senso legale, ivi compresi i principi generali. Il giudice, infatti non può modificare il regolamento legale<sup>76</sup>. La formula secondo la quale al giudice è delegata “la

---

<sup>70</sup> Libertini, 1991, p. Id, 2008, 599.

<sup>71</sup> Perfetti, 2012, 1219.

<sup>72</sup> Oppure anche di norme che, seppure non poste dall’autorità pubblica, possano da queste ultime “esser tratte per via interpretativa a guisa di principio”: Perfetti, 2012, 1220.

<sup>73</sup> Ivi

<sup>74</sup> Ivi, p. 1222. La costruzione sembra riecheggiare Mengoni, quando afferma che il termine legge utilizzato dall’art. 101 deve intendersi nell’accezione di diritto vivente comprensivo del diritto di formazione extralegislativa. Mengoni, 2004, 72.

<sup>75</sup> Ivi, p. 1222.

<sup>76</sup> Che può essere modificato solo laddove sia consentito il giudizio di equità, Mengoni 1986, 13.

formazione della norma”<sup>77</sup> non significa riconoscergli un potere creativo di norme, né attingendo all’ordinamento legale, né a quello extralegale. “Formare la norma (concreta) di decisione” significa semplicemente formare la decisione, decidere. Il processo, infatti, si compone di una *norma di direttiva* e di una *norma concreta*.

Orbene, norma, in senso tecnico, è soltanto quella contenuta nella direttiva. Solo che essa, come si è avuto modo di ricordare, è incompleta. Ma è incompleta, non perché il legislatore la voglia incompleta o indeterminata, ma perché il suo contenuto è *inconoscibile*. Quando affermo che il contraente debba comportarsi secondo *buona fede*, o che il datore di lavoro possa recedere volontariamente solo in presenza di un *giustificato motivo*, non sono in grado di apprezzare il comando (non lo conosco) nella sua completezza e tantomeno lo posso utilizzare quale premessa maggiore del sillogismo.

Per poter conoscere il comando nella sua interezza debbo necessariamente ricorrere alla mediazione con la realtà (il giudice seleziona certi fatti o comportamenti con un determinato parametro). Ma non si tratta di una realtà “normativa”, o “legale” che dir si voglia, bensì di una realtà “storica”. Se si trattasse di una realtà *normativa* o *legale*, tutta la costruzione delle clausole generali si risolverebbe nel rinvio all’applicazione di un’altra norma: il giudice dovrebbe semplicemente scegliere quale altra norma applicare per dare senso alla direttiva contenente la clausola generale ed affrontare, su tale base, il problema interpretativo. Se si trattasse del rinvio all’*ordine giuridico esterno al sistema legale*, secondo l’ultima dottrina richiamata, si tratterebbe di fondare la decisione sulla base dei principi generali, inclusi i “nuovi diritti”. Per quanto la seconda ipotesi si differenzi qualitativamente dalla prima, fa anch’essa riferimento ai “vincoli” imposti al legislatore nella ricerca del contenuto *concreto* della direttiva, cioè ai principi generali da interpretare, e non agli strumenti mediante i quali individuare tale contenuto.

La verità è che la mediazione, indispensabile per il completamento della norma, avviene con la realtà *storica*, perché i valori non sono conoscibili se non attraverso la lente della loro sperimentazione pratica. Il valore è indicato dalla direttiva, ma può esser conosciuto solo attraverso una sua lettura nel mondo del reale. Così, il giudice non interpreta<sup>78</sup> ma, in un certo senso, sceglie tra le possibili storicizzazioni del valore suggerito dalla direttiva, quella che al momento storico ritiene preferibile. Il limite alla sua discrezionalità consiste nel fatto che l’operazione da lui condotta possa tornare utile al diritto, in quanto suscettibile di diventare un tipo.

La peculiarità delle clausole generali non sta tanto nel fatto che il giudice possa aprire la finestra sul mondo esterno, ricorrendo a fonti sicuramente extralegali, ma anche extragiuridiche, ma nel fatto che i contenuti attinti dall’esterno non vengono solo utilizzati per la soluzione del caso concreto ma, essendo suscettibili di generalizzazione e di trasformarsi in tipo, possano influenzare l’evoluzione stessa del diritto “non legislativo”. Ciò, evidentemente, ha rilevanti implicazioni teoriche e pratiche, ma negare questa apertura con l’intento di restringere la platea delle possibili fonti integrative al solo mondo del diritto, anche se inteso in senso ampio, significa negare la stessa costruzione dogmatica delle clausole generali. Dal punto di vista teorico, rimane chiaro che siamo affatto in presenza di una regola esterna che penetra nel diritto. Il nuovo, anche grazie alle contaminazioni derivanti dal contatto con la realtà, si crea pur sempre all’interno del sistema giuridico. Il contributo che si ricava dalla realtà, in un certo senso, “suggestiona” il sistema

---

<sup>77</sup> Anche indipendentemente dal fatto che la si consideri una norma completa o una norma incompleta.

<sup>78</sup> Anche se, come meglio si dirà, pur sempre di interpretazione in senso ampio si tratta.



giuridico che, evolve sulla base delle proprie regole<sup>79</sup>. Il diritto cioè regola la realtà attraverso l'autoregolazione, con la traduzione in regola del rumore esterno<sup>80</sup>.

## 7. L'ermeneutica delle clausole generali e l'incontenibile potere del giudice.

Nell'ambito delle clausole generali, come si è visto, al giudice è attribuito un potere di "integrazione" che comporta una maggiore discrezionalità nella decisione. Il fatto di dover dar corpo a nozioni aperte consente, o spinge, il giudice ad una ponderazione degli interessi in gioco che si conclude "con un giudizio di preferenza in favore di un progetto di soluzione argomentando da un punto di vista extrasistemico portatore di nuove esigenze o nuovi bisogni espressi dall'ambiente sociale"<sup>81</sup>. Si tratta di una decisione che, secondo Mengoni, viene adottata dal giudice "in condizioni oggettive di incertezza"<sup>82</sup>, destinata ad essere superata laddove venga verificata l'integrabilità della decisione. Se essa risulta idonea a stabilizzarsi nel sistema giuridico, si trasforma in fattispecie normativa. Cioè potrà essere utilizzata per giustificare altre decisioni che non avranno necessità di esser suffragate da una motivazione, in quanto già contenuta nella fattispecie emersa attraverso la decisione originaria.

Viene da chiedersi, a questo punto, se l'apporto dell'interprete sia diverso a seconda che la norma contenga o no una clausola generale. "La risposta che ritengo di dover dare – affermava Carlo Castronovo nel commentare la teoria di Mengoni - è negativa, nel senso che nell'un caso o nell'altro la norma individuale presuppone la norma astratta e prende reali fattezze nella decisione giudiziale. Se una differenza si dà, essa è quantitativa e non d'essenza"<sup>83</sup>, posto che "in talune ipotesi - come nel caso delle clausole generali - questa attività dell'interprete è più importante e più visibile che in altre"<sup>84</sup>. Anche laddove possa riscontrarsi una differenza tra clausole generali e concetti indeterminati, nel senso che nel primo caso il giudice "concorre a formulare la norma", mentre nel secondo caso si limita "a riscontrare il ricorrere nel fatto concreto dell'elemento elastico indicato dalla fattispecie ... essa mette in luce una diversità di potere, non una diversità di operazione ermeneutica"<sup>85</sup>.

Difficilmente, alla luce delle moderne teorie dell'ermeneutica, una simile affermazione potrebbe essere smentita nella pratica. Sono i fatti a determinare l'interpretazione della norma ed a far sì che il giudice possa pervenire a diverse interpretazioni della stessa, "poiché inducono il giudice ad impiegare diverse argomentazioni giuridiche, ad esempio facendo riferimento a diversi principi generali o costituzionali, ed anche ad invocare diverse ragioni metagiuridiche, ispirate a differenti valori sociali o morali che orientano la eterointegrazione della norma"<sup>86</sup>. Tuttavia, non possono

---

<sup>79</sup> Si veda il mobbing. L'ordinamento, nelle sue elaborazioni giurisprudenziali, non ha affatto introdotto al suo interno la definizione dell'istituto dettata dalla scienze sociali. Ha utilizzato tale suggestione per giungere ad una definizione, essenzialmente giuridica e formulata con criteri propri del sistema giuridico. Si veda Loy **anno**

<sup>80</sup> TEUBNER, 1992, 609: "what legislation does is produce noise in the outside world, under the disturbing impact of which it changes its own internal order".

<sup>81</sup> Nota.

<sup>82</sup> Mengoni **pag. 53**.

<sup>83</sup> Castronovo, 1986, 22. Lo stesso concetto è ribadito più tardi: "Ci sarebbe soltanto "una differenza di grado non di specie" e la clausola generale possiederebbe nella misura maggiore quell'indeterminatezza ed elasticità proprie anche degli altri concetti", Id. 1979, 102.

<sup>84</sup> Infatti "ogni interpretazione di norme consiste anche nella individuazione di regole, standards o criteri mediante i quali si perviene alla riconduzione del fatto entro la norma": Taruffo, 2003, **p.**

<sup>85</sup> Castronovo, 1986, 24, nota 14.

<sup>86</sup> Taruffo, **Anno**

essere trascurati due aspetti peculiari delle clausole generali. Il primo è costituito dal fatto che, in presenza di esse, la discrezionalità del giudice è esaltata: travalicando la dimensione del fatto, egli può attingere a valori desunti dalla realtà sociale ed operare una scelta tra le possibili soluzioni. Anche la moderna ermeneutica, superata l'idea che possa darsi una sola soluzione (quella giusta) per ogni caso concreto, ammette che il processo di interpretazione consista nella scelta tra più possibili soluzioni a disposizione, ciò che cambia, e probabilmente non si tratta soltanto di quantità, sono l'ampiezza e la qualità degli strumenti a disposizione del decisore. Le regole dell'interpretazione, intese quale complesso di regole alle quali il giudice deve attenersi, sono le stesse, ma è la norma, il profilo oggettivo, a stabilire non solo i margini quantitativi ma, almeno in parte, anche a legittimare il ricorso a peculiari metodologie d'indagine e valutative.

E' del tutto evidente, come altro sia stabilire se il contratto a tempo determinato sia stato posto in essere sulla base di un elenco tassativo e tipico di ipotesi autorizzative fissate dal legislatore (e successivamente delegato alla contrattazione collettiva)<sup>87</sup>, altro se sia stato stipulato in presenza di una clausola generale, "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo", poi "riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro"<sup>88</sup>, ed altro ancora, nel caso non sia richiesta alcuna causale, chiedersi se possano ugualmente ritenersi presenti limitazioni al suo utilizzo. Anche nell'ultima ipotesi, evidentemente, tali spazi residuano, ma sono assai più limitati: una ragione discriminatoria, un contrasto con principi generali dell'ordinamento o con fonti internazionali, etc.

Il processo interpretativo è sicuramente influenzato dal ruolo (soggettivo) dell'interprete, ma non può trascurarsi l'importanza del profilo oggettivo, e cioè dalle modalità del "comando" contenuto nella norma. Lo stesso potere che delega al giudice un ruolo determinante nella produzione del diritto, infatti, fissa anche dei limiti, stabilendo l'estensione della delega che, a seconda dei casi, può essere più o meno ampia.

I ragionamenti con cui la Cassazione ritiene "centrale l'obbligo della motivazione dell'assunzione a termine", sulla base del principio per cui "il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato"<sup>89</sup>, estendendola anche "all'individuazione ed espressa enunciazione delle relative ragioni giustificatrici, con la previsione di un onere probatorio a carico del datore di lavoro che .... non può risolversi in formule pleonastiche o puramente ripetitive degli enunciati legali e contrattuali"<sup>90</sup>, dovranno quindi essere verificati alla luce di una nuova norma il cui comando non consente più al giudice di "accertare con valutazione che, se correttamente motivata ed esente da vizi giuridici, resta esente dal sindacato di legittimità"<sup>91</sup> la sussistenza dei presupposti per la legittima apposizione del termine al contratto di lavoro.

## **8. Ermeneutica delle clausole generali ed arbitrio giudiziale.**

Se esaminiamo il processo interpretativo in entrambi i suoi profili, quello soggettivo e quello oggettivo, risulta evidente la rilevanza che, in esso, assume la presenza di una clausola generale.

---

<sup>87</sup> Legge.

<sup>88</sup> Legge

<sup>89</sup> Cass. . sez. civile lavoro – Civile, 3 giugno 2013, n. 13992. Con nota di Staiano, 2013.

<sup>90</sup> Ivi.

<sup>91</sup> Ivi.

Il secondo, peculiare, aspetto della clausole generali consiste nella loro irriducibilità al metodo sussuntivo<sup>92</sup>. Ciò in quanto, nelle clausole generali, la fattispecie astratta non è desumibile, o non compiutamente, dal comando contenuto nella norma, compito del giudice sarà proprio quello di dare contenuto a quel comando, costruendo la fattispecie<sup>93</sup> sulla base di elementi ricavati dalla realtà sociale. In altri termini, posto che le clausole generali risultano così irriducibili alle tradizionali tecniche dell'interpretazione, la loro diffusione favorisce e rafforza l'affermarsi delle più moderne teorie dell'ermeneutica e fa sì che la dogmatica giuridica esca "distanziata dalla pretesa di costruire un sistema rigorosamente deduttivo e autosufficiente, secondo il quale il giudizio si ridurrebbe a un atto di pura sussunzione"<sup>94</sup>.

Sembra, pertanto, che l'utilizzo della tecnica delle clausole generali favorisca, per un lato, una maggior adattabilità della decisione al caso concreto<sup>95</sup>, in sintonia con gli orientamenti del "particolarismo giuridico" ed esaltando la funzione creativa del giudice e, per altro lato, l'adattamento del diritto positivo ai mutamenti che si producono nella realtà sociale<sup>96</sup>. In entrambi i casi, tuttavia, gli effetti sono condizionati dall'opzione interpretativa che si accoglie.

Nel primo caso, l'attenzione va posta in relazione alla funzione del giudice, tutt'altro che pacifica ma meno problematica se si abbandona definitivamente l'idea di una sua funzione solo dichiarativa. Una volta ammesso che il giudice "non constata ma costruisce la norma", in virtù di una "ampia misura di discrezionalità nella scelta dei significati possibili"<sup>97</sup>, proprio la più incisiva discrezionalità contenuta nella delega farebbe sì che in nessun caso possa parlarsi di arbitrio: "l'interprete della clausola generale naviga senza bussola in un mare aperto a molte rotte"<sup>98</sup>, ma questo non è arbitrio.

Per alcuni, l'ampio spazio di decisione del giudice è il prezzo da pagare per i vantaggi di una legislazione, per clausole generali, che consente di meglio governare i fenomeni indotti dalla complessità della società, abbracciando in formule lessicali semplici, anche perché indeterminate, una casistica che i codici tradizionali, costruiti su fattispecie dettagliate, non sono più in grado di governare<sup>99</sup>. Del resto, "è la giurisprudenza che costituisce il contenuto effettivo del c.d. diritto vivente, il quale rappresenta in molti casi il solo diritto di cui disponiamo ad esempio quando i giudici creano diritto colmando lacune o il vero diritto di cui disponiamo, quando i giudici creano diritto interpretando clausole generali, o qualunque altro tipo di norma"<sup>100</sup>.

Per altri, non si tratta affatto di un prezzo da pagare, posto che proprio sulla discrezionalità del giudice si fonda la decisione del caso concreto. Secondo le espressioni più radicali di questo orientamento, evidentemente ascrivibile al particolarismo giuridico, sono da respingere sia il metodo sussuntivo che quello della concrezione a favore di una terza via: la regola del caso. La

---

<sup>92</sup> Opinione non condivisa da quanti ritengono che si verificherebbe una inversione dei termini nel sillogismo. Si veda infra alla nota n. .

<sup>93</sup> D'Amico, [anno](#).

<sup>94</sup> Mengoni [anno](#), 52.

<sup>95</sup> Poiché "la decisione non è mai il frutto dell'applicazione meccanica di norme generali, e ... l'applicazione della norma non può avvenire se non facendo riferimento alla complessità del caso particolare su cui verte la decisione". Taruffo, [anno](#), 40.

<sup>96</sup> Che è problema ermeneutico, e non dogmatico. "Il pensiero dogmatico non è adatto a questo, perché i concetti da esso formati sono strumenti di conoscenza delle norme esistenti e le operazioni logico deduttive in cui esso si svolge sono meramente riproduttive di soluzioni implicite nelle premesse già integrate nel sistema, e perciò inidonee a fornire la base per l'elaborazione di risposte adeguate a problemi nuovi che insorgono da punti di vista extra sistematici sopravvenuti" Così: Mengoni, [anno](#), 432.

<sup>97</sup> Gentili, 2010, XVII.

<sup>98</sup> Ivi.

<sup>99</sup> Gentili, XV

<sup>100</sup> Taruffo, 2007, Sull'argomento, soprattutto: Mengoni, 1990, 445 ss.

norma, in un certo senso, viene svalutata a favore del potere discrezionale del giudice, in quanto *“la ley no dice lo que aparece en su texto literal sino lo que los tribunales dicen que diga”*<sup>101</sup>. A partire da una concezione largamente condivisa, secondo la quale la legge offre una pluralità di soluzioni tra le quali il giudice dovrà scegliere, Nieto esalta quindi proprio l'arbitrio del giudice che, seppur non inteso quale sinonimo di arbitrarietà, tuttavia non può prescindere dai suoi personali convincimenti. E' quasi impossibile, infatti *“que en la sentencia no “queden plasmadas “expresiones que reflejen su ideológica, su cultura, su conciencia institucional o corporativa, sus prejuicios, de tal suerte que un lector experimentado - sin necesidad de ser un psicólogo profesional – puede acceder a rincones ocultos de la personalidad del juez”*<sup>102</sup>. Nella decisione influirebbe persino la conformazione mentale involontaria del giudice, se è vero che le maggiori distorsioni nella valutazione delle prove non deriverebbero affatto dalle sottigliezze giuridiche, bensì dalla *“insensibilidad del juez, entendida como la incapacidad biológica que todos tenemos para percibir, comprender e interpretar determinados fenómenos y sus correspondientes matices”*<sup>103</sup>. Alcuni negano la stessa premessa, ritenendo che *“considerar que el juez se extralimita en su función de administrar justicia, porque corrige un precepto legal por medio de una cláusula generala, seria un verdadero sarcasmo. La cláusula general esta precisamente para eso”*<sup>104</sup>

Il rischio, peraltro, sarebbe evitabile in presenza di una “coscienza ermeneutica educata” che richiede che “l'interprete sia pronto a mettersi in ascolto dell'opinione del testo e precisa presa di coscienza delle proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi”<sup>105</sup>.

Dal punto di vista sistematico, non sarebbe difficile individuare un limite all'arbitrio. Anche in presenza di nozioni a contenuto variabile l'arbitrio troverebbe “davanti a sé un limite invalicabile: l'uso irragionevole”<sup>106</sup>. Anzi si potrebbe dire che la ragionevolezza sia uno dei principali canoni di controllo di cui il giudice deve tenere conto nella individuazione del contenuto normativo delle clausole generali. Indipendentemente dalla classificazione che della stessa ragionevolezza viene data dalla dottrina, talvolta come clausola generale<sup>107</sup>, talvolta come standard<sup>108</sup>, è senz'altro un tratto caratterizzante dei sistemi giuridici moderni ed è un segnale della sempre maggiore apertura di tali sistemi, in risposta alla complessità del reale.

Un ulteriore limite è segnato “dal contenuto stesso delle clausole e dalla necessaria loro coerenza con le plurime razionalità dei sistemi e dei sottosistemi in cui si articola un complessivo ordine giuridico”<sup>109</sup>. Ma altro è individuare limiti, per così dire teorici, al potere valutativo del giudice, altro verificare tale assunto sul piano concreto. L'adattamento del diritto alla realtà cangiante delle cose, infatti, consentendo uno scambio con la realtà, fa sì che il diritto formale si apra al diritto vivente, ma questo scambio *“introduce «impurezas» en el lenguaje legal, adiciona elementos que afectan la propia identidad del enunciado y quiebra la lógica autoreferencial que la filosofía*

---

<sup>101</sup> Nieto, 2010, **6**.

<sup>102</sup> Nieto, 2010, 72.

<sup>103</sup> Nieto, 2010, 69. “Le norme generali ed astratte non possono risolvere conflitti individuali concreti. Occorre accettare l'intervento personale del giudice nel momento di risolvere tali conflitti, pur consapevoli del rischio provocato dalle deficienze tecniche nel momento di interpretare le norme, soprattutto, per l'inevitabile soggettività che accompagna l'esercizio del suo arbitrio”.

<sup>104</sup> Gonzalez 317

<sup>105</sup> Forcellini, anno 139.

<sup>106</sup> “El problema del arbitrio judicial, que tanto preocupa a algunos teóricos y prácticos del derecho, non puede hacernos olvidar que la concreción de las notions a contenu variable, como la buena fe, no es enteramente arbitraria, pues se halla sometida a un limite infranqueable: el uso irrazonable”. Così Gil y Gil, 1990, 92, in adesione alla teoria di Perelman,

<sup>107</sup> Nivarra, 2002, 373 ss.

<sup>108</sup> Scognamiglio, 1992, 65 ss.

<sup>109</sup> Breccia, 2007. 461; Patti, 2013.

*analitica ha predicado sobre el Derecho*<sup>110</sup> amplificando le difficoltà interpretative.

Il tema, inoltre, tocca l'irrisolto nodo del rapporto tra la correttezza formale della decisione e la ricerca della giustizia, che potrebbe prevalere su ogni altra esigenza di correttezza formale. Quando si afferma che al giudice si presentano una pluralità di soluzioni del caso, ovviamente, si vuole intendere che tutte queste soluzioni sono corrette. Le opzioni scartate, in altri termini, non appaiono meno corrette di quella adottata. Di conseguenza, non potrà mai affermarsi che la decisione definitiva sia quella giusta. Ciò comporta che le sentenze, a seconda della visione di ciascuno, potranno essere considerate corrette o non corrette (sul piano della logica argomentativa) oppure giuste o ingiuste (sul piano dei valori che il diritto aspira a rappresentare)<sup>111</sup>, all'interno di una visione secondo la quale la giustizia "altro non è che il carattere aporetico che caratterizza il tentativo di ricondurre la legge all'atto di giustizia"<sup>112</sup>.

La decisione "giusta" dovrebbe tener conto "non solo della correttezza procedurale, ma soprattutto delle effettive condizioni empiriche sulle quali il suo potere è chiamato a esercitarsi"<sup>113</sup>. E' anche possibile che "vinca la tirannia di un valore di parte che il giudice ... tragga soltanto dalla sua ideologia, pur dissimulandola tra le righe di una motivazione professionale non del tutto sgrammaticata"<sup>114</sup>. Non è neppure infrequente che i giudici, e più ancora le giurie, si trovino di fronte a statuizioni legali che ritengono inadeguate, o inique, per la soluzione del caso concreto. In mancanza della discrezionalità consentita dalla clausola generale, "*quand le texte qu'il doit appliquer ne lui laisse aucun pouvoir d'appréciation, le jury n'hésite pas a recourir a une fiction, c'est a dire a une fausse qualification des faits, pour échapper aux conséquences de la règle juridique qu'il juge inacceptable*"<sup>115</sup>. (...).

## **9. Ermeneutica delle clausole generali: Sindacato di Cassazione e funzione della giurisprudenza.**

A questo punto del ragionamento, con particolare riferimento al sistema italiano, si impone una breve riflessione su alcuni aspetti cruciali relativi alla funzione delle clausole generali, a partire dai meccanismi di controllo delle decisioni assunte secondo tale tecnica. Dovremmo, poi, chiederci se gli strumenti suggeriti, o concretamente adottati, appaiano idonei a consentire appieno la funzione tipica delle clausole generali, che è quella di consentire una costante mediazione con la realtà sociale e favorire così l'evoluzione del sistema giuridico.

Già in partenza, si presenta subito un'evidente antinomia: siamo infatti di fronte a due esigenze, entrambe apprezzabili, che postulano l'adozione di tecniche tendenzialmente opposte.

Da un lato, sta l'esigenza della certezza del diritto, che richiede affidabilità, sicurezza e suppone, tendenzialmente, costanza nelle decisioni.

Per altro verso, le clausole generali contengono, nel proprio DNA la propensione ad accogliere i "segni dei tempi", per utilizzare una terminologia conciliare, cioè la vocazione a recepire i

---

<sup>110</sup> Lorenzetti, *anno*, 156.

<sup>111</sup> Mengoni.

<sup>112</sup> Secondo la teoria di J. Derrida, accolta da Giustiniano, 2013, 107.

<sup>113</sup> Ivi.

<sup>114</sup> Breccia, 2007, 462.

<sup>115</sup> Perelman, 1984, 365.

cambiamenti, a fornire soluzioni più appropriate per situazioni che, in altro tempo o in altro contesto, avrebbero comportato decisioni differenti. E' evidente che il mutamento, soprattutto laddove ispirato dall'accoglimento di istanze metagiuridiche, è inversamente proporzionale all'affidabilità della decisione.

Il primo problema che si pone, è quello relativo ai meccanismi di controllo delle decisioni, cioè all'ammissibilità del ricorso per Cassazione delle decisioni assunte dal giudice in applicazione di clausole generali. La risposta dipende, in larga parte dalla qualificazione dell'operazione ermeneutica del giudice: se si trattasse di una decisione confinabile nell'ambito del giudizio di fatto, il controllo della Cassazione dovrebbe essere ricondotto entro il limite del primo comma dell'art. 360 c.p.c. n. 5. Ma può anche sostenersi, ed è anzi questa l'opinione prevalente<sup>116</sup> che si tratti di una questione di diritto, e cioè che il sindacato della Cassazione vada esercitato ai sensi del punto n. 3 dello stesso articolo: "facendo uso della clausola generale si pongono nella premessa maggiore del sillogismo (giudiziale) i parametri e il risultato dell'analisi sui parametri (*di giudizio; perciò*) quando il giudice di merito sbaglia in questa fase non commette un errore di fatto ma di diritto"<sup>117</sup>. A conferma di tale orientamento, si fa riferimento alla disposizione del 2012, secondo la quale "l'inosservanza delle disposizioni in materia di clausole generali, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto"<sup>118</sup>. Tale disposizione, contrariamente a quanto spesso sostenuto<sup>119</sup>, non significa che l'impugnazione sulle decisioni che abbiano ad oggetto clausole generali avvenga per violazione di norme di diritto, ma solo che il diritto è violato se il giudice entra nel merito delle valutazioni riservate al datore di lavoro.

Sciogliere il dilemma non è semplice, né rientra tra i miei compiti. E' però opportuno segnalare alcune essenziali implicazioni, se non complicazioni. A partire dal fatto che la pretesa di un ampio controllo da parte della Corte di legittimità viene spesso utilizzato proprio per stemperare il potenziale innovativo delle clausole generali e mantenere il giudice, suppostamente immaginato come portatore di una forza centrifuga<sup>120</sup>, "nel sistema di giuspositivismo voluto dall'art. 101, capoverso, Cost. (*allontanandolo*) da un sistema di responsabilità politica estraneo ad un ordinamento costituzionale ...". A tal fine, anche recentemente, nell'autorevole sede della Corte di Cassazione, è stato fornito un dettagliato elenco di tipologie interpretative, evidentemente finalizzate, ad evitare ogni fuga nel buio dell'extra giuridico, sulla base del presupposto che "la necessità di ricorrere, quando si tratti di clausole generali adoperate dal legislatore statale, a criteri esterni alla legge non significa che si possa giustificare la scelta interpretativa secondo criteri extragiuridici" e, soprattutto, nella convinzione che "criteri moralistici o politici, o più largamente ideologici di integrazione del diritto positivo sono, salvo che si tratti di salvaguardare 'il minimo etico di cui l'uomo comune è naturale portatore', sempre soggettivi o, peggio, imposti dall'esterno e *perciò* (il corsivo è mio) pericolosi o dannosi ai consociati"<sup>121</sup>. Si teme, in

---

<sup>116</sup> Fabiani, 2012.

<sup>117</sup> Patti, 2013, 93. Nello stesso senso: Fabiani, 2012, 238. Anche per Breccia, 2007, 460, "il controllo dei giudici di legittimità sull'applicazione delle clausole generali è, pur sempre, controllo sul rispetto o sulla violazione del diritto".

<sup>118</sup> All'articolo 30, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183, come modificato dall'art. 1, comma 43 della legge n., 92/2012.

<sup>119</sup> Rosselli, 2013.

<sup>120</sup> Forti preoccupazioni per il potere dirompente del giudice, proprio in termini di certezza del diritto, è espresso, per tutti, da Vallebona A., 2002, 175.

<sup>121</sup> Le citazioni sono tratte dalla relazione di Federico Roselli, dal titolo: *Clausole generali e nomofilachia*, all'incontro di studio svoltosi 10 ottobre 2013 presso la Corte di Cassazione.

definitiva, che sfugga di mano la possibilità di un controllo unitario ed uniforme, ovviamente riservato alla Corte di Cassazione.

A parte questo possibile uso “politico”, evidentemente volto ad introdurre anticorpi in grado di sterilizzare, o almeno stemperare, il potenziale “antipositivista” delle clausole generali, deve poi segnalarsi un’altra contraddizione. Una volta accertato che al giudice, pur con le cautele di cui già si è detto, sia consentito scegliere, tra differenti soluzioni possibili, tutte tendenzialmente corrette, non si comprende su quale base potrebbe censurarsi la decisione del giudice in quanto “sbagliata”<sup>122</sup>, salvo che non si tratti del superamento dei limiti che circoscrivono il potere valutativo conferitogli dalla clausola o derivanti da altri principi dell’ordinamento. Affermare, fuori dai limiti di cui si è detto, che il giudice di merito “sbaglia” nell’utilizzo dei parametri ricavati dal sociale, significa semplicemente che il giudice di legittimità, non condividendo la scelta operata dal giudice di merito, si sostituisce ad esso nell’esercizio della delega contenuta nella clausola generale. Sostanzialmente l’ideologia della Corte di Cassazione prevarrebbe su quella del giudice di merito, finendo per rappresentare una sorta di terzo grado di giudizio di merito senza che ciò possa trovare alcuna giustificazione razionale.

La questione sembra superata, nella pratica, da un atteggiamento di autocontrollo da parte del Giudice di legittimità che, in materia di clausole generali, si astiene, di norma, da un controllo eccessivamente pervasivo. Ed infatti, nei più recenti orientamenti della Corte di Cassazione, si apprezzano aperture verso un superamento dell’orientamento giurisprudenziale degli anni ’90 che, in pratica, finisce per misconoscere la peculiarità delle decisioni assunte sulla base di clausole elastiche<sup>123</sup>. Questa sorta di *self restraint* da parte della Cassazione, è peraltro pesantemente criticato da quell’orientamento cui si è fatto cenno, che lo definisce “una tal quale inclinazione alla fuga dalla responsabilità morale della decisione” da parte dei giudici di Cassazione.<sup>124</sup>

## **10. Le clausole generali nell’antinomia tra certezza del diritto ed evoluzione del sistema.**

Altro aspetto di frizione con la funzione genuina delle clausole generali risiede nella elaborazione delle massime giurisprudenziali della Cassazione in materia di clausole generali e, più in generale, dell’utilizzo della regola del precedente.

La certezza del diritto si alimenta, per un verso, della prevedibilità della decisione, “che può svolgere anche una funzione economica”<sup>125</sup>, e, per altro verso, dalla presenza di una giurisprudenza costante. La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione è volta proprio a garantire “l’esatta osservanza e uniforme interpretazione della legge”<sup>126</sup> attraverso sentenze, che, secondo l’insegnamento di Calamandrei, siano “capaci non solo di assicurare l’esatta interpretazione del diritto, ma anche di imporre questa interpretazione come canone di decisione dei casi successivi”<sup>127</sup>.

---

<sup>122</sup>

<sup>123</sup> Giur.

<sup>124</sup> Roselli. *Loc. ult. cit.*

<sup>125</sup> Taruffo pag. 35-36.

<sup>126</sup> Legge 1941 sull’ordinamento giudiziario, art. 65.

<sup>127</sup> Taruffo, 2007, 714.

Una simile funzione, come è evidente, non appare la più appropriata quando si tratti di clausole generali: le decisioni assunte attraverso la mediazione con la realtà sociale sono mutevoli almeno quanto lo sono i valori metagiuridici cui esse si ispirano. La massima tende a cristallizzare l'esperienza storica che interviene nella decisione del giudice, si trasforma in un ostacolo alla naturale evoluzione delle fattispecie create dal giudice nel concretizzare la norma. Si potrà convenire sul fatto che il giudice, secondo l'insegnamento di Mengoni, dovrà operare tale concretizzazione "in forma generalizzabile"<sup>128</sup>, ma non nel senso di *completare*, una volta per tutte, l'*incompletezza* della norma, disvelando il significato che il legislatore ha volutamente lasciato, almeno parzialmente, indeterminato. Perché in tal caso si completerebbe, attraverso l'elaborazione della massima, la formulazione della norma astratta, restituendo così, ad essa, l'idoneità a fungere da premessa maggiore del sillogismo e quindi consentendo, o imponendo, all'interprete di agire sulla base del metodo sussuntivo. Operazione peraltro suggerita, più o meno in questi termini, da una parte della dottrina<sup>129</sup>.

Il tema relativo alla conciliazione tra l'affidabilità della decisione, garantita da una giurisprudenza costante ed uniforme, e la sua possibile mutevolezza, è tema generale. L'incertezza comporta un rischio per gli attori di ogni transazione, a partire dal datore di lavoro che, nello specifico, non di rado, non può o non è disposto a sopportare il rischio di una decisione giudiziaria in grado di alterare il proprio programma. Non a caso, anche nell'ambito del diritto del lavoro, è forte la tendenza alla fuga dalla giurisdizione. (...) Qualche ordinamento di *common law* tenta una conciliazione attraverso la tecnica del *prospective overruling*, mediante la quale la Corte che formula un principio nuovo continua ad applicare alla controversia in discussione le vecchie regole di diritto (garantendo così l'affidabilità) e riservando l'applicazione del nuovo principio alle decisioni future<sup>130</sup>.

Occorre però sottolineare che la *incertezza* delle clausole generali si presenta non soltanto in prospettiva diacronica, elemento di cui l'attività di nomofilachia della Corte di Cassazione sembra talvolta tener conto<sup>131</sup>, ma anche in prospettiva sincronica, per cui l'interpretazione della clausola generale risulta aperta non solo alla successione temporale, ma anche alla possibilità di una differente interpretazione all'interno del medesimo spazio temporale, in funzione di altre variabili<sup>132</sup>. Più precisamente, secondo Teubner, l'indeterminatezza riguarda le tre dimensioni che caratterizzano la struttura della norma: quella materiale, quella temporale e quella sociale, così da rendere particolarmente ampie ed evidenti le diverse possibilità di concretizzazione<sup>133</sup>.

Il riferimento al diritto vivente, espresso dalla presenza di una giurisprudenza consolidata che, ove le sue massime siano rispettate, e pur con le dovute eccezioni<sup>134</sup>, può rendere inammissibile il

---

<sup>128</sup> Mengoni, 1986, 13.

<sup>129</sup> Fabiani, 2012.

<sup>130</sup> Nota

<sup>131</sup> Giur.

<sup>132</sup> Secondo Rodotà, inizialmente si faceva riferimento alla sola funzione diacronica, "che consentiva al diritto di vincere la sua difficile guerra con il tempo". Successivamente, anche per influenza degli ordinamenti sovranazionali (come l'art. 19 della carta dei diritti fondamentali) la funzione sincronica si sarebbe affiancata alla prima. Rodotà, **anno**, 106.

<sup>133</sup> Miquel Gonzalez, **anno**, 312.

<sup>134</sup> art. 360 *bis* c.p.c. : «il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa». Con specifico riguardo alla valutazione delle risultanze istruttorie la giurisprudenza di legittimità ha, già prima, affermato che è inammissibile il motivo di ricorso per cassazione con il quale la sentenza impugnata venga censurata per vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c., qualora esso intenda far valere la rispondenza della ricostruzione dei fatti operata dal giudice al diverso convincimento soggettivo della parte e, in particolare, prospetti un preteso migliore e più appagante



ricorso per Cassazione, non si addice al diritto espresso dalle decisioni fondate sulle clausole generali. E' diritto vivente, anch'esso, certamente, ma con un peculiare sistema respiratorio.

Le massime giurisprudenziali, in sostanza, non sono sufficienti per l'interprete delle clausole generali. Il giudice troverebbe più utile, semmai, il ricorso alla tecnica del precedente, che è altra cosa dal ricorso alla giurisprudenza, perché consente di attingere al fatto concreto rapportandolo direttamente alla norma, e non attraverso la mediazione di una massima alla quale, per forza di cose, manca proprio la capacità di illuminare il dettaglio.

La tematica relativa all'interpretazione giurisprudenziale, peraltro, riguarda le clausole generali per la peculiarità della tecnica sottesa alla formazione della decisione, che consente di attingere ad elementi extragiuridici per completare la norma. Ciò non significa che solo grazie alle clausole generali si possa pervenire ad interpretazioni innovative o audaci. Come ricorda Treu, guardando in retrospettiva la giurisprudenza in materia di retribuzione sufficiente, di efficacia normativa del contratto collettivo di diritto comune e di sciopero si segnalano interpretazioni giurisprudenziali che “per la loro spregiudicatezza tecnica e, in fondo per il loro eclettismo”<sup>135</sup>, rimangono impresse per la loro importanza e durata nel tempo senza necessità di chiamare in causa le clausole generali. Del resto, non tutti i mutamenti di indirizzo, che poi confluiscono nelle massime giurisprudenziali, sono “ricavate in via di interpretazione, ma desunte da principi generali *rationes legis* o dai principi costituzionali di solidarietà e di equità (ad esempio il principio dell'*extrema ratio* in tema di licenziamenti nell'interesse dell'impresa”<sup>136</sup>.

## 11. Clausole generali e tensione tra i poteri dello Stato.

Da tempo, si segnala l'idoneità del ricorso alle clausole generali a fungere da fattore di alterazione dell'equilibrio tra i poteri dello Stato. Il fatto che alla giurisprudenza venga riconosciuta, seppur con differenti accentuazioni, una funzione creativa del diritto ne costituisce un indice rivelatore.

Se si esamina la materia dal punto di vista del legislatore, si osserva che disciplinare una materia mediante una prescrizione esaustiva e dettagliata oppure in maniera generale ed incompleta, lasciando all'interprete il potere di completare la norma, costituisce una scelta in grado di modificare l'equilibrio tra il potere legislativo e quello giudiziario. Ciò, indipendentemente dal fatto che la scelta sia volontaria, intesa quale esplicita opzione di politica del diritto, oppure obbligata dalle circostanze. La ripartizione dei poteri è definita solo nella sua enunciazione teorica.

---

coordinamento dei dati acquisiti, atteso che tali aspetti del giudizio, interni all'ambito di discrezionalità di valutazione degli elementi di prova e dell'apprezzamento dei fatti, attongono al libero convincimento del giudice e non ai possibili vizi del percorso formativo di tale convincimento rilevanti ai sensi della disposizione citata. In caso contrario, infatti, tale motivo di ricorso si risolverebbe in una inammissibile istanza di revisione delle valutazioni e dei convincimenti del giudice di merito, e perciò in una richiesta diretta all'ottenimento di una nuova pronuncia sul fatto, estranea alla natura ed alle finalità del giudizio di cassazione (Cass., n. 7394 del 2010). Si veda anche Cass. 8 novembre 2013, n. 25194 secondo la quale il ricorso è inammissibile quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa;

Analogo orientamento della giurisprudenza spagnola

<sup>135</sup> “Laddove, - come precisa l'autore - la spregiudicatezza non va scambiata per spirito di rottura col passato o di gratuita innovazione, giacché, in effetti, l'originalità e la tempestività delle decisioni sono tutto tranne che segni di discontinuità storica”. Treu, 1996, 268.

<sup>136</sup> Mengoni, 48

Nei fatti, una continua tensione tra i poteri stessi stabilisce, volta per volta, le funzioni effettive di ciascuno di essi.

Il confine può essere suggerito dal legislatore, quando decida se disciplinare compiutamente una materia, astenersene, o lasciare spazio all'interpretazione giudiziale, ma può anche essere modificato dal giudice, laddove interpreti la sua funzione non in termini meramente dichiarativi ma creativi del diritto. Del potere esecutivo si parla meno. Eppure, contribuisce, anch'esso alla "creazione del diritto", sia nella forma della supplenza che nella forma dell'interpretazione, soprattutto mediante lo strumento delle circolari<sup>137</sup>. In alcuni casi, come nell'ambito dell'immigrazione, "le circolari amministrative sono diventate strumento privilegiato di integrazione e di interpretazione della disciplina giuridica" mediante "la continua creazione di 'nuove' regole e di 'interpretazioni autentiche'"<sup>138</sup>. Nel passato, hanno disciplinato materie trascurate dal legislatore, come l'avviamento degli invalidi psichici<sup>139</sup> e, più recentemente, la funzione "creativa" ha riguardato materie quali la qualificazione del rapporto di lavoro in relazione all'ammissibilità del lavoro a progetto nei call center<sup>140</sup> o l'applicabilità delle sanzioni in materia di lavoro irregolare<sup>141</sup>. A ciò va aggiunta una funzione "indiretta" ma non meno importante, laddove le modalità e l'efficienza di controlli finiscano per determinare l'ineffettività del diritto sostanziale<sup>142</sup>.

Il potere esecutivo, in definitiva, avanza anch'esso una pretesa regolativa che, sebbene dal punto di vista formale non risulti vincolate per il giudice, né possa aspirare a costituire interpretazione autentica della legge, in quanto regola accettata produce effetti. A fronte degli "sconfinamenti" di una giurisprudenza ritenuta eccessivamente creativa o di atti amministrativi non condivisi, il legislatore può recuperare la titolarità che rivendica mediante il ricorso ad una disciplina più dettagliata o inequivocabile. Un recente esempio di esplicita riassunzione del potere, nelle materie cui abbiamo fatto cenno, è dato dalla previsione della ammissibilità della collaborazione coordinata e continuativa nel caso di "attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate attraverso Call Center 'outbound'"<sup>143</sup>.

Ebbene, può trattarsi di una dialettica di carattere fisiologico, relativa al governo di quell'area grigia che sfuma i confini tra i poteri, ma può anche rivelare una più forte tensione tra di essi, tale da rimettere in discussione l'assetto stesso del sistema.

La tensione sorge soprattutto laddove l'elasticità della norma lasci spazio ad interpretazioni che, nella prospettiva della certezza del diritto, creano imprevedibilità, e quindi rischio. Le clausole generali, con particolare riferimento al diritto del lavoro, diventano così importante terreno di un confronto che travalica i limiti della normale dialettica.

La tensione, per così dire fisiologica, relativa all'interpretazione di una norma suscettibile di una pluralità di interpretazioni, tutte corrette, anche grazie all'ausilio di elementi metagiuridici, cambia di qualità con l'art. 30 della legge n. 183/2010. Oggetto della tensione, infatti, non è più la

<sup>137</sup> Per una visione d'insieme in prospettiva storica si veda: Colao, Lacchè, Stordi, Valsecchi, 2011.

<sup>138</sup> Gjergji, 2012, 6.

<sup>139</sup> Su cui, Loy, 1988.

<sup>140</sup> Circolari

<sup>141</sup> Quando stabiliscono, ad es, che nelle aziende con un solo dipendente, quando questo sia irregolare, non si concreterebbe l'ipotesi che da luogo alla sospensione dell'attiva per il superamento della quota del 20 % di lavoratori "in nero". Circolare

<sup>142</sup> L'esempio è relativo alla modalità dei controlli nella vigilanza sull'osservanza della disciplina legale da parte degli organi preposti. "Il ruolo del Ministero del lavoro come fonte di orientamento interpretativo delle norme e, con esso, il ruolo delle circolari e di strumenti nuovi come gli interpelli" è cresciuto negli ultimi anni. Così: Del Punta, 2012, 476.

<sup>143</sup> Legge 92/2012, art. 61, come modificato dalla legge 134/2012.

*interpretazione*, ma incomincia a riguardare, piuttosto, il *potere di interpretare*. Nel caso delle prestazioni *outbound* nei *call center*, il legislatore, nel 2012, si propone di sterilizzare sia una possibile invadenza dell'esecutivo che l'estensione della funzione interpretativa da parte del potere giudiziario mediante una formulazione tendenzialmente inequivocabile o, comunque, tale da ridurre i margini di incertezza. Tale è la tecnica comunemente utilizzata. Nel caso dell'art. 30 della legge n. 183/2010, invece, il legislatore limita il sindacato giudiziale escludendo che esso possa entrare nel "merito sulle valutazioni tecniche organizzative e produttive che competono al datore di lavoro". Si tratta, per la verità, di un intento già perseguito con gli art. 27, co. 3 e 69, co. 3 del d.lgs n. 276/2003 in materia di contratto a progetto e di somministrazione che qui, però, si ripropone in termini più generali, con riferimento ad istituti particolarmente sensibili del rapporto di lavoro e facendo esplicito riferimento alle clausole generali.

Della norma sono state proposte diverse e contrastanti letture. Senza entrare nel dettaglio delle diverse interpretazioni, è utile intenderne l'ispirazione, anche al fine di qualche conclusione finale.

Un primo livello di lettura si sofferma sul fatto che la norma garantirebbe maggior certezza del diritto ed affidabilità della norma, con potenziale effetto deflattivo, posto che non tanto le regole del processo quanto proprio l'incertezza del diritto sostanziale inciterebbero il contenzioso<sup>144</sup>. A parte l'evidente inclinazione di tale lettura verso un modello che, con analoga finalità, ammetta la derogabilità *in peius* anche da parte del contratto individuale di lavoro, il limite di questa opzione consiste nella mancanza del profilo comparativo in relazione agli interessi, o diritti, che potrebbero esserne coinvolti. Nessuno dubita dei benefici che potrebbero derivare da una deflazione del contenzioso e da una maggiore affidabilità, ma tali proposizioni non possono comprendersi pienamente se non vengono coniugate con lo strumento che le rende possibili, se non si dimostri, cioè, che l'interesse per la "certezza del diritto" possa prevalere sul sacrificio di altri diritti. Poiché si tratta di operazione che va condotta alla luce dell'equilibrio indicato dall'art. 41 Cost. la pretesa di limitare il ricorso del giudice a tale principio si porrebbe fuori dall'alveo della Costituzione<sup>145</sup>.

Un secondo livello di letture, più tecnico, partendo da una dettagliata analisi lessicale e sistematica, evidenzia sia il fatto che il legislatore definisca "clausole generali" nozioni che non sarebbero affatto "clausole generali in senso proprio"<sup>146</sup>, sia il fatto che il controllo giudiziale, anche quando comporti un restringimento della sfera di azione dell'imprenditore, "rientra ancora, sino ad un certo punto, in un sindacato di legittimità e non di merito"<sup>147</sup>, così che la disposizione non farebbe altro che ribadire un orientamento giurisprudenziale già consolidato<sup>148</sup>.

Quanto alla prima osservazione, tecnicamente corretta, osservo che l'interprete è costretto, in continuazione, a precisare che la norma "non fa riferimento a clausole generali *in senso tecnico* (il corsivo è mio)"<sup>149</sup>, cioè nell'accezione mengoniana del termine, e conseguentemente ad escludere che il giustificato motivo, ad esempio, possa costituire clausola generale "in senso proprio". Non è possibile, tuttavia, mantenere l'analisi e prevedere gli effetti della norma su di un piano evidentemente differente da quello che sembra intendere il legislatore<sup>150</sup> e dalla, pur approssimata,

---

<sup>144</sup> Tiraboschi, 2010, 8; A. Vallebona, 2010, 211 ss.


<sup>145</sup> Perulli.

<sup>146</sup> Carinci, 2011, specie pp. 5 ss. In senso analogo Nogler, 2011, 126, Visonà, 2012, 2.

<sup>147</sup> Del Punta, 2012, 475. Anche per Piccinini, "il controllo di legittimità può investire, entro certi limiti, le finalità della scelta organizzativa": Piccinini, 2012.

<sup>148</sup> M.T. Carinci, 2011, 11, Del Punta, 2012, 475.

<sup>149</sup> Ivi, pag. 7.

<sup>150</sup> Una volta decifrato il testo, vi è chi prende atto del fatto che il legislatore allude a tutte le disposizioni connotate da elevata generalità o genericità. Così, ad es., Zoli,  M.V. Ballestrero, 2009, 8.

definizione che compare nella relazione al disegno di legge<sup>151</sup>, né sminuire l'importanza innovativa della norma con un sofisticato ragionamento capace di attrarre “anche la determinazione *in abstracto* del contenuto precettivo della norma stessa, alla luce di tutti gli elementi rilevanti del caso” nell'ambito dell'accertamento del presupposto di legittimità<sup>152</sup>. Al proposito, mi viene in mente don Ferrante, che durante la peste, “con ragionamenti ai quali nessuno potrà dire che mancasse la concatenazione”, sostenne l'inesistenza del contagio, che non poteva essere né sostanza né accidenti”,<sup>153</sup> sì da morire “come un eroe della scienza”.

Pertanto, è ad un diverso piano di lettura, che occorre prestare attenzione, come fanno, ad es. Perulli e Ferraro, guardando sia alla portata ideologica della norma, “una restaurazione rispetto all'assetto ideale designato dallo Statuto dei lavoratori”<sup>154</sup>, sia ai suoi possibili effetti, idonei ad alterare “quella trama di diritti fondamentali previsti dalla nostra Costituzione con particolare riferimento alla sicurezza, libertà e dignità umana, ormai proiettati anche a livello sovranazionale con la Carta di Nizza”.<sup>155</sup>

All'inciso: “in conformità ai principi generali dell'ordinamento” è stato spesso attribuito un significato, riduttivo, di ovvietà, senza rendersi conto che la norma, proprio mentre ribadisce l'*ovvio* primato di tali principi, in realtà tende proprio ad un loro depotenziamento. Limitare il controllo del merito nell'ambito delle clausole generali (anche tenendo conto della difficoltà di distinguere – in queste materie – il profilo di legittimità da quello di merito) significa, infatti, limitare la vitalità di quei principi costituzionali. Essi vivono in quanto il giudice possa concretamente utilizzarli per la soluzione del caso concreto. Come, altrimenti, il giudice potrebbe trovare il limite dell'utilità sociale di cui all'art., 41 Cost., se gli viene precluso di sindacare, sulla base di tale principio, la scelta operata da una delle parti?

Certo, chi tende a sminuire il carattere innovativo della disposizione, potrebbe sostenere, con una certa logica, che proprio il richiamo ai principi generali dell'ordinamento impedisca i possibili effetti negativi paventati dall'altra parte della dottrina. Sino a poter ritenere che tale richiamo possa costituire, addirittura, “un ulteriore limite esterno alla cui sussistenza è subordinato l'esercizio del potere di recedere dal rapporto di lavoro”<sup>156</sup>. Più realisticamente, ritengo che l'attacco sia rivolto proprio a quei principi generali che dovrebbero consentire il controllo della discrezionalità.

Anche sul fatto che la norma si limiterebbe a confermare l'orientamento giurisprudenziale consolidato, è opportuno essere più precisi: in realtà, come ricorda Zoli, la norma “non fa altro che avallare l'orientamento prevalente in giurisprudenza, a scapito di quello minoritario”<sup>157</sup> e ciò non mi pare proprio un fatto insignificante. Il fatto stesso che si discuta se la norma possa incidere sulla configurazione del licenziamento come *extrema ratio*, pervenendo a conclusioni opposte<sup>158</sup>, infine, mi sembra un altro indizio non proprio trascurabile.

(...)

---

<sup>151</sup> “per clausole generali si intendono a quelle disposizioni legislative che, al fine di definire l'ambito di legittimità del ricorso a particolari tipologie di lavoro o a decisioni delle parti, non fanno riferimento a specifiche causali tipizzate, bensì stabiliscono requisiti di carattere generale e quindi flessibile, seppure effettivi e variabili”.

<sup>152</sup> Del Punta, *loc. ult. cit.*

<sup>153</sup> Manzoni, *Promessi sposi*, cap. XXXVII.

<sup>154</sup> Ferraro, 2009, 43. Giudizio sostanzialmente ribadito, dopo l'approvazione definitiva della norma.

<sup>155</sup> Perulli, 2013, p. Per un approfondimento: Perulli, 2005, 1 ss.

<sup>156</sup> Zoli, 2011, 6.

<sup>157</sup> *Ivi.*

<sup>158</sup> Mentre per Ferraro la norma potrebbe far venir meno la costruzione del licenziamento quale *extrema ratio*, ciò è invece escluso da Zoli, *loc. ult. cit.*

#### 4. Conclusioni

Una delle parziali conclusioni sinora raggiunte riguarda la necessità di adottare un'accezione di clausola generale in senso ampio, facendo riferimento soprattutto alla tecnica di concretizzazione del comando contenuto nella norma. Premessa indispensabile per potersi confrontare con una sterminata letteratura che utilizza indistintamente svariate nozioni nel far riferimento a situazioni caratterizzate da una indeterminatezza del comando, che lasciano al giudice il potere di completare la norma mediante ricorso ad elementi metagiuridici.

Ciò è tanto più indispensabile se si pensa alla crescente importanza che le clausole generali hanno assunto nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario, all'interno del quale "facilitano la 'convivenza' delle culture giuridiche differenti dei vari Paesi e, quindi, consentono, più agevolmente, l'adattamento dei principi comunitari alle diverse tradizioni giuridiche"<sup>159</sup>. Le clausole generali vengono considerate una disposizione autonoma del diritto comunitario, che postula una uniforme interpretazione di esse nell'intero territorio dell'Unione<sup>160</sup>. Il diritto comunitario, per essere più precisi, conosce due categorie di clausole: le clausole generali di diritto comunitario, il cui contenuto è direttamente definito dal legislatore comunitario, e quelle in cui, invece, il legislatore comunitario non definisce il contenuto ma lascia che siano i singoli Stati a determinarlo<sup>161</sup>. Il potere di interpretare le clausole generali di diritto comunitario, seppure in via non esclusiva ed in presenza di un rinvio incidentale, spetta alla Corte di Giustizia Europea che, in presenza di clausole generali il cui contenuto non sia definito, svolge comunque il ruolo di controllo della "congruità dei parametri adottati" dal legislatore e dal giudice nazionale<sup>162</sup>.

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 non sono alternative ad una normativa dettagliata che, con tecnica opposta generali, restringe i margini dell'interpretazione in funzione della certezza del diritto. 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 ordinamenti giuridici che ne fanno parte.

Si tratta di un processo che evolve e che già mette in conto, per quanto riguarda le clausole generali, la piena compatibilità tra le tradizioni di *common law* e quelle di *civil law*.

Di questo processo, in atto, non si può prescindere. Per poter trarre qualche considerazione conclusiva, tuttavia, è indispensabile prendere le mosse anche dal contesto all'interno del quale si assiste al rinnovato interesse per le clausole generali.

---

<sup>159</sup> Musio, 38.

<sup>160</sup> Il contenuto di queste clausole è "predeterminato tramite un'operazione di sintesi che tenga conto del contenuto che le clausole generali, di volta in volta evocate, assumono nelle varie legislazioni nazionali". Meruzzi, 2005, 11.

<sup>161</sup> Corte di Giustizia europea, caso SENA (*Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten c. Nederlandse Omroep Stichting*) 2003; Musio, 39.

<sup>162</sup> Musio. 39.

“Nel capitalismo del novecento, il diritto dismette programmaticamente il suo atteggiamento di puro ausilio, o sussidio, di un processo economico auto fondato, a favore di una *policy* interventista, che assume forme diverse e si alimenta di motivazioni parimenti differenti, riconducibili ora alla presa d’atto della possibilità che il mercato fallisca, ora ad una (presunta o reale) volontà di affidare alla mano pubblica la promozione di una società più giusta e più eguale (si vedano gli art. 3, II° comma, 2 e 41 della nostra Costituzione)”<sup>163</sup>. Il Diritto del lavoro ha un ruolo non secondario in questo processo, perché ispirato a movimenti sociali e politici che hanno contribuito al superamento delle politiche del *laissez faire*, perché ha precocemente individuato nella specialità lo strumento per l’abbandono del principio dell’autonomia della volontà, per il suo contributo al disegno di creazione di uno stato sociale.

La crisi che ha investito (anche) il diritto, a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, si è manifestata con un graduale processo di dismissione dell’interventismo statale che ha portato ad “una riscrittura delle regole giuridiche che disciplinano il rapporto (conflitto) capitale – lavoro, tutta favorevole al primo”<sup>164</sup>.

Questo processo, il cui ritmo è sempre più incalzante, comporta fenomeni ampiamente noti: la legislazione produce un arretramento dello stato sociale, riduce le tutele, crea flessibilità e precariato<sup>165</sup>, ma non si tratta di ritorno al primo capitalismo, quando al diritto si chiedeva di mantenersi estraneo ai fenomeni economici, di limitarsi a garantire gli scambi e l’autonomia della volontà<sup>166</sup>. Il neo liberismo, sulla base di una teoria scientifica, non chiede più al diritto di astenersi, di lasciar fare, bensì di cooperare alla fondazione di una nuova società costruita sulla concorrenza. A prima vista, laddove non è più garantita la stabilità del rapporto, aumenta il precariato, aumenta la povertà, si riaffaccia prepotentemente il dominio della parte forte del rapporto di lavoro, quel dominio che il diritto aveva cloroformizzato grazie ad una legislazione prima protettiva e poi garantista: sembra un ritorno al passato. Non è così. Il dominio del primo capitalismo era l’effetto di spontanee regole di mercato, l’affermarsi in maniera razionale di rapporti di forza, ma non era provocato dal diritto dello Stato. Il dominio attuale, al contrario, è prodotto dal diritto, nel senso che esso ha introiettato la missione di garante del principio della concorrenza ed opera apertamente perché essa si affermi. Al diritto, in nome del razionalismo economico e sulla scia della teoria che pretende di essere l’interfaccia tra i due sistemi, *laws and economics*, viene richiesto di adattare la sua legislazione per renderla funzionale alle esigenze di questo nuovo potere sostenuto da una solida teoria.

Senza entrare nel merito delle tensioni, o dei conflitti ideologici e sociali che hanno accompagnato la nascita dello Stato interventista, vero è che il suo configurarsi come Stato sociale non rappresenta il prevalere di una concezione ideologica rispetto ad un’altra.

Lo Stato sociale è valore condiviso all’interno del capitalismo. Le diverse tensioni, volte ad una sua accentuazione o ridimensionamento, toccano il tema di quella “frontiera mobile” di cui parlava Mancini, ma non mettono in discussione il consenso intorno all’idea di uno Stato che assume su di sé il compito di promuovere il benessere. Peraltro, nel frattempo, Costituzioni come la nostra hanno positivizzato i valori ispiratori dello Stato sociale<sup>167</sup>, contribuendo al superamento dell’antinomia tra giusnaturalismo e positivismo, producendo un sistema di positiva convivenza tra valori e norme. Valori e norme, operano nei propri ambiti di competenza intessendo, tuttavia,

---

<sup>163</sup> Nivarra, 2010, 25.

<sup>164</sup> Ivi, 30.

<sup>165</sup>

<sup>166</sup> Su cui Fernández Sanchez, 2012; De la Rosa, 2014.

<sup>167</sup> Mengoni.

quel dialogo che consente al diritto di non avvizzire nell'autoreferenzialità e poter evolvere alla luce dei segni dei tempi.

Le clausole generali favoriscono questo dialogo, consentono che il contenuto del compromesso fondativo che, per la prima volta, positivizza i valori, possa continuare ad esser aggiornato, cioè consenta la diritto di vivere.

Questa operazione, tuttavia, non è neutrale. Le decisioni che, ispirandosi a valori extra giuridici, “aggiornano” il diritto, sono in grado di modificare il preesistente equilibrio tra Stato e cittadino, o tra le parti del contratto, così da incidere sugli interessi delle parti stesse. Quando il legislatore ha aggiornato la regola della libertà di recesso nel rapporto di lavoro, introducendo l’obbligo di motivazione, ha alterato l’assetto di interessi a favore della c.d. parte debole, accogliendo una istanza presente nella società. Quando i giudici, avvalendosi delle clausole generali, hanno dato una interpretazione più o meno ampia alle nozioni lasciate aperte dal legislatore, hanno, a loro volta, attinto a valori esterni percepiti “anche” secondo la propria sensibilità.

Perché tutto ciò possa funzionare correttamente, è necessario il consenso, non inteso, ovviamente, come consenso individuale bensì come consenso collettivo. “El consenso es un presupuesto del funcionamiento pacífico de la actividad judicial en materia de cláusulas generales”<sup>168</sup>.

Ciò spiega perché il dibattito sulle clausole generali, prevedendone i possibili effetti sugli interessi delle parti, sia stato spesso caratterizzato dall’antinomia tra fuga dalle clausole generali e fuga nelle clausole generali<sup>169</sup>.

La fase di consenso del diritto del lavoro ha attraversato momenti di forte conflittualità, ma il sacrificio di interessi dell’impresa veniva ritenuto giustificato dall’esigenza di tutelare diritti ed interessi dei lavoratori nell’ottica di un più generale interesse sociale. Ciò che, in fondo, è rappresentato nell’art. 41 Cost.

Quel consenso è venuto meno: “la crisis de las visiones totalizadoras ha hecho explotar todo texto unificador; los intereses son individuales o sectoriales, perfectamente diferenciados unos de otros”<sup>170</sup>.

La mancanza di valori comuni, ed anzi l’affermarsi di visioni contrapposte ed inconciliabili, si riflette nel diritto. Quasi tutti gli elementi del circuito virtuoso che, nel secolo scorso, pur in mezzo a mille difficoltà, hanno consentito al diritto di rappresentare e regolare la complessità del reale sono così entrati in crisi. Il potere legislativo ed il potere giudiziario si trovano in una nuova fase di emergenza, non per la necessità di superare una transitoria situazione di difficoltà, bensì in vista, ed in preparazione, all’affermarsi di una nuova, rivoluzionaria visione ideale della società. Vengono sempre più sollecitati a porre al centro della propria attività un interesse altro e diverso rispetto a quello suggerito nell’art. 3, comma II, della Costituzione (la promozione della persona umana e la garanzia dei diritti fondamentali della persona) e cioè l’interesse dell’impresa nella sua declinazione di diritto alla concorrenza. Si può facilmente osservare come non solo la Corte di Giustizia europea, ma anche alcune Corti costituzionali nazionali, pur con qualche eccezione, siano disponibili a limitare alcuni diritti fondamentali in nome della crisi economica in atto, cioè in nome dell’interesse dell’impresa. E’ interessante notare come le stesse Corti, nel passato, operassero il bilanciamento non *tout court* con l’interesse dell’impresa, ma con l’interesse dell’occupazione. Il Tribunale Costituzionale spagnolo, ad esempio, riteneva non discriminatorio

---

<sup>168</sup> Lorenzetti, 2013.

<sup>169</sup> Lorenzetti, 2013.

<sup>170</sup> Lorenzetti.

il pensionamento obbligato al raggiungimento di una determinata età se inteso quale strumento del mercato del lavoro, cioè idoneo a favorire l'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro.

Tutto ciò ha un prezzo per il diritto, più facilmente "leggibile" in Spagna, dove l'istituto del voto particolare consente di misurare, in un certo senso, la perdita di autorità del diritto. Le eccezioni, di incostituzionalità relative all'ultima riforma del mercato del lavoro, avanzate da settori qualificati della società (quasi tutti gli accademici di diritto del lavoro spagnoli hanno sottoscritto un documento pubblico in tal senso) sono state dichiarate inammissibili con 4 voti contrari su 12 componenti.

La differenza, rispetto ad analoghi processi evoluti del passato, sta nel venir meno di un condiviso patrimonio di valori. Il giudice che, oggi, dovesse attingere ad istanze extragiuridiche, con la tecnica della clausole generali riscontrerebbe ancora la presenza di valori affatto differenti da quelli che oggi premono perché il diritto si converta definitivamente in uno strumento funzionale al razionalismo economico e dedito alla sua causa. In questo senso, le clausole generali sono viste con sospetto da chi muove i fili di questa operazione perché l'integrazione valutativa potrebbe recepire istanze di segno opposto a al disegno generale di cui si è detto. "Non possiamo ignorare che certe correnti della cultura moderna, sostenute da principi economici razionalistici ed individualistici, hanno alienato il concetto di giustizia dalle sue radici trascendenti"<sup>171</sup>; così dichiara il Papa, ponendo l'accento proprio sulla divaricazione tra i valori (per noi) positivizzati, il valore la dignità ed i diritti della persona, che "al di là delle dichiarazioni di intenti", "sono seriamente minacciati dalla diffusa tendenza a ricorrere esclusivamente ai criteri dell'utilità, del profitto, e dell'avere"<sup>172</sup>.

L'attuale trasformazione, in altri termini, non è spinta da valori diffusamente condivisi all'interno della società, bensì da un soggetto esterno, la forza di una visione economica totalizzante che, nelle sue visioni più estreme, persino dileggia il diritto ed i giuristi<sup>173</sup>, confermando la perdita di autorità del punto di vista giuridico di cui parlava D'Antona<sup>174</sup>. Questa visione si impone più con la forza che con il consenso, grazie all'enorme potere degli interessi che rappresenta. Potere che, nella convinzione delle proprie ragioni, viene esercitata prevalentemente dall'esterno e fuori dalle regole della democrazia. Il diritto, così come è arrivato sino ai nostri giorni, sia per i suoi contenuti (per quanto ancora conserva dell'idea di stato sociale), sia per le regole del suo esercizio (ivi compresa la funzione giudiziale) rappresenta un ostacolo all'affermarsi definitivo di questa nuova visione totalizzante. Ne soffre la stessa democrazia: gli equilibri delle funzioni democratiche rappresentate dalla divisione dei poteri si vanno modificando anche nel rapporto Stato-cittadino. Il capo dell'esecutivo italiano, nell'assumere decisioni strategiche per l'intera comunità del paese, espone così la sua, nuova, visione democratica: "Capisco che debbano tener conto del loro Parlamento, ma ogni governo ha anche il dovere di educare le camere .... Se io mi fossi attenuto in maniera del tutto meccanica alle direttive del mio parlamento, non avrei mai potuto approvare le decisioni dell'ultimo vertice di Bruxelles"<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> Benedetto XVI, 2011.

<sup>172</sup> Ivi.

<sup>173</sup> Veljanovski scrive che "una fondamentale ragione che spiega la tensione tra il giurista e l'economista ha a che vedere con il ruolo delle teorie. Il metodo di analisi del giurista è letterario, il suo ragionamento si fonda sulla metafora, l'analogia, la similitudine. Il diritto è parassita delle scienze sociali, della filosofia e di altre discipline, proprio perché la sua limitata base intellettuale le ha impedito di elaborare un armamentario teorico" Veljanovski, 2011, 31.

<sup>174</sup> D'Antona, 1990, 207 ss.

<sup>175</sup> M. Monti, 2012, 29.



Detto in termini semplici: la discrezionalità concessa al giudice di concretizzare nome aperte sulla base di idee diffuse e largamente condivise nell'ambiente sociale, da molti viste come "indispensabili nella società moderna ed anzi meglio rispondenti alla pluralità di tradizioni ed orientamenti che in essa convivono"<sup>176</sup>, sono, per altro verso, viste con diffidenza, tanto da indurre il legislatore a tentare di soffocarne la portata ed il senso appropriandosi "di stilemi e categorie nate sul terreno della dottrina e dell'esperienza giudiziale per piegarle a finalità diverse e contrarie alle originali ragioni"<sup>177</sup>.

Né mancano contraddizioni, visto che, proprio all'indomani del manifesto con il quale il potere legislativo ha proclamato il suo disegno strategico volto a limitare il potere dei giudici, suggerendo un diverso equilibrio tra i diritti di cui all'art. 41 Cost., lo stesso legislatore, nel perseguire l'analoga finalità di sterilizzare la più significativa tutela dei lavoratori subordinati, la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, ha finito per ampliare il potere interpretativo del giudice sino a porre nelle sue mani, almeno in apparenza, la decisione circa l'applicazione della tutela reale in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo: "il giudice 'può' disporre".

Si tratta della conferma di come l'urgenza di conseguire il risultato, e l'art. 18 vale uno scacco al re, prevalga sulla razionalità. Di fronte alla strenua resistenza di alcune forze sociali che non hanno consentito di normalizzare ogni ipotesi di licenziamento illegittimo, ma non discriminatorio, nell'ambito della tutela obbligatoria, il legislatore si è accontentato di una tracciatura approssimativa dei nuovi confini anche al prezzo di ampliare il potere giudiziario. La legge n. 92/2012, pur accettando il compromesso, si pone come negazione del significato di decenni di elaborazioni giurisprudenziali in materia di licenziamento illegittimo, tant'è che, all'indomani della sua emanazione, senza neppure attendere la prima giurisprudenza di merito, si è potuto affermare che, grazie appunto alla mera formulazione della norma, nel licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo, *extrema ratio* sarebbe ora la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato<sup>178</sup>. Ma le cose non stanno proprio così. Il potere e l'indipendenza della magistratura non sono "graziose" concessioni del potere legislativo. "La sacra formula riprodotta nella Costituzione, per cui il giudice dipende solo dalla legge" - scriveva Salvatore Satta 50 anni orsono - non si riferisce all'indipendenza dal potere esecutivo, "essa esprime piuttosto ... l'indipendenza dal legislatore che diventa estraneo alla legge che egli ha posto, cedendo il potere al giudice, che diventa il legislatore del caso concreto. *Magistratum vere dicimus legem esse loquentem*<sup>179</sup>". Si tratta di un potere che non può essere facilmente "revocato" dalla formulazione di una norma, anche perché il materiale oggi a disposizione dell'interprete è più che mai articolato, multilivello. Il comando contenuto nelle clausole generali, alle quali, almeno per il momento, non può farsi a meno di ricorrere, è un riferimento che va letto alla luce dei principi generali, valutato alla stregua degli ordinamenti sovranazionali, dev'esser dotato di logicità e di razionalità, non apparire in contrasto con l'ordine pubblico. Tutto ciò si converte in una complessa attività di bilanciamento, che è nel potere del giudice, cioè di un giudice che non travalica affatto la propria funzione proclamata dalla Costituzione. Egli, essendo indipendente proprio dal potere legislativo, è tutt'altro che un esecutore ed anzi, soprattutto nelle fasi di crisi, si presenta come legittimo contropotere.

Significativa l'affermazione che introduce un commento alla legge n. 78/2014: "di fronte all'incapacità delle altre istituzioni di svolgere il proprio ruolo in maniera efficace ed equa, non ci

---

<sup>176</sup> Rescigno 2011, 1690.

<sup>177</sup> Ivi

<sup>178</sup> Vallebona

<sup>179</sup> Satta, 2004, 247.

si può lamentare se la magistratura assumerà una funzione essenziale nel tentare di riequilibrare irrisolti conflitti di rilevante spessore<sup>180</sup>. Poiché l'ordinamento giuridico, nel suo complesso, continua ad essere retto da principi generali ispirati a valori di giustizia, di solidarietà, di uguaglianza..., all'arretramento della funzione legislativa nella tutela dei corrispondenti diritti individuali e collettivi, che tradisce il mandato di cui all'art. 3, Il comma della Cost., può far da contrappeso l'esaltazione di un'altra funzione, quella giudiziaria.

L'attività del giudice, cioè il processo, opera come “dispositivo di connessione tra società e mondo del lavoro produttivo”. Il processo del lavoro, cioè, impedisce al sistema produttivo “di diventare un mondo a parte rispetto alle idee di giustizia, di normalità, di valore circolanti nel corpo sociale e assoggettato alla logica del più forte”<sup>181</sup>.

E' quanto, in altre parole, riconosce quella giurisprudenza che considera le clausole generali “indicazioni di “valori” ordinamentali, espressi con formule generiche ... che scientemente il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito di una più ampia discrezionalità, di “attualizzare” il diritto, anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi”<sup>182</sup>.

La tensione si fa acuta quando i poteri che concorrono a questa fase di “attualizzazione”, ed è il caso riprendere in considerazione anche il potere esecutivo, non operano in sincronia ma, in un certo senso, avanzano per vie contrapposte: mentre gli uni agiscono nella direzione della esaltazione dei diritti dell'impresa, assumendo come valore prevalente la concorrenza, il giudice non può fare a meno di operare sotto l'ombrello dei principi costituzionali e, quando gli è concesso di attingere alla realtà storica, come nelle clausole generali, è facile che trovi ancora spazio per un'interpretazione orientata verso gli stessi valori sino a qualche tempo fa esaltati dallo Stato interventista e che ancora permangono nella coscienza sociale.

Non si tratta né di una frizione temporanea, destinata ad essere superata con il superamento della crisi economica, ma neppure di una frizione necessariamente destinata a stabilizzarsi. E' la manifestazione di una crisi che, a partire da elementi apparentemente pragmatici - quali la necessità di riaffermare poteri dell'impresa ritenuti eccessivamente compressi dalla legislazione dello Stato interventista - si estende ai valori fondativi sino a rimettere in discussione la formulazione stessa di quelle norme costituzionali che hanno positivizzato quei valori. Modificare l'art. 41 della Costituzione significherebbe, prima di tutto rimettere in discussione quel patrimonio di norme (legali ed extralegali) che sulla base di quel principio, per oltre mezzo secolo, ha arricchito l'esperienza repubblicana.

Le recenti riforme del mercato del lavoro, e non soltanto in Italia, “están provocando regresiones en la norma laboral que empiezan a encontrar puntos de fricción más frecuentes e intensos con las normas constitucionales y con las obligaciones asumidas en las normas supranacionales, incluso esos puntos de fricción aparecen con el propio derecho común”<sup>183</sup>

Delle clausole generali, per il momento, non si può prescindere. Persino nelle materie oggetto di una disciplina legale minuziosa, come la sicurezza negli ambienti di lavoro, è difficile immaginare un ordinamento che possa fare a meno di norme, quali l'art. 2087 c.c. che, storicamente, ha consentito, per un verso quella “attualizzazione” di cui tanto si parla e, per altro verso, una migliore applicazione del principio di giustizia ai casi concreti.

---

<sup>180</sup> Mattone, 2014, p.

<sup>181</sup> Niccolai, 2013, 14..

<sup>182</sup> Cass n. 10741, 11 maggio 2009.

<sup>183</sup> Alfonso Mellado C. L., 2013, 4.

La crisi, in definitiva, non si manifesta nell'uso delle clausole generali che, in definitiva, non fanno altro che metter in comunicazione la dinamica della norma positiva con il mondo di relazioni umane in cui trova applicazione, bensì quando "l'interprete di tale norma non sia più in grado di farsi interprete di una lettura diffusamente e socialmente condivisa di quella clausola nel suo tempo, soprattutto se si tratta di un Giudice apicale e inappellabile di natura sovranazionale quale appunto la Corte di giustizia UE, tanto da farlo atteggiare quale organo con funzioni para-normative"<sup>184</sup>. (...)

Tra gli effetti della crisi, non può farsi a meno di ricordare la rapida evoluzione, o involuzione, della più tipica modalità di apertura dell'ordinamento a fonti extralegali, la contrattazione collettiva. Il legislatore, dopo averla promossa, in funzione progressiva, per il contributo all'affermazione di principi sanciti nella Costituzione ed appartenenti ad un comune patrimonio di valori, pretende oggi di utilizzarla per intraprendere un percorso inverso, strumentale al disegno del razionalismo economico, dotando alcune sue articolazioni decentrate persino di poteri derogatori della legge, ovviamente *in peius*, mai prima praticati con tale intensità ed estensione sino ad entrare in rotta di collisione con l'art. 39 Cost.

Il tempo dello Stato interventista, per il diritto del lavoro, è stato caratterizzato dalla "fuga" verso la specialità. Si è trattato di un cammino lungo e difficile, fortemente contaminato da esperienze storiche ed ideologiche, ma caratterizzato da un sostanziale, ampio, consenso.

Ora, il diritto speciale del lavoro non solo non è più in grado di garantire la protezione sinora accordata, ma incomincia ad essere utilizzato, e ad essere teorizzato, in senso prevalentemente funzionale all'interesse dell'impresa. E' per questo che il diritto privato, integrato dalla razionale applicazione dei principi generali contenuti nella Costituzione, incomincia ad offrire livelli di tutela per il contraente debole che il diritto speciale del lavoro non è più in grado di garantire. Posto che si tratterà di far riferimento a principi, piuttosto che a norme speciali, è evidente che le clausole generali potrebbero risultare di estrema importanza. Clausole generali che, in conclusione, hanno anche a che vedere, oltreché con il ruolo dei giudici, anche con quello dei giuristi, nel nostro caso dei giuslavoristi, e non a caso, sia vecchi maestri che giovani, hanno ripreso ad interrogarsi su questo tema con rinnovato impegno e passione. Valga per tutti, in conclusione, una recente riflessione di Miguel Rodríguez Pinero: "Hemos de enfrentarnos abiertamente con la excesiva colonización del Derecho por un pensamiento económico, insensible a las consecuencias sociales o axiológicas de sus improbadas teorías y al crecimiento exponencial de las desigualdades y de la pobreza que viene generando su aplicación. Ante ello, los juristas no podemos permanecer silentes, debemos aportar nuestro grano de arena a la solución de serios problemas institucionales y constitucionales pendientes, y dar respuesta a la exigencia ciudadana de justicia total"<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> Pallini, pag.

<sup>185</sup> Rodríguez Pinero y Bravo Ferrer M., Intervento pronunciato il 7 novembre 2013 in occasione del ricevimento del Premio Pelayo, dattiloscritto.

## BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv. *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiana. Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, Colao Floriana, Lacchè Luigi, Stordi Claudia, Valsecchi Chiara, (a cura di ). Eum, Università di Macerata 2011.

Alfonso Mellado C. L., *El derecho del trabajo. Referentes constitucionales e internacionales*, Fundación 1º de mayo, Madrid, 2013, 4.

Ballestrero, *Perturbazioni in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 116*, in L. D. 2009.

Benedetto XVI, *Messaggio in occasione della giornata mondiale della pace*, 1 gennaio 2011.

Breccia, G.U., *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2007.

Carinci, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in "I working papers. C.S.D.L.E. "Massimo D'antona", 2011, n. 114,

Castronovo, C. *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.* 1986.

Castronovo, C. *Problema e sistema del danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979.

Castronovo, C., *Il significato vivente di Luigi Mengoni nei suoi Scritti*, in *Europa e diritto privato*, 2012.

Castronovo D., *Clausole generali e diritto penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 1 ss. *destinato agli Scritti in onore di Alfonso Stile*.

D'amico G., *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989.

D'Antona M., *L'anomalia post-positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*.1990, *Riv. Crit. Dir. Priv.*

Del Punta, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, *Riv.it. dir. Lav.* 2012, I.

Denozza F., *Diritto e potere in un mondo senza costi di transazione: un saggio sulla funzione legittimante della narrativa Coasiana*, in *Riv. Dir. Priv.* 2009, II.

Denozza, F., *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011.

Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984.

Fabiani, E., *Clausola generale*, in *Enc. Dir.*, Annali, Milano 2012,

Fernández Sanchez Sonia, *L'autonomia individuale nelle origini del diritto del lavoro*, Giappichelli, Milano, 2012

Ferraro, G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Dir. Lav.*, mer. 2009. I.

Forcellini F., *Le forme della generalizzazione: tra regole e principi*, in *Ius civile*.

Gentili A., *Prefazione*, in Velluzzi V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, 2010,

Gil y Gil, J. L. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, ..

- Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in DLRI, 1986.
- Giustiniano, A., *La giustizia a partire da un nuovo modello di razionalità*, in Lessico di etica pubblica, 2013, n. 2.
- Gjergji, I, *Circolari amministrative e immigrazione*, Angeli, Milano, 2012.
- Habermas J., *Fatti e norme*, Milano, Guerini e Associati, 1996.
- Habermas, J., *Law as Medium and Law as Institution*, in G. Teubner (ed by), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, De Gruyter, Berlin, 1986, p. 204 e ss.
- Libertini, M, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, Relazione al II convegno Nazione : Orizzonti del diritto commerciale, Roma 11-12 febbraio 2011.
- Libertini, M. *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in Studi in onore di A. Falzea, Giuffrè, Milano, 1991.
- Libertini, M. *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in Riv.dir.comm., 2008, I.
- Loi P., *La sicurezza: diritto e fondamenti dei diritti nel rapporto di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2000,
- Lorenzetti. *La discrecionalidad del Juez en el marco de la legislación por cláusulas generales y los límites constitucionales*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
- Luzzati, *La normalizzazione delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*. In Riv. Crit. Dir. Priv., 2012.
- M Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, (tr. it.) *Economia e società*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999.
- Mattone, *La legge n. 78/2014: un requiem per il diritto del lavoro?*, in Diritti sociali e cittadinanza.
- Mengoni L. , *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Riv. Crit. Dir. Priv. 1986.
- Mengoni L., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, a cura di M. Napoli, Milano, Vita & Pensiero, 2004.
- Mengoni, *Diritto vivente*, in *Dig.disc.priv.*, Sez..civ., vol. VI, Torino, 1990.
- Mengoni, *Dogmatica giuridica*.
- Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Dir. lav.*, 1992, I.
- Meruzzi, G. *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005.
- Miquel González, Jose Maria *Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 1, 1997.
- Monti M., *Dichiarazione resa a Spiegel 5 agosto 2012*, riportato da Repubblica 2 aprile 2014, p. 29.
- Musio, I., *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, in [www.comparazionediritto.civile.it](http://www.comparazionediritto.civile.it).
- Niccolai, S, *Per una lettura costituzionalmente orientata della riforma Fornero ed un diritto del lavoro nuovo*.
- Nieto , A., *El arbitrio judicial*, Madrid, 2010.
- Nivarra L. *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 373 e ss
- Nivarra, L., *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*. Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

- Nogler L. *La regulacion de los despidos individuales en la epoca del equilibrio entre los "principios" constitucionales*, La coruna, 2010.
- Nogler L'itinerario metodologico di Lugi Mengoni, in *I working papers*, Centro Studi di diritto del lavoro "Massimo D'Antona", n. 47/2006.
- Nogler, *Opinioni sul collegato lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.* 2011.
- Pallini, M, *La tutela dell' "ordine pubblico sociale" quale limite alla libert  di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in
- Patti S. *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffr , Milano , 2013
- Patti, *Clausole generali e discrezionalit  del giudice*, in *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013.
- Pedrini F., in *Clausole generali e costituzione. Una (prima) mappa concettuale.....*
- Pedrini F., *Le clausole generali. Profili teorici e aspetti costituzionali*, [Bononia University Press](#), Bologna, 2014,
- Pedrini, F., *Clausole generali e costituzione: osservazioni introduttive*, *Quaderni costituzionali*, 2012.
- Perelman Chaim, *Les notions   contenu variable en droit. Essai de synthèse*, in *Les notions   contenu variable en droit* (a cura di C. Perelman e R. Vander Elst, Bruxelles, Bruyant, 1984.
- Perfetti L.R., *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equit *, in *Giur. It.*, maggio 2012.
- Persiani, M. *Diritto del lavoro e autorit  dal punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2000.
- Perulli, A., *Il ruolo e le prerogative del giudice nella conciliazione giudiziale, certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore*, in Perulli A, Fiorillo L, Giappichelli, Torino, 2013. (numerazione delle pagine nella versione pdf pubblicata nel sito dell'autore).
- Perulli, in *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza equit *, *DLM*, 2011, III.
- Perulli, *Razionalit  e proporzionalit  nel diritto del lavoro*. In *DLRI*, 2005.
- Piccinini, *A due anni dalla Fornero: la tutela del lavoratore nell'art. 18. Rapporti di lavoro e ammortizzatori sociali AA.VV.* Ediesse, Roma, 2012.
- Rescigno P., *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. It.*, 2011,
- Rodot  S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967, I, p. 89 ss.
- Rodot , *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, 721.
- Rodot , *Le clausole generali al tempo della flessibilit *, pag. 106.
- Rodriguez Pinero y Bravo Ferrer M., *Intervento pronunciato il 7 novembre 2013 in occasione del ricevimento del Premio Pelayo*, dattiloscritto.
- Roselli F., *Clausole generali e nomofilachia*, relazione all'incontro di studio svoltosi 10 ottobre 2013 presso la Corte di Cassazione.
- Rusciano M., *Una rilettura di Mengoni*, in *Riv. Tri. Dir. Proc. Civ.* 2011, 4.
- Satta S., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam Padova, 1968, nella riedizione di Ilisso Nuoro, 2004, p. 247.
- Scognaniglio, C., *Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel d.p.r. 24 maggio 1988 n. 224*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 65 e ss.

- Staiano R., , *Contratto a termine e specificazione dei motivi* in *Diritto.it*, 25/06/2013.
- Taruffo M., Prefazione a E. Fabiani, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Torino, Utet, 2003.
- Taruffo, M, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in
- Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Riv. Trim dir. Civ. 2007, 3.
- Teubner G., *Social order from legislative noise: autopoietic closure as a problem for legal regulation*, in G. Teubner G. and Febraro A., (ed by) *State, Law and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milano, 1992.
- Tiraboschi, M., *Giustizia del lavoro: la riforma del Collegato*, in *Guida al Lavoro*, 2010.
- Treu *La giurisprudenza e l'ordinamento sindacale*, in *Diritto giurisprudenziale*, (a cura di M. Bessone) Giappichelli, Torino, 1996, p. 268 ss.
- Treu T., *Il futuro del lavoro: contrattualismo, interventismo, liberismo*, Ius, 1985, n. 3.
- Treu, T., *Relazione Aidlass 2013*.
- Tullini, P., *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, 1990.
- Vallebona A, *Intervento in Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Congresso Aidlass, , Ferrara, 2000, Milano, 2000, 175.
- Vallebona A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012
- Vallebona, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in GL, n. 4, p. 211 ss.
- Vardaro, G. *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Napoli, Jovene, 1984
- Veljanovski. *The Economics of Law An Introductory Text*, Londres, 1990, p. 31
- Velluzzi, V. *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010
- Visonà, S. *La tutela giurisdizionale. Licenziamenti e sindacato giudiziale*, in *Treccani .it*, Libro dell'anno del Diritto 2012.
- Zoli C, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Giuffrè, Milano 1988.
- Zoli, *La legge n. 183/2010: le novità in materia di licenziamento*, in *W.P. Libertà lavoro e sicurezza sociale*, Università di Macerata, p. 3